

PRÊMIO IESS DE PRODUÇÃO CIENTÍFICA EM SAÚDE SUPLEMENTAR

Os 5 primeiros anos (2011 a 2015)

DIREITO

ORGANIZAÇÃO

Luiz Augusto Ferreira Carneiro

TRABALHOS VENCEDORES

Amanda Salis Guazzelli

Bernardo Franke Dahinten

Carolina Lopes Zanatta

Geraldo Luiz Vianna

José Antonio Diniz de Oliveira

Marlus Keller Riani

Samir José Caetano Martins

AVALIADOR

Luiz Felipe Conde

IESS
INSTITUTO DE ESTUDOS
DE SAÚDE SUPLEMENTAR

Como forma de encorajar mais produções técnicas e para estimular o conhecimento, criamos, em 2011, o Prêmio IESS de Produção Científica em Saúde Suplementar, que reconhece e premia os melhores trabalhos de conclusão de curso de pós-graduação (especialização, MBA, mestrado ou doutorado), relacionados à saúde suplementar, nas três áreas que acompanhamos.

O fenômeno de crescimento dos custos na saúde não é restrito ao Brasil. O aumento da longevidade populacional e a maior participação proporcional de idosos combinado às intensas inovações tecnológicas representam os principais fatores de expansão mundial desses custos. Administrar esse fenômeno se tornou a mais relevante e desafiadora agenda dos países.

No Brasil, há o real risco sistêmico desse setor, pois o problema assume proporções mais significativas por conta de falhas estruturais presentes ao longo de toda a cadeia produtiva do setor de saúde e de padrões de funcionamento estabelecidos ao longo de décadas que tornam o sistema local mais sujeito a pressões de custo do que os de outras nações.

Essas falhas começam no fornecimento e distribuição de insumos de saúde e continuam por toda a cadeia produtiva. Falta transparência sobre preço e qualidade de insumos e serviços e sobre conflitos de interesse por parte de profissionais e prestadores de serviço. O modelo mais prevalente de remuneração de prestadores é ainda o "fee-for-service", que catalisa as falhas mencionadas, aumentando a ineficiência, o desperdício e a insegurança para o paciente.

É necessária uma agenda de reformas que considere ajustes institucionais e estruturais de toda a cadeia produtiva. Os trabalhos aqui reunidos apresentam muitas das soluções para garantirmos a sustentabilidade da saúde suplementar do Brasil.

Prefácio de José Renato Nalini

Luiz Augusto Ferreira Carneiro

PRÊMIO IESS DE PRODUÇÃO CIENTÍFICA
EM SAÚDE SUPLEMENTAR
DIREITO

DIREITO

ORGANIZAÇÃO

Luiz Augusto Ferreira Carneiro

TRABALHOS VENCEDORES

Amanda Salis Guazzelli

Bernardo Franke Dahinten

Carolina Lopes Zanatta

Geraldo Luiz Vianna

José Antonio Diniz de Oliveira

Marlus Keller Riani

Samir José Caetano Martins

AVALIADOR

Luiz Felipe Conde

**PRÊMIO IESS DE PRODUÇÃO CIENTÍFICA
EM SAÚDE SUPLEMENTAR**

**Trabalhos Vencedores
DIREITO**

Amanda Salis Guazzelli
Bernardo Franke Dahinten
Carolina Lopes Zanatta
Geraldo Luiz Vianna
José Antonio Diniz de Oliveira
Marlus Keller Riani
Samir José Caetano Martins

Copyright © 2016 by Autores

Nenhuma parte deste livro pode ser reproduzida ou transmitida de qualquer forma ou por quaisquer meios eletrônico, mecânico, fotocopiado, gravado ou outro, sem autorização prévia por escrito dos autores.

Supervisão editorial:
**Letra Certa Estratégia e
Tática em Comunicação**

Coordenação editorial:
Patrícia Queiroz

Revisão:
Virgínia Ayres

Capa, projeto gráfico
e editoração eletrônica:
Studio Moons
studiomoons@uol.com.br

Impressão:
Midiograf

**Catálogo elaborado pela Bibliotecária Roseli Inacio Alves
CRB 9/1590**

P925 Prêmio IESS de produção científica em saúde suplementar 2011 a 2015
Direito / organização Luiz Augusto Ferreira Carneiro; prefácio de José
Renato Nalini; avaliador: Luiz Felipe Conde. – São Paulo : Midiograf, 2016.
288 p. : il.

Vários trabalhos vencedores.
Inclui bibliografia.
ISBN 978-85-8396-071-3

1. Produção científica em saúde suplementar – Direito 2. Responsabilidade
(Direito) – Saúde. 3. Seguro saúde – Legislação. I. Instituto de Estudos de
Saúde Suplementar. II. Carneiro, Luiz Augusto Ferreira. III. Nalini, José
Renato. IV. Conde, Luiz Felipe.

CDU 614.2:34

SUMÁRIO

Prefácio	11
Apresentação.....	13
Introdução	17

PLANO DE SAÚDE: A HARMONIZAÇÃO DOS INTERESSES NAS RELAÇÕES DE CONSUMO19

Marlus Keller Riani

RESUMO	20
1. INTRODUÇÃO	21
2. EM BUSCA DA HARMONIZAÇÃO DOS INTERESSES	22
2.1 Irretroatividade da Lei nº 9.656/98.....	23
2.1.1 Estudo de caso: extraído da jurisprudência do TJMG.....	24
2.1.2 Violação ao princípio da isonomia	25
2.1.3 Violação ao princípio do ato jurídico perfeito.....	27
2.1.4 Síntese dos entendimentos do Estado-juiz e do Estado-regulador	28
2.2 Reajuste da Mensalidade.....	30
2.2.1 Formas de reajuste.....	31
2.2.1.1 Reajuste por variação de custos.....	32
2.2.1.2 Reajuste por mudança de faixa etária	36
2.3 Cobertura à Assistência à Saúde	46
2.3.1 Cobertura legal	47
2.3.2 Cobertura contratual	52
3. CONCLUSÕES	56
REFERÊNCIAS	57

DE QUE RECLAMAM, AFINAL?59

José Antonio Diniz de Oliveira

RESUMO	60
1. INTRODUÇÃO	61
1.1 Judicialização	63
2. METODOLOGIA	65
3. RESULTADOS	66
3.1 Ações Relacionadas a Coberturas Assistenciais	66
Distribuição Geográfica.....	67
Evolução do Número de Ações – 1998 a 2009.....	68
Análise da Petição de Danos Morais	69
Análise do Pedido das Tutelas de Urgência	70
3.2 Estudo dos Objetos das Ações.....	70
Cobertura de Medicamentos	72
Cobertura de Procedimentos Médicos	73
Coberturas de Exames	73
Cobertura por outros Tipos de Tratamentos.....	73
3.3 Discussão dos Objetos.....	74
Negativa de Cobertura – Procedimentos Médicos:	
Cirurgia Bariátrica	75
Negativa de Cobertura – OPME – <i>Stent</i>	77
Negativa de Coberturas – Medicamentos: <i>Avastin</i> [®]	78
Negativa de Coberturas – Exames: <i>Pet Scan</i>	80
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	82
REFERÊNCIAS	85

A PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES NO MERCADO DE SAÚDE SUPLEMENTAR: CONSIDERAÇÕES SOBRE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO NO SETOR.....87

Bernardo Franke Dahinten

RESUMO	88
1. INTRODUÇÃO	89
1.1 A Concorrência e a Regulação como Formas de Proteção dos Consumidores.....	90
1.1.1 Proteção do consumidor: um direito fundamental.....	90
1.2 Estado Liberal, Intervencionista, Regulador e a Ordem Econômica	93

1.3 Concorrência e Regulação	96
1.3.1 A importância da concorrência.....	96
1.3.2 A necessidade de regulação.....	99
1.4 A Concorrência e a Regulação na Saúde Suplementar	101
1.4.1 A instituição da ANS	101
1.4.2 O aumento das exigências	105
1.4.3 Concentração e competição	110
2. CONCLUSÃO	115
REFERÊNCIAS	117

A BUSCA DA JUSTIÇA DISTRIBUTIVA NO JUDICIÁRIO POR MEIO DAS RELAÇÕES CONTRATUAIS: UMA ANÁLISE A PARTIR DOS PLANOS DE SAÚDE..... 121

Amanda Salis Guazzelli

RESUMO	122
1. INTRODUÇÃO	123
1.1 Método.....	126
2. A JURISPRUDÊNCIA NO STJ SOBRE COBERTURA CONTRATUAL EM PLANOS DE SAÚDE.....	128
2.1 Titularidade das Ações.....	128
2.2 Tribunal de Segunda Instância.....	129
2.3 Operadoras Demandadas	130
2.4 Regime de Contratação dos Planos de Saúde.....	131
2.5 Data de Contratação dos Planos	132
2.6 Cobertura Contratual Demandada	133
2.7 Resultado das Ações	134
2.8 Fundamentação das Decisões	134
2.8.1 Legislação citada.....	135
2.8.2 Argumentos substantivos ou discursos utilizados	135
3. ANÁLISE CRÍTICA DOS ARGUMENTOS DOS MINISTROS DO STJ.....	138
3.1 Direito à Saúde do Consumidor <i>versus</i> Interesse Patrimonial da Operadora	139
3.2 Transferência das Obrigações do Estado à Iniciativa Privada no Setor da Saúde Suplementar	140
3.3 Doenças Preexistentes.....	142
3.4 Planos Antigos: o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a possibilidade de adaptação.....	143

4. A BUSCA DA JUSTIÇA DISTRIBUTIVA NO JUDICIÁRIO POR MEIO DAS RELAÇÕES CONTRATUAIS.....	145
4.1 As Possíveis Distorções Econômicas no Setor da Saúde Suplementar	145
4.2 Indivíduo <i>versus</i> Coletividade	146
4.3 A Sustentabilidade das Operadoras.....	147
4.4 Vantagens e Benefícios da Judicialização da Saúde Suplementar	148
5. CONCLUSÕES	149
REFERÊNCIAS	152

PRINCIPAIS EFEITOS DA REGULAMENTAÇÃO DOS CONTRATOS ENTRE OPERADORAS E PRESTADORES DE SERVIÇOS NO MERCADO DE SAÚDE SUPLEMENTAR157

Carolina Lopes Zanatta

RESUMO	158
1. INTRODUÇÃO	159
2. OBJETIVO	161
2.1 Aspectos Metodológicos.....	161
3. RESULTADOS E DISCUSSÃO	162
3.1 Conflito entre os Atores sobre a Regulamentação Estabelecida nas Resoluções Normativas de Contratualização	170
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	173
REFERÊNCIAS	177

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR: A CONCEPÇÃO DO “DIREITO COMO INTEGRIDADE” CONTRA A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL.....179

Geraldo Luiz Vianna

RESUMO	180
1. INTRODUÇÃO	181
2. POSITIVISMO NORMATIVISTA, JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL: A NECESSIDADE DE UMA TEORIA DA DECISÃO CONTRA A DISCRICIONARIEDADE.....	182
3. NORMATIZAÇÃO E JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR NO BRASIL: UMA ANÁLISE A PARTIR DA ATUAL REGULAMENTAÇÃO E DE DECISÕES DO STJ	188
4. A CONCEPÇÃO DO “DIREITO COMO INTEGRIDADE” CONTRA A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL.....	196

5. CONCLUSÕES	207
REFERÊNCIAS	211

O DIREITO FUNDAMENTAL DO CONSUMIDOR EM CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE: A BUSCA DE UM PONTO DE EQUILÍBRIO ENTRE OS INTERESSES DOS CONSUMIDORES E DAS OPERADORAS.....213

Bernardo Franke Dahinten

RESUMO	214
1. INTRODUÇÃO	215
1.1 Proteção do Consumidor e Planos de Saúde	215
1.1.1 Um novo Direito Privado, dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e a fundamentalidade da proteção do consumidor	215
1.2 Plano de Saúde como Relação de Consumo	219
2. CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE E SEGURO SAÚDE.....	223
2.1 Contrato de Consumo.....	223
2.2 Contrato Regulado.....	230
2.3 Contrato Securitário	234
2.4 Contrato Empresarial.....	236
3. O PONTO DE EQUILÍBRIO DIANTE DE ALGUMAS DAS PRINCIPAIS CONTROVÉRSIAS JUDICIAIS	241
3.1 Reajustes de Mensalidade.....	241
3.2 Negativas de Cobertura Assistencial.....	242
4. CONCLUSÃO.....	246
REFERÊNCIAS	248

UNIMILITÂNCIA MÉDICA: A POSIÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA À LUZ DA REGULAÇÃO E DA CONCORRÊNCIA.....255

Samir José Caetano Martins

RESUMO	256
1. INTRODUÇÃO	257
1.1 A Unimilitância Médica e o STJ	257
2. PERFIL DO SETOR E MERCADOS RELEVANTES DE PLANOS MÉDICOS.....	259
2.1 Perfil do Setor.....	259
2.2 Mercado Relevante.....	260
2.3 Estruturas de Mercado	261

2.4	Barreiras à Entrada.....	263
2.5	Concentração Vertical	264
2.6	Concentração Vertical na Saúde Suplementar	265
2.7	Perfil dos Mercados de Planos Médicos no Brasil	265
3.	A UNIMILITÂNCIA NO SISTEMA UNIMED	270
3.1	O Sistema UNIMED	270
3.2	O Sistema UNIMED sob a Ótica Econômica	271
3.3	Unimilitância.....	272
4.	A UNIMILITÂNCIA SOB O PRISMA REGULATÓRIO	273
5.	A UNIMILITÂNCIA SOB O PRISMA CONCORRENCIAL.....	273
6.	A POSIÇÃO DO STJ SOBRE A UNIMILITÂNCIA MÉDICA	275
6.1	As Posições Divergentes no STJ	275
6.2	O Julgamento do EREsp 191.080/SP: a Pacificação do Tema no STJ.....	275
7.	ANÁLISE DA POSIÇÃO DO STJ SOBRE A UNIMILITÂNCIA MÉDICA.....	277
7.1	Síntese da Posição do STJ	277
7.2	Incidência dos Direitos Fundamentais na Posição do STJ.....	277
7.3	Impacto da Regulação e da Concorrência na Posição do STJ.....	280
8.	CONCLUSÃO	282
	REFERÊNCIAS	284

É SAUDÁVEL A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE?

José Renato Nalini*

O Brasil assiste a um fenômeno que preocupa os bem-pensantes. O Judiciário passou a ser a única alternativa para quem apresenta qualquer espécie de problema. Todas as questões, sejam elas complexas ou singelas, chegam à Justiça.

O setor saúde é aquele que mais inspira cuidados. A partir de uma concepção de universalização da saúde, sem qualquer preocupação com a existência de recursos financeiros suficientes para atender a todas as demandas, a multiplicação de lides ordenando a Administração Pública a satisfazer pretensões nessa área deixa impotente qualquer ordenador de despesa consequente.

A preocupação não pode ser apenas da Administração Pública, mas precisa ser repartida com toda a sociedade, porque esta, afinal das contas, é quem suporta os excessos e vê onerados os serviços que poderiam custar menos, se a administração não se visse compelida a cumprir as ordens judiciais em favor daqueles que conseguem acesso à Justiça.

Em boa hora o IESS contempla os trabalhos agraciados no Prêmio que instituiu para a Produção Científica em Saúde Suplementar, destinado à geração de conhecimento para a sustentabilidade do setor. O objetivo é alavancar a Promoção da Saúde, da Economia e do Direito, a tríplice esfera de atuação do IESS.

A sociedade que custeia o Sistema Suplementar e também o Sistema Público de Saúde, tem o direito e o dever de se interessar por um tema que interfere nas políticas públicas e que, sob argumento de acolher pretensões legítimas, impede a observância de critérios racionais, estabelecidos exatamente para que os escassos meios materiais propiciados pelo povo em momento de crise, tenham a sua utilização otimizada.

É imprescindível o envolvimento de todos os seres lúcidos no enfrentamento de uma causa que poderá agravar o panorama da saúde, em lugar de torná-lo ambiente propício à fruição desse direito universal, a cuja consecução todos são chamados e ninguém está excluído de colaborar na adoção das melhores estratégias.

Parabéns aos premiados e continuem a oferecer o fruto de sua inteligência a este setor tão necessitado de talentos como os demonstrados neste certame.

* *Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas, José Renato Nalini possui mestrado e doutorado em Direito Constitucional pela USP. Exerceu as atribuições de Promotor de Justiça em Votuporanga, Itu, São Paulo e Ubatuba e julgou em Barretos, Monte Azul Paulista, Itu, Jundiaí e São Paulo. Foi Vice-Presidente e Presidente do extinto Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, Corregedor Geral da Justiça do Estado e Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo. Atualmente é o Secretário da Educação do Estado de São Paulo. Escreveu mais de duas dezenas de livros, com foco na Ética, Filosofia e Formação de Magistrados.*

O DESAFIO DA SUSTENTABILIDADE DA SAÚDE SUPLEMENTAR DO BRASIL

Luiz Augusto Ferreira Carneiro*

Comparado a outros setores da economia, o serviço de “plano de saúde”, inserido como um dos elos da cadeia produtiva da saúde, é relativamente novo no Brasil. Os primeiros movimentos datam dos anos 1950, quando médicos se aglutinavam para fornecer assistência à saúde a empregados de empresas em expansão e a seus respectivos familiares.

Caracterizou-se, portanto, como um produto local e que atendia às demandas por infraestrutura de saúde, sobretudo em municípios onde a oferta de serviços era limitada, de um setor público também em fase de transformação. Entretanto, o “setor de saúde suplementar”, devidamente estabelecido, com leis, atribuições de cada parte envolvida e que se tornou um dos principais objetos de desejo do cidadão brasileiro, é algo ainda muito novo em nossa sociedade. E, como tal, se apresenta em fase de aperfeiçoamento e correção, algo típico de mercados em desenvolvimento e que vão precisar de algum tempo para atingir sua plena maturidade.

O setor como um todo só passou a contar com uma legislação própria a partir da regulamentação da Lei 9.666/1998, que estabelece o conjunto de regras da saúde suplementar do Brasil. Em 2015, as operadoras de planos de saúde obtiveram receitas totais de R\$ 155,6 bilhões e despesas de R\$ 155,1 bilhões, equivalendo a uma margem de 0,32%. Ao longo dos anos, esse desempenho tem sido muito mais um padrão recorrente do que uma exceção. Ainda assim e atendendo a cerca de um quarto da população brasileira, os gastos da saúde suplementar respondem pelo principal meio de financiamento da assistência à saúde privada do Brasil.

Esse setor econômico, que gera mais de 3,3 milhões de empregos diretos e indiretos, passa, portanto, por um momento de grande desafio. Por mais de uma década, as operadoras de planos de saúde vivem um ciclo contínuo de escalada de custos, quase sempre sem estar acompanhado de igual evolução de receitas.

O fenômeno de crescimento dos custos na saúde não é restrito ao Brasil. O aumento da longevidade populacional e a maior participação proporcional de idosos combinado às intensas inovações tecnológicas representam os principais fatores de expansão mundial dos custos de saúde. Administrar esses custos se tornou a mais relevante e desafiadora agenda administrativa dos países.

No caso brasileiro, o problema assume proporções mais significativas por conta de falhas estruturais presentes ao longo de toda a cadeia produtiva do setor de saúde e de padrões de funcionamento estabelecidos ao longo de décadas que tornam o sistema de saúde suplementar brasileiro mais sujeito a pressões de custo do que os de outras nações. Por exemplo, há falhas concorrenciais que começam no fornecimento e distribuição de insumos de saúde (medicamentos, dispositivos médicos, equipamentos etc.) e continuam por toda a cadeia produtiva, passando por todos os prestadores de serviço de saúde. Há falta de transparência sobre preço e qualidade de insumos e serviços. Há falta de transparência sobre conflitos de interesse por parte de profissionais e prestadores de serviço de saúde. Por fim, o modelo mais prevalente de remuneração de prestadores é ainda o *“fee-for-service”*, que, por ser um *“cheque em branco”*, catalisa todas as falhas estruturais anteriores, aumentando a ineficiência, o desperdício e a menor segurança para o paciente.

Por isso, para que a sociedade brasileira possa usufruir sempre de um sistema de saúde suplementar sustentável e acessível, é necessária uma agenda de reformas que considere ajustes institucionais e estruturais de toda a cadeia produtiva.

Todos os que atuam nessa cadeia deveriam ter clareza de que há o risco real de esse sistema colapsar ou se reduzir a um serviço que poucos podem pagar. E isso significa, em termos práticos, colocar em risco a saúde de milhões de brasileiros ou conduzir essa massa populacional a depender exclusivamente dos serviços de saúde oferecidos pelo SUS. Cenário que infelizmente assistimos no biênio 2015-16, decorrente dos mais de 2 milhões de pessoas que deixaram de ter plano de saúde.

Tal cenário, já previsto há mais de dez anos, conduziu lideranças do setor a criar o IESS – Instituto de Estudos de Saúde Suplementar, em 2006, uma entidade sem fins lucrativos, cujo objetivo é promover e realizar estudos sobre saúde suplementar baseados em aspectos conceituais e técnicos, com total independência e rigor científico, que colaboram para a implementação de políticas e para a introdução de melhores práticas.

Elegemos as áreas de Economia, Direito e Promoção da Saúde e Qualidade de Vida, como o tripé da sustentabilidade do setor e, assim, direcionamos a produção do conhecimento para esses campos.

Como forma de encorajar mais produções técnicas e para estimular o conhecimento, criamos, em 2011, o Prêmio IESS de Produção Científica em Saúde Suplementar, que reconhece e premia os melhores trabalhos de conclusão de curso de pós-graduação (especialização, MBA, mestrado ou doutorado), relacionados à saúde suplementar, nas três áreas que acompanhamos.

Em 2016, como parte da celebração de 10 anos do IESS, e seguindo uma sugestão do Dr. Alberto Ogata, nosso avaliador da categoria Promoção da Saúde, decidimos reunir em três obras os trabalhos vencedores das cinco primeiras edições do Prêmio.

Agradeço ao Dr. Ogata por essa valiosa ideia e, como o leitor poderá ver nas páginas a seguir, os trabalhos apresentam muitas das soluções para garantirmos a sustentabilidade da saúde suplementar do Brasil. Esperamos, mais uma vez, ter cumprido nosso papel de provedor de conhecimento no campo da saúde suplementar.

Boa leitura!

* *Organizador dessa obra, é superintendente executivo do IESS, economista e atuário, mestre em Economia pela EPGE/FGV-RJ e PhD em Ciências Atuariais pela University of New South Wales (UNSW), Sydney, Austrália.*

COMPLEXIDADE EM PAUTA

Luiz Felipe Conde*

O Prêmio IESS de Produção Científica em Saúde Suplementar tem uma capacidade ímpar de instigar pesquisadores a analisar questões áridas, tanto do ponto de vista jurídico quanto social. Por exemplo, como acontece com o fornecimento e a comercialização de produtos de saúde, com suas inúmeras questões regulatórias e legais, ou a chamada “judicialização”, com implicações socioeconômicas tão profundas e complexas. São, assim, pontos fundamentais para o aprimoramento da gestão e da sustentabilidade da saúde suplementar no Brasil. De modo que é uma honra ser convidado a avaliar trabalhos de tão elevado nível técnico, excelência acadêmica e relevância social quanto os que concorrem, efetivamente, ao Prêmio IESS.

Acredito que a capacidade de apresentar trabalhos maduros e inovadores em um ambiente em que eles serão bem acolhidos e poderão fomentar um debate capaz de, realmente, transformar a gestão do setor, é o que torna o Prêmio tão respeitado e interessante para os pesquisadores. As novas análises técnicas, interpretações e soluções propostas nos trabalhos vencedores, e mesmo em muitos dos que não foram laureados, tornaram esta a mais importante premiação do setor hoje em dia. Concomitantemente, os trabalhos aqui expostos apresentam-se como relevante subsídio para quem busca insumos para construir soluções para as questões jurídicas enfrentadas constantemente por esse setor. Trata-se, portanto, de substancial contribuição para se manter em dia com as melhores práticas e ter uma base mais sólida para analisar os casos apresentados, orientar corretamente aqueles que buscam suporte legal ou julgar os méritos dos temas concretos.

Nos trabalhos apresentados a seguir, a proficiência técnica e o respeito às normas são notáveis, mas o ponto a se destacar é o ineditismo. Enquanto muitos e ótimos trabalhos revisitam assuntos já consolidados, os melhores estudos das últimas edições abordaram questões inéditas, se posicionando na vanguarda da produção acadêmica e ajudando a estabelecer padrões de atuação para o setor.

Com efeito, é possível e interessantíssimo notar que alguns temas se repetem entre os melhores trabalhos já apresentados na categoria Direito do Prêmio

IESS. Certamente este fato se deve à relevância dos assuntos, à complexidade do setor e às competentes mentes que se dedicam a encontrar alternativas mais justas para os conflitos encontrados na saúde privada.

Nesse sentido, a judicialização da saúde é incontestemente o principal ponto focal dos trabalhos. Ainda que, logicamente, não seja o único. Fraudes, ou mais propriamente, o combate às fraudes, assimetria de informações e necessidade de transparência são outros pontos sensíveis do setor abrangidos com maestria nessa compilação de estudos laureados.

Observando o histórico de trabalhos vencedores é possível acompanhar como a questão tem sido tratada pelo setor, quais os pontos historicamente mais sensíveis nessa relação e, talvez, mais importante, constatar como esses trabalhos têm contribuído para o aperfeiçoamento do mercado ao longo dos anos.

É curioso e talvez até preocupante notar que alguns pontos abordados em trabalhos das primeiras edições, apesar de terem avançado, continuam representando gargalos para o setor. É o caso do trabalho “Planos de saúde: a harmonização dos interesses na relação de consumo”, de Marlus Keller Riani, vencedor do I Prêmio IESS nos idos de 2011, que já apontava para a necessidade do desvelamento em assuntos relacionados a Órteses, Próteses e Materiais Especiais (OPMEs). O assunto, como todos sabemos, culminou em um grande escândalo, em 2015, e até em uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) no Congresso Nacional.

Espero que os estudos contidos nessa coletânea possam ser tão esclarecedores e instrutivos para vocês quanto foi prazeroso para mim avaliar estes e dezenas de outros trabalhos ao longo dessas cinco edições do Prêmio IESS de Produção Científica em Saúde Suplementar. Boa leitura!

* *Luiz Felipe Conde é avaliador da categoria Direito do Prêmio IESS de Produção Científica em Saúde Suplementar, Associado Benemérito do IESS e membro da Câmara Científica do IESS, advogado e administrador de empresas graduado pela Universidade Cândido Mendes (UNICAM), Pós-Graduado em Saúde Suplementar pela Fundação Getúlio Vargas (FGV) e Mestre em Saúde Suplementar pela Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ). Tem especialização em Direito Comunitário pela Universidade de Lusíada (Porto, Portugal) e em Regulação de Mercados pela George Washington University (Washington DC, Estados Unidos). Foi Procurador-Geral da Agência Nacional de Saúde Suplementar e Procurador da Fazenda Nacional, tendo acompanhado a tramitação do Projeto de Lei do Senado nº 93, de 1993, que resultou na atual Lei dos Planos de Saúde. Foi Procurador do extinto Ministério da Administração e Reforma do Estado Brasileiro.*

I PRÊMIO IESS DE PRODUÇÃO CIENTÍFICA EM SAÚDE SUPLEMENTAR (2011)

1º lugar

PLANO DE SAÚDE: A HARMONIZAÇÃO DOS INTERESSES NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Marlus Keller Riani

Resumo da dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito Empresarial da Faculdade de Direito Milton Campos, para a obtenção do título de Mestre em Direito.

RESUMO

O presente trabalho visa evidenciar a complexa relação jurídica de consumo que envolve a contratação de plano de saúde, apontando as divergências existentes entre o Estado-juíz e o Estado-regulador em relação ao mesmo caso concreto, bem como contribuir para harmonizar os interesses nesta seara. Abordou-se, a partir da doutrina e jurisprudência, três eixos de discussão: (i) irretroatividade da Lei nº 9.656/98; (ii) reajuste de mensalidade; e (iii) cobertura contratual. Em cada um deles, procurou demonstrar a necessidade do Poder Judiciário conhecer e compreender as normas do órgão regulador (ANS) e não decidir através de “pré-conceitos” extraídos da vida cotidiana. Além disso, pontuou que todos os assuntos estão na pauta dos tribunais superiores (STJ e STF), o que demonstra sua atualidade e reflexão.

1. INTRODUÇÃO

O advento da Lei nº 9.656/98, que disciplina os planos de saúde no Brasil, foi sem dúvida o divisor de águas no mercado de saúde suplementar, sendo exigido das cooperativas, seguradoras, medicina de grupos e autogestões, adequação à nova legislação com mudança significativa de atitude perante os consumidores, principalmente no que tange à reformulação dos contratos e o dever obrigacional de informação.

A atividade econômica desenvolvida pelas empresas privadas na modalidade de plano de saúde, em maior escala, surgiu por meio da atuação da medicina de grupo e das cooperativas médicas, a partir da década de 80. Atualmente, o plano de saúde é considerado uma necessidade pelas famílias brasileiras de todas as classes sociais, mesmo aquelas excluídas desse mercado. Contudo, o acesso a essa prestação de serviço encontra-se aquém do almejado pelo mercado de saúde suplementar, em virtude dos problemas sociais e econômicos que assolam nossa população.

Lado outro, os consumidores que já se utilizavam da prestação de serviço de assistência à saúde clamavam por controle e fiscalização dessa atividade econômica. Reclamações e denúncias diárias, tanto na mídia em geral quanto nos órgãos de defesa do consumidor, comprovam essa assertiva. Tais reclamações versavam, principalmente, sobre reajustes nas mensalidades, negativas de cobertura de determinadas cirurgias e rescisão unilateral do contrato.

No ano de 2000, por meio da Lei nº 9.961/00, foi criada a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), que começou a expedir vários atos normativos, no intuito de cumprir seu principal papel, qual seja, a regulação do setor, visando possibilitar a concorrência leal do mercado e garantir os direitos básicos ao consumidor de assistência e acesso aos planos de saúde.

A regulamentação provoca sempre discussões, gerando polêmicas jurídicas que acabam confluindo para o Poder Judiciário, que tem obrigação de dirimir os conflitos desta relação de consumo. Paralelamente, provoca também uma insegurança jurídica, haja vista que o Estado-juiz, muitas vezes imbuído do paternalismo pretoriano, acaba por não considerar as normas expedidas pelo Estado-regulador, tornando o mercado de saúde suplementar ainda mais complexo e de difícil acesso para os novos consumidores.

Exemplo de discussão em torno da intervenção do Estado-juiz diz respeito ao contrato celebrado antes da edição da Lei nº 9.656/98, que alguns magistrados

consideram como sendo ato jurídico perfeito, inatingível pelo referido diploma legal, enquanto outros entendem se tratar de um pacto de trato sucessivo que se renova anualmente, podendo se valer da irretroatividade da lei nova para todos os casos que essa regulamentou, tais como cobertura assistencial e reajuste da mensalidade. Não se estaria, assim, ferindo o princípio da isonomia previsto no art. 5º da Constituição da República de 1988 (CR/88)? Em outras palavras: aquele consumidor que adquiriu um plano novo ou migrou de um antigo para um novo paga mais para obter maior cobertura. Em contrapartida, o outro consumidor, que ficou inerte em seu plano antigo, ganha na Justiça o direito de usufruir da mesma cobertura sem pagar um centavo a mais.

Nesse contexto, destaca-se, ainda, discurso muito utilizado pelo Judiciário de que a saúde suplementar foi equiparada à saúde pública e que, de acordo com o art. 196 da CR/88, a saúde é direito de todos, não podendo existir cláusulas contratuais que permitam a limitação de cobertura por meio do pacto firmado entre as partes.

Não se pode olvidar que a função social do contrato de plano de saúde é a prestação de serviço de assistência à saúde com qualidade, mas será que essa prestação deve ser ilimitada? Relembre-se, a propósito, de que o Código de Defesa do Consumidor (CDC – Lei nº 8.078/90) permite cláusulas restritivas de direito, devendo ser redigidas com destaque e serem de fácil compreensão para o consumidor.

As divergências jurídicas que giram em torno da saúde suplementar fazem com que haja insegurança na relação de consumo que envolve o contrato de plano de saúde, podendo acarretar, em um curto prazo, uma instabilidade dessa atividade econômica. O maior prejudicado dessa situação será o consumidor, que voltará ou permanecerá com a prestação precária, hoje existente, da saúde pelo Estado.

2. EM BUSCA DA HARMONIZAÇÃO DOS INTERESSES

A expressão “judicialização da saúde” reflete o momento atual da política sanitária, em que tudo se discute na Justiça. A falta de regras claras e objetivas sobre determinados assuntos que afetam diretamente a nossa sociedade em questões sanitárias possibilita conflitos que são levados ao Estado-juiz emitir pronunciamento, os quais se não forem harmonizados apontarão para desequilíbrio na relação jurídica de consumo.

O exercício do direito de ação, previsto constitucionalmente, e a proliferação de informação sobre o tema saúde, mesmo que de forma equivocada, contribuíram para o aumento significativo de ações judiciais, primeiro contra o Estado em relação aos medicamentos e, posteriormente, hoje paralelamente, contra a iniciativa privada nos casos envolvendo a cobertura de órtese ou prótese, exames, cirurgias, entre outras questões.

Amanda Flávio de Oliveira pontua que:

Reconhece-se, por um lado, que essa crescente demanda no Judiciário por razões que envolvam a prestação de saúde privada pode ser decorrência de fatores considerados positivos, tais como uma maior conscientização por parte dos destinatários das normas ou mesmo resultar de um efetivo acesso à justiça propiciado pelo sistema e pelas instituições. Entretanto, esse expressivo aumento das demandas judiciais também pode ser motivado por razões consideradas negativas, entre elas, a resistência dos agentes privados em submeterem-se à lei ou à falência do órgão regulador, que, com a sua atuação, deveria conduzir a um estado de prevenção de litígios. Está-se diante de ponto a merecer reflexão e investigação¹.

Propõe-se explicitar as principais polêmicas envolvendo a relação de consumo de plano de saúde, as quais fomentaram o aparecimento da “judicialização da saúde suplementar” e a não harmonização dos interesses, começando pela aplicação ou não da Lei de Planos de Saúde aos contratos firmados antes de sua efetiva entrada em vigor, passando pelos reajustes anuais e por faixas etárias, e finalizando com a cobertura assistencial à saúde.

2.1 Irretroatividade da Lei nº 9.656/98

Este tema é recorrente no âmbito de todos os tribunais, inclusive dos superiores. Exemplo disso é o fato de que a Ministra do Supremo Tribunal Federal, Cármen Lúcia, relatora do Recurso Extraordinário nº 578.801, arguiu a repercussão geral no que tange ao direito intertemporal na questão relacionada à aplicação retroativa de leis sobre plano de saúde, o que foi devidamente reconhecida. Com desistência da recorrente, a Ministra determinou o retorno dos autos do Agravo de Instrumento nº 652.492 (Recorrente: Unimed Porto Alegre), tendo sido reatuado, passando a ser o RE nº 948.634, que servirá de base para o julgamento da repercussão geral, permanecendo sobrestados os processos anteriores.

1 OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Leis de Planos de Saúde (Lei 9.656/98): dez anos depois. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 67, p. 50-61, jul./set. 2008.

José Joaquim Gomes Canotilho entende:

[...] Retroactividade consiste basicamente numa ficção: (1) decretar a validade e vigência de uma norma a partir de um marco temporal (data) anterior à data da sua entrada em vigor; (2) ligar os efeitos jurídicos de uma norma a situações de facto existentes antes de sua entrada em vigor².

Pesquisas apontam que a quase totalidade dos acórdãos estudados se refere aos contratos antigos, celebrados antes da Lei nº 9.656/98, sendo que existem mais de 8 milhões de consumidores que possuem essa forma de contratação.

Parte da jurisprudência, ao comparar os consumidores de contratos antigos àqueles que possuem contrato novo, ou seja, que estão regidos pela Lei nº 9.656/98, possibilita a discussão sobre violação aos princípios da isonomia (art. 5º, *caput*) e do ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI), ambos da Constituição da República de 1988.

Procura-se, por meio de análise da decisão publicada em janeiro de 2008, evidenciar a existência da controvérsia entre os desembargadores do Tribunal de Justiça de Minas Gerais sobre aplicação da Lei nº 9.656/98, aos contratos firmados antes da sua edição e qual entendimento deve prevalecer para se atingir a harmonização dos interesses na relação de consumo, com vistas à perfeita isonomia dos beneficiários de plano de saúde e sem afetar a ordem econômica.

2.1.1 Estudo de caso: extraído da jurisprudência do TJMG

No caso escolhido para análise, dentre os vários acórdãos que versam sobre o tema da aplicação ou não da Lei nº 9.656/98 aos “contratos antigos” ou “não regulamentados”, preferiu-se aquele com a existência de um voto vencido. Essa escolha visa facilitar a compreensão dos pontos relevantes da controvérsia e das consequências da aplicação da Lei de Planos de Saúde (LPS) aos contratos celebrados antes do início de sua vigência.

Resumidamente, os fatos trazidos no Acórdão³ do referido caso podem ser entendidos da seguinte forma: o contrato individual/familiar de plano de saúde foi celebrado em 12/6/1995; recusa das propostas que lhe foram feitas pela operadora para adaptação à nova lei; foi-lhe prescrito tratamento de quimioterapia e a operadora negou cobertura por expressa exclusão contratual.

2 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. Coimbra: Almedina, 2003. p. 261-262.

3 Veja AP nº 2.0000.00.473025-8. Relator Des. Viçoso Rodrigues, j. 09/11/2008 pelo TJMG.

O consumidor obteve sentença favorável em primeiro grau, tendo o juiz declarado nula a cláusula que exclui da cobertura o tratamento de radioterapia e quimioterapia⁴, o que, conseqüentemente, impôs à operadora uma obrigação que não figurava no instrumento contratual.

A operadora interpôs recurso de apelação, sustentando, dentre outras argumentações, que o consumidor “poderia ter contratado um plano com maior abrangência ou adaptado o seu plano antigo ao regulamento da Lei nº 9.656/98, não tendo, contudo, se interessado em fazer esta adequação”.

No respectivo acórdão, o desembargador relator afirmou que o “contrato de seguro-saúde, celebrado com a apelante, vem se renovando desde 1995, estando o apelado adimplente com suas obrigações contratuais durante todo o período de vigência”. E mais, que “a determinação da adaptação foi feita pela Lei nº 9.656/98 às empresas prestadoras dos serviços de plano de saúde, não a seus consumidores”.

O voto do relator foi acompanhado pelo segundo desembargador.

Já o terceiro desembargador, em voto vencido, manifestou que “esta opção pela adaptação não pode ser efetivada ‘por decisão unilateral da empresa operadora’ (§ 4º do artigo 35) e deve ser ‘formalizada em termo próprio, assinado pelos contratantes’ (§ 1º do artigo 35)”.

2.1.2 Violação ao princípio da isonomia

Está insculpida no *caput* do artigo 5º da Constituição da República de 1988 a igualdade de todos perante a lei, o que implica em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades.

O Quadro a seguir pretende analisar o caso citado no item 2.1.1 a partir do princípio da isonomia.

4 Quimioterapia: “Tratamento por meio de agentes químicos que, além de poder interferir de modo favorável, embora variável, sobre doença (1), são passíveis de causar efeitos tóxicos, de maior ou menor intensidade, no organismo do paciente”. Disponível em: <<http://www.inca.gov.br>>.

Quadro 1 – Quadro comparativo

Caso real	Caso criado (simulação)
Dados Contrato Antigo – Cliente A (Data do contrato – extraído da decisão analisada; Idade e Valor – obtidos com a Operadora apelante)	Dados Contrato Novo – Cliente B (Data do contrato – decisão – Idade e Projeção de valor no caso de adaptação obtidos com a Operadora apelante)
Contrato celebrado em 06/1995 Idade: 65 anos (em 2003) Mensalidade: R\$140,03 <u>Não adaptado – manteve contrato original que tem cláusula expressa de não cobertura para quimioterapia.</u>	Contrato celebrado em 06/1995 Idade: 65 anos Mensalidade: R\$189,04 <u>Adaptou em 2003 – incorporou as coberturas do Rol de Procedimentos da ANS; entre elas, quimioterapia.</u>

Fonte: Elaborado pelo autor, 2010

Insta registrar que as operadoras elaboraram e comercializaram, antes da Lei nº 9.656/98, contratos de planos de saúde que possuíam (e aqueles em vigor ainda possuem) limitações de cobertura. Mas, em contrapartida, os valores das mensalidades eram e são compatíveis com o serviço a ser prestado, caso o consumidor necessitasse de atendimento (**Situação semelhante do Cliente A**).

Uma das maiores inovações trazidas pela Lei nº 9.656/98 foi a criação do chamado plano-referência, que definiu a amplitude de cobertura a ser oferecida, obrigando as operadoras de planos privados, a disponibilizarem para seus consumidores tratamentos previstos no Rol de Procedimentos, que atualmente conta com aproximadamente 3.000 procedimentos, inclusive a quimioterapia.

No entanto, a Lei nº 9.656/98, ao instituir planos com coberturas muito mais abrangentes, desencadeou a necessidade de as operadoras elevarem os preços das mensalidades. Com a mensalidade majorada, a maioria dos consumidores que possuía os chamados “contratos antigos”, em razão do preço reduzido, optou por permanecer nos mesmos, como ocorreu com o **Cliente A**, ficando condicionado, no entanto, à cobertura especificada no instrumento contratual.

Vale destacar a possibilidade de haver cláusulas limitativas de direito (art. 54, §4º) que podem ser consideradas como abusivas nos contratos antigos. Registre-se que no caso apresentado tratava-se de cláusula expressa de exclusão de quimioterapia.

Desde a entrada em vigor da Lei nº 9.656/98, levantamentos jurisprudenciais demonstram que o beneficiário de contrato antigo (**Cliente A**), quando necessita realizar procedimentos excluídos do contrato antigo, como a quimioterapia, mas que estão cobertos pelos contratos novos (**Cliente B**), recorre ao Poder Judiciário e, em sua maioria, obtém êxito na demanda.

Lado outro, temos que o **Cliente B**, que adaptou seu contrato aos moldes da nova Lei e vem pagando uma mensalidade condizente com a sua nova cobertura, está sendo tratado igualmente ao **Cliente A**, que optou por permanecer no contrato antigo, caracterizando direta violação ao princípio da isonomia, na medida em que o Judiciário concede ao **Cliente A** o direito de realizar tratamento de quimioterapia previsto somente nos contratos novos.

É justo para o **Cliente B** ter que arcar com as suas despesas e indiretamente contribuir com as despesas do **Cliente A**? Relembre-se de que o sistema de plano de saúde é regido pelo mutualismo, ou seja, todos os clientes contribuem para um fundo único, cabendo à operadora administrá-lo para garantir as coberturas determinadas nos contratos firmados e pela lei, com qualidade e eficiência.

O **Cliente B** tem noção dessa situação, qual seja, que a decisão judicial favorecendo o **Cliente A** impacta diretamente o custo total da operação financeira da operadora, acarretando o retardamento do desenvolvimento da prestação de serviço para ele em virtude da não implementação de projetos e programas de atenção à saúde? Entende-se que não, razão pela qual, necessária a ampliação da discussão sobre a saúde no nosso país com a indispensável presença do Estado-juiz, para possibilitar harmonização dos interesses na relação de consumo de saúde.

2.1.3 Violação ao princípio do ato jurídico perfeito

A Constituição da República de 1988 consagrou, no seu artigo 5º, XXXVI⁵, o respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. Entre eles, destacamos o ato jurídico perfeito, que proíbe que uma lei nova (para nosso objeto de estudo, trata-se da Lei nº 9.656/98) venha prejudicar a relação jurídica existente, resguardando a segurança jurídica e a estabilidade nas relações sociais.

Não havendo qualquer vício que possa macular o contrato antigo, estando ele em consonância com os ditames da Lei nº 8.078/90 (CDC) e do Código Civil

5 Artigo 5º, XXXVI da Constituição da República de 1988 “XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Brasileiro, não deve ser beneficiado o consumidor com decisão judicial que impõe a operadora a custear toda a nova cobertura trazida pela Lei nº 9.656/98.

Como já foi dito, existem duas espécies de contratos, os “novos” e os “antigos”. Entender que todo contrato de plano de saúde “antigo” deve ser regido pela lei nova é considerar a inexistência do próprio pacto, a não ser para garantir a existência da relação jurídica entre as partes e o mínimo das obrigações, como o pagamento e as possibilidades de sua extinção.

A permanência desse entendimento contribui para o desequilíbrio da ordem econômico-financeira de toda a carteira de clientes da empresa operadora, pon-do em risco o atendimento a todos os demais consumidores dessa.

Cumprе lembrar a discussão que está sendo travada no Supremo Tribunal Federal, por meio da ADI nº 1.931-8-MC/DF, sobre ato jurídico perfeito e sua repercussão na disciplina instituída pela Lei nº 9.656/98. Apesar da decisão proferida não gerar efeito vinculante, seu entendimento deve prevalecer para que exista, quando se tratar de ampliação de cobertura por meio de decisão dos magistrados de 1º e 2º grau, senão caberá às operadoras de plano de saúde arguirm a inconstitucionalidade da decisão por ofensa direta ao artigo 5º, XXXVI, da Constituição da República de 1988, para efeito de pré-questionamento do Recurso Extraordinário.

Imprescindível que o Supremo Tribunal Federal decida sobre o tema da irretroatividade, não apenas pela necessidade de ter que julgar o mérito da ADI nº 1.931, como também porque a Ministra Cármen Lúcia reconheceu a repercussão geral que discutirá a obrigatoriedade de cobertura de *stent*⁶ para consumidor que possui contrato antigo, mas necessário para estancar a judicialização da saúde suplementar, tornando as relações de consumo nesta seara mais claras e harmônicas.

2.1.4 Síntese dos entendimentos do Estado-juiz e do Estado-regulador

A situação atual do setor privado de assistência à saúde é a seguinte: as operadoras foram obrigadas a adotar o Rol de Procedimentos editado pela ANS como cobertura mínima, fato que, inquestionavelmente, elevou a mensalidade para os contratos novos. Até o presente momento, não se estabeleceu a obrigatoriedade dos consumidores para adaptarem ou migrarem seus contratos antigos para os

6 De acordo com a definição do Conselho Federal de Medicina (CFM), PC/CFM/Nº 18/99, “*Stent* é um tipo de prótese utilizado no intuito de auxiliar uma função natural”.

contratos novos, portanto, isso é direito facultativo e pode ser exercido a qualquer tempo (art. 35 da Lei nº 9.656/98).

Fato é que existem mais de oito milhões de consumidores que permanecem com os ditos contratos antigos, pagando mensalidades condizentes com a cobertura ofertada, e vários deles pleiteando na justiça a incorporação dos novos procedimentos, sem que haja, contudo, aumento proporcional das mensalidades.

O relator do acórdão escolhido no item 2.1.1, ao afirmar que “a determinação da adaptação foi feita pela Lei nº 9.656/98 às empresas prestadoras dos serviços de plano de saúde, não a seus consumidores”, travou uma contradição com o texto legal, no qual se determinou ser proibido que as empresas operadoras efetivem a adaptação unilateralmente⁷.

Não parece justo que o consumidor opte por permanecer em um plano antigo, ou seja, não se adaptar ao contrato novo, e conseguir do Estado-juiz a igualdade de tratamento em relação àqueles que adaptaram seus contratos com base na Lei nº 9.656/98. Essa equiparação de consumidores desiguais certamente afronta o princípio da isonomia e gera um desequilíbrio contratual na carteira que é regida pelo mutualismo.

Fundamenta-se, em alguns casos, a decisão judicial sob o manto da função social do contrato, afirmando que a negativa de cobertura desvirtua o objeto principal do plano de saúde que é a prestação de serviço à saúde e à dignidade da pessoa humana.

Alexandre Bueno Cateb sustenta que

Defendemos que ‘função social’ equivale a dizer que uma determinada companhia se propõe ao exercício de determinada atividade, de forma lícita e eficaz, gerando empregos e tributos, produzindo riquezas e satisfazendo os interesses de seus acionistas⁸.

Assim, corre-se o risco de bastar que no contrato de plano de saúde esteja contida uma única cláusula sobre cobertura para que a operadora faça tudo o que for possível para tratar da saúde do contratante, o que valeria para tratamentos até no exterior. O consumidor deseja o que há de melhor para proteção da sua saúde, porém, não está preparado economicamente para suportar os custos desta

7 Veja artigo 35, § 4º da Lei nº 9.656/98 “§ 4º Nenhum contrato poderá ser adaptado por decisão unilateral da empresa operadora”.

8 CATEB, Alexandre Bueno. Análise econômica da lei de sociedades anônimas. In: TIMM, Luciano Benetti; CATEB, Alexandre Bueno (Org.). Direito & economia. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 268.

cobertura, levando para o Judiciário sua pretensão, a qual na grande maioria das vezes é concedida.

Noutro giro, segundo entendimento do Estado-regulador, por meio da Diretoria de Fiscalização da ANS:

A operadora que não disponibilizar o termo aditivo para proceder à adaptação solicitada pelo consumidor, conforme artigo 35 da Lei nº 9.656/98, sob alegação de não mais comercializar ou não possuir produto registrado na ANS na respectiva modalidade, estará sujeita à penalidade prevista no artigo 67 da Resolução Normativa nº 124/2006⁹.

No que concerne à cobertura de quimioterapia em contrato anterior à Lei nº 9.656/98, não há sanção para as operadoras quando existir cláusula expressa de exclusão, procedendo-se, assim, ao arquivamento da demanda.

As operadoras não são punidas pelo Estado-regulador da sua atividade, por esse entender que não houve violação à legislação do setor, mas são obrigadas pelo Estado-juiz a custear o tratamento e, em alguns casos, o pagamento por danos morais, o que gera intranquilidade e insatisfação para todos os envolvidos nessa relação de consumo.

Por arremate, entende-se que a Lei nº 9.656/98 veio para normatizar o mercado de saúde suplementar, valendo a cobertura prevista somente para os contratos novos celebrados a partir de 2 de janeiro de 1999 e para os contratos antigos que foram adaptados pelos consumidores a essa nova legislação.

2.2 Reajuste da Mensalidade

Com a nova regulamentação, surgiu outro aspecto polêmico em torno do tema saúde suplementar, o reajuste na mensalidade do consumidor.

O assunto chegou e sempre está na pauta do Superior Tribunal de Justiça. Caso de grande repercussão na mídia televisiva e escrita, foi o voto da Ministra Nancy Andrighi no Recurso Especial nº 809.329¹⁰, versando especificamente sobre a forma de reajuste por mudança por faixa etária, que gerou repercussões em todo território brasileiro por entender que a operadora não poderia aplicar o índice de 164,91% no contrato do consumidor que havia completado sessenta anos.

9 Instrução Normativa nº 5, de 9 de julho de 2007, Enunciado nº 1. A penalidade prevista no artigo 67 da RN nº 124/06 pode ser advertência ou multa de R\$35.000,00.

10 STJ. Proc. nº 2006/00033783-6/RJ. Recorrente: Amil Assistência Médica Internacional Ltda. Recorrido: Oracy Pinheiro Soares da Rocha.

Ressalta-se que, no julgamento final, a maioria (três votos a dois) foi contra a retroatividade do Estatuto do Idoso, ficando vencida a Ministra relatora.

Há divergência de entendimento entre o Estado-Juiz e o Estado-Regulador nessa matéria, o que ocasiona, também nesse tema, uma insegurança jurídica para empresas que exercem essa atividade econômica e para os próprios consumidores.

Ressalte-se que o controle e a fiscalização da ANS¹¹ têm limites, especialmente no que diz respeito ao reajuste de plano coletivo, haja vista que o índice anual por ela divulgado ampara somente a correção dos contratos individuais.

No decorrer da aplicação da Lei nº 9.656/98 e dos atos normativos, expedidos pela ANS, que versam sobre o assunto, surgiu o Estatuto do Idoso¹², trazendo mais elementos para a discussão, principalmente, sobre o reajuste por faixa etária.

Parte da jurisprudência compara os consumidores que adquiram plano de saúde antes do Estatuto do Idoso com aqueles que contrataram posteriormente a sua entrada em vigor. Esta comparação possibilita a discussão judicial envolvendo o princípio do ato jurídico perfeito, previsto no art. 5º, XXXVI, da Constituição da República de 1988 e do artigo 6º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Propõe-se, nessa parte do trabalho, apresentar as formas legais previstas para reajustamento da mensalidade do plano de saúde e estudar a interpretação do Judiciário e da Agência Nacional de Saúde Suplementar em casos concretos, na busca de evidenciar que é possível uma harmonização dos interesses nesta seara.

2.2.1 Formas de reajuste

A Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) divulga em sua página eletrônica¹³ a possibilidade de reajuste de três formas: (i) por variação de custos (ii) por mudança de faixa etária; e outra, excepcionalmente denominada de (iii) revisão técnica.

Salienta-se que é legalmente possível ocorrer, no mesmo ano, aplicação do reajuste por variação de custos e por faixa etária. Nessa hipótese, deve ser obser-

11 Lei nº 9.961/00, art. 4º, inciso XVII: “autorizar reajustes e revisões das contraprestações pecuniárias dos planos privados de assistência à saúde, ouvido o Ministério da Fazenda;”.

12 Lei Federal nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (vigência 01/01/2004).

13 Disponível em: <http://www.ans.gov.br/portal/upload/biblioteca/guia_reajuste_mensalidade.pdf>.

vado o contrato e, especificamente para os planos individuais, respeitar o índice divulgado pela ANS.

No intuito de elucidar algumas polêmicas em torno do tema, propõe-se analisar cada forma de reajuste e suas repercussões.

2.2.1.1 Reajuste por variação de custos

Pode-se afirmar que o reajuste anual é sinônimo de reajuste por variação de custos, sendo que a ANS o conceitua como sendo “o aumento anual de mensalidade do plano de saúde em razão de alteração dos custos, ocasionada por fatores como inflação e uso de novas tecnologias”¹⁴.

Para aplicação do reajuste anual, deve-se observar primeiramente a data de comercialização do contrato firmado, ou seja, se é anterior ou posterior à Lei nº 9.656/98 e, em seguida, se o contratante é pessoa física ou jurídica, pois a regra é distinta, como veremos a seguir.

a) Reajuste por variação de custos para pessoa física com contrato anterior à Lei nº 9.656/98

A regra de reajuste anual para o contrato firmado antes da Lei nº 9.656/98 é diferente para os comercializados após sua edição, todavia, o Estado-juiz acaba por aplicar a mesma regra para todos os contratos, ferindo de morte o princípio do ato jurídico perfeito¹⁵. Saliente-se a importância de se detectar a real data a partir da qual as operadoras ficaram obrigadas a comercializarem os “novos contratos”, qual seja, 2 de janeiro de 1999¹⁶.

Para o reajuste anual dos contratos individuais ou familiares firmados antes do advento da Lei nº 9.656/98, a regra geral é verificar se há um índice oficial (ex.: Índice Geral de Preços do Mercado – IGP-M, Índice de Preços ao Consumidor – IPC) pactuado e em vigor. Em caso afirmativo, poderá a operadora, no mês do aniversário do contrato, multiplicar o acumulado dos últimos 12 meses sobre a

14 Disponível em: <<http://www.ans.gov.br>>.

15 RIANI, Marlus Keller. Inaplicabilidade da lei 9.656/98 aos contratos antigos. Belo Horizonte: Unimed BH, 2008. v. 1.

16 GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor*, p. 141.

mensalidade anteriormente paga, valendo a partir do mês seguinte o novo valor a ser pago pelo consumidor¹⁷.

Caso não haja índice estabelecido no pacto firmado entre as partes, a operadora não poderá ao seu livre-arbítrio, a cada ano, escolher um índice que melhor lhe satisfaça, devendo seguir a regra contida na Súmula Normativa nº 5, de 04 de dezembro de 2003, da ANS que determina:

Os contratos individuais de planos privados de assistência à saúde celebrados anteriormente à vigência da Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998, cujas cláusulas não indiquem expressamente o índice de preços a ser utilizado para reajustes das contraprestações pecuniárias e sejam omissos quanto ao critério de apuração e demonstração das variações consideradas no cálculo do reajuste, deverão adotar o percentual de variação divulgado pela ANS e apurado de acordo com a metodologia e as diretrizes submetidas ao Ministério da Fazenda.

Como simulação, imagine um consumidor de plano antigo, com cláusula de reajuste pelo IGP-M, data de aniversário em maio, que pagava R\$ 100,00 (cem reais) no ano de 2000. Considerando-se somente reajustes anuais, o valor a ser pago, em maio de 2009, seria de R\$ 223,97 (duzentos e vinte e três reais e noventa e sete centavos)¹⁸. Se considerarmos o acumulado dos índices da ANS para o mesmo período, a mensalidade seria de R\$ 205,61 (duzentos e cinco reais e sessenta e um centavos).

Especificamente nos anos de 2003 e 2004, em virtude de o IGP-M ter alcançado o índice acumulado acima de 30%, várias foram as decisões proferidas pelo Juizado Especial de Relações de Consumo de Belo Horizonte que não respeitaram o índice estabelecido no contrato individual, determinando que as operadoras de plano de saúde aplicassem o percentual de variação divulgado pela ANS, na época de 9,27%, o que levou as operadoras a alegarem afronta ao ato jurídico perfeito. No ano seguinte (2005), ocorreu o inverso: o IGP-M acumulado alcançou o índice de 0,86%, enquanto a ANS divulgou o índice de reajuste de 11,69%, sendo que vários consumidores voltaram ao Juizado requerendo o retorno do índice contratual, porém, não obtiveram êxito nas ações.

Observe-se que, pela simulação realizada, os índices são equivalentes ao longo do tempo, devendo haver critérios consistentes na decisão, sob pena de propiciar mais insegurança jurídica para o setor de saúde suplementar. Atualmente, estão expostos a esta modalidade de contratação quase 1,3 milhão de usuários.

17 Lembre-se de que o reajuste é anual por força do artigo 28 da Lei nº 9.069/95 (Lei Plano Real).

18 Disponível em: <<https://www3.bcb.gov.br/CALCIDADAO/publico/corrigirPorIndice.do?method=corrigirPorIndice>>. Acesso em: 19 jul. 2010.

b) Reajuste por variação de custos para pessoa física com contrato posterior à Lei nº 9.656/98

Todos os consumidores pessoas físicas que adquiriram plano de saúde a partir de 2 de janeiro de 1999, ou adaptaram seu contrato “antigo” para contrato “novo”, sofreram ou poderão sofrer reajuste anual somente até o limite máximo estabelecido pela Agência Nacional de Saúde Suplementar.

Desde junho de 2000¹⁹, a ANS vem divulgando o percentual de variação a ser reajustado no contrato da pessoa física, facultando às operadoras sua aplicação. Existem, aproximadamente, mais de 8 milhões de beneficiários vinculados a essa modalidade de contratação, do total aproximado de 49 milhões de usuários do setor de saúde suplementar.

Insta registrar que o reajuste será aplicado no mês do aniversário do contrato do consumidor. Exemplificando, se ele adquiriu o plano em setembro de 2015, somente no mês de setembro de 2016 poderá a operadora reajustar o valor da sua mensalidade, sendo que o índice divulgado em junho de 2016 foi de 13,57%.

Não há normativo do órgão regulador explicitando a composição do índice divulgado anualmente; a justificativa lançada pela ANS, na imprensa, consiste na média dos índices aplicados para os contratos coletivos, inflação do período e custos de tecnologia. Trata-se de um índice oficial para todo o Brasil, o que tem levado a ANS a repensar a forma de sua definição e divulgação, haja vista a diversidade das realidades sociais de cada Estado, bem como a precificação dos serviços de saúde em cada localidade.

c) Reajuste por variação de custos para pessoa jurídica com contrato anterior ou posterior à lei nº 9.656/98

Nos contratos firmados com pessoa jurídica, tanto para os planos coletivos “antigos” como para os “novos”, a regra de reajuste anual é a mesma, ou seja, vale o índice estabelecido no contrato; não havendo estipulação, as partes contratam-

19 RDC nº 29, 26 de junho de 2000 (período maio/00 a abr./01 – 5,42%); RDC nº 66/01 (maio/01 a abr./02 – 8,71%); RN nº 8/02 (maio/02 a abr./03 – 7,69); RN nº 36/03 (maio 2003 a abr./04 – 9,27%); RN/04 nº 74 (maio 2004 a abr./05 – 11,75%); RN nº 99/05 (maio 2005 a abr./06 – 11,69%); RN nº 128/06 (maio 2006 a abr./07 – 8,89); RN nº 156/07 (maio a abr./08 – 5,76%); RN nº 171/08 (maio 2008 a abr./09 – 5,48%), após houve somente divulgação pela ANS sem constar em resolução específica, para o período de maio/09 a abr./10 – 6,76%; período de maio/10 a abr./11 – 6,73%; período de maio/11 a abr./12 – 7,69%; período de maio/12 a abr./13 – 7,93%; período de maio/13 a abr./14 – 9,04%; período de maio/14 a abr./15 – 9,65%; período de maio/15 a abr./16 – 13,55% e período de maio/16 a abr./17 – 13,57%.

tes acordarão qual o percentual a ser aplicado para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.

Insta afirmar que a ANS divulga somente o percentual de variação a ser aplicado para os contratos com pessoas físicas, não valendo para os pactos firmados com pessoas jurídicas. Mas isso não quer dizer que o órgão regulador está impedido de fiscalizar os contratos coletivos; as operadoras têm, inclusive, obrigação de informar para ANS os índices aplicados a cada contratante pessoa jurídica, por meio do aplicativo denominado Reajuste de Plano Coletivo (RPC).

A fiscalização acontece na medida em que há indícios de violação do contrato, podendo a operadora ser multada, conforme estabelece o artigo 59 da Resolução Normativa nº 124/06.

Tem-se discutido no Judiciário a legitimidade de o aderente ao contrato coletivo requerer individualmente a revisão de sua contraprestação pecuniária, mesmo havendo acordo de vontades entre a operadora e o representante legal da contratante. As decisões do Poder Judiciário nessa matéria são conflitantes. Entre elas, destaca-se a decisão que extingue o feito sem julgamento do mérito por ilegitimidade ativa do consumidor em propor ação que visa desobrigá-lo a arcar com o reajuste anual, ou em alguns casos, à redução do índice acordado entre operadora e contratante, a qual pode ser entendida com uma medida sensata, eis que impede o desequilíbrio contratual e não ocasiona tratamento desigual entre iguais, na medida em que os outros beneficiários que têm a mesma idade e possuem os mesmos direitos de uso e gozo do plano de saúde não pagariam valor diferente ao do autor da demanda.

Entende-se assim, que há duas soluções jurídicas para esse caso: 1) ação dos beneficiários em desfavor dos representantes legais que acordaram o reajuste com a operadora, na tentativa de destituí-los do cargo e anular o ato; e 2) propositura de ação coletiva beneficiando todos os usuários.

Outro tema em discussão diz respeito à rescisão do contrato coletivo por falta de acordo entre as pessoas jurídicas contratantes sobre o percentual de reajuste anual a ser aplicado.

Leonardo de Faria Beraldo ensina que nos contratos coletivos é “válida a cláusula contratual que preveja a possibilidade de qualquer uma das partes resilir o contrato por prazo indeterminado a quando bem entender, desde que o faça com aviso prévio”²⁰. O fundamento para o autor é o art. 421 do Código Civil de 2002,

20 BERALDO, Leonardo de Faria. Função social do contrato: contributo para a construção de uma nova teoria. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 223.

haja vista que as operadoras e seguradoras não têm o “dever de contratar *ad eternum* com aquelas pessoas que já são seus clientes”.

2.2.1.2 Reajuste por mudança de faixa etária

Mais uma vez nos reportamos à conceituação da ANS, agora para o reajuste por faixa etária, a qual estabelece ser “o aumento que decorre da alteração de idade do consumidor”.

O reajuste por mudança de faixa é possível, estando disciplinado no artigo 15 da Lei nº 9.656/98. Para sua devida aplicação, é necessário que as operadoras de plano de saúde façam a devida previsão no contrato, tanto das faixas quanto dos percentuais, preservando assim o direito à informação (art. 6, III e 46, ambos do CDC).

Cristiano Heineck Schmitt afirma ao dispor sobre o tema que:

o sistema de funcionamento dos contratos de planos e de seguros de assistência privada à saúde admite também diferenciação do valor das mensalidades de acordo com a faixa etária do consumidor, o que se dá porque presumidamente a frequência de utilização varia conforme a idade do indivíduo²¹.

Pode-se afirmar que na grande maioria dos contratos de plano de saúde, celebrados antes da Lei nº 9.656/98, está prevista a possibilidade do reajuste por faixa etária, contudo, não consta o percentual a ser aplicado em cada uma delas. Tal constatação tem conduzido o tema ao Estado-juiz, para que este decida sobre sua legalidade e também sobre sua abusividade, haja vista o direito à informação do consumidor.

Nesse contexto, serão evidenciados alguns aspectos polêmicos que versam sobre o reajuste por mudança de faixa etária, apontando aplicação necessária do Código de Defesa do Consumidor aos contratos celebrados antes da vigência da Lei nº 9.656/98; as regras legais impostas pela ANS a partir de 2 de janeiro de 1999, início da obrigação de comercialização dos contratos “novos”; e a repercussão dessa matéria quando do advento do Estatuto do Idoso.

21 SCHMITT, Cristiano Heineck. A “hipervulnerabilidade” do consumidor idoso. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 70, p. 139-171, abr./jun. 2009. p. 158.

a) Reajuste por mudança de faixa etária para pessoa física ou jurídica com contrato anterior à Lei nº 9.656/98

No reajuste por mudança de faixa etária, diferentemente do que exposto em relação ao reajuste por variação de custos (anual), não há distinção na regra por se tratar de pessoa física ou jurídica, já que a estipulação deve constar no contrato firmado entre operadora e contratante.

O que interessa evidenciar neste item do trabalho é a aplicação direta do Código de Defesa do Consumidor quando houver abuso por parte do fornecedor ao reajustar, de maneira excessivamente onerosa, unilateralmente ou sem informação clara e precisa, a mensalidade do consumidor de plano de saúde.

A título exemplificativo, cite-se a ação civil pública movida pelo Movimento das Donas de Casa e Consumidores de Minas Gerais, no ano de 1999, em desfavor da Golden Cross Assistência Internacional de Saúde e da Unimed Belo Horizonte Cooperativa de Trabalho Médico. Na ocasião, foi determinada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais²² a aplicação de reajuste máximo no patamar de 50% para todos os consumidores das duas operadoras que mudaram de faixa etária no curso do processo ou que irão sofrer tal reajuste ao longo do contrato.

Na referida ação foi obtida tutela antecipada impedindo que as operadoras aplicassem qualquer reajuste por mudança de faixa etária para os consumidores de contratos “antigos”. Transcorridos mais de 6 anos, o TJMG decidiu que:

Por outro lado, deve-se atentar também que é razoável que os aderentes de faixa etária de maior risco paguem uma contribuição um pouco superior a de faixa etária de menor risco, contudo, o reajuste não pode significar uma verdadeira ‘cláusula-barreira’, cuja finalidade é justamente a de fazer com que o contratante se exclua do plano, por não conseguir suportar o aumento das contribuições. [...]

A solução que se propõe aqui, utilizando-se a ideia contida no julgado abaixo transcrito, é a permissão de reajustes quanto ao aumento das faixas etárias, porém, estes deverão ter como ‘teto’ o percentual de 50%, aplicando-se este limite a ambas as faixas etárias dos consumidores de idade acima de 59 anos, figurando este índice como teto para os diversos planos que constam das referidas planilhas de f. 666 e 668, prevalecendo, contudo, os índices que foram aplicados inferiores ao ‘teto’ acima estabelecido.

22 Recurso de Apelação nº 2.0000.00.442496-4/000(1), j. 20/09/2005. Trata-se de decisão definitiva, pois não houve por parte da autora da ação interposição de recurso especial ou extraordinário.

Vale ressaltar que os contratos em discussão não continham previsão dos percentuais que poderiam ser aplicados em cada faixa etária, contrariando o artigo 6º, III, do Código de Defesa do Consumidor, que estabelece como direito básico a informação adequada e clara, todavia, o fundamento da decisão para aplicar no máximo 50% de reajuste foi baseado em perícia judicial.

Adverte-se que nos contratos de plano de saúde, que não possuem a informação sobre o percentual a ser reajustado em cada faixa etária, caberá às operadoras provar que não praticam reajuste de forma indiscriminada, ou seja, para cada consumidor ou grupo de consumidores é escolhido o percentual a ser aplicado, pois isso caracteriza tratamento unilateral e discriminatório.

A operadora deverá provar, também, que o percentual aplicado na mensalidade corresponde à variação existente entre a faixa anterior e a faixa etária posterior. A solução encontrada pelas operadoras e inclusive aceita pelo Núcleo ANS-MG consiste em trazer para os autos do processo cópias dos contratos de outros consumidores que adquiriram plano idêntico, com vigência para a mesma data e que possuam preço de venda da época, possibilitando, assim, evidenciar o percentual de reajuste em cada faixa etária do contrato que era comercializado à época²³.

Relembre-se que o tema está *sub judice* perante o Supremo Tribunal Federal, haja vista que foi concedida liminar (21.08.2003) na ADI nº 1.931-8/MC-DF, considerando inconstitucional o atual art. 35-E da Lei nº 9.656/98, que determinava a autorização prévia da ANS para qualquer variação na contraprestação pecuniária para consumidores com mais de sessenta anos de idade que estavam vinculados aos ditos “planos antigos”.

b) Reajuste por mudança de faixa etária para pessoa física ou jurídica com contrato posterior à Lei nº 9.656/98 e anterior ao Estatuto do Idoso

Reafirma-se que a Lei nº 9.656/98 pôs fim a qualquer discussão sobre a legalidade ou não da aplicação de reajuste por mudança de faixa etária, isso porque preconizou, em seu artigo 15, a possibilidade de sua existência nos contratos, bem como determinou a forma e a maneira como o consumidor deverá ser informado.

Antes da criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar, ocorrida no ano de 2000, existia o Conselho de Saúde Suplementar (CONSU), presidido pelo

23 Sobre o tema foi editada pela ANS a Súmula nº 03, de 21 de setembro de 2001.

Ministro da Saúde, o qual expediu a Resolução nº 6, de 3 de novembro de 1998, dispondo “sobre critérios e parâmetros de variação das faixas etárias”. O artigo 1º estabelece:

Para efeito do disposto no artigo 15 da Lei 9.656/98, as variações das contra-prestações pecuniárias em razão da idade do usuário e de seus dependentes, obrigatoriamente, deverão ser estabelecidas nos contratos de planos ou seguros privados a assistência à saúde, observando-se as 7 (sete) faixas etárias discriminadas abaixo: [...]²⁴.

O supracitado ato normativo começou a vigorar a partir de 2 de janeiro de 1999 e continua válido para os contratos celebrados até 31 de dezembro de 2003. Em 22 de dezembro de 2003, a ANS expediu a Resolução Normativa nº 63, adotando dez faixas etárias para todos os contratos comercializados a partir de 1º de janeiro de 2004, isso em virtude da entrada em vigor do Estatuto do Idoso.

Nesse contexto, necessário informar a propositura, em 2009, da ação civil pública²⁵ movida pelo Ministério Público Federal de Minas Gerais (MPF-MG) contra a Agência Nacional de Saúde Suplementar, em que se pleiteou a declaração de ilegalidade do artigo 1º, VI e VII, da Resolução CONSU nº 06/98 e do artigo 1º da Resolução Normativa nº 63/03, ambas da ANS, sob o argumento de que esses dispositivos autorizam o reajuste das prestações dos planos de saúde em razão da mudança de faixa etária dos titulares e dependentes com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, bem como que os efeitos do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03) pudessem retroagir aos contratos de assistência à saúde celebrados anteriormente à sua vigência.

Em primeira instância o magistrado concedeu a tutela antecipada requerida pelo MPF-MG, determinando que a ANS promovesse a adequada alteração regulatória para não permitir que as operadoras reajustassem os planos de saúde daqueles beneficiários que completassem 60 anos de idade.

A ANS impetrou pedido de suspensão dos efeitos da decisão sob o argumento de que:

O comando judicial provocará alteração substancial no modo de atuação da autarquia, com reflexos na orientação regulatória do mercado e ocasionando o desequilíbrio das relações jurídicas, ou seja, dos contratos de prestação de serviços de saúde firmados anteriormente à edição da Lei 10.741/2003, colocando em risco a continuidade dos serviços médico-

24 As 7 (sete) faixas etárias são: 0 a 17 anos; 18 a 29 anos; 30 a 39 anos; 40 a 49 anos; 50 a 59 anos; 60 a 69 anos, e 70 anos de idade ou mais.

25 Proc. nº 0020161-97.2009.4.01.3800-MG, concluso para relatório e voto desde 10/06/2015.

-hospitalares e, inclusive, podendo ocasionar a majoração das mensalidades dos demais clientes das empresas prestadoras, além de violar o ato jurídico perfeito.

O Tribunal Regional Federal da Primeira Região, à guisa da relatoria do desembargador Presidente, Jirair Aram Meguerian, deferiu o pedido da ANS suspendendo os efeitos da decisão de primeira instância.

Saliente-se que a repercussão do Estatuto do Idoso nos reajustes das mensalidades de plano de saúde será tratada posteriormente.

Os principais pontos de discussão que giram em torno do tema reajuste residem no parágrafo único do artigo 15 da Lei nº 9.656/98, que aduz: “É vedada a variação a que alude o *caput* para consumidores com mais de sessenta anos de idade, que participarem dos produtos de que tratam o inciso I e o §1º do art. 1º, ou sucessores, há mais de dez anos”.

Pela redação do diploma legal citado, identificam-se dois pressupostos que devem ser preenchidos pelo beneficiário/consumidor para que não seja aplicado em sua contraprestação pecuniária qualquer percentual a título de mudança por faixa etária, que podem ser assim apresentados: (i) ter mais de 60 anos de idade; e (ii) estar participando de plano de saúde há mais de dez anos.

Sobre o primeiro aspecto, *ter mais de 60 anos de idade*, vale dizer que o Núcleo ANS-MG, a partir de 2008, tem aplicado multa nas operadoras que reajustam a mensalidade por mudança de faixa etária quando o beneficiário sai da faixa de 50 a 59 anos e passa para a faixa 60 a 69 anos e já possui mais de dez anos de plano.

Esse é um dos pontos polêmicos, pois a norma traz a expressão “consumidores com mais de sessenta anos de idade”, e não “consumidores com idade igual ou superior a sessenta anos”. A interpretação literal do artigo não admite outra conclusão que não seja a de que o beneficiário possua mais de sessenta anos na data do reajuste, sendo essa realizada, na prática, no mês seguinte ao aniversário do beneficiário.

Nos autos do processo administrativo nº 25779.000766/2009-61, extraiu-se o posicionamento do NURAF-MG sobre essa controvérsia:

Cumprido dizer que a interpretação da Norma deve levar em conta a hermenêutica jurídica, onde se tem, por método, a interpretação teológica e a sistemática, eis que a literalidade pode levar a equívocos dissonantes do sistema legal e constitucional pátrio, incluindo-se a extensividade da norma, como parte da hermenêutica, sem que isso possa ser considerado ‘violação ao princípio da legalidade’.

Entende-se que a interpretação extensiva da norma, dada pela ANS, não é aplicável no âmbito do Direito Administrativo, pois tal modalidade de interpretação pode ensejar a “criação” de uma nova norma, em patente violação ao princípio da legalidade, conforme assevera Reinaldo Moreira Bruno *in verbis*:

Constitui-se em regra inaplicável às normas administrativas por causa da relevância da lei como instrumento limitador da ação estatal – tal modalidade de interpretação levaria à criação de nova norma.

Ressalta-se que não se admite para o Direito Administrativo uma interpretação extensiva – tal como ocorre no Direito Privado, pois, neste caso, estaria sendo criada norma administrativa nova em afronta ao princípio da legalidade, conforme lição de Hely Lopes Meirelles²⁶.

Imperioso registrar que não se coaduna com a tese desenvolvida pela ANS, pois se entende ser perfeitamente possível a aplicação do percentual de reajuste para o consumidor que estiver completando sessenta anos de idade, haja vista que não preenche um dos requisitos da LPS que é ter mais de 60 anos de idade. Manifestou-se Ney Moura Teles sustentando que o sujeito “maior de 60 anos é aquele que contar com 61 anos”²⁷.

Sobre o assunto, faz-se remissão à decisão, de relatoria do desembargador Tarcisio Martins Costa, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que se pronunciou no seguinte sentido:

Como o apelante contratou a assistência médica, em março de 2002 (f. 21), portanto, na vigência da Lei nº 9.656/98, é perfeitamente cabível o reajuste em decorrência de mudança de faixa etária do segurado.

Destarte, não se pode tachar de abusiva a dita cláusula, à luz do que prescreve o inciso IV e X, do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor, mesmo porque, além de haver expressa previsão contratual para o reajuste da mensalidade em razão da mudança de faixa etária, consoante já dito, expressamente permitido por lei, deve ser considerado, ainda, o aumento natural na utilização dos serviços contratados com a elevação da faixa etária, justificando a variação da aludida contraprestação pecuniária.

Lado outro, não se pode negar que o apelante já tinha plena ciência de que, ao completar 60 (sessenta) anos de idade, haveria um aumento em virtude da mu-

26 BRUNO, Reinaldo Moreira. Direito administrativo. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 19.

27 TELES, Ney Moura. Direito penal. São Paulo: Atlas, 2004. v. II, p. 280.

dança de faixa etária, conforme ressaí da ‘Proposta de Admissão’, por ele próprio trazida à f. 19²⁸.

Fato é que há conflito estabelecido entre o Estado-regulador, já que por interpretação da Diretoria de Fiscalização da ANS as operadoras estão sendo multadas²⁹, e o Estado-juiz, que vem decidindo pela aplicação do reajuste, desde que haja informação adequada e o percentual não seja abusivo, para os consumidores que completam sessenta anos de idade, cabendo, assim, uma uniformização sobre o tema, sob pena da insegurança jurídica e não harmoniosa para todos os participantes dessa relação de consumo.

Entende-se que o legislador tentou proteger e evitar a exclusão do consumidor, considerado na época como idoso, ou seja, aquele que aproximava dos 70 anos de idade, haja vista que teria uma idade avançada e pagou por mais de 10 anos um plano de saúde para operadora. Por isso, que para a última faixa etária prevista na RN nº 6/98, de 70 anos de idade ou mais, o consumidor não poderá sofrer o reajuste, desde que tenha mais de dez anos de contribuição.

Em relação ao segundo pressuposto, *participar de plano de saúde há mais de dez anos*, a controvérsia reside em saber como se faz a contagem desse tempo. Trazemos a lume o final da redação do parágrafo único do artigo 15 da Lei nº 9.656/98, que assim dispõe: “Que participarem dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º, ou sucessores, há mais de dez anos”.

O CONSU esclareceu em parte o tema, ao editar a Resolução Normativa nº 6/98, que estabelece em seu artigo 2º, § 2º:

A contagem do prazo estabelecido no parágrafo anterior deverá considerar cumulativamente os períodos de dois ou mais planos ou seguros, quando sucessivos e ininterruptos, numa mesma operadora, independentemente de eventual alteração em sua denominação social, controle empresarial, ou na sua administração, desde que caracterizada a sucessão.

A definição da palavra “sucessores” contida na norma é de suma importância, pois, de acordo com a interpretação dada, em cada caso concreto, pelo Estado-Juiz, Estado-Regulador, Operadoras e o próprio Consumidor, poderá ficar evi-

28 Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>>. Apelação cível nº 1.0145.08.472362-9/001(1). Des. Tarcisio Martins Costa, j. 13/07/2009: “Vistos etc., acorda, em Turma, a 9ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO”.

29 Multa de R\$45.000,00 (quarenta e cinco mil reais) – Art. 57 da RN nº 124/06.

denciado o preenchimento ou não do segundo pressuposto, que é participando de plano de saúde há mais de dez anos.

A título exemplificativo, visando evidenciar a clareza da controvérsia com relação à palavra “sucessores”, imagine a seguinte situação: consumidor adquiriu um produto (plano) em 1994 e o adaptou³⁰ em 2002, frise-se, antes do Estatuto do Idoso, completando sessenta anos em junho de 2007. Caso a palavra **sucessor** seja interpretada somente como “plano novo”, esse usuário não terá preenchido o requisito legal de estar participando de plano de saúde há mais de dez anos. Lado outro, se a interpretação for como se se tratasse de “plano antigo”, ele terá preenchido o pressuposto legal.

Lembre-se de que o consumidor que possui somente o “plano antigo” não pode se valer dessa regra, uma vez que ela só tem validade para quem firmou contrato a partir de 2 de janeiro de 1999 ou adaptou o seu plano após essa data.

c) Reajuste por mudança de faixa etária para pessoa física ou jurídica com contrato posterior à Lei nº 9.656/98 e posterior ao Estatuto do Idoso

Antes do advento do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03), a ANS expediu a Resolução Normativa nº 63, de 22 de dezembro de 2003, determinando inserção pelas operadoras nos contratos de plano privados de saúde, tanto para pessoas físicas como para jurídicas, firmados a partir 1º de janeiro de 2004, o número de dez faixas etárias³¹, e não sete faixas como anteriormente previsto³².

Essa nova regra trouxe consigo uma discussão para o cenário jurídico, qual seja, a irretroatividade do Estatuto do Idoso para os contratos celebrados antes da vigência desse.

A tese desenvolvida e sustentada em algumas recentes decisões judiciais para não aplicação de reajuste para pessoas com idade igual ou superior a sessenta anos foi embasada pelo voto da Ministra Nancy Andrighi, que explicou:

Isso porque a cláusula de reajuste por faixa etária é de caráter aleatório, cujo aperfeiçoamento condiciona-se a evento futuro e incerto. Explico: não sabemos se o consumidor atingirá a idade preestabelecida na cláusula contratual, que de-

30 Adaptação é firmar novo contrato de plano de saúde com a operadora absorvendo todos os direitos da Lei nº 9.656/98 e suas regulamentações aos direitos já consagrados no antigo plano.

31 Faixas etárias: 0 a 18 anos; 19 a 23 anos; 24 a 28 anos; 29 a 33 anos; 34 a 38 anos; 39 a 43 anos; 44 a 48 anos; 49 a 53 anos; 54 a 58 anos; 59 anos ou mais.

32 Resolução CONSU nº 06/98.

corre de lei. Dessa forma, enquanto o contratante não atinge o patamar etário predeterminado, os efeitos da cláusula permanecem condicionados a evento futuro e incerto, não se caracterizando o ato jurídico perfeito, tampouco se configurando o direito adquirido da empresa seguradora, qual seja, de receber os valores de acordo com o reajuste predefinido. [...]

Assim, se o implemento da idade, que confere à pessoa a condição jurídica de idosa, realizou-se sob a égide da Lei nova, não estará o consumidor usuário do plano de saúde sujeito ao reajuste estipulado no contrato e permitido pela lei antiga. Estará amparado, portanto, pela Lei nova³³.

Observa-se que essa tese traz repercussões em relação ao princípio da isonomia que está insculpido no *caput* do artigo 5º da Constituição da República de 1988³⁴, sendo imposto o dever de tratar isonomicamente as partes.

Salienta-se que, antes da nova regra, o consumidor possuía um intervalo de 10 anos para sofrer reajuste por faixa etária; atualmente, o prazo é de 5 anos. Portanto, o consumidor de 52 anos que adquiriu um plano “A” em dezembro de 2003 ao completar 60 anos não sofreria reajuste (isso pela tese supracitada), e o consumidor de 52 anos que adquiriu o mesmo plano “A” em janeiro de 2004 sofreria dois reajustes por mudança de faixa etária (54 a 58 e, depois, 59 anos). Ao final, teríamos duas pessoas iguais (idade e mesmo plano) pagando valores totalmente discrepantes um do outro.

Igualar o consumidor que possui contrato anterior ao Estatuto do Idoso àquele que celebrou posteriormente a sua entrada em vigor rompe o equilíbrio contratual da carteira de usuários que é baseada no mutualismo.

Outro princípio consagrado da Constituição da República, em seu artigo 5º, XXXVI³⁵ e já mencionado, é o ato jurídico perfeito, que proíbe que uma lei nova venha prejudicar a relação jurídica existente. Não havendo qualquer vício de informação que possa macular o contrato firmado entre as partes, espera-se que produza todos seus efeitos de acordo com as obrigações assumidas, e não que uma parte seja beneficiada com entrada de nova regra.

Mesmo que se trate de uma lei de ordem pública, ela deve se submeter à norma constitucional que preserva o ato jurídico perfeito e o direito adquirido. Nesse

33 Recurso Especial nº 809.329-RJ (2006/00003783-6), j. 25/03/2008.

34 Artigo 5º, *caput*, da Constituição da República de 1988: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]”.

35 Artigo 5º, XXXVI da Constituição da República de 1988: “XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

sentido, Vicente Greco Filho afirma que “as normas de intervencionismo contratual aplicam-se aos contratos celebrados a partir de sua vigência”³⁶.

Pela certidão de julgamento do Recurso Especial nº 809.329/RJ, publicada em março de 2008, temos que a Terceira Turma, por maioria (três ministros), negou provimento ao recurso da operadora. No entanto, no que concerne à ofensa ao ato jurídico perfeito, considerou-se que o Estatuto do Idoso não deve retroagir para beneficiar o consumidor que adquiriu o contrato antes da sua entrada em vigor.

Ao final, no mérito, decidiu o Ministro Ari Pargendler pelo não provimento do recurso interposto pela operadora, por considerar infração ao Código de Defesa do Consumidor, e não por aplicação direta do Estatuto do Idoso, enfatizando o seguinte:

Com efeito, a imposição (trata-se de um contrato de adesão) de um aumento de 164,91% (cláusula 18.3,e) na mensalidade do seguro-saúde visa, senão impedir (pela impossibilidade de pagar o respectivo montante), desestimular o segurado de manter o contrato precisamente quando sua idade autoriza a presunção de que precisará dele. A abusividade da cláusula só poderia deixar de ser reconhecida se provado que a aludida majoração corresponde ao aumento do risco resultante da idade de 60 anos. Tal prova não foi feita, e é improvável que pudesse ter sido produzida, porque – numa época de longevidade como a nossa – o sexagenário de hoje já não é o velho de antigamente. Condições sanitárias e modos de vida mais saudáveis vêm aumentando a média do tempo que o homem passa neste mundo.

Vê-se que existe a legalidade de reajuste por variação de custos e por mudança de faixa etária, sendo que as regras para sua aplicação variam de acordo com a data de celebração do contrato.

As regras jurídicas que surgem ao longo do tempo contribuem para incrementar a complexidade do setor de saúde suplementar, provocando um cenário de extrema insegurança para empresas que atuam nessa atividade econômica.

O tema reajuste afeta diretamente o interesse econômico das partes. De um lado, o consumidor é compelido a pagar um valor que não estava previsto no seu orçamento doméstico; e de outro, a operadora de plano de saúde tem interesse em receber para manter o equilíbrio financeiro da carteira de clientes. Essa situação é agravada quando se trata de reajuste por faixa etária.

A insegurança jurídica e econômica está instalada na relação de consumo de plano de saúde, haja vista a falta de harmonização de entendimento entre o

36 GRECO FILHO, Vicente. Comentários ao código de proteção ao consumidor, p. 380.

Estado-Juiz e o Estado-Regulador. Daí a necessidade da busca da equidade entre os participantes dessa relação, com vistas a uma Justiça distributiva e não assistencialista, preservando o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos.

2.3 Cobertura à Assistência à Saúde

O tema saúde, no que tange ao tratamento do enfermo, tem um apelo muito forte incutido na consciência da sociedade. Essa situação repercute da mesma maneira perante os magistrados, pois são pessoas que, quando provocadas pelo autor da demanda, estão obrigadas a decidir, em muitos casos, sobre o principal bem da pessoa humana.

Sabe-se que decidir não é uma tarefa fácil, até mesmo nas situações mais cotidianas, quiçá quando se está diante de um processo judicial com pedido de antecipação de tutela, em que se determinará ou não o tratamento de saúde pretendido. Na opinião do desembargador Laerte Nardi:

Não há, atualmente, nenhum processo que preocupe mais o juiz do que aquele ligado a planos e seguros de saúde, porque, em regra, ligados à saúde e à vida das pessoas, quase sempre criando o inevitável conflito entre o aplicador e o intérprete da lei e o homem que gostaria de ver o problema resolvido com uma saúde pública que dispensasse ou não tornasse tão imprescindível a participação de empresas privadas³⁷.

A tomada de decisão é intrínseca à atividade do magistrado, cabendo a esse, antes de se pronunciar, o dever de procurar entender como realmente funciona determinada relação entre as partes envolvidas e quais as normas se aplicam à espécie do caso, sob pena de trabalhar com “pré-conceitos” socialmente divulgados, mas sem o devido fundamento, o que acarretaria prejuízos irreversíveis.

No que diz respeito à saúde suplementar, após a entrada em vigor da Lei nº 9.656/98, instalou-se um novo paradigma no ordenamento jurídico para as relações de consumo de plano de saúde, sem, é claro, descartar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, mas devendo ser essa a referência primeira perante os casos que envolvem pactos firmados a partir de 2 de janeiro de 1999, ditos “contratos novos” ou “regulamentados”.

Além da lei específica, foram editados vários atos normativos pela Agência Nacional de Saúde Suplementar que não são conhecidos e, em alguns casos, ignorados pelo Poder Judiciário no momento da decisão, tais como: (i) Resolução

37 Agravo de Instrumento nº 289.378-4/8. Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator Des. Laerte Nardi, j. 27/05/2003, publicado em 10/06/2003.

Normativa nº 211/10 – sobre o Rol de Procedimentos; (ii) Resolução Normativa nº 85/04 – sobre registro de produto; (iii) Resolução Normativa nº 186/09 – sobre portabilidade; entre outras.

Segundo o Ministro Luiz Fux:

Com relação aos planos de saúde, em inúmeras ocasiões, seus usuários precisam de uma decisão judicial imediata, e o Juiz tem de analisar aquilo que foi contratado e, às vezes – é uma realidade – superar aquilo que foi contratado, porque estão em jogo a vida humana e a saúde, que são bens fundamentais e indisponíveis. Então, evidentemente, e isto é forçoso repetir, nenhum juiz do mundo vai deixar uma vida perecer, nenhum juiz do mundo vai autorizar a desinternação de um paciente. Mas, efetivamente, é preciso encontrar uma regra de equilíbrio³⁸.

Propõe-se evidenciar os direitos do consumidor de plano de saúde no que tange à cobertura de assistência à saúde, sejam legais ou contratuais, bem como os entendimentos do Estado-juiz e do Estado-regulador sobre esse tema que vem ocupando, a cada dia, mais espaço na mídia e assoberbando os órgãos públicos de demandas e ações judiciais.

2.3.1 Cobertura legal

A relação médico-paciente é pautada pela confiança, confidencialidade e pelo dever de cuidado, sendo que as pessoas não desejam adoecer, como ressalta Antonio Ferreira Couto Filho e Alex Pereira Souza:

O médico precisa avaliar bem esse quadro psicológico que, tal como um envoltório, cerca a relação médico/paciente, afinal ninguém fica doente porque deseja. [...]. O importante é que o médico esteja certo do seu dever, agindo não somente em harmonia com os ditames da ciência médica, mas também com a moral e a ética³⁹.

O consumidor, ao ficar doente, procura atendimento especializado no serviço próprio ou credenciado da operadora com a qual mantém um contrato de plano de saúde, na busca do seu bem-estar físico ou psíquico. Após a consulta com o médico assistente, dá-se início a probabilidade dos problemas que acabam desaguando no Poder Judiciário, Procon ou ANS, haja vista que o consumidor ao se retirar do consultório ou do pronto atendimento leva consigo uma guia

38 RELATÓRIO da CPI dos planos de saúde. Brasília, 2003. p. 56-57.

39 COUTO FILHO, Antônio Ferreira; SOUZA, Alex Pereira. Responsabilidade civil médica e hospitalar: repertório jurisprudencial por especialidade médica. Teoria da eleição procedimental; iatrogênica. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 34.

do convênio com solicitação de exames, terapias, materiais, medicamentos ou internação para uma intervenção cirúrgica.

A “judicialização da saúde” existe porque as operadoras e o poder público negam, por razões que entendem de direito, a cobertura assistencial para o consumidor. Por vez, sua pretensão é apreciada pelo Estado-juiz, a qual está sempre acompanhada de um pedido médico relacionado ao caso concreto. Nenhum magistrado irá deferir um determinado tratamento se não contiver nos autos um documento (relatório, guia de serviços) assinado por profissional habilitado prescrevendo a necessidade de determinado tratamento, medicamento ou cirurgia para o autor da demanda em relação à sua pretensa prestação de serviço de saúde.

É sabido que a obrigação do médico é de meio e não de resultado, exceção jurisprudencial em relação ao médico especialista em cirurgia plástica, cabendo ao profissional proporcionar ao enfermo todos os cuidados conscienciosos e atentos, de acordo com a moderna literatura científica. Portanto, não é prometida a cura, mas a prestação de serviços de acordo com as regras e os métodos da profissão, incluindo cuidados e conselhos.

Diante disso, cria-se um conflito para o médico probo, o qual precisa prescrever o melhor tratamento, mas, na maioria das vezes, desconhece se o paciente possui ou não cobertura para sua realização plena. Para exemplificar, tem-se o médico especialista em ortopedia, acostumado a solicitar o exame denominado “ressonância magnética” para seus pacientes, por ser atualmente mais moderno. Porém, esse exame não está previsto na grande maioria dos contratos firmados antes da Lei nº 9.656/98, caracterizando-se assim um conflito, alheio à sua vontade, entre a operadora e o consumidor.

Nesse cenário, ainda há condutas que devem rechaçadas, como se verifica na declaração do então presidente da Sociedade Brasileira de Ortopedia e Traumatologia – Regional Minas Gerais, na reportagem do Jornal da Associação Médica: “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”⁴⁰. É decorrência desse fato, acredita o presidente, a razão de alguns médicos preferirem utilizar próteses importadas ao invés das nacionais⁴¹. Arremata afirmando que “Alguns materiais reprovados em países do primeiro mundo são despejados aqui. Verdadeiras sucatas”.

40 FABRICANTES de órteses premiam médicos. *Jornal da Associação Médica de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 110, ano 35, p. 12, abr./maio 2008.

41 Código de Ética Médica: “Art. 9º A medicina não pode, em qualquer circunstância ou de qualquer forma, ser exercida como comércio”. – “Art. 126. É vedado ao médico obter

Na concepção do consumidor, a relação entre médico-paciente é pautada na confiança, acreditando que o médico assistente está querendo o que há de melhor para o restabelecimento do seu bem-estar, não sabendo da existência de benefício concedido pelos fabricantes de produtos ortopédicos, potencializando o conflito e não a harmonização.

Nesse sentido, o Conselho Federal de Medicina, após o recebimento de várias consultas e no intuito de evitar que interesses econômicos se sobreponham ao benefício para o consumidor, editou a Resolução nº 1.956, de 7 de outubro de 2010⁴², disciplinando a prescrição de materiais implantáveis, órteses e próteses e determinando arbitragem de especialista quando houver conflito.

Destaca-se, nas considerações feitas pelo Conselho Federal de Medicina, que é direito do médico indicar o procedimento adequado ao paciente, observadas as práticas reconhecidamente aceitas e respeitadas as normas legais vigentes no País, bem como que é 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 profissional.

É de bom alvitre registrar que essa situação não acontece somente na ortopedia, mas também em outras especialidades médicas, ainda mais quando o assunto é prescrição de medicamento, sendo que os laboratórios entregam amostras grátis e destinam um percentual financeiro ao médico que prescreve aos pacientes o produto de um desses laboratórios. Sobre o assunto, a Agência de Vigilância Sanitária editou a Resolução de Diretoria Colegiada nº 102/00 dispondo no artigo 19 que:

É proibido outorgar, oferecer ou prometer, prêmios, vantagens pecuniárias ou em espécie, aos profissionais de saúde habilitados a prescrever ou dispensar medicamentos. Os profissionais de saúde não podem solicitar ou aceitar nenhum incentivo se este estiver vinculado à prescrição, dispensação ou venda.

Antes do advento da Lei nº 9.656/98, o mercado de saúde suplementar agia livre e de forma discricionária para determinar em seus contratos qual a cobertura assistencial destinada ao consumidor. A referência da assistência à saúde na época consistia na “tabela de honorários médicos” da Associação Médica Brasileira.

A entrada do Estado-regulador nessa atividade econômica trouxe mudanças consideráveis, entre elas, a obrigatoriedade do oferecimento pela operadora ao

vantagens pessoais, ter qualquer interesse comercial ou renunciar à sua independência profissional em relação a financiadores de pesquisa médica da qual participe”.

42 Diário Oficial da União, Brasília, 25 out. 2010. Seção 1, p. 126.

consumidor de uma cobertura mínima de procedimentos, mais conhecido como “Rol de Procedimentos”.

Atualmente, a cobertura entendida como obrigatória e legal pelas operadoras está prevista pela Resolução Normativa nº 387/15, que entrou vigor no dia 2 de janeiro de 2016 e artigo 12 da Lei nº 9.656/98. No artigo 21, das disposições finais do ato normativo citado, ficou consignado que “o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde deverá ser revisto periodicamente a cada 2 (dois) anos, podendo ser atualizado a qualquer tempo, segundo critério da ANS”.

Essa forma de regulação do setor de saúde suplementar não vem agradando os órgãos de defesa do consumidor, que alegam que a ANS demora na sua implementação e que há vários procedimentos que são pretendidos e que estão em uso corrente pela medicina, mas não são incorporados, trazendo prejuízos à saúde dos consumidores.

Trata-se também de ponto conflitante entre a ANS e as operadoras, pois estas últimas alegam que as atualizações do novo Rol de Procedimentos ofendem o direito adquirido e o ato jurídico perfeito, haja vista que determina que sejam aplicadas aos contratos travados a partir de 2 de janeiro de 1999 e àqueles adaptados conforme a Lei nº 9.656/98, sem que as operadoras reajustem os preços dos planos para manutenção do equilíbrio do contrato.

O papel do Estado-regulador é complexo, já que deve aliar os estudos de viabilidade econômica para garantir sobrevivência ao setor a fim de prestar a assistência efetiva e disponível no tratamento dos problemas de saúde dos usuários do setor suplementar. Não pode esquecer-se dos apelos sensacionalistas que são feitos, muitas vezes, por setores políticos, que visam inflar a discussão para proveito próprio, e não para buscar alternativas de resolutividade para uma assistência compatível com os custos.

As novas tecnologias sempre chegam com preços elevados, o que é facilmente percebido quando se trata de produtos eletrônicos usados no cotidiano (celulares, *netbooks* etc.), que somente atingem um preço acessível quando há novos modelos de outros concorrentes. Na medicina, esse fato não é diferente. A cada tecnologia lançada, o custo é elevadíssimo, poucos têm o poder de compra, fazendo com que a prestação do serviço seja escassa e muito cara; na maioria dos casos, inviável de ser prestada.

A recente regulamentação determinou como obrigatória a cobertura para o exame denominado PET-Scan⁴³, o qual tem como principal objetivo auxiliar o diagnóstico mais preciso de algumas doenças, a principal delas o câncer. O preço médio de custo total está em R\$3.000,00 (três mil reais), sendo que no início de seu uso, nos EUA, chegou a custar U\$4.000 (quatro mil dólares).

Por outro lado, é questionado por alguns doutrinadores que a operadora de plano de saúde, ciente que existe uma solução diagnóstica melhor no mercado, capaz de mitigar ou mesmo eliminar os impactos dessa doença na pessoa do seu consumidor, não deveria questionar os custos financeiros, pois estaria contribuindo para o bem-estar do seu cliente, bem como evitando gastos posteriores com medicação e internação. A tese citada não questiona o lucro, pois esse deve ser perseguido e alcançado por quem exerce uma atividade econômica regular, mas sim o atendimento ao preceito constitucional de “assegurar a todos existência digna”⁴⁴.

Algumas operadoras, por sua vez, ingressaram com ação coletiva requerendo a não inclusão do novo Rol para os contratos anteriormente firmados, alegando impacto econômico nos custos das despesas assistenciais.

No meio dessa situação encontra-se o consumidor, hipervulnerável, que já se encontra fragilizado por estar acometido pela doença e sem saber qual a real cobertura que possui no contrato de plano de saúde. Não há dúvida de que a incorporação tecnológica deve ser implementada, contudo são necessários critérios objetivos para essa implementação, sob pena de fomentar sempre o conflito e não se chegar à almejada harmonização dos interesses na relação de plano de saúde.

Vale ressaltar, por fim, que a cobertura pode ser segmentada. Nos termos do artigo 12 da Lei nº 9.656/98, existem os segmentos ambulatorial, hospitalar, obstétrico e odontológico, cada qual com as coberturas definidas pelo Rol de

43 “O PET Scan (ou PET/CT) é a sigla para Positron Emission Tomography ou, em português, Tomografia por Emissão de Pósitrons. É uma modalidade de diagnóstico por imagem que permite avaliar funções importantes do corpo, tais como o fluxo do sangue, o uso do oxigênio, e o metabolismo do açúcar (glicose), ajudando os médicos a avaliar como os órgãos e os tecidos estão funcionando”. Disponível em: <http://www.cin.ufpe.br/~rvf/ana/PET_em_oncologia.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2010.

44 Art. 170, *caput*, da Constituição da República de 1988: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]”.

Procedimentos editado pela ANS. A operadora poderá, e não deverá⁴⁵, ofertar para o público consumidor os planos com as segmentações que lhe convier, ou seja, é facultativo oferecer somente plano ambulatorial ou somente plano hospitalar, bem como comercializar plano ambulatorial e hospitalar com obstetrícia ou sem obstetrícia.

Ao consumidor deve ser informado, seja pelo órgão de regulação, seja pelas operadoras ou órgãos de proteção e defesa do consumidor, que todos os planos disponibilizados no mercado possuem cobertura igual, respeitada a segmentação, uma vez que está baseada no rol de procedimentos editados pela ANS. O plano ambulatorial vendido pela empresa A certamente prevê a mesma cobertura do plano da empresa B, sendo que, para exercer melhor seu poder de escolha, deverá verificar a existência de coberturas adicionais, o número de prestadores disponíveis para cada procedimento coberto, se a localização desses prestadores atende ao seu deslocamento e se o preço é compatível com seu orçamento. Destaca-se, que a operadora deve sempre ofertar o plano referência, conforme determina o parágrafo segundo do artigo 12 da Lei n. 9.656/98.

Por derradeiro, as operadoras que não autorizarem algum procedimento constante do Rol editado pela ANS e forem denunciadas pelo consumidor poderão sofrer multa mínima de R\$80.000,00 (oitenta mil reais), conforme previsto no artigo 77 da Resolução Normativa nº 124/06. Vale salientar que a multa é aplicada independentemente do valor do procedimento que foi negado, podendo ser um exame simples ou uma cirurgia de alta complexidade, possibilitando questionamentos com relação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

2.3.2 Cobertura contratual

Propõe-se explicar, neste tópico do trabalho, a cobertura dos contratos firmados entre consumidores e operadoras de plano de saúde antes da edição da Lei nº 9.656/98, bem como relatar, em síntese, os dispositivos legais atuais que visam garantir essa cobertura aos beneficiários de planos novos.

Os contratos de planos de saúde são classificados como sendo aleatórios e não comutativos, haja vista o risco envolvido. O consumidor paga antecipadamente para quando precisar utilizar do serviço, do outro lado, a operadora estima os custos de utilização dos seus consumidores, o pagamento para os prestadores e as despesas administrativas.

45 Ressalte-se que o único segmento obrigatório é o de referência, previsto no artigo 10 da Lei nº 9.656/98.

No primeiro momento, a base para prestação da assistência à saúde, tanto para operadoras quanto para os credenciados, era a divulgada pela Associação Médica Brasileira (AMB), que editava a denominada “tabela de honorários médicos”. Tratava-se de uma tabela codificada, com os procedimentos elencados por especialidade médica e a remuneração que deveria ser paga a cada ato praticado.

A quase totalidade dos contratos celebrados antes da edição da Lei nº 9.656/98 continha cláusulas especificando os serviços cobertos e os excluídos. Entretanto, a redação sempre foi realizada de forma genérica, o que acaba permitindo discutir se há ou não cobertura do procedimento pretendido pelo consumidor.

Afirma-se que a maioria dos consumidores entende como expectativa legítima que ao contratar um plano de saúde, e na hipótese de ser acometido por uma doença, terá todo o tratamento custeado pela operadora.

No que tange aos ditos “contratos antigos”, identifica-se, na cláusula de exclusão, a falta de cobertura para doenças crônicas, congênitas ou infecciosas de longa duração, mas não se especificam quais são essas doenças. Desse modo, quando o consumidor solicitava autorização para determinado tratamento, era comum ele ser surpreendido com uma negativa baseada no fato de se tratar de “doença congênita”, frustrando a sua legítima expectativa⁴⁶.

O fato mais divulgado em relação à restrição de cobertura contida nos planos antigos, sem dúvida, foi sobre o tempo máximo de dias de internação em centro de terapia intensiva (CTI) ou unidade de tratamento intensiva (UTI), fazendo com que o Superior Tribunal de Justiça editasse a Súmula nº 302: “É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado”. Na visão do Estado-juiz, o contrato não pode determinar o tempo que o consumidor deve permanecer na unidade de tratamento intensivo, mas sim o médico assistente que o acompanha. As operadoras costumavam cobrar do consumidor ou de seus familiares todas as despesas originárias dos dias excedidos ao contratualmente estipulado, sendo que o não pagamento da suposta dívida acarretava a rescisão do contrato.

O Estado-juiz entende que se trata de uma maneira maliciosa de expulsar o consumidor, que certamente utilizaria mais os serviços devido ao seu estado clínico, sendo para ele impossível de contratar outro plano de saúde, já que, na outra

46 Nesse sentido, veja decisão do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 538279/São Paulo. Relator Ministro Massami Ueyda, publicado em 22/09/2008.

operadora seria alegada a famosa restrição por “doença e lesão preexistente”, passando ele a depender somente do SUS.

Outra restrição imposta contratualmente e repudiada pelo Estado-juiz nos “contratos antigos” é a realização de apenas um exame especializado por ano, como a tomografia computadorizada, sem, contudo, haver respaldo clínico para esse regramento.

O Código de Defesa do Consumidor permite a existência, nos contratos de adesão, de cláusulas limitativas de direito, mas as limitações não podem incorrer em abusos contra os consumidores, pois, desse modo, elas desvirtuam a finalidade do contrato, que é a prestação de serviço à saúde.

Estabelece o artigo 54, §4º do CDC, que “As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão”.

Os contratos de planos de saúde possuem uma particularidade, a relação dos serviços cobertos e excluídos. Em sua maioria, são termos usados por médicos e aqueles poucos que são conhecidos pela população em geral o são por intensa divulgação na mídia. Como exemplo, cite-se o *Stent*, que, apesar de ser conhecido por auxiliar nos problemas cardíacos, pode ser usado na maior parte do corpo humano como forma de auxiliar o fluxo sanguíneo.

Discute-se muito no âmbito judicial sobre as informações preliminares que são prestadas pela operadora ao consumidor, se o modo como é feito atualmente lhe permite conhecer os parâmetros do contrato. As operadoras se utilizam de vendedores comuns, os quais são treinados para convencer o consumidor a adquirir um plano de saúde. Necessário que conheça profundamente cada produto a ser comercializado, além disso, das normas do órgão regulador, no intuito de estar apto a fornecer informações de qualidade. A não capacitação do vendedor gera um risco do empreendimento por parte da operadora, que fatalmente arcará com as consequências de exercer uma atividade econômica tão complexa.

O entendimento do Estado-juiz é de que o consumidor não seja surpreendido sobre as limitações contratuais, devendo, por exemplo, constar na cláusula de exclusão os procedimentos não cobertos pela operadora. Essa situação é de difícil solução, eis que os contratos seriam maiores que os atualmente comercializados. Ressalte-se, ainda, que o surgimento de novos procedimentos médicos acarretaria no aditamento de todos os contratos com os consumidores.

Por mais que vigore o princípio do livre convencimento do juiz, nesses casos, entende-se a necessidade de harmonização das decisões sob pena de ferir um outro princípio, o da isonomia, previsto no artigo 5º da Constituição da República de 1988.

Ilustrativamente, existem dois contratos firmados entre a operadora e os clientes A e B, nos quais consta cláusula prevendo a cobertura de “implante para marca-passo”. Ao solicitarem autorização, a operadora informou que somente a órtese denominada “marca-passo” não tinha cobertura, haja vista previsão expressa na cláusula de exclusão. Reforçou com os clientes que todas as demais despesas, como as diárias do hospital, procedimento cirúrgico, honorários médicos, do cirurgião e do anestesista, entre outras, seriam por ela custeadas perante o prestador credenciado. Insatisfeitos com a resposta da operadora, os clientes A e B, ingressaram em juízo, sendo deferidas as tutelas antecipadas para implante do marca-passo. No mérito, o magistrado do cliente A confirmou em sentença o ônus para a operadora, já o magistrado do cliente B entendeu que a cláusula de exclusão era válida, determinando que o consumidor reembolsasse à operadora o valor pago pelo marca-passo quando do deferimento da tutela antecipada, devidamente corrigido. A não obtenção do mesmo provimento jurisdicional acaba por tratar de forma desigual os que são iguais, violando o princípio da isonomia. A intenção, com esse exemplo, é evidenciar a insegurança jurídica que permeia nas relações de consumo de plano de saúde e alertar para a necessidade da sua harmonização.

Outro dispositivo legal muito utilizado para dirimir o conflito gerado pelas condições contratuais de plano de saúde é o artigo 51 do CDC, que contempla o rol de cláusulas abusivas. Insta dizer que o elenco previsto não é taxativo, mas exemplificativo. Chama-se a atenção para a forma como esse dispositivo, em muitos casos, vem sendo utilizado, apresentando-se sem a fundamentação necessária. Os magistrados, por vezes, dizem entender abusiva a cláusula em discussão por força do artigo 51, sem, contudo, explicar qual motivo o convenceu a declará-la abusiva.

Note-se que a abusividade é potencial, abstrata, aparecendo quando da tentativa de execução do contrato, ao frustrar o consumidor na sua expectativa quanto aos serviços a que entende ter direito e não é correspondido por força denegatória constante no pacto. Nessa hora, é fundamental a atividade do intérprete, que terá a missão de analisar a eventual abusividade da cláusula no contexto do contrato.

3. CONCLUSÕES

No presente trabalho restou evidenciado o quão divergente são os posicionamentos exarados pelo Estado-juiz e pelo Estado-regulador na relação de consumo que envolve o contrato de plano de saúde. Em consequência, a necessidade da harmonização dos interesses sobre as questões controvertidas evidenciadas, no intuito de permitir o conhecimento dos limites legais e contratuais, preservando-se, assim, a segurança jurídica dessa relação.

Inegável o avanço obtido com a presença da Agência Nacional de Saúde Suplementar para a regulamentação dessa atividade econômica, que por várias décadas caminhou solta, sofrendo, de forma pontual, a intervenção do Estado-juiz e dos órgãos de defesa do consumidor no que tange às cláusulas contratuais abusivas.

Não se pode olvidar que a função social do contrato privado de plano de saúde é a prestação de serviço de assistência à saúde com qualidade, mas afirmar que essa prestação deve ser ilimitada, irrestrita, igualando o privado ao público, é um posicionamento idealista. Lembre-se de que o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) permite cláusulas restritivas de direito, as quais deverão ser redigidas com destaque e serem de fácil compreensão para o consumidor, cabendo ao intérprete a análise com base no princípio da boa-fé, a fim de evitar os possíveis abusos.

O desconhecimento do vasto arcabouço jurídico, principalmente dos atos expedidos pelo órgão regulador, acaba gerando decisões baseadas em 'pré-conceitos' pelos julgadores, propiciando um cenário de instabilidade dessa atividade econômica.

A par disso, tem-se o consumidor de plano de saúde que pressupõe que o médico que lhe assiste está sempre buscando o que existe de melhor para o seu tratamento. Isso pode não ser uma verdade absoluta, haja vista as prescrições de próteses, órteses, medicamentos e materiais, que não estão previstas na cobertura legal ou contratual e que tem o intuito de gerar receita adicional para o médico prescritor.

Imperioso para a harmonização que se proceda à decisão de mérito da ADI nº 1.931-8, em trâmite no Supremo Tribunal Federal. Entre as discussões ali presentes encontra-se a questão do ato jurídico perfeito, que impacta diretamente nos contratos negociados antes da edição da Lei nº 9.656/98 e na variação por faixa etária aos consumidores com idade igual ou superior a 60 anos.

REFERÊNCIAS

- BERALDO, L. de F. **Função social do contrato: contributo para a construção de uma nova teoria**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.
- BRUNO, R. M. **Direito administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.
- CATEB, A. B. Análise econômica da lei de sociedades anônimas. In: TIMM, L. B.; CATEB, A. B. (Org.). **Direito & economia**. 2. ed. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 263-271.
- COUTO FILHO, A. F.; SOUZA, A. P. **Responsabilidade civil médica e hospitalar: repertório jurisprudencial por especialidade médica**. Teoria da eleição procedimental; iatrogênica. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 34.
- GRECO FILHO, V. Comentários ao código de proteção do consumidor: arts. 101 a 104 e 109 a 119. In: OLIVEIRA, J. de. (Org.). **Comentários ao código de proteção do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 351-367.
- GREGORI, M. S. **Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- OLIVEIRA, A. F. de. Leis de Planos de Saúde (Lei 9.656/98): dez anos depois. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 67, p. 50-61, jul./set. 2008.
- RIANI, M. K. **Inaplicabilidade da lei 9.656/98 aos contratos antigos**. Belo Horizonte: Unimed BH, 2008. v. 1.
- SCHMITT, C. H. A “hipervulnerabilidade” do consumidor idoso. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 70, p. 139-171, abr./jun. 2009.
- TELES, N. M. **Direito penal**. São Paulo: Atlas, 2004. v. II.

I PRÊMIO IESS DE PRODUÇÃO CIENTÍFICA EM SAÚDE SUPLEMENTAR (2011)

Menção Honrosa

DE QUE RECLAMAM, AFINAL?

José Antonio Diniz de Oliveira

Resumo da dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Saúde Pública da Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo, para obtenção do título de mestre em Saúde Pública.

Introdução – A Lei 9.656/1998 fundamenta o marco legal do setor privado da saúde no Brasil. Igualmente importante, a Lei 9.961/2000 criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) para fiscalizar e regulamentar a relação entre operadoras e beneficiários de planos. A partir de então houve um crescimento expressivo no número das ações judiciais, fenômeno denominado judicialização da saúde. **Objetivo** – Conhecer e analisar o montante e os motivos das ações judiciais relacionadas às coberturas. **Método** – Análise de banco de dados das ações judiciais do período 1998 a 2009. A base de dados constitui-se de 7.271 ações cíveis ativas e baixadas. Desse total foram selecionadas 3.569 relacionadas a coberturas assistenciais, cujos dados foram organizados em planilha eletrônica. Analisou-se ainda a população total e o impacto econômico-financeiro a partir de informações de balanço anual. **Resultados** – Várias constatações importantes foram reveladas, como a evolução crescente do número de ações; o fato de a Bahia possuir 9,5% da população assistida e responder por 33,4% das ações totais; as cirurgias bariátricas aparecerem como o objeto mais importante – 427 ações (12% do total); entre outros achados. **Conclusão** – O marco legal foi determinante para os beneficiários recorrerem ao Judiciário por coberturas assistenciais. O fenômeno da judicialização da saúde impacta de maneira significativa a Autogestão estudada. Boa parte das decisões judiciais parece não observar critérios técnicos relacionados à homologação de novas tecnologias e aos protocolos médicos, o que vem ensejando uma atuação mais ativa do Conselho Nacional de Justiça no encaminhamento de questões relacionadas à saúde.

1. INTRODUÇÃO

Le lois sont toujours utiles à ceux qui possèdent et nuisibles à ceux qui n'ont rien.

*Jean Jacques Rousseau,
Du Contrat Social*

Este artigo se baseia em trabalho de dissertação de mestrado¹ que analisou os objetos das ações judiciais relacionadas a coberturas assistenciais, em uma entidade de autogestão, a CASSI – Caixa de Assistência dos Funcionários do Banco do Brasil, maior representante desse segmento em número de vidas (13,25% do total de registros da modalidade na ANS, em dezembro de 2009), e também a mais antiga instituição de assistência à saúde suplementar em funcionamento no País, fundada em 27 de janeiro de 1944.

Sua população é constituída por funcionários do Banco do Brasil e seus dependentes diretos (cônjuge e filhos), abrangidos no plano denominado Plano dos Associados, regido por regulamento próprio. Os parentes até terceiro grau desses associados podem aderir ao Plano CASSI Família (instituído em fevereiro de 1997), dividido em duas subpopulações: Plano CASSI Família I (adesões ocorridas antes da vigência da Lei 9.656/98) e Plano CASSI Família II (adesões ocorridas após a referida lei). Ambos são regidos por contratos registrados na ANS.

Em dezembro de 2009, as populações dos citados planos eram as seguintes: Associados, 403.240 (59,2%); Família I, 94.532 (13,9%) e Família II, 183.510 (26,9%), totalizando 681.282 assistidos.

Com relação à cobertura assistencial, o Plano Família I é anterior à lei, não alcançável portanto pelas disposições legais e pelos regulamentos da ANS. Já o Plano Família II cobre os eventos previstos no Rol de Procedimentos definidos pela Agência Nacional de Saúde Suplementar. No Plano dos Associados, embora também seja considerado “não regulamentado” – na época do estudo – por ter sido instituído muito antes da Lei 9656/98, há importantes coberturas adicionais: todos os tipos de transplantes (mesmo os não constantes do rol da ANS, como fígado, coração, pulmão, pâncreas e pele); UTI aérea e terrestre; tratamento especial para portadores de deficiência; abono de aparelhos e objetos com

1 Oliveira, José Antonio Diniz de. Demandas Jurídicas por coberturas assistenciais – Estudo de caso: CASSI. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

finalidade médica para uso domiciliar; e abono de materiais e medicamentos de uso domiciliar para pacientes com doenças graves, crônicas ou degenerativas; tratamentos disponibilizados desde que atendidas as disposições previstas no regulamento do Plano.

A motivação para o estudo se deveu à possibilidade de se avaliar o comportamento no número de ações, no período de 1998 – ano de entrada em vigor da Lei 9.656, de 3 de junho daquele ano, que veio regulamentar a atividade assistencial do setor privado no País, que até então vivia uma situação de anomia – até dezembro de 2009.

Outro fato de notória importância ocorrido no período considerado na análise foi a criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), instituída pela Lei 9.961, de 28 de janeiro de 2000.

Desde que foi instituída, a ANS vem tratando de regulamentar o setor nas várias dimensões de sua atuação, tais como a definição das regras de cobertura de um plano de saúde referência, o estabelecimento de um rol mínimo de procedimentos cobertos, a definição de parâmetros de funcionamento das operadoras, a habilitação dos planos, as normas de contratação individual e coletiva de planos e seguros, e de operação da rede credenciada. A Agência cuidou também de fixar diretrizes contábeis e de definir modelagem das informações cadastrais de planos e beneficiários, além de promover as ações de fiscalização e cuidar do processo sancionador das operadoras (ANS, Relatório de Gestão, jan. 2004/ abr. 2010, p. 13).

Uma das Resoluções mais importantes emitidas pela Agência reguladora é justamente aquela relacionada ao Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, que é a referência de cobertura mínima obrigatória de planos de saúde contratados a partir de 2 de janeiro de 1999.

A elaboração de uma lista contendo os procedimentos de cobertura obrigatória nos planos de saúde é tarefa das mais complexas, não apenas pela dificuldade de disciplinar as novas formas de tratamentos que surgem quase diariamente, mas pelo impacto econômico sobre as operadoras, cada vez que novos eventos são incluídos na cobertura.

A base regulamentar do rol de procedimentos cobertos é a Resolução CONSU Nº 10/98. A primeira revisão ocorreu em 2000, pela Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) nº 41 e a segunda em 2001 pela RDC nº 67. Posteriormente, a Resolução Normativa (RN) nº 82, de 2004 (que iniciou a compatibilização com a CBHPM – Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos, editada pela Associação Médica Brasileira – AMB e Sociedades de Especialidades Médicas),

definiu a versão que permaneceu em vigor até o início de 2008. A 4ª revisão, realizada em 2008, buscou concluir a compatibilização com a CBHPM (RN nº 167). Já a 5ª revisão, cujo processo se iniciou em fevereiro de 2009, traz as coberturas em vigor atualmente na RN 211, que foi publicada em 11 de janeiro de 2010 e entrou em vigor em 7 de junho de 2010. Com a edição da RN nº 211, as revisões do Rol de Procedimentos passaram a ser feitas, no mínimo, a cada dois anos.

O processo de revisão do rol conta com a constituição de um grupo técnico composto por representantes de entidades de defesa do consumidor, de operadoras de planos de saúde, de profissionais de saúde que atuam nos planos de saúde e de técnicos da ANS.

A partir de 01/01/2012, entrou em vigor uma nova versão do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde. A partir dessa data, todos os planos regulados pela ANS deveriam cumprir a Resolução Normativa RN nº 262, de 1/8/2011, que amplia a lista de procedimentos, exames, consultas e tratamentos que os planos de saúde devem cobrir². Outras duas revisões já foram feitas, sendo a mais recente a RN 387, de 28.10.2015, que entrou em vigor a partir de 2/1/2016.

Essa produção normativa trouxe inegavelmente aprimoramento para o sistema, como afirma Fausto Pereira dos Santos, que em abril de 2010 concluiu seu mandato de presidente da ANS: “Antes da Lei, o mercado tinha várias características de selvageria, como concorrência desleal, falta de ética...” (IESS, 2008). Também é verdade, no entanto, que a nova Lei provocou mudanças no mercado e na forma de atuação das operadoras, além de impactar financeiramente a operação. Além disso, resultou em um número substancial de decisões do Judiciário, que passou a influir cada vez mais no cotidiano de prestação da assistência à saúde.

1.1 Judicialização

A caracterização de “judicialização” é relativamente recente na realidade do País, em especial no que se refere à assistência à saúde, a tal ponto de o verbete não constar, na época do estudo, nos dicionários brasileiros mais conhecidos (Aurélio Buarque de Hollanda e Antonio Houaiss).

Os trabalhos até então publicados sobre judicialização da saúde quase sempre eram voltados para a análise do problema quando verificado no Sistema Único de Saúde, de maneira mais especial quando relacionados ao fornecimento de

2 ANS, disponível em: <<http://www.ans.gov.br/index.php/planos-de-saude-e-operadoras/espaco-do-consumidor/737-como-e-elaborado-o-rol-de-procedimentos>>. Acesso em: 31.8.2011.

medicamentos por força de tutela de urgência (quase sempre ação cautelar) que obrigam gestores das três esferas de Governo, Federal, Estadual e Municipal. Boa parte das reflexões feitas, no entanto, também se aplica ao setor privado, objeto desta avaliação.

A escassa literatura sobre o tema judicialização, particularmente no que se relaciona ao setor privado da saúde no Brasil, foi uma motivação especial para a pesquisa, pois os estudos existentes no setor privado eram escassos, e o conhecimento, pouco aprofundado.

Não temos dados científicos hoje, no País, para afirmar se o grande volume de ações judiciais, cujo embate se dá em primeira instância, nos diversos tribunais estaduais, trata de pedidos de medicamentos e tratamentos constantes nos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do estado, ou seja, na padronização estabelecida pela Política Pública de Saúde, nos três níveis de governo, ou se têm relação, em sua maioria, a bens e produtos excepcionais e de alto custo e outros não padronizados pela política (MARQUES, 2008).

A mesma autora afirma: “Tampouco temos dados precisos sobre a representação da população nestes processos, principalmente no que tange o apoio de associações, fato que vem sendo imputado como uma possível manipulação da demanda, face ao financiamento de algumas dessas associações por indústrias farmacêuticas interessadas na comercialização deste ou daquele fármaco” (MARQUES, 2008).

As teorias sobre a expansão do Poder Judiciário têm se mostrado bastante frutíferas na elaboração de questões importantes [...]. No entanto, somente estudos empíricos serão capazes de desvendar os rumos concretos que o processo de judicialização tem tomado (MACHADO, 2008).

Nesse sentido, o objetivo do estudo foi quantificar os objetos e revelar a razão pela qual os beneficiários buscaram os tribunais para fazer valer seu direito à assistência à saúde de forma a contribuir para o conhecimento das razões de um comportamento crescente no quantitativo das ações, que provoca importantes repercussões para o sistema de saúde no País. Foi feita a medição, também, dos pedidos de reparo de danos morais e da proporção de utilização dos pedidos de tutela de urgência.

2. METODOLOGIA

Como já mencionado, o estudo considerou o recorte temporal que vai de 1998 a dezembro/2009, período de vigência do novo arcabouço legal que disciplina a relação entre operadoras e beneficiários de planos de saúde.

A Instituição em estudo realiza o controle de suas ações judiciais pelo aplicativo *Intersap*³. A base de dados foi disponibilizada em planilhas de *MS-Excel*, em dois arquivos, um contendo as ações ativas, e outro, as ações baixadas que foram unificadas em uma só planilha, preservando-se a identificação de ativas ou baixadas.

A planilha unificada traz em cada linha uma ação interposta. Nas colunas foram identificadas a Unidade da Federação, o nome do litigante, a vara em que foi distribuída a ação, o número do processo, o valor atribuído à causa, a expectativa da Ré em relação à possibilidade de perda da ação, o valor estimado pela Ré, a data da distribuição da ação, o plano a que pertence, o objeto reclamado e se houve pedido de reparação por dano moral. A essas informações foram juntadas outras relacionadas à população total dos planos, colhidas a partir de relatórios gerenciais, e buscou-se preencher as lacunas de todos os dados, de modo a garantir fidedignidade e significância estatística às informações que seriam geradas.

O trabalho foi feito com o apoio de técnico especializado na referida planilha eletrônica, que se valeu do recurso de tabela dinâmica para classificar os dados e realizar os cruzamentos.

Inicialmente, foram catalogadas todas as ações judiciais, ativas ou baixadas, classificadas por Unidade da Federação (UF), independentemente de seu objeto, tendo-se verificado um total de 7.271 ações.

Em seguida, foram separadas as ações que não se relacionavam à cobertura assistencial, embora fossem ações cíveis de alguma forma vinculadas à relação da Entidade de autogestão com seus beneficiários. As ações tributárias e trabalhistas, ou seja, que não diziam respeito à assistência à saúde propriamente dita, foram desprezadas em fase anterior à etapa em consideração.

3 Aplicativo da PROCÁLCULO – MACDATA, *software* de levantamento e controle do contencioso jurídico. Disponível em: <<http://www.hotfrog.com.br/Empresas/Intersap>>. Acesso em: 31 mar. 2010.

Ainda que não consideradas no estudo, referidas ações foram classificadas por objeto, como subsídio a possíveis análises futuras e para demonstrar as principais motivações dos beneficiários nos questionamentos jurídicos não relacionados à cobertura, mas de alguma forma vinculados ao relacionamento com a entidade prestadora de serviço assistencial, tais como: pedido de ressarcimento de despesas médicas (846 casos), solicitação de reintegração ao plano (328), reclamação de reajuste de mensalidade (293), de prestador não credenciado (224), para reembolso de atendimento em livre-escolha (217) e para tratamentos no período de carência (193).

Feitas essas depurações na base de dados, o universo estudado se resumiu a 3.569 ações ativas e baixadas, relacionadas às coberturas assistenciais, que foram analisadas mais detidamente. Embora essas ações judiciais sejam públicas, foram asseguradas no estudo a confidencialidade e a privacidade dos beneficiários. A análise qualitativa dos dados obtidos se deu a partir da escolha do principal objeto de cada grupamento definido da cobertura assistencial reclamada (Órteses, Próteses e Materiais Especiais – OPME; Medicamentos; Procedimentos Médicos; e Exames).

Para buscar explicar as razões das negativas de tais objetos, foi feita pesquisa bibliográfica sobre os tópicos analisados (*Stent*, em OPME; Cirurgia bariátrica, em procedimentos médicos; Avastin® (bevacizumabe), em medicamentos; e *Pet Scan*, em exames).

Foi realizada ainda busca de informações em *sites* especializados e consultados estudos técnicos ainda não publicados.

3. RESULTADOS

3.1 Ações Relacionadas a Coberturas Assistenciais

As ações que mereceram análise mais detalhada, objeto principal deste trabalho, estão relacionadas a coberturas assistenciais. Totalizam 3.569 e apresentam a distribuição por plano conforme Tabela 1.

Comparada com o total da população por plano, verifica-se uma relação desproporcional. Os beneficiários dos Planos Família I e II, embora representem 40,8% da população total, respondem por 61,4% das ações em estudo. Cabe destacar

Tabela 1

Quantidade de ações – por plano			
PLANO	QTD	%	POPULAÇÃO
Família II	1.123	31,5%	183.510
Família I	1.070	30,0%	94.532
Associados	1.038	29,1%	403.240
informação não disponível	338	9,5%	
Total geral	3.569		681.282

também que o Plano Família I detém 13,9% da população e responde por 30% das ações, sendo portanto o grupamento que mais demanda ações judiciais por cobertura assistencial, muito provavelmente por ser um plano instituído antes da publicação da Lei 9656/98, com cobertura inferior quando comparado aos demais planos.

Distribuição Geográfica

Para ensejar melhor análise da distribuição geográfica, foi calculado um “indicador de litigância”, dividindo a população litigante pela população total de cada Unidade da Federação. O resultado é apresentado na Tabela 2.

Este exercício procurou revelar a proporção de ações sobre a população total da UF. Foi possível apurar, considerando as ações em estudo, que há 190 beneficiários para cada ação (ou 0,52 ações, em média, para cada 100 beneficiários). Em uma condição de normalidade, não houvesse outros fatores de influência, seria lícito esperar uma relação proporcional, próxima da média. No entanto, verificou-se discrepância importante.

Como principais litigantes revelam-se, além do campeoníssimo Estado da Bahia (indicador de litigância 1,68, ou uma ação para cada 59 beneficiários), as seguintes UF, na ordem: RR (0,94), RN (0,91), MA (0,88) e PE (0,86). Pelo mesmo critério, os menos litigantes são, na ordem: SC (0,06), AP (0,09), RO (0,12), GO (0,16) e PR (0,17), sem considerar o Acre que não teve nenhuma ação entre as estudadas.

Interessante notar que, entre os mais litigantes, preponderam os estados do nordeste (BA, RN, MA e PE); os menos litigantes são representantes do sul do País (SC e PR).

Tabela 2

População Total x População de Litigantes – Indicador de Litigância			
UF e plano	POP. TOTAL	POP. LITIGANTES	IND. LITIGÂNCIA
AC	1.343	0	0,00
AL	10.136	47	0,46
AM	3.879	10	0,26
AP	1.085	1	0,09
BA	64.440	1.083	1,68
CE	17.981	72	0,40
DF	63.520	124	0,20
ES	11.538	49	0,42
GO	16.772	27	0,16
MA	24.334	214	0,88
MG	64.898	198	0,31
MS	8.387	20	0,24
MT	7.849	41	0,52
PA	10.365	19	0,18
PB	11.246	57	0,51
PE	29.914	257	0,86
PI	7.432	25	0,34
PR	36.709	62	0,17
RJ	81.191	580	0,71
RN	11.670	106	0,91
RO	2.560	3	0,12
RR	635	6	0,94
RS	43.289	137	0,32
SC	21.808	13	0,06
SE	11.619	45	0,39
SP	114.061	368	0,32
TO	2.621	5	0,19
Total geral	681.282	3.569	0,52

Evolução do Número de Ações – 1998 a 2009

A Tabela 3 apresenta a evolução do número de ações, ano a ano, no período em análise (1998 a 2009)

Vale notar que a coluna “Quantidade” da Tabela 3 registra apenas as novas ações ingressadas em cada ano, que configuram um crescimento constante no período.

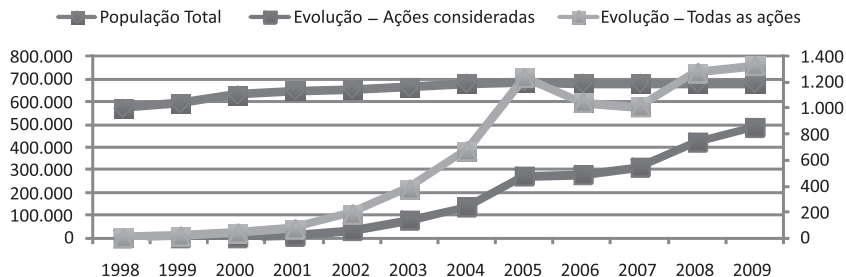
Nota-se pela Figura 1 que, embora a população permaneça praticamente estável nos últimos anos do período (2004 a 2009), as ações relacionadas a coberturas assistenciais são sempre crescentes, fato que permite concluir que elas serão sempre mais significativas em relação à população total.

Tabela 3

Distribuição das Ações – Novos Ingressos, por Ano				
Ano / Mês	Quantidade	Acumulado	%	% Acumulado
1998	1	1	0,0%	0,0%
1999	4	5	0,1%	0,1%
2000	7	12	0,2%	0,3%
2001	21	33	0,6%	0,9%
2002	58	91	1,6%	2,5%
2003	137	228	3,8%	6,4%
2004	240	468	6,7%	13,1%
2005	477	945	13,4%	26,5%
2006	491	1.436	13,8%	40,2%
2007	547	1.983	15,3%	55,6%
2008	735	2.718	20,6%	76,2%
2009	851	3.569	23,8%	100,0%
Total geral	3.569			

Figura 1

População Total x Evolução das ações



Observações: o eixo da esquerda representa a quantidade da 'população total', enquanto o eixo da direita representa as quantidades da 'evolução – ações consideradas' e 'evolução – todas as ações'.

Análise da Petição de Danos Morais

Antes da Constituição Federal de 1988, o instituto do “dano moral” não estava normatizado em nenhum diploma legal. Não existe uma conceituação única; sua definição varia conforme o autor. De maneira geral, evoca-se a figura do dano moral para reparar os desgastes não patrimoniais relacionados à honra, reputação, dor, cicatriz deformante, tristeza, a serem ressarcidos pecuniariamente (GABRIEL, 2002).

Do total das ações estudadas (3.569), em 934 casos (26%) consta a figura da reparação por danos morais. Observou-se que as mulheres demandam mais do que os homens, em percentuais de 56,1% a 43,9% respectivamente.

Análise do Pedido das Tutelas de Urgência

As tutelas de urgência “visam precipuamente [...] a antecipação dos efeitos de uma futura sentença, em nome de um direito instantâneo que, se não protegido de forma imediata, não mais servirá ao seu titular” (ALVES, 1999).

Na análise em questão, constatou-se o pedido de antecipação de tutela em 2.629 ações (74%), não tendo sido evocada nas outras 940 (26%).

É possível inferir que o instituto da tutela de urgência seja utilizado largamente, em praticamente $\frac{3}{4}$ das ações sob análise, por se tratar de ações que se referem a tratamentos de saúde. Desse total (2.629), em 94% dos casos (2.480) as liminares foram concedidas pelos juízes.

A esmagadora maioria de concessões, 94%, também explica a larga utilização desse recurso jurídico pelos advogados, pois os juízes, nos casos sob análise, demonstram não hesitar em conceder antecipação da tutela requerida.

No Brasil, a liminar tem sido o instrumento principal utilizado pelo Poder Judiciário para garantir o acesso imediato de um cidadão a um determinado bem ou serviço (MACHADO, 2008).

A título de comparação, em estudo que confrontou pedidos de tutela antecipada referentes a coberturas negadas por planos privados de saúde, considerando decisões de 1ª e 2ª instâncias dos Tribunais de Justiça do Rio e de São Paulo, o percentual de concessão de tutela favoráveis aos beneficiários foi 80,7% e 72,8% no primeiro período analisado no estudo – janeiro de 2003 a setembro de 2004 (ALVES; BAHIA; BARROSO, 2009).

3.2 Estudo dos Objetos das Ações

Os objetos das ações, ou seja, os motivos pelos quais as pessoas buscaram a justiça a fim de obter a cobertura negada pelo plano, foram classificados em 5 grupos (excetuando-se os casos em que não foi possível especificá-los – 884). O resultado por agrupamento foi o seguinte: procedimentos médicos – 1.121 casos (31,4% do total); cobertura por outros tratamentos – 302 casos (8,5%); exames – 298 (8,3%), medicamentos – 176 (4,9%) e OPME – 163 (4,6%).

Ainda que boa parte dos objetos não tenha sido identificada (884), o número de ações em que foi possível classificar o motivo da litigância é bastante significativo, a ponto de permitir que se faça uma projeção sobre o total, pois dificilmente haveria um motivo que não tivesse sido contemplado nos objetos identificados.

Diferentemente do que ocorre no SUS, em que a demanda mais importante registrada é por medicamentos, como apontam alguns trabalhos relacionados à judicialização no setor público, neste levantamento o maior percentual se situou na cobertura a procedimentos médicos (31,4% das demandas).

Antes de detalhar cada um dos grupamentos, a Tabela 4 traz a relação dos 20 principais objetos, por quantidade, identificados na base de dados estudada.

O grande destaque deve ser creditado às cirurgias bariátricas; representaram quase 12% do total das 3.569 ações estudadas, ou 20,7% dos objetos identificados na base de dados.

Tabela 4

20 Principais Objetos por Quantidade	
OBJETOS	QTD
CIRURGIA BARIÁTRICA / GASTROPLASTIA	427
ANESTESIA	238
HOME CARE	139
PET SCAN	119
STENT	106
MAMOPLASTIA REDUTORA	45
RADIOTERAPIA	41
RESSONÂNCIA MAGNÉTICA	39
NUCLEOPLASTIA	39
TOMOGRAFIA	38
ANGIOTOMOGRAFIA COMPUTADORIZADA	37
REMOÇÃO NEGADA	34
SPA	25
FISIOTERAPIA	24
QUIMIOTERAPIA	23
AVASTIN	22
PARAFUSO BIOABSORVÍVEL	21
FERTILIZAÇÃO IN VITRO	20
CIRURGIA PLÁSTICA REPARADORA	19
ARTROSCOPIA	18
OUTROS	2.095
Total geral	3.569

As ações por anestesia se justificam pela falta de anestesistas credenciados. No Brasil, os médicos anestesistas se mobilizaram e criaram cooperativas, normalmente denominadas COOPANEST, que reúnem tais especialistas e passam a cobrar dos planos de saúde valores bem acima do que essas empresas consideram razoável pagar como remuneração por tal serviço médico. Com a falta de credenciados, os beneficiários são obrigados a pagar diretamente ao profissional e a solicitar reembolso. Uma vez que tais reembolsos são feitos com base na tabela do plano, em valores inferiores ao efetivamente pagos aos anestesistas, explica-se a demanda judicial em busca de ressarcimento por maior valor.

Mais adiante, o objeto mais prevalente para cada grupamento será analisado com o objetivo de buscar identificar a razão da negativa por parte do plano de saúde. Antes, cabe conhecer os principais objetos reclamados, por grupamento.

No caso das OPME, os itens mais importantes foram *stents* (106 casos), parafusos absorvíveis (21), grampeador PPH (14), *cages* lombar (7) e marca-passo (5 casos).

Apesar de se verificar um embate cotidiano entre operadoras e profissionais médicos, no que se relaciona às OPME, o percentual de ações relacionadas ao tema foi de apenas 4,6% do total – a menor participação percentual dos casos em estudo.

O debate normalmente gira em torno das tecnologias prescritas, sua composição material; a origem, se importada ou nacional; e a comprovação de serem custo-efetivas⁴, entre outros aspectos.

Cobertura de Medicamentos

Da lista de 27 diferentes medicamentos cuja cobertura foi reclamada, os principais em quantidade foram os seguintes: Avastin (22 casos), Ribavirina (17), Thyrogen (15), Xeloda (14) e Xigris (13).

Como já foi mencionado, medicamento é o segundo grupamento de objetos menos reclamados, constatação que revela uma grande diferença em relação ao SUS, em que o problema assume proporções por vezes dramáticas, como quando os gestores são obrigados a fornecer medicamentos cujos gastos não

4 A análise de custo-efetividade mensura o custo em unidades monetárias dividido por uma unidade não monetária, chamada unidade natural, por exemplo, anos de sobrevivida ou sequelas evitadas após vacinação da população. A análise de custo-efetividade é a melhor opção quando comparamos duas ou mais intervenções para um mesmo desfecho em saúde (ARAÚJO; VESPA, 2008).

estavam previstos em orçamento, mesmo em caso de medicamentos importados ou em fase experimental, não homologados pela ANVISA.

Cobertura de Procedimentos Médicos

De um total de 70 motivos catalogados, relacionados à cobertura de procedimentos médicos, os mais prevalentes são os seguintes: cirurgias bariátricas (427 casos); anestesia (238); mamoplastia redutora (45); radioterapia (41) e nucleoplastia (39).

Os procedimentos médicos são de longe, em quantidade, os objetos que mais motivam as demandas judiciais, com 31,4% do total das ações estudadas.

Coberturas de Exames

Os pedidos de coberturas por exames respondem por 8,3% dos pedidos judiciais. Os principais objetos deste grupamento estão relacionados a exames por imagem: *pet scan* (119 casos); ressonância magnética (39); tomografia (38); e angiotomografia computadorizada (37).

Os exames por imagem via de regra têm seus pedidos negados por conta de ser prescrita tecnologia considerada sofisticada, quase sempre mais cara, ao passo que a área técnica das operadoras de planos de saúde avalia que exames mais simples (normalmente menos onerosos) seriam suficientes para contribuir na busca diagnóstica.

Cobertura por outros Tipos de Tratamentos

O último grupamento buscou reunir outros tipos de coberturas não enquadráveis nas classificações anteriores: *home care* (139 casos); remoção negada (34); clínica de emagrecimento – spa (25), fisioterapia (24) e fertilização *in vitro* (20).

É comum a recusa de tratamento pelos planos de saúde ser apoiada no argumento de não fazerem parte do rol de procedimentos mínimos exigidos pela ANS. É o caso de *home care* (tratamento em domicílio) que ainda não faz parte do referido rol, mesmo sendo um tipo de atendimento bastante utilizado e muitas vezes custeado por deliberação das operadoras.

As remoções aéreas ou terrestres normalmente não fazem parte da assistência oferecida pelas operadoras, especialmente os de cobertura mais básica. Já

os tratamentos em clínicas de emagrecimento (*spa*) ou fertilização *in vitro* não podem ser considerados exatamente tratamentos de saúde, ainda que sejam demandados judicialmente.

Como não se voltará a discorrer sobre este grupamento, vale conhecer agora alguns cruzamentos que se mostraram interessantes; inicialmente, em relação a tratamentos em clínicas de emagrecimento reclamados por U.F., que apresentou o seguinte resultado: Bahia – 23 casos (92% do total); Goiás – 1 (4%) e Sergipe – 1 (4%).

É possível afirmar que algum fator extraordinário, muito distinto, ocorre na Bahia, e que não é relacionado à epidemia de obesidade, pois a Pesquisa de Orçamentos Familiares (POF) – 2002-2003 do IBGE aponta que os baianos e as baianas são menos obesos do que a média nacional.

O outro tratamento que igualmente foi classificado como não sendo tratamento de saúde, merece o mesmo entendimento da ANS que admite a exclusão de internações em clínicas de emagrecimento e, também, da fertilização *in vitro*, conforme inciso III do item C do Artigo 16 da RN 211, que disciplinou o rol de coberturas, que vigorou a partir de 7 de junho de 2010, abaixo transcrito:

III – inseminação artificial, entendida como técnica de reprodução assistida que inclui a manipulação de óocitos e esperma para alcançar a fertilização, por meio de injeções de esperma intracitoplasmáticas, transferência intrafalopiana de gameta, doação de óocitos, indução da ovulação, concepção póstuma, recuperação espermática ou transferência intratubária do zigoto, entre outras técnicas.

De novo, a Bahia respondeu por 85% dos casos. O fato de essa UF figurar no início das análises como responsável disparada pelo grande número de ações judiciais da Autogestão em estudo, não é suficiente para justificar a concentração tão importante da busca ao Judiciário também para tratamento em que a própria Agência reguladora admite a exclusão.

Essa constatação aponta para a necessidade de se conhecer melhor o que acontece na Bahia, pois os dados disponíveis no estudo não permitem arriscar outras conclusões.

3.3 Discussão dos Objetos

Da lista dos 20 objetos prevalentes (Tabela 4), alguns deles foram avaliados do ponto de vista de identificação das possíveis razões das negativas de coberturas. Mereceram abordagem pelo menos os que encabeçaram a relação de cada grupamento.

Dessa análise não poderiam ficar de fora os pedidos de cirurgias bariátricas, primeira cobertura a ser contemplada neste tópico.

Negativa de Cobertura – Procedimentos Médicos: Cirurgia Bariátrica

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

A obesidade pode ainda ser causa de sofrimento, de depressão e de comportamentos de esquivia social, que prejudicam a qualidade de vida. Além de trazer sérios riscos para a pessoa, a obesidade é um dos mais graves problemas de saúde pública do mundo. A despeito dos inúmeros tratamentos existentes, sua prevalência⁵ vem crescendo nas últimas décadas, e especialistas a caracterizam como epidemia (KERBAUY; ADES, 2002).

Oliveira (2007) menciona em sua dissertação sobre cirurgia bariátrica que a obesidade, doença crônica de difícil tratamento, é um importante problema de saúde pública, afetando mais de 300 milhões de pessoas em todo o mundo (SHARMA, 2005). Juntamente com o sobrepeso, essa epidemia mundial alcança 1,7 bilhão de pessoas. Nos Estados Unidos, dois terços da população têm sobrepeso, e metade é obesa (GELONEZE; PAREJA, 2006),

Em outras regiões, apesar da carência de informações representativas em âmbito nacional, dados disponíveis sugerem que a obesidade está aumentando a uma taxa alarmante e tende a se tornar o principal problema de saúde, tanto em países desenvolvidos, quanto nos países em desenvolvimento (BOYLE *et al.*, 1994; MONTEIRO *et al.*, 1995; HODGE *et al.*, 1995, 1006; POPKIN; DOAK, 1998), conforme Oliveira (2007).

Os tratamentos convencionais, com base em dieta alimentar, inibidores de apetite e orientação para atividade física nem sempre apresentam resultados favoráveis, especialmente para casos mais severos de obesidade, razão principal da busca por tratamentos cirúrgicos.

Em pesquisa de orçamentos familiares (POF) do IBGE (2002-2003), observou-se que a prevalência da obesidade é proporcional e significativamente maior

5 Em epidemiologia, prevalência é o número total de casos de uma doença, novos e antigos, existentes num determinado local e período.

nas mulheres do que nos homens. Isso certamente explica o fato de o estudo ter apontado que 69% das cirurgias bariátricas tenham sido buscadas pelas mulheres.

Procurou-se identificar também as ações judiciais relacionadas às cirurgias bariátricas por tipo de plano na Autogestão em estudo. O resultado obtido foi o seguinte: Associados – 50 casos (11,7% do total); Família I – 212 (49,6%) e Família II – 132 (30,9%). Essa classificação estava indisponível em 7,7% da amostra.

Quase 50% dos demandantes pertencem ao Plano Família I (que representam 13,9% da população), regido por contrato que não prevê cobertura para o referido tratamento, até porque se trata de procedimento pouco praticado em 1997 e 1998, período em que se deram as adesões ao Plano em referência. Em 1996, o procedimento passou a constar na tabela da AMB, mas só em 1999 o SUS incluiu a cirurgia bariátrica na Tabela do Sistema de Informações Hospitalares do Sistema Único de Saúde – SIH/SUS e credenciou hospitais para realizá-la.

Cabe destacar – ainda que não se conheça explicação para isso neste caso – que os participantes do Plano Associados, embora representem 60% da população, litigam neste caso particular bem menos do que os beneficiários dos outros planos (Família I e II).

As demais negativas normalmente se devem ao não enquadramento em protocolo do Ministério da Saúde e na Resolução 1.766/05, do Conselho Federal de Medicina, que indica o tratamento cirúrgico aos portadores de IMC maior do que 40 kg/m² ou IMC maior do que 35 kg/m² associado à presença de comorbidades, como diabetes, apneia do sono, hipertensão arterial, dislipidemias, doença coronariana, osteoartrites e outras.

Estudou-se, por fim, a ocorrência de cirurgia bariátrica por Unidade da Federação. De novo a Bahia aparece como destaque; concentra 40,3% das cirurgias reclamadas no período analisado. Em segundo lugar, com resultado expressivo, mas distante, vem Pernambuco, com 10,1%, e, em terceiro, São Paulo, com 8,2%. Vale a pena mencionar o Maranhão, em quarto lugar, ostentando 7,5% do total de eventos cirúrgicos que motivaram ações judiciais, embora detenha, conforme tabela 2, apenas 3,6% da população total assistida.

Como não há informações disponíveis, no âmbito da autogestão estudada, sobre a distribuição de obesos em sua população, buscou-se conhecer como o fenômeno da obesidade se comporta no Brasil, por UF, com base na mesma Pesquisa do IBGE já mencionada.

Tão inesperada quanto surpreendente, a prevalência de obesos na Bahia, tanto de homens (4,5) quanto de mulheres (11,5) está abaixo da média nacional (8,9 e 13,1, respectivamente). A mesma observação vale para o Maranhão (4,4 para homens e 10,2 para mulheres, bem abaixo da média nacional). Na mesma Pesquisa, Pernambuco e São Paulo situaram-se acima da referida média do País, explicando de certa forma a existência de um número importante de cirurgias bariátricas nesses Estados.

É possível inferir que a oferta pode estar determinando a demanda, explicação insuficiente para o caso da Bahia, onde o fenômeno merece ser melhor estudado para eventualmente detectar a existência de estímulo às cirurgias ou à lição judicial. Ou aos dois.

Negativa de Cobertura – OPME – Stent

O principal item reclamado em OPME são os *stents*⁶, que são endopróteses metálicas que possuem, predominantemente na sua composição, uma liga de aço inoxidável ou de cromo-cobalto. Esses metais possuem excelente capacidade física para estimular a reabertura do vaso obstruído mediante procedimento de angioplastia e, ao mesmo tempo, para conter a placa aterosclerótica e preservar o vaso no longo prazo.

A angioplastia, evento vídeo-assistido, substitui a revascularização, um dos procedimentos cirúrgicos mais invasivos. Na angioplastia é fixada no vaso doente a endoprótese (*stent*) que permite o retorno da passagem do sangue.

As reclamações judiciais se referem especialmente ao *stent* medicamentoso que é bem mais caro do que o *stent* convencional. A principal promessa dos fabricantes dos *stents* com medicamento é que eles evitam a reestenose, espécie de reentupimento das veias.

A alegação da Autogestão em estudo para a negativa é a relação custo-efetividade considerada desfavorável pelas análises disponíveis, e os efeitos colaterais sobre os pacientes, ainda não suficientemente medidos na época do estudo.

6 As avaliações técnicas que serão mencionadas doravante são de autoria da Dra. Isabella Vasconcelos de Oliveira, médica e estudiosa de Avaliação de Tecnologias em Saúde e especialista em emitir pareceres sobre o assunto, a partir de pesquisa realizada inclusive nas fontes internacionais mais importantes, trabalhos esses que, no entanto, não estão publicados.

Na distribuição das reclamações por Unidade da Federação, Bahia e Maranhão são destaques. Era de se esperar um percentual maior em São Paulo e Rio de Janeiro, onde sabidamente numerosas equipes de serviços de hemodinâmica realizam as angioplastias.

Como o que se analisa é a quantidade de ações judiciais e não o número de tratamentos médicos, é mais seguro afirmar que há de fato uma predisposição diferenciada para litigar na Bahia e no Maranhão (especialmente na Bahia, é bom frisar), pela recorrência com que lideram os *rankings* estudados.

Merece destaque o fato de 11 Estados da Federação não apresentarem ações judiciais nesse particular, especialmente os do norte do País (AC, AM, AP, RO, RR e TO), além de AL, SE, MT, ES e SC. Na grande parte desses casos, a não existência de acionamento judicial é reflexo direto da desigualdade na distribuição de recursos médicos no País. Se não existe o serviço, não há como reclamá-lo localmente.

Negativa de Coberturas – Medicamentos: Avastin®

No Brasil, os medicamentos só são cobertos pelos planos de saúde nas internações ou nos tratamentos ambulatoriais em que haja necessidade de supervisão médica, não havendo obrigatoriedade de cobertura para uso domiciliar.

As negativas de coberturas de medicamentos, nos casos em que ela é devida (ambiente hospitalar e ambulatorial), normalmente ocorrem em razão de o medicamento ser importado, sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) ou sem indicação para o uso prescrito (uso denominado *off-label*, ou, em tradução livre, fora da bula), quando é considerado experimental.

O uso *off-label* é, por definição, não autorizado por uma agência reguladora, mas isso não implica que seja incorreto⁷. Os médicos podem utilizá-lo nessa condição, sempre em benefício do paciente, com base em métodos científicos e em evidências médicas, sendo indispensável manter registro do seu uso e dos efeitos. No entanto, é muito tênue a linha que separa o uso experimental do uso indicado, nesses casos caracterizados como *off-label*.

Angell (2007) comenta em seu livro *A verdade sobre os laboratórios farmacêuticos*: “Os médicos não são mágicos e não têm como saber se os medicamentos vão funcionar direito, a menos que possam confiar num órgão imparcial como a *Food and Drug Administration (FDA)*. [...] Decidir simplesmente no fato de pa-

7 ANVISA – Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br>

cientes individuais parecerem reagir bem é um método sabidamente falível e perigoso” (ANGELL, 2007, p. 51).

Mais adiante ela alerta:

Quando a FDA aprova uma nova droga, ela a aprova para um uso específico. E isso faz sentido. Se está demonstrado que um medicamento é útil para determinado tipo de infecção, ele pode não funcionar contra uma infecção de outro tipo. Para evitar que os laboratórios ampliem suas alegações sem comprovação, não lhes é permitido vender medicamentos para usos “fora das indicações aprovadas”, ou seja, para usos não aprovados pela FDA. Os médicos, todavia, não estão sujeitos às restrições dessa lei. Eles podem prescrever os medicamentos para o uso que quiserem. Portanto, se os laboratórios puderem de algum modo convencer os médicos a prescrever medicamentos para usos fora das indicações aprovadas, as vendas aumentam. O problema é como contornar a lei que proíbe o *marketing* para esses fins. É aí que entra a parte “educacional”. Se os laboratórios fingirem que estão meramente informando os médicos sobre usos em potencial, eles podem contornar a lei. (...) Eles patrocinam campanhas informativas de faz-de-conta e frequentemente lhes dão sustentação com pesquisas frágeis também patrocinadas por eles (ANGELL, 2007, p. 152-153).

Após uma série de ensaios clínicos, fase II e III, o bevacizumabe (Avastin®) foi aprovado em fevereiro de 2004 pelo FDA norte-americano para o tratamento de primeira linha do câncer de colo-retal metastático, mesma indicação para a qual foi aprovado pela ANVISA.

Posteriormente, em maio de 2010, foi aprovada a inclusão na bula de indicação para o tratamento de câncer de mama metastático.

Um pouco antes, em 6 de maio de 2009, a ANVISA postou em seu sítio na internet⁸ o seguinte registro:

Está suspenso, em todo o País, o material promocional intitulado “Simpósio Satélite Roche – Esmo 2008”, que divulga o medicamento Avastin (Bevacizumabe), da empresa Roche Químicos e Farmacêuticos S/A. Também estão proibidas as demais peças publicitárias que promovem a indicação do produto para “câncer de pulmão não pequenas células não escamoso”(SIC). A respectiva indicação terapêutica não consta do registro do medicamento na Anvisa. As propagandas veiculadas continham referências bibliográficas incompletas, tabelas, gráficos e outras informações distorcidas, fragmentadas, que não condizem com os estudos científicos publicados. O medicamento Avastin está registrado na Anvisa para tratamento de “carcinoma metastático do cólon ou do reto”.

Em que pese tal registro, o uso *off-label* mais frequente tem sido para o tratamento de Degeneração Macular Relacionada à Idade (DMRI), que é a principal

8 Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/wps/portal>

causa de perda visual em pessoas com mais de 50 anos. Há inúmeros estudos catalogados e sendo realizados com o objetivo de adotar o uso oftalmológico da droga.

O Centro Cochrane do Brasil, em artigo publicado em 2008, sob o título *Avastin em Oftalmologia*, registra 237 trabalhos publicados na base de dados PUBMED, que referem bevacizumabe (Avastin®) para doenças oculares, em levantamento feito para o período de dezembro de 2002 a junho de 2008.

Na Autogestão em estudo, conforme consulta feita em relatórios gerenciais de sua área técnica, as negativas estão relacionadas à prescrição para o tratamento da DMRI e para a indicação de câncer de mama metastático, apenas recentemente reconhecido pela ANVISA.

Na distribuição das ações relacionadas ao referido medicamento, por UF, o destaque verificado é para o Estado do Rio de Janeiro, com expressivos 36,4% dos casos detectados, sem explicação possível de ser identificada com os dados disponíveis. Em seguida, BA, ES e SP respondem, cada um, por 9,1% dos casos.

Negativa de Coberturas – Exames: *Pet Scan*

Sistemas de imagem *PET* são equipamentos complexos e de custo muito elevado. Para funcionarem, necessitam não apenas da instalação do aparelho de imagem, mas acrescentam os custos representados por um ciclotron (aparelho para aceleração de partículas eletrizadas) e de uma unidade de radioquímica (química dos elementos radioativos), para produzir os isótopos utilizados nos procedimentos.

As aplicações clínicas concentravam-se em três áreas (na época do estudo): oncologia, cardiologia e desordens neuropsiquiátricas.

Em oncologia, os benefícios que as imagens com *PET* apresentariam em relação às estratégias diagnósticas alternativas são: (a) provisão da mesma informação diagnóstica para estadiamento e avaliação de recidivas a um custo menor; (b) provisão de informações mais acuradas, de forma a melhorar o processo de estadiamento, em particular pela redução no número e extensão de procedimentos cirúrgicos, quando se demonstra que a doença está mais disseminada que o esperado; e (c) possibilidade de predição precoce da resposta da doença à quimioterapia, com melhores resultados e redução do custo com tratamentos desnecessários.

Em cardiologia, as potenciais aplicações da *PET* incluem: (a) avaliação da viabilidade miocárdica, em doentes com doença coronariana com disfunção cardíaca, o que permite melhor seleção de pacientes para processos de revascularização e evita angiografias, angioplastias e *bypass* em pacientes que não se beneficiariam com esses procedimentos; e (b) diagnóstico de doença coronariana nos casos com outras investigações inconclusivas.

Nas desordens neuropsiquiátricas, as aplicações clínicas potenciais da tecnologia *PET* incluem: (a) avaliação pré-cirúrgica de epilepsia, com localização não invasiva de focos epileptogênicos em pacientes com epilepsia parcial; (b) biópsia guiada em tumores cerebrais; (c) avaliação de tumores cerebrais primários; (d) diagnóstico de demência; e (e) seleção de pacientes com Acidente Vascular Cerebral (AVC) para tratamento cirúrgico. O uso da *PET* é considerado investigacional para Doença de Alzheimer, demência, Doença de Parkinson e Doença de Huntington.

Os estudos dessa tecnologia caminham em direção da aplicabilidade na prática clínica, buscando evidências científicas que estabeleçam sua utilização em conjunto com (ou substituindo) as técnicas anatômicas de imagem de alta resolução.

Para que sejam aceitas tais aplicações e incorporadas às coberturas, entretanto, devem evidenciar superioridade em relação a outros testes diagnósticos já consagrados. As recomendações devem ainda estar embasadas também em número importante de estudos – demandam tempo e metodologia de pesquisa referendada, além de independência e isenção em relação às indústrias das novas tecnologias – cujos resultados sejam custo-efetivos. Enquanto essas condições não são preenchidas, as operadoras de planos de saúde não abonam essas coberturas.

Os estudos em referência sempre se desenvolvem numa velocidade muito mais lenta do que o início efetivo de sua utilização pela comunidade médica, razão do conflito de pareceres técnicos entre a prescrição e a autorização de cobertura que tantas vezes são levados a apreciação pelo Judiciário.

Embora o *PET-SCAN* já não seja uma tecnologia tão nova, e vários estudos tenham sido ou estejam sendo realizados para justificar e ampliar sua utilização em áreas e patologias as mais diversas, só a partir da RN 211 – que vigorou a partir de 7 de junho de 2010 – referido exame foi incluído no Rol de coberturas da ANS, ainda assim para indicações restritas, discriminadas na Instrução Normativa (IN) nº 25 da Diretoria de Normas e Habilitação dos Produtos – DIPRO, da ANS, transcrita a seguir:

1. Cobertura obrigatória para pacientes portadores de câncer pulmonar de células não pequenas, quando pelo menos um dos seguintes critérios for preenchido:
 - a. para caracterização das lesões;
 - b. no estadiamento do comprometimento mediastinal e à distância;
 - c. na detecção de recorrências.
2. Cobertura obrigatória para pacientes portadores de linfoma, quando pelo menos um dos seguintes critérios for preenchido:
 - a. no estadiamento primário;
 - b. na avaliação da resposta terapêutica;
 - c. no monitoramento da recidiva da doença nos linfomas Hodgkin e não Hodgkin (ANS, 2010).

Por essas razões, o único caminho até então para que os beneficiários tivessem tais exames cobertos pelos planos de saúde era a via judicial.

No número de reclamações distribuídas por Unidade da Federação, o percentual de São Paulo, onde essa tecnologia está mais disseminada, foi de 23,5% do total de casos verificados. Novamente, a Bahia e o Maranhão chamam a atenção com 24,4% e 13,4% sobre o total das demandas, respectivamente, percentuais mais significativos ainda, se for considerada a representação populacional desses Estados em relação ao total.

Como costuma acontecer com as novas tecnologias, pode-se esperar uma ampliação na indicação do uso do *PET scan*, no médio prazo, e um aumento no número de ações judiciais até que os estudos comprovem que é uma tecnologia custo-efetiva.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A discussão sobre as coberturas assistenciais no sistema privado de assistência à saúde ganha importância crescente a cada dia e ocupa não apenas a agenda das entidades que representam o direito dos consumidores, como as operadoras e suas instâncias de representação.

A judicialização é tema recorrente também na esfera pública e vem ocupando boa parte da agenda de discussões dos gestores do SUS onde é bem mais estudada. No segmento privado os estudos existentes e publicados ainda são poucos.

Este trabalho buscou mostrar a realidade de uma entidade de Autogestão, em que os participantes são a um só tempo financiadores e beneficiários do empreendimento assistencial. Referida Entidade não possui fins econômicos (finalida-

de lucrativa) e mesmo assim é acionada judicialmente em proporção bastante significativa.

Ressalte-se que não houve intenção de mostrar um outro lado do problema, qual seja o de defender as razões de eventuais negativas de cobertura e muito menos reconhecê-las como pertinentes ou não. Tampouco houve a intenção de qualificar a atuação do Judiciário ou de suas decisões.

O estudo buscou conhecer o montante das ações, desvendar e classificar os objetos pelos quais reclamam os beneficiários, revelar sua distribuição geográfica e analisar possíveis justificativas para os principais objetos reclamados na Autogestão estudada.

Dos achados, o mais importante talvez tenha sido a concentração de litigância verificada no estado da Bahia, a motivar um estudo mais detido e detalhado sobre o que ocorre naquela Unidade da Federação, especialmente no que se refere à quantidade de ações muito acima da média nacional e à alta concentração – também desproporcional em relação ao País – de ações relacionadas a procedimentos como gastroplastias, *stents*, internações em *spa* e fertilização *in vitro*.

Paralelamente a uma avaliação quantitativa, buscou-se discutir os objetos mais prevalentes: cirurgias bariátricas, no grupamento tratamento médico; *stents*, em OPME; Avastin®, em medicamentos e *pet scan*, em exames. Essa análise revelou a complexidade técnica que envolve os objetos das ações judiciais, aspectos que muitas vezes podem não estar sendo considerados pelo Judiciário.

Prova dessa inferência é a Recomendação 31 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), órgão criado em 31 de dezembro de 2004 e instalado em 14 de junho de 2005, que é voltado para a reformulação de quadros e meios no Judiciário, no que diz respeito ao controle e à transparência administrativa e processual, e que visa ao aperfeiçoamento do serviço público da prestação da justiça, um objetivo tão importante quanto necessário.

O referido documento, editado em 30 de março de 2010, “recomenda aos tribunais a edição de medidas visando melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar mais eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde”.

A Recomendação 31 se justifica ante o grande número de demandas e representativo dispêndio de recursos públicos que elas provocam; em face da carência de informações clínicas prestadas aos magistrados; sobretudo restaura o respeito à necessária aprovação pela ANVISA de medicamentos e de tratamentos, para, em última instância, prevenir danos aos próprios pacientes.

Em resumo, recomenda aos Tribunais de Justiça dos Estados e Tribunais Regionais Federais que, até dezembro de 2010, celebrem convênios para obter apoio técnico de médicos e farmacêuticos para auxiliar os magistrados.

Recomenda ainda que procurem instruir as ações com relatórios médicos contendo prescrição de medicamentos, com denominação genérica, produtos, órteses, próteses e insumos em geral, com posologia exata; que evitem autorizar medicamentos não registrados pela ANVISA; que ouçam os gestores antes da apreciação de medidas de urgência.

Por fim, instrui que se inclua a legislação relativa ao Direito Sanitário no programa de direito administrativo nos concursos de ingresso à magistratura e que se promovam visitas de magistrados aos Conselhos Municipais e Estaduais de Saúde. Sugere ainda a promoção de seminários congregando magistrados, Ministério Público e gestores para maior entrosamento sobre a matéria.

Embora motivada pela observação do problema na esfera pública, a Resolução 31 foca o problema com muita competência, e a instalação de Núcleos de Assistência Técnica em vários tribunais, com certeza está e estará contribuindo para o aprimoramento das decisões judiciais.

O problema aqui tratado, portanto, se revela atual e presente na pauta de discussões das áreas do direito e da saúde. Com este trabalho, pretende-se oferecer subsídios a esses debates e, talvez, contribuir, ainda que modestamente, para a inclusão definitiva do verbete “judicialização” em nossos dicionários, por conta da importância crescente desse fenômeno na realidade brasileira.

REFERÊNCIAS

ALVES, E. C. Tutelas de Urgência. **Informe Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva**, v. 11, n. 2, p. 159-168, jul.-dez. 1999. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/391/Tutelas_Urg%c3%aancia.pdf?sequence=4>. Acesso em: 22 maio 2010.

ALVES, D. C.; BAHIA, L.; BARROSO, A. F. O papel da Justiça nos planos e seguros de saúde no Brasil. **Cad. Saúde Publ.**, Rio de Janeiro, v. 25, n. 2, p. 279-290, fev. 2009.

ANGELL, M. **A verdade sobre os laboratórios farmacêuticos**. São Paulo. Record, 2007.

ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Relatório de Gestão Janeiro de 2004 a Abril de 2010**. Agência Nacional de Saúde Suplementar (Brasil) – Rio de Janeiro: ANS, 2010.

ARAÚJO, D. V.; VESPA, G. Conceito de economia da saúde para o pediatra – Parte I, **Revista Pediatria Moderna**, v. 44, n. 1, jan.-fev. 2008. Disponível em: <<http://www.cibersaude.com.br/bavancada.asp?fase=2&key1=Economia&cond=OR&key2=&campo=titulo&submit=+Procurar+>>. Acesso em: 3 jun. 2010.

CENTRO COCHRANE DO BRASIL. **Avastin em Oftalmologia**. São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/Avastin.pdf>>. Acesso em: 30 maio 2010.

CNJ – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Recomendação nº 31 [relatório na internet]. Brasília; 2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=10547:recomendacao-no-31-de-30-de-marco-de-2010&catid=60:recomendas-do-conselho&Itemid=515>. Acesso em: 25 maio 2010.

GABRIEL, S. Dano moral e indenização. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2821>>. Acesso em: 22 maio 2010.

IESS – Instituto de Estudos de Saúde Suplementar. **A história e os desafios da saúde suplementar – 10 anos de regulação**. Instituto de Saúde Suplementar. São Paulo: Saraiva, 2008.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Pesquisa de Orçamentos Familiares (POF) – 2002 /2003**. Rio de Janeiro: IBGE, 2004, p. 42-50.

KERBAUY, R. R.; ADES, L. Obesidade: realidades e indagações. **Psicologia USP** [online], v. 13, n. 1, p. 197-216. ISSN 0103-6564, São Paulo, 2002. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-65642002000100010&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em: 11 nov. 2008.

MACHADO, F. R. S. Contribuições ao debate da judicialização da saúde no Brasil. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 9, n. 2, p. 73-91, jul./out. 2008.

MANCINI, M. C.; CARRA, M. K. **Dificuldades diagnóstica em pacientes obesos**, Disponível em: <HTTP://www.abeso.org.br/revista/revista3/dif_parte1.htm>. Acesso em: 11 nov. 2008.

MARQUES, S. B. Judicialização do direito à saúde. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 9, n. 2, p. 65-72, jul./out. 2008.

OLIVEIRA, I. V. **Cirurgia bariátrica no âmbito do Sistema Único de Saúde: tendências, custos e complicações**, 2007. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Ciências da Saúde, Universidade de Brasília, Brasília. 2007.

II PRÊMIO IESS DE PRODUÇÃO CIENTÍFICA EM SAÚDE SUPLEMENTAR (2012)

Menção Honrosa

A PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES NO MERCADO DE SAÚDE SUPLEMENTAR: CONSIDERAÇÕES SOBRE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO NO SETOR

Bernardo Franke Dahinten

Resumo da monografia apresentada como requisito parcial de avaliação para obtenção do grau de Especialista em Direito Empresarial junto ao Curso de Especialização em Direito Empresarial – Ênfase em Advocacia Empresarial, realizado junto à Faculdade Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo apresentar o contexto da saúde suplementar no Brasil e analisar, a partir da doutrina especializada e de dados oficiais do setor, se o consumidor se apresenta, ou não, protegido neste mercado. Parte-se do pressuposto de que o vínculo estabelecido entre Operadoras e seus beneficiários constitui relação de consumo, razão pela qual se deve buscar a máxima proteção dos consumidores. Discorre-se sobre a fundamentalidade do direito do consumidor e a sua previsão na Constituição Federal, bem como de duas importantes formas de materialização desta proteção, notadamente a concorrência e a regulação. Na sequência, aborda-se o cenário da saúde suplementar e as consequências que os institutos da concorrência e da regulação têm nele gerado, de forma a se verificar, inclusive através de dados fornecidos pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), se o setor se apresenta suficientemente protegido para os consumidores ou não. A conclusão a que se chega é a de que, claramente, houve, no mercado em questão, nos últimos anos, visíveis impactos e modificações decorrentes da atuação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) e, especialmente, da ANS. Dentre estes impactos, é possível se destacar, entre outros, o aumento de normas e regulamentações, o crescimento de exigências, a redução substancial do número de Operadoras ativas e a consolidação das empresas existentes, entre outras constatações, que apontam para um cenário de maior proteção aos consumidores, principalmente se comparado com o passado.

1. INTRODUÇÃO

A ruína do sistema público de saúde é uma realidade que já há muito assola o País. A demora para se conseguir uma consulta, atendimentos precários, hospitais sucateados, subvalorização dos recursos humanos, bem como a falta de leitos reservados ao SUS nos hospitais, são emblemáticos para demonstrar que o acesso efetivo à saúde, hoje, passa longe do serviço público, só sendo possível e verdadeiramente viável através da iniciativa privada.

Esse setor – da saúde suplementar –, em função das limitações da saúde pública, bem como do avanço tecnológico, da ascensão social, da criação de cada vez mais normas e regulamentações para proteger os consumidores, tem se desenvolvido e ampliado cada vez mais, e, como decorrência destes fatores, tem contribuído para o incremento da comercialização e universalização do seu principal produto: os contratos de plano de saúde.

De outra banda, os contratos de plano de saúde, a exemplo do que ocorre com os contratos de natureza securitária em geral, enquadram-se também como uma típica relação de consumo, sendo, portanto, as normas do Código de Defesa do Consumidor – CDC, plenamente incidentes nesta espécie de relação contratual.

Isto porque, atualmente, não apenas o termo “consumidor” está presente em diversas passagens da lei nº 9.656/98, a denominada Lei dos Planos de Saúde – LPS, como o próprio art. 35-G, do referido diploma, dispõe que: “Aplicam-se subsidiariamente aos contratos entre usuários e operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o §1º do art. 1º desta lei as disposições da lei nº 8.078, de 1990”. O próprio Superior Tribunal de Justiça (STJ), aliás, já consolidou entendimento sobre o assunto, conforme redação da súmula 469, de acordo com a qual “Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde”.

Fato é que no mercado da saúde suplementar, que é certamente um dos mais relevantes da atualidade, desenvolvem-se atividades que caracterizam relação de consumo, sendo imprescindível, portanto, a proteção dos direitos dos consumidores, a qual se dá, entre outras formas, através dos institutos da concorrência e da regulação.

1.1 A Concorrência e a Regulação como Formas de Proteção dos Consumidores

1.1.1 Proteção do consumidor: um direito fundamental

Uma vez caracterizada a relação entre Operadoras de Plano de Saúde e seus beneficiários como sendo de natureza de consumo, mostra-se elementar tecer-se breves considerações sobre a proteção dos consumidores em si, sua origem e o que esta representa, atualmente, em termos pragmáticos, no ordenamento jurídico brasileiro.

A proteção do consumidor constitui, hoje, no Brasil, direito da mais alta carga axiológica, na medida em que positivado expressamente, pela Constituição Federal de 1988 – CF/88, como um direito fundamental (art. 5º, XXXII). Da mesma forma, o constituinte o consagrou, também, como um dos pilares da ordem econômica, ao lado de outros princípios, como a livre concorrência, a função social da propriedade, a proteção do meio ambiente, entre outros (art. 170).

Ao se elevar ao *status* de direito fundamental, deve-se registrar, estar-se, na verdade, a referir que determinado direito, pelo prisma da formalidade, foi consagrado na forma de direito elementar de determinada ordem jurídica. Pelo viés da materialidade, por sua vez, significa que o direito em questão se mostra basilar no ordenamento constitucional, não por estar escrito, mas pelo fato de sua essência tratar de elementos nucleares da constituição e de abranger questões relativas à estrutura básica do Estado e da sociedade¹.

A constitucionalidade formal da proteção do consumidor, conforme visto, já está atestada no inciso XXXII do art. 5º da Carta Magna. Já sua materialidade advém, conforme refere Bruno Miragem², do indissociável vínculo que há entre o princípio da dignidade da pessoa humana e a proteção do consumidor, na medida em que esta busca, ao fim, realizar, de forma adequada, uma necessidade humana básica, especialmente na sociedade atual, qual seja, a necessidade de consumir. Note-se que o mencionado autor lembra que “a rigor, todas as pessoas são em algum tempo, ou em um dado número de relações jurídicas, consumidoras”³.

1 MATEUS, Cibele Gralha. *Direitos Fundamentais Sociais e Relações Privadas: o caso do direito à saúde na constituição brasileira de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 19/25.

2 MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 40/44.

3 MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 42.

Nesse diapasão surge o Direito do Consumidor para tutelar⁴ esta relação jurídica – em cuja gênese há inegável carga de desequilíbrio e desigualdade entre as partes –, com fito de justamente proteger esta recém-referida necessidade humana, equilibrando esta relação.

Não é à toa que Cavalieri⁵ afirma ser todo o sistema de proteção aos consumidores decorrente, justamente, da extrema manifesta vulnerabilidade dos consumidores perante os fornecedores – ratificando o desequilíbrio inerente à relação em apreço –, mencionando que tal vulnerabilidade chega a existir em três aspectos: fático, jurídico e técnico⁶.

Tal opção da Constituição, de positivar e fortalecer a proteção do consumidor como jamais fora feito antes na história da nação, não foi por acaso, mas uma necessidade que ocorreu, não apenas no plano nacional, mas em nível global, em decorrência da evolução e do desenvolvimento da sociedade e das relações de consumo, com a superação do paradigma individualista de produção e comercialização, para a massificação de tais relações. Os fornecedores deixaram de ser simples artesãos para formarem poderosas e gigantescas empresas, com poder de barganha avassalador, por vezes superior até mesmo aos Estados Nacionais. A manifesta desigualdade existente nas relações de consumo, em virtude da notória vulnerabilidade dos consumidores, foi o propulsor para que se buscasse uma legislação protetiva.

Conforme esclareceu Sálvio de Figueiredo Teixeira⁷, “o Direito deparou, então, com duas situações aparentemente antagônicas: de um lado, preservar as leis de mercado e o desenvolvimento econômico [...] de outro, evitar o esmagamento dos indivíduos pelas corporações”.

4 Bruno Miragem sinala que esta tutela – por se tratar de direitos subjetivos de matriz constitucional – implica consequências: no mínimo, estabelecendo-os como preferenciais em relação a outros direitos de matriz infraconstitucional; e, no máximo, determinando providências concretas para sua realização (MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 39).

5 CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 7.

6 Paulo Khouri, acerca da vulnerabilidade do consumidor, menciona justamente que a defesa do consumidor é um princípio fundamental exatamente para proteger a dignidade da pessoa humana (KHOURI, Paulo R. Roque A. *Direito do Consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. XVIII). Sobre a relação entre a proteção do consumidor e a dignidade da pessoa humana, vide PASQUALOTTO, Adalberto. *Fundamentalidade e Efetividade da Defesa do Consumidor*. *Revista Direitos Fundamentais e Justiça*. Ano 3. n. 9. out.-dez. 2009. Porto Alegre: HS Editora, 2009. p. 66-100.

7 TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *A Proteção ao Consumidor no Sistema Jurídico Brasileiro*. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 60. São Paulo: RT, out.-set. 2006. p. 09.

A rigor, a evolução, jurídica e legislativa, foi uma decorrência da forma de se enxergar, entender e proteger os consumidores, considerados não mais individualmente, mas em seu aspecto coletivo, inerente a todos. Nesse contexto, oportuno citar trecho da autora Geisa de Assis Rodrigues⁸, que explica tal mudança:

Pelo menos até 1985 as regras que eram invocadas na defesa do consumidor, notadamente em face da aquisição de produtos viciados, apenas disciplinavam a dimensão individual dos conflitos entre consumidores e fornecedores. [...] À crescente complexidade da forma de circulação das riquezas nos países capitalistas, com concentração de empresas, sofisticação de tecnologia, excedente de produção, correspondeu um novo modelo de sociedade, sujeito e objeto, de novos padrões de consumo e de hábitos culturais. Temos o que se convencionou chamar de sociedade de massas, que a todos homogeneiza, que dita modas e tendências, em todas as searas, do vestuário à alimentação, praticamente irresistíveis ao indivíduo. Quando ocorre uma lesão ao consumidor, esta assume proporções nunca antes imaginadas, o dano se espalha por um número, em muitos casos indeterminado de pessoas reclamando, assim, um remédio jurídico de dimensão coletiva.

No Brasil, os efeitos desta evolução foram sentidos tanto com a promulgação da Constituição Federal de 1988, como com o Código de Defesa do Consumidor, que revolucionaram a proteção do consumidor, constituindo o maior avanço que o País, até então, vivenciara no que concerne à proteção daqueles.

Hoje, no Brasil, passadas mais de duas décadas da introdução do CDC e da Carta Magna, pode-se dizer que o consumidor encontra considerável proteção, em que pese ainda haja muito a se fazer nesse campo. A reforma do Código é um exemplo de que a legislação deve ser renovada, sob pena de permanecer defasada e inadequada à sociedade e às formas de consumo atuais, as quais, nesses últimos anos, em muito se transformaram.

Especificamente no campo da saúde suplementar e dos planos de saúde, o caminho ainda é longo, ainda mais diante do incontestável crescimento e da constante reformulação que tem sofrido o setor nos últimos anos.

Tem-se, assim, que a proteção dos consumidores neste setor tão vital para a sociedade, ainda mais em razão do bem que comercializa e da insolubilidade da saúde pública, mostra-se assunto de máxima relevância. Nessa esteira, duas das formas de proteger o consumidor, conforme se demonstrará, são protegendo a concorrência e se regulando o setor.

8 RODRIGUES, Geisa de Assis. A Proteção ao Consumidor como um Direito Fundamental. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 58. São Paulo: RT, abr.-jun. 2006. p. 75/78.

1.2 Estado Liberal, Intervencionista, Regulador e a Ordem Econômica

Imprescindível, neste momento, para que se melhor compreenda a sequência deste texto, tecer-se breve relato sobre a evolução histórica que conduziu a sociedade a passar, de um Estado Liberal, para um Intervencionista, até chegar a um modelo Regulatório atual.

A evolução da ordem econômica, assim como a evolução da própria ideia de constitucionalização do direito privado, e da ciência jurídica em geral, está diretamente conectada à superação do Estado Absolutista. Com a instauração do denominado “Estado Democrático de Direito”, com a noção de um Estado juridicamente organizado e fundado em torno de uma normatização, tendo esta, como fonte hierarquicamente superior, uma Constituição, e, abaixo dela, leis, passou-se, também, a disciplinar a forma como o Poder Público passaria, ou não, a intervir na economia e no mercado.

Adotou-se, inicialmente, a ideia de Estado Liberal, ou seja, não intervencionista, consubstanciado numa postura omissiva do Poder Público, fortemente enraizada na doutrina de Adam Smith, considerado um dos mais importantes teóricos do liberalismo econômico. O referido filósofo primava que o Estado não deveria interferir no mercado, o qual iria se desenvolver automaticamente como decorrência de uma liberdade natural. Smith difundiu noções como a da “mão invisível”, do “*laissez-faire*” e “*laissez-passer*”, ideologia esta que, conforme já dito, contribuiu severamente para o desenvolvimento da Economia Liberal e para a Economia como um todo.

A ideia do regime liberal, todavia, não permaneceu por muito tempo, tendo sido superada pelo modelo intervencionista, conforme explica Leonardo Vizeu Figueiredo⁹:

Todavia, as imperfeições do regime liberal clássico não tardaram a aparecer, pois seu funcionamento pressupunha certa igualdade e um ambiente concorrencialmente perfeito, para que, através da competição equilibrada entre os agentes, se alcançasse os interesses coletivos. Como tais pressupostos nunca foram efetivados, houve a crise do liberalismo, caracterizada por sucessivas depressões econômicas, desequilíbrios internacionais, acirramento das desigualdades sociais, bem como por conflitos bélicos em escala mundial.

Assim, após a derrocada do modelo de Estado liberal, houve a ascensão de uma nova forma de posicionamento do Poder Público em face da ordem econômica e dos mercados, sendo abandonado o liberalismo puro, adotando-se, destarte,

9 FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de Direito de Saúde Suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde*. São Paulo: MP Editoria, 2006. p. 52.

diferentes formas e aspectos intervencionistas, cada qual influenciado pelo ideário político da corrente partidária que se encontra no poder [...] Assim, surge o intervencionismo estatal, caracterizado por forte interferência do Poder Público na sua ordem econômica [...].

O modelo de Estado eminentemente liberal foi superado, portanto, pelo modelo intervencionista, sendo este caracterizado pela forte atuação do Poder Público no mercado e na economia. Dois foram os principais modelos de Estado Intervencionista: o Estado Socialista e o Estado do Bem-Estar-Social. Ressalvadas as suas distinções (em síntese, o segundo baseava-se numa atuação mais moderada que o primeiro), ambos os sistemas também se mostraram igualmente insuficientes e ineficientes.

Como consequência e superação de ambos os regimes, um ideário mais moderado, com princípios decorrentes tanto do modelo liberal como do intervencionista, apresentou-se como mais adequado. Fala-se, então, em Estado Regulador, ou Neoliberal: “[...] busca-se com este modelo um retorno comedido aos ideais do liberalismo, sem, contudo, abandonar a necessidade de sociabilidade dos bens essenciais, a fim de se garantir a dignidade da pessoa humana, bem como os ditames de justiça social [...]”¹⁰.

O Estado, portanto, passa a adotar uma postura comedida, ou seja, não permite que os agentes atuem livre e desenfreadamente, mas também não interfere no mercado de uma forma tal que imobilizaria o seu desenvolvimento. Da mesma forma, o Estado percebe que, ressalvadas determinadas atividades, deixar à iniciativa privada o desenvolvimento e a exploração das atividades em geral, inclusive aquelas concernentes aos serviços públicos essenciais (como saúde, por exemplo), é mais eficiente do que concentrar em si todo o direito de exploração.

Não obstante o acima referido, ainda que se transfira e permita à iniciativa privada a exploração de diversas atividades, entre elas, repete-se, aquelas diretamente ligadas às necessidades básicas do homem, o Estado não deixa de tomar os devidos cuidados para garantir o bem-estar, a justiça social e a dignidade da pessoa humana, bem como o desenvolvimento da economia. A Administração Pública cria, assim, em diversos setores, as chamadas agências reguladoras, caracterizadas por serem entes independentes, desprovidos de subordinação, com capacidade regulatória e fiscalizatória, “para que a prestação de serviços essenciais à população não ficasse submetida apenas à decisão das empresas

10 FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de Direito de Saúde Suplementar*: manual jurídico de planos e seguros de saúde. São Paulo: MP Editoria, 2006. p. 53-54.

privadas, mas fosse realizada de acordo com o cumprimento de regras previamente delimitadas pelo Poder Público”¹¹.

No Brasil, tal evolução histórica, bem como a instituição das referidas agências, é facilmente visualizada no texto constitucional, notadamente no título VII, reservado à disciplina da Ordem Econômica e Financeira.

O art. 173¹², por exemplo, esclarece que, salvo duas hipóteses (segurança nacional ou relevante interesse coletivo), a exploração direta das atividades econômicas não será exercida pelo Estado, ou seja, a regra é que as atividades econômicas sejam desempenhadas pela iniciativa privada. Já o dispositivo seguinte, art. 174¹³, prevê a função reguladora que exercerá o Estado, de forma a fiscalizar, incentivar e planejar o exercício das atividades econômicas pelos agentes privados. Tal permissivo constitucional é, pode-se dizer, o “berço” normativo nacional das agências reguladoras. O dispositivo constitucional mais importante sobre o assunto, todavia, é o art. 170, o qual estabelece quais serão os princípios da ordem econômica, bem como os valores nos quais esta é fundada, dentre eles o da “defesa do consumidor” e o da “livre concorrência”.

Na esteira do todo até aqui mencionado, nota-se que a Carta Constitucional de 1988 adotou a proteção do consumidor não apenas como um direito fundamental, mas também como um princípio da ordem econômica, ou seja, devendo esta ser tomada em consideração pelo Poder Público, também, ao legislar e tratar de assuntos ligados à economia e ao seu desenvolvimento.

Da mesma forma, a ideia da livre concorrência também foi escolhida, pelo constituinte, para ser diretriz fundamental da ordem econômica, do que decorre, sem dúvida, uma noção de proteção ainda maior para os consumidores. Nesse sentido, por exemplo, Ana Paula Martinez¹⁴ refere que “todas as escolas concorrenciais são unânimes em apontar o consumidor como o destinatário econômico final das normas concorrenciais”. Não há dúvidas, assim, que proteger a concorrência é, além de proteger o próprio mercado e o seu desenvolvimento, resguardar os direitos dos consumidores.

11 FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de Direito de Saúde Suplementar*: manual jurídico de planos e seguros de saúde. São Paulo: MP Editoria, 2006. p. 55.

12 “Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.”

13 “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”

14 MARTINEZ, Ana Paula. A Proteção dos Consumidores pelas Normas Concorrenciais. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 52. São Paulo: RT, out.-dez. 2004. p. 10.

No Brasil tem-se, assim, um sistema complexo, envolvendo tanto agências reguladoras, como o sistema de defesa da concorrência, todos coligados no sentido de proteger a economia e, ao fim e ao cabo, os consumidores.

1.3 Concorrência e Regulação

Visto que, hoje, no Brasil, por força constitucional, vive-se em um Estado no qual o Poder Público busca, entre outros, a proteção da livre concorrência e dos consumidores, adotando, para tanto, uma postura essencialmente regulatória, mostra-se correto afirmar que coabitam no sistema tanto os institutos relativos à proteção da concorrência, como os institutos atinentes à matéria que envolve a regulação. Cabe, agora, contextualizar, ainda que sucintamente, ambos os institutos e a forma como estes coexistem.

1.3.1 A importância da concorrência

Hoje, já não restam mais dúvidas de que a concorrência¹⁵ saudável (livre e leal) busca, seja de forma direta ou indireta, proteger os consumidores e o seu bem-estar. Inobstante este viés, veja-se que a legislação antitruste é, outrossim, de igual relevância para o próprio desenvolvimento econômico do País. Nesse sentido, cabe destacar trecho do magistério de Florisbal de Souza Del'Olmo¹⁶, o qual define a importância da concorrência para o mercado e para a economia:

O contexto internacional, com dinâmica circulação de capital, intensa ampliação de mercados de produção e consumo, novos aportes tecnológicos e integração produtiva em escala global, requer expressivo esforço conjugado para manutenção do equilíbrio da economia de mercado. Isso se pode alcançar com a concorrência, que se constitui na verdade na essência do mercado.

A livre concorrência e a concorrência leal são dois dos institutos mais elementares para a existência de uma economia de mercado saudável, estando diretamente ligados ao crescimento e ao desenvolvimento do País. Na medida em

15 Um bom artigo que introduz e faz considerações gerais sobre o instituto da concorrência, que define o que é poder de mercado e realiza um rápido desenvolvimento histórico deste tema, desde o final do séc. XIX até os tempos atuais, citando, inclusive, os momentos em que as Escolas de Harvard e de Chicago tiveram mais influência sobre o fenômeno pode ser lido em SCHUARTZ, Luis Fernando. *Fundamentos do Direito de Defesa da Concorrência Moderno*. Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/grc/pdfs/fundamentos_do_direito_de_defesa_da_concorrência_moderno.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2011.

16 DEL'OLMO, Florisbal de Souza. *Curso de Direito Internacional Privado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 189.

que o Estado os protege, está garantindo, a todos, a oportunidade de desenvolvimento e crescimento dentro do mercado já estabelecido: “A Economia deve servir, sempre, ao coletivo, dando oportunidades iguais para todos, abrindo as vias de acesso ao mercado através da livre-iniciativa e da concorrência leal”¹⁷.

Na esteira do que esclarece Petter¹⁸, é imprescindível para a sociedade que haja concorrência, a qual representa uma garantia de que os agentes irão atuar no sentido de melhorar seus negócios, oferecer melhores produtos, por preços mais competitivos e, assim, alcançar mais consumidores e mais mercado:

Só se estabelece concorrência quando os agentes detêm efetiva liberdade de iniciativa para as suas incursões na conquista dos mercados e consumidores. Esta liberdade, contudo, tem como limite a prática do abuso do poder econômico, no mais das vezes, ofensivo da concorrência. Ou seja, a promoção e defesa da concorrência não constitui instrumento de intervenção no livre jogo do mercado (a atuação dos agentes econômicos com liberdade), ao contrário, a defesa da concorrência é pró-mercado, ela fomenta a livre-iniciativa na medida em que contribui para a eliminação de barreiras artificiais, facilitando o acesso ao mercado.

Esta proteção se mostra, ademais, importante para a proteção do próprio consumidor e dos seus interesses, na medida em que a função intervencionista do Estado é, ao final – tanto vedando hipóteses de concorrência desleal quanto de abuso de poder econômico –, garantir uma competição justa e saudável no mercado, que beneficie nada menos que o próprio consumidor final.

Oportuno destacar trecho do artigo intitulado “Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e Mercado de Saúde Suplementar”, de Uinie Caminha e Leonardo José Peixoto Leal¹⁹, o qual, em determinada passagem, define com precisão, especialmente para o presente texto, o papel da defesa da concorrência na proteção dos consumidores:

A defesa da concorrência visa ao ideário da concorrência perfeita, ou seja, que nas relações de mercado nenhum dos indivíduos tenha poder suficiente (poder de mercado) para alterar ou determinar a seu critério os elementos dessas relações como preço, produção, criação de barreiras à entrada de novos concorrentes, medidas com o intuito de diminuir ou eliminar a concorrência. Assim, busca

17 BARBIERI FILHO, Carlo. *Disciplina Jurídica da Concorrência: abuso de poder econômico*. São Paulo: Resenha Tributária, 1984. p. XI.

18 PETTER, Lafayette Josué. *Direito Econômico*. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011. p. 217.

19 CAMINHA, Uinie; LEAL, Leonardo José Peixoto. *Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e Mercado de Saúde Suplementar*. Disponível em: <www.univali.br/periódicos>. Acesso em: 17 dez. 2011.

que existam consumidores e produtores em quantidades equivalentes, agindo de forma independente.

Oportuno mencionar-se o parágrafo 4º, do art. 173, da Carta Magna, que igualmente contribui para o assunto: “A lei reprimirá o abuso de poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. Para tanto, criou-se um complexo sistema de proteção da concorrência.

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, até 2012, era composto por três órgãos da Administração Pública: a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE), a Secretaria de Defesa Econômica (SDE) e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), sendo este último uma autarquia que funcionava como um tribunal extrajudicial, decidindo, na esfera administrativa, todas as questões relativas à concorrência, como controle de estruturas, condutas anticompetitivas, abuso de poder econômico etc.

Foi a lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, que, além de dispor sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, transformou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia.

O suprarreferido diploma, aliás, trouxe à tona a previsão de que a empresa que cometer infração à ordem econômica seria responsabilizada, podendo haver, inclusive, a desconsideração da personalidade jurídica e a responsabilização individual dos seus administradores em casos de abuso de direito, excesso de poder, infração de lei, entre outros²⁰.

Dito diploma legal, é importante referir, foi superado com a publicação, em 1º de dezembro de 2011, da lei nº 12.529, que entrou em vigor em maio de 2012. A denominada “Nova Lei de Defesa da Concorrência”, como tem sido chamada, reestruturou o Sistema de Defesa da Concorrência e revogou diversos dispositivos de outros diplomas legais. No caso da própria lei nº 8.884/94, houve a revogação de praticamente a integralidade da lei, tendo apenas os artigos 86 e 87 permanecido em vigor.

A nova estrutura do sistema foi modificada a tal ponto que a antiga SDE passou a ter suas atribuições e competências incorporadas pelo CADE. A nova estrutura conta apenas com a SEAE e com o CADE²¹, sendo este último dividido em três

20 Arts. 15, 16, 17 e 18, todos da lei nº 8.884/94.

21 Art. 3º: “O SBDC é formado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, com as atribuições previstas nesta Lei”.

órgãos: Tribunal Administrativo de Defesa Econômica; Superintendência-Geral; e Departamento de Estudos Econômicos²².

Para todos os efeitos, fato é que permanece existindo um sistema complexo e atento às práticas concorrências das empresas e dos demais agentes particulares.

1.3.2 A necessidade de regulação

Conforme se viu, o Estado, a partir da Constituição de 1988, adotou uma postura comedida de intervenção na economia e no mercado, interferindo, em regra, apenas indiretamente, através das denominadas agências reguladoras, entidades independentes, constituídas por profissionais com conhecimentos técnicos especializados e específicos de acordo com cada setor.

Marçal Justen Filho²³ define regulação como a “atividade estatal de intervenção indireta sobre a conduta dos sujeitos público e privados, de modo permanente e sistemático, para implementar as políticas de governo e a realização dos direitos fundamentais”.

Celso A. B. de Mello²⁴, na mesma linha, mas detalhando as *formas de interferência* do Estado na Economia, afirma que atualmente esta pode ocorrer, no Brasil, de três modos: (I) mediante lei e atos administrativos expedidos para executá-los, como agente normativo e regulador da atividade econômica; (II) mediante incentivos à iniciativa privada; e (III) mediante o próprio Estado criando uma empresa e atuando na atividade. No caso da primeira hipótese, estar-se-ia diante da atividade reguladora do Poder Público.

Especificamente sobre a conceituação de agências reguladoras, afirma Antônio Joaquim Fernandes Neto²⁵ que “constituem o instrumento utilizado pelo poder público para o desempenho do papel que lhe cabe na nova economia. O mercado globalizado reduz o papel do Estado, mas não pode prescindir de sua atuação como agente normativo e regulador da ordem econômica”.

22 Art. 5º: “O CADE é constituído pelos seguintes órgãos: I – Tribunal Administrativo de Defesa Econômica; II – Superintendência-Geral; e III – Departamento de Estudos Econômicos”.

23 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 447.

24 DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 385.

25 FERNANDES NETO, Antônio Joaquim. *Plano de Saúde e Direito do Consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 49.

Conforme explica Leonardo Vizeu Figueiredo²⁶, nos Estados Unidos, “a regulação como forma de intervenção indireta implementada via Executivo surgiu ante a necessidade de se estudar e normatizar o monopólio natural [...] bem como da necessidade de se coibir a prática de condutas abusivas neste mercado”. Já na Europa, cujo modelo foi seguido pelo Brasil, conforme destaca o referido autor, “foi oriundo do processo de desestatização da economia, decorrente da mudança do Estado Intervencionista (bem-estar social) para o Estado Neoliberal (regulador)”²⁷.

Fagundes, Pondé e Possas²⁸, em artigo sobre a defesa da concorrência e regulação, fazem interessante comentário sobre a regulação e a sua utilidade e cabimento na proteção dos consumidores:

Tradicionalmente, os setores de infraestrutura (public utilities) foram marcados pela suposta presença de monopólios ‘naturais’, capazes de operar com custos de produção – para um dado nível de produção – menores do que aqueles do que estariam associados a uma estrutura competitiva. Com o objetivo de proteger o consumidor do abuso de poder de mercado inerente à posição monopolista das empresas nesses setores, os preços dos serviços prestados por essas empresas sempre foram objeto de regulação, seja através da nacionalização das empresas atuantes nesses setores, seja pela criação de órgãos reguladores.

Tem-se, assim, que a regulação, especialmente no ordenamento pátrio, materializada em agências reguladoras, é aquilo que existe hoje como “mão do Estado” nas atividades econômicas. Trata-se, sem dúvida, de uma forma de intervenção indireta, a qual surgiu, não só no Brasil, como em diversos países, como forma de, em síntese, garantir o desenvolvimento das atividades, da economia e do mercado, garantir a livre e saudável concorrência e, assim, os próprios consumidores.

Visto que uma atividade econômica pode estar submetida ao mesmo tempo por regras de concorrências, controladas e fiscalizadas pelos órgãos do SBDC, bem como por uma agência reguladora – sem que isso gere qualquer incompatibilidade ou incongruência –, cabe agora se verificar a realidade destes institutos no mercado de saúde suplementar²⁹.

26 FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de Direito de Saúde Suplementar*: manual jurídico de planos e seguros de saúde. São Paulo: MP Editoria, 2006. p. 56.

27 FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de Direito de Saúde Suplementar*: manual jurídico de planos e seguros de saúde. São Paulo: MP Editoria, 2006. p. 56.

28 FAGUNDES, Jorge; PONDÉ, João Luiz; POSSAS, Mario. *Defesa da Concorrência e Regulação*. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/portal/upload/forum_saude/forum_bibliografias/regulacaodomercado/CC3.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2011.

29 Oportuno salientar que, conforme reflexão elaborada por Lafayete J. Petter, não existe, em princípio, incompatibilidade entre o SBDC e as agências reguladoras, posto dete-rem, cada um, funções e atribuições específicas. “Se as agências reguladoras corres-

1.4 A Concorrência e a Regulação na Saúde Suplementar

1.4.1 A instituição da ANS

Conforme analisado, tanto o instituto da concorrência, como o da regulação, objetivam, direta ou indiretamente, a proteção do mercado para que os consumidores não sejam prejudicados e alcancem o máximo de bem-estar possível. E ambos os institutos, comuns em setores onde tradicionalmente há monopólios privados ou estatais, devem buscar conviver da forma mais harmoniosa possível, com o intuito de tentar “limitar o poder de mercado dos monopólios e encorajar a competição”³⁰.

É inafastável qualquer dúvida quanto à absoluta necessidade de haver uma regulação e um rígido controle antitruste do setor de saúde suplementar. Além de constituir um mercado originalmente desequilibrado e indubitavelmente necessário (face às mazelas da saúde pública), existe, no setor, aquilo que se denomina de assimetria de informação entre os consumidores e os prestadores, posto que os consumidores não detêm conhecimentos suficientes para identificar e curar patologias e problemas de saúde em geral, necessitando o auxílio médico³¹.

Ruy Santacruz³² assinala ser, justamente, esta assimetria de informações, aliada aos fatores da externalidade e do poder de mercado, as três falhas de mercado que justificam a existência de regulação pública no setor:

pondem a um modelo de descentralização do Estado, com atribuições e competências próprias, normativas, regulamentadoras e fiscalizadoras, como fica a abordagem antitruste? [...] A lei é clara quanto à competência do CADE em se tratando de hipótese de abuso do poder econômico e mesmo na avaliação de estruturas de mercado (concentração econômica, acordos entre empresas) pela potencialidade de restrição danosa ao ambiente concorrencial. Mas observe-se: cumpre à própria agência setorial, desde logo, zelar pela preservação da concorrência e demais valores da lei de proteção da ordem econômica, independentemente da atuação do CADE quando da prática de seus próprios atos específicos. Uma atitude harmoniosa entre os diversos órgãos é altamente desejável” (PETTER, Lafayete Josué. *Direito Econômico*. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011. p. 261-262).

- 30 FAGUNDES, Jorge; PONDÉ, João Luiz; POSSAS, Mario. *Defesa da Concorrência e Regulação*. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/portal/upload/forum_saude/forum_bibliografias/regulacaodomercado/CC3.pdf>. Acesso em 20 dez. 2011.
- 31 OCKÉ-REIS, Carlos Octávio; ANDREAZZI, Maria de Fátima Siliansky de; SILVEIRA, Fernando Gaiger. *O Mercado de Saúde no Brasil: uma criação do Estado?* Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/revista/pdfs/Ref_160-CarlosOctavioOcke-ReiseOutros.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2011.
- 32 SANTACRUZ, Ruy. Regulação e Concentração no Mercado Brasileiro de Saúde Suplementar. In. FARINA, Laércio; GUIMARÃES, Denis Alves (Org.). *Concorrência e Regulação no Setor de Saúde Suplementar*. São Paulo: Singular, 2010. p. 109-111. Neste

As razões para a regulação pública de mercados estão relacionadas à existência das chamadas falhas de mercado, que se manifestam de três formas: externalidades, informação imperfeita (assimétrica) e poder de mercado. As externalidades ocorrem quando a eficiência ou o bem-estar econômico de um agente econômico (empresas ou consumidores) é afetado pela ação de outro agente. Ou, de outra forma, decorre do fato de que em qualquer atividade econômica nem todos os custos e benefícios decorrentes das suas ações no mercado estão sob o controle do agente individual. Assim, boa parte do cálculo econômico realizado pelos agentes econômicos individuais não incorpora todas as informações necessárias, que teoricamente deveriam ser transmitidas via sistema de preços. Dessa maneira, a decisão individual não conduz o agente e o sistema para a situação de máxima eficiência. Assim, a regulação torna-se necessária para reduzir as externalidades [...] e para solucionar divergências entre os agentes afetados, de modo a garantir a eficiência econômica dos mercados. A regulação pública também se justifica diante da existência do poder de mercado (ou poder de monopólio), sendo a falha de mercado que mais se observa na economia como um todo. [...] Finalmente, a inexistência de informações corretas e suficientes para orientar a decisão do agente econômico limita sua capacidade de agir eficientemente, sendo fonte de mau funcionamento dos mercados e perda de bem-estar. [...] As falhas de mercado provocam reduções na eficiência econômica e perda de bem-estar da coletividade. [...] Diante disso, cabe ao poder público intervir no mercado de maneira a reduzir os efeitos provenientes da informação imperfeita [...].

No caso do setor da saúde suplementar, também consoante já abordado, o mercado, além de estar sujeito, desde 1994, ao CADE e demais órgãos do SBDC, passou a ser normatizado em 1998, com a edição da lei nº 9.656/98, a LPS.

Tal legislação veio para preencher uma lacuna até então existente neste mercado, haja vista que, até a sua publicação, as relações envolvendo Operadoras de Planos de Saúde e consumidores, em que pese estarem subordinadas ao CDC e à Carta Constitucional, careciam de regulamentação específica, pois a legislação própria em vigor, notadamente o decreto-lei 73/66 (aplicável aos contratos de seguro, em geral), nenhuma proteção especial aos consumidores ou exigência maior às Operadoras trazia, as quais estavam “livres” para negociarem seus planos conforme bem entendiam³³.

Com o advento da LPS, muitas das práticas, até então exercidas pelas Operadoras, passaram a ser vedadas ou limitadas. A lei previu, por exemplo, que os planos

mesmo sentido CALIENDO, Paulo. *Direito Tributário e Análise Econômica do Direito: uma visão crítica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 78-79.

33 Era comum, por exemplo, contratos prevendo exclusão de cobertura para órteses e próteses e matérias especiais em geral, mesmo quando coberta a cirurgia respectiva. Limitação de sessões para determinados procedimentos, bem como de diárias para internação, também era comum em minutas contratuais.

deveriam passar a fornecer cobertura sem imposição de limite financeiro³⁴, em evidente proteção aos beneficiários diante de determinadas práticas abusivas. Da mesma forma, o referido diploma trouxe a inédita previsão de um plano referencial³⁵, limitou os procedimentos que poderiam ser excluídos dos planos³⁶, vedou a possibilidade de reajuste de mensalidade para aqueles beneficiários de 60 anos ou mais que contribuíram para o plano por mais de 10 anos³⁷, estabeleceu os prazos de carências possíveis de serem previstos³⁸, estabeleceu a previsão de extensão da cobertura contratual para ex-funcionários aposentados³⁹ e despedidos sem justa causa⁴⁰, entre outras diversas disposições substancialmente mais benéficas aos contratantes.

Entende-se a edição da lei nº 9.656 como um verdadeiro marco legislativo, portanto, com os contratos firmados na sua vigência passando a ser denominados de regulamentados, e aqueles anteriormente pactuados, de não regulamentados.

Logo na sequência, em 2000, houve a edição da lei nº 9.961, que criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, órgão autárquico, ligado ao Ministério da Saúde, incumbido de fiscalizar, regulamentar e monitorar o mercado de saúde suplementar, no intuito de inibir práticas lesivas aos consumidores e estimular comportamentos que reduzam os conflitos e promovam a estabilidade do setor. Januario Montone⁴¹ afirma ter a ANS surgido com o objetivo de efetivar todas as previsões trazidas pela lei nº 9.656/98, bem como centralizar as competências regulatórias e de fiscalização do setor, até então efetuadas por vários órgãos, como o Ministério da Saúde, a SUSEP, a SAS – Secretaria de Assistência à Saúde, o CNS – Conselho Nacional de Saúde e o CONSU – Conselho de Saúde Suplementar.

Com a criação da ANS, foi dado início, sem dúvida, a uma nova era no setor, com os primeiros passos no processo de regulação das Operadoras e das relações destas com os consumidores e demais prestadores de serviços do mercado (hospitais, laboratórios, médicos). Diversas têm sido as medidas tomadas por esta agência, desde a sua criação, para tornar o setor mais justo, competitivo e

34 Art. 1º, inciso I, da LPS.

35 Art. 10, caput, da LPS.

36 Art. 10, incisos I ao X, da LPS.

37 Art. 15, § único, da LPS.

38 Art. 12, inciso V, da LPS; Os prazos carências permitidos pela lei nº 9.656/98 são apenas 3 (três): de 300 (trezentos) dias, para parto a termo; 180 (cento e oitenta) dias, para os demais casos; e 24 (vinte e quatro) horas, para casos de urgência e emergência.

39 Art. 31, caput, da LPS.

40 Art. 30, caput, da LPS.

41 MONTONE, Januario. *Planos de Saúde: passado e futuro*. Rio de Janeiro: MedBook, 2009. p. 41-47.

transparente, bem como mais seguro para os seus diversos consumidores. Sem sombra de dúvida, é uma das agências que mais atos normativos expediu nos últimos anos.

Com efeito, a ANS tem se destacado em função da numerosa quantidade de resoluções, instruções, súmulas e normatizações em geral que tem expedido. No ano de 2011, por exemplo, esse número foi superior a 200 (duzentos), sendo que dentre estas, algumas tendem a trazer (e já estão trazendo) grandes transformações ao setor.

Apenas para citar, em 2011, a ANS publicou, entre outras, a Resolução Normativa (RN) nº 252 (sobre a portabilidade de carências), 254 (sobre os procedimentos de adaptação e migração dos antigos planos), 259 (sobre o tempo máximo para os consumidores serem atendidos conforme cada tipo de solicitação) e 279 (que regulamenta os artigos 30 e 31 da Lei nº 9.656/98, os quais preveem o direito de ex-funcionários – demitidos e aposentados – se manterem como beneficiários do plano coletivo das suas ex-empresas empregadoras).

Especificamente no caso da ANS, fato é que a legislação, em verdade, a incumbiu de diversas funções, além de simplesmente expedir regulamentações sobre o setor. Todas as atribuições e funções da agência são elencadas nos incisos do art. 4º, da referida lei nº 9.961, somando mais de 40 itens.

As funções atribuídas a essa agência, como se pode observar, são inúmeras, o que, somado à complexidade e capacidade de transformação e atualização do setor, talvez explique em parte o alto número de regulamentações semanalmente expedidas.

De qualquer forma, graça aos esforços desta agência, praticamente todos os dados do setor são, atualmente, de acesso público junto ao seu sítio eletrônico, desde o número de beneficiários, divididos por cada tipo de contrato, até o número de operadoras, conforme cada natureza jurídica, em cada região do País, até os valores obtidos pelas Operadoras com receitas das contraprestações.

Oportuno, agora, analisar, mesmo que de forma breve, se o aumento das exigências da ANS contribuiu para, juntamente com as regras antitrustes, tornar o mercado mais seguro, competitivo e protegido para os seus inúmeros e crescentes consumidores.

1.4.2 O aumento das exigências

O órgão autárquico, conforme se pode verificar, controla, hoje, as Operadoras desde o seu registro até o seu cancelamento, delimitando e fiscalizando rigidamente o conteúdo dos contratos⁴², atualizando regularmente a lista dos procedimentos de cobertura obrigatória (Rol de Procedimento) e atuando as empresas sempre que identificada qualquer irregularidade, seja com o trato com os consumidores, seja com a saúde financeira e administrativa destas, até toda e qualquer situação que se mostre pertinente ao seu controle. Destacável que, conforme o inciso XXII (do referido art. 4º) prevê, à ANS também cabe autorizar quaisquer operações societárias que ocorrerem no setor, tais como fusão, incorporação e cisão, “sem prejuízo do disposto na Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994”, ou seja, independentemente da atuação do CADE e demais órgãos da SBDC, o que apenas comprova que as normas de regulação e as antitrustes atuam paralela e concomitantemente.

Estas “hiper-regulação” e “hiperfiscalização” certamente têm gerado efeitos consideráveis no setor. Conforme as últimas informações fornecidas pela ANS, em que pese o constante crescimento no número de beneficiários e contratantes, o número de Operadoras com registro ativo tem se reduzido sistematicamente, contabilizando, conforme dados disponíveis no momento da redação deste texto, 1.619 em atividade⁴³.

42 A esse respeito, podemos citar tratar-se um legítimo exemplo de dirigismo contratual: “Não se trata, apenas, de uma intervenção pública em matéria de interpretação de cláusulas contratuais, ou das formas de estipulação, nos contratos de adesão ou por adesão. É sabido que nesse gênero de contratos, as cláusulas dúbias interpretam-se contra quem as redigiu (cf. C. Civil italiano, art. 1.370); sendo que na hipótese de contradição entre o texto das cláusulas gerais impressas e o das especiais acrescentadas ao formulário, são estas últimas que prevalecem (mesmo Código, art. 1.342). Conhecem-se, ademais, alguns contratos em que o legislador exige não apenas a forma escrita, mas também a apresentação de certas cláusulas com um relevo especial. É o caso, por exemplo, do contrato de seguro, na França, onde a Lei de 13-7-1930 determinou só serem válidas as cláusulas das apólices que editam nulidades ou decadências de direitos do segurado quando mencionadas em caracteres muito aparentes (art. 9º, segunda alínea). O novo direito, em verdade, não se limita a editar regras de interpretação ou de forma dos contratos realizados em massa. Vai mais além, impondo a inserção de determinadas cláusulas de proteção da parte considerada mais fraca, ou anulando ou tornando ineficazes as estipulações pouco equitativas; instaurando, em suma, um autêntico dirigismo contratual” (COMPARATO, Fábio Konder. *A Proteção do Consumidor*: importante capítulo do direito econômico. Revista de Direito do Consumidor. v. 77. São Paulo: RT, jan.-mar. 2007. p. 34).

43 AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. *Caderno de Informação da Saúde Suplementar*, set. 2011. p. 11.

Com a instituição da ANS, as Operadoras, sem dúvida, passaram a perceber diversas dificuldades antes inexistentes. Além da fiscalização, da grande quantidade de normatizações, do rígido controle do conteúdo dos contratos etc., determinadas exigências da referida agência contribuíram diretamente para o aumento dos custos necessários para uma empresa se manter no setor:

[...] a regulamentação parece ter provocado um aumento dos custos, tanto para entrar no mercado quanto para executar a gestão de uma operadora de plano de saúde, em função dos seguintes requisitos: cobertura de garantias financeiras (capital mínimo e reservas técnicas); pressão de custos administrativos e informacionais; a oferta de plano-referência individual obrigatório; redução dos períodos de carência etc.⁴⁴

Seja em razão do aumento das exigências e regulamentações por parte da respectiva agência reguladora, é fato que o número de empresas atuantes no mercado de saúde suplementar tem se reduzido, principalmente se comparado ao número de beneficiário que, ao contrário, tem aumentado a cada ano.

De acordo com os números obtidos com o SIB⁴⁵, até junho de 2011, apontava-se a existência de 46,6 milhões de beneficiários de planos de assistência médica com ou sem odontologia, e 15,7 milhões de beneficiários de planos exclusivamente odontológicos. Em dezembro de 2000, quando se começou a cadastrar os beneficiários, apurava-se a existência de 30,7 e 2,8 milhões de beneficiários, respectivamente, ou seja, sem dúvida houve um crescimento significativo no número de beneficiários⁴⁶.

Além disso, as novas e mais rigorosas exigências trazidas pela agência contribuiriam, não apenas para a redução do número das Operadoras existentes, mas também para impedir a entrada de novas empresas neste mercado, haja vista que novas “barreiras à entrada” foram impostas.

44 OCKÉ-REIS, Carlos Octávio; ANDREAZZI, Maria de Fátima Siliansky de; SILVEIRA, Fernando Gaiger. *O Mercado de Saúde no Brasil: uma criação do Estado?* Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/revista/pdfs/Ref_160-CarlosOctavioOcke-ReiseOutros.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2011.

45 Sistema de Informações de Beneficiários é o sistema pelo qual as operadoras de planos de saúde enviam, mensalmente, para a ANS, dados de vínculos dos seus beneficiários, incluído movimentações como inclusão, alteração ou exclusão desses vínculos.

46 A própria ANS informa, todavia, que tais números são dados preliminares e estão sujeitos a revisão. Da mesma forma, destaca-se que um mesmo beneficiário pode deter mais de um vínculo, quando então aparece no sistema tantas vezes quanto forem os vínculos. Assim, o número de beneficiários total é na verdade inferior àquele apresentado (AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. *Caderno de Informação da Saúde Suplementar*, set. 2011).

Com a regulação, por exemplo, existe uma tendência, facilmente constatável ao se verificar os números e estatísticas do setor, de aumento da comercialização dos planos coletivos em detrimento dos individuais/familiares. Tal fato decorre especialmente em razão de duas questões: a maior diversificação dos riscos envolvidos em uma carteira de plano coletivo e a não regulação, por parte da ANS, das mensalidades dos contratos coletivos. Por decorrência, “um novo entrante [...] para ser lucrativo, deverá possuir a capacidade de ofertar os serviços aos dois tipos de clientes, planos coletivos e planos individuais, pois os lucros [...] e o risco [...] na carteira de planos individuais não são atrativos [...]”⁴⁷.

Outrossim, com as novas exigências, há a necessidade de adequação do novo entrante às regras sobre necessidade de garantias financeiras, como a necessidade de capital mínimo, provisão de risco e de margem de solvência. Da mesma forma, a padronização dos serviços a serem oferecidos também implica uma dificuldade para um novo concorrente neste setor:

Outra barreira decorrente da regulação diz respeito à diversificação do produto ofertado pelas operadoras de planos de saúde e o prêmio pago por esses planos, conforme o serviço e os potenciais sinistros de um segurado. O pacote de serviços prestados pelas operadoras é padronizado, o que dificulta a entrada de um novo concorrente por meio da inovação de pacotes de serviços. Além disso, o pacote de serviços padronizados, atualmente definidos, implica custos mínimos incorridos elevados. [...] O mínimo que a Lei exige já constitui uma cobertura bastante abrangente. [...] uma nova firma terá que oferecer basicamente o mesmo produto das incumbentes, a mesma cobertura e pouca variação na rede de provedores, implicando, conseqüentemente, um horizonte de custos mínimos de entrada mais elevados⁴⁸.

Outras “barreiras à entrada”, decorrentes direta ou indiretamente da regulação poderiam ser citadas (como a possibilidade de portabilidade de carência), todavia, as supracitadas já denotam a conexão direta da regulação do setor com a redução sistemática do número de operadoras. Ademais, outras dificuldades, ainda que não vinculadas à ANS, também devem ser consideradas como fatores que têm contribuído para impedir o ingresso de novos competidores no mercado. Apenas para exemplificar, cita-se o fato de existir pressão por parte das Operadoras para que os médicos não atendam pacientes de outros convênios, o

47 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 (Org.). *Concorrência e Regulação no Setor de Saúde Suplementar*. São Paulo: Singular, 2010. p. 54.

48 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 (Org.). *Concorrência e Regulação no Setor de Saúde Suplementar*. São Paulo: Singular, 2010. p. 54-55.

que, a despeito da fiscalização e atuação do CADE, constitui verdadeiro empecilho para os demais competidores.

Ainda, por se tratar de um produto que, pelo menos em tese, durará por diversos anos, há a tendência dos consumidores buscarem vincular-se a Operadoras já consolidadas no mercado, que possuem avantajada clientela, grandeza de recursos e, preferencialmente, rede própria de hospitais, pronto atendimentos, laboratórios e clínicas. Neste ponto, encontra relevante papel a questão da reputação, apontada igualmente como “barreira à entrada” de novos concorrentes: “De maneira geral, uma nova firma que deseje entrar no mercado de planos de saúde terá maior dificuldade quanto menor for a sua reputação já estabelecida, pois será mais difícil montar uma rede de provedores e uma carteira de beneficiários [...]”⁴⁹.

Na mesma esteira, “os custos crescentes dos serviços de assistência médica, em virtude das mudanças no perfil demográfico do País e do progresso técnico” também representam variáveis responsáveis pela diminuição no número de empresas ativas⁵⁰, o que, aliado à judicialização da saúde, tem, certamente, destacado papel para desestimular novos entrantes e encorajado a saída de empresas atuais.

A experiência prática demonstra que, de fato, ao passo que as técnicas e formas de tratamento têm evoluído, seus custos também têm sido majorados, o que dificilmente é repassado ao consumidor, especialmente em razão da jurisprudência e da legislação consumerista que obriga as Operadoras a autorizarem sempre os procedimentos mais vantajosos aos usuários, mesmo que não estejam incluídos no contrato, ou seja, mesmo que não tenham sido atuariamente contabilizados quando da composição do cálculo da mensalidade⁵¹.

49 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 (Org.). *Concorrência e Regulação no Setor de Saúde Suplementar*. São Paulo: Singular, 2010. p. 56.

50 ARAÚJO JR., José Tavares de. Poder de Mercado no Setor de Saúde Suplementar. In: FARINA, Laércio; GUIMARÃES, Denis Alves (Org.). *Concorrência e Regulação no Setor de Saúde Suplementar*. São Paulo: Singular, 2010. p. 29.

51 Típico exemplo que bem demonstra tal questão é o caso das cirurgias bariátricas por videolaparoscopia. Com a evolução da medicina e da tecnologia, o procedimento cirúrgico de redução de estômago, antes realizado de forma “aberta”, através da chamada “técnica convencional”, passou a ser possível mediante o uso da videolaparoscopia, método menos invasivo, que reduz o tempo de recuperação e que notoriamente é mais vantajoso ao paciente. Todavia, até antes da atualização do Rol de Procedimentos (que se deu através da RN nº 262/ANS, que entrou em vigor em janeiro de 2012), a referida cirurgia, pelo referido método, não estava coberta pela grande maioria dos contratos, inclusive com respaldo da própria ANS quanto à não obrigatoriedade de cobertura.

Todas essas questões, aliadas a tantas outras, têm levado, conforme aponta José Tavares de Araújo Jr⁵², a uma tendência de fusões e aquisições no setor, com as companhias de grande porte “comprando” as menores: “[...] a aquisição de operadoras de pequeno e médio porte tornou-se um recurso bastante usado pelas empresas líderes do setor nos últimos anos”.

Quanto ao aumento das eficiências, decorrentes de um processo de fusão ou aquisição, consequências diretas poderão passar a ser sentidas do ponto de vista dos consumidores:

As eficiências em uma fusão podem surgir tanto para as operadoras de planos de saúde que são objeto de fusão quanto para os hospitais, médicos ou laboratórios que tratam com tais planos. Por exemplo, uma fusão de operadoras de planos de saúde pode reduzir os preços cobrados por esses fornecedores por meio de melhor poder de barganha. Além disso, as economias de escala podem criar menores custos para gerenciamento da regulação, ou para a própria gestão do plano.⁵³

Através dos referidos processos de fusão e aquisição, as partes envolvidas certamente são beneficiadas com economias de escala e a consequente redução dos custos. Todavia, existe a maior probabilidade de uma empresa, ou grupo de empresas, adquirirem maior poder de mercado ou, eventualmente, inclusive dominá-lo por completo, o que incontestavelmente surte efeitos muito negativos para os consumidores (estruturas monopolizadas ou oligopolizadas permitem a redução de custos, aumento dos preços, redução da produção e desestimula a criação de novos, melhores e mais baratos produtos), bem como para empresas interessadas em investir no ramo.

Fato é que o número de Operadoras atuantes tem se reduzido sistematicamente, o que traz à tona o questionamento nevrálgico deste artigo: do ponto de vista

Não obstante, a jurisprudência majoritária já determinava a cobertura do referido procedimento baseado exatamente no fato do mesmo ser menos prejudicial aos consumidores: “A jurisprudência do STJ se orienta no sentido de proporcionar ao consumidor o tratamento mais moderno e adequado, em substituição ao procedimento obsoleto previsto especificamente no contrato. A interpretação das cláusulas contratuais deve favorecer a extensão dos direitos do consumidor” (REsp 1106789/RJ, de Relatoria da Ministra Nancy Andrighi).

52 ARAÚJO JR., José Tavares de. Poder de Mercado no Setor de Saúde Suplementar. In: FARINA, Laércio; GUIMARÃES, Denis Alves (Org.). *Concorrência e Regulação no Setor de Saúde Suplementar*. São Paulo: Singular, 2010. p. 30.

53 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 (Org.). *Concorrência e Regulação no Setor de Saúde Suplementar*. São Paulo: Singular, 2010. p. 58.

da concorrência e da regulação, o setor de saúde suplementar se encontra protegido para os consumidores?

1.4.3 Concentração e competição

Na esteira do que adverte a doutrina⁵⁴, a competição e a concentração (tanto monopolística⁵⁵ como monopsonista⁵⁶), por si só, não significam, em tese, que determinado setor está protegido e encontra maior qualidade e segurança para os consumidores ou não: “Tanto a competição quanto a concentração podem resultar em pouca qualidade ou diferenciação de serviços, ou em seu oposto: muita qualidade ou diferenciação”.

Conforme apontado, o setor de saúde privada tem passado por um processo acelerado de consolidação. Arthur B. Filho e Cláudio R. de Lucinda⁵⁷ afirmam que “muitas das empresas que entraram no mercado no passado o fizeram sem as condições mínimas requeridas para sobreviver no médio e longo prazo. Com o aumento das exigências financeiras e de cobertura [...] muitas terão dificuldades em sobreviver”.

Em que pese a redução do número de Operadoras ativas, a quantidade de empresas no setor ainda é extremamente alta, defendendo, a doutrina especializada, que o mercado está no caminho certo em busca de uma maior proteção aos consumidores⁵⁸.

José Tavares de Araújo Jr⁵⁹, por exemplo, em trabalho elaborado sobre “Poder de Mercado no Setor de Saúde Suplementar”, destaca já no início do seu estudo

54 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 (Org.). *Concorrência e Regulação no Setor de Saúde Suplementar*. São Paulo: Singular, 2010. p. 74.

55 Em síntese, pode-se definir poder de monopólio como o poder de aumentar os preços dos produtos e serviços aos usuários.

56 Poder de monopólio seria aquele capaz de alterar os termos através dos quais uma empresa realiza a compra de seus insumos.

57 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 (Org.). *Concorrência e Regulação no Setor de Saúde Suplementar*. São Paulo: Singular, 2010. p. 59.

58 BADIA, Bruno Dutra; MARTINS, Carina Burri; PIRES, Clarissa Côrtes. *Considerações Sobre a Concorrência no Setor de Saúde Suplementar*. Disponível em: <<http://www.iess.org.br/html/TD20080011concorrncia.pdf>>. Acesso em: 22 jan. 2012.

59 ARAÚJO JR., José Tavares de. Poder de Mercado no Setor de Saúde Suplementar. In: FARINA, Laércio; GUIMARÃES, Denis Alves (Org.). *Concorrência e Regulação no Setor de Saúde Suplementar*. São Paulo: Singular, 2010. p. 23.

que o sistema de saúde brasileiro está de acordo com aquele considerado como ideal, na medida em que “convivem entidades públicas e empresas privadas no provimento de serviços de saúde”. Todavia, em que pese tal fato, adverte o autor que seu “desempenho ainda está longe do padrão ideal”⁶⁰.

O autor chama atenção para o fato de que, ainda que tenha havido uma substancial redução no número de Operadoras registradas na ANS, desde 2000 até 2010, a quantidade existente, no Brasil, ainda é a maior do mundo, tornando a competição intensa, especialmente entre as empresas de médio e grande porte⁶¹. Na esteira do já adiantado, o autor atribui o contínuo declínio no número de Operadoras às ações da ANS e ao seu aprimoramento na concessão de registros, bem como a maior transparência que tem ganhado o setor com a captação e publicação dos diversos dados, números e estatísticas deste mercado⁶². De fato, conforme já afirmado, praticamente tudo que diz respeito aos contratos de plano de saúde passou a ser registrado junto à agência reguladora, o que tem permitido a obtenção de dados cada vez mais fidedignos com a realidade.

Ainda que o setor esteja fortemente marcado por relevantes problemas, como a já anunciada assimetria de informação (do que decorrem outras problemáticas, como risco moral, seleção adversa e agência)⁶³, é possível se concluir que os consumidores têm certa margem de proteção, tanto do ponto de vista da regulação como da concorrência.

A quantidade de regulamentações e demais atos normativos já publicados é emblemática para se constatar que o setor, ainda que diante de todas as dificuldades, se encontra atualmente diante de uma regulação rígida e atuante.

Entretanto, os próximos anos certamente serão muito importantes para a ANS. Existe uma expectativa sobre se a agência continuará, por exemplo, publicando normas com a mesma frequência que tem feito até então. Até porque, mesmo

60 ARAÚJO JR., José Tavares de. Poder de Mercado no Setor de Saúde Suplementar. In: FARINA, Laércio; GUIMARÃES, Denis Alves (Org.). *Concorrência e Regulação no Setor de Saúde Suplementar*. São Paulo: Singular, 2010. p. 23.

61 ARAÚJO JR., José Tavares de. Poder de Mercado no Setor de Saúde Suplementar. In: FARINA, Laércio; GUIMARÃES, Denis Alves (Org.). *Concorrência e Regulação no Setor de Saúde Suplementar*. São Paulo: Singular, 2010. p. 24.

62 ARAÚJO JR., José Tavares de. Poder de Mercado no Setor de Saúde Suplementar. In: FARINA, Laércio; GUIMARÃES, Denis Alves (Org.). *Concorrência e Regulação no Setor de Saúde Suplementar*. São Paulo: Singular, 2010. p. 26-28.

63 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 (Org.). *Concorrência e Regulação no Setor de Saúde Suplementar*. São Paulo: Singular, 2010. p. 74-77.

com tantas regulamentações já existentes, o mercado é incipiente do ponto de vista regulatório, carecendo ainda de diversos cuidados, especialmente nos municípios do interior:

Do ponto de vista da regulação, um dos desafios atuais da ANS é fiscalizar a conduta das centenas de operadoras de pequeno porte que atuam em municípios do interior do País. A experiência recente mostra que, frequentemente, essas empresas podem representar uma dupla ameaça para o consumidor. Por um lado, como não possuem escala suficiente para enfrentar os riscos dessa atividade, é elevada a probabilidade de que os beneficiários se vejam subitamente desamparados, em virtude da falência da operadora ou de sua incapacidade de atender a casos que requeiram recursos tecnológicos sofisticados. Por outro lado, quando a operadora é um monopolista local, são usuais as práticas abusivas, conforme atestam os diversos casos julgados pelo CADE nos últimos 10 anos⁶⁴.

Do ponto de vista concorrencial, o setor tem tido relativo destaque em razão dos números de demandas levadas ao conhecimento do CADE. É relatado que, desde 1994, “o setor de saúde suplementar tem-se destacado pelo elevado número de condutas anticompetitivas punidas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica”, sendo que os casos julgados apresentariam, quase sempre, o mesmo perfil, com um certo tipo de Operadora impondo exclusividade aos seus prestadores de serviço⁶⁵.

Paulo Furquim de Azevedo e Sílvia Faga de Almeida⁶⁶ afirmam, inclusive, que o setor de saúde suplementar é um dos mais discutidos no SBDC, sendo responsável por 20-30% dos processos administrativos julgados pela CADE, entre 2000 e 2006.

Não obstante tais questões, especialmente da constante diminuição de empresas ativas, constata-se que o mercado é, sim, considerado competitivo. José Tavares⁶⁷ afirma que a “tendência à concentração tem sido marcante no setor”, e que os casos recentes de fusões e aquisições (entre Operadoras) submetidos ao

64 ARAÚJO JR., José Tavares de. Poder de Mercado no Setor de Saúde Suplementar. In: FARINA, Laércio; GUIMARÃES, Denis Alves (Org.). *Concorrência e Regulação no Setor de Saúde Suplementar*. São Paulo: Singular, 2010. p. 32.

65 ARAÚJO JR., José Tavares de. Poder de Mercado no Setor de Saúde Suplementar. In: FARINA, Laércio; GUIMARÃES, Denis Alves (Org.). *Concorrência e Regulação no Setor de Saúde Suplementar*. São Paulo: Singular, 2010. p. 24.

66 AZEVEDO, Paulo Furquim de; ALMEIDA, Sílvia Faga de. *Poder Compensatório: organização horizontal na defesa da concorrência*. Disponível em: <www.anpec.org.br/encontro2006/artigos/A06A175.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2012.

67 ARAÚJO JR., José Tavares de. Poder de Mercado no Setor de Saúde Suplementar. In: FARINA, Laércio; GUIMARÃES, Denis Alves (Org.). *Concorrência e Regulação no Setor de Saúde Suplementar*. São Paulo: Singular, 2010. p. 24-38.

CADE têm sido aprovados sem maiores restrições, resultado este “coerente com a atuação da ANS, cujo objetivo primordial é assegurar a permanência de empresas sólidas e aptas para garantir as condições contratadas com qualidade”.

Aliás, quanto a tal atuação da agência reguladora, constata-se uma evidente identidade entre a atividade desta e os próprios princípios orientadores da Política Nacional de Relações de Consumo, bem como das diretrizes previstas pelo Código de Defesa do Consumidor. Na medida em que a ANS está, ao fim e ao cabo, garantindo, ao mesmo tempo, equilíbrio neste mercado, proteção e garantias aos consumidores, bem como acesso efetivo à saúde, está, sem dúvida, em plena consonância com o art. 4º, da lei consumerista, especialmente seu *caput* e inciso III.

Um artigo publicado em fevereiro de 2008, pelo Instituto de Estudos de Saúde Suplementar – IESS, afirmou expressamente que “no âmbito nacional e das grandes regiões, o mercado opera em concorrência”. Tal afirmação vai ao encontro daquela supracitada de que a ANS deverá focar sua atuação nos próximos anos nos mercados do interior, onde a falta de proteção aos consumidores, em face da existência de concentração, é, claramente, preocupante⁶⁸.

Outro estudo com mesmo objetivo, publicado também pelo IESS, mas referente a período posterior, indica as mesmas conclusões já aqui referidas: mercado competitivo, tendência de consolidação do mercado, com a redução do número de Operadoras, com algumas regiões do País experimentando certo nível de concentração⁶⁹.

Na mesma esteira, apontando também para a existência de concentração no setor, é citável um estudo financiado pelo CNPQ/ANS, cuja conclusão gerou um texto sobre “Estruturas de Mercado do Setor de Saúde Suplementar no Brasil”, o qual, a partir de determinada metodologia utilizada, constatou que nos dois anos analisados (2007 e 2010) “os resultados encontrados mostram concentração de mercado em praticamente todos os mercados relevantes delimitados, independente do tipo de índice de concentração utilizado”⁷⁰.

68 BADIA, Bruno Dutra; MARTINS, Carina Burri; PIRES, Clarissa Côrtes. *Considerações sobre a Concorrência no Setor de Saúde Suplementar*. Disponível em: <<http://www.iess.org.br/html/TD20080011concorrncia.pdf>>. Acesso em: 22 jan. 2012.

69 SILVA, Marcos Paulo Novais; MARTINS, Carina Burri. *Considerações sobre a Concorrência no Setor de Saúde Suplementar – Analisando o Período 2006-2008*. Disponível em: <<http://www.iess.org.br/html/TDIESS00282009Concorrncia0809.pdf>>. Acesso em: 22 jan. 2012.

70 ANDRADE, Mônica Viegas *et al.* *Estrutura de Mercado do Setor de Saúde Suplementar no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG/Cedeplar, 2010. p. 21.

O referido trabalho apontou a existência de 89 mercados relevantes (assim definidos pelo próprio estudo como o “menor espaço econômico no qual o poder de mercado é possível de ser exercido por uma firma atuando de forma isolada ou grupo de empresas agindo de forma coordenada, durante certo período de tempo”): 40 mercados na região Sudeste, 23 na região Nordeste, 17 mercados na região Sul, 5 na região Centro-Oeste e 4 na região Norte⁷¹.

Para tal conclusão, não foi considerada cada Operadora individualmente, mas grupos econômicos, notadamente em razão de que, no setor, é possível se vincular grandiosa parcela das empresas a um dos seguintes conglomerados: Grupo Amil, Medial, Bradesco, Golden Cross, Intermédica, Tempo, SulAmérica e Unimed:

O resultado que chama mais atenção é a importância da Unimed na oferta de planos de saúde individuais. Mais de 85% dos mercados são liderados pelas Unimeds, 79 mercados em 2007 e 2010. Essa configuração resulta em apenas 11 operadoras/grupos econômicos detendo maior participação em todos os mercados em 2007. Em 2010 esse número se reduz para 9, sugerindo movimento de concentração. A análise do conjunto das operadoras líderes mostra dinamismo no mercado de planos individuais uma vez que ocorrem mudanças de posição entre operadoras líderes. Ou seja, do total de 431 operadoras que competem nos mercados relevantes definidos apenas 11 controlam todos os mercados, ou seja, 2,7%. No mercado de planos coletivos em 2007, 13 operadoras são líderes nos 89 mercados e em 2010 esse número se reduz para 6. Chama atenção mais uma vez o caso da Unimed que é líder em 74 mercados em 2007 e 82 em 2010, indicando a força da Unimed em todo o Brasil nos dois segmentos de planos de saúde, individuais e coletivos⁷².

Na mesma esteira, Ruy Santacruz⁷³, avaliando os dados oficiais, destaca que todas as Operadoras do Sistema Unimed, quando consideradas como um só grupo, detêm em torno de 30% do *market share* no que tange ao número de beneficiários, e 35% quanto à receita anual.

Em outras palavras, e levando em consideração todo o acima exposto, percebe-se que o mercado em questão possui grau de concentração elevado, o que não significa que não haja concorrência. Muito pelo contrário, especialmente se verificada a grande quantidade de empresas que se encontram no setor, ainda mais nas capitais e demais centros urbanos.

71 ANDRADE, Mônica Viegas *et al.* *Estrutura de Mercado do Setor de Saúde Suplementar no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG/Cedeplar, 2010. p. 17.

72 ANDRADE, Mônica Viegas *et al.* *Estrutura de Mercado do Setor de Saúde Suplementar no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG/Cedeplar, 2010. p. 23.

73 SANTACRUZ, Ruy. Regulação e Concentração no Mercado Brasileiro de Saúde Suplementar. In. FARINA, Laércio; GUIMARÃES, Denis Alves (Org.). *Concorrência e Regulação no Setor de Saúde Suplementar*. São Paulo: Singular, 2010. p. 131-138.

A regulação, como forma de proteção dos consumidores, assim como meio de garantir o equilíbrio econômico-financeiro das Operadoras, ainda pode ser considerada como um fenômeno incipiente neste campo. Trouxe com ela, juntamente com a legislação especial (lei nº 9.656/98), certamente muitas modificações cujos efeitos já são facilmente identificáveis. Todavia, os seus verdadeiros reflexos só serão percebidos nos próximos anos, quando o processo de consolidação das empresas do setor se concluir.

De qualquer forma, é possível afirmar que tanto os institutos da proteção da concorrência, bem como da regulação, têm, juntos, gerado efeitos positivos na proteção dos consumidores, com constante atuação tanto por parte do SBDC como da ANS, o que se espera que continue no futuro, de modo que a busca pelo máximo bem-estar permaneça.

2. CONCLUSÃO

A Saúde é um direito indispensável, sem o qual todos os demais direitos fundamentais, inclusive a vida, ficam esvaziados e sem sentido. No Brasil, a Carta Magna estabeleceu que a saúde deveria ser garantida de forma universal pelo Poder Público, através do Sistema Único de Saúde – SUS. Entretanto, este, por uma série de motivos, se mostra inegavelmente ineficiente e incapaz de atender às necessidades de todos os cidadãos. O SUS é hoje, em regra, sinônimo de falta de leitos, lentidão e filas de espera.

Já antecipando esta precariedade, a própria Constituição Federal de 1988 concedeu permissão para a iniciativa privada também contribuir com a efetivação da saúde, prevendo um Sistema de Saúde Suplementar ao serviço público, materializado nos contratos de planos de saúde e seguros-saúde.

Um cidadão, hoje, pode, desde que tenha os meios para tanto, se utilizar, em tese, de três formas de acesso à saúde: (I) a pública, através de estabelecimentos próprios do SUS ou por este credenciados; (II) a particular – sem convênios; e (III) a particular com convênios. No caso da primeira, já relatada a sua situação. Já a segunda, torna-se uma irrealdade para a grande maioria da população, notadamente em função dos altos custos que um médico/uma cirurgia/uma internação representa atualmente. A solução para muitos passa, portanto, indubitavelmente, pelos planos de saúde, nos quais o cidadão paga uma mensalidade que se adeque ao seu orçamento, de forma que, nas horas de necessidade, possa a ele recorrer e receber um serviço digno.

Destarte, a efetividade da saúde no Brasil, hoje, passa inequivocamente pela Saúde Suplementar e pelos planos de saúde. Neste contexto, torna-se imperiosa a busca pela proteção dos diversos e cada vez mais numerosos usuários deste sistema de saúde. Assim, haja vista que a relação estabelecida entre beneficiários e operadoras constitui inegável vínculo consumerista, ganham relevância institutos competentes para a proteção dos consumidores, como, por exemplo, a regulação e a concorrência.

Consoante se viu neste trabalho, ainda que incipiente, a atuação do SBDC, bem como da ANS, tem modificado as estruturas do setor, especialmente com a redução do número de operadoras, fato que pode ser atribuído, pelo menos em parte, à atuação e ao aumento de regras e exigências por parte dos referidos órgãos. Ainda assim, o que se verifica, conforme observado, é um alto grau de concentração, especialmente nos grandes centros urbanos, o que não significa, necessariamente, preocupação para os consumidores, posto que a consolidação de empresas consistentes, seguras e com bons recursos também é de seu interesse.

Com efeito, do ponto de vista dos beneficiários, não é possível, ainda, afirmar-se com certeza se este mercado está suficientemente protegido ou não, mas sim que, se comparado com o passado, significativas melhoras foram observadas, encontrando-se, os consumidores, indubitavelmente mais protegidos e seguros, conforme idealiza a Carta Magna.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. **Caderno de Informação da Saúde Suplementar**, set. 2011.

ANDRADE, M. V. *et al.* **Estrutura de mercado do setor de saúde suplementar no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG/Cedeplar, 2010.

ARAÚJO JR., J. T. de. Poder de mercado no setor de saúde suplementar. In: FARINA, L.; GUIMARÃES, D. A. (Org.). **Concorrência e regulação no setor de saúde suplementar**. São Paulo: Singular, 2010. p. 23-46.

AZEVEDO, P. F. de; ALMEIDA, S. F. de. **Poder compensatório**: organização horizontal na defesa da concorrência. Disponível em: <www.anpec.org.br/encontro2006/artigos/A06A175.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2012.

BADIA, B. D.; MARTINS, C. B.; PIRES, C. C. **Considerações sobre a concorrência no setor de saúde suplementar**. Disponível em: <<http://www.iess.org.br/html/TD20080011concorrncia.pdf>>. Acesso em: 22 jan. 2012.

BARBIERI FILHO, C. **Disciplina jurídica da concorrência**: abuso de poder econômico. São Paulo: Resenha Tributária, 1984.

BARRIONUEVO FILHO, A.; LUCINDA, C. R. de. Avaliação sobre concorrência e concentração em serviços de saúde: relações verticais e horizontais. In: FARINA, L.; GUIMARÃES, D. A. (Org.). **Concorrência e regulação no setor de saúde suplementar**. São Paulo: Singular, 2010. p. 47-108.

BRASIL. Decreto-Lei n. 73, de 21 de novembro de 1966. **Dispõe sobre o Sistema Nacional de Seguros Privados, regula as operações de seguros e resseguros e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0073.htm>. Acesso em: 30 maio 2016.

_____. Lei Federal n. 12.529, de 30 de novembro de 2011. **Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 30 maio 2016.

_____. 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: 30 maio 2016.

BRASIL. 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/L9656.htm>. Acesso em: 30 maio 2016.

_____. Lei Federal n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 30 maio 2016.

_____. Lei Federal n. 8.884, de 11 de junho de 1994. **Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm>. Acesso em: 30 maio 2016.

CALIENDO, P. **Direito tributário e análise econômica do Direito:** uma visão crítica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

CAMINHA, U.; LEAL, L. J. P. **Sistema brasileiro de defesa da concorrência e mercado de saúde suplementar.** Disponível em: <www.univali.br/periódicos>. Acesso em: 17 dez. 2011.

CAVALIERI FILHO, S. **Programa de direito do consumidor.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

COMPARATO, F. K. A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, v. 77. jan.-mar. 2007. p. 27-46.

DE MELLO, C. A. B. **Curso de Direito Administrativo.** 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

DEL'OLMO, F. de S. **Curso de Direito Internacional Privado.** 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FAGUNDES, J.; PONDÉ, J. L.; POSSAS, M. **Defesa da concorrência e regulação.** Disponível em: <http://www.ans.gov.br/portal/upload/forum_saude/forum_bibliografias/regulacaodomercado/CC3.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2011.

FERNANDES NETO, A. J. **Plano de saúde e direito do consumidor.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

FIGUEIREDO, L. V. **Curso de direito de saúde suplementar**: manual jurídico de planos e seguros de saúde. São Paulo: MP Editoria, 2006.

JUSTEN FILHO, M. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

KHOURI, P. R. R. A. **Direito do consumidor**: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARTINEZ, A. P. A proteção dos consumidores pelas normas concorrenciais. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: RT, v. 52, out.-dez. 2004. p. 7-36.

MATEUS, C. G. **Direitos fundamentais sociais e relações privadas**: o caso do direito à saúde na constituição brasileira de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MIRAGEM, B. **Curso de direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: RT, 2010.

MONTONE, J. **Planos de saúde**: passado e futuro. Rio de Janeiro: MedBook, 2009.

OCKÉ-REIS, C. O.; ANDREAZZI, M. de F. S. de; SILVEIRA, F. G. **O mercado de saúde no Brasil**: uma criação do Estado? Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/revista/pdfs/Ref_160-CarlosOctavioOcke-ReiseOutros.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2011

PASQUALOTTO, A. Fundamentalidade e efetividade da defesa do consumidor. **Revista de Direitos Fundamentais & Justiça**, Porto Alegre, n. 9, p. 66-100, out./dez. 2009.

PETTER, L. J. **Direito econômico**. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.

RODRIGUES, G. de A. A proteção ao consumidor como um direito fundamental. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: RT, v. 58, abr.-jun. 2006, p. 75-97.

SANTACRUZ, R. Regulação e concentração no mercado brasileiro de saúde suplementar. In. FARINA, L.; GUIMARÃES, D. A. (Org.). **Concorrência e regulação no setor de saúde suplementar**. São Paulo: Singular, 2010. p. 109-111. Neste mesmo sentido CALIENDO, P. **Direito tributário e análise econômica do Direito**: uma visão crítica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 109-168.

SCHUARTZ, L. F. **Fundamentos do Direito de defesa da concorrência moderno**. Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/grc/pdfs/fundamentos_do_direito_de_defesa_da_concorrencia_moderno.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2011.

SILVA, M. P. N.; MARTINS, C. B. **Considerações sobre a concorrência no setor de saúde suplementar – analisando o período 2006-2008**. Disponível em:

<<http://www.iess.org.br/html/TDIESS00282009Concorrncia0809.pdf>>. Acesso em: 22 jan. 2012.

TEIXEIRA, S. de F. A Proteção ao consumidor no sistema jurídico brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: RT, v. 60. out.-set. 2006. p. 7-36.

III PRÊMIO IESS DE PRODUÇÃO CIENTÍFICA EM SAÚDE SUPLEMENTAR (2013)

1º lugar

A BUSCA DA JUSTIÇA DISTRIBUTIVA NO JUDICIÁRIO POR MEIO DAS RELAÇÕES CONTRATUAIS: UMA ANÁLISE A PARTIR DOS PLANOS DE SAÚDE

Amanda Salis Guazzelli

Resumo da dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Direito.

RESUMO

A partir da Constituição Federal de 1988, são introduzidos novos contornos ao ordenamento jurídico brasileiro. O texto constitucional incorpora diversos direitos sociais e dá caráter normativo a princípios de justiça social. No direito privado, verifica-se, também, a introdução de um conteúdo social por meio da inserção de cláusulas gerais na legislação infraconstitucional, especialmente no que diz respeito aos contratos. Nesse novo quadro institucional, o Poder Judiciário passa a ocupar lugar de destaque, pois há um deslocamento de decisões políticas e sociais dos Poderes Legislativo e Executivo para o Judiciário. Observa-se um crescimento exponencial da judicialização de casos envolvendo os direitos sociais, principalmente no que tange a questões relacionadas à saúde. A judicialização tem atingido também as relações contratuais entre particulares. Todavia, nessa atuação do Judiciário, podem ser identificados problemas, como a forma de analisar a questão por parte dos julgadores e a falta de preocupação com os impactos produzidos por essas decisões na sociedade. Dentro desse contexto, o objetivo do presente artigo é, primeiramente, analisar empiricamente a forma como os ministros do Superior Tribunal de Justiça decidem conflitos contratuais no campo da saúde suplementar. E, a partir da sistematização de dados das decisões judiciais analisadas, empreender um esforço de reflexão crítica acerca dos argumentos utilizados pelos ministros do Superior Tribunal de Justiça, à luz, principalmente, da literatura de análise econômica do direito. Finalmente, pretende-se verificar se há alguma relação, ainda que hipotética, entre a forma de decidir dos juízes e possíveis efeitos socioeconômicos apontados pela doutrina.

1. INTRODUÇÃO

Nos últimos tempos tem-se verificado o deslocamento de decisões políticas e sociais dos Poderes Legislativo e Executivo para o Poder Judiciário. Esse fenômeno de “judicialização” das decisões possui múltiplas causas. No Brasil, pode-se dizer que a Constituição Federal de 1988 exerce papel central. Além de possuir um extenso rol de direitos sociais e de dar caráter normativo a princípios de justiça social, a Constituição garante a inafastabilidade da jurisdição sempre que houver ameaça ou lesão a direitos particulares¹ Sendo assim, não há matéria que, por sua natureza, seja, desde logo, vedada à apreciação do Judiciário.

Diversos tipos de conflitos são abarcados pela ideia de judicialização da política, como bem salienta Marcos Paulo Veríssimo² Ao presente trabalho, interessam dois dos problemas mencionados pelo autor, quais sejam: “a formulação de demandas buscando a efetivação judicial de direitos humanos de cunho social e econômico” inseridos na Constituição e “a introdução de uma racionalidade político-ideológica no discurso judicial, permeada por noções de justiça social ou por outras noções congêneres”.

A partir de 1988, com os novos contornos do quadro institucional brasileiro, em que o Judiciário passa a ocupar lugar de destaque, observa-se um crescimento exponencial de ações judiciais envolvendo os direitos sociais, principalmente no

1 Artigo 5º, inciso XXV.

2 O autor enumera os seguintes exemplos: “(i) a crescente interferência judicial em políticas públicas formuladas pelo executivo, (ii) a revisão de textos legais com fundamento em mecanismos diversos de controle de constitucionalidade das leis, (iii) a formulação de demandas buscando a efetivação judicial de direitos humanos de cunho social e econômico, inseridos em Constituições social-democratas e tratados internacionais, (iv) a introdução de uma racionalidade político-ideológica no discurso judicial, permeada por noções de justiça social ou por outras noções congêneres; (v) a organização de certas categorias ligadas aos setores judiciais em órgãos classistas, (vi) a adoção de procedimentos de tipo judicial em órgãos executivos e legislativos, (vii) a criação de instâncias supranacionais de resolução de conflitos e produção de políticas públicas etc.” (A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil: o processo judicial no pós-1998. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2006. p. 24).

que tange a questões relacionadas à saúde³. O tema não é novidade na saúde pública⁴.

Na presente pesquisa, porém, o tema será analisado sob um enfoque diferente. A judicialização tem atingido também as relações contratuais entre particulares. O debate sobre saúde, fortemente influenciado pelo direito constitucional à saúde, tem se expandido para o setor da assistência privada à saúde. E muitos juízes – assim como vários doutrinadores⁵ – têm acreditado que também a assistência privada é um meio para efetivação deste direito social.

Alia-se a essa situação a crescente indeterminação jurídica no nível legislativo, caracterizada pelo uso de expressões abertas e pela predileção por princípios. No campo do direito contratual, são inseridos contornos sociais, calçados, principalmente, nas cláusulas gerais que versam sobre a boa-fé objetiva, a função social do contrato e o equilíbrio econômico. Nesse contexto, ao concretizar os princípios, o intérprete/aplicador tem a função de delimitá-los e preenchê-los semanticamente. O que, muitas vezes, leva à introdução de uma racionalidade político-ideológica no discurso judicial, permeada pela noção de justiça social.

Como resultado – e aqui se chega à primeira hipótese de trabalho –, as ações entre particulares têm ganhado, no Judiciário, caráter distributivo. Em contraposição à justiça comutativa, a noção de justiça distributiva, aqui adotada, relaciona-se à redistribuição equânime de ônus, direitos, vantagens, riqueza e outros importantes bens e benefícios entre os membros da sociedade. Essa situação

-
- 3 Segundo estudo realizado por Florian Hoffmann e Fernando Bentes, antes de 2000, não eram ajuizadas, por ano, mais do que 200 ações relacionadas à saúde, tanto no setor público como no setor privado, em estados brasileiros mais desenvolvidos, como Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul. Esse número, todavia, passou a crescer vertiginosamente a partir de 2002, superando a marca de 1.600 ações propostas por ano em 2004, nesses mesmos estados. (Accountability for social justice: judicial enforcement of social and economic rights in Brazil. In: BRINKS, Daniel M. (Org.). *Courting social justice: judicial enforcement of social and economic rights in the developing world*. Cambridge University Press, 2008).
 - 4 Pode-se citar, a título exemplificativo: FARIA, José Eduardo (Org.) *Direito e Justiça: a função social do Judiciário*. São Paulo: Ática, 1989; FERRAZ, Octavio Luiz Motta; e VIEIRA, Fabiula Sulpino. *The right to health, public policies and inequalities in Brazil: equity as the fundamental principle*. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1137872>. Acesso em: 27 out. 2010.
 - 5 GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011; MARQUES, Cláudia Lima; SCHMITT, Cristiano Heineck. Visões sobre os planos de saúde privada e o Código de Defesa do Consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima; LOPES (Coord.). *Saúde e responsabilidade: seguros e planos de assistência à saúde*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

tende a ocorrer quando a disparidade econômica entre as partes é muito elevada. Litígios que envolvam, de um lado, um indivíduo e, de outro, uma empresa, passam a ser tratados muito mais como conflitos distributivistas do que como conflitos comutativos. O direito do trabalho e o direito do consumidor, por terem como pressuposto a desigualdade substantiva – principalmente econômica – entre sujeitos, são áreas bastante suscetíveis a tal situação.

Nos conflitos envolvendo relações contratuais de assistência privada à saúde, *os juízes tenderiam a agir de maneira voluntarista privilegiando a parte menos favorecida economicamente*. Ou seja, fundamentando-se no direito constitucional à saúde e em normas principiológicas do direito contratual, há uma busca pelo restabelecimento de um equilíbrio social, tirando-se de quem tem mais para dar a quem tem menos.

Entretanto, ao tentar agir com racionalidade distributiva, os juízes não atentam para as peculiaridades que esse tipo de atividade exige. E podem acabar provocando distorções distributivas, como, por exemplo, a elevação de preços a toda uma classe de consumidores. Questões distributivas implicam problemas poli-cêntricos e envolvem diversos atores. Não são problemas bipolares que envolvem, de forma antagônica, somente duas partes.

Assim, o grande desafio posto pelo sistema jurídico aberto surge no momento de sua aplicação. Na execução dessa tarefa, alguns elementos da ordem jurídica podem ser um entrave ao desenvolvimento, entre os quais estão a estrutura do processo tradicional, a ignorância dos juristas acerca do processo econômico, a crença exagerada no poder das normas e a retórica romântica e abstrata na defesa dos direitos humanos⁶. A visão sectária do operador, que por má-formação técnica ou por preconceito ideológico escolhe, dentro do arsenal da ordem legal apenas um de seus múltiplos e interdependentes princípios, também pode representar riscos⁷.

Nessa linha sustento, como segunda hipótese de trabalho, que *os juízes, de um modo geral, não levam em conta o conteúdo econômico do contrato em suas decisões, tampouco os efeitos socioeconômicos que podem ser por elas produzidos, de modo que, a partir de decisões judiciais, podem ocorrer efeitos contrários àqueles pretendidos pelos juízes, isto é, regressivos*.

6 BARRAL, Welber. *Direito e desenvolvimento: um modelo de análise*. In: BARRAL, Welber (Org.). *Direito e desenvolvimento: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento*. São Paulo: Singular, 2005. p. 52-55.

7 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e a função social*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 151.

Para testar as hipóteses enunciadas, o propósito desta pesquisa é valer-se do estudo empírico quantitativo e qualitativo de decisões judiciais, bem como de esforço crítico de reflexão, conforme método a seguir explicitado.

Diante da escassez de recurso humano e tempo para a realização do estudo, são imprescindíveis os recortes temáticos para análise do problema. Por isso, escolhi tratar das decisões judiciais que versem sobre a ampliação da cobertura assistencial contratualmente prevista em planos de saúde. Em segundo lugar, optei por examinar esta jurisprudência no Superior Tribunal de Justiça – STJ.

A decisão de realizar a pesquisa jurisprudencial no âmbito do STJ deve-se, essencialmente, ao fato de o STJ compor, juntamente com o Supremo Tribunal Federal – STF, a última instância do Poder Judiciário em nosso país. Sendo assim, o entendimento consolidado nesses tribunais acaba prevalecendo, seja pela reforma das decisões proferidas pelos tribunais inferiores, seja pela posterior conformação do posicionamento destes tribunais. Ressalte-se ademais que, ao fazer uma pesquisa preliminar junto ao *site* do STF, constatei que não foram julgadas ações entre usuários de planos de saúde e operadoras em seu mérito.

1.1 Método

O presente artigo foi desenvolvido em três etapas⁸. A primeira delas baseia-se em uma pesquisa de cunho quantitativo e descritivo, realizada a partir da análise de decisões judiciais proferidas pelo STJ que versem sobre cláusulas contratuais de planos de saúde que restrinjam ou limitem a cobertura assistencial. A pesquisa empírica tem três objetivos principais: (i) quantificar o universo de ações judiciais relacionadas à cobertura contratual nos planos de saúde no âmbito do STJ; (ii) descrever e analisar as principais situações levadas ao tribunal; (iii) sistematizar os argumentos, bem como a legislação utilizada pelos ministros ao decidir os litígios.

Mediante essa sistematização será possível responder a alguns dos questionamentos centrais deste estudo: *como o STJ tem decidido os litígios que versam sobre a cobertura contratual em planos de saúde? Há, nessas decisões, uma intenção distributiva, que leva à preferência por argumentos principiológicos de cunho social?*

Foram analisadas as ações julgadas pelo STJ no período compreendido entre a entrada em vigor da Lei nº 9.656/98, que regula os planos de saúde, e o final

8 A versão completa do estudo que originou o presente artigo pode ser encontrada no *site* do Instituto de Estudos de Saúde Suplementar: http://www.iess.org.br/cms/rep/amandadireito_sxkgp3pr.pdf.

do ano de 2010, ou seja, de 1º de janeiro de 1999 a 12 de dezembro de 2010. A pesquisa foi realizada no *site*⁹ do STJ, utilizando-se os termos “contrato”, “cobertura” e “plano de saúde” ou “seguro saúde”. Foram encontrados 91 acórdãos, dos quais 64 versavam sobre a restrição ou limitação da cobertura contratual em planos de saúde¹⁰.

Optei pela análise tanto dos recursos conhecidos quanto daqueles que não foram conhecidos. Isso porque, na justificativa do não conhecimento, os ministros do STJ acabam por manifestar o entendimento do Tribunal quanto ao mérito da questão. Assim, serão examinados tanto os recursos especiais e agravos de instrumento como os agravos regimentais.

Para análise e sistematização das decisões, foi aplicado questionário formulado a partir da observação de uma amostra da jurisprudência coletada e composto por quinze quesitos a respeito dessas decisões, quais sejam: (i) a turma julgadora do STJ; (ii) o ministro relator do acórdão; (iii) o estado onde se originou a demanda; (iv) a titularidade da ação, se individual ou coletiva; (v) a operadora de planos de saúde que figura como parte na ação judicial; (vi) a posição da operadora na demanda, se recorrente ou recorrida; (vii) a forma de contratação do plano de saúde, se individual/familiar ou coletiva; (viii) a data de contratação do plano de saúde, se anterior à entrada em vigor da Lei n. 9.656/98 ou posterior; (ix) a demanda de cobertura citada no acórdão; (x) se o contrato possuía ou não cláusula de exclusão ou limitação da cobertura assistencial; (xi) o resultado da ação no STJ, na segunda instância e na primeira instância; (xii) a principal legislação citada nos votos dos ministros; (xiii) se foi ou não citado precedente ou outra decisão; (xiv) os principais argumentos ou discursos trazidos nas decisões; e (xv) se o ministro faz qualquer menção à coletividade dos usuários e/ou aos efeitos coletivos que a demanda individual poderá causar.

Para o preenchimento mais completo do questionário, foi necessário, na maioria dos casos, coletar informações presentes nos acórdãos proferidos em segunda instância que deram origem às ações levadas ao STJ, já que, em geral, os relatórios contidos nos acórdãos do STJ mostraram-se bastante sucintos.

Na segunda parte do trabalho, realizei uma análise qualitativa dos discursos utilizados pelos magistrados, sempre em cotejo com os dados quantitativos obtidos. Esta parte do estudo tem como objetivo analisar criticamente os argumentos tra-

9 www.stj.jus.br.

10 Foram excluídos da análise demandas que versavam, exclusivamente, sobre dano moral, reajuste de preço, reembolso de despesas ao SUS, entre outros assuntos não relacionados ao tema da pesquisa.

zidos pelos ministros do STJ, valendo-me, principalmente, da literatura de análise econômica do direito¹¹, embora não pretenda ficar restrita a ela.

Por fim, a terceira e última parte do trabalho tem como propósito verificar se há alguma relação, ainda que hipotética, entre a forma de decidir dos juízes e possíveis efeitos socioeconômicos apontados pela doutrina, com o intuito de responder aos seguintes questionamentos: *em que medida a justiça distributiva pode ser buscada por meio de decisões judiciais pontuais, em especial aquelas atinentes a relações contratuais? É possível que haja efeitos regressivos a partir de decisões judiciais?*

2. A JURISPRUDÊNCIA NO STJ SOBRE COBERTURA CONTRATUAL EM PLANOS DE SAÚDE

A seguir, apresentarei os resultados quantitativos obtidos a partir da pesquisa empírica de coleta e sistematização dos acórdãos proferidos pelo STJ sobre a restrição ou limitação da cobertura contratual em planos de saúde, conforme o método detalhado na parte introdutória do presente trabalho.

2.1 Titularidade das Ações

O primeiro item analisado nos acórdãos foi a titularidade das ações, ou seja, se elas haviam sido ajuizadas individualmente por usuários dos planos de saúde, ou coletivamente por um dos entes legitimados¹². A grande maioria das deman-

11 A Análise Econômica do Direito (ou Direito e Economia) é uma escola de pensamento nascida em Chicago nos Estados Unidos da América, na década de 1960. As raízes teóricas encontram-se em trabalhos publicados por Guido Calabresi, Ronald Coase e Richard Posner. A disciplina tem por objetivo analisar e avaliar o papel das normas jurídicas e das decisões judiciais dentro do funcionamento dos mercados, por meio do estudo do impacto que elas causam no comportamento dos agentes econômicos e das repercussões que isso provoca, em busca do desenvolvimento de um novo ângulo de apreciação das relações jurídicas. O movimento de análise econômica do direito tem diversas correntes de interpretação, que convergem em relação ao instrumental analisado, mas divergem no tocante ao seu ponto de partida para aplicação desses instrumentos econômicos. Pode-se citar a Escola de Chicago, a Escola da Public Choice, os Institucionalistas, o Movimento dos Estudos Críticos, entre outras.

12 Conforme o art. 182 do Código de Defesa do Consumidor, são eles: (i) o Ministério Público; (ii) a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; (iii) as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos pelo

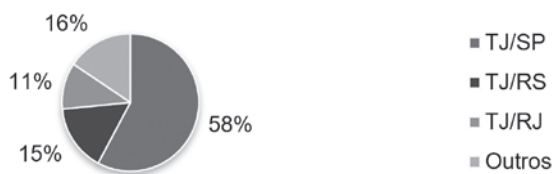
das propostas é individual. Foram identificadas apenas duas ações coletivas¹³, o que representa 3% do total analisado¹⁴.

O resultado das decisões aqui analisadas seguiu o padrão de decisão dos ministros do STJ, como se verá adiante, tendo sido favorável aos usuários.

2.2 Tribunal de Segunda Instância

No levantamento realizado quanto ao tribunal de segunda instância do qual se originaram os processos, foi identificada uma grande concentração em três tribunais estaduais: de São Paulo, do Rio Grande do Sul e do Rio de Janeiro, como se verifica no gráfico abaixo.

GRÁFICO 1 – Tribunal de 2ª Instância



Esses dados coadunam-se com pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA em pareceria com o Conselho Nacional de Justiça – CNJ acerca do acesso à justiça¹⁵. Conforme tal estudo, em estados como São Paulo,

código; e (iv) as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos pelo código, dispensada a autorização assemblear.

- 13 Trata-se de duas ações civis públicas: (i) Recurso Especial n. 535.447/RS, proposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, e (ii) Agravo de Instrumento n. 1.088.331/DF, proposto pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.
- 14 A constatação deste item assemelha-se ao resultado a que chegaram Hoffmann e Bentes no estudo mencionado acima. A partir da análise de decisões judiciais relacionadas à saúde – tanto no setor público quanto no setor privado – em quatro estados brasileiros (Bahia, Goiás, Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul), os pesquisadores apuraram que apenas 2% das ações eram coletivas. Em complemento, afirmam os autores que os tribunais têm sido mais abertos ao deferimento de pedidos individuais do que aos feitos de forma coletiva. Os juízes, segundo eles, teriam maior cautela ao conceder decisões com efeito erga omnes.
- 15 Agência CNJ de Notícias, 27 de setembro de 2010. Disponível em: <<http://wwwh.cnj.jus.br/portal/noticias/materias-relacionadas/96-noticias/9865-63-dos-conflitos-nao-chegam-a-justica-segundo-o-ipea>>. Acesso em: 24 nov. 2010.

Rio de Janeiro, Santa Catarina e Rio Grande do Sul, onde as pessoas possuem uma média de 7,5 anos de estudo e 19,5% da população está abaixo do nível de pobreza, o número de novas ações é 43% maior do que a média nacional¹⁶.

Nesse sentido, destaco também o perfil dos estados de São Paulo, Rio Grande do Sul e Rio de Janeiro na pesquisa “Contas Regionais do Brasil 2005–2009”, realizada pelo IBGE referente à estimativa do Produto Interno Bruto – PIB de cada Unidade da Federação. Os referidos estados estão entre os quatro com maior participação no PIB do Brasil em 2009, somando conjuntamente uma participação superior ao percentual de 50%¹⁷. Se analisarmos o PIB *per capita*, também, encontraremos os três estados nas cinco primeiras posições¹⁸.

Dessa forma, é possível afirmar que as ações relativas à cobertura contratual em planos de saúde que seguem para o STJ têm sua origem em estados que estão entre os de maior acesso à justiça. Outrossim, são estados, relativamente, mais ricos e cuja população possui, em média, maior instrução.

Outro fator que pode influenciar nesse resultado é a concentração de planos de saúde nesses estados. As regiões Sul e Sudeste, em conjunto, concentram, aproximadamente, 60% dos contratos firmados.

2.3 Operadoras Demandadas

Quanto às operadoras envolvidas nas demandas que chegam ao STJ, destacaram-se cinco delas¹⁹: as Unimed (27% dos casos), a Bradesco (25%), a Golden Cross (11%), a Amil (11%) e a Marítima (6%).

As ações sobre ampliação da cobertura contratual de planos de saúde, em razão da sua finalidade, são exclusivamente ajuizadas pelos usuários ou entes legitimados. Já os recursos ao STJ são interpostos na proporção aproximada de 50/50 por cada um dos polos. Ou seja, as operadoras aparecem como recorrentes na metade dos recursos e como recorridas na outra metade.

16 *Ibidem*.

17 No ano de 2009, a participação de São Paulo no PIB era de 33,5%; a do Rio de Janeiro, de 10,9% e a do Rio Grande do Sul, de 6,7%.

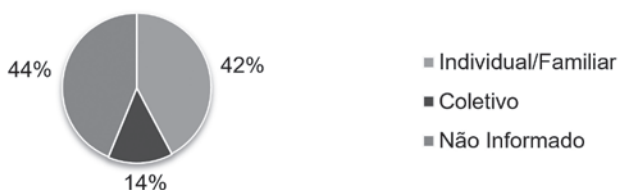
18 No ano de 2009, o PIB *per capita* de São Paulo era de R\$ 26.202,22; do Rio de Janeiro, de R\$ 22.102,22; e do Rio Grande do Sul, de R\$ 19.778,39.

19 Cabe salientar que foram agrupadas as operadoras pertencentes ao mesmo grupo econômico. Assim, por exemplo, as sociedades Bradesco Seguros S/A, Bradesco Saúde e Assistência S/A, Bradesco Saúde S/A e Banco Bradesco S/A foram todas designadas apenas como “Bradesco”. O mesmo foi feito em relação às Unimed.

2.4 Regime de Contratação dos Planos de Saúde

Não foi viável identificar o regime de contratação do plano de saúde objeto do litígio, ou seja, se o plano era individual/familiar ou coletivo²⁰, em 44% dos casos. Embora a distinção do regime de contratação implique também em regimes legais um pouco diferenciados, os ministros parecem, de uma forma geral, não valorizar esse dado. Dentre as ações em que foi possível identificar a forma de contratação, a maior parte refere-se a planos individuais/familiares, conforme gráfico abaixo:

GRÁFICO 2 – Forma de Contratação do Plano de Saúde



Segundo dados publicados pela ANS²¹, em junho de 2012, aproximadamente 21% dos contratos de planos de saúde vigentes correspondiam a planos individuais, ao passo que, mais de 77% dos contratos referiam-se a planos coletivos. Percebe-se, destarte, que há uma proporção inversa entre o regime de contratação dos planos vigentes e o regime de contratação daqueles submetidos ao julgamento dos ministros do STJ envolvendo a ampliação da cobertura contratual.

Ao longo dos últimos anos, tem sido notada uma tendência voltada à redução da oferta de planos individuais. Algumas operadoras, inclusive, não ofertam mais este regime de contratação. Além disso, percebe-se grande variação entre as mensalidades cobradas nos planos individuais e nos planos coletivos.

As declarações feitas por Edson de Godoy Bueno, presidente da Amil, em entrevista concedida à Revista Veja, em outubro de 2012, mostram a insatisfação dos administradores das operadoras com a legislação e decisões judiciais conferidas aos planos individuais:

20 Foram designados “coletivo” tanto os planos coletivos empresariais quanto os planos coletivos por adesão.

21 ANS. *Caderno de Informações da Saúde Suplementar*. junho/2012.

o problema mesmo está nos planos individuais. Quem não vende plano individual não tem problema de atendimento. A legislação no Brasil é feita de tal maneira que dá ganho de causa a alguém que se interna em um hospital e, fraudulentamente, pede ao médico uma guia com data de dois dias antes. Os planos pagam essas despesas. A quantidade de liminares e fraudes nesse ramo é uma loucura. A Amil é campeã de reclamações simplesmente porque é a maior. Se o panorama legal não mudar, poderemos até deixar de vender planos individuais²².

Não é possível estabelecer uma relação causa/consequência entre a aparente diminuição na oferta de planos individuais e a maior intensidade de judicialização deste tipo de contrato. Recorrentemente, os autores vinculam esse evento à diferenciação entre a regulação despendida aos planos individuais e aos planos coletivos, uma vez que as regras impostas àqueles são bem mais estritas²³. Com efeito, a regulação provavelmente gera um grande impacto sobre as estratégias adotadas pelos agentes econômicos. Todavia, diante dos resultados apresentados nesta pesquisa, o intenso questionamento judicial a que são submetidos os contratos individuais parece ser uma hipótese bastante congruente para explicar, ao menos em parte, o desinteresse das operadoras.

2.5 Data de Contratação dos Planos

Atualmente, há no mercado planos de saúde submetidos a diferentes regimes legais, em função da sua data de contratação, razão pela qual esse dado foi analisado na presente pesquisa. Em observância ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito protegidos constitucionalmente, faz-se necessário distinguir os contratos celebrados antes do início da vigência da Lei n. 9.656/98 (planos antigos) daqueles firmados já sob a égide desta (planos novos)²⁴.

Há apenas uma pequena parcela de planos novos sendo discutida no STJ, 3% do total analisado. A maioria das ações, correspondente a 74% do total analisado, refere-se a planos antigos.

22 Revista Veja, Seção Entrevista, edição n. 2293, 31.10.2012.

23 Por exemplo, as normas quanto a reajustes anuais dos preços, reajustes por sinistralidade e rescisão unilateral do contrato são mais flexíveis para os planos coletivos.

24 A obrigatoriedade de oferta exclusiva, por parte das operadoras, de planos novos, deu-se somente a partir de 1º de janeiro de 1999. No período compreendido entre a data de entrada em vigor da Lei n. 9.656/98 (2 de setembro de 1998) e o dia 1º de janeiro de 1999, foi permitida a comercialização de ambos os tipos de plano, os antigos e os novos. Por essa razão, adotei a data de 1º de janeiro de 1999 como parâmetro para distinção das datas de contratação dos planos em litígio. Assim, os planos firmados em data anterior a 1º de janeiro de 1999 correspondem aos planos antigos, e os planos celebrados em data posterior a 2 de janeiro de 1999 correspondem aos planos novos.

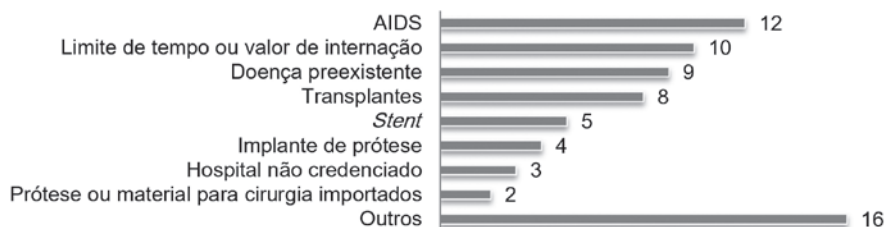
É possível especular sobre, pelo menos, dois motivos para tanto: (i) considerando o tempo de tramitação dos processos judiciais no Brasil e o tempo em que está em vigor a Lei n. 9.656/98²⁵, pode ainda não ter havido tempo hábil para as ações judiciais acerca da cobertura contratual de planos novos chegarem ao STJ; e/ou (ii) a regulação do setor da saúde suplementar pela Lei n. 9.656/98 pode estar reduzindo os conflitos sobre cobertura contratual entre operadoras e usuários, uma vez que, tendo sido ampliada a cobertura mínima obrigatória aos planos de saúde, estes são ajustados já em sua formação para abarcar os respectivos serviços e doenças e esses deixam de ser objeto de discussões.

Destaco, ainda, que, em um número expressivo de acórdãos (23% do total analisado)²⁶, não foi mencionada a data de contratação do plano. O que demonstra que, em um número relevante de decisões, não foi realizada uma análise prévia do regime legal aplicável em razão da data de contratação do plano de saúde.

2.6 Cobertura Contratual Demandada

O objeto das questões levadas a juízo é bastante variado. Os acórdãos versam sobre a recusa de cobertura tanto de doenças quanto de procedimentos específicos. Em alguns deles, são discutidos dois tipos distintos de cobertura contratual, com julgamentos também distintos. Por essa razão, o número total de demandas mencionadas no gráfico 3 supera a quantidade de acórdãos analisados.

GRÁFICO 3 – Principais Coberturas Contratuais Demandadas



25 Considerando-se o período de análise da presente pesquisa empírica, onze anos.

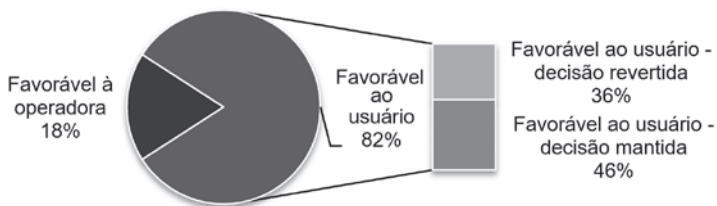
26 Considerando-se aqui as informações obtidas tanto nos acórdãos do STJ como nos respectivos acórdãos do tribunal originário de segunda instância.

2.7 Resultado das Ações

Os acórdãos no STJ tiveram, em sua maioria, decisão favorável aos usuários de planos de saúde. Em 82% das demandas, a decisão lhes foi favorável, sendo que, em 46% delas, foi mantida a decisão favorável proferida no tribunal de origem e, em 36%, a decisão do tribunal foi revertida a favor do usuário.

Já as decisões favoráveis às operadoras correspondem a 18% do total analisado, sendo que, na quase totalidade das decisões favoráveis às operadoras, foi mantido o resultado de segunda instância. Apenas em um caso a decisão favorável ao usuário em segundo grau foi revertida em favor da operadora no STJ²⁷.

GRÁFICO 4 – Resultado no STJ



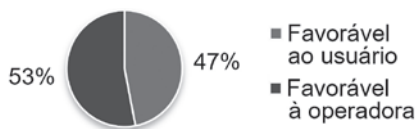
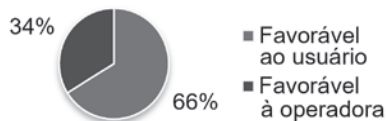
Foi, também, traçado o resultado das ações que compuseram a presente pesquisa em segunda e primeira instâncias. Como se observa nos gráficos 5 e 6, os juízes de primeira instância foram, em sua grande maioria, mais sensíveis aos pedidos dos usuários; ao passo que os tribunais de segunda instância foram, majoritariamente, favoráveis às operadoras²⁸.

2.8 Fundamentação das Decisões

No que tange à fundamentação das decisões pelos ministros do STJ, analisei separadamente dois quesitos, sendo o primeiro deles a legislação citada durante

27 Ressalta-se que, em relação aos acórdãos que tratavam de mais de uma cobertura contratual, foi considerado o resultado para cada uma das coberturas citadas.

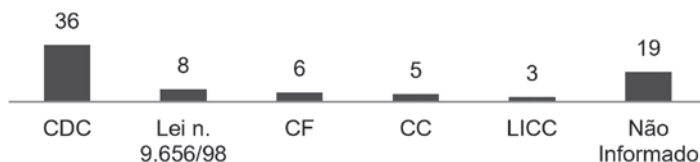
28 Observo, entretanto, que em pesquisas realizadas diretamente em tribunais de segunda instância, o resultado é contrário. Na pesquisa realizada por Mário Scheffer, no Tribunal de Justiça de São Paulo, o êxito dos consumidores foi próximo a 75%. Na pesquisa realizada pela Unimed de Belo Horizonte, nos Tribunais de Justiça de Minas Gerais, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e São Paulo há uma média de 86% de decisões favoráveis aos consumidores. Uma explicação plausível para a discrepância dos resultados seria o fato de os usuários recorrerem mais ao STJ do que as operadoras.

GRÁFICO 5 – Resultado em 2ª Instância**GRÁFICO 6 – Resultado em 1ª Instância**

o voto como aplicável ao caso e o segundo os argumentos substantivos, em si, desenvolvidos pelos magistrados.

2.8.1 Legislação citada

Para computar a base legal utilizada nas decisões, foi considerada a citação expressa do diploma legislativo nos votos que embasaram o resultado do julgamento. Assim sendo, não foram considerados os votos vencidos. Salienta-se que, em algumas decisões, foi mencionada mais de uma lei, ao passo que, em outras, não foi citada qualquer legislação.

GRÁFICO 7 – Legislação Citada

Destacadamente, o Código de Defesa do Consumidor foi a legislação mais citada, isoladamente ou em conjunto com outros diplomas. A possível explicação para tanto, além da indiscutível caracterização da relação de consumo entre operadora e usuário, é a data de contratação dos planos questionados judicialmente. Como apontado acima, pelo menos 74% das ações versavam sobre planos antigos. Nestes casos, a aplicação da Lei n. 9.656/98 é, via de regra, afastada.

2.8.2 Argumentos substantivos ou discursos utilizados

Dentre os acórdãos analisados, 89% possuíam menção à existência de cláusula expressa, no contrato de plano de saúde, estipulando a exclusão da cobertura assistencial pleiteada. Fica claro, assim, que as discussões em juízo não versavam sobre a existência ou não de cláusula contratual limitando a cobertura, mas sim sobre a sua validade, interpretação e o cumprimento de deveres correlatos.

Como apontado acima, a resposta dada a esses questionamentos pelos ministros, na maior parte dos casos, foi favorável ao usuário. Da leitura dos acórdãos, é possível constatar que os discursos ou argumentos utilizados pelos magistrados para fundamentar suas decisões repetem-se²⁹. Dessa forma, foi-me permitido criar frases núcleos para identificação do argumento utilizado.

Foram relacionados, no Gráfico 8, os argumentos empregados em, pelo menos, dois acórdãos distintos. A maior parte dos acórdãos possuía mais de um discurso argumentativo.

Da análise dos argumentos reproduzidos acima, denota-se que alguns são mais genéricos³⁰, podendo ser aplicados em casos de naturezas diversas, independente da data de contratação do plano ou da cobertura demandada; à medida que outros são específicos, empregados conforme a data de contratação ou cobertura contratual demandada³¹.

O argumento mais recorrente em favor dos consumidores é a declaração de abusividade da cláusula em discussão. Ela é verificada em quase 50% dos casos. Isso acontece porque este argumento vem quase sempre acompanhado de outros argumentos também genéricos ou mais específicos, sendo, usualmente, a conclusão do raciocínio feito pelos magistrados.

Quanto aos argumentos utilizados nas decisões favoráveis às operadoras, relacionei, no Gráfico 9, todos os argumentos identificados, inclusive aqueles que apareceram em um só acórdão, em razão do número reduzido. Os seguintes argumentos incluídos no questionário aplicado não foram localizados em nenhum dos acórdãos examinados: (i) médico e/ou hospital não credenciado; (ii) vantagem excessiva ao usuário ou enriquecimento ilícito do usuário; e (iii) prejuízo aos demais usuários.

29 Em 73% dos acórdãos examinados, os ministros do STJ citam precedentes da própria Corte na fundamentação das decisões.

30 “Súmulas n. 5 e/ou 7 do STJ” (afastamento de jurisdição); “proteção ao direito à vida e/ou à saúde” (princípio constitucional); e “cláusula abusiva”, “interpretação de cláusulas contratuais de maneira mais favorável ao consumidor”, “cláusula limitativa de direito não redigida de forma clara ou em destaque”, “cláusula restritiva que atribui vantagem exagerada à operadora” e “o usuário não tem compreensão exata do significado ou da extensão da cláusula” (nulidade da cláusula contratual).

31 “Contrato de trato sucessivo” (contrato antigo); “operadora não realizou exame pré-admissional” e “operadora não comprovou má-fé e/ou conhecimento de doença preexistente pelo consumidor” (doença preexistente); “se há cobertura contratual da doença, não pode haver a exclusão de procedimento” e “a decisão sobre o procedimento cabe exclusivamente ao médico / o conselho técnico da operadora não é competente para excluir procedimento e/ou material” (procedimentos); e “prótese ou material acessório à cirurgia autorizada” (implantação de prótese ou *stent*).

GRÁFICO 8 – Argumentos favoráveis aos usuários



GRÁFICO 9 – Argumentos favoráveis às operadoras



Ressalta-se, por fim, que, quanto ao último quesito do questionário aplicado às decisões, que versava sobre o seguinte questionamento: *o ministro faz qualquer menção à coletividade dos usuários e/ou aos efeitos coletivos que a demanda individual poderá causar?*, apenas em seis acórdãos, isto é, 9% do total analisado, a resposta foi positiva, sendo que dois deles se referiam a ações civis públicas.

3. ANÁLISE CRÍTICA DOS ARGUMENTOS DOS MINISTROS DO STJ

A pesquisa empírica quantitativa permitiu que fosse testada – e confirmada – parte das hipóteses de trabalho, a partir da compreensão do modo de decidir no STJ. Traçando um perfil com base nos resultados obtidos, pode-se dizer que, em geral, as ações sobre cobertura contratual em planos de saúde que chegam ao STJ são propostas individualmente e têm sua origem nos estados situados entre os mais ricos do País. Elas versam, majoritariamente, sobre planos individuais/familiares contratados antes da entrada em vigor da Lei n. 9.656/98 e pleiteiam, prioritariamente, (i) a cobertura da AIDS e complicações decorrentes, (ii) a cobertura ilimitada de tempo ou valor de internação hospitalar, (iii) a cobertura de doenças preexistentes e (iv) a cobertura de transplantes pelas operadoras.

Os ministros do STJ julgam as ações, predominantemente, a favor dos usuários dos planos de saúde, lançando mão do Código de Defesa do Consumidor e fundamentando sua decisão, geralmente, com base na combinação do argumento de abusividade da cláusula contratual com algum dos outros argumentos apontados no Gráfico 8, acima. O que se pode observar é que, frequentemente, a argumentação é abstrata, desvinculada do caso concreto, e são repetidos os argumentos de decisões precedentes que tratam de situações fáticas bastante diversas.

Vale mencionar que, em apenas 9% dos acórdãos analisados, foi feita alguma menção à coletividade dos usuários e/ou aos efeitos coletivos que a demanda individual poderia acarretar a toda classe de consumidores, sendo que, em apenas um destes acórdãos, as referidas considerações não foram feitas em voto vencido.

Para atingir os objetivos do presente estudo e reforçar as conclusões até aqui obtidas, é importante fazer uma análise qualitativa dos principais discursos utilizados pelos magistrados. Portanto, passarei a analisar criticamente os argumentos trazidos pelos ministros do STJ em suas decisões.

3.1 Direito à Saúde do Consumidor *versus* Interesse Patrimonial da Operadora

Um dos discursos recorrentes na argumentação dos ministros é a contraposição entre o direito à vida e/ou à saúde do usuário e o direito ao lucro da operadora³². Cria-se uma problemática contrariedade entre (a) o direito à *saúde* constitucionalmente assegurado a todos; e (b) o interesse patrimonial da seguradora de obtenção de lucro. Logo, nessa linha de raciocínio, o lucro das empresas deveria ser assegurado somente se garantida aos consumidores a saúde por inteiro.

Em realidade, parece-me que há uma simplificação de diversos problemas que incidem sobre a questão, tais quais: quem deve custear a saúde? A quem cabe o dever de prestação integral à saúde? Essa obrigação pode ser transferida ao particular quando este presta, suplementarmente, assistência à saúde? Sendo a assistência à saúde uma atividade de interesse público, quais são os limites que lhe impõe a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional?

O que se vê, porém, é a simples sobreposição de direitos sociais a direitos individuais, especialmente os civis. Como salientado pela Ministra Nancy Andrighi no acórdão do Recurso Especial n. 1.053.810/SP, “de um lado a saúde do quase moribundo; de outro o lucro da empresa seguradora”. Colocado dessa forma, poucas dúvidas restam sobre o que deve ser priorizado. No entanto, a verdadeira tensão está entre o direito à saúde de um indivíduo *versus* o direito de tantos outros à sustentabilidade da operadora que também lhes oferece assistência e à manutenção dos preços praticados.

Especificamente, o caso que culminou na decisão acima se refere a uma ação proposta por um consumidor pleiteando que a operadora assumisse os custos de US\$ 967.218,75 referentes a um transplante de fígado, realizado em 1998, em um hospital situado em Miami, nos Estados Unidos. Como salienta o próprio acórdão, a exclusão do transplante de fígado estava contratualmente prevista,

32 Como se denota do seguinte trecho retirado da ementa do Recurso Especial n. 1.053.810/SP, relatado pela Ministra Nancy Andrighi: “– A saúde é um direito social constitucionalmente assegurado a todos (...). – O interesse patrimonial da seguradora de obtenção de lucro, deve ser resguardado, por se tratar de um direito que lhe assiste (...) desde que receba o segurado o tratamento adequado com o procedimento médico ou cirúrgico necessário, que possibilite a garantia da saúde por inteiro (...). – Assegure-se o lucro, desde que assumidos os riscos inerentes à tutela da saúde, tais como expostos na Constituição Federal (...). – Com vistas à necessidade de se conferir maior efetividade ao direito integral à cobertura de proteção à saúde (...) deve ser invalidada a cláusula de exclusão de transplante do contrato de seguro-saúde (...) procedimento que, ademais, foi utilizado para salvar-lhe a vida, bem mais elevado no plano não só jurídico, como também metajurídico”.

em cláusula redigida de forma expressa e suficientemente clara. Observa-se, ademais, que se tratava de um plano antigo, razão pela qual não havia à época qualquer restrição à exclusão contratual de cobertura assistencial. A despeito disso, não é despidendo registrar que a própria Lei n. 9.656/98 expressamente autoriza a exclusão, em planos de saúde, da cobertura de transplante de órgãos, que não o de rins e o de córneas³³. Assim, creio que a questão que se coloca é: a imposição à operadora do ônus de ressarcimento de U\$ 967.218,75, pode refletir na sustentabilidade da operadora e/ou no preço das contribuições cobradas por esta dos demais consumidores? Se sim, esses efeitos são desejáveis?

3.2 Transferência das Obrigações do Estado à Iniciativa Privada no Setor da Saúde Suplementar

Relacionado ao argumento precedente, outro argumento que aparece, frequentemente, é o direito dos segurados ao atendimento integral à saúde. Segundo essa linha de raciocínio, ao optar por prestar serviços de assistência à saúde, o particular substitui-se ao Estado, devendo oferecer ao usuário cobertura ampla, geral e irrestrita³⁴.

Tem-se aqui uma interpretação extensiva do texto constitucional, pois, como se desprende da leitura dos artigos em questão³⁵, não há dúvidas de que o texto refere-se ao Estado. Às pessoas físicas ou jurídicas de direito privado, o texto restringe-se a possibilitar a atuação voluntária em caráter complementar, dentro dos parâmetros legais, não lhes impondo à aplicação do princípio da integralidade. Tampouco a Lei n. 9.656/98 possui disposição nesse sentido. Portanto, ainda

33 Artigo 10, § 4º, da Lei 9.656/98 c/c artigo 5º da Resolução CONSU n. 10.

34 A título ilustrativo, seguem trechos extraídos do voto condutor do Recurso Especial n. 1.053.810/SP, proferido pela Ministra Nancy Andrighi: “Ao propor um seguro saúde, a empresa privada está substituindo o Estado e assumindo perante o segurado as garantias previstas no texto constitucional”.

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

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

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

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

que seja uma atividade com relevância pública, a saúde suplementar submete-se precipuamente às regras gerais do direito privado. Apenas seis votos fazem considerações nesse sentido; porém, apenas um deles não é voto vencido³⁶.

Há que se considerar, ainda, que sequer à saúde pública é viável ofertar cobertura integral. O princípio da integralidade é delimitado diante da escassez de recursos, garantindo-se a cobertura, mas não qualquer cobertura e a qualquer custo. Nessa perspectiva, tão profundas foram as implicações dessa argumentação na judicialização da saúde pública que se desenvolveu a teoria da reserva do possível³⁷, a qual passou a ser aceita, em certa medida, nos tribunais.

Não é incomum, também, alguns ministros afastarem cláusulas contratuais alegando que o usuário não pode controlar as doenças que lhe acometerão ao longo da vida, tampouco o tempo ou procedimentos que serão necessários no tratamento³⁸. Esclarece-se, todavia, que, quando se fala em excluir doença e/ou procedimento da cobertura do plano de saúde, não se pretende dizer que a doença não vá ocorrer ou o procedimento não será necessário, mas, em realidade, se está regulando a distribuição do custo social de ocorrência desses eventos. Se a doença e/ou procedimento serão incluídos na cobertura contratual e, portanto, financiados pela coletividade que compõe o fundo mútuo do plano, ou se eles não integrarão a cobertura contratual, devendo o indivíduo arcar com os custos na hipótese de ocorrência da doença ou necessidade do procedimento.

36 Trata-se do voto do Ministro Aldir Passarinho Junior, no REsp n. 242.550/SP. Colaciono a seguir parte da ementa extraída do acórdão: “I. Constitui dever do Estado proporcionar amplo e eficaz atendimento à população na área da saúde, (...) custeada por intermédio de impostos e contribuições fiscais. II. De outra parte, a seguridade privada, proporcionada mediante participação voluntária em planos de saúde oferecidos pela rede particular, há que se conformar às regras do contrato, porquanto tais serviços são resultado de uma contraprestação financeira necessária ao equilíbrio econômico da avença, viabilizadora da própria higidez e continuidade da assistência em comento. III. Destarte, (...) válidas são as limitações impostas nos contratos (...) se a opção espontânea do contratante se fez por plano de menor custeio, em comparação com outros, da mesma ou de outras entidades, mais abrangentes”.

37 Sobre o tema: AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*. São Paulo: Renovar, 2001; SCAFF, Fernando Facury. *Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos*. Interesse Público, Belo Horizonte, v. 7, n. 32, jun., 2005; WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. *Revista Direito GV*, n. 8, jul.-dez. 2008. p. 539-568.

38 Veja-se, por exemplo, o trecho extraído do acórdão do REsp n. 538.279/SP: “Ora, não é razoável permitir que, em um contrato, que tem como principal objetivo assegurar a saúde, entenda-se possível excluir esse ou aquele procedimento ou doença, porquanto o consumidor não é senhor das enfermidades que irá apresentar ao longo da vida”.

3.3 Doenças Preexistentes

A jurisprudência³⁹ criou teoria bem específica quanto à cobertura de doenças adquiridas pelo usuário anteriormente à contratação do plano. Para que a exclusão fosse reconhecida como válida pelo STJ, a operadora deveria comprovar de forma inequívoca que o consumidor agiu com má-fé no sentido de omitir a doença no momento da contratação. Para tanto, foram criados três requisitos cujo ônus da comprovação cabe à operadora: (i) a realização de exame pré-admissional no usuário; (ii) o conhecimento pelo usuário da patologia preexistente; e/ou (iii) a má-fé do usuário em omitir a doença preexistente⁴⁰.

Em regra, as operadoras não realizam exames admissionais em todos os consumidores que intencionam contratar plano de saúde em decorrência do alto custo que tal conduta implicaria. Normalmente, aplica-se apenas um questionário ao consumidor. Além disso, dificilmente a operadora tem acesso a fichas de histórico médico dos usuários. Em consonância, tem-se que o resultado no STJ de todas as ações envolvendo doenças preexistentes foi favorável aos usuários.

Todavia, cabe destacar que, mesmo em dois julgados⁴¹, nos quais restou incontroversa a comprovação de que os usuários tinham prévio conhecimento da doença e a omitiram, deliberadamente, no momento da contratação do plano, ainda que estes fossem claros quanto à exclusão de doenças preexistentes, conforme mencionado nos próprios acórdãos, os ministros julgaram procedentes os pedidos de cobertura assistencial⁴².

Ou seja, o fato de o consumidor, deliberadamente, omitir da operadora contratante doença que já possui – o que, possivelmente, influiria no valor do prêmio a ser pago, já que a probabilidade de ocorrência de sinistro aumenta – não tem qualquer relevância. Por outro lado, a operadora que nega cobertura assistencial em decorrência de previsão contratual e de omissão do usuário quanto às suas

39 REsp 229.078/SP, REsp 244.841/SP, REsp 234.219/SP, REsp 311.830/SP, REsp 334.258/RJ, REsp 263.564/SP, REsp 973.265/SP, REsp 1.080.973/SP e REsp 1.066.718/GO.

40 A teoria desenvolvida no âmbito jurisprudencial foi abraçada pela Lei n. 9.656/98, em seu artigo 11.

41 Trata-se do Recurso Especial n. 234.219/SP, relatado pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar, e do Recurso Especial n. 1.080.973/SP, relatado pela Ministra Nancy Andrighi.

42 O primeiro recurso foi julgado procedente em razão da não realização do exame prévio. Já fundamentação do segundo acórdão é mais curiosa. A Ministra Nancy Andrighi consubstanciou seu voto em uma regra por ela formulada a partir de alguns precedentes, denominada “omissão relevante”. Segundo a qual, a omissão do segurado quanto à doença deve ser relevante e não haveria relevância se a doença não se manifesta por longo período de adimplemento do contrato. Ela segue afirmando que a ratio da referida regra está na Lei n. 9.656/98 e, embora esta não incida sobre o contrato, pode-se extrair do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor a mesma conclusão.

condições de saúde age “de forma abusiva e em contrariedade à boa-fé objetiva”. Assim, não é suficiente que a operadora produza provas no processo judicial que alcancem o mesmo fim do exame pré-admissional, ela é “punida” por não ter feito algo que lhe caracteriza um ônus, e não um dever, uma vez que aproveitara somente à operadora.

Esse tipo de decisão pode trazer como consequência o incentivo à omissão, por parte do consumidor, de informações relevantes para o cálculo da contraprestação a ser paga e, conseqüentemente, do equilíbrio do contrato. A falta de simetria informacional é um problema que atinge os planos de saúde e pode majorar seu preço. Com a elevação do preço, as pessoas que estão sujeitas a menor probabilidade de ocorrência do sinistro desinteressam-se pela contratação do seguro. Como efeito, segue-se um novo aumento de preços, já que a “falta de oxigenação” no grupo de segurados – ou seja, o reduzido número de pessoas de baixo risco – levará a um aumento da probabilidade de ocorrência de sinistros.

3.4 Planos Antigos: o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a possibilidade de adaptação

Em tese, os planos antigos não estariam submetidos à regulamentação da Lei n. 9.656/98⁴³. O STF, em sede cautelar, suspendeu a eficácia do artigo 35-E da Lei n. 9.656/98, que estendia aos contratos antigos a regulamentação da lei, uma vez que o dispositivo violava o direito adquirido e o ato jurídico perfeito⁴⁴.

Embora grande parte dos acórdãos examinados em que surge essa questão afaste expressamente a aplicação da Lei n. 9.656/98, verificou-se que, em seis acórdãos acerca de contratos antigos, a referida lei foi citada como fundamentação da decisão. Destes acórdãos, dois tiveram decisão favorável à operadora e quatro, ao usuário. Nos acórdãos favoráveis às operadoras, a exclusão contratual foi considerada válida com base nas hipóteses de exclusão previstas na Lei n. 9.656/98. Já nos acórdãos favoráveis aos usuários, fundamentou-se a aplicação da Lei n. 9.656/98, com base na teoria do contrato de trato sucessivo⁴⁵.

43 Conforme determina o artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, a lei não prejudicará o direito adquirido, tampouco o ato jurídico perfeito.

44 Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1931-8/DF. Interessante notar que nenhum dos acórdãos do STJ faz menção à referida ação.

45 Assim o fez, por exemplo, o Ministro Aldir Passarinho Júnior no REsp n. 700.100/RS: “A alegada retroatividade da Lei 9.656/98 é impertinente à espécie, porquanto se trata de contrato de trato sucessivo e renovação continuada, ao que se aplica às disposições do novo diploma aos fatos ocorridos sob sua vigência, mormente se nada dá conta nos autos de que o contrato em questão não foi adaptado ao regime na lei de 1998”.

Entretanto, a teoria do contrato de trato sucessivo foi aplicada com maior frequência para justificar a aplicação das regras contidas no Código de Defesa do Consumidor aos contratos firmados antes do início de sua vigência⁴⁶.

Um ponto que considero mais delicado nos litígios que envolvem contratos antigos – ou seja, pelo menos, 74% dos casos analisados – é a falta de importância dada à adaptação do contrato à Lei n. 9.656/98⁴⁷. Somente em seis acórdãos há menção à questão da adaptação, sendo que em apenas um deles ela é considerada relevante para o deslinde da ação. Nos demais, ou é apenas citada a não adaptação no relatório do acórdão ou é expressamente mencionada sua irrelevância⁴⁸.

A jurisprudência, ao ter como irrelevante a adaptação dos planos antigos e tratar estes sob as mesmas regras dos planos novos, atenta contra a isonomia dos consumidores. Com a ampliação da cobertura contratual pela Lei n. 9.656/98, foi necessário às operadoras ajustarem os valores cobrados dos usuários dos planos novos e dos adaptados para, assim, manter-se o equilíbrio contratual. Portanto, os consumidores que optaram pela não adaptação do plano antigo não arcaram com tais custos.

46 Conforme se depreende da leitura de parte da ementa do REsp n. 735.168/RJ: “Embora o CDC não retroaja para alcançar efeitos presentes e futuros de contratos celebrados anteriormente à sua vigência, a legislação consumerista regula os efeitos presentes de contratos de trato sucessivo e que, por isso, foram renovados já no período de sua vigência”.

47 Diante da bipartição do regime legal aplicável aos planos de saúde com a publicação da Lei n. 9.656/98 (planos antigos e planos novos), foi criado o mecanismo da adaptação dos contratos à Lei n. 9.656/98, possibilitando, de um lado, a migração dos planos antigos, e, conseqüentemente, da tutela de seus usuários, para a nova regulamentação e, de outro, a readequação financeira dos produtos pelas operadoras, em razão das novas obrigações que deveriam ser assumidas. As operadoras tinham o dever de ofertar a adaptação do plano aos usuários. Estes, contudo, tinham a prerrogativa de aceitá-la ou não. A adaptação do contrato implica, em geral, no aumento da contraprestação paga pelo usuário, o que é permitido pela lei desde que guarde proporção com a cobertura adicional ofertada. Mantém-se, assim, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. A despeito das tentativas de incentivo da ANS para migração de todos os planos antigos para o atual regime jurídico, ainda há um número considerável de contratos de planos antigos vigendo. Conforme dados da ANS, em junho de 2012, 84% dos planos vigentes eram planos antigos.

48 Como exemplo, tem-se o fragmentado extraído do voto da Ministra Nancy Andrighi no REsp n. 1.106.789/RJ: “Apenas para que se evite eventual alegação de omissão, saliente-se que as considerações do acórdão recorrido a respeito da ausência de adaptação do contrato da recorrente às disposições da Lei nº 9.656/98 – que prevê expressamente a cobertura para a cirurgia de redução de estômago – é ponto irrelevante...”.

Ademais, sendo prerrogativa dos usuários aceitar ou não a adaptação do plano, as decisões judiciais geram um desincentivo à adaptação e incentivam, por outro lado, uma conduta oportunista por parte dos consumidores. Isso porque, conhecendo a jurisprudência sobre o tema, aqueles que possuem planos antigos podem continuar, tranquilamente, pagando uma mensalidade reduzida, pois, surgindo a necessidade de cobertura não contratada, basta que recorram ao Judiciário.

4. A BUSCA DA JUSTIÇA DISTRIBUTIVA NO JUDICIÁRIO POR MEIO DAS RELAÇÕES CONTRATUAIS

Pela análise da fundamentação dos acórdãos, percebe-se que a preocupação dos ministros, frequentemente, cinge-se em atender o problema de saúde posto, olhando exclusivamente para a relação entre as partes do processo. Como observa Gustavo Amaral, “tomada individualmente, não há situação para a qual não haja recursos”⁴⁹. Ocorre que os recursos privados também estão sujeitos à escassez. Assim, a alocação de determinado recurso para uma finalidade implica, necessariamente, em deixar de aplicar o mesmo recurso para outro fim.

A escassez é melhor percebida quando se olha coletivamente a questão. Por essa razão, a justiça distributiva é, por essência, coletiva. Não se pode realizar uma tarefa desse tipo a partir do particular. A desconsideração desses fatores pode levar a consequências contrárias àquelas intentadas pelo tomador de decisão.

De um modo geral, os argumentos consequencialistas não são reconhecidos como jurídicos, diferentemente do que ocorre com os argumentos principiológicos⁵⁰. Entretanto, nos expedientes que, de alguma forma, envolvem questões distributivas, é imprescindível que a decisão atente para os impactos que serão produzidos por ela no meio socioeconômico.

4.1 As Possíveis Distorções Econômicas no Setor da Saúde Suplementar

A grande questão que se coloca aqui é: afinal, quem irá efetivamente pagar a conta das decisões tomadas no Judiciário? Isso porque as decisões do Judiciário influenciarão diretamente no ambiente socioeconômico, uma vez que ao agirem

49 AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*. São Paulo: Renovar, 2001. p. 146.

50 VERÍSSIMO, *op. cit.* p. 124.

os agentes privados levam em conta tais decisões. E os juízes, ao não preverem as possibilidades de manobra dos agentes para não arcarem com os custos derivados da decisão, podem provocar efeitos regressivos, concentrando renda ao invés de distribuí-la.

Um precedente judicial que imponha maior risco à atividade econômica provocará uma reação por parte dos agentes econômicos, que buscarão realocar os riscos acrescidos. Além de aumento de preços, outra consequência possível é o desaparecimento de alguns tipos de planos. De fato, tem-se observado, ao longo dos últimos anos, uma tendência de redução da oferta de planos individuais. Algumas operadoras, inclusive, não ofertam mais este regime de contratação⁵¹. Percebe-se, ademais, grande variação entre as mensalidades cobradas nos planos individuais e aquelas cobradas nos planos coletivos⁵².

4.2 Indivíduo versus Coletividade

Os dados obtidos neste estudo, em conjunto com as pesquisas citadas ao longo do trabalho, levam a crer que os consumidores que vão ao Judiciário constituem um grupo marginal se considerado o universo de consumidores de planos de saúde.

O plano de saúde advém de uma lógica de coletividade, seja na sua constituição seja na manutenção de sua sustentabilidade ao longo do tempo. A partir da identificação de grupos homogêneos de risco e da verificação da frequência e a extensão da concretização de determinado evento ocorrido nestes grupos, é possível calcular a probabilidade de ocorrência de evento do mesmo tipo futuramente⁵³. Com base nesse cálculo atuarial, determina-se o valor do prêmio a ser pago por cada um dos consumidores. E a soma de todas as mensalidades pagas constituirá um fundo mútuo para arcar com a efetiva ocorrência destes riscos assumidos contratualmente com alguns dos integrantes do grupo.

51 Bradesco, Sul América, Marítima e Porto Seguro são exemplos.

52 Para exemplificar, pesquisei, em outubro de 2012, junto a duas operadoras os preços praticados. Na linha Blue Life da Amil, o plano referência, para faixa etária de 34 a 38 anos, individual tem o valor mensal R\$ 273,86, já o plano, nos mesmos padrões, coletivo (para grupos com mais de 30 pessoas) tem o preço de R\$ 125,18. A Golden Cross, por sua vez, considerando os mesmos padrões, cobra mensalmente o valor de R\$ 224,99 para plano individual e R\$ 107,24 para o plano coletivo. Há uma elevação superior a 100% nos planos individuais se comparados com os coletivos.

53 RIBEIRO, Amadeu Carvalhaes. *Direito de seguros: resseguro, seguro direto e distribuição de serviços*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 72.

Ao beneficiar a parte economicamente menos favorecida no litígio, analisando cada caso como se fosse único, corre-se o risco de que o efeito redistributivo seja aleatório, beneficiando a parte favorecida no litígio sem nenhum resultado coletivamente benéfico àqueles que não propuseram demandas judiciais⁵⁴.

Mais ainda, a decisão judicial pode implicar em ônus à classe de consumidores envolvida, tornando-se uma fonte de externalidades negativas⁵⁵. Muito provavelmente os custos decorrentes não serão internalizados pela parte economicamente mais forte e haverá uma distribuição destes custos para outros integrantes da cadeia de produção e de consumo (prestadores de serviços vinculados às operadoras e os demais consumidores) e, em última análise, entre toda sociedade.

Outra questão que não deve passar despercebida nessa discussão é o incentivo da atuação como *free rider* – ou carona – que as decisões judiciais produzem. A postura judicial pode influenciar comportamentos oportunistas por parte dos consumidores. Um bom exemplo é a adaptação dos contratos antigos à Lei n. 9.656/98, conforme abordado anteriormente.

4.3 A Sustentabilidade das Operadoras

Há um senso comum de que as operadoras de planos de saúde obtêm margens de lucro extraordinárias com base, muitas vezes, na prática de abusos contra o consumidor. De fato, o setor é marcado por uma forte tensão entre os seus atores, de um lado, os usuários e médicos e, de outro, as operadoras. Não se pretende aqui negar que os abusos ocorreram – e ocorrem. O que, em função da relevância social dos serviços prestados, ganha dimensões mais amplas, exigindo regulação e fiscalização estatal bastante estritas.

Todavia, as decisões tomadas no Judiciário não podem ser calcadas em suposições sem embasamento ou no senso comum quando se trata de questões como o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e a sustentabilidade das operadoras. Com base nos dados coletados e publicados pela ANS em seu *site*⁵⁶, é possível obter uma fotografia da atual situação das operadoras.

54 TIMM, Luciano B. Ainda sobre a função social do direito contratual no Código Civil brasileiro: justiça distributiva versus eficiência econômica. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e Economia*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. pp. 65 e 89.

55 *Ibidem*.

56 www.ans.gov.br.

O primeiro ponto que ressaltar é o lucro operacional das operadoras. As receitas das operadoras advindas do pagamento de contraprestações dos planos têm aumentado de forma constante, ano após ano. Entretanto, as despesas assistenciais e administrativas têm acompanhado esse crescimento. No ano de 2011, o montante apurado pelas operadoras médico-hospitalares como receita de contraprestações foi de R\$ 82.424.403.107, ao passo que as despesas somaram R\$ 80.437.370.896. Ou seja, considerando que, em 2011, estavam em atividade 1.174 operadoras, a média de lucro operacional das operadoras não atingiu R\$ 2 milhões.

Dessa maneira é, ao menos, imprudente afirmar, sem a realização de estudos mais aprofundados, que as seguradoras obtêm lucros exorbitantes, de forma que a redistribuição de recursos, eventualmente, levada a efeito por meio de decisões judiciais não causaria impactos na situação econômico-financeira das empresas.

4.4 Vantagens e Benefícios da Judicialização da Saúde Suplementar

Embora possam ser constatados diversos problemas ou falhas na atuação do Judiciário em casos que envolvam direitos sociais e justiça distributiva, não se pode negar que a atuação dos juízes nas questões envolvendo a judicialização da saúde suplementar não tenha gerado nenhuma vantagem ou benefício à sociedade.

O Judiciário pode ser também um *locus* adequado e eficiente para a discussão de direitos sociais, uma vez que as dificuldades em lidar com estes não são exclusivas do Judiciário⁵⁷. E justamente a debilidade das instituições de representação democrática e dos espaços tradicionais de mediação política e social pode ser um dos fatores que explique a transferência ao Judiciário destas questões.

A má administração, incompetência ou inércia das autoridades públicas podem levar ao não cumprimento adequado da lei. As autoridades, em alguns casos, simplesmente omitem-se e aguardam a atuação do Poder Judiciário. Nesse contexto, a atuação judicial é parte natural do ofício do magistrado de aplicar a lei.

Há, ainda, que se destacar o mérito do Judiciário como sinalizador das demandas sociais. A judicialização contribui para a explicitação dos conflitos existentes na sociedade e dá a eles visibilidade. Nesse sentido, o Judiciário permite que se es-

57 WANG, Daniel Wei Liang. *Poder Judiciário e participação democrática nas políticas públicas de saúde*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2009.

tabeleça, formalmente, um diálogo entre os litigantes e proporciona ao indivíduo fácil acesso e resposta direta ao problema colocado. É praticamente indiscutível na doutrina que o Judiciário teve um papel importante na regulamentação do setor da saúde suplementar, sendo que muitas das disposições contidas na Lei n. 9.656/98 coadunam-se com a jurisprudência firmada anteriormente.

5. CONCLUSÕES

As conclusões da presente dissertação devem ser lidas dentro das limitações da pesquisa, conforme delineado nas linhas dedicadas ao método do presente estudo, e tidas como um convite ao debate do tema.

Muitos dos problemas que cercam as decisões sobre a efetivação dos direitos sociais surgem nos litígios relacionados a contratos de planos de saúde, os quais já não são mais tratados exclusivamente sob o viés comutativo no Judiciário – como outrora preponderava nas relações contratuais –, eles têm ganhado um contorno distributivo. Um dos elementos que considero favorecer esse quadro é a incidência de direitos sociais no conflito. Quando atividades de interesse público são exercidas por particulares, não é incomum que os direitos de cunho social sejam invocados em uma disputa judicial. É o caso dos litígios que envolvem planos de saúde.

Acresce-se a isso o conteúdo social que vem sendo inserido aos contratos. Diante da transformação de nosso ordenamento jurídico em um sistema aberto, sustentado por princípios sociais e cláusulas gerais, estes passam a ser utilizados, recorrentemente, em busca da materialização do direito, a despeito de outros princípios e fatores incidentes na relação.

Em outras palavras, a disparidade econômica elevada entre as partes – como geralmente ocorre em conflitos que envolvam, de um lado, um indivíduo e, de outro, uma empresa – pode ser tratada muito mais como conflitos distributivistas do que como conflitos comutativos. O juiz, motivado pelos princípios dispostos na Constituição Federal e em outros instrumentos legislativos, como o Código de Defesa do Consumidor, parece buscar a implementação da justiça social, favorecendo a parte economicamente menos favorecida.

Diante da nova ordem jurídica inaugurada pela Constituição Federal de 1988 e da realidade das instituições brasileiras, acredito que a questão não está em discutir *se* os juízes devem participar desse debate, mas sim *como* eles devem

fazê-lo, quais os aspectos devem ser considerados na análise judicial e consequente decisão.

Se assumirmos que a aplicação do direito pelo juiz, em alguns casos, deixa de corresponder meramente à subsunção do caso à norma legal e passa a envolver, em certo grau, um elemento de criação da lei, aproximando-se da função do legislador, invariavelmente devemos discutir a necessidade de aperfeiçoamento do sistema jurídico para tratar desses temas, como também a importância da abordagem consequencialista nas decisões dos juízes.

Fato é que o processo judicial tradicional não favorece a análise mais ampla das questões colocadas ao Judiciário, uma vez que ele é fundado no contraditório bilateral acerca de fato passado. É importante que o sistema jurídico seja olhado como um todo, e não por partes fragmentadas. A mudança institucional é imprescindível na busca pela estruturação de melhores arranjos sociais. É um processo de adaptação, de experimentação.

Quando as questões são tratadas como distribuição de recursos pelo Judiciário, os juízes estão submetidos às mesmas responsabilidades pelas consequências de suas decisões que o legislador. Isso porque os juízes deixam de lidar com problemas bipolares, que envolvem, de forma antagônica, somente duas partes, para lidar com problemas policêntricos, que envolvem diversos atores. A compreensão do problema exige uma visão macroscópica. Além disso, a análise do problema deve ser prospectiva. Assim, o juiz deve manter um olhar no presente e outro no futuro. A análise dos impactos pode aperfeiçoar a qualidade dos julgamentos⁵⁸.

As leis devem ser interpretadas como tendo objetivos racionais, seja para assegurar bens sociais seja para evitar males sociais, de uma maneira consistente com a justiça entre os indivíduos. A busca desses valores deve apresentar uma consistência racional, devendo as consequências de uma determinada decisão estar em consonância com os fins atribuídos aos princípios jurídicos conexos⁵⁹.

A crítica que, frequentemente, surge quanto à análise consequencialista, como aponta Amartya Sen, é a impossibilidade de se antever todas as escolhas possíveis, bem como os custos e benefícios de cada uma destas. Todavia, como alerta o próprio autor, a abordagem consequencialista não requer que todas as alternativas sejam comparáveis, tampouco requer que a melhor alternativa seja iden-

58 MATHIS, Klaus (Ed.). *Efficiency, sustainability, and justice to future generations*. Springer, 2011. p. 18-19.

59 MACCORMICK, Neil. *Legal reasoning and legal theory*. Oxford University Press, 2003. p. 149-150.

tificada. A maximização da análise requer apenas que não seja escolhida uma alternativa pior do que outra que possa ser eleita no seu lugar⁶⁰.

A própria legitimidade da atuação do Judiciário no que concerne aos direitos sociais constitucionalizados depende, em certa medida, das consequências que a judicialização produz na sociedade em termos de proteção desses direitos⁶¹. Caso contrário, as decisões judiciais podem levar a efeitos indesejados, como a redistribuição aleatória de renda, o favorecimento de um indivíduo em prejuízo de uma coletividade e incentivo a condutas oportunistas. Daí, a necessidade de o juiz atentar para aspectos econômicos e consequências em sua decisão. O juiz precisa estar consciente dos novos desafios que se colocam diante dele.

60 SEN, Amartya Kumar. The discipline of cost – benefit analysis. *Journal of Legal Studies*, v. 29, jun. 2000, p. 940.

61 FERRAZ, Octávio Luiz Motta. *Harming the poor through social rights litigation: lessons from Brazil*. *Texas Law Review*, v. 89, 2011. p. 1647.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, B. Regulating slum housing markets on behalf of the poor: of housing codes, housing subsidies and income redistribution policy. In: **Yale Law Journal**, v. 80, 1971.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. **Caderno de Informação da Saúde Suplementar** – jun. 2012.

_____. **Caderno de Informação da Saúde Suplementar** – set. 2012.

_____. **Glossário temático: saúde suplementar**. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2009.

_____. **Regulação & saúde: estrutura, evolução e perspectivas da assistência médica suplementar**. Rio de Janeiro: ANS, 2002.

ALMEIDA, C. **O mercado privado de serviços de saúde no Brasil: panorama atual e tendências de assistência médica suplementar**. Brasília: Ipea, 1998.

ALVES, S. L. **Análise econômica da regulamentação e do setor de planos e seguros de saúde no Brasil**. Rio de Janeiro: FUNENSEG, Cadernos de Seguros: teses, v. 9, n. 22, 2004.

AMARAL, G. **Direito, escassez e escolha**. São Paulo: Renovar, 2001.

ANDRADE, M. V. *et al.* **Estrutura de mercado do setor de saúde suplementar no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG/Cedeplar, 2010.

ARROW, K. J. Uncertainty and the welfare economics of medical care. **The American Economic Review**, v. LIII, n. 5, dez. 1963, p. 941-973.

AZEVEDO JÚNIOR, R. (Coord.). **Planos de saúde: nove anos após a lei 9.656/98**. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo e Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, 2007.

BAHIA, L.; ALVES, D. C.; BARROSO, A. F. O papel da Justiça nos planos e seguros de saúde no Brasil. **Caderno da Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 25, fev., 2009, p. 279-290.

BARRAL, W. (Org.). **Direito e desenvolvimento: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento**. São Paulo: Singular, 2005.

BARROSO, L. R. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva**: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/38245>>. Acesso em: 27 out. 2011.

BRINKS, D. M. (Org.). **Courting social justice**: judicial enforcement of social and economics rights in the developing world. Cambridge University Press, 2008.

CALABRESI, G.; BOBBITT, P. **Tragic choices**: the conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources. W W Norton & Company, 1978.

CALVO, R.; VENIER, C. Racionalidad de las justificaciones consecuencialistas en las decisiones judiciales. **Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**, n. 19, out. 2003, p. 156-182.

CARNEIRO, L. A. F. (Coord.). **Planos de saúde**: aspectos jurídicos e econômicos. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

CARVALHO, E. B.; CECÍLIO, L. C. O. A regulamentação do setor de saúde suplementar no Brasil: a reconstrução de uma história de disputas. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 23, 2007.

CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DA SAÚDE. **Saúde Suplementar**. Brasília: CONASS, v. 11 (Coleção Progestores para entender a gestão do SUS), 2007.

COUTINHO, D. R. O diálogo caricato entre direito e economia. In: **Jornal Valor Econômico**, 28 dez. 2005.

COOTER, R.; ULEN, T. **Law and economics**. 4. ed. Boston: Pearson Addison Wesley, 2004.

FARIA, J. E. (Org.). **Direito e justiça**: a função social do Judiciário. São Paulo: Ática, 1989.

_____. **O Poder Judiciário nos universos jurídico e social**: esboço para uma discussão de política judicial comparada. Disponível em: <http://www.datavenia.net/opiniaio/2001/Lourival_J_Santos.htm>. Acesso em: 25 nov. 2010.

FERJOHN, J. Judicializing politics, politicizing law. **Law and Contemporary Problems**, v. 65, n. 3. p. 41-67.

FERRAZ, O. L. M. Harming the poor through social rights litigation: lessons from Brazil. **Texas Law Review**, v. 89, 2011, p. 1643-1668.

FERRAZ, O. L. M.; VIEIRA, F. S. **Direito à saúde, recursos escassos e equidade:** os riscos da interpretação judicial dominante. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/dados/v52n1/v52n1a07.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2010.

FERRÃO, B. L. de M.; RIBEIRO, I. C. **Os juízes brasileiros favorecem a parte mais fraca?** Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers (University of California, Berkeley), paper 26, 2006.

FRIEDMAN, D. D. **Law's order:** what economics has to do with law and why it matters? Disponível em: <http://www.davidfriedman.com/laws_order/>. Acesso em: 15 jul. 2009.

GRAU, E. R. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito.** 5. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

GREGORI, M. S. **Planos de saúde:** a ótica da proteção do consumidor. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

HARRISON, J. L.; THEEUWES, J. **Law and economics.** W. W. Norton & Company, 2008.

HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. R. **The cost of rights: why liberty depends on taxes.** W W Norton & Company, 1999.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Contas Regionais do Brasil 2005-2009.**

_____. Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios 2008.

KRONMAN, A. Contract law and distributive justice. In: **Yale Law Journal**, v. 89, 1980.

_____. Paternalism and the law of contracts. In: **Yale Law Journal**, v. 92, 1983.

LOPES, J. R. de L. **Direitos sociais:** teoria e prática. São Paulo: Método, 2006.

MACCORMICK, N. **Legal reasoning and legal theory.** Oxford University Press, 2003.

MACERA, A. P.; SAINTIVE, M. B. **O mercado da saúde suplementar no Brasil.** Disponível em: <http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/documento_trabalho/2004>. Acesso em: 8 jun. 2012.

MARTINS-COSTA, J. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. **Revista de Informação Legislativa**, v. 28, n. 112, out./dez. 1991

MATHIS, K. (Ed.). **Efficiency, sustainability, and justice to future generations**. Springer, 2011.

NETO, C. P. de; SARMENTO, D. (Coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

OCKÉ-REIS, C. O. **Challenges on the private health plans regulation in Brazil**. Texto para discussão n. 1013, IPEA, Rio de Janeiro, mar. 2004. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/portal/upload/biblioteca/Artigo_Challenges.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2011.

PIRES, D. da S.; AGUIAR, L. C. de; SCAFF, F. F. **A efetivação dos direitos sociais no Brasil: garantias constitucionais de financiamento e judicialização**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

PIRES, D. da S.; AGUIAR, L. C. de; SOUZA, J. M. (Coord.). **A judicialização da saúde suplementar**. Unimed Belo Horizonte, 2008.

PIRES, D. da S.; SOUZA, J. M. (Coord.). **A judicialização da saúde suplementar**. v. II. Unimed Belo Horizonte, 2010.

REZENDE, C. L.; ZYLBERSZTAJN, D. **Pacta sunt servanda? O caso dos contratos de soja verde**. p. 29. Disponível em: <<http://repositories.cdlib.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1064&context=bple>>. Acesso em: 26 out. 2009.

REZENDE, P. R. V. de. **Os contratos de plano de saúde e seu equilíbrio econômico-financeiro: mutualismo, cálculo atuarial e o impacto econômico das decisões judiciais**. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito Milton Campos. 2011.

RIBEIRO, A. C. **Direito de seguros: resseguro, seguro direto e distribuição de serviços**. São Paulo: Atlas, 2006.

RIBEIRO, J. de S. **O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual**. Coimbra: Almedina, 1999.

SAMPAIO, A. M. **O regime jurídico dos contratos de plano de saúde e proteção do sujeito mais fraco das relações de consumo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

SANTOS, W. M. dos. **O poder judiciário como instrumento para a realização dos direitos sociais**: utilização de um caso concreto como paradigma. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/wagner_mello_dos_santos.pdf>. Acesso em: 25 out. 2011.

SCHMITT, C. H. **Cláusulas abusivas nas relações de consumo**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

SEN, A. K. The discipline of cost – benefit analysis. **Journal of Legal Studies**, v. 29, jun. 2000.

SHAVELL, S. **Foundations of economic analysis of law**. Harvard University Press, 2004.

THEODORO JÚNIOR, H. **O contrato e a função social**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TIMM, L. B. Direito, economia e a função social do contrato: em busca dos verdadeiros interesses coletivos protegíveis no mercado de crédito. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, v. 3, 2006, p. 15-31.

_____. (Org.). **Direito e Economia**. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

VERÍSSIMO, M. P. **A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil**: o processo judicial no pós-1998. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. 2006.

WANG, D. W. L. **Poder Judiciário e participação democrática nas políticas públicas de saúde**. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. 2009.

_____. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. **Revista Direito GV**, n. 8, jul.-dez. 2008.

ZANITELLI, L. M. Efeitos distributivos da regulação dos planos de saúde. In: **Revista Direito GV**, v. 3, n. 1, 2007.

ZYLBERSZTAJN, D.; SZTAJN, R. **Direito e Economia – Análise Econômica do Direito das Organizações**. 2. reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

III PRÊMIO IESS DE PRODUÇÃO CIENTÍFICA EM SAÚDE SUPLEMENTAR (2013)

2º lugar

PRINCIPAIS EFEITOS DA REGULAMENTAÇÃO DOS CONTRATOS ENTRE OPERADORAS E PRESTADORES DE SERVIÇOS NO MERCADO DE SAÚDE SUPLEMENTAR

Carolina Lopes Zanatta

Resumo da dissertação apresentada à Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Administração de Empresas.

A relação entre operadoras de planos de saúde e prestadores de serviços é permeada por uma série de conflitos que interferem diretamente na garantia da assistência prestada ao usuário, assim como na manutenção de custos compatíveis com a sustentabilidade e o desenvolvimento do mercado de saúde suplementar. Nesse contexto, o estabelecimento de um contrato formal entre operadoras e prestadores possui um papel determinante nessa relação, por ser um instrumento que confere mais transparência e segurança e esclarece os direitos e deveres das partes envolvidas. Nesse sentido, a ANS produziu ao longo dos últimos anos regulamentações que estabeleceram a obrigatoriedade e os requisitos necessários para o estabelecimento de contratos, dado o grau de informalidade existente nessas relações. O presente trabalho tem como objetivos analisar o processo de construção e implantação dessas regulamentações e discutir os principais efeitos dessas ações regulatórias até dezembro de 2012. O estudo adota uma abordagem qualitativa, utiliza como estratégia de investigação o estudo de caso, e busca esclarecer os resultados preliminares dessa ação regulatória com uma análise da atuação da agência reguladora nesse processo. Os resultados indicam que as regulamentações não produziram efeitos relevantes na minimização dos conflitos entre operadoras e prestadores até o encerramento desta pesquisa, sendo necessária a integração com outras ações regulatórias. Em síntese, o estudo evidenciou que, embora seja reconhecida a relevância da regulamentação desse objeto, ainda são muitas as dificuldades para seu cumprimento, tanto por parte de operadoras e prestadores quanto pela atuação do agente regulador, principalmente no que tange à sua capacidade de fiscalização e estabelecimento de punições.

1. INTRODUÇÃO

O mercado de saúde suplementar brasileiro possui mais de 50,9 milhões de beneficiários de planos de assistência médica, o que representa uma cobertura de aproximadamente 1/4 da população do País, sendo que nos últimos anos esse setor apresentou uma expansão significativa no número de beneficiários, com um crescimento de 44% entre os anos de 2005 e 2014 (ANS, 2014). Essa expressiva cobertura da população revela o valor e o protagonismo desse setor para o sistema de saúde brasileiro. Além disso, cabe destacar a importância dada pela opinião pública, que valoriza o acesso à saúde privada, como revela uma pesquisa realizada pelo Instituto Datafolha, que constatou que os planos de saúde são o segundo item mais desejado pelas pessoas que não possuem nenhum plano privado, dentre os 12 bens de consumo e serviços avaliados (IESS, 2011). Cabe ressaltar que o principal motivo apontado para esse desejo da população é a percepção negativa sobre o sistema de saúde público, considerado precário pelos entrevistados. Essa reprovação também é observada na pesquisa *Retratos da Sociedade Brasileira: Saúde Pública*, realizada recentemente pelo Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística, na qual é apontada pela população a dificuldade de acesso aos serviços de saúde públicos (CNI, 2012).

Apesar da importância desse setor para a sociedade, a ação reguladora estatal específica para o setor de saúde suplementar era incipiente, pois durante as últimas décadas era prioritária a construção de um sistema de saúde público e universal. Desta forma, o mercado de saúde suplementar permaneceu por muitos anos em um vácuo regulatório e distante das prioridades políticas até o final da década de 1990. Nesse sentido, em 1998 é sancionada a *Lei nº 9.656*, considerada o marco regulatório do setor, pois trata dos principais aspectos do funcionamento desse mercado. A operacionalização dessa ação estatal é realmente estabelecida em 2000, com a lei nº 9.661, que cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) com a missão de “promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regular as operadoras setoriais – inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores – e contribuir para o desenvolvimento das ações de saúde no país” (BRASIL, 2000).

No primeiro momento, as ações regulatórias da ANS foram direcionadas principalmente no sentido de proteger os direitos dos usuários de planos de saúde (SILVA, 2003). Esse mesmo autor ainda destaca que essa ação regulatória não chegava até o relacionamento entre as operadoras de planos de saúde e seus prestadores, como mencionado acima na missão da ANS. Esse ponto começa a ser mais abordado em 2002, quando a ANS inicia a discussão sobre a necessidade de regular as relações que são estabelecidas entre operadoras e prestadores,

no sentido de mediar e amenizar os conflitos e tensões existentes entre esses atores para aprimorar o funcionamento do setor. Esse processo culminou na publicação de três Resoluções Normativas (entre 2003 e 2004), que introduziram a obrigatoriedade de contratos entre as partes, com o estabelecimento dos requisitos necessários para a celebração desse instrumento jurídico.

Mais recentemente, em 2012, a ANS publicou a Instrução Normativa nº 49, que institui a formalização de critérios de reajuste nos contratos, com a imposição da adoção de um índice de reajuste no contrato, caso não haja acordo na livre negociação entre as partes. Essa nova instrução provocou um debate intenso a respeito de seu conteúdo, liderado pelas representações das partes envolvidas – operadoras de planos de saúde e prestadores de serviços (ANS, 2012; SINDHRIO, 2012; SINDHOSP, 2012).

Como esse tipo de ação regulatória é recente, existem poucos estudos que tratam acerca desse assunto, muito embora sejam frequentes manifestações de conflitos entre os atores envolvidos, sendo estes amplamente tratados pela imprensa. Por esse motivo, esse é um campo que necessita de pesquisas estruturadas que estudem as ações regulatórias desse tema, com o objetivo de produzir informações que contribuam para o aprimoramento do processo regulatório. Nesse sentido, cabe ressaltar a importância, principalmente para os formuladores de políticas, da necessidade de analisar e discutir os efeitos de uma determinada ação regulatória, pois somente dessa forma se dará um círculo virtuoso de aprendizado, com a análise constante dos erros e dos acertos ocorridos durante o processo, o que auxilia o Estado na elaboração das novas ações e no aprimoramento das já existentes. Esse processo deve envolver todos os atores envolvidos, com vistas a dar maior suporte, transparência e legitimidade às decisões das políticas reguladoras (LIMA, 2010). É nesse contexto, portanto, que o presente estudo se propõe a analisar os principais efeitos das ações regulatórias contratuais entre operadoras de planos de saúde e prestadores de serviços.

2. OBJETIVO

O presente trabalho possui como objetivo analisar os principais efeitos das ações regulatórias concernentes à regulamentação dos contratos entre operadoras e prestadores de serviços no mercado de Saúde Suplementar, considerando o período das primeiras ações regulatórias até dezembro 2012.

2.1 Aspectos Metodológicos

O trabalho possui uma abordagem qualitativa e utiliza como estratégia de investigação o estudo de caso. O estudo busca esclarecer, por meio de análise documental e da percepção dos principais atores envolvidos, os resultados preliminares dessa ação regulatória com uma análise da atuação da agência reguladora nesse processo. Após realizar uma pesquisa bibliográfica sobre o tema, também foram realizadas entrevistas orientadas por roteiros semiestruturados elaborados previamente para cada segmento da saúde suplementar estudado. Os informantes-chave foram selecionados de forma a contemplar as percepções dos principais atores envolvidos no processo estudado.

No total, foram entrevistados 19 representantes do setor, sendo três representantes da ANS, cinco representantes de prestadores de serviços hospitalares e outros estabelecimentos de saúde, cinco representantes de entidades de categoria Médica, cinco representantes de entidades de operadoras de planos de saúde e um representante do Instituto de Pesquisa em Saúde Suplementar, que é financiado por algumas operadoras de planos de saúde. Dos informantes-chave entrevistados, todos ocupavam algum dos seguintes cargos: presidência da instituição, diretoria da instituição ou diretoria da área de saúde suplementar. As entrevistas com os representantes buscaram obter uma maior compreensão acerca do objeto de pesquisa, e abordaram os resultados preliminares alcançados pelas ações regulatórias. Todas as entrevistas de campo foram gravadas com o consentimento dos entrevistados e tiveram tempo médio de duração de 45 minutos. A pesquisa de campo foi realizada no período de junho a dezembro de 2012.

É importante destacar que o presente trabalho tem foco nas entidades representantes das operadoras de planos de saúde, dos prestadores de serviços, incluindo os estabelecimentos de saúde e as entidades da categoria médica, e também o próprio órgão regulador desse mercado, no caso, a ANS. Embora existam outras partes interessadas nesse processo, como as entidades de defesa do consumidor, o próprio consumidor, representantes de outras classes profissionais,

além de outras representações, optou-se por realizar um recorte envolvendo somente as partes mencionadas anteriormente, consideradas as mais relevantes para o propósito deste trabalho.

Como limitação do estudo, ressalta-se que o posicionamento de cada entrevistado pode não refletir necessariamente a forma de pensar de todo o segmento. As entrevistas foram transcritas literalmente, e juntamente com os documentos coletados no estudo foram submetidas à técnica de análise de conteúdo. Nesse sentido, cabe destacar que qualquer técnica utilizada para analisar dados busca interpretar, ou seja, extrair o sentido dos dados e entender o significado profundo das comunicações cifradas nos textos (MOZZATO; GRZYBOVSKI, 2011).

3. RESULTADOS E DISCUSSÃO

Buscando auxiliar na melhoria das relações que são estabelecidas entre as operadoras de planos de saúde e os prestadores de serviços, a ANS inicia em 2002 um movimento no sentido de discutir a necessidade da contratualização entre as partes. Primeiramente é necessário ressaltar os diversos conceitos que o termo contratualização possui e pontuar qual é o utilizado no presente trabalho. Para o Sistema Único de Saúde (SUS), o termo contratualização é entendido como um processo no qual os gestores (Municipais ou Estaduais) e os prestadores de serviços pactuam quais são as obrigações de ambas as partes, estabelecem as metas quantitativas e qualitativas para o aprimoramento do processo de atenção à saúde e da gestão hospitalar e formalizam esses acordos em um contrato ou convênio (BRASIL, 2005). Já a ANS, embora não tenha definido um conceito próprio, utiliza o termo contratualização para tratar a respeito da formalização de contratos entre as operadoras de planos de saúde e os prestadores de serviços e do conteúdo que deve constar nas cláusulas contratuais. Dessa forma, o presente trabalho adota o termo contratualização utilizado sob a perspectiva da ANS.

Destaca-se que o contrato formal é um instrumento importante para tornar as relações comerciais entre duas partes mais seguras e transparentes e também para auxiliar na resolução de conflitos que podem aparecer no curso da relação consensual. Dessa forma, o contrato assegura os direitos e os deveres que são formalmente estabelecidos, gerando obrigações entre as partes.

A ANS começa de fato a atuar na regulação contratual, com a instituição da Câmara Técnica de Contratualização, em 2003, que teve como objetivo discutir e consolidar sugestões técnicas para o tema. Após a instituição desta Câmara

Técnica por meio das Consultas públicas nº 09, 12 e 16, a discussão do tema da contratualização é então aberta para a sociedade. A partir dessas consultas públicas foram editadas algumas Resoluções Normativas que tratam acerca da contratualização entre operadoras e prestadores. A primeira delas, a Resolução Normativa nº 42 de julho de 2003, estabeleceu os requisitos necessários para a celebração de instrumentos jurídicos (contratos) firmados entre as operadoras de planos de assistência à saúde e os prestadores de serviços hospitalares. No mesmo ano também foi editada a RN nº 54, estendendo a obrigatoriedade desse instrumento jurídico também para os prestadores de serviços de apoios diagnóstico e terapêutico. Posteriormente, em 2004 a RN nº 71 englobou a obrigatoriedade desses contratos para os profissionais de saúde ou pessoas jurídicas que prestam serviços em consultórios (ANS, 2003a, 2003b e 2004). Dessa forma, a ANS estabeleceu, por meio de resoluções, os requisitos para a celebração dos instrumentos jurídicos firmados entre as operadoras de planos de saúde e todos os seus prestadores de serviços.

É importante chamar a atenção para o fato de que no âmbito do estabelecimento de contratos a lei de criação da ANS (9.961 de 2000) instituiu em seu artigo 4º, inciso II, que compete à agência “estabelecer as características gerais dos instrumentos contratuais utilizados na atividade das operadoras” (BRASIL, 2000), sendo que as Resoluções Normativas citadas anteriormente aprofundam essa ação, uma vez que estas estabeleceram as cláusulas obrigatórias em todos os contratos, ao definir os itens que devem constar no instrumento contratual. Além disso, cabe destacar o conteúdo do parágrafo único do artigo 2º, inciso VII e alínea “c” dessas Resoluções Normativas, que dispõe acerca da necessidade de fixação de critérios para reajustes de valores pagos nos contratos estabelecidos, bem como de sua forma e sua periodicidade.

Para especificar melhor o item que trata acerca dos critérios de reajuste, forma e periodicidade, foi publicada a Instrução Normativa (IN) nº 49 em 17 de maio de 2012, com a finalidade de regulamentar a forma e a periodicidade dos reajustes dos valores praticados entre as operadoras e os prestadores de serviços em saúde (ANS, 2012). O conteúdo dessa normativa sugere que deva existir a livre negociação entre as partes, mas ao mesmo tempo estabelece que seja fixado no contrato um critério de reajuste, para o caso de não ocorrer acordo a respeito do tema. Se houver desacordo, deve-se aplicar automaticamente uma das seguintes formas:

- a. Índice vigente e de conhecimento público;
- b. Percentual prefixado;
- c. Variação pecuniária positiva; e
- d. Fórmula de cálculo de reajuste.

Essa mesma instrução normativa proíbe o condicionamento do reajuste ao aumento da taxa de sinistralidade da operadora, assim como a utilização de fórmula de cálculo para reajuste que mantenha ou reduza o valor do serviço contratado. O prazo concedido na Instrução Normativa para que as operadoras de planos de privado se adequem foi de 180 dias, contados de sua vigência.

A seguir segue uma figura que esquematiza a evolução do processo de construção das normativas a respeito da contratualização que foram produzidas pela ANS ao longo dos últimos anos e resume os principais aspectos tratados em cada momento, até dezembro de 2012.

Figura 1 – Principais aspectos estabelecidos pelas ações regulatórias contratuais entre operadoras de planos e prestadores de serviços – 2002 a 2012



Fonte: Elaboração própria

Um estudo publicado em 2005, que observou aspectos da contratualização, demonstrou que no campo das relações institucionais entre operadoras e prestadores foram observadas relações mais formais quanto maior e mais complexa era a operadora. Nas operadoras com até 50 mil beneficiários há mais relações informais entre operadoras e prestadores. Já nas operadoras com mais de 50 mil beneficiários houve evidências de maior formalidade nessa relação.

Observando as operadoras por segmento, as relações de menor formalidade foram nos segmentos de Cooperativa Médica, fundamentalmente, e Medicina de Grupo, e de maior formalidade nos segmentos de Seguradora em Saúde e Autogestão. Os resultados da pesquisa apontam que cerca de 61% das operadoras possuíam relações institucionais formais com os prestadores de serviços

(COHN, 2005). O mesmo estudo citado também levantou os principais critérios para o estabelecimento de contratos entre operadoras e prestadores de serviços. De maneira geral, o critério mais citado pelas operadoras foi a qualificação técnica do prestador, com exceção da cooperativa médica – onde outros critérios são preponderantes: como a abrangência territorial. Os critérios financeiros aparecem exclusivamente nos segmentos de Cooperativa Médica e Seguradora em Saúde. Para o segmento de Autogestão a regionalização da oferta de serviços e a qualificação técnica foram os principais critérios apontados. Esses resultados evidenciam a não associação da importância da figura do contrato para garantir a qualidade do atendimento ao beneficiário.

Um estudo mais recente encontrado na literatura que analisou a questão contratual entre operadoras de planos de saúde e prestadores de serviço foi o de Ugá *et al.* (2009). Esse estudo, realizado por meio de inquérito de abrangência nacional, verificou que 91,2% dos hospitais pesquisados relataram possuir contrato formal com as operadoras de planos de saúde, sendo que destes 76,4% foram estabelecidos com negociação prévia, demonstrando um avanço frente ao estudo citado anteriormente. Os resultados apontam que poucos hospitais declararam se relacionar com as operadoras por meio de acordo verbal ou sem contrato. Quanto ao reajuste de preços, 43,8% dos hospitais estudados declararam reajustar os preços com periodicidade anual. De modo geral, o estudo evidenciou uma forte tendência da formalização das relações entre os prestadores hospitalares e as operadoras de planos de saúde. Por outro lado, cabe ressaltar que, em geral, os conteúdos dos contratos contemplam somente os aspectos comerciais, ou seja, a definição de valores, de prazos e procedimentos para pagamento, sem considerar os aspectos da qualidade da assistência prestada ao paciente.

Acerca do conteúdo dos contratos que são estabelecidos entre as partes, em uma pesquisa encomendada pelo SINDHOSP para o instituto Voxpopuli em 2010, em que foram entrevistados 194 prestadores de serviços de saúde associados ao sindicato, constatou-se que as cláusulas dos contratos apresentados pelas operadoras são claras e bilaterais para a maior parte dos hospitais, clínicas e laboratórios participantes da pesquisa (65,4%). Além disso, em relação à questão do reajuste dos contratos, 29,4% dos prestadores apontaram que de fato não deve existir um índice de reajuste predefinido para os serviços que são prestados. Esse percentual foi maior nos hospitais, 46,9% consideram que não há a necessidade de fixar um índice de reajuste para os contratos. Grande parte dos prestadores (65%) prefere que as instituições negociem diretamente com as operadoras, em vez de a ANS determinar que as operadoras repassem o percentual do reajuste que é concedido para os planos individuais. No entanto,

34,1% dos prestadores indicaram que deveria existir uma faixa percentual para reajuste prefixado e não índices financeiros como base para praticar os reajustes. Também foi constatado nessa pesquisa que a maior parte dos prestadores (68,2%) é favorável a que a ANS redija um contrato-padrão entre as operadoras e os prestadores de serviços de saúde (SINDHOSP, 2010). Ainda segundo dados da pesquisa do SINDHOSP, metade dos prestadores (50,4%) afirmou que a contratualização, ou seja, as resoluções da ANS no âmbito contratual, alcançou seu objetivo, melhorando o relacionamento com as operadoras de planos de saúde. Do restante, 24,4% não souberam responder, e para 25,2% a contratualização não contribuiu para um melhor relacionamento entre as partes. Para os hospitais, entre as razões apontadas para a contratualização não ter ajudado no relacionamento, foram citados dois fatores que chamam a atenção: o primeiro é em relação ao fato de as regras estabelecidas pela ANS não serem cumpridas, e o segundo está relacionado à falta de fiscalização do cumprimento dos critérios definidos (SINDHOSP, 2010).

Segundo Santos (2008), não é papel da Agência Reguladora conduzir as questões comerciais entre as operadoras e os prestadores de serviços, mas, sim, contribuir com ações no sentido de gerar mais transparência nessa relação e de garantir o estabelecimento e o cumprimento dos contratos estabelecidos. Nesse sentido, é importante destacar os conflitos de interesse existentes, dado que os eventos que representam custos para a operadora representam receita para os prestadores, o que dificulta o estabelecimento de consensos, devido aos interesses antagônicos envolvidos (CAMPOS, 2006), sendo que esses conflitos são refletidos nas relações contratuais estabelecidas entre as duas partes.

A respeito desse desequilíbrio, Silva (2003) afirma que não há como obter resultados satisfatórios na assistência prestada aos beneficiários da saúde suplementar sem observar a inalienável interdependência entre as operadoras de planos de saúde e os prestadores de serviços. Ao considerar essa afirmação, fica clara a necessidade de uma estratégica atuação conjunta entre operadora e prestador, tendo a ANS como uma facilitadora desse processo, no sentido de contribuir para a expansão contínua do mercado, tornando-o mais competitivo.

Sobre os efeitos da ação regulatória contratual, segundo os resultados do presente estudo, na perspectiva dos prestadores de serviços (hospitalares e demais estabelecimentos de saúde), o segmento ainda não está totalmente contratualizado, ou seja, com todas as relações formalizadas por meio de instrumento jurídico contratual com as operadoras de planos de saúde, embora se reconheçam melhorias nesse quadro. Por outro lado, é observado que, nos casos em que já existiam os contratos, não houve um movimento de adequação segundo o estabelecido pelas normativas da contratualização (RN nº 42 e 54). Dessa forma,

notou-se que a principal preocupação dos hospitais e de outros estabelecimentos de saúde, segundo a visão de seus representantes, está mais direcionada à adequação do conteúdo dos contratos que são estabelecidos entre as partes.

Também foi observado nas falas de representantes de prestadores de serviços hospitalar um discurso acerca da falta de espaço para discussão entre as partes durante a construção da primeira resolução normativa sobre a contratualização (RN nº 42/03), motivo pelo qual a resolução não teria sido cumprida pelo mercado. É importante ressaltar que, segundo um entrevistado, as discussões que ocorreram na Câmara de Saúde Suplementar (CAMSS) acerca da contratualização não foram consideradas suficientes para o debate do tema.

Segundo a perspectiva dos representantes da classe médica, ocorreram avanços tímidos no aspecto formalização do contrato entre as partes, embora em muitos casos o contrato formal do médico com a operadora não exista. Percebe-se na fala deste segmento uma grande preocupação para a formalização do instrumento jurídico entre as partes, que não ocorreu de forma efetiva.

A formalização de contratos com os profissionais médicos possui uma dificuldade maior, principalmente devido ao grande número de médicos que atuam na saúde suplementar (aproximadamente 170 mil). Nesse sentido, cabe destacar que a resolução normativa que trata sobre a contratualização com os médicos (RN nº 71) não foi objeto de investigação em um dos programas de fiscalização da ANS. É possível inferir que a seleção de uma amostra representativa desses profissionais traria bastantes dificuldades na operacionalização dessa fiscalização.

Conforme já observado, a grande maioria dos representantes dos prestadores de serviços e a totalidade dos representantes das Entidades Médicas acreditam que a regulamentação estabelecida pelas resoluções normativas não foi efetivamente cumprida, seja pela dificuldade de formalizar o contrato com a operadora de plano de saúde ou de adequar os contratos já existentes para que as resoluções normativas vigentes da contratualização sejam cumpridas.

Por outro lado, a percepção das operadoras difere totalmente da relatada pelos prestadores de serviços, apontando que as operadoras cumprem as resoluções normativas, principalmente no que tange à existência de contratos formais com as organizações hospitalares. Alguns representantes ressaltam que, na grande maioria dos casos, consta nos contratos uma cláusula de reajuste, conforme exigido pelas regulamentações vigentes (RN nº 42, 54 e 71), ou seja, os contratos estão de acordo, pois as normativas não exigem a obrigatoriedade de um índice para o reajuste. Por outro lado, na relação individual com os médicos, afirmou-se que é estabelecida no mínimo uma assinatura em carta de adesão. Cabe desta-

car que, segundo a regulamentação vigente (RN nº 71), a simples assinatura de uma carta de adesão do médico à rede de serviços da operadora é insuficiente.

Para as operadoras, os avanços obtidos na formalização dos contratos não possuem ligação com as regulamentações estabelecidas pela ANS, pois já existia um movimento e uma 'cultura' de instituição de contrato formal com os prestadores, e a publicação das resoluções normativas contribuiu apenas no sentido de auxiliar na padronização dos contratos e na uniformização das regras.

Um entrevistado observou que em algumas modalidades de operadoras a formalização de contratos com os prestadores ainda é um desafio, sendo que em alguns casos, 60% a 70% dos contratos com a rede de serviços não cumprem as propostas das resoluções normativas. Embora se reconheçam os avanços na formalização de contratos com os hospitais, a mesma coisa não ocorre com os profissionais médicos, em relação aos quais a situação ainda é crítica. Em algumas modalidades essa situação é um pouco melhor, como é o caso das Medicinas de Grupo. Isso se justifica pelo intenso movimento de verticalização nessa modalidade (ALBUQUERQUE *et al.*, 2011), ou seja, com um maior número de serviços próprios, a operadora contrata o médico como celetista ou por 'pacote' previamente estabelecido, o que reduz os problemas característicos de uma relação contratual de prestação de serviço. É importante destacar que nos casos em que o hospital possui o mesmo CNPJ da operadora, não é exigido desta o cumprimento das Resoluções Normativas de contratualização.

É interessante notar que não foi observada uma preocupação com o cumprimento das exigências por parte das representações de Cooperativas. No caso da Unimed isso se justifica pelo fato de os médicos serem cooperados, ou seja, não existe um contrato formal de prestação de serviço entre as partes. Além disso, cabe considerar que nos últimos anos a Unimed intensificou o processo de verticalização dos serviços hospitalares, com ampliação significativa de sua rede própria (situação que não exige o cumprimento das Resoluções Normativas). Nesse sentido, o atual desenho regulatório, que não obriga as operadoras com serviços próprios a adotar contratos conforme o estabelecido pelas resoluções normativas, pode incentivar a verticalização, pois esta pode ser considerada como uma forma de escapar desse tipo de regulação da ANS. Além disso, as dificuldades na negociação com os prestadores também contribuem com o movimento de verticalização observado nos últimos anos, embora a principal justificativa para a adoção dessa estratégia seja a possibilidade do controle dos custos pela operadora.

Apesar de relatarem que a formalização de contratos – pelo menos com os maiores prestadores de serviço – é uma realidade nas operadoras de grande porte,

não existe tanta certeza em relação à formalização no âmbito das operadoras de pequeno porte. Ou seja, segundo a percepção dos entrevistados, a grande maioria das operadoras de grande porte possui contratos formalizados, embora ainda sejam necessárias as adequações de conteúdo propostas pela regulamentação. As operadoras de pequeno porte ainda se encontram num estágio anterior, ou seja, precisam formalizar as relações com seus prestadores. Nesse sentido cabe lembrar que inexistem dados sobre os contratos nas operadoras de pequeno porte, uma vez que os programas de fiscalização já mencionados selecionaram para análise somente as de maior porte no mercado.

Os resultados dos programas de fiscalização da ANS sinalizaram um quadro de formalização de contratos com prestadores (com exceção dos profissionais médicos) no âmbito das grandes operadoras. Por outro lado, a totalidade dos contratos analisados apresentou alguma inadequação em seu conteúdo.

É importante ressaltar a heterogeneidade existente no mercado de saúde suplementar em relação às distintas modalidades de operadoras que atuam nesse setor, principalmente em relação ao porte das operadoras no âmbito do número de usuários vinculados e, conseqüentemente, quanto ao volume de prestadores credenciados.

A introdução de regulamentações que não considere as especificidades das diversas modalidades que operam no mercado pode dificultar o cumprimento das normas, conforme verificado nos casos das cooperativas médicas que não possuem contratos com os médicos cooperados, como já foi mencionado. Ou seja, é importante que a ANS se atente para as peculiaridades das modalidades de operadoras no mercado de saúde suplementar no momento de produzir uma normativa e que também, em um próximo programa de fiscalização dos contratos, contemple na amostra algumas operadoras de pequeno porte, com o objetivo de compreender como a questão contratual se encontra de fato nessas operadoras.

Na perspectiva de representantes da ANS, verificaram-se avanços significativos na formalização de contratos entre as operadoras de planos de saúde e os prestadores de serviços após regulamentação. Segundo os entrevistados, antes da publicação das resoluções normativas eram 'raros' os prestadores que formalizavam o relacionamento por meio de um contrato com a operadora, pois, na maioria das vezes, prevaleciam as relações informais, que geram um ambiente de insegurança para os beneficiários no aspecto da garantia de atendimento nos prestadores que compõem a rede assistencial da operadora. No que tange à capacidade de fiscalização da ANS para o cumprimento das regulamentações, referiram-se a uma grande dificuldade relacionada ao tamanho desse mercado.

Em síntese, a ANS destaca que não ocorreu uma efetiva aderência do mercado de saúde suplementar no cumprimento dessas Resoluções Normativas, principalmente no âmbito da adequação do conteúdo que deve constar nos contratos.

Por outro lado, foi possível observar, pela fala dos entrevistados e pelos resultados dos programas, que a prática dos contratos evoluiu ao longo dos anos, embora ainda ocorram casos em que o contrato formal entre a operadora e o prestador de serviço não exista, principalmente no caso dos médicos e dos prestadores de menor porte. Novamente se percebe como as especificidades existentes no setor de saúde suplementar influenciam no cumprimento de uma ação normativa. Nota-se que o estabelecimento de contrato evoluiu de forma diferente em cada tipo de prestador de serviço, em fases distintas. No caso dos hospitais e serviços de SADT, a formalização dos contratos evoluiu com mais facilidade, embora persistam os desafios de adequar o conteúdo dos contratos às resoluções, principalmente nos estabelecimentos de menor porte e pouco poder de negociação. No caso dos médicos, houve pouca evolução na formalização dos instrumentos contratuais, e ainda ocorrem divergências sobre o conteúdo que deve constar nos contratos.

3.1 Conflito entre os Atores sobre a Regulamentação Estabelecida nas Resoluções Normativas de Contratualização

Em síntese, observou-se que a percepção dos principais atores que compõem a saúde suplementar é divergente sobre a questão da regulação dos contratos. Na perspectiva das operadoras há a percepção de que o mercado se encontra em um estágio avançado de formalização e negociação dos contratos, principalmente com os grandes prestadores, sendo o maior desafio a manutenção da livre negociação como forma de reajuste dos contratos.

Pelo lado dos prestadores, ainda há muitos conflitos para serem sanados no âmbito dos contratos, desde a formalização de um contrato formal, principalmente para os médicos e prestadores de pequeno porte, até a adequação do conteúdo dos contratos já existentes, para que cumpram as exigências estabelecidas nas resoluções da agência. Inclusive, houve um volume maior de manifestação dos prestadores de serviços acerca da necessidade de sanar os conflitos existentes entre as partes. A ANS tem uma percepção semelhante à apresentada pelos prestadores de serviços, ou seja, valida as reivindicações dos prestadores sobre a necessidade de melhorar a formalização e o conteúdo dos contratos. Para a ANS a adequação dos contratos segundo as regulamentações estabelecidas é um caminho para a resolução dos conflitos entre as partes, ou seja, um contrato bem-elaborado, após o processo de negociação, é um instrumento para reduzir

os conflitos durante seu período de validade. Com relação ao cumprimento e à redação da regulamentação estabelecida nas Resoluções Normativas, segundo representante da ANS, os principais conflitos se concentram em três pontos:

- a. Reajuste do contrato: o contrato deve contemplar os critérios para reajuste, contendo forma e periodicidade;
- b. Prazos de pagamento: definição de prazos e procedimentos para o faturamento dos serviços prestados; e
- c. Estabelecimento de rotina para auditoria técnica e administrativa: descrição clara dos eventos médicos, clínicos e cirúrgicos que necessitam de autorização prévia da operadora.

Dentre os pontos acima citados, a questão do reajuste destaca-se como principal ponto de conflito entre operadoras e prestadores. Para os prestadores, de fato a regulamentação gera problemas ao não detalhar em seu texto como deve ser estabelecido esse reajuste. Como resultado se observou que muitas operadoras inseriram em seus contratos cláusulas de reajuste de acordo com a livre negociação entre as partes ou segundo o desempenho financeiro da empresa, assim a ausência no estabelecimento de um índice de reajuste previamente não confere garantias aos prestadores.

Por parte dos prestadores, além da insatisfação com a cláusula de reajuste, também foi mencionada a questão dos processos para pagamento e recebimento, conforme evidenciado na fala abaixo. A falta de clareza no estabelecimento de prazos de pagamento e na forma de recebimento dos serviços prestadores também é um ponto de conflito entre as partes. O não estabelecimento de critérios claros nesses dois aspectos pode ocasionar demora no pagamento aos prestadores, além de incentivar a criação de mecanismos de auditoria que diminuam os valores do pagamento dos serviços que foram prestados (glosas). Por outro lado, as operadoras defendem que os reajustes devem ser orientados pela livre negociação.

A posição da ANS com relação ao reajuste foi de que os programas de fiscalização evidenciaram principalmente a falta de critérios de reajuste claros e objetivos, e que a cláusula constando a livre negociação entre as partes não foi suficiente para amenizar o conflito entre operadoras e prestadores, destacando que a maioria dos prestadores possui um menor poder de negociação frente às operadoras.

Nesse sentido, com relação ao processo de negociação, os prestadores de serviços alegam que este era baseado em contratos 'leoninos', unilaterais e orientados pelas imposições das operadoras, não vigorando, portanto, o princípio da

negociação entre as partes. Além disso, alguns prestadores também reclamaram da falta de resposta das propostas de contratos que eram encaminhadas para as operadoras de planos de saúde.

No entanto, é interessante ressaltar que, segundo dados do programa de fiscalização Olho Vivo da ANS, a principal dificuldade alegada pelas operadoras de planos de saúde para a adaptação dos contratos às resoluções normativas está relacionada com a falta de manifestação por parte dos prestadores de serviços a respeito das minutas contratuais encaminhadas pela operadora, conforme pode ser observado na Tabela 1. Esses resultados evidenciam que existe uma divergência em relação à fala dos prestadores.

Nesse caso, em relação ao fato de o programa de fiscalização da ANS ser focado em informações repassadas pelas operadoras, a agência não investigou as principais dificuldades para a adequação às normas sob a perspectiva dos prestadores de serviços.

Por fim, cabe destacar que em junho de 2014 foi promulgada a Lei nº 13.005, que dentre outros pontos tornou obrigatória a existência de contratos escritos entre as operadoras e seus prestadores de serviços, alterando a Lei nº 9.656 de 1998. Essa mudança legislativa incorporou determinação já expressa em Resoluções Normativas da ANS. Um aspecto importante abordado pela lei foi a periodicidade do reajuste dos contratos, que deverá ser realizado anualmente no prazo improrrogável de 90 dias, contados do início de cada ano. Caso o reajuste não ocorra no prazo previsto por lei, a ANS poderá definir o índice de reajuste.

Tabela 1 – Principais dificuldades encontradas pelas operadoras de planos de saúde na adequação dos contratos às Resoluções Normativas da Contratualização, por modalidade

Dificuldades encontradas	Total	Medicinas de Grupo	Cooperativas Médicas	Seguradoras	Autogestão
Prestadores não se manifestam quanto às minutas	45%	58,8%	20%	80%	40%
Valores dos serviços	22,5%	17,6%	30%	20%	20%
Negociação com entidades específicas*	20%	23,5%	10%	20%	20%
Índice de reajuste	17,5%	23,5%	10%	NM	20%
Não houve dificuldades	12,5%	5,9%	20%	NM	20%
Implantação da CBHPM	10%	23,5%	NM	NM	NM
Registros no CNES	5%	NM	20%	NM	NM
Operadora não tentou a adequação	5%	NM	NM	NM	20%

*Negociações com entidades sindicais, com associações, organizações e cooperativas de prestadores de serviços ou com prestadores de serviços de grande porte. NM: Não houve manifestação.

Fonte: ANS, 2005

Visando produzir normas que regulamentem a nova legislação, a ANS convocou em novembro de 2014 uma audiência pública, que auxiliou a agência a produzir duas Resoluções Normativas sobre o tema (RN nº 363 de 11 de dezembro de 2014 e RNº 364 de 11 de dezembro de 2014).

A RN nº 363/2014 dispõe sobre as regras para celebração dos contratos escritos firmados entre as operadoras de planos de assistência à saúde e os prestadores de serviços de atenção à saúde. Já a RN nº 354/2014 dispõe sobre a definição de índice de reajuste pela ANS a ser aplicado pelas operadoras de planos de saúde aos seus prestadores de serviços em situações específicas. No caso do reajuste nessas situações específicas, este será definido pela ANS e será limitado ao Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA). As operadoras deverão utilizar o índice de reajuste definido pela ANS como forma de reajuste nos contratos escritos firmados com seus prestadores quando preenchidos 2 critérios: previsão contratual de livre negociação como única forma de reajuste e não existência de acordo entre as partes ao término do período de negociação (90 dias corridos contados a partir de 1º de janeiro de cada ano). Essas novas RN de 2014 revogaram as RN nº 42, 54, 71 e a Instrução Normativa nº 49. Como essas novas regras entraram em vigor em dezembro de 2014, serão necessários novos estudos que acompanhem as mudanças que ocorrerão no mercado após a adoção dessas normativas. Um dos objetivos dessas novas regras é o de corrigir as dificuldades apresentadas ao longo desse trabalho.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em decorrência da fragilidade das relações entre os atores desse mercado, principalmente pelo fato de ainda vigorar o estabelecimento de contratos verbais, ou seja, meros acordos tácitos entre as partes, a maioria dos entrevistados defende a necessidade da formalização dos contratos estabelecidos entre operadora e prestadores de serviços, no sentido de aumentar a transparência e a segurança do mercado.

A ausência de instrumentos que formalizem a relação entre as partes agrava os conflitos já existentes, uma vez que não são instituídos de forma objetiva e clara os direitos e os deveres dos atores, o que pode acarretar em situações que afetem diretamente o acesso dos beneficiários aos serviços de saúde, como, por exemplo, ao descredenciamento desmotivado.

O processo de implantação das Resoluções Normativas foi bastante moroso e apresentou várias dificuldades, como a prorrogação de prazos para entrada em vigor das normas referentes aos hospitais e também as voltadas para os profissionais médicos. Apesar disso, os resultados revelaram alguns avanços, embora variáveis segundo o tipo de prestador: com relação aos prestadores hospitalares e demais estabelecimentos de saúde, há a percepção de avanços na formalização dos contratos com as operadoras, embora seu conteúdo ainda não possua todas as cláusulas em acordo com as exigências das regulamentações.

No caso dos prestadores médicos, a percepção é de que houve pouca evolução tanto no aspecto da formalização do contrato com as operadoras quanto também na questão da adequação do conteúdo dos contratos existentes com a Resolução Normativa. Além disso, percebeu-se também que a heterogeneidade desse mercado interfere diretamente no cumprimento das regulamentações, ou seja, as diferenças de porte dos prestadores afetam diretamente esses resultados, principalmente nos casos de prestadores de pequeno porte e com pouco poder de barganha, que ainda atuam no mercado sem a figura contratual estabelecida.

Cabe ressaltar que o crescimento dos beneficiários e a demora na regulamentação da questão contratual contribuíram para um desequilíbrio entre o número de beneficiários e suficiência de rede de prestadores, ou seja, a formalização do contrato entre as partes é um meio para garantir o acesso aos serviços de saúde, ao conferir maior estabilidade na relação entre prestadores e operadoras e assegurar o atendimento ao beneficiário.

Entre os principais conflitos para a regulamentação dos contratos, destaca-se a questão do reajuste contratual entre operadoras e prestadores. Se por um lado as operadoras de planos de saúde defendem a livre negociação como critério de reajuste, por outro os prestadores defendem a adoção de um índice de reajuste nos contratos, por considerarem a livre negociação um critério não objetivo e pouco claro.

Em síntese, essas primeiras resoluções normativas não foram suficientes para minimizar os conflitos existentes na relação contratual entre operadoras e prestadores de serviço, principalmente no que tange aos critérios de reajustes. Novamente, sob um contexto de forte pressão por parte dos prestadores, principalmente das entidades médicas, a ANS emitiu outra regulamentação, a Instrução Normativa – IN nº 49/12, estabelecendo a adoção de um índice de reajuste nos contratos. Segundo os entrevistados, a construção dessa nova normativa ocorreu sem a realização de uma ampla consulta a todas as partes interessadas, o que gerou inúmeros questionamentos tanto por parte das operadoras

de planos quanto dos prestadores de serviços de saúde. Nesse ambiente conflituoso foi estabelecida a prorrogação do prazo para o cumprimento dessa normativa, uma vez que se verificou que as adequações dos contratos se revelaram insuficientes e distorcidas, pois grande parte das operadoras de planos de saúde, para cumprir o estabelecido pela regulamentação, criou formas de 'cumprir' a IN por meio da imposição de percentuais de determinados índices econômicos que não refletiam as reais necessidades de reajuste, ou seja, adotou uma fração de índice qualquer somente para se adequar à normativa. Essa reação por parte das operadoras desagradou muito aos prestadores, ou seja, aumentou ainda mais o conflito já existente entre as partes. Para alguns representantes de operadoras, com a introdução dessa normativa a ANS extrapolou as funções típicas de um órgão regulador, ou seja, afetou negativamente o mercado ao prejudicar a livre negociação entre as partes e pelo risco de indexação ao estabelecer a fixação de um índice.

A ANS, apesar das reivindicações de alguns representantes, principalmente das entidades médicas, não considera a possibilidade de agir no sentido de fixar um índice, tanto pelo risco de indexação quanto por considerar inviável a fixação de um único índice, dada a heterogeneidade em qualidade e grau de incorporação tecnológica entre os prestadores.

Entre as dificuldades para o cumprimento do estabelecido pelas resoluções, os resultados sinalizam para os problemas na capacidade de fiscalização e punição da ANS. Nesse sentido, cabe destacar a inviabilidade de uma fiscalização ampla desse objeto, pelo tamanho do mercado de saúde suplementar brasileiro, que apresenta um elevado número de operadoras e uma extensa rede de prestadores de serviços em atividade.

Por esse motivo, foram implantados alguns programas voltados para a fiscalização de contratos com hospitais e serviços de SADT em amostra de operadoras, que produziram informações importantes para a regulamentação da questão contratual, além de evidenciar as dificuldades de aplicação de multa pecuniária para as operadoras de planos de saúde que descumpriram as resoluções normativas. Podemos evidenciar essas fragilidades no processo pela constatação do fato de que até dezembro de 2012 nenhuma operadora atuada pela fiscalização da ANS assinou um termo de ajuste de conduta para correção das inadequações identificadas.

Se por um lado se verificou uma grande pressão por parte dos prestadores para a regulamentação dos contratos, por outro as operadoras alegam como grande dificuldade para o cumprimento das normas a resistência dos prestadores de serviços em aceitar as cláusulas propostas pelas operadoras, ou seja, essa resis-

tência inviabiliza a construção de um contrato em que exista consenso entre as partes acerca de seu conteúdo. Por esse motivo, alguns representantes de operadoras defendem a extensão da regulamentação pela ANS aos dois principais atores do setor – operadoras e prestadores – por meio dos projetos de lei que estão em andamento e que visam a ampliar o escopo regulatório da ANS.

Assim, o estudo evidencia que as regulamentações que tratam da relação contratual são insuficientes para minimizar os conflitos existentes entre as operadoras de planos e os prestadores de serviços de saúde, pois existem outras variáveis que interferem na dinâmica contratual e que precisam ser contempladas na discussão. Entre estas, destacam-se a questão da qualidade dos serviços assistenciais prestados e a remuneração por desempenho, pontos que ainda não entraram na discussão da questão contratual, embora estejam sendo contemplados paralelamente em outros grupos da ANS.

Por fim, é importante destacar que o sucesso da ação regulatória na questão contratual depende de uma mudança de lógica de atuação do mercado, pois o cumprimento da regulamentação não garante os avanços na relação contratual entre as partes. Para que isso aconteça é necessário que operadoras de planos de saúde e prestadores de serviços formem uma parceria estratégica, compreendam sua interdependência e a importância de uma boa relação para a sustentabilidade do setor e a garantia de atendimento ao beneficiário.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, G. M.; FLEURY, M. T. L.; FLEURY, A. D. **Integração vertical nas operadoras de assistência médica privada: um estudo exploratório na região de São Paulo.** Prod. [online], v. 21, n. 1, 2011.

ANS. Caderno de Informação da Saúde Suplementar: beneficiários, operadoras e planos. Agência Nacional de Saúde Suplementar, setembro de 2014.

_____. Instrução Normativa nº 49 de 17 de maio de 2012.

_____. Resolução Normativa nº 42 de 4 de julho de 2003. Agência Nacional de Saúde Suplementar, 2003a.

_____. Resolução Normativa nº 54 de 28 de novembro de 2003b.

_____. Resolução Normativa nº 71 de 17 de março de 2004.

BRASIL. Lei nº 9.961 de 28 de janeiro de 2000. **Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS – e dá outras providências.** Diário Oficial da União, 28 de janeiro de 2000.

BRASIL. Portaria nº 1.721. **Cria o Programa de Reestruturação e Contratualização dos Hospitais Filantrópicos no Sistema Único de Saúde – SUS.** Ministério da Saúde, 21 de setembro de 2005.

CAMPOS, C. C. Um estudo das relações entre operadoras de planos de assistência à saúde e prestadoras de serviço. **O Mundo da Saúde**, São Paulo, v. 30, n. 2, p. 228-238, abr./jun. 2006.

COHN, A. (Coord.); ELIAS, P. E. *et al.* **Padrões de regulação utilizados por operadoras de planos de saúde e prestadores de serviços.** São Paulo: Cedec/ Cealag/Vanzolini/FFM, 382p. e Anexos (Relatório final), março de 2005.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA (CNI). INSTITUTO BRASILEIRO DE OPINIÃO PÚBLICA E ESTATÍSTICA (IPOBE). **Retratos da sociedade brasileira: Saúde Pública.** Brasília, 2012. Disponível em: <<http://www.cni.org.br/portal/data/files/00/FF80808134CE96AF0134D22242451D75/Retratos%20da%20Sociedade%20Brasileira%20Sa%C3%BAde%20P%C3%BAblica%20Janeiro%202012.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2012.

INSTITUTO DE ESTUDOS DE SAÚDE SUPLEMENTAR (IESS). **Pesquisa Instituto Datafolha**, 2011. Disponível em: <<http://www.iness.org.br/informativosiess/14.htm>>. Acesso em: 10 jul. 2012.

LIMA, C. R. M.; OLIVEIRA, R. M. S. Prestadores de Serviços no Setor de Saúde Suplementar no Brasil. In: LIMA, C. R. M. (Org.). **Administração da Assistência Suplementar à Saúde**. Rio de Janeiro: E-Papers Serviços, 2005.

MOZZATO, A. R.; GRZYBOVSKI, D. Análise de conteúdo como técnica de análise de dados qualitativos no campo da administração: potencial e desafios. **RAC**, Curitiba, v. 15, n. 4, p. 731-747, jul./ago. 2011.

SANTOS, F. P. A Lei 9.656: seus avanços e desafios. In: CECHIN, J. **A história e os desafios da saúde suplementar: 10 anos de regulação**. São Paulo: Saraiva, Letras e Lucros, 2008. p. 271-279.

SANTOS, F. P.; MALTA, D. C.; MERHY, E. E. A regulação na saúde suplementar: uma análise dos principais resultados alcançados. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 5, p. 1463-1475, 2008.

SILVA, A. A. **Relação entre Operadoras de Planos de Saúde e Prestadores de Serviços – Um Novo Relacionamento Estratégico**. Agência Nacional de Saúde Suplementar, 2003. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/portal/upload/biblioteca/TT_AR_6_AAlvesdaSilva_RelacaoOperadorasPlanos.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2012. Acesso em: 2 jun. 2012.

SINDHOSP. Avaliação do relacionamento de hospitais e operadores de planos de saúde. **VOX Populi**, 2010.

SINDICATO DOS HOSPITAIS, CLÍNICAS E CASAS DE SAÚDE DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO (SINDHRIO). **IN 49 – posicionamento das operadoras revolta prestadores**. Rio de Janeiro, 22 de junho de 2012. Disponível em: <<http://www.sindhrio.org.br/index.php/tiss-mainmenu-27/2714-in-49-posicionamento-das-operadoras-revolta-prestadores>>. Acesso em: 5 jul. 2012.

SINDICATO DOS HOSPITAIS, CLÍNICAS E LABORATÓRIOS DO ESTADO DE SÃO PAULO (SINDHOSP). **SINDHOSP se manifesta em relação à postura da Unidas**. São Paulo, 17 de julho de 2012. Disponível em: <<http://www.sindhosp.com.br/noticias/3658/SINDHOSP-se-manifesta-em-relacao-a-postura-da-Unidas>>. Acesso em: 22 jul. 2012.

UGÁ, M. A. D. *et al.* Mecanismos de microrregulação aplicados por operadoras de planos de saúde sobre hospitais privados. **Rev. Saúde Pública**, v. 43, n. 5, p. 832-8, 2009.

IV PRÊMIO IESS DE PRODUÇÃO CIENTÍFICA EM SAÚDE SUPLEMENTAR (2014)

1º lugar

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR: A CONCEPÇÃO DO “DIREITO COMO INTEGRIDADE” CONTRA A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

Geraldo Luiz Vianna

Resumo da dissertação apresentada como exigência parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito, ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito do Sul de Minas.

RESUMO

O presente trabalho procura sintetizar, em poucas páginas, a dissertação do Mestrado em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas, publicada posteriormente pela Editora Del Rey, em uma obra com 158 páginas, que teve como objetivo principal enfrentar a problemática da discricionariedade judicial no contexto da judicialização da saúde suplementar, pretendendo demonstrar que, em cada caso concreto, é preciso encontrar a resposta correta – no sentido dado por Ronald Dworkin – e que, esta resposta deverá ser a resposta mais adequada à Constituição. Para tanto, inicia fazendo uma distinção dos termos judicialização, ativismo e passivismo, bem como entre o positivismo exegético e o positivismo normativista kelseniano, identificando que, neste último, está fortemente presente a discricionariedade judicial, o que, segundo Hans Kelsen, seria inevitável. Procura analisar o tratamento normativo e judicial – principalmente do STJ – dado à saúde suplementar no Brasil, visando demonstrar a previsão, na Constituição, de dois sistemas de saúde: o público, de responsabilidade do Estado, e o privado, de caráter suplementar. Por fim, apresenta como hipótese para solução do problema da discricionariedade judicial a concepção do “direito como integridade” de Ronald Dworkin, visando aplicar a referida teoria a dois exemplos de casos difíceis da saúde suplementar: o reajuste por mudança de faixa etária do idoso e a cobertura de procedimentos nos planos de saúde antigos.

1. INTRODUÇÃO

No decorrer deste trabalho procuramos expor a problemática da discricionariedade judicial dentro do contexto da judicialização da saúde suplementar no Brasil e apresentar, como contribuição para solução da questão, uma teoria da decisão judicial que se mostrasse mais adequada às pretensões de correção e legitimidade.

Analisamos a regulamentação da saúde suplementar e a jurisprudência, especialmente do STJ, quanto à possibilidade do reajuste por mudança de faixa etária do idoso, bem como quanto à aplicação da Lei 9656/98 aos contratos antigos, firmados anteriormente ao início de sua vigência.

Fizemos críticas aos argumentos (e não ao resultado propriamente) apresentados pelo STJ no julgamento dos respectivos casos, onde procuramos tentar demonstrar o grau de discricionariedade presente nas decisões, fazendo uma relação com o positivismo normativista kelseniano.

Reconstruímos alguns aspectos importantes da teoria de Dworkin, trazendo alguns conceitos que caracterizam a sua tese, principalmente quanto ao combate ao positivismo jurídico e à discricionariedade judicial.

Com base na referida teoria, procuramos demonstrar que a irretroatividade, além de representar as garantias constitucionais do ato jurídico perfeito e do direito adquirido, como princípio de moralidade política que é, deverá prevalecer naquelas decisões judiciais que envolvem a aplicação retroativa da Lei dos Planos de Saúde e do Estatuto do Idoso aos contratos firmados anteriormente às suas respectivas vigências.

Decidir, no entanto, pela irretroatividade das leis, não quer dizer que todas as restrições de cobertura de procedimentos e todas as formas de reajustes sejam intocáveis pelo Judiciário. Pelo contrário, havendo restrições a procedimentos e reajustes abusivos ou discriminatórios, o consumidor beneficiário de plano de saúde poderá ter acesso à justiça, devendo os juízes e tribunais, analisando os casos concretos, verificar os abusos, discriminações e violações ao direito, mas sempre caso a caso, tendo como foco principal o respeito e a garantia da Constituição.

A concepção de Ronald Dworkin, portanto, mostrou-se como uma hipótese (de teoria da decisão judicial) viável e, acima de tudo, constitucionalmente adequada para superar a problemática da discricionariedade judicial.

Tendo como pano de fundo a teoria do “direito como integridade”, apresentamos resumidamente, ao final, as conclusões acerca das melhores interpretações e das respostas constitucionalmente adequadas aos questionamentos apresentados durante o trabalho, tanto no que se refere à legalidade do reajuste por mudança de faixa etária para maiores de sessenta anos de idade em contratos firmados anteriormente ao início da vigência do Estatuto do Idoso, quanto no atinente à aplicação da Lei dos Planos de Saúde aos contratos antigos, celebrados antes de 1 de janeiro de 1999, data em que a referida lei passou a vigorar.

2. POSITIVISMO NORMATIVISTA, JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL: A NECESSIDADE DE UMA TEORIA DA DECISÃO CONTRA A DISCRICIONARIEDADE

O termo “positivismo” tem várias concepções, sendo uma de suas vertentes o “positivismo jurídico” que, por sua vez, também possui mais de um sentido¹.

O positivismo jurídico, além de uma tendência científica e/ou filosófica, também esteve ligado à necessidade de segurança da sociedade burguesa². Após a Revolução Francesa de 1789, a codificação foi a solução para desconectar o novo direito, agora produto exclusivo da criação humana, do passado histórico, bem como centralizar o direito que até então era costumeiro e fragmentado³. Para o positivismo da Escola da Exegese⁴, ao juiz cabia apenas aplicar a lei (*bouche de la loi*), sendo-lhe vedado realizar interpretações, porque desnecessário. É a este positivismo que se refere quando se fala em positivismo exegético, legalista ou primitivo.

Kelsen⁵, por outro lado, desenvolveu um novo positivismo jurídico, superando, assim, aquele positivismo exegético. No capítulo VIII da “Teoria Pura do Direito”,

1 DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico*: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006, p. 65-66.

2 FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980, p. 31.

3 SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Intepretação, argumentação e decisão jurídica no positivismo clássico*. Material disponibilizado durante as aulas do mestrado da Faculdade de Direito do Sul de Minas, 2012, p. 3-7.

4 FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980, p. 31.

5 Cf. Rafael Simioni, “com base nessa concepção neopositivista de ciência [neopositivismo lógico da segunda fase do Círculo de Viena], Kelsen vai procurar fundar uma ciência genuinamente jurídica, isto é, uma ciência do direito diferenciada da sociologia, da filosofia e da política jurídica” (SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Intepretação, argumentação e decisão jurídica no neopositivismo de Hans Kelsen*. FDSM, 2012, p. 10-11).

o autor austríaco começa fazendo uma cisão entre interpretação autêntica e não autêntica. A interpretação autêntica seria um “ato de vontade” e, realizada por um órgão jurídico, teria o condão de criação do direito no momento de sua aplicação (prescrições jurídicas). Já a interpretação não autêntica seria um “ato de conhecimento” que, realizada pelos indivíduos que têm de observar (e não aplicar) o direito e, especialmente, pela ciência jurídica, apenas identificariam as possibilidades de aplicação do direito (proposições jurídicas) diante das normas plurissignificativas e da sua indeterminação, dando forma à moldura que representa o direito a interpretar. Segundo Kelsen, a fixação da moldura não conduz a uma única resposta correta, mas a várias soluções possíveis, e com igual valor. A superação de Kelsen está na revelação de que a mesma norma pode possuir vários sentidos, ao contrário do que diziam os exegetas, para quem a regra era clara e, se assim era, não havia necessidade de interpretação.

Kelsen admite que a interpretação feita pelo órgão aplicador do direito, que é sempre autêntica e ato de vontade, está presente não só quando esta interpretação assume a forma de uma lei geral, mas também quando cria direito apenas para um caso concreto, como no caso da sentença transitada em julgado. Para o nosso autor, pela via da interpretação autêntica não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa e, além disso, a escolha de uma ou outra possibilidade de interpretação poderá basear-se em critérios não jurídicos – somente a ciência jurídica está livre das interferências das demais ciências⁶. Aí reside o principal problema lançado por Kelsen: a ideia de discricionariedade do intérprete ou do decisionismo presente na metáfora da “moldura da norma”⁷, e, ainda, que esse desvio é impossível de ser corrigido⁸.

6 Segundo Rafael Simioni, “nesses casos [em que a interpretação autêntica pode produzir norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa], a decisão já não pode mais ser considerada juridicamente correta. Mas se assim foi, inexistindo possibilidade jurídica de anulação da decisão – porque por exemplo ocorreu o trânsito em julgado ou a preclusão –, a decisão marginal à moldura do direito passa a ter validade. E passa a ter validade na forma de um direito novo. Isso pode ser bastante comum no âmbito dos tribunais superiores, responsáveis por dar a última palavra sobre as decisões e contra as quais já não cabem mais recursos” (SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Intepretação, argumentação e decisão jurídica no neopositivismo de Hans Kelsen*. Material disponibilizado durante as aulas do mestrado da Faculdade de Direito do Sul de Minas, 2012, p. 47).

7 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 33.

8 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 33-34.

A problemática do enfrentamento da discricionariedade se agrava ainda mais quando, diante de um acentuado protagonismo do Poder Judiciário⁹, frequentemente questões relevantes para a sociedade – ou para determinados setores da sociedade – são levadas para decisão dos juízes e tribunais. É a chamada judicialização.

Para falar especificamente do problema da discricionariedade na judicialização da saúde suplementar e seu tratamento em uma cultura ainda muito enraizada no positivismo exegético e que, por isso, utiliza-se (inconscientemente) do positivismo normativista kelseniano sob o argumento de superação da aplicação *ipsis litteris* da lei, torna-se importante, antes, diferenciar os termos judicialização, ativismo e passivismo.

A judicialização, podemos dizer, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou e, principalmente, da crise da democracia representativa, já “[...] o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modelo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”, culminando numa mais ampla e intensa participação do Judiciário na (tentativa) de concretização dos objetivos constitucionais com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes¹⁰.

O oposto ao ativismo judicial é o passivismo, onde o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros dois Poderes, evitando aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, utilizando critérios rígidos e conservadores para declarar inconstitucionalidade e abstendo-se de interferir nas políticas públicas¹¹.

Ambas as concepções (ativismo e passivismo), vistas de modo extremado, são prejudiciais. Segundo Dworkin¹², num primeiro momento o passivismo parece uma teoria atraente na medida em que os juízes devem submeter sua vontade às vontades das maiorias políticas, mas, quando verificamos os problemas de-

9 STRECK, Lenio Luiz. *O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?* Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>>. Acesso em: 19 set. 2013.

10 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Miranda; FRAGALE, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). *Constituição e ativismo judicial: limites e responsabilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 279.

11 BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. In: COUTINHO, Jacinto Miranda; FRAGALE, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). *Constituição e ativismo judicial: limites e responsabilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 280.

12 DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 451.

correntes de uma postura passivista por parte dos julgadores, fragilizam-se seus fundamentos intelectuais. Quando se tem uma cultura constitucional onde os indivíduos têm direitos contra as maiorias políticas, a consequência mais provável é rejeitar o passivismo. Rejeitar o passivismo, no entanto, não significa dizer que devemos aceitar a teoria contrária, ou seja, o ativismo. Como diz Dworkin¹³, o “ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico”, onde o juiz, para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre como se fazer justiça, ignora o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições da cultura política. Mas o direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima, exige que os juízes apliquem a Constituição por meio da interpretação e que suas decisões devem ajustar-se à prática constitucional, e não ignorá-la¹⁴.

Com efeito, não se trata de uma escolha entre o ativismo e o passivismo judicial, mas sim da busca por uma alternativa que seja mais adequada ao modelo constitucional que se adotou, pois os direitos, ao mesmo tempo, não estão restritos aos textos das leis, à intenção original do legislador ou ao verdadeiro sentido da norma, nem tampouco justificam que o judiciário ordene de maneira arbitrária os demais poderes e/ou as pessoas a fazerem o que ele acha que deve ser feito. Os direitos devem ser resultado de uma interpretação adequada, ajustadas às práticas históricas (interpretação construtiva) e justificada em princípios de moralidade política¹⁵.

No cenário atual, quanto às ações que envolvem planos privados de assistência à saúde, podemos encontrar mais facilmente decisões judiciais com características próprias de um ativismo. Porém, o que nos causa preocupação ainda maior é o fato de algumas decisões apresentarem-se deficitárias de uma fundamentação constitucionalmente adequada, principalmente nos tribunais estaduais e no Superior Tribunal de Justiça, o que demonstra que a discricionariedade judicial, própria de um positivismo normativista, ainda vigora em nossa comunidade jurídica – sob o pretexto de ultrapassar as barreiras do positivismo (neste caso, o exegético), autodenominadas “neoconstitucionalistas”, é possível encontrar teorias e decisões judiciais que, ou “afastam o conteúdo de uma lei democraticamente legitimada com base em uma suposta ‘superação’ da literalidade do texto legal” para proteger direito fundamental violado, ou realizam políticas pú-

13 DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 451.

14 DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 452.

15 SIMIONI, Rafael Lazzarotto. O convencionalismo de Hart e o pragmatismo de Posner na perspectiva do direito como integridade de Dworkin. *Revista Jurídica da Faculdade de Direito Dom Bosco*, n. 10, ano 5, jul./dez. 2011, p. 120-121.

blicas em casos concretos na pretensão de efetivar direitos fundamentais, sem observar, em ambos os casos, a tradição histórica e as consequências de sua decisão, isto é, sem se dar conta de sua situação no mundo prático – o que, com Gadamer, podemos chamar de “consciência histórica efetual”¹⁶ e, com Dworkin, integridade¹⁷.

A questão que se coloca é que muitas destas interpretações/decisões – sem uma fundamentação consistente e constitucionalmente adequada, vistas como um ato de vontade do órgão jurídico aplicador do direito – padecem daquela discricionariedade própria do positivismo normativista kelseniano¹⁸. Tais decisões vêm muitas vezes “fundamentadas” em “macroprincípios” como dignidade da pessoa humana, direito à vida, direito à saúde, razoabilidade e proporcionalidade, bem como na necessidade de ponderação e escolha (arbitrária) do melhor princípio quando há “conflito” entre dois ou mais aplicáveis ao mesmo caso – numa equivocada recepção, à brasileira, da teoria da argumentação alexyana¹⁹. Isso quando não criam “princípios” *ad hoc*, sem qualquer lastro normativo, para resolver os “casos difíceis” – o que Lenio Streck chamou de “panprincipiologismo”²⁰.

O fato de inexistir um método de interpretação que possa dar garantia à correção da decisão judicial não autoriza o intérprete a escolher o sentido que mais lhe convier, o que seria dar azo à discricionariedade e/ou ao decisionismo típico do modelo positivista propugnado pelo próprio Kelsen²¹. Neste sentido, a discricionariedade tem como consequência a arbitrariedade²². É cada vez mais evidente a necessidade de uma teoria pós-positivista que, confirmando a superação do positivismo exegético, demonstre uma verdadeira ruptura com o positivismo normativista, tornando possível o controle e a correção normativa das decisões judiciais.

Não é fácil, porém, estabelecer uma teoria capaz de romper com o positivismo (em suas duas facetas) e, ao mesmo tempo, valorizar a autonomia do direito e a autonomia do mundo prático, preservando a segurança jurídica e homenageando a legitimidade democrática.

16 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 449. (v. I).

17 DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 213.

18 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 387-397.

19 ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2005.

20 Cf. STRECK. O panprincipiologismo e a refundação positivista. In: COUTINHO, Jacinto Miranda; FRAGALE, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). *Constituição e ativismo judicial: limites e responsabilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 221; e STRECK. *Verdade e consenso*, p. 517.

21 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 391.

22 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 39.

Neste contexto, diante da indiscutível necessidade de se estabelecer meios de controle das decisões judiciais, torna-se imperioso refletir sobre qual a maneira mais adequada de evitar subjetivismos e discricionariedades (ou arbitrariedades) na tomada de decisões pelos juízes (ativismo judicial) sem, por outro lado, engessar o Judiciário (passivismo judicial) retornando ao positivismo exegético há muito superado.

Um dos temas envolvendo direito fundamental que tem sido levado com grande frequência ao judiciário é o direito à saúde que, no Brasil, é objeto de longas controvérsias, tanto doutrinárias quanto jurisprudenciais. Mais especificamente no campo da saúde suplementar, muito se tem discutido a respeito dos direitos dos beneficiários consumidores de planos de saúde e da responsabilidade das operadoras que prestam o serviço de assistência privada à saúde. Na prática, o que se percebe é uma grande diversidade de decisões judiciais acerca do mesmo assunto, o que causa instabilidade e insegurança jurídica ao setor, principalmente porque tais decisões muitas vezes padecem de uma fraca ou inexistente fundamentação (fato que propicia/fomenta o aumento do uso de recursos), carregando consigo uma discricionariedade judicial do tipo “decido conforme minha consciência”²³.

As ações envolvendo, de um lado, as operadoras de planos privados de assistência à saúde e, de outro lado, os seus beneficiários consumidores, trazem decisões que em vários casos deixam de observar e aplicar a legislação especial sobre o assunto sem, contudo, trazer uma fundamentação adequada para o afastamento das normas positivadas, aplicam leis (retroativamente) a fatos ocorridos anteriormente à sua vigência, julgam de maneira automática e padronizada e, o que é pior, proferem decisões diferentes sobre casos que envolvem a mesma discussão.

Assim, pretendemos que a análise dos referidos casos e o confronto destes com uma teoria constitucionalmente adequada da decisão judicial possibilitem, ao final, uma compreensão melhor para o problema da judicialização da saúde suplementar.

23 STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

3. NORMATIZAÇÃO E JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR NO BRASIL: UMA ANÁLISE A PARTIR DA ATUAL REGULAMENTAÇÃO E DE DECISÕES DO STJ

Antes da vigência da lei dos planos de saúde (Lei nº 9.656, de 1998) e da lei de criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) (Lei nº 9.961, de 2000), o setor era regulado (se tomarmos uma concepção positivista), basicamente, pelo Código Civil e pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), além da Constituição Federal de 1988, que trouxe alguns dispositivos aplicáveis especificamente à saúde, pública e privada.

Após esse marco regulatório, houve um grande divisor de águas na saúde suplementar, passando a existir o que se convencionou denominar contratos regulamentados (planos novos) e contratos não regulamentados (planos antigos). Essa divisão, até agora, foi confirmada pelo STF no julgamento da liminar na ADI nº 1931, realizado no ano de 2004²⁴ quando, em decisão plenária, considerou inconstitucionais dispositivos da nova lei dos planos de saúde que regulamentavam contratos em curso, ou seja, firmados anteriormente à sua vigência, violando o direito adquirido e o ato jurídico perfeito, garantidos pelo art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal de 1988.

Desde então, tem aumentado significativamente o número de demandas no Judiciário discutindo questões referentes aos planos de saúde – como, por exemplo, o reajuste dos preços das contraprestações pecuniárias e a negativa nos planos antigos de coberturas previstas na nova lei e no rol de procedimentos e eventos em saúde da elaborado pela ANS.

Com a chamada judicialização da saúde suplementar, passam a ser encontradas, até com certa facilidade, decisões ativistas que, muitas vezes, sem uma fundamentação constitucional adequada, ignoram a existência de lei que trata especialmente do assunto e de resoluções normativas emanadas da Agência Reguladora.

Um dos temas mais complexos é o reajuste de faixa etária. Após o advento da lei dos planos de saúde, tornou-se praticamente pacífico o entendimento no sentido da legalidade deste tipo de reajuste, em razão da expressa previsão legal. No entanto, o tema torna-se problemático quando se trata de aumentar a mensalidade do idoso, principalmente em razão do disposto no § 3º do art. 15 do Estatuto do Idoso, que veda a sua discriminação nos planos de saúde pela

24 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 1931, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ. 28.05.2004.

cobrança de valores diferenciados por causa da idade. Muito se tem discutido, principalmente nos Tribunais estaduais e no Superior Tribunal de Justiça (STJ), acerca da aplicabilidade do Estatuto do Idoso aos contratos de plano de saúde firmados anteriormente à sua vigência e, conseqüentemente, a violação do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal (ato jurídico perfeito e direito adquirido).

Outro tema que tem gerado decisões diversas nos Tribunais é a cobertura de procedimentos nos planos antigos, ou seja, firmados anteriormente à vigência da Lei nº 9.656/98. Há decisões judiciais que aplicam a nova regulamentação aos contratos anteriores, para que sejam a eles incorporadas as novas coberturas dos planos de saúde, enquanto outras decisões afastam a incidência da nova legislação.

Tornou-se necessário, portanto, abordar alguns aspectos desses dois exemplos, analisando, primeiramente, a regulamentação positiva aplicável aos planos privados de assistência à saúde de forma geral e, posteriormente, os dispositivos legais e resoluções normativas que regulam ambos os casos, bem como as decisões do Superior Tribunal de Justiça a respeito, verificando-se, ao final, a adequabilidade constitucional das referidas decisões, tendo como pano de fundo a teoria do direito como integridade, de Ronald Dworkin.

Conforme a teoria de Ronald Dworkin²⁵, há casos que, segundo as concepções do positivismo jurídico, não podem ser submetidos a uma regra clara de direito – ou nenhuma regra regula o caso ou o caso apresenta, nos textos legais, duas ou mais respostas igualmente justificáveis. São os chamados “casos difíceis”, onde frequentemente juristas e juízes irão divergir sobre os direitos das partes.

Após análise de vários julgados do STJ, concluímos que a principal problemática discutida envolvendo a possibilidade do reajuste por mudança de faixa etária do idoso está, realmente, na aplicação ou não da Lei nº 10.741/03 (Estatuto do Idoso) a contrato firmado antes da sua vigência, e se essa aplicação implicaria em violação direta ao art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal (ato jurídico perfeito).

No dia 1/10/2010 foi distribuído perante o STF o Recurso Extraordinário nº 630852, interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, visando desconstituir decisão que considerou abusivo o aumento da contribuição em razão de ingresso em faixa etária diferenciada. A recorrente sustenta, justamente, que a aplicação do Estatuto do Idoso a contrato de plano de saúde firmado antes de sua entrada em vigor viola o art. 5º, XXXVI. No mencionado

25 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 127.

Recurso Extraordinário, em acórdão publicado em 31/05/2011, o STF reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada²⁶. O processo recebeu petição requerendo o ingresso como *amicus curiae* de outra operadora, da ANS e da Federação Nacional de Saúde Suplementar (FENASAÚDE) – o que foi deferido pela Ministra Rosa Weber, em decisão monocrática proferida em 25/4/2013 e publicada em 7/5/13. Resta, agora, aguardar o posicionamento do STF²⁷.

Ainda com relação ao reajuste por mudança de faixa etária do idoso, além da questão da retroatividade ou não da Lei nº 10.741/03, importa saber qual o melhor significado a ser atribuído à regra prevista no § 3º do art. 15 da referida lei, que estabelece que “é vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade”. Ou seja, qualquer reajuste em razão do implemento da idade, quando o beneficiário de plano ou seguro privado de assistência à saúde for idoso, é discriminatório? Ou será necessário verificar, em cada caso concreto, se o reajuste tem como intenção evitar que o idoso ingresse ou permaneça no plano de saúde para, aí sim, ser considerado como uma discriminação?

Conforme percebemos nos julgados analisados, há decisões do STJ nos dois sentidos.

Como dito, outro caso bastante debatido e que pode trazer divergências na área da saúde suplementar é o que envolve a aplicação ou não da Lei nº 9.656/98 (o que ainda está sendo discutido no STF em razão da ADI nº 1931) e atos normativos da ANS aos contratos antigos.

26 **Recurso Extraordinário 630852/RG, Relator(a) Min. ELLEN GRACIE, julgado em 07/04/2011:** Ementa: PLANO DE SAÚDE. AUMENTO DA CONTRIBUIÇÃO EM RAZÃO DE INGRESSO EM FAIXA ETÁRIA DIFERENCIADA. APLICAÇÃO DA LEI 10.741/03 (ESTATUTO DO IDOSO) A CONTRATO FIRMADO ANTES DA SUA VIGÊNCIA. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

27 Ao dizer que resta aguardar o posicionamento do STF sobre a questão da aplicação (retroativa) do Estatuto do Idoso aos planos antigos, não estamos afirmando que ao STF cabe a última e definitiva palavra sobre essa (ou qualquer outra) questão constitucional, pois, a novo ver, todas as decisões judiciais, em especial da Corte Suprema, devem ser analisadas e criticadas pela doutrina que, afinal, deve exercer esse papel. Neste sentido, Dworkin afirma que “é perfeitamente compreensível insistir que nossos juízes não devem ser encarregados da interpretação final e definitiva da Constituição. Se você teme um poder judicial demasiado grande, é isso que deve dizer” (DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 82). As decisões judiciais devem, obviamente, ser respeitadas e cumpridas, mas tal não significa que os juízes e tribunais (inclusive o STF) devem estar salvos de toda crítica.

Podemos dizer que um dos principais atos normativos da ANS é a resolução normativa que estabelece o rol de procedimentos e eventos em saúde, que constitui a referência básica para cobertura assistencial mínima nos planos privados de assistência à saúde.

Desde a edição da Lei nº 9.656/98 e, posteriormente, da Lei nº 9.961/98 foram editadas várias resoluções²⁸ estabelecendo um novo rol de procedimento e eventos em saúde, atualizando o rol de procedimentos já existente ou dispendo sobre determinada cobertura obrigatória, sendo que, em quase todas elas, havia previsão expressa no sentido de que a respectiva norma aplicar-se-ia somente aos planos privados de assistência à saúde cujos contratos tenham sido firmados a partir de 1º de janeiro de 1999, ou seja, somente aos planos novos.

Há, ainda, previsão legal²⁹ atribuindo competência à ANS para definir normas para implantação de programas de adaptação dos contratos antigos à Lei 9.656/98, a fim de torná-los regulamentados. A referida legislação, que foi regulamentada pela ANS através das Resoluções Normativas nº 64/03, 80/04 e 254/11, por si só, demonstra que tanto o Executivo quanto o Legislativo reconhecem que as regras decorrentes da Lei nº 9.656/98 não se aplicam aos contratos firmados anteriormente à sua vigência e, desta forma, criaram meios para incentivar a adaptação³⁰ e a migração³¹ dos planos antigos de maneira que, mantendo o equilíbrio contratual, esses consumidores passassem a ser beneficiados pela nova regulamentação do setor.

Quanto a este tema, a questão também apresenta divergências, especialmente nos tribunais estaduais³².

28 Resoluções do CONSU nº 10, 11 e 12; Resoluções Normativas nº 09, 59, 82, 154, 167, 192, 211, 261, 262, 281, 325, 338, 349 e 387.

29 Lei nº 10.850, de 25 de março de 2004.

30 **Adaptação** é o “aditamento de contrato de plano privado de assistência à saúde celebrado até 1º de janeiro de 1999, para ampliar o conteúdo do contrato de origem de forma a contemplar todo o sistema previsto na Lei nº 9.656, de 1998” (art. 2º, I, da RN nº 254, de 5 de maio de 2011).

31 **Migração** é a “celebração de novo contrato de plano privado de assistência à saúde ou ingresso em contrato de plano privado de assistência à saúde coletivo por adesão, no âmbito da mesma operadora, referentes a produtos com registro em situação “ativo”, concomitantemente com a extinção do vínculo ou do contrato, anterior a 1º de janeiro de 1999”.

32 A título de exemplo, assim como fizemos com relação reajuste por mudança de faixa etária do idoso, trazemos a ementa de dois acórdãos do TJMG com decisões inversas, onde o primeiro decide pela aplicabilidade da Lei dos Planos de Saúde (e, consequentemente, do rol de procedimentos da ANS) aos planos antigos e outro entendendo pela irretroatividade da mesma lei: **Apelação Cível 0069057-21.2008.8.13.0024 (1), Relator(a): Des.(a) Tarcisio Martins Costa, Julgado em 10/08/2010. EMENTA: AÇÃO**

O STJ³³ mostra-se incoerente em suas decisões, na medida em que, diante do Estatuto do Idoso, que considera “norma de ordem pública”, o contrato de plano de saúde é de “trato sucessivo” e, portanto, a lei (nova) tem aplicação imediata, ou seja, retroage; diante da Lei dos Planos de Saúde, a retroatividade violaria o ato jurídico perfeito e o direito adquirido³⁴ e, portanto, não se aplica ao mesmo contrato que, no outro caso, é chamado de “trato sucessivo”³⁵. Ao que parece, o contrato de trato sucessivo, para o STJ, sofrerá a incidência da lei nova quando (o contrato) estiver diante de uma “norma de ordem pública” sem que se possa

COMINATÓRIA – PLANO DE SAÚDE – CUSTEIO DE CIRURGIA COM UTILIZAÇÃO DE “STENT” – PRESCRIÇÃO MÉDICA – NEGATIVA POR SE TRATAR DE PRÓTESE – CLÁUSULA EXCLUDENTE – NULIDADE – RELAÇÃO DE CONSUMO – RISCO DE VIDA – VIDA E SAÚDE – BENS SUPREMOS. (...) Ademais, a Lei 9.656/98 veio reafirmar, de forma específica, o que já era direito dos consumidores, sendo certo que, após a sua vigência, as disposições nela contidas passaram a incidir também sobre os planos de saúde firmados antes de seu advento. A vida e a saúde das pessoas são bens jurídicos de valor inestimável e, por isso mesmo, tutelados pela Constituição da República (artigos 196 e seguintes), não podendo, bem por isso, submeter-se a entaves de qualquer espécie. **Apelação Cível 0138893-21.2006.8.13.0390 (1), Relator(a) Des.(a) Pereira da Silva, Julgado em 29/09/2009.** EMENTA: SEGURO. PLANO DE SAÚDE. CLÁUSULA RESTRITIVA DE COBERTURA. REDAÇÃO CLARA. POSSIBILIDADE. CDC. IRRETROATIVIDADE DA LEI FEDERAL 9656/98 AOS PLANOS FIRMADOS ANTES DE SUA VIGÊNCIA. OPÇÃO PELA MANUTENÇÃO NO PLANO ANTIGO. VOTO VENCIDO. Não se aplica a Lei Federal nº 9.656/98 aos contratos celebrados antes de sua entrada em vigor, ainda mais quando o usuário opta por permanecer no plano anterior.

- 33 Realizamos uma pesquisa no sítio oficial do STJ e, utilizando dos critérios “plano antigo” ou “plano não regulamentado” e “cobertura”, encontramos decisões no sentido da não retroatividade da Lei nº 9.656/98 aos planos de saúde cujos contratos foram firmados anteriormente à sua vigência.
- 34 É interessante anotar, aqui, o entendimento do STJ, manifestado em recente decisão, de que é pacífica a orientação do Tribunal “no sentido de que os princípios contidos na Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada, apesar de previstos em norma infraconstitucional, não podem ser analisados em Recurso Especial, pois são institutos de natureza eminentemente constitucional (AgRg no AREsp 320751 / DF; Relator(a) Ministro HERMAN BENJAMIN (1132); Órgão Julgador: T2 – SEGUNDA TURMA; Data do Julgamento: 11/06/2013; Data da Publicação/ Fonte: Dje 25/06/2013; Precedentes citados: AgRg no AREsp 238239-RJ, AgRg no AREsp 202888-MG, AgRg no Ag 1349674-SP, AgRg no Ag 1421813-SC, AgRg no Ag 1261612-SP). Não obstante, o próprio STJ já se manifestou, em outros casos – além daqueles acima mencionados que envolvem planos de saúde –, acerca da irretroatividade, inclusive por seu órgão especial em respeito à “cláusula de reserva de plenário” (art. 97, CR/88), como, por exemplo, no julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial n.º 644.736/PE”.
- 35 De acordo com a doutrina civilista, nos contratos “de trato sucessivo” ou “de execução sucessiva” a obrigação permanece, ou seja, continua produzindo efeitos futuros, apesar das soluções periódicas (pagamentos) (BRASIL, Código Civil e legislação civil em vigor / Theotonio Negrão, José Roberto F. Gouvea; com a colaboração de Luís Guilherme Aidar Bondioli. 27. ed. São Paulo: Saraiva: 2008, p. 544; e: FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 473).

falar em retroatividade ou violação ao ato jurídico perfeito; porém, estando diante de norma “privada”, não importa se o contrato é de trato sucessivo, pois a lei, não sendo de ordem pública, não terá efeito imediato, isto é, retroativo a contrato firmado anteriormente à sua vigência. No entanto, é cabível o seguinte questionamento: a quem caberá dizer quando se está diante de uma norma de ordem pública ou de ordem privada? É dizer, na atual quadra da história nem sempre tal definição é um “dado”, visto que, superada a ideia de público como estatal³⁶, as fronteiras entre os Direitos Público e Privado já não são mais tão nítidas como foram no passado.

A decisão do STJ também se mostra incoerente com a história do nosso direito e, principalmente, com as decisões do Supremo Tribunal Federal. Mormente na resolução dos casos mais complexos, é importante levar em consideração a tradição da respectiva comunidade jurídica. Conforme Moreira Alves, domina na tradição jurídica brasileira a teoria subjetiva do direito adquirido. Segundo o Ex-ministro do STF, o princípio do direito adquirido “se aplica a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer distinção entre lei de direito público e lei de direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva”³⁷.

No mesmo sentido, já se manifestou Gilmar Ferreira Mendes³⁸. Segundo o Ministro do Supremo, o disposto no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal de 1988, reproduz norma tradicional do direito brasileiro – desde a Constituição de 1934, com exceção da Carta de 1937, todos os textos constitucionais brasilei-

36 Cf. Alexandre Bahia, “desde a perspectiva habermasiana, não faz sentido uma separação que coloque “público” e “privado” como contraditórios. Além do já afirmado, isto é, que ambos estão em relação de tensão, há que se não perder de vista que **até a definição** do que se tem por “público” e por “privado” não poderá se tomada como um dado (*a priori*); antes, dependerá das diferentes apreensões discursivas que serão feitas em cada caso. O [...] Sistema de Direitos surge da relação de **co-originalidade** entre soberania popular (autonomia pública) e direitos humanos (autonomia privada). O meio institucional encontrado na Modernidade para fundar esse sistema é a **Constituição**” (BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Recursos extraordinários no STF e no STJ*: conflito entre interesses público e privado. Curitiba: Juruá, 2009, p. 238).

37 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 493, Relator Ministro Moreira Alves, RTJ 143, p. 724.

38 Em voto proferido no Agravo de Instrumento nº 667030, o Ministro Gilmar Mendes transcreve trecho do voto do então Ministro Moreira Alves, na Representação de Inconstitucionalidade nº 1.451: “Aliás, no Brasil, sendo o princípio do respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada de natureza constitucional, sem qualquer exceção a qualquer espécie de legislação ordinária, não tem sentido a afirmação de muitos – apegados ao direito de países em que o preceito é de origem meramente legal – de que as leis de ordem pública se aplicam de imediato alcançando os efeitos futuros do ato jurídico perfeito ou da coisa julgada, e isso porque, se se alteram os efeitos, é óbvio que se está introduzindo modificação na causa, o que é vedado constitucionalmente”.

ros têm consagrado cláusula semelhante³⁹. “A dimensão constitucional que se confere ao princípio do direito adquirido não permite que se excepcionem da aplicação do princípio as chamadas regras de ordem pública”⁴⁰⁻⁴¹.

No julgamento do Agravo de Instrumento nº 99.655-9, mesmo diante de um “contrato de trato sucessivo” – no caso, tratava-se de um contrato de locação –, o STF, por votação unânime, manifestou-se igualmente pela irretroatividade da lei, sob pena de violação do ato jurídico perfeito⁴².

Além de se mostrar incoerente com as próprias decisões e com a tradição do nosso direito, o STJ, nas decisões acima relacionadas, parece não conhecer ou (propositadamente) ignorar a existência de regras específicas sobre o assunto criadas pelo poder competente – ou seja, o Executivo, por meio da Agência Nacional de Saúde Suplementar, que normatiza o setor diante da atribuição que lhe foi determinada pelo Legislativo Federal (Lei nº 9.656/98 e Lei nº 9.961/00) e pela Constituição (art. 174) –, afastando tacitamente a sua aplicação, apenas utilizando-se de termos vagos e sem uma fundamentação (principiológica) adequada.

39 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 398.

40 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 399.

41 Cf. Reynaldo Porchat, é inteiramente falsa a afirmativa que sustenta a retroatividade das chamadas “leis de ordem pública” ou as “leis do direito público”, pois, antes de tudo, é difícilimo discriminar nitidamente o que seja de ordem pública e aquilo que é de ordem privada. Para o autor, o interesse público e o interesse privado se entrelaçam de tal forma que, na maioria das vezes, não é possível separá-los. Desta forma, seria altamente perigoso proclamar como verdade que as leis de ordem pública ou de direito público têm efeito retroativo. A simples invocação de um motivo de ordem pública não basta para justificar a ofensa ao direito adquirido, cuja inviolabilidade também é um forte motivo de interesse público. “Quer se trate de direito público, quer se trate de direito privado, a lei nova não pode ter efeitos retrativos” (PORCHAT, Reynaldo. *Curso elementar de direito romano apud* MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 399-400).

42 De acordo com o relator, Min. Moreira Alves, [c]om efeito, ninguém nega que o contrato de locação é um contrato de trato sucessivo. Mas nem por isso, obviamente, deixa de ser contrato consensual, que é ato jurídico perfeito no momento em que ocorre o acordo de vontades entre locador e locatário, ou seja, no instante em que se constitui. Daí a lição clássica de Carlos Maximiliano (Direito Intertemporal, n. 161, p. 190, Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1946): “Não se confundam contratos em curso e contratos em curso de constituição: só estes a norma hodierna alcança, não aqueles (locador por exemplo); pois são atos jurídicos perfeitos, constituídos, que se acham em curso de efeito”. E mais adiante (n. 168, p. 197), acrescenta: “Os efeitos de contrato em curso no dia da mudança de legislação regulam-se conforme a lei da época da constituição do mesmo; a norma anterior não os modifica, diminui ou acresce”.

Na maioria das decisões, conforme pudemos perceber, o STJ também se mostra indiferente ao caso concreto, especialmente quanto ao reajuste por mudança de faixa etária do idoso, passando a considerar todo e qualquer reajuste para maiores de sessenta anos como discriminatório.

Como vimos no início, Kelsen já constatava que a interpretação do direito é evada de subjetivismos provenientes de uma razão prática solipsista. Lançando o problema da discricionariedade, dizia que pela via da interpretação autêntica não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa e, além disso, a escolha de uma ou outra possibilidade de interpretação poderá basear-se em critérios não jurídicos.

O Superior Tribunal de Justiça, além de não mencionar a existência de regras específicas sobre o assunto (criadas pelo poder público competente que regulamentou a matéria), ao argumentar que determinada lei tinha aplicação imediata (isto é, retroatividade) por se tratar de norma de ordem pública e, ainda, que o interesse público que subjaz a referida lei deveria prevalecer, baseou-se em critérios políticos (não jurídicos) para fundamentar suas decisões. Trata-se de decisões que, em detrimento do direito individual da irretroatividade (caracterizada pela inviolabilidade do direito adquirido e ato jurídico perfeito), foi privilegiado o chamado “interesse público coletivo”, com o intuito de controlar de forma geral e abstrata os reajustes de faixa etária do idoso, independentemente da época da celebração do contrato de plano de saúde e sem considerar o caso concreto.

Mas será que referidas decisões, na forma como proferidas, são as mais adequadas à Constituição? Decidir com base em argumentos de política (em prol da coletividade) ao invés de argumentos de princípio (que privilegiam direitos dos indivíduos) é a forma mais correta? Como compatibilizar as decisões judiciais – no nosso caso exemplificativo, do STJ envolvendo a judicialização da saúde suplementar – de modo que, sem retornar ao positivismo exegético do tipo “letra fria da lei”, torne-se possível se livrar da discricionariedade do positivismo normativista tão presente nas decisões judiciais atuais?

4. A CONCEPÇÃO DO “DIREITO COMO INTEGRIDADE” CONTRA A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

A filosofia sempre exerceu e continua a exercer uma forte influência no direito. Atualmente, com o surgimento de várias teorias jurídicas pós-positivistas, ocorre um fenômeno que Streck chama de invasão do direito pela filosofia, razão pela qual, segundo ele, torna-se mais adequado falar em filosofia *no* direito, no lugar da tradicional filosofia *do* direito⁴³. Grandes filósofos passam, então, a influenciar o pensamento dos juristas, que procuram na filosofia a resposta para muitas questões que não são facilmente respondidas pelo direito positivo.

Como já percebido por Kelsen desde Teoria Pura do Direito, a norma é resultado da interpretação⁴⁴, contudo, no atual paradigma⁴⁵, é inaceitável que a interpretação (ou a decisão) seja um ato de vontade do intérprete (ou do julgador). Após Kelsen, começam a aparecer várias teorias (auto)denominadas pós-positivistas com propostas de superação do positivismo jurídico⁴⁶. O fato é que todas as teorias pós-positivistas partem (ou deveriam partir) de um mesmo pressuposto para resolver o problema do subjetivismo sem retornar ao objetivismo: “a virada ontológica linguística” operada por Martin Heidegger⁴⁷ e posteriormente trabalhada por Hans-George Gadamer⁴⁸, onde a linguagem deixa de ser mero instrumento que liga o sujeito ao objeto, passando à “condição de ser no mundo” – afinal, como diz Gadamer: “O ser que pode ser compreendido é linguagem”⁴⁹. Nas palavras de Flávio Quinaud Pedron, a “linguagem, então, é compreendida não

43 STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 163.

44 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 389-390.

45 Referimo-nos, aqui, à noção de paradigma desenvolvida por Kuhn (KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998), que promove rupturas e proporciona novos olhares sobre as supostas verdades, e que se encontra “não fechou aspas intimamente vinculada aos desenvolvimentos da filosofia da linguagem, ao denominado giro linguístico, hermenêutico e pragmático (CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 31).

46 SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Decisão jurídica e autonomia do direito: a legitimidade da decisão para além do constitucionalismo e democracia. In: FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (Coord.). *Constitucionalismo e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 142.

47 HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

48 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. V. I. 3. ed. Petrópolis. Vozes, 1999.

49 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. V. I. 3. ed. Petrópolis. Vozes, 1999, p. 685.

apenas como mecanismo para transmissão de informações, mas, antes, como condição de acesso ao mundo⁵⁰.

É importante salientar que, desde Gadamer, todas as normas, como espécies que são de textos em geral, sempre “precisam” ser interpretadas, porque essa é a nossa “condição no mundo”. Não há como aplicar algo sem, ao mesmo tempo, compreender e interpretar. Para Gadamer, estes três momentos (aplicação, compreensão e interpretação) formam um processo unitário⁵¹. Segundo Alexandre Bahia, a percepção desse processo unitário, envolvendo aplicação, compreensão e interpretação, “representa um ganho imenso para a prática jurídica, pois agora denota-se que não é possível, *e.g.*, aplicar uma norma sem, ao mesmo tempo, compreendê-la e interpretá-la”. Continua Alexandre Bahia dizendo que “não é que o juiz *escolha* interpretar (e compreender) a norma, mas que é impossível que ele tente aplicá-la sem, ao mesmo tempo, fazer incidir um juízo sobre a mesma⁵²”.

As teorias que pretendem enfrentar o problema da interpretação do direito passam a adotar cada qual uma postura que, sob seus próprios argumentos (como, por exemplo, Dworkin⁵³, Habermas⁵⁴ e Alexy⁵⁵), tentam mostrar a maneira de se buscar a resposta correta ou mais adequada para os casos que dependem de uma decisão jurídica, e esta resposta – que não poderá ser nem objetivista e nem subjetivista, ou se preferir, nem exegética (por simples subsunção) e nem discricionária (arbitrária) – deve compatibilizar a autonomia do direito com as razões do mundo prático⁵⁶ e, para tanto, deverá o intérprete perceber a sua inserção no mundo, ou seja, que ele é um ser com os outros (intersubjetividade).

50 PEDRON, Flávio Quinaud. *Mutação constitucional na crise do positivismo jurídico: história e crítica do conceito no marco da teoria do direito como integridade*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p. 144.

51 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. 3. ed. Petrópolis. Vozes, 1999, p. 458. v. I.

52 BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Interpretação jurídica no marco do Estado Democrático de Direito: um estudo a partir do sistema de controle difuso de constitucionalidade no Brasil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2258, 6 set. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3588/interpretacao-juridica-no-marco-do-estado-democratico-de-direito/2>>. Acesso em: 9 nov. 2013.

53 DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

54 HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. 6. ed. Madri: Editorial Trotta, 2010.

55 ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.

56 SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Decisão jurídica e autonomia do direito: a legitimidade da decisão para além do constitucionalismo e democracia. In: FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (Coord.). *Constitucionalismo e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 160.

Tomando-se como pano de fundo a teoria de Dworkin, podemos dizer que “é a integridade do Direito a exigir atenção permanente às especificidades únicas e irrepetíveis dos casos concretos”, ou seja, é somente através do “exame reconstitutivo e criterioso da unicidade irrepetível de cada caso concreto que venha a se apresentar” que será possível promover, simultaneamente, as “pretensões à justiça (*Justice*) e à segurança jurídica (*fairness*)”, e permitirá, a um só tempo, “que nos libertemos do mito da possibilidade de decisão padrão capaz de se autoaplicar a todos os casos semelhantes”⁵⁷.

A proposta hermenêutica trazida por Dworkin, especialmente em sua obra “O império do direito”, tem como ponto principal a crítica à discricionariedade judicial. Para combater este problema, propõe uma teoria: a concepção do “direito como integridade”. Com sua teoria, Dworkin propõe a superação do positivismo jurídico por meio do abandono da visão do direito como questão de semântica de textos jurídicos e a substituição por uma visão do direito como integridade em relação a princípios de moralidade política importantes na comunidade⁵⁸. Segundo o autor, as teorias positivistas “sustentam o ponto de vista do direito como simples questão de fato, aquele segundo o qual a verdadeira divergência sobre a natureza do direito deve ser uma divergência empírica sobre a história das instituições jurídicas”⁵⁹ e que, para o positivismo, “não existem respostas certas, mas apenas respostas diferentes a difíceis questões jurídicas; que em última análise o discernimento é subjetivo; que é apenas o que parece certo, seja o que for, a um determinado juiz em um determinado momento”⁶⁰. Para Dworkin, somente na armadilha semântica do positivismo jurídico (“agulhão semântico”) é possível justificar esse subjetivismo, ou seja, aquela discricionariedade da decisão jurídica dentro da moldura do ordenamento jurídico apresentada por Kelsen⁶¹.

O ataque de Dworkin às teorias semânticas e, conseqüentemente, a abordagem do direito como “simples fato” vem através de, “primeiramente, sua importante ideia de entendimento interpretativo dos fenômenos sociais em geral e, em se-

57 CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 15-16.

58 SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Intepretação, argumentação e decisão jurídica em Ronald Dworkin*. Material disponibilizado durante as aulas do mestrado da Faculdade de Direito do Sul de Minas, 2012, p. 3.

59 DWORKIN. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 41.

60 DWORKIN. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 14.

61 SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Intepretação, argumentação e decisão jurídica em Ronald Dworkin*. Material disponibilizado durante as aulas do mestrado da Faculdade de Direito do Sul de Minas, 2012, p. 3.

guida, aplicando essa ideia ao caso do direito. A interpretação do direito, para ele, significa ver o direito como um corpo de doutrina integrado e coerente⁶².

Visando tornar a interpretação construtiva instrumento apropriado ao estudo do direito enquanto prática social, Dworkin estabelece três etapas de interpretação: (1) “uma etapa ‘pré-interpretativa’, na qual são identificadas as regras e os padrões que se consideram fornecer o conteúdo experimental da prática” – ressalva Dworkin que mesmo na etapa pré-interpretativa algum tipo de interpretação se faz necessário –; (2) “uma etapa ‘interpretativa’ em que o intérprete se concentra numa justificativa geral para os principais elementos da prática identificada na pré-interpretativa”, consistindo numa argumentação sobre a conveniência ou não de buscar uma prática com essa forma geral; e (3) “uma etapa pós-interpretativa ou reformuladora à qual ele ajusta sua ideia daquilo que a prática ‘realmente’ requer para melhor servir à justificativa aceita na etapa interpretativa⁶³.”

Dworkin afirma a importância de alcançar a resposta correta⁶⁴, o que, segundo ele, somente será possível por meio da interpretação construtiva⁶⁵ – análise do caso concreto, do próprio texto, das decisões anteriores, da tradição do direito daquela comunidade, da aplicação coerente de tais decisões e da compatibilidade de todas as situações com a Constituição. Admitir que o sujeito possua preferências pessoais, intuições e valores – o que é inerente ao modo próprio de ser-no-mundo de cada pessoa – não quer dizer que não possa haver condições de verificação da veracidade acerca de cada decisão desse sujeito, ou seja, da verificação da resposta correta⁶⁶.

De acordo com Dworkin, há três concepções antagônicas do direito que são novas no seguinte sentido: não pretendem rivalizar com as “escolas” doutrinárias (positivismo jurídico, escola do direito natural e realismo jurídico) e captam, cada uma delas, “temas e ideias importantes nessa literatura, agora organizados como afirmações interpretativas, não semânticas, sendo o debate delas mais

62 GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 27.

63 DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 81-82.

64 Cf. Lenio Streck, “é preciso compreender que, do mesmo modo que Gadamer, em seu *Wahrheit und method*, Dworkin não defende qualquer forma de solipsismo (a resposta correta que defende não é produto de uma atitude de um *Selbstsüchtiger*). É preciso entender que Dworkin superou – e de forma decisiva – a filosofia da consciência” (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 400).

65 DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 61.

66 STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 396.

esclarecedor do que as velhas batalhas dos textos”. Ele chama essas concepções de “convencionalismo”, “pragmatismo jurídico” e “direito como integridade”⁶⁷.

Em contraposição às teorias do convencionalismo e do pragmatismo jurídico, Dworkin apresenta justamente a concepção do “direito como integridade”, traçando a distinção entre as referidas teorias e demonstrando por que a integridade deve ser adotada como a mais adequada. A despeito da popularidade das teorias por ele denominadas de convencionalismo e pragmatismo, “o direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais, voltados para o passado, ou programas instrumentais, voltados para o futuro”⁶⁸. Assim como no convencionalismo (e diferentemente do pragmatismo jurídico), o direito como integridade valoriza a coerência entre as decisões judiciais e as pretensões juridicamente asseguradas por decisões políticas do passado, mas diferentemente daquela concepção, o direito como integridade, além de respeitar as convenções políticas e precedentes anteriores, também exige que sejam observados os princípios de moralidade política na justificação das decisões. Enquanto o convencionalismo “rejeita a coerência de princípio como uma fonte de direitos”, o direito como integridade “supõe que as pessoas têm direitos – direitos que decorrem de decisões anteriores de instituições políticas, e que, portanto, autorizam a coerção – que extrapolam a extensão explícita das práticas políticas concebidas como convenções”⁶⁹.

A integridade, para Dworkin, é mais uma virtude política, ao lado das virtudes tradicionais da equanimidade, da justiça e do devido processo legal. Ela não é superior, nem inferior, mas uma quarta virtude. “É uma virtude que disciplina a leitura moral do direito, impedindo que os juízes interpretem o direito de qualquer jeito, sem um comprometimento substancial com a integridade dos princípios da moralidade política”⁷⁰. Os juízes, alerta o nosso autor, não podem pensar que os dispositivos morais abstratos expressem um juízo moral particular qualquer, por mais que esse juízo lhe pareça correto, a menos que tal juízo seja coerente, em princípio, com o desenho industrial da Constituição como um todo e também

67 DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 118.

68 MEYER, Emilio Peluso Neder *et al.* *Interpretação do direito e legitimidade das decisões judiciais: uma análise do papel do Supremo Tribunal Federal na edição da súmula vinculante nº 05*, p. 7. Disponível em: <<http://www.domtotal.com/direito/uploads/pdf>>. Acesso em: 27 out. 2013.

69 DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 164.

70 SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Interpretação, argumentação e decisão jurídica em Ronald Dworkin*. Material disponibilizado durante as aulas do mestrado da Faculdade de Direito do Sul de Minas, 2012, p. 51.

com a linha de interpretação constitucional predominantemente seguida por outros juízes no passado⁷¹.

Dworkin divide a integridade em dois princípios: um princípio de integridade na legislação e um princípio de integridade na aplicação do direito. No primeiro, exige que os legisladores mantenham o direito em coerência com o sistema de princípios que essas decisões políticas pressupõem e endossam. No segundo, exige que os juízes, responsáveis por decidir o direito, concebam-no como um todo, e não uma série de decisões distintas que eles são livres para tomar ou omissão uma por uma⁷².

Falando mais especificamente da integridade na aplicação judicial do direito, conforme já mencionamos, Dworkin diz que há casos, segundo as teorias do positivismo jurídico, que não podem ser submetidos a uma regra clara de direito – ou nenhuma regra regula o caso (lacuna) ou o caso apresenta, nos textos legais, duas ou mais respostas igualmente justificáveis. São os casos difíceis, onde frequentemente juristas e juízes irão divergir sobre os direitos das partes⁷³. Contrariando as demais concepções do direito, Dworkin defende, com base na integridade, a existência de uma única resposta correta para todos os casos, mesmo sabendo que se trata de uma visão bastante impopular⁷⁴. A teoria da única resposta correta baseada na integridade do direito para os casos difíceis reforça o combate ao convencionalismo, ao pragmatismo jurídico e às teorias semântico-jurídicas, especialmente no que diz respeito à discricionariedade das decisões judiciais.

Fazendo uso da noção de interpretação construtiva, Dworkin utiliza-se de uma metáfora: “o romance em cadeia”, onde os juízes são comparados a um grupo de romancistas que escrevem um romance em série, em que cada um é responsável por redigir um capítulo de uma obra já iniciada. Ao escrever, o romancista deve preocupar-se com a ligação do seu capítulo com o que já foi escrito e, ao mesmo tempo, garantir uma abertura para que o escritor seguinte possa dar continuidade ao projeto⁷⁵. Neste sentido, ao proferir uma decisão, o juiz deve ao mesmo tempo observar a legislação vigente e os precedentes existentes, man-

71 DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 15.

72 DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 203.

73 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 127.

74 DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 175.

75 DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 275- 276.

tendo uma linearidade com relação às decisões do passado e, ao mesmo tempo, sem comprometer o projeto estabelecido para o futuro.

Para se chegar à única resposta correta, a interpretação realizada pela decisão jurídica deve considerar não só a substância das decisões precedentes, mas também o modo como essas decisões foram tomadas, destacando a autoridade que as realizou e as circunstâncias. Em termos metódicos, esta complexa atividade intuitiva pode ser organizada em quatro etapas a serem realizadas por um juiz criterioso e metódico: (1) “selecionar diversas hipóteses para a melhor interpretação dos casos precedentes, mesmo antes de tê-los lido”; (2) “verificar cada hipótese dessa seleção perguntando se os juízes dos casos precedentes poderiam ter dado aqueles se estivessem, coerente e conscientemente, aplicando os princípios subjacentes a cada interpretação”; (3) “perguntar [...] se alguma das [...] hipóteses restantes deve ser excluída por incompatibilidade com a totalidade da prática jurídica mais geral”; e (4) “colocar à prova as hipóteses de interpretação levando em consideração a coerência da decisão como parte de uma teoria geral coerente, capaz de justificar” as decisões precedentes sobre o assunto e “do melhor modo a própria ‘rede de estruturas e decisões políticas de sua comunidade, perguntando se ela poderia formar parte de uma teoria coerente capaz de justificar a rede como um todo”⁷⁶. No entanto, Dworkin sabe que “nenhum juiz real poderia impor nada que, de uma só vez, se aproxime de uma interpretação plena de todo o direito que rege sua comunidade” e, por isso, imagina um juiz hercúleo, dotado de talentos sobre-humanos e com um tempo infinito a seu dispor – a metáfora do “Juiz Hércules”⁷⁷,

um magistrado que, ao mesmo tempo, conhece todos os princípios e vê os elementos do direito vigente ligados por “fios argumentativos”. Desde essa perspectiva, os juízes são, ao mesmo tempo, autores (porque acrescentam algo ao Direito) e críticos (porque o interpretam). Por isso a analogia que faz entre a atividade interpretativa do juiz e um romance escrito em cadeia, onde cada autor escreve um capítulo da história (e para isso tem de ler os antecedentes)⁷⁸.

Em todas as etapas, “a decisão jurídica deve procurar avaliar a adequação da interpretação em relação aos princípios da moral política da comunidade, para

76 SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Interpretação, argumentação e decisão jurídica em Ronald Dworkin*. Material disponibilizado durante as aulas do mestrado da Faculdade de Direito do Sul de Minas, 2012, p. 63-65.

77 DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 294.

78 BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Interpretação jurídica no marco do Estado Democrático de Direito*: um estudo a partir do sistema de controle difuso de constitucionalidade no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2258, 6 set. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3588/interpretacao-juridica-no-marco-do-estado-democratico-de-direito/2>>. Acesso em: 9 nov. 2013.

poder justificar a escolha da interpretação que cumpra com a exigência de integridade⁷⁹. Então, para tornar completa a teoria dworkiniana do direito como integridade, é fundamental a ideia de uma comunidade de princípios e que o juiz, ao decidir, deve lançar mão de argumentos de princípio, e não argumentos de política.

Dworkin traça três modelos de comunidades possíveis com base nas relações humanas que, necessariamente, pressupõem-se como relações sociais: (1) a comunidade por acidente, onde os membros convivem por necessidade como, por exemplo, por razões ecológicas, geográficas ou decorrentes de fatos históricos; (2) a comunidade de regras, onde os membros obedecem a regras estabelecidas por essa comunidade por meio de um acordo político, fruto de negociações entre interesses antagônicos como, por exemplo, um contrato; (3) a comunidade de princípios, onde os membros compartilham fundamentos e convicções comuns, onde os direitos e deveres políticos não estão ligados apenas às decisões particulares tomadas no passado, mas são dependentes de um sistema de princípios (da moralidade política) que essas decisões pressupõem e endossam⁸⁰.

É importante mencionar a relação que Dworkin traça entre regras e princípios. Para ele, numa concepção positivista, regras são as normas jurídicas (do direito positivo) que obrigam, proíbem ou facultam algo, cuja aplicação seria uma questão de tudo ou nada – ou a regra é válida ou não é, ou se aplica ou não se aplica, ou é violada ou não é violada, não existe meio termo – esta situação seria característica de uma comunidade de regras. Já os princípios, são normas jurídicas decorrentes dos padrões morais e políticos que as decisões jurídicas recorrem para resolver os casos que não são suficientemente solucionados pelas regras do direito positivo e, ainda, mostram razões que conduzem a decisão para determinado sentido⁸¹. Na concepção dworkiniana, não é possível, em qualquer caso, a aplicação das regras aos fatos por simples subsunção, pois sempre haverá uma atitude interpretativa, e os princípios nortearão a aplicação das regras aos casos concretos⁸².

79 SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Intepretação, argumentação e decisão jurídica em Ronald Dworkin*. Material disponibilizado durante as aulas do mestrado da Faculdade de Direito do Sul de Minas, 2012, p. 66.

80 DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 251-255.

81 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 35-46.

82 Cf. Streck, entre regras e princípios há diferença, e não cisão. Segundo o autor, “as regras não acontecem sem os princípios. Os princípios sempre atuam como determinantes para concretização do direito e, em todo caso concreto, eles devem conduzir para determinação da resposta adequada” (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 562).

Dworkin ainda estabelece uma distinção entre duas categorias de princípios que constituem argumentos bastante recorrentes na prática das decisões judiciais: princípios morais e políticas públicas. Para ele, decisões judiciais são frequentemente tomadas ou com base nos princípios morais da comunidade (argumentos de princípio) – que reforçam os direitos individuais e coletivos, tais como a igualdade e a liberdade –, ou na conformidade com os objetivos das políticas públicas do governo (argumentos de política) – como, por exemplo, estimular o desenvolvimento de um determinado setor da economia.

No entanto, há determinados casos (casos difíceis) em que pode haver uma colisão entre argumentos de princípio (princípios morais da comunidade) e argumentos de política (políticas públicas governamentais). Nestes casos, embora os argumentos de política possam justificar de forma convincente determinada decisão jurídica, os argumentos de princípio, segundo Dworkin, constituirão os melhores fundamentos, devendo sempre prevalecer⁸³.

Embora nos chamados *hard cases* possa parecer que uma decisão judicial apropriada deva ser gerada por políticas, pois os argumentos de política se mostram bastante convincentes, Dworkin defende “a tese de que as decisões judiciais nos casos civis, mesmo em casos difíceis [...], são e devem ser, de maneira característica, gerados por princípios, e não por políticas”⁸⁴. Podemos encaixar nesta hipótese os casos que foram decididos pelo Superior Tribunal de Justiça, analisados no decorrer deste trabalho, que entenderam pela aplicação do Estatuto do Idoso aos contratos firmados anteriormente à sua vigência, de modo a proibir todo e qualquer reajuste em razão do implemento da idade do consumidor idoso, mesmo havendo resoluções normativas emanadas da Agência Reguladora afirmando que a proibição do reajuste de faixa etária a partir de 60 anos valeria somente para contratos celebrados a partir de janeiro de 2004 (data de início da vigência do Estatuto do Idoso).

Analisando os principais fundamentos apresentados pelo STJ nas referidas decisões – de que a Lei nº 10.741/03 é norma de ordem pública e de que há um interesse social que subjaz do Estatuto do Idoso –, podemos observar que os argumentos utilizados foram de política, e não de princípio.

Para contrapor os argumentos de política apresentados pelo Superior Tribunal de Justiça em suas decisões sobre os planos de saúde que, segundo afirmam, justificavam a aplicação imediata da Lei nº 9.656/98 e da Lei nº 10.741/03 aos

83 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 128-132.

84 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 132.

contratos (de trato sucessivo) firmados anteriormente, procuramos demonstrar que a irretroatividade, representada positivamente pelas garantias constitucionalmente estabelecidas do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada, trata-se de questão de princípio e que, portanto, deverá prevalecer sobre aquelas questões de política⁸⁵.

Portanto, se a irretroatividade é uma questão de princípio e, inclusive, foi prevista positivamente pela Constituição Federal de 1988 como direito fundamental (art. 5º, XXXVI)⁸⁶, uma decisão judicial que determina a aplicação de uma lei nova a contratos firmados anteriormente à sua vigência, sob argumentos de política, mostra-se constitucionalmente inadequada, sobretudo se analisada sob o prisma da concepção do “direito como integridade” de Ronald Dworkin.

O Superior Tribunal de Justiça, em várias das decisões apresentadas e discutidas neste trabalho, não obstante existir legislação e regulamentação específicas

85 As operadoras de plano de saúde, quando elaboram seus contratos (de adesão) para comercialização, tanto nas regras sobre cobertura de procedimentos, quanto na de reajustes por mudança de faixa etária, fazem seus cálculos atuariais, com amparo em nota técnica profissional, e, baseando-se na legislação vigente, procuram fixar seus preços de modo a manter um equilíbrio econômico-financeiro e, conseqüentemente, a viabilidade do negócio que, afinal de contas, tem finalidade econômica. Diante destes argumentos, parece-nos incoerente (no sentido dado por Dworkin sobre a integridade no Direito) que uma nova lei mude a regra no meio do jogo, ou seja, atingindo contratos firmados anteriormente à sua vigência, surpreendendo as operadoras que haviam se organizado para estabelecer um preço que fosse, ao mesmo tempo, atrativo para o consumidor e suficiente para não perder o equilíbrio contratual, mantendo o negócio sustentável.

86 Neste ponto, torna-se importante lembrarmos-nos da distinção entre o sistema público (de acesso universal e gratuito) e o privado (de caráter supletivo) estabelecida pela Constituição. Não há dúvida de que o direito à saúde é, também, um direito fundamental (art. 6º, da CR/88). Entretanto, estabelece o art. 196 da CR/88 que “a saúde é direito de todos e **dever do Estado**, garantido mediante **políticas sociais e econômicas** que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (grifo nosso). Portanto, o serviço público de saúde é um dever do Estado, que o realiza por meio de políticas públicas, organizadas pelo Sistema Único de Saúde (SUS) (art. 198, CR/88), podendo haver ou não a participação da comunidade na forma da lei (Lei nº 8.142/90) e da iniciativa privada, em caráter complementar, por meio da celebração de contrato ou convênio administrativo (Lei nº 8.080/90). Por outro lado, a Constituição prevê, no art. 199, que “a assistência à saúde é livre à iniciativa privada”. Tal dispositivo constitui o fundamento da saúde privada, em que se dá a atividade das operadoras e seguradoras de saúde, estando elas, no entanto, submetidas à regulamentação e fiscalização do próprio poder público (art. 174, CR/88). Em suma, a saúde também é direito fundamental – tal como a irretroatividade das leis – mas, conforme dispõe a Constituição, sua concretização é dever do Estado, que deverá realizá-la mediante políticas públicas, não podendo repassar tal atribuição ao setor privado além dos limites estabelecidos pela própria Constituição.

sobre o assunto, ou criam direito novo, não previsto em lei, regulamento ou contrato (como, por exemplo, a cobertura de procedimentos tais como fornecimento de medicamentos para uso domiciliar e o *home care*), ou determinam a aplicação retroativa de uma lei nova a contrato firmado anteriormente à sua vigência (como, por exemplo, do Estatuto do Idoso, proibindo reajustes de faixa etária a partir dos sessenta anos de idade).

Além da problemática acerca do uso, pelo STJ, de argumentos de política em detrimento de argumentos de princípio, pudemos perceber que o Tribunal, na maioria dos casos envolvendo planos privados de assistência à saúde, decidiu de forma genérica e abstrata – sem analisar as especificidades do caso concreto –, especialmente quando manifestou entendimento no sentido de que todo e qualquer reajuste por mudança de faixa etária do idoso é abusivo e discriminatório por violação do § 3º do art. 15 do Estatuto do Idoso – ainda que o contrato, prevendo o reajuste em razão da idade, tenha sido firmado anteriormente ao início da vigência da referida lei.

Contudo, na perspectiva do “direito como integridade”, para que o juiz ou tribunal tome a decisão correta (constitucionalmente adequada), é necessário sempre considerar o caso concreto, inserindo-se, o julgador, no mundo prático. “Somente a situação concreta é que serve de parâmetro para a resposta correta (adequada à Constituição)”⁸⁷. A interpretação não se dá em abstrato, havendo, sempre, um processo de concreção.

A proteção da Constituição e da Lei Federal pelo STF e pelo STJ somente se farão efetivamente possíveis quando houver o julgamento do caso concreto, aplicando-se-lhe a norma em análise dentro do contexto apresentado. Não significa dizer que, para tanto, o STF e o STJ deverão reavaliar todas as provas apresentadas nos autos, mas sim aproveitar aquilo que já foi levado ao processo e avaliado pelas instâncias inferiores.

Conforme vimos, o STF, em decisão liminar proferida na ADI nº 1931, entendeu pela não aplicabilidade da Lei nº 9.656/98 aos planos privados de assistência à saúde firmados anteriormente à sua vigência, sob pena de violação ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal de 1988). Por se tratar de decisão em controle concentrado de constitucionalidade, referida decisão não analisou qualquer caso concreto, mas sim a compatibilidade, em tese, de dispositivos de uma lei federal com o texto constitucional.

87 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 179.

Vimos, também, que o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar determinadas ações envolvendo a aplicabilidade ou não da Lei nº 9.656/98 aos planos de saúde antigos, na mesma linha do STF decidiu, em síntese, que as disposições da Lei nº 9.656/98 não retroagem e só se aplicam aos contratos celebrados a partir de sua vigência e aos contratos que, celebrados anteriormente, foram adaptados para seu regime.

Nestes casos, em que se discutia a aplicação ou não da Lei nº 9.656/98 e os novos procedimentos aos contratos firmados anteriormente à sua vigência, entendemos que o julgamento foi acertado quando o STJ (embora com alguns argumentos a nosso ver equivocados) decidiu pela irretroatividade da lei e, analisando o caso concreto, determinou a cobertura de procedimento e material que, embora excluídos do contrato, eram necessários para o tratamento da doença que, naquele caso específico, tinham cobertura expressa pelo plano.

Já no pertinente à aplicação do Estatuto do Idoso aos contratos anteriormente celebrados, entendemos que, das decisões do STJ analisadas, algumas delas estão mais adequadas à Constituição, na medida em que realmente analisam o caso concreto e procedem a uma reconstrução do ordenamento que privilegia a integridade do direito, exceto no ponto em que, julgando os Embargos de Declaração, entendem pela aplicação retroativa da Lei nº 9.656/98 aos contratos firmados anteriormente à sua vigência, para justificar a possibilidade de as operadoras aplicarem o reajuste por mudança de faixa etária, já que previsto no art. 15 da referida lei.

5. CONCLUSÕES

Após análise da regulamentação dos planos de saúde e da jurisprudência acerca dos assuntos relacionados ao objeto do trabalho, tomando como pano de fundo a teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin, chegamos a algumas conclusões.

As Leis nº 9.656/98 e nº 10.741/03 não podem ser aplicadas aos contratos de plano privado de assistência à saúde firmados anteriormente à sua vigência, sob pena de violação ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido previstos no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal de 1988. Ainda que não houvesse previsão expressa na Constituição das referidas garantias, temos que a retroatividade das referidas leis (ou de qualquer outra) fere o princípio democrático que tem implícita a regra (constitucional) de que os indivíduos devem se submeter somente às

leis que, criadas legitimamente, já estavam vigentes ao tempo do fato. A retroatividade de uma lei vai de encontro, também, à tradição dos nossos Tribunais que, ao longo dos anos, tem se manifestado pela preservação da segurança jurídica. Portanto, deve vigorar, nesta discussão, o argumento da irretroatividade da lei (questão de princípio), ainda que existam, na outra ponta, argumentos de política bastante convincentes, como, por exemplo, a proteção da vida e da dignidade da pessoa humana através de um acesso mais amplo à saúde. Cabe ao Legislativo e ao Executivo, por meio de políticas públicas eficazes, promover o acesso universal e igualitário aos serviços de assistência à saúde, o que, neste caso, deverá ser feito pela saúde pública – isto é, pelo Sistema Único de Saúde (SUS) –, conforme determina a própria Constituição Federal de 1988 (artigos 196 a 198), cabendo à saúde privada a participação de forma suplementar, sujeita à autorização e fiscalização do poder público competente (art. 170) – neste caso, da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) –, observada a livre iniciativa, de acordo com o disposto no art. 199.

Com relação à questão das coberturas contratuais nos planos antigos, afirmar a irretroatividade da Lei dos Planos de Saúde e, conseqüentemente, a inaplicabilidade das garantias mínimas de cobertura previstas no rol de procedimentos e eventos em saúde elaborado pela ANS não significa dizer que toda e qualquer restrição contratual deve ser observada indistintamente. Deverá o julgador analisar, no caso concreto, se o contrato (firmado anteriormente à Lei nº 9.656/98) está de acordo com a Constituição Federal e com a legislação vigente à época da sua assinatura, especialmente o Código de Defesa do Consumidor, que traz regras bastante rígidas de proteção aos consumidores em geral, o que deve ser aplicado, obviamente, também aos beneficiários de planos privados de assistência à saúde⁸⁸ – é o caso, por exemplo, de verificar se as cláusulas que implicam limitação de direito do beneficiário foram redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão (§ 4º, do art. 54) e, ainda que a cláusula restritiva de procedimentos médico-hospitalares tenha observado esta condição, deverá ser declarada nula se tal restrição atingir direito ou obrigação fundamental inerente à natureza do contrato, de tal modo, a ameaçar seu objeto ou o equilíbrio contratual (§ 1º, I, do art. 51). O exemplo se enquadra na hipótese da restrição à quantidade de dias de internação por ano contratual, o que, aliás, já é assunto praticamente pacificado na jurisprudência no sentido que se trata de cláusula abusiva. Mesmo que se trate de contrato de plano de saúde celebrado anteriormente à vigência do Código de Defesa do Consumidor, a proteção do beneficiário contra os abusos dos fornecedores deverá ser garantida, sem que,

88 Neste sentido, dispõe a súmula 469 do STJ: “Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde”.

para tanto, se fale em retroatividade da lei, pois a “defesa do consumidor” é princípio geral da atividade econômica, o que foi, inclusive, previsto expressamente no art. 170, V, da Constituição Federal de 1988.

No que diz respeito ao reajuste por mudança de faixa etária, há necessidade de fazermos alguns esclarecimentos pontuais, decorrentes de três situações específicas diferentes, a depender da época da contratação do plano de saúde: 1) como vimos acima, o Estatuto do Idoso estabelece, no § 3º do art. 15, que “é vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade” e que, de acordo com a decisão do STJ proferida no Recurso Especial nº 866.840, independentemente da data da assinatura do contrato (se antes ou depois do início de vigência do Estatuto do Idoso), a discriminação não pode ser considerada abstratamente, para todo e qualquer reajuste de faixa etária, pois o abuso deverá ser aferido em cada caso. De fato, esta seria, a nosso ver, a melhor interpretação do dispositivo legal, pois a referida lei não diz que qualquer reajuste é vedado, mas somente o reajuste que configura discriminação. No entanto, como também vimos acima, o mencionado § 3º do art. 15 foi regulamentado pela Resolução Normativa nº 63, de 2003, da ANS, que determinou quais os reajustes por mudança de faixa etária as operadoras de plano de saúde poderão aplicar para os contratos firmados a partir de janeiro de 2004 (data de início da vigência do Estatuto do Idoso) e, dentre as faixas possíveis, a última prevista é com 59 anos de idade, do que se conclui pela impossibilidade de aplicação de reajuste por mudança de faixa etária do idoso que firmou contrato a partir de janeiro de 2004, ou seja, dentro da vigência do Estatuto do Idoso, por expressa vedação da Agência Reguladora, órgão que detém a competência (legal e constitucional) para normatizar e fiscalizar os planos de saúde; 2) para os beneficiários que firmaram o contrato de plano de saúde anteriormente à vigência do Estatuto do Idoso (janeiro de 2004), porém, já sob a égide da Lei dos Planos de Saúde (janeiro de 1999), seria permitido o reajuste por mudança de faixa etária após os sessenta anos de idade, pois o reajuste estaria, com algumas condições e restrições, permitido por expressa previsão do art. 15 da Lei nº 9.656/98, que diz: As variações das contraprestações pecuniárias estabelecidas nos contratos [...], em razão da idade do consumidor, somente poderão ocorrer caso estejam previstas no contrato inicial as faixas etárias e os percentuais de reajustes incidentes em cada uma delas, conforme normas expedidas pela ANS [...], sendo, no entanto, “vedada a variação para consumidores com mais de sessenta anos de idade, que participarem” dos planos de saúde previstos na lei, ou sucessores, há mais de dez anos. Regulamentando o dispositivo legal, como vimos, o CONSU elaborou a Resolução nº 06, de 1998, estabelecendo as faixas etárias de reajustes, sendo possível sua incidência até os setenta anos de idade, ressalvando-se que, caso o beneficiário, a partir dos sessenta anos, tenha plano

de saúde, regulamentado pela lei, há mais de dez anos, não poderá sofrer o referido reajuste. Estas regras são constitucionalmente adequadas, pois foram elaboradas pelo poder público competente (Legislativo e Executivo, nos limites do seu poder normativo), desde que aplicadas a contratos firmados posteriormente à sua vigência – dando-se oportunidade para que as pessoas afetadas (*in caso*, as operadoras de plano de saúde) possam se adequar às novas regras, organizando seus negócios de modo a precaver-se contra as consequências do descumprimento⁸⁹ – privilegiando a segurança jurídica, também garantida pela Constituição; 3) para os contratos celebrados anteriormente à vigência da Lei nº 9.656/98, os reajustes por mudança de faixa seriam admitidos, inclusive para os consumidores com mais de sessenta anos de idade, desde que houvesse expressa previsão contratual, uma vez que não há qualquer norma proibitiva neste sentido. Entretanto, em todas as hipóteses, independentemente da data da assinatura do contrato, o reajuste por mudanças de faixa etária poderá ser analisado no caso concreto e, verificando-se o abuso, deverá ser considerado nulo de pleno direito, pois tal prática violaria o Código de Defesa do Consumidor e a própria Constituição Federal.

89 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 134.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2005.

BAHIA, A. G. M. F. Interpretação jurídica no marco do Estado Democrático de Direito: um estudo a partir do sistema de controle difuso de constitucionalidade no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2258, 6 set. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3588/interpretacao-juridica-no-marco-do-estado-democratico-de-direito/2>>. Acesso em: 9 nov. 2013.

BAHIA, A. G. M. F. **Recursos extraordinários no STF e no STJ**: conflito entre interesses público e privado. Curitiba: Juruá, 2009.

BARROSO, L. R. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, J. M.; FRAGALE, R.; LOBÃO, R. (Org.). **Constituição e ativismo judicial**: limites e responsabilidades da norma constitucional e da decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CARVALHO NETTO, M. de; SCOTTI, G. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito**: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DIMOULIS, D. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006.

DWORKIN, Rd. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **O direito da liberdade**: a leitura moral da constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **O império do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FERRAZ JR., T. S. **A ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.

GADAMER, H.-G. **Verdade e método**. 3. ed. Petrópolis. Vozes, 1999. v. I.

GUEST, S. **Ronald Dworkin**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HABERMAS, J. **Facticidad y validez**: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. 6. ed. Madri: Editorial Trotta, 2010.

HEIDEGGER, M. **Ser e tempo**. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MEYER, E. P. N. *et al.* **Interpretação do direito e legitimidade das decisões judiciais**: uma análise do papel do Supremo Tribunal Federal na edição da súmula vinculante nº 05, p. 7. Disponível em: <<http://www.domtotal.com/direito/uploads/pdf>>. Acesso em: 27 out. 2013.

PEDRON, F. Q. **Mutação constitucional na crise do positivismo jurídico**: história e crítica do conceito no marco da teoria do direito como integridade. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

SIMIONI, R. L. Decisão jurídica e autonomia do direito: a legitimidade da decisão para além do constitucionalismo e democracia. In: FIGUEIREDO, E. H. L.; MONACO, G. F. de C.; MAGALHÃES, J. L. Q. de (Coord.). **Constitucionalismo e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

_____. **Intepretação, argumentação e decisão jurídica em Ronald Dworkin**. Material disponibilizado durante as aulas do mestrado da Faculdade de Direito do Sul de Minas, 2012.

_____. O convencionalismo de Hart e o pragmatismo de Posner na perspectiva do direito como integridade de Dworkin. **Revista Jurídica da Faculdade de Direito Dom Bosco**, n. 10, ano 5, jul./dez. 2011.

STRECK, L. L. Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas. In: STEIN, E.; STRECK, L. L. **Hermenêutica e epistemologia**: 50 anos de verdade e método. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. **O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>. Acesso em: 19 set. 2013.

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. **Verdade e consenso**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

IV PRÊMIO IESS DE PRODUÇÃO CIENTÍFICA EM SAÚDE SUPLEMENTAR (2014)

2º lugar

O DIREITO FUNDAMENTAL DO CONSUMIDOR EM CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE: A BUSCA DE UM PONTO DE EQUILÍBRIO ENTRE OS INTERESSES DOS CONSUMIDORES E DAS OPERADORAS

Bernardo Franke Dahinten

Artigo elaborado com base na monografia apresentada ao final do curso de Mestrado em Direito, da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2012-2014).

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo analisar, através de bibliografia especializada e decisões judiciais, a proteção dos consumidores nos contratos de planos de saúde e refletir sobre possíveis nortes para o alcance de um maior equilíbrio no setor, em vistas da sua sustentabilidade e harmonização. Inicia-se com uma introdução do tema, em um capítulo no qual é feita uma análise do atual estágio da ciência jurídica, seguida da apresentação da proteção do consumidor como direito fundamental e, ao final, do exame da relação entre direito do consumidor e planos de saúde. No segundo capítulo, é feita uma análise do contrato de plano de saúde em si, a partir de quatro perspectivas, e seus respectivos desdobramentos, para o entendimento e enfrentamento do tema, a saber: contrato de consumo, regulado, de natureza securitária e empresarial. No terceiro e último capítulo, segue-se com uma análise de dois dos principais temas oriundos de contratos de planos de saúde que dão azo a demandas judiciais entre consumidores e operadoras: reajustes de mensalidade e negativas de cobertura assistencial. Em ambos, traçam-se reflexões no sentido de se buscar um possível ponto de equilíbrio para cada questão, de forma a contemplar e harmonizar todos os interesses envolvidos, sobretudo o dos consumidores, sem, contudo, se olvidar da sustentabilidade que se quer (e se deve) garantir ao sistema da saúde suplementar.

1. INTRODUÇÃO

No atual contexto jurídico e social em que se vive, as celeumas e os conflitos em geral envolvendo discussões contratuais, que são alçados às portas do Poder Judiciário, são, na grande maioria das vezes, decididos favoravelmente às partes consideradas hipossuficientes. Assim, por exemplo, reclamações trabalhistas são decididas favoravelmente aos empregados e ações vinculadas a relações de consumo terminam em prol dos consumidores.

Tal tendência (humanizante, pode-se assim dizer), notadamente rotulada como justiça paternalista, é compreensível e decorrente do atual sistema jurídico, enraizado em valores humanos e sociais e estruturado através de direitos fundamentais. O universo jurídico vigente, na verdade, encontra, já nos seus germes, uma intenção protetiva, a qual busca, a rigor, uma justiça social e um equilíbrio material nas relações.

No estrito campo dos planos e seguros de saúde não é diferente. Mais do que em outras relações de consumo (tais como de telefonia, serviços bancários e seguros outros que os não de saúde), em que o protecionismo já é, como regra geral, constatável, nos planos de saúde a proteção despendida aos consumidores revela-se, muitas vezes, e com cada vez mais frequência, exagerada, o que acaba, como se pretenderá demonstrar, se voltando contra os próprios consumidores, além de banalizar a tutela pretendida pelo Código de Defesa do Consumidor e de colocar em risco a sustentabilidade da Saúde Suplementar.

1.1 Proteção do Consumidor e Planos de Saúde

1.1.1 Um novo Direito Privado, dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e a fundamentalidade da proteção do consumidor

Para se compreender a problemática envolvendo a proteção dos consumidores no mercado da saúde suplementar, revela-se imprescindível tecer, de forma inicial, algumas considerações sobre o atual estágio da ciência jurídica e da valorização da pessoa humana dentro do ordenamento, decorrente especialmente da constitucionalização do Direito Privado (e da advinda noção de um Direito Civil Constitucional) e da positivação da dignidade da pessoa humana, bem como dos direitos de personalidade e dos direitos fundamentais em geral.

Hoje em dia, presencia-se um Estado de Direito fruto da evolução que sofreram a ciência jurídica e, em especial, os direitos fundamentais. Não apenas no Brasil,

mas também mundialmente, fala-se em constitucionalização do Direito Privado (Direito Civil) como o resultado de uma série de mudanças e quebras de paradigmas que ocorreram na ciência jurídica, no estudo jurídico como um todo, tanto em sua teoria quanto em sua aplicação prática. Estas transformações marcaram um importante avanço no processo civilizatório da humanidade e no processo de constitucionalismo, este último iniciado antes da era cristã, com os gregos, compartilhado pelos romanos e que somente nos últimos 200 anos, com o iluminismo e a queda do absolutismo, voltou a emergir e a efetivamente tomar os contornos atuais e transformar a sociedade.

O que se viu, na verdade, foi uma transformação na forma de pensar a vida humana e de ver a sua relevância no campo jurídico, especialmente na seara das obrigações e dos contratos, campo no qual ganhou substancial destaque. O patrimônio, de máxima importância nos ordenamentos cunhados na era napoleônica, deixou de ser nuclear, passando a vida humana a assumir esta privilegiada posição. Não apenas a vida humana no sentido de viver por viver, mas uma vida com qualidade mínima.

Eugênio Facchini Neto¹ ensina que esta transformação constituiu uma verdadeira repersonalização do direito, com institutos do direito público, especialmente valores constitucionais, tais como a dignidade da pessoa humana, migrando para o direito privado. Luiz Edson Fachin² se utiliza do mesmo termo – repersonalização – para apontar a consequência do constitucionalismo e da superação da dicotomia entre “o universo jurídico público e o santuário privado clássico”.

Fato é que o Direito Civil (ou o Direito Privado como um todo) passou a ser, cada vez mais, compreendido como um ramo da ciência jurídica indissociável das diretrizes nucleares da ordem constitucional emergente (centradas na pessoa humana), não podendo mais ser orientado simplesmente pela ideia (ultrapassada) de que os indivíduos são todos iguais, sendo exigido, do Poder Público, não mera atividade de coordenação, mas de verdadeira ingerência e direcionamento. O resultado disso foi a concepção do assim rotulado “Direito Civil Constitucional”, que, na verdade, caracteriza-se como uma nova leitura do Direito Civil, centrada na dignidade da pessoa humana e direcionada à realização do programa axiológico do constituinte.

1 FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões Histórico-Evolutivas sobre a Constitucionalização do Direito Privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 53.

2 FACHIN, Luiz Edson. O “aggiornamento” do Direito Civil Brasileiro e a Confiança Negocial. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 116.

Como decorrência de tal evolução, a dignidade da pessoa humana, como valor supremo, passou a ser parte integrante dos ordenamentos jurídicos ao redor de todas as partes do globo. Na Alemanha, por exemplo, é prevista pela Lei Fundamental (*Grundgesetz*), já no seu artigo primeiro, de acordo com o qual a dignidade da pessoa humana é intangível e cujo respeito e proteção constituem obrigação de todo o poder público³. No Brasil, constitui, hoje, ao lado da soberania, da cidadania, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e do pluralismo político, fundamento da República (artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988 – CF/88).

Ingo Wolfgang Sarlet⁴, por seu turno, ventila interpretação no sentido de que o princípio da dignidade da pessoa humana apresenta-se como o valor unificador dos direitos fundamentais, na medida em que estes seriam desdobramentos e concretizações daquele⁵. Em trilha aproximada, Daniel Sarmento⁶ sustenta tratar-se, a dignidade da pessoa humana, do “epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas também toda a miríade de relações privadas [...]”.

Neste contexto de valorização da pessoa humana, valorização esta centrada essencialmente no princípio da dignidade da pessoa humana, os ordenamentos jurídicos passaram a se estruturar, precipuamente, com base nos direitos fundamentais. E, dentre os direitos fundamentais positivados na ordem constitucional brasileira, encontra-se a proteção dos consumidores (art. 5º, inciso XXXII).

A opção legislativa (e constitucional) de buscar fortalecer a proteção dos consumidores coaduna com um dos objetivos nucleares da própria dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais em geral, qual seja, o de alcançar, nas relações jurídicas e sociais, na maior medida possível, uma justiça material,

3 “*Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.*”

4 SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 62, 95 e 109.

5 Ingo Wolfgang Sarlet adverte, entretanto, ser discutível a afirmação de que todos os direitos fundamentais (catálogo do título II da CF/88) encontrariam algum vínculo com a dignidade da pessoa humana, sendo certo, por outro lado, que para alguma posição jurídica fora do catálogo ser equiparada aos direitos fundamentais ali inseridos, “deve, necessariamente, guardar vínculo direto com a dignidade da pessoa humana”. (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012. p. 279/283).

6 SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 85/86.

diminuindo desigualdades e protegendo – especialmente – os mais fracos, como os consumidores⁷.

Importante referir que, consoante apregoa Cláudia Lima Marques⁸, dada a referida fundamentalidade, o consumidor, como sujeito especial de direito, passa a ter direito a uma proteção diferenciada e multifacetada por parte do Estado. E, não apenas perante o Estado, sendo a eficácia deste direito fundamental inequivocamente oponível, também, perante agentes privados, tal qual ocorre com os direitos fundamentais de uma forma geral⁹.

Entretanto, não é apenas no texto constitucional que o consumidor encontra, dentro do atual sistema, proteção especial e institutos protetivos. A proteção dos consumidores, que, conforme lembra Adalberto Pasqualotto¹⁰, é desempenhada através não de uma norma, mas de um conjunto de instrumentos jurídicos (compondo um “sistema interdisciplinar”) é, na verdade, ainda mais efetivamente visualizada através da Lei nº 8.078/90, popularmente conhecida como Código de Proteção e Defesa dos Consumidores (CDC), uma norma inédita (não só no Brasil, mas no mundo)¹¹ e que foi criada com a finalidade precípua de proteger este sujeito de direitos.

O referido código é um produto emblemático do já comentado fenômeno da constitucionalização do direito e da consagração de um direito privado (civil) constitucional (ou, na expressão utilizada por Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem¹², de um “Novo Direito Privado”, ou “Direito Privado Solidário”, “cuja característica marcante é a proteção da pessoa humana, valor que inspira e

7 Pode-se afirmar que da CF/88 emerge um direito privado solidário, atento às fraquezas de certos grupos da sociedade (como os consumidores), ao contrário do que ocorria com o direito privado moderno, o qual rejeitava a identificação de sujeitos vulneráveis e carentes de proteção especial (MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis*. São Paulo: RT, 2012. p. 15/31).

8 BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 27.

9 BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 28.

10 PASQUALOTTO, Adalberto. Defesa do Consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. (Org.). *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*. v. I. São Paulo: RT, 2010. p. 26/28.

11 Antônio Herman V. Benjamin destaca que o CDC, além de revolucionário no Brasil, foi o primeiro no mundo do seu tipo – para proteger os consumidores. (BENJAMIN, Antônio Herman V. O Código Brasileiro de Proteção do Consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. (Org.). *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*. v. I. São Paulo: RT, 2010. p. 97/101).

12 MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis*. São Paulo: RT, 2012. p. 21 e 24.

reforça, especialmente, o reconhecimento e proteção entre todos, dos mais fracos, os vulneráveis da sociedade de massas contemporânea”).

Analisada, ainda que de forma bastante breve, a questão envolvendo este “Novo Direito Privado”, o fortalecimento e a positivação do princípio da dignidade humana como fruto da evolução das sociedades e dos ordenamentos, da estruturação jurídica do Estado fundada em direitos fundamentais, dentre os quais se encontra, repete-se, a proteção do consumidor, cabe agora relacionar planos de saúde com o Direito do Consumidor.

1.2 Plano de Saúde como Relação de Consumo

Com efeito, os contratos de plano de saúde, a exemplo do que ocorre com os contratos de natureza securitária em geral, nas suas mais variadas modalidades, enquadram-se como uma típica relação de consumo, sendo, portanto, as normas do CDC, neles, plenamente incidentes.

Nesse prisma, de pronto, mostra-se de absoluta relevância ressaltar que os contratos de natureza securitária – gênero do qual os seguros e planos de saúde são espécie – salvo raras exceções casuísticas, configuram típicas relações de consumo¹³.

Isto porque, atualmente, não apenas o termo “consumidor” está presente em diversas passagens da Lei nº 9.656/98 (a denominada Lei dos Planos de Saúde – LPS), como o próprio artigo 35-G dispõe que: “Aplicam-se subsidiariamente aos contratos entre usuários e operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o §1º do art. 1º desta lei as disposições da Lei nº 8.078, de 1990”¹⁴. Não obstante os

13 A propósito, aliás, fato é que a doutrina já vem, há muito, referindo que a Lei nº 9.656/98 se insere dentro do Direito do Consumidor, devendo incidir, por decorrência, os dispositivos do CDC. (LOPES, José Reinaldo de Lima. Consumidores de Seguros e Planos de Saúde (ou, Doente também tem Direitos). In: MARQUES, Cláudia Lima; LOPES, José Reinaldo de Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Coord.). *Saúde e Responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde*. São Paulo: RT, 1999. p. 29/35).

14 Em que pese o artigo 35-G da lei nº 9.656/98 referir a aplicação do CDC como subsidiária, Bruno Miragem adverte: “Esta redação, como bem aponta a doutrina especializada, não parece ser dogmaticamente correta. Não há falar em aplicação subsidiária, senão complementar entre as duas leis. Em outros termos: O CDC não deve ser aplicado apenas quando a Lei 9.656/98 não disponha sobre o tema em específico, senão que devem ambas as leis guardar coerência lógica, orientada pela finalidade de proteção do consumidor dos planos de assistência à saúde”. (MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 297).

mencionados dispositivos legais, o artigo 3º, §2º¹⁵, do próprio estatuto consumerista, expressamente prevê que serviços securitários são tutelados pelo referido código.

Veja-se, ademais, que já há muitos anos o Judiciário vem aplicando a legislação consumerista aos planos de saúde. Nesse sentido é o magistério de Cláudia Lima Marques¹⁶: “O STJ tem decidido pela aplicação do CDC a estes serviços, considerados serviços de consumo [...]”. Ademais, o STJ tratou de “resolver” a questão através da Súmula 469, segundo a qual “Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde”.

Além disso, há, no caso dos planos de saúde, pelo menos em tese, a verificação não apenas da vulnerabilidade típica de todo e qualquer consumidor¹⁷, mas uma *vulnerabilidade agravada*, diferenciada, notadamente por se tratar de questões envolvendo a saúde e, por vezes, idosos¹⁸.

15 Art. 3º: “[...] §2º – Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações trabalhistas”.

16 MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 505.

17 A vulnerabilidade dos consumidores, aliás, conforme afirma Adalberto Pasqualotto (e na esteira das diversas considerações já feitas) é a “*verdadeira ratio legis do CDC*”. (PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. O Código de Defesa do Consumidor em face do Código Civil de 2002. In: PFEIFFER, Roberto A. C.; e PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. (Coord.). *Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias*. São Paulo: RT, 2005. p. 135/151); No mesmo sentido, restou assim plasmado no julgamento do REsp nº 586316/MG, Segunda Turma, Relator Ministro Herman Benjamin, julgado em 17/04/2007: “O ponto de partida do CDC é a afirmação do Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor, mecanismo que visa a garantir igualdade formal-material aos sujeitos da relação jurídica de consumo, o que não quer dizer compactuar com exageros que, sem utilidade real, obstem o progresso tecnológico, a circulação dos bens de consumo e a própria lucratividade dos negócios”.

18 Nesse sentido SCHMITT, Cristiano Heineck. A “Hipervulnerabilidade” do Consumidor Idoso. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 70. São Paulo: RT, abr./jun. 2009. p. 139/168. Sobre o mesmo tema, envolvendo a vulnerabilidade potencializada dos idosos, especialmente em contratos de assistência à saúde, cita-se MARQUES, Cláudia Lima. *Solidariedade na Doença e na Morte: sobre a necessidade de “ações afirmativas” em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 182; Ainda, Fabíola Meira de Almeida Santos se utiliza da expressão vulnerabilidade “exacerbada” para distinguir o consumidor idoso dos demais. (SANTOS, Fabíola Meira de Almeida. Reflexões acerca do Consumidor-Idoso e a necessidade de efetivação dos direitos desta categoria especial de indivíduos. *Revista de Direito Privado*. v. 36. São Paulo: RT, out./dez. 2008. p. 119/140); Na mesma esteira, MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 69/71; Da mesma forma, Luiz Antonio Rizzatto Nunes, o qual se utiliza da expressão “excepcional vulnerabilidade”, inclusive com exemplos ligados aos planos de saúde.

Além dos referidos fundamentos jurídico-legais, os contratos de plano de saúde inserem-se em um mercado no qual há as assim rotuladas *falhas de mercado*, responsáveis por criar inegável desequilíbrio nas relações que não apenas corroboram para a sua caracterização como de natureza consumerista, como também contribuem para a justificação de uma tutela especial por parte do Estado.

Como é cediço, no mercado da saúde suplementar, especialmente no âmbito dos planos de saúde, há um evidente desequilíbrio na troca de informações entre os três (principais) agentes deste sistema, o consumidor, o médico e a operadora, não havendo transparência de custos e das qualidades dos tratamentos, possibilitando, inclusive, abusos, inclusive envolvendo indicação de tratamento e serviços desnecessários¹⁹.

Veja-se que os consumidores não dispõem de conhecimentos técnicos suficientes para saber da eficiência dos tratamentos médicos que lhes são prescritos pelos profissionais da medicina²⁰. Além disso, o pagamento pelos serviços é efetuado pelas Operadoras de Planos de Saúde (OPSS), de forma que os consumidores, como regra geral, desconhecem completamente os custos e os valores em jogo.

Estes fatores, por si só, inegavelmente favorecem a ocorrência de alguns problemas, tais como o desinteresse para melhor racionalizar o uso dos serviços médicos, bem como a possibilidade de os médicos auferirem maiores lucros ante a indicação de tratamentos longos e/ou desnecessários, problema tecnicamente rotulado de *relação de agência*²¹.

(NUNES, Luis Antonio Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 546/554).

19 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. 112/113.

20 Na mesma direção, destacando a existência de assimetria de informação no mercado de saúde suplementar entre consumidores e prestadores, justamente em razão de os primeiros necessitarem de auxílio médico para identificar/curar patologias e problemas envolvendo a saúde em geral, citável 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*. v. 10. n. 1. Rio de Janeiro: Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro, jan./abr. 2006. p. 157/185.

21 O assunto 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 (Org.). *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.

Em suma, em razão destas e de outras falhas de mercado, é indubitável a percepção quanto ao desequilíbrio, ou melhor, à assimetria, existente, em regra, nos contratos privados de assistência à saúde, o que igualmente justifica e explica a incidência da legislação protetiva, de forma a se buscar, sobretudo, a harmonização deste vínculo, ou seja, um ponto de equilíbrio.

Ainda assim, deve-se ressaltar existirem situações envolvendo contratos de planos de saúde que, em virtude de suas características específicas, tem a aplicação do CDC afastada. Exemplo concreto e recente deste entendimento encontra-se no julgamento do REsp nº 1.297.956/RJ, Terceira Turma, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Julgado em 18/12/2012²². E tal precedente não é único, conforme restou reconhecido no próprio acórdão, havendo, pelo menos, mais uma outra decisão, em idêntico sentido, no qual o CDC foi igualmente afastado²³.

Ou seja, ainda que haja um “reconhecimento generalizado” das relações envolvendo contratos de planos de saúde como se de consumo fossem, há que se consignar existirem hipóteses em que o Judiciário já reconhece a inaplicabilidade da legislação protetiva, notadamente nos casos em que se tratar de contratante pessoa jurídica (planos de saúde coletivos por adesão e empresarial)²⁴.

22 Segue a ementa: “RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA. CONTRATO DE SEGURO-SAÚDE. [...] CONDIÇÃO DE DESTINATÁRIO FINAL. VULNERABILIDADE TÉCNICA DA PESSOA JURÍDICA. REVISÃO DO JULGADO. REEXAME DE PROVAS. INVIABILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ. CONTRATO FIRMADO ENTRE A CAIXA DE ASSISTÊNCIA DOS SERVIDORES E A SEGURADORA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. NÃO INCIDÊNCIA. CLÁUSULA DE REAJUSTE COM BASE NA SINISTRALIDADE. NÃO ABUSIVIDADE. PERCENTUAL. LAUDO PERICIAL. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. [...] 3. A verificação da procedência dos argumentos expendidos no recurso obstado – que defende tratar-se de contrato de adesão – e a inversão das conclusões do acórdão recorrido – que afastou a existência de hipossuficiência técnica da pessoa jurídica ora recorrente – exigiria por parte desta Corte o reexame de matéria fática. 4. Se a pessoa jurídica não ostenta a condição de consumidor final nem se apresenta em situação de vulnerabilidade, não incidem as regras do Direito do Consumidor. [...]”; No referido aresto, discutiu-se justamente a incidência da legislação especial consumerista ao contrato de plano de saúde coletivo firmado entre uma caixa de assistência e uma seguradora. Com efeito, tendo em vista a constatação da ausência de hipossuficiência e vulnerabilidade do contratante, os Ministros da Terceira Turma afastaram, em decisão unânime, os dispositivos do CDC da avença. Do referido acórdão, destacável o voto do Relator, Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, o qual afirmou tratar-se a hipótese de “tipicamente uma relação empresarial e, no máximo, um contrato de aparente adesão”.

23 REsp nº 1.102.848/SP, Rel. Ministra Nancy Andrichi, Rel. p/ Acórdão Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 03/08/2010.

24 Não obstante este entendimento, existe doutrina que defende o reconhecimento da relação de consumo e a aplicação do CDC a todos os contratos de planos de saúde. Nesse sentido, vide SCHMITT, Cristiano Heineck; MARQUES, Cláudia Lima. Visões sobre os Planos de Saúde Privada e o Código de Defesa do Consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima; SCHMITT, Cristiano Heineck; LOPES, José Reinaldo de Lima; PFEIFFER,

Oportuno frisar que, em tese, inclusive os contratos firmados por pessoas físicas poderiam, conforme as peculiaridades fáticas, ter o CDC afastado, haja vista que, conforme enuncia a doutrina, o consumidor é apenas um “sujeito presumivelmente vulnerável”²⁵, ou seja, há uma presunção, que pode ou não se concretizar no caso concreto.

A identificação da efetiva vulnerabilidade (a qual é, repete-se, a verdadeira *ratio legis* do CDC), portanto, é uma medida importante e deve servir de referência no sentido de se evitar a generalização da questão, até porque “A aplicação das leis de defesa do consumidor para casos em que a vulnerabilidade não é patente banaliza o próprio direito do consumidor”²⁶.

Fato é que, em contratos de planos de saúde, talvez mais do que em qualquer espécie contratual, o reconhecimento de uma relação desigual e assimétrica é inafastável, devendo, portanto, incidir normas protetivas, especialmente o CDC, de forma a buscar-se, sobretudo, a harmonização deste vínculo, ou seja, um ponto de equilíbrio.

Tal evidência – de que é necessário se buscar um ponto de equilíbrio entre os interesses das OPSs e dos consumidores – revela-se ainda mais clara quando analisados os aspectos que revestem os planos de saúde e que trataremos a seguir.

2. CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE E SEGURO SAÚDE

2.1 Contrato de Consumo

Reconhecido que o plano de saúde configura hipótese de relação de consumo (e por decorrência se sujeita às normas protetivas dos consumidores), impõe-se analisar, ainda que de forma não exaustiva, o que compreende um contrato de consumo, estudo que, *data venia*, deve ser precedido de breves considerações acerca da concepção da noção de ordenamento jurídico como um sistema axiológico e a influência desta nas transformações da própria ideia de contrato.

Roberto Augusto Castellanos (Coord.). *Saúde e Responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde*. São Paulo: RT, 2008. p. 130.

25 BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 42.

26 SODRÉ, Marcelo Gomes. *A Construção do Direito do Consumidor: um estudo sobre as origens das leis principiológicas de defesa do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 32.

A importância do contrato é, a bem da verdade, inquestionável, sendo o seu valor encontrado fundamentalmente no fato de “ser o instrumento jurídico que possibilita e regulamenta o movimento de riqueza dentro da sociedade”, conforme assinala Cláudia Lima Marques²⁷.

Com efeito, ainda que se possa afirmar que a importância deste instrumento foi, desde a sua concepção, significativa, conforme reconhece André Sette²⁸, é certo que a forma como este é compreendido, bem como algumas de suas linhas mestras, sofreram, ao longo da história, acompanhando as transformações da própria sociedade, especialmente nas últimas décadas, sensível modificação.

Para muito além dos meios de contratação e produção/comercialização, a sociedade em si, como um todo, sofreu inegáveis transformações, fato este que pode ser muito bem percebido a partir da reformulação da própria ciência (compreendida em seu aspecto mais amplo), do conhecimento científico e da forma de se compreender o mundo e as relações jurídicas e sociais.

Neste contexto, mostram-se oportunas as reflexões trabalhadas por Boaventura de Sousa Santos²⁹, em obra na qual o sociólogo português expõe a crise de paradigmas na qual se vive desde especialmente a segunda metade do século XX até a atualidade.

Esta ruptura de paradigmas é, em verdade, responsável por ilustrar a passagem da ciência moderna para uma assim denominada pós-moderna (ou contemporânea), mais líquida, flexível, dinâmica, não linear, transdisciplinar e, de certa forma, imprevisível³⁰. Surge, neste cenário, no contexto jurídico, a ideia de abertura, a qual permite a decadência das visões totalitaristas (até então vigentes, típicas do Estado Liberal, cujas codificações pretendiam, a partir de enunciados genéricos, abarcar todas as situações possíveis³¹) e a proliferação, ou melhor, a diversificação de fontes, não apenas de leis e microsistemas, como também de meios de interpretação, comunicação, informação e até mesmo de culturas. Cláudia

27 MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações*. 6. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 56.

28 SETTE, André Luiz Menezes Azevedo. *Direito dos Contratos: seus princípios fundamentais sob a ótica do Código Civil de 2002*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 17.

29 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um Discurso sobre as Ciências*. 16. ed. Porto: Edições Afrontamento, 2010. passim.

30 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um Discurso sobre as Ciências*. 16. ed. Porto: Edições Afrontamento, 2010. passim.

31 FACCHINI NETO, Eugênio. *Reflexões Histórico-Evolutivas sobre a Constitucionalização do Direito Privado*. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 44.

Lima Marques³², nesta esteira, remetendo aos ensinamentos de Erik Jayme, fala em “pluralismo pós-moderno”, fontes legislativas plúrimas e a complexidade decorrente destas, com a conseqüente necessidade de existir coordenação, conviência, enfim, “diálogo das fontes”.

Acompanhando esta alteração da sociedade e das ciências em geral, o pensamento jurídico também sofreu expressiva transformação, principalmente com o advento e a consolidação da sociedade de massa, em que as relações, as formas de negociar e contratar, deixaram de ser singulares e individualizadas, passando a se multiplicarem, se massificarem, de forma tal que o elemento volitivo, antes tido como nuclear, teve a sua força mitigada diante dos novos valores e da nova realidade social que se construía.

Nesta esteira, passou a se consolidar a concepção de que o ordenamento é um sistema complexo e aberto, norteado por princípios e valores que indicam o tom (e a intenção) das normas e qual a melhor hermenêutica aplicável. Luis Antônio Rizzato Nunes³³ comenta que “[...] o ato interpretativo está ligado diretamente à noção de sistema jurídico. [...] A ideia de sistema, como se verá, está presente em todo o pensamento jurídico dogmático, nos princípios e valores dos quais ele parte e na gênese do processo interpretativo [...]”.

Neste cenário que emergia, decorrente da nova racionalidade (e da nova ordem científica, social e jurídica), as incertezas, o caos e a complexidade, do ponto de vista jurídico, passaram a ser, na verdade, “contornados” (ou “superados”) através da estruturação do ordenamento em um sistema axiológico e aberto, cujos pilares são princípios e valores eleitos pela sociedade (legislador constituinte) e que devem servir de norte para todos os atos, normas e relações jurídicas (inclusive contratos), sob pena da invalidade dos mesmos.

Neste contexto, de uma ciência jurídica e de um ordenamento axiologicamente estruturado e sistematicamente construído, o instituto do contrato, antes entendido como um acordo em que a vontade das partes era o elemento preponderante (perspectiva clássica ou moderna³⁴), adquire uma roupagem própria e

32 MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 30/33.

33 NUNES, Luis Antonio Rizzato. *Curso de Direito do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 13.

34 Cláudia Lima Marques expressamente afirma que a “concepção clássica de contrato, individualista e liberal” é “centrada na ideia de valor e força da vontade [...]”. (MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações*. 6. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 61).

nova (pós-moderna), permeada por estes novos valores, realidade hoje facilmente verificável em diversas espécies de contratos, inclusive nos planos de saúde³⁵.

Tal mudança, conforme refere Judith Martins-Costa³⁶, se deu principalmente em razão do enfraquecimento da “vontade” das partes, na medida em que esta deixou de ser a fonte e o conteúdo da obrigação e elemento integrativo do contrato, passando a ser meramente uma espécie de elemento da gênese da formação do negócio jurídico, caracterizando a queda do “antigo voluntarismo”.

Fato é que os princípios clássicos (autonomia da vontade, força obrigatória dos contratos e relatividade) dos contratos restaram relativizados, sendo que novas diretrizes, emanadas da CF/88, como a solidariedade, a boa-fé e a igualdade (material), tornam-se os novos parâmetros a serem seguidos, não apenas pelas partes, mas também pelos julgadores, estes últimos quando desafiados a revisar determinado contrato e suas cláusulas.

Conforme adiantado, tratam-se estes valores de axiomas ligados especialmente às noções de justiça social e boa-fé, os quais são “injetados” no sistema com um propósito verdadeiramente transformador das realidades sociais e que, na prática, não resta qualquer dúvida, efetivamente acabaram por mitigar a autonomia da vontade e a forma através da qual as pessoas e as empresas se comunicam e negociam entre si³⁷.

Com efeito, a ideia de equilíbrio das partes (bem como dos princípios da função social e da boa-fé) está intimamente vinculada, outrossim, com a própria noção de harmonização da relação de consumo, que nada mais é do que o

35 Nesse sentido, Flávio Tartuce e Daniel Amorim Assumpção Neves: “De início, constata-se que o contrato está amparado em valores constitucionais. Não há dúvida de que questões que envolvem direitos fundamentais, mormente aqueles com repercussões sociais, refletem na autonomia privada, caso do direito à saúde. No Brasil podem ser encontrados vários julgados que colocam em sopesamento a questão da saúde e manutenção econômica, prevalecendo, muitas vezes, a primeira”. (TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito do Consumidor: direito material e processual*. 2. ed. São Paulo: Método, 2013. p. 243).

36 MARTINS-COSTA, Judith. Crise e Modificação da Ideia de Contrato no Direito Brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 3. São Paulo: RT, set./dez. 1992. p. 127/154.

37 No campo dos contratos, esses valores transformadores têm um objetivo amplo que pode ser resumido na seguinte assertiva: “[...] o interesse maior é a configuração de equilíbrio contratual”. (MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de Defesa do Consumidor: princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade e nas demais práticas comerciais*. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 198).

escopo maior do CDC³⁸ e da Política Nacional de Relações de Consumo por ele instituída³⁹.

Nesta linha, a legislação consumerista estabelece diversas normas, impregnadas destes valores sociais (e éticos) e que se voltam ao equilíbrio da relação de consumo⁴⁰: “O Código de Defesa do Consumidor está repleto de ‘normas de conduta’ e de ‘normas de organização’, possuindo, igualmente, as ‘normas-objetivos’ com conteúdo diferente, já que imbuídas de substância axiológica programática, visando a alcançar determinados fins do sistema”⁴¹.

No campo específico do Direito Contratual, uma série de dispositivos de proteção contratual, permeados dos valores constitucionais (com especial enfoque ao da solidariedade), é trazida pelo CDC, todos encontrando aplicabilidade extremamente prática especialmente junto aos planos de saúde⁴².

Exemplo prático desta tendência protecionista se encontra no artigo 46, o qual desobriga o consumidor contratante (à continuidade, ao cumprimento do pacto) em determinados casos como, por exemplo, quando não lhe é dado conhecimento prévio do seu conteúdo.

Ainda com relação ao artigo 46 do CDC, importa registrar ser uma norma de especial verificação no âmbito dos contratos de plano de saúde. Diz-se isso, pois,

38 “[...] essa preocupação com a justiça interna do contrato e o equilíbrio da relação contratual vai ser assumida claramente no CDC, cujo escopo maior é a garantia de um equilíbrio mínimo nas relações contratuais”. (KHOURI, Paulo R. Roque A. *Direito do Consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 55).

39 José Geraldo Brito Filomeno esclarece que a Política Nacional de Relações de Consumo “[...] visa exatamente à harmonia das sobreditas ‘relações de consumo’ [...]”. (FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 53).

40 “[...] o equilíbrio nas relações de consumo é o princípio básico que o código houve por bem estabelecer”. (JÚNIOR, Alberto do Amaral. A Boa-Fé e o Controle das Cláusulas Contratuais Abusivas nas Relações de Consumo. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. (Org.). *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*. v. III. São Paulo: RT, 2010. p. 308).

41 MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de Defesa do Consumidor: princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade e nas demais práticas comerciais*. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 60.

42 Ingo Wolfgang Sarlet, ao falar do princípio da solidariedade, cita como exemplo o tratamento que vem sendo dado pela jurisprudência às demandas de planos de saúde, em que se tem reconhecido o dever de fornecer cobertura contratual para tratamentos não previstos nas cláusulas do contrato. (SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e a Influência dos Direitos Fundamentais no Direito Privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 34).

revela-se um dispositivo legal frequentemente invocado pela jurisprudência para justificar a invalidação de cláusula contratual de exclusão de cobertura⁴³. Da mesma forma, o referido artigo é utilizado como substrato legal para impedir a alteração superveniente de conteúdo contratual, como, por exemplo, de rede conveniada, sem que haja devida informação para cada consumidor, conforme já entendeu o STJ⁴⁴.

Outro exemplo pragmático é o artigo 47, cujo enunciado reza que “As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”. Não há dúvidas tratar-se de um imperativo legal que, assim como o do artigo 46, encontra campo fértil de aplicação, sobretudo, junto ao mercado dos planos de saúde, servindo como ferramenta corriqueiramente utilizada para invalidar cláusulas de exclusão de procedimentos, de limitação de tratamentos, reajuste de mensalidade, entre outros. Não faltam precedentes jurisprudenciais nesse sentido⁴⁵.

43 “APELAÇÃO CÍVEL. SEGUROS. UNIMED PORTO ALEGRE. PLANO DE SAÚDE. TRATAMENTO DE RADIOTERÁPIA APÓS CIRURGIA. NEOPLASIA MALIGNA. AUSÊNCIA DE CLÁUSULA VÁLIDA PARA EFEITO DE EXCLUSÃO DA COBERTURA. ARTIGO 46 DO CDC. PROVIMENTO PARA RESSARCIR AS DESPESAS. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. Diante do que preceitua o artigo 46 do CDC a cláusula de exclusão da cobertura é inválida quando não for redigida de forma clara e precisa [...]”. (Apelação Cível nº 70035137595, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Artur Arnildo Ludwig, Julgado em 22/04/2010).

44 “CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. REDE CONVENIADA. ALTERAÇÃO. DEVER DE INFORMAÇÃO ADEQUADA. COMUNICAÇÃO INDIVIDUAL DE CADA ASSOCIADO. NECESSIDADE. 1. Os arts. 6º, III, e 46 do CDC instituem o dever de informação e consagram o princípio da transparência, que alcança o negócio em sua essência, na medida em que a informação repassada ao consumidor integra o próprio conteúdo do contrato. Trata-se de dever intrínseco ao negócio e que deve estar presente não apenas na formação do contrato, mas também durante toda a sua execução. [...] 3. A rede conveniada constitui informação primordial na relação do associado frente à operadora do plano de saúde, mostrando-se determinante na decisão quanto à contratação e futura manutenção do vínculo contratual. 4. Tendo em vista a importância que a rede conveniada assume para a continuidade do contrato, a operadora somente cumprirá o dever de informação se comunicar individualmente cada associado sobre o descredenciamento de médicos e hospitais. 5. Recurso especial provido”. (REsp nº 1144840/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 20/03/2012).

45 Segue a ementa: “APELAÇÃO CÍVEL. SEGUROS. AÇÃO ORDINÁRIA. PLANO DE SAÚDE. RADIOTERAPIA COM INTENSIDADE MODULADA DO FEIXE (IMRT) E SONDA NASOENTERAL. AUSÊNCIA DE EXCLUSÃO DE COBERTURA. INDICAÇÃO MÉDICA. DESCABIMENTO DA RÉCUSA. [...] Ademais, se trata de um direito básico do consumidor a informação clara e adequada sobre os produtos e serviços disponibilizados no mercado pelos fornecedores, a teor do que preceitua o artigo 6º, inciso III, do Estatuto Consumerista. Dessa feita, as cláusulas contratuais devem ser interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor, nos termos do artigo 47 da referida legislação. Impossibilidade de restrição de direitos sem que haja expressa, legível e clara previsão no contrato. A interpretação extensiva não pode ocorrer em prejuízo do consumidor/

Outro dispositivo citável, de frequente aplicação, se encontra no artigo 51, inciso I, do CDC, o qual estabelece serem nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que, entre outras hipóteses, exonerem o fornecedor de responsabilidade por vícios de qualquer natureza ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. A doutrina ilustra tal dispositivo também com casos envolvendo contratos de plano de saúde, sendo patente o entendimento jurisprudencial que, como regra, com base no dispositivo em análise, afasta as cláusulas de exclusão de cobertura de doenças preexistentes, de limitação de tratamentos, entre outras.

Desde já, entretanto, merece ser feita uma ressalva. Na esteira de todo o acima exposto, há de se ter em mente que o (verdadeiro) escopo da legislação (amparada nos preceitos constitucionais) é, acima de tudo, a harmonização dos interesses (no caso, dos contratantes). Não é, importa advertir, procurar um favorecimento injustificado e desarrazoado em prol deste ou daquele pactuante, mas um “balanceamento e ponderação de interesses”⁴⁶.

O princípio da boa-fé, por exemplo, não pode e não deve ser citado como óbice a toda e qualquer cláusula desfavorável (na maioria das vezes, apenas aprioristicamente falando) aos consumidores, devendo ser balizada com os demais valores do sistema, inclusive a própria segurança jurídica. Em qualquer hipótese, em todo e qualquer julgamento, deve-se buscar uma decisão fundamentada de acordo com os valores do sistema, bem como com as peculiaridades do caso concreto.

Seja como for, pode-se concluir que um contrato de consumo é a forma como se pode denominar a atual fase dos contratos (com exceção obviamente daqueles vínculos que não configuram relação de consumo – os chamados contratos paritários), de modo a englobar todas as noções acima desenvolvidas, ou seja, é um contrato inserido em um sistema axiológico e que encontra, na dignidade da pessoa humana e em valores como o solidarismo e a boa-fé os seus fundamentos, e, no equilíbrio (ou harmonização), a sua satisfação.

contratante, mormente em se tratando de contrato que objetiva a prestação de serviços ligados a saúde. “In casu”, o contrato de plano de saúde firmado entre as partes não exclui os procedimentos que a autora necessitou realizar [...]”. (Apelação Cível nº 70056480627, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Niwton Carpes da Silva, Julgado em 19/12/2013).

46 SILVA NETO, Orlando Celso da. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 77.

2.2 Contrato Regulado

Analisado o contrato de plano de saúde à luz da definição de um *contrato de consumo* (com todas as implicações que daí decorrem), cabe agora estudar tal relação sob outro aspecto, qual seja, a partir do fato de que o plano de saúde reflete um *contrato regulado*⁴⁷.

Impera no Brasil, por força da CF/88, um sistema regulador complexo – encaixado pelas agências reguladoras – que busca equilibrar valores como a livre concorrência e a proteção dos consumidores, a livre iniciativa e a defesa do meio ambiente, as atividades econômicas desempenhadas pela iniciativa privada e o respeito aos valores e princípios básicos constitucionais, combinações que ilustram, em síntese, o objetivo visado pela balança do Estado Regulador.

Com efeito, o mercado dos serviços de saúde suplementar, tal qual ocorre com tantas outras atividades econômicas, apesar de suas peculiaridades, não é exceção ao fenômeno da regulação. Pelo contrário, constitui uma área ampla e severamente controlada pelo Estado, estando, a atividade (e a própria liberdade) dos agentes econômicos que atuam neste setor, fortemente disciplinada pelas normas e limitações impostas pelo Poder Público.

De imediato, importante registrar que, em 1998, passou a incidir no setor da saúde suplementar a Lei Federal nº 9.656 (a LPS)⁴⁸. Tal legislação veio para preencher uma lacuna até então existente neste segmento, haja vista que as relações envolvendo os usuários e as OPs careciam de regulamentação específica.

Ato contínuo, em 2000, foi editada a Lei Federal nº 9.961, responsável pela criação da ANS, órgão autárquico ligado ao Ministério da Saúde, especificamente incumbido de fiscalizar, regulamentar e monitorar o mercado de saúde suplementar, inibir práticas lesivas aos consumidores e estimular comportamentos que reduzam os conflitos e promovam a estabilidade do setor.

47 Ciente de que o termo “regulado” pode sugerir amplos significados, cabe esclarecer que, neste trabalho, a expressão é usada para designar, de forma específica e pontual, um contrato que se situa em um mercado fiscalizado e normatizado por uma agência reguladora.

48 Há doutrina referindo que a LPS, a despeito da grandiosa contribuição que trouxe ao setor, deixou, ainda assim, diversos pontos importantes de fora, como, por exemplo, a vedação expressa à rescisão unilateral de contratos coletivos e a limitação aos reajustes por mudança de faixa etária. Nesse sentido, vide TRETTEL, Daniela Batalha. *Planos de Saúde na Visão do STJ e do STF*. São Paulo: Verbatim, 2010. p. 36-37; Por outro lado, há quem defenda que à LPS “nada parece ter escapado [...]”. (BOTTESINI, Maury Ângelo; MACHADO, Mauro Conti. *Lei dos Planos e Seguros de Saúde*: comentada e anotada artigo por artigo – doutrina – jurisprudência. São Paulo: RT, 2003. p. 35).

Atualmente, o dito órgão autárquico controla – muito em função da própria Lei nº 9.656/98 e das previsões contidas no extenso rol do artigo 4º, da Lei nº 9.961/00 – praticamente todos os níveis de atuação das OPSs. Qualquer irregularidade, seja no trato com os consumidores seja com a sua própria saúde financeira e administrativa, é objeto de controle e fiscalização pela agência⁴⁹.

Entretanto, o que mais chama a atenção no setor é a postura do Poder Judiciário, ao se deparar com demandas discutindo nuances contratuais de planos de saúde, notadamente no que tange à interpretação (e mensuração) do CDC ante as normas técnicas da mencionada agência⁵⁰.

Na prática, o que se constata é que as diretrizes e os fundamentos utilizados pelos Tribunais nos processos envolvendo matérias relacionadas a planos de saúde são no sentido de hipervalorizar o CDC e os institutos de proteção do consumidor, mesmo quando a grande maioria dos aspectos e detalhes destes pactos já se encontra minuciosamente regulamentada pelo Poder Público (ANS).

Exemplos não faltam para atestar esta realidade cravada no sistema de saúde suplementar. Veja-se, a título ilustrativo, a discussão acerca do dever, ou não, de a OPS custear determinados procedimentos, tratamentos e/ou serviços médicos quando há cláusulas excludentes.

Com efeito, ainda que se possa pensar o contrário, a inclusão ou não de determinada(s) cobertura(s) no contrato não se dá por pura e simples liberalidade das OPSs, mas em estrita atenção à legislação e às determinações da ANS, as quais definem quais os tratamentos que são obrigatórios (Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde – RPES) e quais são (juridicamente) passíveis de exclusão.

49 Importante grifar que a atuação da ANS, assim como das agências reguladoras em geral, não se restringe à proteção dos consumidores, visto que a manutenção da saúde econômica e financeira das OPSs também compõe seu quadro de objetivos. Angélica Carlini, neste contexto, resume o papel da ANS no sentido de “Harmonizar a necessidade de proteção dos consumidores com a viabilidade econômica da atividade privada”. (CARLINI, Angélica. *A ANS e a Efetividade de sua Missão: dificuldades, perspectivas, controle eficaz dos fornecedores*. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da. (Coords.). *O CNJ e os Desafios da Efetivação do Direito à Saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 25).

50 Marlus Keller Riani inclusive comenta criticamente este conflito, em que o Judiciário condena as OPSs a arcarem com procedimentos não tidos como obrigatórios pelas normas regulatórias da ANS, como “divergência entre o Estado-juiz e o Estado-regulador”, defendendo que, tendo em vista a existência de um arcabouço jurídico próprio que envolve a relação de consumo de saúde suplementar, caberia ao Estado-juiz aplicá-lo no caso concreto. (RIANI, Marlus Keller. *Planos de Saúde: a harmonização dos interesses na relação de consumo*. 2010. 146f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito Milton Campos. Minas Gerais. p. 131/136).

Destarte, além de os contratos (pelo menos os regulamentados, ou seja, aqueles firmados posteriormente, ou adaptados, à Lei nº 9.656/98) já preverem haver cobertura(s) (apenas) para os procedimentos discriminados no RPES, a lógica haveria de ser a de que, em não constando no dito rol e/ou estando previsto nas exceções da lei, a OPS não poderia ser obrigada a custear determinado tratamento/medicamento.

Contudo, esta premissa raramente é obedecida pelo Judiciário, prevalecendo o entendimento de acordo com o qual, em nome da proteção dos consumidores, estes fariam jus ao tratamento/medicamento necessário, independente de constar no contrato e de existir normas regulamentadoras autorizando a limitação da cobertura oferecida.

Os julgadores entendem, em outras palavras, pelo (quase que) irrestrito dever de cobertura por parte das OPSs, sugerindo certa dose de desrespeito (para não dizer “descaso”) às previsões trazidas pelo órgão regulador⁵¹, e refletindo, inclusive, uma gritante contradição no trato do Estado (como um todo) para com as OPSs⁵². Pouco se considera a respeito do fato de as agências reguladoras já atuarem com vistas ao equilíbrio entre os interesses dos fornecedores e consumidores, justamente para promover um “mercado estável, eficiente e socialmente justo”⁵³.

O padrão hoje identificado nas decisões judiciais, aliás, revela-se tão fortemente inclinado a uma aplicação (quase que “cega”) do diploma de defesa dos consumidores, que se presenciam, inclusive, demandas judiciais propostas sem absolutamente nenhum substrato contratual ou legal, e que, mesmo assim, se valem do sistema (judicial) (e das suas falhas) e acabam tendo suas pretensões

51 A doutrina reconhece haver “[...] uma grande resistência do Judiciário ao reconhecimento dos organismos administrativos responsáveis pela regulação do setor privado de assistência à saúde”, gerando, inclusive, “um grave entrave” no processo regulatório do setor. (LOPES, José Reinaldo de Lima; NETO, Paulo Macedo Garcia. Consumidores de Planos de Saúde (ou, doente também tem direitos) – uma revisão. In: MARQUES, Cláudia Lima; SCHMITT, Cristiano Heineck; LOPES, José Reinaldo de Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Coord.). *Saúde e Responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde*. São Paulo: RT, 2008. p. 166/167).

52 Contradição esta bem refletida na seguinte citação: “As operadoras não são punidas pelo Estado-regulador da sua atividade, por este entender que não houve violação à legislação do setor, mas são obrigadas pelo Estado-juiz a custear o tratamento e, em alguns casos, o pagamento por danos morais, o que gera intranquilidade e insatisfação para todos os envolvidos nessa relação de consumo. (RIANI, Marlus Keller. *Planos de Saúde: a harmonização dos interesses na relação de consumo*. 2010. 146f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito Milton Campos. Minas Gerais. p. 89/90).

53 GREGORI, Maria Stella. *Planos de Saúde: a ótica da proteção do consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 72.

acolhidas pelos magistrados, os quais, na prática, sobrevaloram a perspectiva individual da proteção dos consumidores, em detrimento da coletiva⁵⁴.

Com efeito, conforme preconiza Luis Roberto Barroso⁵⁵, ainda que os atos das agências reguladoras sejam obviamente passíveis de sujeição à apreciação do Poder Judiciário, “[...] inexistente qualquer superioridade ontológica apriorística dos magistrados em relação aos administradores. Vale dizer: os membros do Judiciário não são necessariamente mais sábios ou melhor preparados que os membros do Executivo para tomar toda e qualquer espécie de decisão”. Complementa o Ministro: “[...] o Judiciário deve ter especial deferência pelas decisões das agências na medida em que a elas foi atribuída competência legal para regular o sistema econômico como um todo, tendo em conta todos os seus aspectos e os fins a serem atingidos a curto e médio prazo [...]”⁵⁶, ao passo que o magistrado “não visualiza, e nem tem como considerar, as necessidades do sistema e nem sequer seria capaz de avaliar o impacto de suas decisões sobre esse sistema”⁵⁷.

Por essas razões, talvez mais do que qualquer outra atividade, o sistema de saúde suplementar se apresenta como um palco em que se faz verdadeiramente necessária, sob pena de prejuízo maior e em curto prazo irreparável, uma comunicação saudável, harmoniosa e, sobretudo, respeitadora entre a regulação (normas regulamentadoras) e o CDC (normas e institutos protetivos dos consumi-

54 Tanto que Fernando Campos Scaff faz crítica à intervenção estatal excessiva (por parte do aplicador das leis), chamando atenção para a necessidade de o dirigismo contratual se dar de maneira comedida: “Tal risco impõe uma permanente atenção do legislador e do aplicador da lei, que deverão calibrar adequadamente a intensidade do dirigismo contratual suportável nesses casos, afastando as tentações paternalistas e compreendendo esse controle como uma efetiva e real exceção ao princípio da livre iniciativa e da liberdade de contratar, regra que vige, também, no âmbito dos contratos de adesão e, em especial, naqueles vinculados ao direito à saúde”. (SCAFF, Fernando Campos. *Direito à Saúde no Âmbito Privado: contratos de adesão, planos de saúde e seguro-saúde*. São Paulo, 2010. p. 62).

55 BARROSO, Luis Roberto. Direito Intertemporal, Competências Funcionais e Regime Jurídico dos Planos e Seguros de Saúde. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coord.). *Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 251.

56 BARROSO, Luis Roberto. Direito Intertemporal, Competências Funcionais e Regime Jurídico dos Planos e Seguros de Saúde. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coord.). *Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 255.

57 BARROSO, Luis Roberto. Direito Intertemporal, Competências Funcionais e Regime Jurídico dos Planos e Seguros de Saúde. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coord.). *Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 255.

res). Nas palavras de Marco Aurélio Mello⁵⁸, “A segurança jurídica é essencial à manutenção do mercado de seguros de saúde. Por isso, cabe ao Poder Judiciário zelar pela aplicação das normas sobre direitos do consumidor, mas sem encaminhar para o paternalismo jurídico [...]”.

Mesmo porque, importa ter em mente, sempre, que um dos objetivos da regulação, senão o principal, é justamente a “composição e a harmonização dos interesses dos diversos segmentos envolvidos [...] Estado (interesse público), agentes econômicos (interesse privado) e consumidores (interesse coletivo)”⁵⁹. Além do que, ainda que a ANS não possa ser vista como um órgão de defesa do consumidor, não significa que “o consumidor não seja o beneficiário final de suas ações, pois é a partir da busca pelo equilíbrio das relações e forças existentes no mercado que se poderá trazer maiores benefícios ao cidadão-consumidor, inclusive de forma coletiva e abrangente”⁶⁰.

Fato é que, apesar das problemáticas acima suscitadas, o contrato de plano de saúde se revela como um contrato regulado (normatizado e fiscalizado pelo Poder Público), e que adota um formato que, pelo menos teoricamente, se propõe a equilibrar tanto os interesses dos consumidores quanto os do mercado e da sociedade como um todo.

2.3 Contrato Securitário

Atualmente, é indubitável a identificação dos contratos de plano de saúde como genuíno pacto de natureza securitária. Nesse contexto, revela-se adequado inferir que, se não a integralidade, pelo menos a maioria das características e elementos formadores e qualificadores dos contratos de seguro em geral se fazem igualmente presentes nos pactos de assistência privada à saúde, isto é, nos seguros de saúde e, inclusive, nos planos de saúde⁶¹.

58 MELLO, Marco Aurélio. Saúde Suplementar, Segurança Jurídica e Equilíbrio Econômico-Financeiro. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coord.). *Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 15.

59 FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de Direito de Saúde Suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde*. São Paulo: MP Editora, 2006. p. 179.

60 GREGORI, Maria Stella. O Processo de Normatização do Mercado de Saúde Suplementar no Brasil. In: MARQUES, Cláudia Lima; SCHMITT, Cristiano Heineck; LOPES, José Reinaldo de Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Coord.). *Saúde e Responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde*. São Paulo: RT, 2008. p. 259.

61 “[...] planos e seguros de saúde seguem os mesmos princípios dos demais seguros, no que se refere aos aspectos técnicos, econômico-financeiros e atuariais. A essência dos planos de saúde é a cobertura das despesas associadas a doenças e acidentes pessoais que afetem a saúde do consumidor, os quais são eventos de natureza aleatória, impre-

Dentre as características e elementos relativos aos contratos de seguro, desponta o *mutualismo*. De pronto, conforme lembra Adalberto Pasqualotto⁶² ao traçar as origens do contrato de seguro, a *mutualidade* desponta como “uma forma de cooperação recíproca para a persecução de objetivos comuns aos participantes de um grupo, catalisados pelo mesmo interesse”.

Pode-se afirmar que, sobretudo nos seguros empresariais, o mutualismo reflete o pilar econômico do seguro⁶³, cujo respeito está inexoravelmente vinculado ao sucesso das operações securitárias e também à saúde financeira das próprias seguradoras. Daí assumir-se, neste trabalho, respeitadas opiniões diversas, que do mutualismo, no campo dos seguros, advém a noção de que deve haver, a partir de dados estatísticos e cálculos atuariais, equilíbrio econômico entre o risco e o prêmio pago pelo segurado, conforme expressamente defende Sérgio Cavalieri Filho⁶⁴.

Adotado este posicionamento, reforça-se aqui a noção de que os prêmios (ou as *mensalidades*, nomenclatura utilizada no âmbito dos planos de saúde) pagos pelos diversos segurados se prestam a criar um fundo comum para suportarem as indenizações que venham a ser despendidas em favor daqueles eventualmente prejudicados com a(s) ocorrência(s) de sinistro(s). Justamente em nome da mutualidade, Sérgio Cavalieri Filho⁶⁵ argumenta no sentido de que “[...] as contribuições dos usuários dos planos de saúde são proporcionais à amplitude da cobertura por eles oferecida”.

Em havendo uma combinação saudável do prêmio e do risco, portanto, alcançar-se-á o *mutualismo* e o contrato de seguro, como decorrência, subsistirá e prosperará, tanto no que diz com a proposta das seguradoras (de oferecerem a garantia, pagarem as indenizações e, ainda, lucrarem), quanto sob o viés dos segurados que, na ocorrência do sinistro, estarão amparados financeiramente. No

visíveis e indesejados pelo consumidor”. (CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira. Princípios Básicos de Seguros e Planos de Saúde. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coord.). *Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 80).

62 PASQUALOTTO, Adalberto. *Contratos Nominados III*. São Paulo: RT, 2008. p. 30.

63 (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 235).

64 CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 235/236.

65 Esta verificação, quanto à proporcionalidade que devem guardar as contribuições com a(s) cobertura(s) oferecida(s), leva o autor a concluir ser um absurdo fornecer, por exemplo, coberturas de um plano hospitalar (mais caro) para um consumidor vinculado a um plano ambulatorial (mais barato). (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 241).

mesmo norte, frisa Marco Aurélio Mello⁶⁶: “A higidez financeira dessas empresas está diretamente ligada ao conceito de equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de seguro-saúde. [...]”. Trata-se, cabe enfatizar, de um elemento vital para qualquer sistema securitário, regra que se aplica indubitavelmente também aos planos de saúde⁶⁷. Luiz Augusto Ferreira Carneiro⁶⁸, por sua vez, encerra qualquer dúvida em sentido contrário: “[...] no que diz respeito à estrutura de financiamento e às condições para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, aos seguros e planos de saúde aplicam-se os mesmos princípios econômicos e atuariais aplicados a todos os seguros em geral”.

Enfim, no trato dos contratos de planos de saúde, deve-se ter em mente, também, serem, estes, pactos de genuína natureza securitária, motivo pelo qual as características e elementos que são, como regra, aplicáveis aos seguros, valem, igualmente, para os contratos de assistência privada à saúde, inclusive e especialmente o mutualismo e a correlata necessidade de se garantir, sempre, o equilíbrio econômico-financeiro destas relações.

2.4 Contrato Empresarial

Realizados os comentários acima acerca das diferentes dimensões (de consumo, regulado e securitário) que o contrato de plano de saúde assume, há de se acrescentar ainda, àquelas, uma última faceta, igualmente relevante para a compreensão da atuação das OPSS, e que contribui para as conclusões a serem plasmadas ao final deste trabalho. Fala-se aqui da dimensão de contrato *empresarial* da qual os mencionados pactos também compartilham.

66 MELLO, Marco Aurélio. Saúde Suplementar, Segurança Jurídica e Equilíbrio Econômico-Financeiro. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coord.). *Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 13.

67 “O que não se pode perder de vista quando se examina as questões referentes a planos e seguros privados de assistência à saúde é o traço de mutualidade que permeia o assunto”. (BOTTESINI, Maury Ângelo; MACHADO, Mauro Conti. *Lei dos Planos e Seguros de Saúde*: comentada e anotada artigo por artigo – doutrina – jurisprudência. São Paulo: RT, 2003. p. 31); No mesmo norte, ensina Aurisvaldo Sampaio: “A grande nota caracterizadora dos planos de saúde, qualquer que seja a sua modalidade, é o mutualismo, que permite a pulverização dos riscos de assistência à saúde entre todos os consumidores vinculados à carteira mantida pela operadora, mediante a formação de um fundo comum, que suportará o ônus financeiro advindo da ocorrência dos eventos cobertos”. (SAMPAIO, Aurisvaldo. *Contratos de Plano de Saúde*. São Paulo: RT, 2010. p. 197).

68 CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira. Princípios Básicos de Seguros e Planos de Saúde. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coord.). *Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 67.

Com efeito, ainda que os contratos de planos de saúde tratem da saúde (bem do mais alto interesse público e que está fortemente vinculado às políticas públicas de um Estado), é certo que estes se constituem de instrumentos particulares, firmados entre empresas que, por conta e risco, oferecem serviços particulares (as OPSs), e pessoas físicas e/ou jurídicas, que, por sua exclusiva liberalidade, optam por adquirirem dito produto/serviço. Há de se ter em mente, em outras palavras, os aspectos empresariais que permeiam este contexto, que devem ser também considerados no momento da apreciação da atividade da OPS e sobre os quais cabem ser destacadas algumas observações.

De pronto, impõe-se lembrar que se vive, atualmente, em uma realidade profundamente globalizada e na qual impera o capitalismo. E, como toda e qualquer atividade praticada no mundo capitalista, os serviços securitários se prestam, por mais que veiculem bens de intensa valoração e repercussão social, à obtenção de vantagem econômica, isto é, de lucros. O empresário, ao desempenhar determinada atividade econômica, por um lado assume os riscos técnicos e econômicos do seu negócio, e, por outro, conta sempre com o intuito lucrativo.

Com efeito, esta constatação é inequivocamente aplicável (entre outros setores) ao mercado dos planos de saúde, conforme expressamente reconhecem Maury Ângelo Bottesini e Mauro Conti Machado⁶⁹: “A exploração empresarial da atividade regulada pela Lei 9.656/98 exige afastar qualquer sentimento ou ideia filantrópica ou assistencialista”. No mesmo sentido, citável Maurício Barbosa dos Santos⁷⁰: “Para prevenir os eventos de saúde e transferir estes riscos para os fornecedores, organizou-se um sistema de assistência privada à saúde visando o lucro [...]”.

Por essas razões, apesar de o bem praticado e comercializado (a saúde) ser da mais alta relevância, não se deve ignorar jamais que as OPSs não o fazem por filantropia, de forma gratuita, mas de forma a obter vantagem econômica, se organizando, inclusive conforme as rígidas exigências e fiscalizações estatais, de forma tal que sejam capazes de assegurar o alcance aos serviços contratados, a sustentabilidade dos serviços e, também, os seus lucros.

69 BOTTESINI, Maury Ângelo; MACHADO, Mauro Conti. *Lei dos Planos e Seguros de Saúde: comentada e anotada artigo por artigo – doutrina – jurisprudência*. São Paulo: RT, 2003. p. 33.

70 SANTOS, Maurício Barbosa dos. *Planos de Saúde e o Código de Defesa do Consumidor*. Leme/SP: Cultura Jurídica, 2007. p. 107.

Nesse contexto, Luiz Augusto Ferreira Carneiro⁷¹ é pontual ao afirmar que “[...] pouco importa a natureza do contrato celebrado entre o usuário e a operadora de plano de saúde, o mutualismo será sempre uma peça essencial [...]”. De acordo com o mencionado autor⁷², o mutualismo não apenas age como o fundamento técnico destes contratos, mas também como seu elemento delimitador do equilíbrio, motivo pelo qual, “o mutualismo deverá sempre ser considerado pelo julgador, que deverá levar em conta não só a relação tópica entre usuário e operadora de plano de saúde, mas também todos os efeitos que serão produzidos para o equilíbrio do contrato e para a coletividade como um todo”.

Correta, portanto, a observação de Marco Aurélio Mello⁷³: “[...] deve-se preservar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos que disciplinam as obrigações atinentes às partes”, estando aí incluído “o respeito – tanto pelas operadoras quanto pelos beneficiários – às regras alusivas aos reajustes e às revisões contratuais, bem como aos limites da cobertura passíveis de negociação”.

Entretanto, os julgadores recusam-se a se conscientizar de que, em se tratando de um sistema securitário, ressalvados entendimentos doutrinários diversos e admitindo-se o mutualismo também como sistema operacional nos seguros empresariais, as coberturas e indenizações eventualmente alcançadas aos segurados/usuários provêm dos fundos criados pelos próprios consumidores, isto é, não são ilimitados⁷⁴. Daí a necessidade de, para haver um equilíbrio sustentável

71 CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira. Princípios Básicos de Seguros e Planos de Saúde. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coord.). *Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 111-112.

72 CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira. Princípios Básicos de Seguros e Planos de Saúde. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coord.). *Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 111-112.

73 MELLO, Marco Aurélio. Saúde Suplementar, Segurança Jurídica e Equilíbrio Econômico-Financeiro. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coord.). *Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 15.

74 Jordana Miranda Souza e Danielle da Silva Pires revelaram que, em pesquisa feita junto a mais de 1000 acórdãos envolvendo demandas sobre contratos de planos de saúde, entre os Tribunais de Justiça de Minas Gerais, São Paulo, Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul, houve 86% de êxito aos consumidores. (SOUZA, Jordana Miranda; PIRES, Danielle da Silva. Relatório de Pesquisa Coletiva de Jurisprudência “Judicialização da Saúde Suplementar”. Unimed BH. *Judicialização da Saúde Suplementar*. Belo Horizonte: Unimed BH, 2008. p. 46-47); Em outra pesquisa, envolvendo análise de deferimento de pedidos de tutela antecipada em demandas discutindo direitos em contratos de planos de saúde, abrangendo decisões de São Paulo e Rio de Janeiro, tanto na primeira como na segunda instâncias, Danielle Contes Alves, Ligia Bahia e André Feijó Barroso encontram também números que giram em torno de 75% de vitórias em favor dos consumidores. (ALVES, Danielle Contes; BAHIA, Ligia; BARROSO, André Feijó. *O Papel da Justiça nos Planos e Seguros de Saúde no Brasil*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-311X2009000200006&script=sci_arttext>. Acesso em: 27 jan.

destas poupanças, serem respeitados os contratos, que não apenas são redigidos, reprisa-se, com base nas normas técnicas oriundas da ANS, como também são calculados (os prêmios, mensalidades) com base em minuciosos e complexos cálculos atuariais⁷⁵. A falta de percepção dos julgadores quanto a estas vitais peculiaridades leva Luiz Arnaldo Pereira da Cunha Júnior⁷⁶ inclusive a elencar, como um dos principais desafios do mercado de saúde suplementar, justamente a “Exigência de cobertura ou prestação não previstas em contrato ou lei, por medidas judiciais”.

Angélica Carlini⁷⁷ também contribui para a visualização desta problemática, observando ser, na área da saúde pública e privada, cada vez mais perceptível que não existem recursos financeiros para atender a todas as demandas individuais, “mas, também é cada vez maior a convicção de que os recursos disponíveis devem ser utilizados em benefício do maior número possível de pessoas [...]”.

Neste contexto, a consideração da perspectiva coletiva e de longo prazo da satisfação de um direito limitado e finito (como o da saúde) é indispensável: “Se é verdade que se deve procurar uma interpretação que garanta ao máximo o respeito aos direitos fundamentais, por outro lado, isso não significa uma leitura de curto prazo, que não reflete sobre o futuro”⁷⁸.

2014; Daniela Batalha Trettel, ao introduzir estudo sobre as demandas de planos de saúde no STJ, registra dados similares: “[...] das 95 decisões analisadas, em 78 dá-se ganho de causa ao usuário (82,1%) [...]”. (TRETTEL, Daniela Batalha. *Planos de Saúde na Visão do STJ e do STF*. São Paulo: Verbatim, 2010. p. 79).

- 75 Marco Aurélio Mello registra justamente que “Outra modalidade de jurisprudência paternalista é aquela que insiste em rever as formas e métodos de cálculos dos contratos privados de assistência à saúde. Legislação e decisões judiciais que promovam sérias interferências no campo da saúde suplementar tendem a afetar a necessária previsibilidade que norteia o setor, além de impactarem negativamente o cálculo atuarial [...]”. (MELLO, Marco Aurélio. *Saúde Suplementar, Segurança Jurídica e Equilíbrio Econômico-Financeiro*. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coord.). *Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 07-08).
- 76 CUNHA JÚNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da. *O Mercado de Saúde Suplementar – a busca do equilíbrio*. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da. (Coord.). *O CNJ e os Desafios da Efetivação do Direito à Saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 296.
- 77 CARLINI, Angélica. *Judicialização da Saúde Pública no Brasil*. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coord.). *Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 45.
- 78 TIMM, Luciano Benetti. *Direito à Saúde e a Maneira mais Eficiente de Prover Direitos Fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?*. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da. (Coord.). *O CNJ e os Desafios da Efetivação do Direito à Saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 267-268.

Em síntese, nas palavras de Marco Aurélio Mello⁷⁹, compete ao julgador “respeitar as balizas da legislação e dos contratos, encontrar a interpretação que homenageie os princípios constitucionais, entre os quais se destaca o da dignidade da pessoa humana”, posto que, do contrário, “corre-se o risco de gerar a ruptura do sistema em razão de desequilíbrios pontuais”. Mesmo porque, conforme lembra o Ministro⁸⁰, “A rigor, cumpre ao Estado fornecer, em caráter primário, as prestações de saúde mais complexas, pois financiado por meio de tributos arrecadados de toda a sociedade”.

Com efeito, não bastasse o mercado de saúde suplementar já conviver com problemas constantes e que, por si só, reclamam otimização e adequação do sistema (tais como o inevitável envelhecimento populacional e a incorporação de novas tecnologias, as quais, como regra, acarretam ampliação substancial dos custos assistenciais), as OPSs vêm tendo que lidar com as tendências do Estado, administrativas e, especialmente, judiciais, de a elas tudo impor, à revelia dos custos, dos contratos e, algumas vezes, até mesmo das leis, contribuindo, inclusive, para a cada vez maior judicialização destas relações. Esquecem-se, os magistrados, de aplicar a esta atividade econômica os conhecimentos das ciências econômicas, de acordo com os quais é cediço ser crítico o “gerenciamento racional da finitude dos recursos produtivos em sociedades marcadas pela infinitude das necessidades humanas”⁸¹.

Enfim, a apreciação dos direitos e interesses dos consumidores, no campo da saúde suplementar, deve ser sempre medida em sua dimensão coletiva, respeitando-se os interesses de todos os envolvidos (demais usuários e a coletividade em geral), não se podendo, de maneira arbitrária e míope, adotar entendimentos (de cunho individualista) que reconhecem benefícios a usuários isoladamente considerados (tais como nos casos de condenação ao custeio de medicamentos experimentais) sem que haja, também, a devida equalização das implicações econômicas (e sociais) que estas acarretarão a todo o sistema.

Dito isto, passa-se agora para a análise de dois dos principais gêneros de controvérsias judiciais envolvendo planos de saúde, e nas quais há uma tendência clara em se julgar favoravelmente aos consumidores.

79 MELLO, Marco Aurélio. Saúde Suplementar, Segurança Jurídica e Equilíbrio Econômico-Financeiro. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coord.). *Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 7-8.

80 MELLO, Marco Aurélio. Saúde Suplementar, Segurança Jurídica e Equilíbrio Econômico-Financeiro. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coord.). *Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 7-8.

81 VEIGA, José Eli da. *Desenvolvimento Sustentável: o desafio do século XXI*. Rio de Janeiro: Garamond, 2010. p. 124.

3. O PONTO DE EQUILÍBRIO DIANTE DE ALGUMAS DAS PRINCIPAIS CONTROVÉRSIAS JUDICIAIS

3.1 Reajustes de Mensalidade

Considerando as diversas normas aplicáveis (especialmente o CDC) e os preceitos e valores modernos que permeiam o sistema jurídico (com destaque à função social e à boa-fé objetiva), bem como tendo em vista a natureza e a estrutura dos contratos de planos de saúde, com vistas à sustentabilidade do setor, pode-se esboçar algumas linhas mestras aptas a direcionar as decisões judiciais visando a um ponto de equilíbrio.

Os reajustes de mensalidade, por exemplo, devem ser, em primeiro lugar, em apego às normas constitucionais (sob pena de, do contrário, restarem violadas as cláusulas pétreas do *direito adquirido* e do *ato jurídico perfeito*), respeitados de acordo com a legislação aplicável ao tempo da assinatura do contrato.

Além disso, é certo que todo e qualquer reajuste, uma vez incidente o CDC, deve estar, tanto no que diz com as suas possibilidades quanto no que concerne aos índices, devidamente previsto no contrato, além de estar redigido de forma clara e de fácil compreensão.

E, ainda que quanto à forma não haja violações legais, é de se admitir que os reajustes e índices aplicados não podem, em nenhuma hipótese, configurar aumento abusivo de tal sorte que coloquem o consumidor em manifesta desvantagem e/ou inviabilize a sua permanência no plano. Todavia, ainda que ciente destes limites, é patente que a abusividade não há como ser legitimamente anunciada sem uma devida análise tópico-sistemática do caso *sub judice*.

Uma análise correta e justa dos reajustes pressupõe que o julgador pondere todos os aspectos envolvidos no contrato e na majoração aplicada. Nesse sentido, uma avaliação de todos os elementos que influenciam na estipulação dos reajustes (tais como os valores e preços efetivamente praticados no mercado, o preço que o consumidor vinha pagando antes do reajuste, a efetiva variação em números reais decorrente do índice aplicado, quais e de quanto foram os últimos reajustes, da amplitude de coberturas e serviços, entre outros) não há como ser dispensada.

Na prática, o que se pretende demonstrar é que não é possível afirmar (legitimamente), sem identificar os critérios acima mencionados, que um índice “x” é

abusivo, apenas por uma análise do numeral. É evidente que índices extremos (como 100, 200, 300% ou maiores), salvo comprovada exceção, carregam, por si só, uma forte presunção de abusividade. Entretanto, índices como 30, 40, 50 ou 60%, por exemplo, podem, diante do caso concreto, não configurar abuso, mas verdadeiro exercício de direito, além de representarem a única forma de manter o plano equilibrado.

A sustentabilidade do setor, conforme explicitado, já é especialmente delicada e fragilizada diante de fatos inerentes às suas atividades, tais como o envelhecimento populacional, o aumento da necessidade de utilização dos serviços de saúde em razão do agravamento da idade e a elevação dos custos decorrentes das incorporações tecnológicas. Soma-se a esses fatores a realidade de judicialização, que inegavelmente implica aumento dos custos das OPSs⁸².

Se não houver conscientização dos Julgadores (e da própria ANS) quanto a estes elementos, a manutenção do sistema, reprisa-se, em nome de aplicações míopes do CDC, estará, em não muito tempo, irreparavelmente comprometida. A saúde e o futuro do sistema de saúde suplementar pressupõe uma mudança de mentalidade, sobretudo do Judiciário, quanto a estas questões.

3.2 Negativas de Cobertura Assistencial

Assim como ocorre com os reajustes, a validade das cláusulas contratuais que limitam ou restringem direitos (dos beneficiários de planos de saúde) pressupõe, sobretudo, respeito às formalidades exigidas no CDC. De resto, a aplicação do diploma consumerista deve ser comedida e harmonicamente balanceada juntamente com os demais valores e as demais normas também aplicáveis a essas demandas.

Nos casos de contratos não regulamentados, por exemplo, o ponto de equilíbrio em demandas judiciais pode ser compreendido como o respeito e a atenção à questão da prova da oferta para o consumidor migrar para um plano atualizado.

82 “Decisões judiciais impedindo ou limitando aumentos previstos em contrato e estabelecidos em função do aumento do risco por faixa etária têm forte impacto financeiro nas operadoras de saúde e podem levá-las a uma completa insolvência”. (Fundação Instituto de Pesquisas Contábeis, Atuariais e Financeiras – FIECAFI. Parecer Técnico: diferenciação de risco de mensalidade ou prêmio entre faixas etárias em planos e seguros de saúde. Disponível em: <<http://www.fiecafi.org/downloads/newsletter/FaixaEtariaParecerTecnicoAtuarial.pdf>>. Acesso em: 14 jan. 2014. Neste mesmo sentido, vide ALVES, Sandro Leal. *Entre a Proteção e a Eficiência*: evidências de seleção adversa no mercado brasileiro de saúde suplementar após a regulamentação. Monografia Premiada no II Prêmio SEAE. Brasília: SEAE, 2007. p. 24-26.

Veja-se que a própria LPS determina que “Nenhum contrato poderá ser adaptado por decisão unilateral da empresa operadora” (artigo 35, §4º), bem como que a adaptação “[...] deverá ser formalizada em termo próprio, assinado pelos contratantes [...]” (artigo 35, §1º).

Em outras palavras, por determinação legal, é vedado à OPS alterar unilateralmente uma minuta não regulamentada para uma regulamentada, sendo indispensável, para tanto, a concordância do consumidor, bem como a formalização da atualização em termo próprio. Assim, se a OPS provar nos autos que ofertou a possibilidade de atualização de plano e que o beneficiário deliberadamente optou por não alterá-lo (mantendo-se vinculado à minuta original e às coberturas correlatas), não se revela plausível (nem razoável) a ele assegurar os benefícios (e coberturas) inerentes à novel legislação. Neste sentido, já entendeu o TJ/RS (Apelação Cível nº 70020631768, Sexta Câmara Cível, Relator: Artur Arnildo Ludwig, Julgada em 11/12/2008⁸³) e, mais recentemente, as Turmas Recursais Cíveis gaúchas (Recurso Cível nº 71004283560, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Roberto José Ludwig, Julgado em 28/05/2013⁸⁴).

Do contrário, a desconsideração de tal questão, com a aplicação indistinta da LPS aos contratos não regulamentados, implicará concluir que não existe necessidade, motivo ou razão para que os consumidores (de planos antigos) adquiram o novo plano, haja vista que teriam de qualquer forma (todos) os direitos nele assegurados, ainda que não pagando os valores respectivos às novas coberturas.

Além disso, cumpre reconhecer que reflexão equivalente há de estar presente nas demais controvérsias envolvendo amplitude de cobertura assistencial. Aspectos contratuais que influenciam na mensuração dos valores das mensalidades e com os quais se erguem os planos (tais como procedimentos e serviços obrigatórios/legalmente passíveis de exclusão, procedimentos conforme a segmentação contratada e prazos de carência), sobretudo quando já eivados dos

83 Segue a ementa: “APELAÇÃO CÍVEL. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS. 2ª CIRURGIA. COLOCAÇÃO DE PRÓTESE NO FÊMUR. LEI 9.656/98. HIPÓTESE EM QUE A CONTRATANTE OPTOU POR PERMANECER COM O PLANO ANTIGO. CLÁUSULA CONTRATUAL DE EXCLUSÃO. ATENDIDAS AS EXIGÊNCIAS DO CDC. NEGATIVA DE COBERTURA LEGÍTIMA. DANOS NÃO CONFIGURADOS. [...]”.

84 Segue a ementa: “RECURSO INOMINADO. PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA DE COBERTURA DAS DESPESAS COM RESSONÂNCIA MAGNÉTICA E CIRURGIA DE IMPLANTAÇÃO DE ÓRTESE. PLANO CONTRATADO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI DOS PLANOS DE SAÚDE. MIGRAÇÃO EXPRESSAMENTE NEGADA PELA PARTE AUTORA. OPÇÃO PELA MANUTENÇÃO DO PLANO ATÉ ENTÃO VIGENTE, COM EXPRESSA REFERÊNCIA ÀS CAUSAS DE EXCLUSÃO DE COBERTURA. INEXISTÊNCIA DE ABUSIVIDADE NA NEGATIVA DE COBERTURA NO CASO CONCRETO. SENTENÇA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. [...]”.

imperativos determinados pela legislação específica (bem como pelo próprio Poder Público, na figura da ANS) devem ser respeitados ao máximo.

Não há qualquer dúvida: entender o contrário significa desconhecer o real funcionamento dos seguros e pretender trilhar o caminho que conduzirá, a partir de uma presunção errônea de que os consumidores tudo podem e as OPSs com tudo devem arcar, ao colapso e à insustentabilidade do sistema. Significa a prevalência de valores e interesses indiscutivelmente individuais, em detrimento dos grupos e sistemas securitários e da sociedade como um todo.

No mesmo sentido, o argumento quanto à inexistência de cláusula expressamente excluindo o procedimento desejado no caso concreto, eis configurar suposta violação do direito à informação, tampouco pode prevalecer. Veja-se que nem mesmo a inclusão do rol de procedimentos obrigatórios no corpo da minuta contratual se revela viável ou vantajosa, uma vez que tornaria o contrato de difícil utilização até mesmo pelos profissionais mais experientes, o que dirá dos consumidores, que são, em sua maioria, leigos, especialmente em se tratando de termos técnicos e cunhados na complexa área da medicina. Isso não bastasse, arrolar todos os procedimentos não previstos no RPES sequer se mostra factível, uma vez que aqueles consistem, muitas vezes, de procedimentos e serviços novos, ainda em fase de experimentação e/ou que sequer existiam à data da assinatura do contrato.

Logo, a partir do momento em que os serviços cobertos (e obrigatórios) estão vinculados à sua inclusão na lista e por outro lado, os excluídos (não obrigatórios) decorrem da sua não menção no dito rol, não há falar em vício de informação e/ou qualquer forma de abuso. Mesmo porque, trata-se de um rol editado, mantido e periodicamente atualizado pela agência reguladora especializada, estando, inclusive, disponível ao público através de fácil acesso.

Ainda que fosse humanamente possível se conhecer (e prever) todos os procedimentos e serviços médicos existentes (mas que não constam como “excluídos” no rol), não se revela coerente e aceitável admitir que tal questão implicaria qualquer diferença prática aos consumidores, já que é de se presumir que ninguém contrata um plano de saúde com o fito específico de se utilizar deste ou daquele procedimento. Esta hipótese, aliás, além de absurda, possivelmente configuraria atitude fraudulenta e atentatória às bases de qualquer pacto securitário.

Isso não bastasse, é importante lembrar que o RPES prevê apenas aqueles procedimentos testados, aprovados e cuja eficiência já está comprovada, sendo correto afirmar, por outro lado, que os procedimentos que não constam na lista não compartilham dos mencionados atributos. Sendo assim, nada mais razoável do

que não exigir que as OPSS custeiem (sobretudo em caráter obrigatório) procedimentos que, na prática, têm as suas eficácia e segurança questionáveis.

Enfim, o direito e a proteção do consumidor, mais uma vez, vêm sendo utilizados de forma egoísta e individualista, estendendo benefícios (ilegais) a usuários isolados e, por consequência, implicando ônus e desvantagens a toda a coletividade, imediatamente às OPSS, mediamente ao mútuo securitário, e, em certa medida, a toda a sociedade.

Além do que, não se pode perder de vista que a prestação do direito à saúde, em caráter universal e integral, é dever do Poder Público. Nesta esteira, as normas da ANS, por mais imperfeitas que para alguns possam ser, no que toca à amplitude das coberturas assistenciais (sobretudo no que tange ao binômio *obrigatório/não obrigatório ou excluído*), devem ser respeitadas. O rol de procedimentos obrigatório, por essas razões, deve ser compreendido, enfim, como um guia em prol de um ponto de equilíbrio harmonioso e sustentável⁸⁵.

Sem prejuízo do acima exposto, há de se reconhecer que, verdadeiro ponto de equilíbrio, possivelmente, se encontraria na harmonização dos Julgadores com a legislação (em especial a LPS) e as específicas regulamentações da ANS. Nesse norte, uma alternativa louvável, e que já vem sendo, de certa forma, praticada em determinados pretórios nacionais, estaria em um modelo em que os magistrados pudessem, antes de decidir, realizar consultas junto a órgãos técnicos⁸⁶.

85 Oportuna a seguinte passagem de texto da autoria de Maria Stella Gregori: “[...] é primordial invocar a sustentabilidade com uma visão holística, na busca do equilíbrio de um desenvolvimento economicamente viável, socialmente justo e ambientalmente correto. O que significa dizer, em outras palavras, com operadoras devidamente remuneradas, consumidores devidamente atendidos e o meio ambiente equilibrado, visando a excelência assistencial da saúde”. (GREGORI, Maria Stella. O Futuro que Queremos para a Regulação da Saúde Suplementar. *Revista dos Tribunais*. v. 925. São Paulo: RT, nov. 2012. p. 168).

86 A doutrina especializada também ventila esta alternativa, conforme se verifica da seguinte passagem de Angélica Carlini: “Uma das soluções viáveis para administrar com maior objetividade e racionalidade os recursos públicos e privados para a saúde é a criação de Núcleos de Apoio Técnico aos Tribunais de Justiça, que serão obrigatoriamente consultados antes que o magistrado emita uma decisão judicial sobre um caso específico”. (CARLINI, Angélica Lúcia. *Judicialização da Saúde Pública no Brasil*. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coord.). *Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 41); Luiz Arnaldo Pereira da Cunha Junior, na mesma esteira, sugere algumas alternativas que “aperfeiçoam o mercado em geral e, de forma específica, a qualidade das demandas e decisões judiciais”, como, por exemplo, com o Judiciário podendo se utilizar da ANS como uma consultora independente, bem como com a dita agência disponibilizando em seu *site*, de forma restrita aos magistrados, informações completas quanto aos contratos e as suas previsões e limitações, bem como de protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas para doenças, lesões e demais situações

Atento a esta questão e às reivindicações que se acumulam, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, por exemplo, tem tomado diversas iniciativas para buscar formas de resolução e amenização dos problemas que se alastram na saúde suplementar. Possível citar, por exemplo, a Recomendação nº 36, de 2011, a qual recomenda que as Cortes do Judiciário nacional adotem condutas e métodos de forma a auxiliar os magistrados a formarem um juízo crítico e a decidirem, baseados em melhores conhecimentos, ações envolvendo planos de saúde, inclusive prevendo linhas de estreita comunicação entre os juízes e as próprias OPSs.

Como visto, ainda que incipientes, já existem nítidos caminhos que buscam garantir uma melhora na qualidade das decisões judiciais no que tange às demandas envolvendo o direito à saúde, especialmente a saúde suplementar.

Não se deve esquecer, por fim, que à OPS cabe garantir toda a sua carteira de clientes, de forma que a sua administração deve zelar não apenas por um ou outro consumidor isoladamente considerado, mas por todos os usuários de todos os planos que mantém, os quais também merecem ter seus direitos, inclusive sob a ótica consumerista, resguardados e respeitados. Enfim, não há qualquer dúvida: a sustentabilidade dos planos de saúde e do sistema securitário como um todo depende e está totalmente atrelada à compreensão destas importantes variáveis.

4. CONCLUSÃO

A manutenção e a sustentabilidade das empresas que atuam no mercado da saúde suplementar são de interesse de todos, do Estado e da população. Somadas as premissas acima trabalhadas, pode-se concluir, com segurança, que a harmonização dos interesses das partes envolvidas nestas relações (consumidores e OPSs), além de constituir princípio legal da Política Nacional de Relações de Consumo (artigo 4º, inciso III, do CDC), é algo a ser buscado com vista a garantir a própria solvência e a continuidade de tais operações e, mediatamente, garantir o acesso à saúde para uma grande e crescente parcela da população.

Assim, em um cenário em que demandas judiciais discutindo direitos dos consumidores (e obrigações das OPSs), em contratos de planos de saúde, são cada vez

de saúde. (CUNHA JUNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da. O Mercado de Saúde Suplementar: a busca do equilíbrio. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). *O CNJ e os Desafios da Efetivação do Direito à Saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 298).

mais frequentes e em que as decisões judiciais tendem, inegavelmente, salvo hipóteses e entendimentos excepcionais, a decidir em favor dos consumidores, o estudo e a análise dos principais aspectos e particularidades jurídicas que envolvem esta espécie de contrato demonstram-se extraordinariamente pertinentes, especialmente quando o intuito é esboçar, de forma sóbria e lúcida, um ponto de equilíbrio entre os interesses envolvidos.

Todos os aspectos do contrato de plano de saúde estudados neste texto (contrato de consumo, regulado, de natureza securitária e empresarial) apontam para a inequívoca ideia de equilíbrio entre as partes, de sorte que o desequilíbrio é claramente visto como um elemento que coloca em risco a sustentabilidade desta espécie de pacto. Em mais diretas palavras, todos os quatro aspectos acima referidos, direcionam para a conclusão de que, seja qual for a ótica utilizada, os contratos, especialmente os de planos de saúde, devem estruturar-se no sentido de buscar o equilíbrio, antes e durante a sua existência.

Em nenhum momento, tal noção é contrária a um ordenamento (tal qual o positivo brasileiro) que tem, no consumidor, um sujeito de direitos reconhecido como vulnerável e merecedor de tutela especial. A legislação consumerista busca, outrossim, justamente, o equilíbrio entre as partes, fortalecendo o polo mais fraco, de modo a colocá-lo em uma condição, pelo menos em tese, equiparável com o polo mais forte. Entretanto, e especialmente no caso dos contratos de planos de saúde, o consumidor não pode ser visto como um sujeito que tudo pode, tampouco as OPSs como empresas que tudo devem garantir. Interpretar a legislação consumerista dessa forma, respeitadas opiniões diversas, se mostra insustentável e contrário ao próprio propósito da normatização.

Vislumbrar a proteção do consumidor, não individualmente considerado, mas a partir de uma ótica coletiva, é o que, a partir dos pontos acima desenvolvidos, se pode concluir como sendo o melhor caminho a ser adotado pelas decisões judiciais. Dessa forma, ressalvadas situações excepcionais, se estará diante de uma proteção mais coerente, lúcida e efetiva dos consumidores (não poucos e isolados, mas dimensionados em sua coletividade), em consonância com o ordenamento (inclusive a legislação consumerista) e com vista à sustentabilidade longínqua desse sistema (e dos serviços de saúde) que é, por todos, tão necessária.

REFERÊNCIAS

ALVES, D. C.; BAHIA, L.; BARROSO, A. F. **O Papel da Justiça nos Planos e Seguros de Saúde no Brasil**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-311X2009000200006&script=sci_arttext>. Acesso em: 27 jan. 2014.

ALVES, S. L. **Entre a proteção e a eficiência**: evidências de seleção adversa no mercado brasileiro de saúde suplementar após a regulamentação. Monografia Premiada no II Prêmio SEAE. Brasília: SEAE, 2007.

BARRIONUEVO FILHO, A.; LUCINDA, C. R. de. Avaliação sobre concorrência e concentração em serviços de saúde: relações verticais e horizontais. In: FARINA, L.; GUIMARÃES, D. A. (Org.). **Concorrência e regulação no setor de saúde suplementar**. São Paulo: Singular, 2010. p. 47-108.

BARROSO, L. R. Direito intertemporal, competências funcionais e regime jurídico dos planos e seguros de saúde. In: CARNEIRO, L. A. F. (Org. e Coord.). **Planos de saúde**: aspectos jurídicos e econômicos. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 227-263.

BENJAMIN, A. H. V. O Código Brasileiro de proteção do consumidor. In: MARQUES, C. L.; MIRAGEM, B. (Org.). **Doutrinas essenciais de direito do consumidor**. v. I. São Paulo: RT, 2010. p. 97-132.

LOPES, J. R. de L.; MARQUES, C. L.; BESSA, L. R. **Manual de direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: RT, 2009.

BOTTESINI, M. A.; MACHADO, M. C. **Lei dos planos e seguros de saúde**: comentada e anotada artigo por artigo – doutrina – jurisprudência. São Paulo: RT, 2003.

BRASIL. 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/L9656.htm>. Acesso em: 30 maio 2016.

_____. 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: 30 maio 2016.

_____. Lei Federal n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 30 maio 2016.

CARLINI, A. L. Judicialização da saúde pública no Brasil. In: CARNEIRO, L. A. F. (Org. e Coord.). **Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 17-46.

_____. A ANS e a efetividade de sua missão: dificuldades, perspectivas, controle eficaz dos fornecedores. In: NOBRE, M. A. de B.; SILVA, R. A. D. da. (Coord.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 15-27.

CARNEIRO, L. A. F. Princípios básicos de seguros e planos de saúde. In: CARNEIRO, L. A. F. (Org. e Coord.). **Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 67-93.

CAVALIERI FILHO, S. **Programa de direito do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

CUNHA JUNIOR, L. A. P. da. O mercado de saúde suplementar: a busca do equilíbrio. In: NOBRE, M. A. de B.; SILVA, R. A. D. da (Coord.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 273-301.

FACCHINI NETO, E. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, I. W. (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 37-75.

FACHIN, L. E. O “aggiornamento” do Direito Civil brasileiro e a confiança negocial. In: FACHIN, L. E. (Coord.). **Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 115-149.

FIGUEIREDO, L. V. **Curso de direito de saúde suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde**. São Paulo: MP Editora, 2006.

FILOMENO, J. G. B. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

FUNDAÇÃO INSTITUTO DE PESQUISAS CONTÁBEIS, ATUARIAIS E FINANCEIRAS – FIPECAFI. **Parecer técnico: diferenciação de risco de mensalidade ou prêmio entre faixas etárias em planos e seguros de saúde**. Disponível em: <<http://www.fipecafi.org/downloads/newsletter/FaixaEtariaParecerTecnicoAtuarial.pdf>>. Acesso em: 14 jan. 2014.

FOLLAND, S.; GOODMAN, A. C.; STANO, M. **A economia da saúde**. Tradução de Cristina Bazan. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2008.

GREGORI, M. S. O futuro que queremos para a regulação da saúde suplementar. **Revista dos Tribunais**, v. 925. São Paulo: RT, nov. 2012.

_____. O processo de normatização do mercado de saúde suplementar no Brasil. In: MARQUES, C. L.; SCHMITT, C. H.; LOPES, J. R. de L.; PFEIFFER, R. A. C. (Coord.). **Saúde e responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde**. São Paulo: RT, 2008. p. 246-266.

_____. **Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor**. 3. ed. São Paulo: RT, 2011.

JÚNIOR, A. do A. A boa-fé e o controle das cláusulas contratuais abusivas nas relações de consumo. In: MARQUES, C. L.; MIRAGEM, B. (Org.). **Doutrinas essenciais de direito do consumidor**. v. III. São Paulo: RT, 2010. p. 301-310.

KHOURI, P. R. R. A. **Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

LADEIRA, F. de O. D. **Regulação estatal e assistência privada à saúde: liberdade de iniciativa e responsabilidade social na saúde suplementar**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

LOPES, J. R. de L. Consumidores de seguros e planos de saúde (ou, doente também tem direitos). In: MARQUES, C. L.; LOPES, J. R. de L.; PFEIFFER, R. A. C. (Coord.). **Saúde e responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde**. São Paulo: RT, 1999. p. 23-35.

LOPES, J. R. de L.; NETO, P. M. G. Consumidores de planos de saúde (ou, doente também tem direitos) – uma revisão. In: MARQUES, C. L.; SCHMITT, C. H.; LOPES, J. R. de L.; PFEIFFER, R. A. C. (Coord.). **Saúde e responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde**. São Paulo: RT, 2008. p. 159-176.

MARQUES, C. L. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6. ed. São Paulo: RT, 2011.

_____. Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de “ações afirmativas” em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso. In: SARLET, I. W. (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 175-204.

MARQUES, C. L.; BENJAMIN, A. H. V.; MIRAGEM, B. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.

MARQUES, C. L.; MIRAGEM, B. **O novo Direito Privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: RT, 2012.

MARTINS-COSTA, J. Crise e modificação da ideia de contrato no Direito Brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 3. São Paulo: RT, set./dez, 1992, p. 127-154.

MELLO, M. A. Saúde suplementar, segurança jurídica e equilíbrio econômico-financeiro. In: CARNEIRO, L. A. F. (Org. e Coord.). **Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 3-15.

MIRAGEM, B. **Curso de Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: RT, 2010.

MORAES, P. V. D. P. **Código de Defesa do Consumidor: princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade e nas demais práticas comerciais**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

NUNES, L. A. R. **Curso de Direito do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

OCKE-REIS, C. O.; ANDREAZZI, M. de F. S. de; SILVEIRA, F. G. O mercado de planos de saúde no Brasil: uma criação do estado? **Revista de economia contemporânea**, Rio de Janeiro: Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, jan./abr. 2006. p. 157-185.

PASQUALOTTO, A. de S. O Código de Defesa do Consumidor em face do Código Civil de 2002. In: PFEIFFER, R. A. C.; PASQUALOTTO, A. de S. (Coord.). **Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias**. São Paulo: RT, 2005. p. 135-151.

_____. **Contratos Nominados III**. São Paulo: RT, 2008.

_____. Defesa do Consumidor. In: MARQUES, C. L.; MIRAGEM, B. (Org.). **Doutrinas essenciais de direito do consumidor**, São Paulo: RT, v. I., 2010, p. 25-62.

RIANI, M. Kr. **Planos de Saúde: a harmonização dos interesses na relação de consumo**. 2010. 146f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito Milton Campos, Minas Gerais.

SAMPAIO, A. **Contratos de plano de saúde**. São Paulo: RT, 2010.

SANTOS, B. de S. **Um discurso sobre as ciências**. 16. ed. Porto: Edições Afrontamento, 2010.

SANTOS, F. M. de A. Reflexões acerca do Consumidor-Idoso e a necessidade de efetivação dos direitos desta categoria especial de indivíduos. **Revista de Direito Privado**, São Paulo: RT, v. 36, out./dez. 2008, p. 119-140.

SANTOS, M. B. dos. **Planos de saúde e o Código de Defesa do Consumidor**. Leme/SP: Cultura Jurídica, 2007.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. Neoconstitucionalismo e a Influência dos direitos fundamentais no Direito Privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. In: SARLET, I. W. (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 13/36.

SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: RT, 2012.

SARMENTO, D. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCAFF, F. C. **Direito à saúde no âmbito privado**: contratos de adesão, planos de saúde e seguro-saúde. São Paulo, 2010.

SCHMITT, C. H. A “hipervulnerabilidade” do consumidor idoso. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: RT, v. 70. abr./jun. 2009, p. 139-168.

SCHMITT, C. H.; MARQUES, C. L. Visões sobre os planos de saúde privada e o Código de Defesa do Consumidor. In: MARQUES, C. L.; SCHMITT, C. H.; LOPES, J. R. de Lima; PFEIFFER, R. A. C. (Coord.). **Saúde e Responsabilidade 2**: a nova assistência privada à saúde. São Paulo: RT, 2008. p. 71-158.

SETTE, A. L. M. A. **Direito dos contratos**: seus princípios fundamentais sob a ótica do Código Civil de 2002. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SILVA NETO, O. C. da. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

SODRÉ, M. G. **A construção do direito do consumidor**: um estudo sobre as origens das leis principiológicas de defesa do consumidor. São Paulo: Atlas, 2009.

SOUZA, J. M.; PIRES, D. da S. Relatório de pesquisa coletiva de jurisprudência “Judicialização da Saúde Suplementar”. Unimed BH. **Judicialização da Saúde Suplementar**, Belo Horizonte: Unimed BH, 2008.

TARTUCE, F.; NEVES, D. A. A. **Manual de direito do consumidor**: direito material e processual. 2. ed. São Paulo: Método, 2013.

TIMM, L. B. Direito à saúde e a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: NOBRE, M. A. de B.; SILVA, R. A. D. da. (Coord.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 255-272.

TRETTEL, D. B. **Planos de saúde na visão do STJ e do STF**. São Paulo: Verbatim, 2010.

VEIGA, J. E. da. **Desenvolvimento sustentável: o desafio do século XXI**. Rio de Janeiro: Garamond, 2010.

V PRÊMIO IESS DE PRODUÇÃO CIENTÍFICA EM SAÚDE SUPLEMENTAR (2015)

1º lugar

UNIMILITÂNCIA MÉDICA: A POSIÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA À LUZ DA REGULAÇÃO E DA CONCORRÊNCIA

Samir José Caetano Martins

Resumo da monografia apresentada ao FGV *Online* como pré-requisito para a conclusão do curso de pós-graduação *lato sensu* MBA Executivo em Direito Público.

RESUMO

A monografia analisa a posição do Superior Tribunal de Justiça sobre a unimilitância médica, consistente na exigência de exclusividade na prestação de serviços do cooperado para a cooperativa, à luz da regulação e da concorrência, apresentando as características do setor de saúde suplementar brasileiro e sua estrutura de mercado e examinando a unimilitância sob a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, e sob a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, para, afinal, analisar os fundamentos da posição do STJ sobre o tema.

1. INTRODUÇÃO

1.1 A Unimilitância Médica e o STJ

A unimilitância médica é a exigência de exclusividade na prestação de serviços médicos à cooperativa de trabalho médico que atue como operadora de plano de assistência à saúde, imposta ao médico cooperado por disposição inserida no estatuto da cooperativa de trabalho médico.

Operadora de plano de assistência à saúde é a pessoa jurídica de direito privado que oferta plano privado de assistência à saúde, atividade que pode ser exercida por diversos tipos de pessoa jurídica: fundações, associações, sociedades limitadas, sociedades anônimas e sociedades cooperativas.

O plano privado de assistência à saúde consiste na prestação continuada de serviços de saúde ou na cobertura de custos desses serviços, por prazo indeterminado, a preço pré ou pós-estabelecido, com a finalidade de garantir a assistência à saúde pelo custeio integral ou parcial dos serviços de saúde por uma operadora, mediante o reembolso ao consumidor ou mediante o pagamento direto ao prestador de serviços de saúde, por conta e ordem do consumidor.

A oferta de planos privados de assistência à saúde é atividade econômica sujeita a regulação estatal, confiada à Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, autarquia sob o regime especial vinculada ao Ministério da Saúde.

Como ente regulador, a ANS tem poderes de fixar as condições de entrada e de permanência no setor regulado, de estabelecer normas para a atuação dos entes regulados e de fiscalizar a atuação desses entes.

A oferta de planos privados de assistência à saúde, como qualquer atividade econômica, também está sujeita à fiscalização do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, autarquia vinculada ao Ministério da Justiça integrante do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência que é responsável pela defesa da livre concorrência e pela repressão ao abuso de poder econômico.

A unimilitância médica tem gerado conflitos entre cooperativas de trabalho médico que atuam como operadoras e seus médicos cooperados, a ANS e o CADE.

Quando esses conflitos são materializados em processos judiciais, eles podem chegar, sob a forma de recurso, ao Superior Tribunal de Justiça – STJ, órgão do Poder Judiciário encarregado de uniformizar a interpretação da lei federal.

Os recursos que tramitam no STJ são distribuídos entre suas seis turmas, havendo duas turmas para julgamento de matérias de Direito Público, duas turmas para julgamento de Direito Privado e duas turmas para julgamento de Direito Penal. As duas turmas que tratam da mesma matéria compõem uma Seção, que é um órgão jurisdicional superior às turmas. Na cúpula do STJ, portanto, em posição superior às turmas e às seções, se encontra a Corte Especial.

Havendo entendimentos conflitantes entre turmas do STJ, é possível interpor recurso denominado Embargos de Divergência, para o fim de obter a uniformização da jurisprudência. Se as turmas tratam da mesma matéria, cabe à respectiva seção uniformizar o entendimento entre as turmas. Se as turmas tratam de matérias diversas, cabe à Corte Especial uniformizar o entendimento para todo o STJ.

Como a unimilitância médica envolve conflitos entre agentes privados – cooperativas e médicos cooperados – e entre agentes privados e públicos – cooperativas e ANS, cooperativas e CADE, os processos judiciais envolvendo o tema tramitam no STJ perante as turmas de Direito Privado e de Direito Público, de modo que, havendo entendimento conflitante entre essas turmas, cabe à Corte Especial uniformizar o entendimento do STJ.

Foi exatamente isso que aconteceu no julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial – EREsp nº 191.080/SP, originado da divergência entre a decisão da 4ª Turma no Recurso Especial – REsp nº 191.080/SP e a decisão da 1ª Turma no REsp nº 768.118/SC.

O STJ deu interpretação sistemática ao § 4º do artigo 29 da Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971 – que define a Política Nacional de Cooperativismo e institui o regime jurídico das sociedades cooperativas –, para concluir que é inválida cláusula inserida em estatuto de cooperativa de trabalho médico que impõe exclusividade aos médicos cooperados.

Essa decisão afeta o modo que as cooperativas de trabalho médico que atuam como operadoras se relacionam com seus médicos cooperados, com a ANS e com o CADE e se reflete no modo que se desenvolve a concorrência no setor de saúde suplementar, o que influencia a vida dos milhões de consumidores brasileiros beneficiários de planos privados de assistência à saúde. Daí a relevância do estudo do tema.

O presente trabalho objetiva explorar os fundamentos da decisão da Corte Especial do STJ à luz da Regulação e da Concorrência.

A pesquisa consistiu em revisão bibliográfica, a partir de decisões judiciais no endereço eletrônico do STJ; de decisões administrativas e de normas administra-

tivas colhidas no endereço eletrônico do CADE; de decisões administrativas e de normas administrativas colhidas no endereço eletrônico da ANS; de leis colhidas no endereço eletrônico da Presidência da República e de artigos doutrinários e livros consultados na *internet* e em bibliotecas.

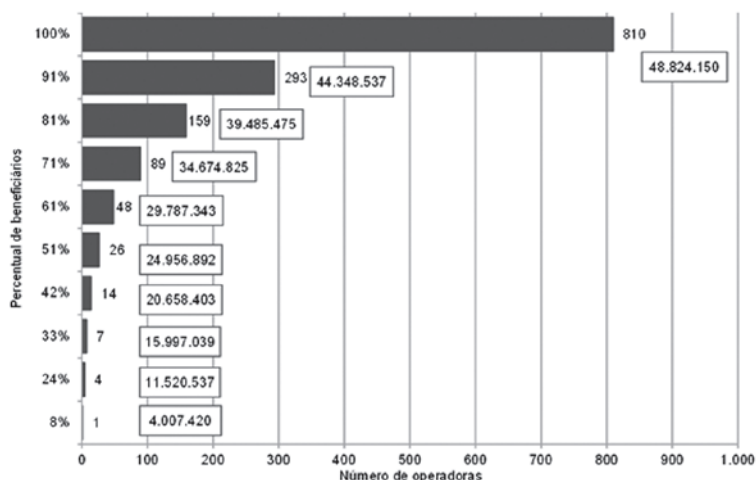
2. PERFIL DO SETOR E MERCADOS RELEVANTES DE PLANOS MÉDICOS

2.1 Perfil do Setor

No Brasil, poucas operadoras de planos de assistência à saúde reúnem a maior parte dos beneficiários de planos médicos, conforme se observa no Gráfico 1, divulgado pela ANS (2016).

A distribuição de muitos beneficiários entre poucas operadoras, a ponto de 26 operadoras reunirem mais de 50% dos beneficiários do setor, indica que existem agentes com significativo porte econômico no setor.

Gráfico 1 – Distribuição dos beneficiários de planos de assistência médica por operadoras (Brasil – março/2016)



Fonte: SIB/ANS/MS – 03/2016 e CADOP/ANS/MS – 03/2016

Resta saber se o mercado de plano de saúde médico é concentrado no Brasil, o que depende da determinação do mercado relevante, conceito que não se confunde com setor econômico, como se verá a seguir.

A distribuição de muitos beneficiários de planos médico-hospitalares entre poucas operadoras no setor de saúde suplementar brasileiro nada diz sobre a estrutura de mercado e, conseqüentemente, nada diz sobre o grau de concentração de mercado entre os agentes econômicos que nele atuam.

O fato de poucas operadoras concentrarem muitos beneficiários indica apenas que o setor conta com *players* de significativo porte econômico, o que gera preocupações maiores com seu monitoramento por parte da ANS, considerando que a descontinuidade da assistência à saúde prestada por essas operadoras geraria um impacto social de dimensão nacional que repercutiria negativamente sobre a imagem da ANS como ente regulador. Trata-se do *too big to fail*, que se popularizou com a observação das repercussões econômicas da quebra de instituições financeiras de grande porte nos Estados Unidos da América na crise de 2008.

Ocorre que porte econômico não é sinônimo de poder de mercado, assim como o perfil do setor não é sinônimo da estrutura de mercado.

Para identificar o poder de mercado é preciso conhecer sua estrutura e, para definir essa estrutura, é preciso delimitá-la. Essa delimitação tem sido feita no Brasil, assim como nos Estados Unidos da América e na União Europeia, pelo método de determinação do mercado relevante (OLIVEIRA; RODAS, 2004, p. 82).

2.2 Mercado Relevante

Chama-se mercado relevante o campo em que os ofertantes travam uma competição pela preferência dos demandantes. Para delimitar esse campo o ideal é vislumbrar três dimensões: produto, geográfica e temporal. Costuma-se usar as dimensões produto e geográfica, reservando-se à dimensão temporal um papel mais sutil, mas nem por isso menos importante (SALOMÃO FILHO, 2007, p. 108).

Na dimensão produto são inseridos os produtos ou os serviços substitutos entre si, tanto pelo lado da demanda quanto pelo lado da oferta. Pelo lado da demanda, consideram-se na determinação do mercado relevante não apenas produtos ou serviços rigorosamente idênticos, mas todos aqueles que o demandante pode preferir em substituição ao produto ou serviço considerado em face de um aumento de preço desse produto ou serviço (como no clássico exemplo da substituição da manteiga pela margarina diante de um aumento no preço da manteiga). E pelo lado da oferta consideram-se não apenas os atuais concorrentes, que

podem reagir a um aumento de preço tentando aumentar suas participações de mercado com a oferta de um produto ou serviço mais barato, mas também os potenciais concorrentes, isto é, os agentes econômicos que podem decidir ingressar no mercado atraídos pela margem de lucro que o mercado considerado oferece.

Na dimensão geográfica é considerado o raio de deslocamento, tanto pelo lado da demanda quanto pelo lado da oferta. Pelo lado da demanda, considera-se a propensão de deslocamento do demandante por um produto ou um serviço mais barato, reagindo a um aumento de preço. E pelo lado da oferta consideram-se os raios de atuação dos ofertantes atuais ou potenciais, que podem ser ampliados para tentar conquistar ou aumentar participações de mercado atraídos pela margem de lucro que o mercado considerado oferece. Nesse contexto, as possibilidades de ampliação de redes de distribuição e de importações influem no resultado.

Diz-se que a dimensão temporal se faz presente na determinação do mercado relevante porque os movimentos de oferta e de demanda nas dimensões produto e geográfica são considerados num limite de tempo determinado, que revela uma perspectiva de curto prazo.

Uma vez delimitado o mercado relevante, calculam-se as participações de cada agente econômico naquele mercado, em percentuais (o agente econômico considerado pode ser o ofertante ou o demandante, dependendo do objetivo da análise econômica: determinar o poder de oferta ou o poder de compra).

O número de agentes econômicos e suas respectivas participações de mercado indicarão a estrutura de mercado, sabendo-se que cada estrutura de mercado tem características peculiares, sendo certo que essas características podem gerar diferentes preocupações com a preservação da livre concorrência.

2.3 Estruturas de Mercado

Em teoria, um mercado relevante pode apresentar uma dentre seis tipos de estrutura: pelo lado da oferta, pode se apresentar como competitivo, concorrência monopolística, firma dominante, oligopólio, monopólio e monopólio natural; pelo lado da demanda, usam-se categorias simétricas.

Interessa para o presente trabalho o lado da oferta, que permite visualizar mais claramente o poder de mercado das operadoras de planos de assistência à saúde frente aos consumidores (embora não se ignore a relevância da estrutura de mercado pelo lado da demanda, dado que as operadoras se inserem como

intermediárias entre os prestadores de serviços de saúde e os consumidores, sendo, a um só tempo, demandantes em relação aos prestadores de serviços de saúde e ofertantes em relação aos consumidores) e as estruturas de mercado competitiva (por ser o parâmetro para a defesa da concorrência) e de oligopólio (por ser a estrutura de mercado predominante no País).

Uma estrutura de mercado competitiva, ou de concorrência perfeita, é um modelo ideal, no qual há um grande número de ofertantes e de demandantes, que realizam operações econômicas envolvendo produtos homogêneos (ou seja, substitutos perfeitos), com completa informação sobre os agentes econômicos e os produtos, inexistindo barreiras à entrada de novos concorrentes.

Nesse cenário, nenhum ofertante tem poder para influenciar o preço; a maximização do lucro do ofertante se dá no ponto em que a receita marginal se iguala ao custo marginal (ou seja, a receita da última unidade produzida se iguala ao seu custo; a partir daí, não seria racional produzir, pois a tendência seria de o produto adicional exigir custos individualmente maiores do que seu preço); o preço de mercado equivale ao custo total médio de produção e os ofertantes não conseguiriam sustentar um hipotético aumento de preço, pois, dada a ausência de barreiras à entrada, novos ofertantes ingressariam no mercado e sua presença, invariavelmente, faria o preço de todos voltar ao nível competitivo.

Uma estrutura de mercado de oligopólio é caracterizada por um pequeno número de ofertantes e por altas barreiras à entrada, podendo os produtos se apresentarem como homogêneos ou como diferenciados. Caso esses ofertantes ajam competitivamente, seu desempenho será semelhante ao de um mercado de concorrência perfeita mas, caso esses ofertantes cooperem entre si, combinando preços ou quantidades produzidas, obterão resultado próximo ao de um monopólio, impondo ao mercado um preço que lhes assegure o máximo lucro supracompetitivo. Seja qual for a postura adotada pelos ofertantes, o fato é que cada um deles levará em conta a possível reação dos demais (STIGLITZ; WALSH, 2003, p. 371), sendo certo que o grau de competição tende a ser menor quando poucos ofertantes dominam o mercado (STIGLITZ; WALSH, 2003, p. 206).

Para avaliar o grau de concentração em uma estrutura de mercado, podem ser usados diversos índices, que primariamente servem para a análise de atos de concentração horizontal (movimentos de fusões e aquisições entre concorrentes) mas que se prestam à análise da estrutura de mercado em geral.

Na experiência brasileira, são comuns os manejos dos índices C4 e Herfindahl-Hirschmann (HHI). O C4, coeficiente da soma dos quatro, corresponde à soma aritmética das participações de mercado dos quatro maiores ofertantes, con-

siderando-se haver probabilidade do exercício coordenado do poder de mercado se o produto dessa soma for igual ou superior a 75% (setenta e cinco por cento) e se o agente econômico considerado alcançar o incremento, num ato de concentração, de 10% (dez por cento) em sua participação de mercado. O HHI é composto pela soma dos quadrados das participações de mercado de todos os ofertantes. Caso o produto dessa soma seja inferior a 1000, o mercado será considerado pouco concentrado; caso o produto esteja entre 1000 e 1800, o mercado será considerado moderadamente concentrado e caso o produto seja superior a 1800, o mercado será considerado altamente concentrado. Se o produto revelar um mercado pouco concentrado, seria viável aprovar um ato de concentração sem restrições; se o produto revelar um mercado moderadamente concentrado, seria viável aprovar um ato de concentração sem restrições somente se a variação do HHI decorrente do ato fosse inferior a 100 e, se o produto revelar um mercado altamente concentrado, só seria viável aprovar um ato de concentração se a variação do HHI decorrente do ato fosse inferior a 50 ou, em casos excepcionais, superior a 50 e inferior a 100, tomando-se como muito improvável a aprovação de um ato de concentração que gerasse uma variação no HHI superior a 100 em um mercado altamente concentrado (SCHUARTZ *et al.*, 2008, p. 69).

2.4 Barreiras à Entrada

Como a exposição das diversas estruturas de mercado evidencia, a existência de barreiras à entrada de novos competidores é o elemento-chave para a persistência de estruturas de mercado que gerem lucros supracompetitivos.

São barreiras à entrada: economias de escala (é preciso atingir um nível de produção alto para que o custo da unidade produzida seja baixo, o que dificulta a entrada de ofertantes com baixa capacidade de produção); economias de escopo (é mais barato produzir dois produtos juntos do que separadamente, o que dificulta a entrada de ofertantes incapazes de produzir os dois produtos juntos); exigência de capital mínimo elevado para a entrada (é preciso lançar mão de investimentos altos para iniciar a produção); existência de *sunk costs* (os custos de instalação da produção são irre recuperáveis – daí serem chamados “custos afundados” – ou seja, caso a produção não tenha sucesso, o investidor não conseguirá aplicar os materiais e equipamentos investidos em outras atividades econômicas); acesso difícil à tecnologia (caso das patentes); acesso difícil às matérias-primas; custo de aprendizado (é preciso investir em treinamento para iniciar a atividade econômica) e grau de lealdade do consumidor à marca (OLIVEIRA; RODAS, 2004, p. 122).

As barreiras à entrada diminuem o nível de contestabilidade do mercado, ou seja, diminuem a possibilidade de uma entrada tempestiva, suficiente e provável de potenciais ofertantes atraídos pelo lucro supracompetitivo no mercado, o que resultaria, ao longo do tempo, na redução do lucro em todo o mercado em função da competição entre os ofertantes (SCHUARTZ *et al.*, 2008, p. 68).

2.5 Concentração Vertical

A concorrência entre ofertantes no mesmo nível da cadeia produtiva pode ser influenciada pela concentração econômica entre ofertantes de diversos níveis da cadeia produtiva, a chamada concentração vertical.

Em teoria, a concentração vertical tende a gerar eficiência econômica para o ofertante que a adota porque reduz os custos de transação entre os níveis da cadeia produtiva. É fácil imaginar a economia alcançada por uma operadora de plano de assistência à saúde que se integra verticalmente a um hospital, na medida em que a operadora reterá para si a margem de lucro que o hospital lhe importaria, além de eliminar as incertezas inerentes a uma negociação.

Na prática, contudo, o que se observa é a falta de evidências empíricas de que a concentração vertical sempre geraria eficiência econômica para o ofertante que a adotasse, especialmente no exemplo dado, na medida em que a construção de um hospital exige uma elevada imobilização de recursos, o que reduz a liquidez da operadora e, conseqüentemente, limita sua capacidade de implementar decisões de investimento com maior rapidez (ALBUQUERQUE, 2006, p. 123).

As concentrações verticais trazem quatro preocupações do ponto de vista da concorrência: primeiro, diminuem o nível de informação dos concorrentes, pois a informação ao mercado naturalmente gerada pelo fato de haver negociações entre integrantes dos diversos níveis da cadeia produtiva é eliminada; segundo, tornam mais difícil a atuação de concorrentes independentes e de potenciais entrantes, que necessitam também buscar concentrações verticais ou alianças estratégicas para disputar mercado com o ofertante verticalizado; terceiro, tendem a gerar um processo de concentração vertical em cadeia que, especialmente em estruturas de mercado oligopolizadas, deixa poucas opções para os concorrentes independentes atuarem nos diferentes níveis de cadeia produtiva, de modo que a concentração vertical acaba resultando na elevação das barreiras à entrada (SALOMÃO FILHO, 2007, p. 310); e quarto, tornam mais fácil a implementação de cartéis, na medida em que facilitam o controle dos preços praticados pelos participantes do cartel, contribuindo, dessa forma, para sua estabilidade (SCHUARTZ, 2008, p. 77).

Dado que a existência de barreiras à entrada diminui o nível de contestabilidade do mercado, mostra-se especialmente relevante o fato de a concentração vertical elevar as barreiras à entrada.

Como se vê, a concentração vertical gera um potencial efeito positivo, que é a redução dos custos de transação, e potenciais efeitos negativos, destacando-se a elevação das barreiras à entrada, o que gera para o legislador a necessidade de definir se a concentração vertical deve ser permitida e, em caso afirmativo, se devem ser impostos limites à concentração vertical.

2.6 Concentração Vertical na Saúde Suplementar

O marco regulatório da saúde suplementar contém duas decisões com relação às concentrações verticais: primeiro, tomá-las como um dado no setor, o que se evidencia pelo fato de o plano privado de assistência à saúde ser definido pelo inciso I do artigo 1º da Lei nº 9.656, de 1998, como “prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais”; segundo, remediá-las com a vedação da exigência de exclusividade na relação entre operadoras de planos de assistência à saúde e prestadores de serviços de saúde, o que se evidencia pelo fato de o inciso III do artigo 18 da Lei nº 9.656, de 1998, dispor que é “expressamente vedado às operadoras, independente de sua natureza jurídica constitutiva, impor contratos de exclusividade ou de restrição à atividade profissional”.

2.7 Perfil dos Mercados de Planos Médicos no Brasil

É possível determinar os mercados relevantes no setor de saúde suplementar brasileiro, na dimensão produto, para planos de assistência à saúde contratados na vigência da Lei nº 9.656, de 1998, a partir do tipo de contratação e da segmentação assistencial (excluindo-se os planos privados de assistência à saúde ofertados por autogestões, que atendem a um público específico) e, na dimensão geográfica, dado que oferta e demanda se dão em âmbito local, a partir de um modelo gravitacional que captura a propensão do consumidor ao deslocamento em busca de serviços de saúde, considerando a rede assistencial disponível, tomando como base de aproximação o fluxo de deslocamento das internações na rede pública de saúde, sendo essa aproximação sustentada pela constatação de que, no Brasil, há considerável compartilhamento de redes assistenciais entre a saúde pública e a saúde suplementar, pois ambas se servem de prestadores de serviços de saúde privados que oferecem seus serviços indistintamente aos entes do SUS e às operadoras de planos de assistência à saúde (ANDRADE *et al.*, 2012, p. 336-340).

Partindo dessas premissas, na dimensão produto são identificados os mercados relevantes formados por planos de saúde do tipo de contratação individual/familiar e coletiva empresarial e por adesão e que oferecem as segmentações assistenciais ambulatorial, “médico-hospitalar” (incluindo-se nesse grupo as segmentações assistenciais hospitalar, referência e a conjugação da segmentação assistencial hospitalar com as demais segmentações, dado que todas são ancoradas na prestação de serviços hospitalares).

A separação entre o tipo de contratação individual/familiar e coletiva empresarial e por adesão se dá pela impossibilidade de substituição entre esses tipos de contratação pelo lado da oferta e pelo lado da demanda, pois somente pessoas naturais podem contratar planos individuais/familiares e somente pessoas jurídicas podem contratar planos coletivos empresariais e por adesão.

Seria possível vislumbrar também uma separação entre mercados de planos coletivos empresariais e planos coletivos por adesão, dado que existem regras diferentes de legitimidade para a pessoa jurídica contratar cada um desses planos, nos termos dos artigos 5º e 9º da RN nº 195, de 2009, segundo os quais, grosso modo, planos coletivos empresariais só podem ser contratados por empregadores e planos coletivos por adesão só podem ser contratados por associações profissionais.

Ocorre que só seria viável proceder a essa separação a partir da RN nº 195, de 2009, pois a norma que tratava do tema até então, a Resolução nº 14, de 3 de novembro de 1998, do Conselho de Saúde Suplementar – CONSU, atribuía a ambas as espécies o mesmo público (empregados, associados ou sindicalizados), diferenciando os planos coletivos empresariais e por adesão de forma mais sutil, considerando planos coletivos empresariais os que tivessem adesão automática do público beneficiado e planos coletivos por adesão os que tivessem adesão opcional do público beneficiado, como se extraía de seus artigos 3º e 4º.

Como seria impossível comparar planos coletivos empresariais e por adesão contratados na vigência da Resolução CONSU nº 14, de 1998, com os planos coletivos empresariais e por adesão contratados na vigência da RN nº 195, de 2009, seria inviável formar uma série histórica consistente que permitisse avaliar a evolução do grau de concentração nesses mercados. Talvez por isso não se encontre menção a essas novas dimensões de mercado nos trabalhos de ANDRADE *et al.* (2012 e 2015) publicados após o advento a RN nº 195, de 2009.

Os planos privados de assistência à saúde oferecidos pelas autogestões, necessariamente classificados como coletivos, são excluídos da dimensão produto porque cada autogestão só pode ofertar planos para seu público específico, nos

termos do artigo 2º da RN nº 137, de 2006, e modo que não existe substituíbilidade, pelo lado da oferta, entre os planos de saúde oferecidos pelas autogestões e pelas demais modalidades de operadoras.

Com relação às segmentações assistenciais, é evidente que não há substituíbilidade, pelo lado da oferta e pelo lado da demanda, entre um plano ambulatorial, um plano hospitalar e um plano exclusivamente odontológico, pois o tipo de atenção à saúde oferecida em cada um deles é muito distinto e a estrutura de custos de cada um deles é muito distinta.

Mas é possível vislumbrar substituíbilidade entre planos hospitalares e planos referência e combinações entre a segmentação assistencial hospitalar e as demais segmentações assistenciais (ambulatorial e exclusivamente odontológica), pois o tipo de atenção à saúde prestado é semelhante (por envolver a prestação de serviços hospitalares) e a estrutura de custos é semelhante (dado que a cobertura de serviços hospitalares é o principal item na estrutura de custos).

Também partindo das premissas acima alinhadas, sabendo-se que as áreas geográficas de abrangência possíveis para um plano de saúde são municipal, grupo de municípios, estadual, grupo de estados e nacional, nos termos do item 4 do Anexo II da RN nº 85, de 2004, já se começaria a delimitar a dimensão geográfica do mercado relevante pelo município e, a partir daí, só restaria observar o fluxo de pacientes entre municípios para, afinal, determinar o agrupamento de municípios que compõe cada mercado relevante.

Esse agrupamento pode ser mais ou menos extenso dependendo da dispersão da rede de serviços disponíveis em cada local, especialmente para cobrir a internação em leitos de alta tecnologia (Unidade de Tratamento Intensivo, Unidade de Tratamento Semi-intensivo, Unidade Coronariana e UTI Neonatal) e a realização de procedimentos de alta complexidade (como é o caso de quimioterapia e de hemodiálise), podendo-se cogitar que a oferta desses serviços no interior do País tende a ser mais dispersa do que a observada nas principais capitais brasileiras, especialmente no eixo Rio-São Paulo.

Para operacionalizar o modelo gravitacional, o passo seguinte é definir a força de polarização de cada município em relação aos demais.

A força de polarização de cada município é definida a partir das informações disponíveis sobre o município de residência e o município de atendimento, mais exatamente de internação hospitalar, para os usuários do SUS, por ser esta a única informação disponível. Essas informações são aproveitadas para mapear o fluxo de deslocamento dos consumidores no setor de saúde suplementar considerando que os prestadores de serviços hospitalares brasileiros, em larga

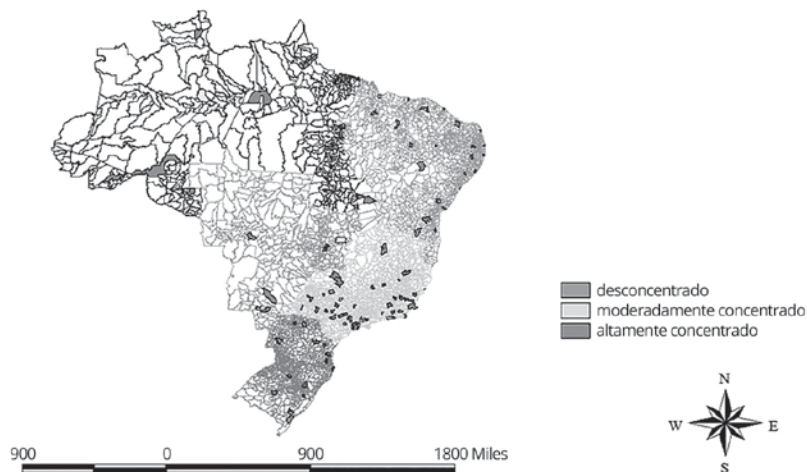
medida, oferecem seus serviços tanto aos entes integrantes do SUS quanto às operadoras.

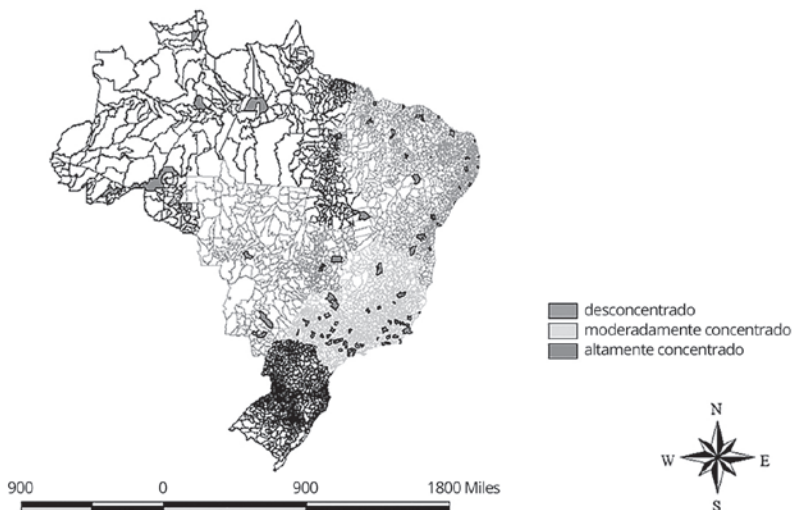
Após definir as forças de polarização, é preciso definir os centroides, isto é, os polos que, a princípio, poderiam ser considerados o centro de gravidade de cada mercado relevante. A definição do ponto de corte que definirá os centroides é necessariamente arbitrária, sendo proposto por ANDRADE *et al.* (2015, p. 38) o ponto de corte de 500 leitos.

Finalmente, observa-se se cada município centroide tem como primeira força de polarização ele mesmo ou outro município. Caso o município centroide tenha como primeira força de polarização ele mesmo, ele é reconhecido como o centro de um mercado relevante.

Seguindo essa metodologia, alcançam-se 96 dimensões geográficas de mercados relevantes com a seguinte distribuição:

Mercados Relevantes de Planos Médicos Coletivos (ANDRADE *et al.*, 2015, p. 84)





O modelo gravitacional utilizado cobre 81,2% dos beneficiários de planos privados de assistência à saúde que contêm a segmentação assistencial hospitalar, exclusivamente ou combinada com outras segmentações, contratados na vigência da Lei nº 9.656, de 1998. Não são capturados pelo modelo gravitacional os beneficiários localizados em municípios situados em locais tão distantes dos centroides que acabam não sendo atraídos pela força de polarização de nenhum deles (ANDRADE *et al.*, 2015, p. 44).

Calculando os índices de concentração de mercado, observa-se que em todos os mercados o líder ocupa posição dominante e que na grande maioria a estrutura de mercado se apresenta como altamente concentrada ($HHI > 2500$), conforme ilustra a Figura abaixo:

Figura 1 - Número de mercados concentrados segundo critério e tipo de mercado

Critério	Individual		Coletivo	
	N	(%)	N	(%)
CR1 > 15%	96	100.00%	96	100.00%
CR4 > 75%	91	94.79%	87	90.63%
HHI < 1500	3	3.13%	3	3.13%
1500 ≤ HHI ≤ 2500	8	8.33%	16	16.67%
HHI > 2500	85	88.54%	77	80,21%

Fonte: ANDRADE *et al.*, 2015, p. 83

Os mercados não concentrados são os mais populosos, agregando municípios com maior densidade demográfica e apresentando maior oferta de serviços de saúde, o que indica que a desconcentração dos mercados está associada às economias de escala, ao passo que os mercados concentrados não apresentam escala populacional suficiente para viabilizar a formação de uma estrutura de mercado com múltiplas operadoras (ANDRADE *et al.*, 2012, p. 353).

Desse modo, percebe-se que a adoção de condutas tendentes a aumentar as barreiras à entrada de novos competidores se mostram significativamente graves à livre concorrência no setor de saúde suplementar brasileiro, formado por mercados altamente concentrados e sem perspectiva de desconcentração em face da atual situação socioeconômica brasileira.

3. A UNIMILITÂNCIA NO SISTEMA UNIMED

3.1 O Sistema UNIMED

O Sistema UNIMED surgiu em 1967, em Santos – SP, na ocasião em que um grupo de médicos liderado por Edmundo Castilho, se propôs a ofertar assistência médica como “alternativa que preservasse a ética profissional, a relação médico-paciente através da livre escolha e da medicina liberal” (PINHO, 2004, p. 307).

No decorrer dos anos, o Sistema UNIMED evoluiu para uma estrutura complexa denominada Complexo Empresarial Comunitário Cooperativo, que conta com uma estrutura politicamente organizada em três níveis – a Confederação Nacional, as Federações e as Singulares – e economicamente organizada em diversas atividades empresariais relacionadas à assistência à saúde, sob o controle da *holding* Unimed Participações (ALBUQUERQUE, 2006, p. 75 e 76).

Hoje, o Sistema UNIMED se organiza sob uma marca avaliada na expressiva cifra de R\$ 2.951.000.000, congregando 352 cooperativas médicas, que reúnem cerca de 110.000 médicos, contando com 107 hospitais próprios e 2.925 hospitais credenciados, respondendo pela cobertura de cerca de 20.000.000 de consumidores, que representam aproximadamente um terço dos consumidores do setor de saúde suplementar brasileiro (UNIMED, 2014).

O Sistema UNIMED se comporta como um único agente econômico, na medida em que compartilha uma única marca e que se organiza política e economicamente para atingir interesses comuns dos integrantes do sistema, o que se per-

cebe não só pela organização sob a forma de confederação mas, principalmente, pela divisão territorial (cada singular atua numa área geográfica definida pelo Sistema UNIMED), pelo sistema de intercâmbio entre singulares (caso o consumidor de uma singular seja atendido por outra singular, as singulares procedem a um encontro de contas) e pelo sistema empresarial construído em torno do sistema confederativo (ANDRADE *et al.*, 2012, p. 348).

Não há dúvida de que o Sistema UNIMED se afastou do modelo de cooperativismo de vertente rochedaleana, comportando-se hoje de forma próxima às sociedades empresariais típicas, como decorrência do esforço em ganhar competitividade no setor de saúde suplementar (ALBUQUERQUE, 2006, p. 77).

3.2 O Sistema UNIMED sob a Ótica Econômica

Como sua proposta evidencia, o objetivo do Sistema UNIMED era apresentar aos médicos a alternativa de associar-se para fundar operadoras de planos de assistência à saúde, sob a forma de cooperativas de trabalho médico, as quais se relacionariam com os médicos de modo diverso do relacionamento das operadoras que começavam a se formar no Brasil.

Examinando a cadeia produtiva da assistência à saúde, percebe-se que o Sistema UNIMED nada mais é do que uma forma de verticalização, integrando-se dois níveis da cadeia produtiva: os prestadores de serviços de saúde e as operadoras de plano de assistência à saúde, buscando eliminar os custos de transação entre os agentes econômicos situados em cada um desses dois níveis.

Esses custos de transação, na relação entre operadoras e prestadores de serviços de saúde, se apresentam de diversas formas: primeiro, na necessidade de pactuar o valor do serviço (em condições teoricamente menos vantajosas para o prestador de serviços de saúde, dada a necessidade de a operadora extrair sua margem de lucro na intermediação entre o prestador e o consumidor); segundo, na necessidade de pactuar a sistemática de autorização dos procedimentos (operadoras determinam que dependem de autorização prévia determinados procedimentos indicados pelos médicos, especialmente os de alto custo); terceiro, na necessidade de pactuar uma sistemática de pagamento (operadoras definem prazos para pagamento, geralmente de até 60 dias após a cobrança, submetendo as contas encaminhadas a auditorias técnicas que podem resultar no não reconhecimento de parte ou de todo o valor cobrado – “glosas”).

Logo, a ideal “alternativa que preservasse a ética profissional, a relação médico-paciente através da livre escolha e da medicina liberal”, nada mais representa do que a reação de um agente econômico, o médico, aos interesses contrapostos

de outro agente econômico, a operadora, expressos de modo geral na intermediação entre o consumidor-pagador e o médico e de modo especial no controle dos procedimentos demandados (a “ética profissional”, aqui, é uma referência à não interferência na decisão do médico sobre o procedimento indicado) e no controle dos valores cobrados pelos procedimentos demandados.

3.3 Unimilitância

Dado que a formação das UNIMEDs nada mais representa do que um processo de concentração vertical, o risco que se coloca à preservação da livre concorrência é a elevação das barreiras à entrada, risco esse ainda maior diante da realidade brasileira, de mercados altamente concentrados.

Esse risco se converte em efetivo dano à livre concorrência se os médicos que se vincularem a cada singular do Sistema UNIMED estabelecerem com ela uma relação de exclusividade, eliminando a possibilidade de concorrentes do Sistema UNIMED terem acesso aos serviços prestados por esses médicos, e se esses médicos representarem a maioria dos médicos do local, qualquer que seja a especialidade médica considerada, pois, nesse cenário, ter-se-á um fenômeno econômico conhecido como fechamento de mercado (*foreclosure*).

Com efeito, como as operadoras precisam oferecer aos consumidores uma rede prestadora de serviços de saúde que inclua todas as especialidades médicas, a impossibilidade de acesso aos médicos locais implica a impossibilidade de estruturação de suas redes assistenciais e, conseqüentemente, a impossibilidade de competição com o Sistema UNIMED.

Ocorre que o Sistema UNIMED adotou a exigência de exclusividade em relação aos médicos que desejassem integrar suas singulares (unimilitância), qualificando essa exigência como “fidelidade societária”, o que traz à tona a necessidade de examinar esse fenômeno à luz do marco regulatório da saúde suplementar e da legislação de defesa da concorrência, além de examinar a evolução da posição do STJ sobre o tema, examinando os fundamentos jurídicos envolvidos, o que se fará nos capítulos seguintes, sem perder de vista os fundamentos econômicos alinhados até o presente momento e tendo em conta que, dentre as 89 dimensões geográficas de mercados relevantes identificadas, em nada menos que 81 o Sistema UNIMED detém posição de liderança, o que denota o seu enorme poder de mercado (SCHUMACHER, 2014, p. 50).

4. A UNIMILITÂNCIA SOB O PRISMA REGULATÓRIO

Como apontado acima, o marco regulatório da saúde suplementar veda a exigência de exclusividade na relação entre operadoras de planos de assistência à saúde e prestadores de serviços de saúde, o que se evidencia pelo fato de o inciso III do artigo 18 da Lei nº 9.656, de 1998, dispor que é “expressamente vedado às operadoras, independente de sua natureza jurídica constitutiva, impor contratos de exclusividade ou de restrição à atividade profissional”.

Note-se que a expressão “independente de sua natureza jurídica constitutiva” foi inserida pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 24 de agosto de 2001, destinando-se exatamente a deixar claro o espectro de abrangência do dispositivo às sociedades cooperativas, alcançando, portanto, as operadoras integrantes do Sistema UNIMED.

5. A UNIMILITÂNCIA SOB O PRISMA CONCORRENCIAL

A lei de defesa da concorrência veda a unimilitância no contexto do risco ou do dano à livre concorrência. Este aspecto, aliás, é fundamental para entender as infrações à ordem econômica na legislação brasileira. Uma conduta descrita na lei de defesa da concorrência não é considerada típica tão somente pelo fato de estar descrita na lei, sendo necessário, ainda, que essa conduta seja tendente a atingir um dos objetivos vedados pela lei.

Sob a vigente Lei nº 12.529, de 2011, isso significa que não basta a conduta encontrar enquadramento no § 1º do artigo 36 (que traz um rol de condutas proibidas, rol esse meramente exemplificativo), sendo necessário que essa conduta seja tendente a atingir um dos objetivos previstos nos incisos do mesmo artigo 36, em sistemática similar à engendrada pelos artigos 20 e 21 da Lei nº 8.884, de 1994.

Essa sistemática de duplo enquadramento é fruto da preocupação do legislador brasileiro em encontrar um meio termo entre os dois critérios de caracterização do ilícito antitruste: a regra da razão, que tem a virtude de ser flexível e o defeito de ser pouco adaptável ao sistema legislativo brasileiro – baseado na Civil Law –, e a regra *per se*, que tem a virtude de se enquadrar facilmente no sistema legislativo brasileiro e o defeito de ser excessivamente rígida ao limitar a descrição do ilícito antitruste a um figurino formal (SALOMÃO FILHO, 2003, p. 102).

A dicotomia entre a regra da razão e a regra *per se* parte da ideia de que nem todas as restrições à livre concorrência são prejudiciais. Seguindo essa linha de entendimento, em regra as condutas devem ser examinadas segundo a regra da razão, de modo que só devem ser consideradas ilícitas antitruste se os agentes econômicos que as adotam detiverem poder de mercado e praticarem as condutas com o objetivo de consolidar esse poder. Em casos de excepcional gravidade, em que a conduta se mostra particularmente desafiadora da ordem econômica e revela a falta de legítima racionalidade econômica da conduta do agente para além de qualquer dúvida razoável, como é o caso clássico dos cartéis (*hard-core cartels*), a conduta deve ser considerada ilícita *per se* (SCHUARTZ, 2008, p. 129 e 130).

A ilicitude da unimilitância é aferida pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência segundo a regra da razão (DUCLOS, 2006, p. 918) pela conjugação dos objetivos previstos nos incisos I e IV do *caput* do artigo 36 (“limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa” e “exercer de forma abusiva posição dominante”) com as descrições de condutas contidas nos incisos III e IV do § 3º do mesmo artigo 36, ambos da Lei nº 12.529, de 2011 (“limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado” e “criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços”), correspondentes aos incisos I e IV do artigo 20, combinados com os incisos IV e V do artigo 21 da revogada Lei nº 8.884, de 1994 (SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO, 2009).

Para caracterizar o ilícito antitruste, é necessário caracterizar o poder de mercado, de modo que é necessário determinar o mercado relevante e definir a participação de mercado do agente econômico para, a partir daí, caracterizar o poder de mercado e, de modo especial, a posição dominante do líder.

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência vinha delimitando os mercados relevantes, na dimensão produto, de modo idêntico ao apontado no presente trabalho (considerando as variáveis de tipo de contratação e de segmentação assistencial) e, na dimensão geográfica, pela área de abrangência de cada cooperativa (os seja, pelo grupo de municípios em que a cooperativa atuava segundo a divisão territorial definida pelo Sistema UNIMED) e vinha definindo a participação de mercado da cooperativa pelo lado demanda, efetuando o cruzamento da informação sobre o número total de médicos de cada especialidade na dimensão geográfica do mercado relevante com a informação sobre o número total de médicos cooperados de cada especialidade, definindo, a partir daí, se a participação de mercado da cooperativa era suficiente para caracterizar uma posição dominante no mercado relevante (SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO, 2009).

A ilicitude da unimilitância também se evidencia pelo critério de análise contido no item B do Anexo I da Resolução nº 20, de 9 de junho de 1999, do CADE, segundo o qual as restrições verticais devem ser consideradas anticompetitivas – e, portanto, ilícitos antitruste – quando implicarem “a criação de mecanismos de exclusão dos rivais, seja por aumentarem as barreiras à entrada para competidores potenciais, seja por elevarem os custos dos competidores efetivos”.

6. A POSIÇÃO DO STJ SOBRE A UNIMILITÂNCIA MÉDICA

6.1 As Posições Divergentes no STJ

Ao longo do tempo as Turmas que integram o STJ apresentaram posicionamento inicial em favor da unimilitância médica e, num segundo momento, surgiram posicionamentos contrários, o que gerou a necessidade de uniformizar o entendimento sobre o tema no próprio STJ.

Podem-se mencionar no sentido da legalidade da unimilitância: REsp nº 83.713/RS, 3ª T., j. 03.02.1998; REsp nº 126.391/SP, 3ª T., j. 03.08.1999; AgRg no REsp nº 179.711/SP, 4ª T., j. 29.11.2005; REsp nº 191.080/SP, 4ª T., j. 04.11.2008; AgRg no REsp nº 685.327/RS, 3ª T., j. 27.09.2005; REsp nº 431.106/SP, 4ª T., j. 07.10.2004; AgRg no REsp nº 260.958/MG, 4ª T., j. 05.08.2004; REsp nº 261.155/SP, 2ª S., j. 10.03.2004 e REsp nº 367.627/SP, 3ª T., j. 04.06.2002. E podem-se mencionar no sentido da ilegalidade da unimilitância: AgRg no REsp nº 910.525/RS, 3ª T., j. 18.08.2009; REsp nº 883.639/RS, 3ª T., j. 14.10.2008 e REsp nº 768.118/SC, 1ª T., j. 11.03.2008.

6.2 O Julgamento do EREsp 191.080/SP: a Pacificação do Tema no STJ

A posição do STJ sobre unimilitância médica foi uniformizada pela decisão da Corte Especial no EREsp nº 191.080/SP, julgado em 16 de dezembro de 2009.

Nesse recurso figuraram como recorrentes a ANS e Argemiro Dolce e outros, tendo o CADE como assistente, e figurou como recorrida a Unimed Rio Claro Cooperativa de Trabalho Médico. Essa configuração processual mostra que os entes de regulação e de defesa da concorrência uniram forças para influir no convencimento dos membros da Corte Especial do STJ, numa articulação institucional histórica.

O julgamento foi unânime, dele tendo participado os ministros Francisco Falcão, Nancy Andrichi, Laurita Vaz, Luiz Fux, João Otávio de Noronha, Teori Albino Zavascki, Nilson Naves, Ari Pargendler, Fernando Gonçalves, Félix Fischer, Aldir Passarinho Júnior e Hamilton Carvalhido, tendo este último sido o relator. Estavam ausentes os ministros Gilson Dipp e Eliana Calmon.

O STJ entendeu ser *“inválida a cláusula inserta em estatuto de cooperativa de trabalho médico que impõe exclusividade aos médicos cooperados (interpretação sistemática do artigo 29, parágrafo 4º, da Lei nº 5.576/71”* (BRASIL, 2009).

A fundamentação do acórdão da Corte Especial é composta pelo voto condutor do Ministro Hamilton Carvalhido e pelos votos da Ministra Nancy Andrichi e do Ministro Aldir Passarinho Júnior.

O Ministro Hamilton Carvalhido examinou o conteúdo do § 4º do artigo 29 da Lei nº 5.764, de 1971, destacando que desse dispositivo não se extrai a vedação de que o cooperado preste serviço a uma operadora concorrente, mesmo porque *“médico não é agente de comércio ou empresário, nem opera no mesmo ramo econômico”*, mas destacou que o ponto central da questão não era o exame dos termos do § 4º do artigo 29 da Lei nº 5.764, de 1971, em si, mas sim sua interpretação sistemática, sobretudo à luz da Constituição da República, da qual destacou dispositivos já apontados no julgamento do REsp nº 718.118/SC, de cuja fundamentação, aliás, extraiu grande parte de seu voto.

Destacaram-se no voto condutor a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como fundamentos do Estado Democrático de Direito, a liberdade de associação profissional ou sindical, a livre concorrência como um dos princípios da ordem econômica e o direito à saúde, situados nos artigos 1º, III e IV; 8º; 170, IV, e 196 da Constituição da República.

O Ministro Hamilton Carvalhido também destacou em seu voto condutor que o inciso III da Lei nº 9.656, de 1998, tanto em sua redação original quanto em sua redação hoje vigente, veda a unimilitância, estando esse dispositivo alinhado com os fundamentos constitucionais já expostos, arrematando:

De todo o exposto, resulta que, mesmo antes da edição da Lei nº 9.656/98, é inválida a cláusula inserta em estatuto de cooperativa de trabalho médico que impõe exclusividade aos médicos cooperados, seja por força da dignidade da pessoa humana e seu direito à saúde, seja por força da garantia à livre concorrência, à defesa do consumidor, aos valores sociais do trabalho e à livre iniciativa.

A Ministra Nancy Andrichi proferiu seu voto trazendo o inteiro teor de voto por ela proferido no julgamento do REsp nº 883.639/RS.

O Ministro Aldir Passarinho Júnior proferiu seu voto lembrando que sempre se posicionou contra a unimilitância médica e destacou que *“essa cláusula só existe em cooperativas que atuam em pequenas cidades”*, observando que, em pequenas cidades, a unimilitância médica prejudica a formação da rede prestadora de serviços médicos das operadoras concorrentes porque elas não conseguem credenciar os médicos vinculados à cooperativa, concluindo que *“em essência, quem acaba prejudicado é o assistido, o doente”*.

7. ANÁLISE DA POSIÇÃO DO STJ SOBRE A UNIMILITÂNCIA MÉDICA

7.1 Síntese da Posição do STJ

No julgamento do EREsp nº 191.080/SP, a Corte Especial do STJ pacificou a posição de que a unimilitância é ilegal, colhendo-se dos votos que integraram o acórdão o exame das Leis nº 5.764, de 1971; 9.656, de 1998, e 8.884, de 1994, à luz da Constituição da República, da qual se destacou a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, a liberdade de associação profissional e sindical, a livre concorrência e o direito à saúde, tendo-se observado que a unimilitância causava impactos concorrenciais negativos e que esses impactos concorrenciais afetavam o consumidor.

7.2 Incidência dos Direitos Fundamentais na Posição do STJ

A unimilitância, enquanto relação jurídica societária entre os médicos cooperados, ou entre os médicos cooperados e a cooperativa de trabalho médico, é uma relação privada que sofre a incidência direta da Constituição da República, como reflexo do neoconstitucionalismo.

A partir dos critérios alinhados acima para definição do grau de intensidade da aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas, facilmente se percebe que a unimilitância médica se sujeita a forte incidência dos direitos fundamentais, quer pelo fato de as integrantes do Sistema UNIMED serem operadoras de plano de assistência à saúde, ou seja, entes regulados, apresentam maior grau de publicismo; quer pelo fato de tratarem da prestação de serviços de saúde, lidam com bem de alto grau de essencialidade; quer pelo fato de caracterizar alto grau de alto grau de ingerência na esfera jurídica do médico cooperado.

O Estado pode e deve intrometer-se na relação jurídica societária entre o médico cooperado e a cooperativa para fazer valer os direitos fundamentais e assegurar o respeito à ordem econômica e social, sendo certo que essa relação jurídica deve ser examinada em sua estrutura e em sua função, não se podendo desconsiderar a interação dessas duas abordagens (BOBBIO, 2007, p. 113).

A prestação de serviços de saúde tem uma função social relevante, que é a manutenção do direito à saúde, que constitui expressão da seguridade social e, mais amplamente, constitui um dos pilares da ordem social brasileira. Tanto é assim que, como visto ao longo deste trabalho, o direito à saúde apresenta um peculiar caráter biface, sendo encarado na sistemática constitucional como serviço público e como atividade privada de interesse público.

Como a unimilitância médica tem por objeto a oferta de serviços de saúde, ou, mais exatamente, a restrição a essa oferta, é preciso examinar o impacto dessa prática sobre situações jurídicas não só dos médicos cooperados e das cooperativas, mas também das concorrentes dessas cooperativas e, principalmente, da população brasileira consumidora de serviços de saúde. Enxergar apenas a relação entre cooperado e cooperativa é uma perspectiva míope do problema.

Daí por que não há como examinar a unimilitância médica partindo-se somente da dicção de dispositivos da Lei nº 5.764, de 1971; 9.656, de 1998 e 12.529, de 2011, sendo necessário examinar a norma que se extrai a partir do exame desses textos em harmonia com a Constituição da República, compreendida em sua totalidade, mesmo porque, como ensina GRAU (2006, p. 166), “jamais se interpreta um texto normativo, mas sim o direito, não se interpretam textos normativos constitucionais, isoladamente, mas sim a Constituição, no seu todo”.

Sendo a dignidade da pessoa humana o vértice do ordenamento jurídico, a primeira questão que se coloca é saber se de fato a unimilitância médica a afeta, como afirma o STJ no EREsp nº 191.080/SP.

PERLINGIERI ensina que a função da defesa da concorrência “se esgota exclusivamente no plano econômico e não envolve, se não indiretamente, a solidariedade e os direitos invioláveis do homem”, acrescentando que, em determinados setores, como educação e informação a defesa da concorrência “assume um papel político e institucional, porque representa o instrumento de defesa dos direitos à educação e à informação, os quais pressupõem a existência efetiva de uma escolha entre uma pluralidade de hipóteses” (2008, p. 527-528).

Aplicadas essas lições ao contexto da unimilitância médica, percebe-se que ela não afeta a dignidade da pessoa humana só pelo fato de ser uma conduta restritiva vertical que produz impactos na concentração de mercado. O que torna a

unimilitância médica especialmente relevante é o fato de se dirigir para a prestação de serviços de saúde e, portanto, atingir o direito à saúde e, via de consequência, a proteção da integridade psicofísica da pessoa humana. É nesta linha de incidência normativa que a unimilitância médica afeta a dignidade da pessoa humana.

O passo seguinte é examinar o confronto entre a unimilitância médica e os valores sociais do trabalho apontado pelo STJ.

Como se examinou no curso deste trabalho, o cooperativismo praticado atualmente pelo Sistema UNIMED é muito distante do ideal rochedeleano. Pode-se dizer que a distância entre um e outro é a mesma entre os socialismos real e utópico. Não se trata de um pobre grupo de médicos lutando contra a exploração injusta de sua força de trabalho, mas sim de um bilionário complexo empresarial que detém significativo poder econômico. Daí por que é preciso enxergar com ceticismo a invocação do espírito cooperativo. Nas palavras de SÉGUIN (2005, p. 99), o cooperativismo médico foi nada além de “uma tentativa frustrada e frustrante de fazer com que a Medicina continuasse sendo uma relação de confiança e não uma relação de consumo regida pelo CDC”.

Recolocando-se o “cooperativismo real” em sua devida dimensão, tendo-se claro que o Sistema UNIMED é uma estrutura de capital, e examinando-se a relação jurídica societária como relação de trabalho, tem-se que a unimilitância médica vulnera o valor social do trabalho na medida em que cerceia o livre exercício da profissão pelo médico cooperado e prejudica sua independência econômica.

Do exame da jurisprudência do STJ se extrai ser comum no discurso em defesa da unimilitância médica a alegação de que o médico cooperado teria sua liberdade de trabalho preservada na medida em que poderia vender sua força de trabalho diretamente aos pacientes, vedando-se apenas que o fizesse para operadoras de planos de assistência à saúde. Esse discurso é cínico, pois bem se sabe que a principal fonte de receita da maioria dos médicos passa longe do desembolso direto pelas famílias (*out-of-pocket*), que concentram sua capacidade de pagamento em despesas com medicamentos, aparelhos médicos (óculos, por exemplo) e assistência odontológica (CECCHIN *et al.*, 2008, p. 64). Parafraseando conhecido aforisma francês, o médico cooperado é livre para morrer de fome.

A invocação pelo STJ da liberdade de associação profissional e sindical se insere como argumento de realce na linha do valor social do trabalho e, principalmente, da liberdade de exercício da profissão.

O quanto se expôs sobre as estruturas de mercado na saúde suplementar brasileira e sobre o impacto econômico da unimilitância médica deixa claro o quanto

essa prática prejudica a livre iniciativa e a livre concorrência, criando barreiras à entrada artificiais que impedem a competição, muito interessando à manutenção do domínio econômico do Sistema UNIMED no interior do País.

A propósito, cumpre observar que a livre concorrência não é um fim em si mesma. Ela é instrumento para atingir o fim da ordem econômica, declarado no *caput* do artigo 170 da Constituição da República: assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (CARPENNA, 2005, p. 269).

No caso sob exame, a incidência da livre concorrência como fator de interdição da prática da unimilitância médica atinge exatamente essa finalidade: preservar-se o direito à saúde, direito fundamental que se encontra no raio de incidência da dignidade da pessoa humana, e preservar-se a liberdade de trabalho do médico cooperado, outro direito fundamental que se encontra no raio de incidência da dignidade da pessoa humana. Como se vê, assegura-se ao médico e ao paciente uma liberdade de escolha que contribui para que todos alcancem uma existência digna, segundo os ditames da justiça social.

Desse modo, conclui-se que a unimilitância médica não encontra guarida na vigente ordem constitucional – lembre-se que não há direitos adquiridos em face de uma nova ordem constitucional, de modo que não há problemas de direito intertemporal a enfrentar – o que foi bem captado na posição do STJ.

7.3 Impacto da Regulação e da Concorrência na Posição do STJ

O exame da evolução dos fundamentos usados no julgamento do STJ ilustra bem o impacto da regulação e da concorrência na compreensão do tema.

Sob o prisma da regulação, foi decisiva a inclusão do inciso III do artigo 18 da Lei nº 9.656, de 1998, na cogitação dos julgadores.

Com efeito, encarar as integrantes do Sistema UNIMED como entes regulados contribuiu para que o STJ percebesse que a unimilitância médica não pode ser examinada apenas pelo esquadramento da estrutura da relação jurídica entre o médico cooperado e a cooperativa de trabalho médico, sendo necessário compreender que a unimilitância médica interfere no desempenho de uma atividade econômica regida por um marco regulatório, afetando o funcionamento do setor.

Percebeu-se que o principal prejudicado pela unimilitância médica era o consumidor, para quem está orientado todo o arcabouço regulatório. Em doutrina, esse aspecto é bem notado por NUNES (2000, p. 73 e 74):

Algumas operadoras grandes e especialmente as cooperativas vinham firmando contratos de exclusividade com profissionais, por exemplo, médicos, que, na prática, inviabilizavam o aparecimento de outras empresas para concorrer. O efeito pernicioso desse tipo de contratação é bastante sentido em cidades pequenas, que contam com poucos profissionais especializados – às vezes, apenas um. Se ele é exclusivo de uma operadora, os consumidores locais são obrigados a ingressar no plano de saúde oferecido. Isso é abusivo, ilegal e viola o direito de livre escolha do consumidor, além de inviabilizar a concorrência.

Uma das formas de defender o consumidor é dar-lhe garantia de escolha de produtos, serviços e fornecedores. E sem livre concorrência, estabelecida por fornecedores que se lancem no mercado na disputa pela opção do consumidor, não há livre escolha. Esta, por sua vez, aparece regrada no art. 6º, II, do Código de Defesa do Consumidor (que também pretende que se coíba a concorrência desleal, conforme o inciso VI do art. 4º) e ainda no parágrafo único do art. 2º da presente Lei n. 9.656/98. Bem adequada, portanto, a norma inserta no inciso III. Realce-se a boa modificação feita pela nova redação conferida ao inciso III. Ela se dirige especificamente às cooperativas. Estas tinham o péssimo hábito de exigir exclusividade. Então, para que não pairassem dúvidas a respeito da abrangência da proibição, foi inserida a oração “independente de sua natureza jurídica constitucional”, com o que acabou expressamente abarcando-se todo e qualquer tipo de operadora, inclusive as cooperativas.

Note-se, a propósito, que a consideração do marco regulatório na posição do STJ abriu a porta para o exame da unimilitância não apenas à luz da regulação, mas também à luz da concorrência.

O exame de uma mesma questão à luz da regulação e da concorrência simultaneamente não surpreende. No fundo, procede-se a uma análise das regras que disciplinam o comportamento dos agentes econômicos.

Diga-se, de passagem, que manejar conceitos econômicos é inerente à análise de regras que disciplinam comportamentos econômicos, mas tal não significa aderência à Análise Econômica do Direito como referencial teórico, sabendo-se que a proposta de aplicação indiscriminada da Economia para explicar o Direito é uma abordagem teórica já desacreditada (SALOMÃO FILHO, 2003, p. 51).

Examinar o problema da unimilitância à luz da concorrência implica colocar o consumidor, mais uma vez, no centro das preocupações. Com efeito, sabe-se que “toda a teorização econômica do direito concorrencial baseia-se na proteção do consumidor. Teóricos ordoliberais, estruturalistas e neoclássicos não discordam quanto a esse ponto”, divergindo-se quanto à expressão “bem-estar do consumidor”: “Enquanto para os ordoliberais e para muitos dos defensores das teorias pós-Chicago ela significa liberdade de escolha, para os teóricos neoclássicos ela significa simplesmente eficiência econômica” (SALOMÃO FILHO, 2003, p. 81).

Este trabalho se alinha às concepções teóricas que veem como bem-estar do consumidor a tutela da liberdade de escolha aspecto em que o Direito Concorrencial e o Direito do Consumidor encontram seu ponto de confluência, na linha proposta pela concepção teórica da *Consumer Sovereignty*, por ser esta a concepção teórica que melhor se amolda à perspectiva civil-constitucional (CARPENA, 2005, p. 265).

A unimilitância dificulta a formação de redes assistenciais das operadoras de plano de assistência à saúde e, via de consequência, cria barreiras artificiais à entrada de novos concorrentes, restringindo a liberdade de escolha do consumidor e, portanto, afetando negativamente seu bem-estar, donde se conclui que seu uso é interdito à luz da concorrência.

Sabe-se que regulação e concorrência podem ter zonas de atrito, havendo diversas possibilidades de arranjos institucionais para lidar com esses atritos, que incluem a possibilidade de tratar setores regulados como áreas isentas da atuação da autoridade antitruste (OLIVEIRA; RODAS, 2004, p. 137-158). No Brasil, optou-se por submeter todos os setores econômicos à autoridade antitruste (exceto o setor bancário, apenas por peculiaridades legislativas). Isso indica que sempre é necessário conciliar regulação e concorrência, o que não é difícil no caso da unimilitância médica, em que elas convergem para apontar sua ilicitude.

8. CONCLUSÃO

No julgamento do EREsp nº 191.080/SP, a Corte Especial do STJ pacificou a posição de que a unimilitância é ilegal, colhendo-se dos votos que integraram o acórdão o exame da legislação aplicável à luz da Constituição da República, da qual se destacou a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, a liberdade de associação profissional e sindical, a livre concorrência e o direito à saúde, tendo-se observado que a unimilitância causava impactos concorrenciais negativos e que esses impactos afetavam o consumidor.

O exame da evolução dos fundamentos usados no julgamento do STJ bem como o impacto da regulação e da concorrência na posição consolidada no EREsp nº 191.080/SP.

Sob o prisma da regulação, foi decisiva a inclusão do inciso III do artigo 18 da Lei nº 9.656, de 1998, na cogitação dos julgadores. Com efeito, encarar as integrantes do Sistema UNIMED como entes regulados contribuiu para que o STJ

percebesse que a unimilitância médica não pode ser examinada apenas pelo esquadramento da estrutura da relação jurídica entre o médico cooperado e a cooperativa de trabalho médico, sendo necessário compreender que a unimilitância médica afeta o funcionamento do setor de saúde suplementar.

A consideração do marco regulatório na posição do STJ abriu a porta para o exame da unimilitância não apenas à luz da regulação, mas também à luz da concorrência. A unimilitância dificulta a formação de redes assistenciais das operadoras de plano de assistência à saúde e, via de consequência, cria barreiras artificiais à entrada de novos concorrentes, restringindo a liberdade de escolha do consumidor e, portanto, afetando negativamente seu bem-estar, donde se conclui que seu uso é interdito à luz da concorrência.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-e-indicadores-do-setor>>. Acesso em 20 out. 2014.

ALBUQUERQUE, G. M. de. **Integração vertical na medicina suplementar: contexto e competências organizacionais**. 161 fls. (Dissertação de Mestrado). Universidade de São Paulo, São Paulo. 2006.

ANDRADE, M. V. *et al.* Mercados e concentração no setor suplementar de planos e seguros de saúde no Brasil. **Pesquisa e Planejamento Econômico**, Rio de Janeiro, v. 42, n. 3, dez. 2012, p. 329-361.

_____. **Estrutura de concorrência no setor de operadoras de planos de saúde no Brasil**. Brasília/Rio de Janeiro: OPAS/ANS, 2015.

BOBBIO, N. **Da estrutura à função**. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. São Paulo: Manole, 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp nº 191.080/SP. Embargante: Agência Nacional de Saúde Suplementar, Argemiro Dolce e outros. Assistente: Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Embargado: Unimed Rio Claro Cooperativa de Trabalho Médico. Corte Especial. Rel. Min. Hamilton Carvalhido. Julgado em 16 de dezembro de 2009. Publicado no DJe de 8 de abril de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=931377&num_registro=200900989862&data=20100408&formato=PDF>. Acesso em: 3 jan. 2015.

CARPENA, H. **O consumidor no direito da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CECCHIN, J. *et al.* **A história e os desafios da saúde suplementar: 10 anos de regulação**. São Paulo: Saraiva, 2008.

DUCLOS, M. T. M. Atos de concentração, poder de monopólio e restrições verticais no mercado de saúde suplementar. In: FIUZA, E. P. S.; MOTTA, R. S. da. (Coord.). **Métodos quantitativos em defesa da concorrência e regulação econômica**. t. 2. Rio de Janeiro: IPEA, 2006, p. 857-928.

GRAU, E. R. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

NUNES, L. A. R. **Comentários à lei de plano privado de assistência à saúde**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

OLIVEIRA, G.; RODAS, J. G. **Direito e economia da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

PERLINGIERI, P. **O direito civil na legalidade constitucional**. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PINHO, D. B. **O cooperativismo no Brasil**: da vertente pioneira à vertente solidária. São Paulo: Saraiva, 2004.

SALOMÃO FILHO, C. **Direito concorrencial**: as condutas. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Direito concorrencial**: as estruturas. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SCHUARTZ, L. F. **Direito econômico regulatório**. v. 1. Rio de Janeiro: FGV, 2008.

SCHUMACHER, M. **Poder de polícia e promoção do consenso**: os termos de ajuste de conduta no mercado de saúde suplementar. Rio de Janeiro: Funenseg, 2014.

SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO. Procedimento Administrativo nº 08012.007204/2009-91. Representante: SDE ex officio. Representada: Unimed Itatiba Cooperativa de Trabalho Médico. Nota Técnica de 10 de dezembro de 2009. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/Dn_Processo0011034.pdf>. Acesso em: 3 dez. 2014.

SÉGUIN, E. **Plano de saúde**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

STIGLITZ, J. E.; WALSH, C. E. **Introdução à microeconomia**. Tradução de Helga Hoffmann. Rio de Janeiro: Campus, 2003.

UNIMED. **Dados estratégicos do sistema UNIMED**. Disponível em: <http://www.unimed.coop.br/pct/index.jsp?cd_canal=49146&cd_secao=49112>. Acesso em: 23 dez. 2014.

IESS

**INSTITUTO DE ESTUDOS
DE SAÚDE SUPLEMENTAR**

Rua Joaquim Floriano, 1052 - Conj. 42
CEP 04534-004 - Itaim Bibi - São Paulo - SP
Fone (11) 3706-9747

www.iess.org.br



[/IESS.org.br](https://www.facebook.com/IESS.org.br)



[/company/IESS-BR](https://www.linkedin.com/company/IESS-BR)



[@IESS-BR](https://twitter.com/IESS-BR)

O Prêmio IESS de Produção Científica em Saúde Suplementar tem uma capacidade ímpar de instigar pesquisadores a analisar questões áridas, tanto do ponto de vista jurídico quanto social.

A capacidade de apresentar trabalhos maduros e inovadores em um ambiente em que eles serão bem acolhidos e poderão fomentar um debate capaz de, realmente, transformar a gestão do setor, é o que torna o Prêmio tão respeitado e interessante para os pesquisadores. As novas análises técnicas, interpretações e soluções propostas nos trabalhos vencedores, e mesmo em muitos dos que não foram laureados, tornaram esta a mais importante premiação do setor hoje em dia. Concomitantemente, os trabalhos aqui apresentados apresentam-se como relevante subsídio para quem busca insumos para construir soluções para as questões jurídicas enfrentadas constantemente por esse setor. Trata-se, portanto, de substancial contribuição para se manter em dia com as melhores práticas e ter uma base mais sólida para analisar os casos apresentados, orientar corretamente aqueles que buscam suporte legal ou julgar os méritos dos temas concretos.

Nos trabalhos apresentados, a proficiência técnica e o respeito às normas são notáveis, mas o ponto a se destacar é o ineditismo. Enquanto muitos e ótimos trabalhos revisitam assuntos já consolidados, os melhores estudos das últimas edições abordaram questões inéditas, se posicionando na vanguarda da produção acadêmica e ajudando a estabelecer padrões de atuação para o setor.

Observando o histórico de trabalhos vencedores é possível acompanhar como a questão tem sido tratada pelo setor, quais os pontos historicamente mais sensíveis nessa relação e, talvez, mais importante, constatar como esses trabalhos têm contribuído para o aperfeiçoamento do mercado ao longo dos anos.

Luiz Felipe Conde



IESS

**INSTITUTO DE ESTUDOS
DE SAÚDE SUPLEMENTAR**

Rua Joaquim Floriano, 1052 - Conj. 42
CEP 04534-004 - Itaim Bibi - São Paulo - SP
Fone (11) 3706-9747

www.iess.org.br

