

FACULDADE DE DIREITO MILTON CAMPOS

**OS CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE E SEU EQUILÍBRIO
ECONÔMICO-FINANCEIRO: MUTUALISMO, CÁLCULO ATUARIAL
E O IMPACTO ECONÔMICO DAS DECISÕES JUDICIAIS**

Nova Lima
2011

PAULO ROBERTO VOGEL DE REZENDE

**OS CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE E SEU EQUILÍBRIO
ECONÔMICO-FINANCEIRO: MUTUALISMO, CÁLCULO ATUARIAL
E O IMPACTO ECONÔMICO DAS DECISÕES JUDICIAIS**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Direito Milton Campos, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direito Empresarial

Orientador: Prof. Dr. Rodolpho Barreto Sampaio Junior

Nova Lima
2011

R467 p	<p>REZENDE, Paulo Roberto Vogel de</p> <p>Os contratos de plano de saúde e seu equilíbrio econômico-financeiro: mutualismo, cálculo atuarial e o impacto econômico das decisões judiciais. – Nova Lima: Faculdade de Direito Milton Campos, 2011.</p> <p>133 f., enc.</p> <p>Orientador: Prof. Dr. Rodolpho Barreto Sampaio Junior.</p> <p>Dissertação (Mestrado) – Dissertação para obtenção do título de Mestre, área de Concentração Direito Empresarial junto a Faculdade de Direito Milton Campos.</p> <p>Bibliografia: f. 123-133</p> <p>1. Contrato. 2. Plano de saúde. 3. Cálculo atuarial. 4. Mutualismo. 5. Impacto. 6. Decisões judiciais. 7. Desequilíbrio. I. Sampaio Junior, Rodolpho Barreto. II. Faculdade de Direito Milton Campos. III. Título</p> <p style="text-align: right;">CDU 368.42 (043) 368.3</p>
--------	---



Faculdade de Direito Milton Campos – Mestrado em Direito Empresarial

Dissertação intitulada “*Os contratos de plano de saúde e seu equilíbrio econômico-financeiro: mutualismo, cálculo atuarial e o impacto econômico das decisões judiciais*”, de autoria do mestrando Paulo Roberto Vogel de Rezende, para exame da banca constituída pelos seguintes professores:

Prof. Dr. Rodolpho Barreto Sampaio Junior
(Orientador)

Prof.^a Maria Emilia Naves Nunes
(Examinadora)

Prof. Dr. Ricardo Adriano Massara Brasileiro
(Examinador)

Nova Lima, 21 de junho de 2011.

Alameda da Serra, 61 – Bairro Vila da Serra – Nova Lima – Cep 34000-000 – Minas Gerais – Brasil. Tel/fax (31) 3289-1900

AGRADECIMENTOS

De início agradeço a Deus, sempre presente em minha vida. Sem Ele nada é possível.

A meus pais, cujo suporte amplo e irrestrito tornaram possível o acesso à educação. Agradeço ainda pelo exemplo de honestidade, eticidade e bondade que são e sempre serão para mim.

À Janice, cujo amor tornou possível a compreensão da ausência para a realização deste trabalho. Sem seu carinho e compreensão eu não teria conseguido.

Ao meu filho, Nicolás, cuja chegada trouxe alegria e ainda mais força para concluir este curso.

Finalmente, mas não em menor importância, agradeço ao amigo e Professor Doutor Rodolpho Barreto Sampaio Júnior pelas aulas, pelo suporte, aconselhamento e disponibilidade sem os quais não seria possível a conclusão deste trabalho. Obrigado por partilhar seu tempo comigo, mesmo quando isso importou em renúncia a momentos com sua própria família.

Agradeço, ainda, ao amigo e Professor Doutor Alexandre Bueno Cateb pelas conversas proveitosas e pelas preciosas aulas ministradas durante o mestrado.

RESUMO

O número de usuários das operadoras de plano de saúde é crescente, sendo que o número dos contratos que regulam a relação entre aqueles e operadoras de plano de saúde também segue a mesma tendência. Apesar da edição da Lei 9656/98 e da criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) em 2000, o consumidor ainda busca o Poder Judiciário no sentido de rever cláusulas contratuais postas no contrato de plano de saúde, independentemente da validação prévia de tais cláusulas pela ANS. É fato que a regulação do setor trouxe novos custos para as operadoras, situação que acabou por contribuir com a diminuição do número de empresas dispostas a atuar no mercado de saúde suplementar. Aliado a este fato, existe a preocupação de que o Poder Judiciário, ao apreciar as lides que envolvem consumidores e operadoras de plano de saúde, venha a trazer incentivos econômicos negativos para a saúde suplementar, bem como novos custos de transação, capazes de inviabilizar esta atividade empresarial. Desta forma, seja pelo fenômeno da Constitucionalização do Direito, seja pelo fato de que existem decisões judiciais que desconsideram a natureza securitária e, portanto coletiva dos contratos de plano de saúde, é que se discute sobre a intervenção judicial nos contratos de plano de saúde, sem a observância de seus pilares econômicos: o mutualismo e o cálculo atuarial, gerando-se conseqüentemente, desequilíbrio econômico em desfavor das operadoras de plano de saúde. Nesse sentido é que nesse trabalho também são apresentadas algumas reflexões, calcadas na Análise Econômica do Direito, para se demonstrar os efeitos econômico-financeiros da intervenção judicial em contratos de plano de saúde.

Palavras-chave: Contrato. Plano de saúde. Mutualismo. Cálculo atuarial. Intervenção judicial. Efeitos.

ABSTRACT

The number of users of health plan operators is growing and so is the number of agreements regulating the relationship between these very users and health insurance operators. Despite the enactment of Law 9656/98 and the creation of the National Agency for Supplementary Health (ANS, in Portuguese) in 2000, consumers are still turning to the courts to invalidate contractual provisions written into their health insurance agreements, regardless of the fact that these very provisions have been validated by the ANS. It is well known that the regulation of the sector has brought new costs to the operators, which ended up contributing to the decrease in the number of companies willing to operate in the supplementary health market. Added to this is the fact that the courts are concerned that decisions in cases between consumers and health plan operators can bring about negative economic incentives, as well as new transaction costs, which can render this business activity economically unfeasible. Thus, whether due to the Constitutionalization of the Law or to the fact that there are rulings that disregard the security aspect (and, therefore, collective nature) of health insurance agreements, the court's intervention in health insurance agreements, without the proper regard for the pillars of these agreements, namely: mutualism and actuarial calculation, tends to tip the scales unfavorably towards health insurance operators. In this sense, this paper presents some arguments, grounded on the Economic Analysis of the Law, to demonstrate the economic-financial effects of the courts' intervention in health insurance agreements.

Key words: Agreement. Health insurance. Mutualism. Actuarial calculation. Judicial intervention. Effects.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

a. C	Antes de Cristo
Abramge	Associação Brasileira de Medicina de Grupo
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AED	Análise Econômica do Direito
ANS	Agência Nacional de Saúde Suplementar
Art.	Artigo
BACEN	Banco Central
BH	Belo Horizonte
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF	Constituição Federal
CID	Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde
CNAS	Conselho Nacional de Assistencial Social
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNS	Confederação Nacional de Saúde
Conamge	Conselho Nacional das Empresas de Medicina de Grupo
CONPED	Conselho de Pesquisa e Pós-graduação em Direito
CONSU	Conselho de Saúde Suplementar
DF	Distrito Federal
DIOPS	Documento de Informações Periódicas das Operadoras de Plano de Saúde
DIPRO	Diretoria de Normas e Habilitação dos Produtos
DJMG	Diário da Justiça de Minas Gerais
DOU	Diário Oficial da União
EUA	Estados Unidos da América
FENASEG	Federação Nacional das Empresas de Seguros Privados e de Capitalização
FGS	Fundo Garantidor do Segmento de Saúde Suplementar
Fls.	Folhas
GGEP	Gerência-Geral Econômico Financeira e Atuarial de Produtos

IN	Instrução Normativa
INAMPS	Instituto Nacional Assistência Médica Previdência Social
IPCA	Índice de Preços ao Consumidor Amplo
LPS	Lei de Planos de Saúde
MG	Minas Gerais
Min.	Ministro
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
RDC	Resolução da Diretoria Colegiada
RN	Resolução Normativa
SEAE	Secretaria de Direito Econômico
Sinamge	Sindicato Nacional das Empresas de Medicina de Grupo
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUS	Sistema Único de Saúde
SUSEP	Superintendência de Seguros Privados
TJBA	Tribunal de Justiça do Estado da Bahia
TJMG	Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais
TJRJ	Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
TJSP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
TUNEP	Tabela única Nacional de Equivalência de Procedimentos
Unidas	União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde

LISTA DE GRÁFICOS E QUADROS

Gráfico 1: Número de registro de operadoras	39
Quadro 1: Tipos e operadoras de plano de saúde.....	81

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	A TRANSFORMAÇÃO DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE SAÚDE ATRAVÉS DOS TEMPOS: TRANSIÇÃO DE RESPONSABILIDADES	15
2.1	Breve relato histórico-evolutivo	15
2.2	A coexistência de sistemas: o público e o privado	18
2.3	Princípios que regem a saúde pública e o problema orçamentário.....	21
2.4	Decisões judiciais e impactos no orçamento público	28
3	A SAÚDE SUPLEMENTAR NO BRASIL E O CENÁRIO ANTERIOR À LEI 9.656/98	31
3.1	Definição e forma de atuação do particular	31
3.2	Do marco regulatório e seus impactos no mercado de saúde suplementar.....	33
3.3	A Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.931-8 e a insegurança jurídica no mercado de saúde suplementar	44
4	OS EFEITOS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO SOBRE OS CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE	57
4.1	A constitucionalização do direito: uma realidade	57
4.2	Correntes doutrinárias sobre os efeitos da irradiação: uma visão panorâmica	60
4.3	Constitucionalização e jurisprudência em saúde suplementar.....	66
5	O CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE E INFORMAÇÕES MERCADOLÓGICAS	70
5.1	As bases econômicas do contrato de plano de saúde.....	70
5.1.1	O cálculo atuarial	72
5.1.2	Do mutualismo.....	73
5.2	Tipos de contratos de plano de saúde previstos na legislação	75
5.3	Tipos de cobertura previstas na Lei de Planos de Saúde	77
5.4	Dos tipos de operadoras existentes.....	81

6	O IMPACTO ECONÔMICO-FINANCEIRO DAS DECISÕES JUDICIAIS NOS CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE	84
6.1	Direito e economia: influências recíprocas.....	84
6.2	O problema da escassez de recursos e da efetivação dos serviços privados de saúde	92
6.3	Plano de saúde, intervenção judicial e desequilíbrio econômico-financeiro: uma visão sob o enfoque da Análise Econômica do Direito Positiva.....	96
6.3.1	O problema do desequilíbrio econômico	105
7	CONSIDERAÇÕES FINAIS	118
	REFERÊNCIAS	122

1 INTRODUÇÃO

O estudo do impacto das decisões judiciais nos contratos de plano de saúde justifica-se pela existência de inúmeras demandas judiciais relacionadas a este tema bastando uma rápida consulta a qualquer acervo de acórdãos dos Tribunais pátrios que cuidam da matéria para que se constate que ainda hoje, após mais de dez anos de vigência da Lei 9.656/98, a questão dos limites contratuais relativos ao direito à saúde continua judicializada.

Com um número de consumidores que se utilizam dos serviços de saúde privados cada vez mais crescente, é importante que se verifique a sustentabilidade deste mercado, diante do aumento de custos e da diminuição do número de operadoras.

Optou-se pelo estudo do tema na tentativa de contribuir com o debate de possíveis soluções de problemas que envolvem a efetivação do direito à saúde na relação entre particulares.

Com o advento da Constituição da República de 1988, que elevou o direito à saúde ao patamar de direito fundamental e social, tanto o Estado quanto a iniciativa privada passaram a enfrentar o desafio de serem sustentáveis na prestação de serviços de saúde. A questão dos gastos com saúde é uma preocupação mundial, na medida em que elevadas quantias são gastas, anualmente e de forma crescente, no mundo todo.

Neste cenário, operadoras de plano de saúde enfrentam o impacto causado pela regulação do setor de saúde suplementar, principalmente a partir de 1998, com a entrada em vigor da Lei 9.656/98 e a criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar, pela Lei 9.661/00. A regulação trouxe um rol de procedimentos para cobertura, obrigatório tanto para as operadoras de plano de saúde como para as seguradoras do ramo de saúde suplementar.

É grande o número de ações com trâmite no Poder Judiciário brasileiro que envolvem a questão saúde. Seja contra o Poder Público, seja contra operadoras de plano de saúde, isso vem trazendo preocupações ao próprio Conselho Nacional de Justiça CNJ, órgão que tem debatido o tema nos Tribunais brasileiros.

Pretende-se aqui discutir os possíveis impactos da judicialização da saúde suplementar sob a ótica da análise econômica do Direito e avaliar os riscos de se adotar uma justiça distributiva. Para tanto, abordar-se-á a prática da adoção de decisões que levem em consideração interesses individuais em um contrato que nasceu para ser coletivo, bem como a de aplicação do Direito sem levar em conta critérios econômicos e atuariais que fazem parte do contrato de plano de saúde. Em paralelo, também será mostrado o problema similar que

vive o Poder Público na concretização do direito à saúde.

A questão da saúde fornecida pelo particular sempre esteve em pauta, pois quem atua na prestação de serviços de saúde lida com um bem jurídico extremamente valioso para o ser humano, o qual está diretamente ligado a sua existência.

Na busca da manutenção de sua saúde, é normal que homens e mulheres procurem os serviços em saúde, sejam eles prestados pelo Estado ou pelo particular. Este último presta tais serviços utilizando um meio que visa unir interesses financeiros e econômicos, qual seja o contrato.

Justamente pela relevância deste tipo de serviço é que o contrato de plano de saúde, antes fundado na autonomia da vontade, como diversos outros tipos de contrato, passou a ser gradativamente regulado pelo Poder Público. Isso porque este passou a perceber os frequentes abusos dos prestadores deste tipo de serviço, sem mencionar o fato de que o Estado, ciente de sua insuficiência na prestação de serviços de saúde, passou a permitir que o particular exercesse tais atividades, mas sob seu controle. Para tanto, desenvolveu-se uma regulação sobre este mercado passando esta a ser mais forte, a partir do final da década de 1990, com o surgimento de norma específica sobre o assunto e, até mesmo uma agência reguladora para normatizar o mercado de saúde suplementar. Todavia, a mera criação de uma agência reguladora para cuidar da relação entre consumidor e fornecedor de serviços em saúde por si só não afasta do consumidor o direito de buscar a prestação jurisdicional para resolver eventuais lides que envolvam os contratos de plano de saúde.

Este trabalho tem por objetivo discutir a questão do impacto econômico das decisões judiciais nos contratos de plano de saúde, especificamente naqueles firmados após a Lei 9.656/98, os quais, portanto, já sofreram o crivo do Poder Público. Daí o foco centrar-se na identificação dos possíveis impactos do controle judicial destes instrumentos contratuais.

Esta dissertação está estruturada em seis capítulos, incluindo esta Introdução.

No primeiro capítulo, descreve-se a evolução da prestação de serviços de saúde, mostrando como os setores público e privado realizaram este tipo de prestação de serviço ao longo dos tempos até se atingir o modelo atual de saúde pública e de saúde suplementar. Especificamente em relação à saúde privada, procurou-se demonstrar quais foram os seus provedores ao longo dos tempos e como ela, em determinados períodos da história, chegou a ser prestada por entidades religiosas, o que talvez explique a dificuldade social de se reconhecer o viés econômico da prestação de serviços de saúde pelas sociedades empresárias e de natureza empresária.

No segundo capítulo, apresentam-se dados relativos ao setor público de saúde que

dizem respeito aos impactos econômicos da intervenção judicial nas políticas públicas que regulam a respectiva prestação de serviços em saúde. Esta questão foi tratada no sentido de demonstrar que também o Estado enfrenta a regulação de suas políticas pela via judicial, sendo que esta situação também traz consequências econômicas importantes para a coletividade.

No terceiro capítulo trata-se da saúde suplementar propriamente dita, com a apresentação de sua evolução no Brasil, demonstrando-se qual era o cenário anterior à regulamentação, bem como quais foram os impactos econômicos desta última. Também discutiu-se um dos principais efeitos da regulação: a diminuição das operadoras, causada justamente pelo fato de a própria regulação ter criado uma barreira de entrada para a atuação de novas operadoras. Tal situação resta evidenciada pelo próprio número de operadoras, que, desde a regulação, vem diminuindo, como demonstram dados da Agência Nacional de Saúde Suplementar. Por fim, aborda-se especificamente um efeito indireto, ocorrido a partir da vigência da Lei 9.656/98: a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.931-8, que suspendeu a vigência de vários dispositivos da referida lei. Esta questão foi especialmente tratada para se investigar se o Poder Judiciário, no exame deste caso, trouxe maior segurança jurídica para o mercado de saúde suplementar.

No quarto capítulo, expõe-se o problema relativo à constitucionalização do Direito e seus efeitos para o mercado de saúde suplementar e para a jurisprudência pátria. Nesse sentido e por não ser o assunto central deste estudo, sucintamente tratou-se das diversas correntes que cuidam dos efeitos da constitucionalização. Além disso, decisões dos Tribunais que tratam do tema foram apresentadas no sentido de verificar como este fenômeno se apresenta em decisões judiciais.

No quinto capítulo analisam-se os diversos tipos de contratos de plano de saúde decorrentes da Lei 9.656/98 e da própria regulamentação advinda da ANS. Nessa linha, houve a necessidade de elencar os tipos de cobertura previstos na legislação no sentido de incrementar o debate relativo aos limites da cobertura impostos pela própria legislação.

No sexto capítulo, destaca-se um dos pontos cruciais deste trabalho: demonstrar quais são os pilares econômicos do contrato de plano de saúde. A necessidade de se falar do cálculo atuarial, bem como do mutualismo, reside na circunstância de que o contrato de plano de saúde possui natureza securitária, situação que atrai para o contrato de plano de saúde uma característica também própria dos contratos de seguro: a base coletiva. Cuida-se, também, dos tipos de operadoras de plano de saúde que atuam no mercado.

Chegando-se ao ponto central do trabalho, foram utilizados alguns dos fundamentos da

Análise Econômica do Direito. Tornou-se imperiosa a apresentação desta disciplina, dissertando-se, inicialmente, sobre as influências que o Direito e a Economia sofrem, reciprocamente. Aliás, a questão da Análise Econômica do Direito vem se tornando no Brasil um movimento forte, que surge como mais uma ferramenta a ser utilizada pelo operador do Direito no sentido de resolver conflitos e, principalmente, identificar os efeitos coletivos de decisões judiciais, ampliando-se o debate sobre temas como Direito Contratual, Concorrencial e, até mesmo, Direito Criminal.

Em virtude de se tratar dos impactos econômico-financeiros de decisões judiciais a partir da teoria dos custos de transação, buscou-se promover uma reflexão sobre as possíveis consequências de se intervir judicialmente em contratos previamente regulados pelo próprio Poder Público.

A partir da apresentação de decisões judiciais, perícias judiciais, teorias da Análise Econômica do Direito e informações divulgadas pela ANS, buscou-se comprovar quais são os efeitos da intervenção judicial nesses contratos, ensejando uma reflexão sobre se seria possível exigir-se do particular os mesmos deveres do Estado na promoção da saúde das pessoas.

Finalmente, após a apresentação das questões acima, formulam-se as considerações finais a partir dos assuntos tratados neste trabalho.

2 A TRANSFORMAÇÃO DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE SAÚDE ATRAVÉS DOS TEMPOS: TRANSIÇÃO DE RESPONSABILIDADES

2.1 Breve relato histórico-evolutivo

A evolução histórica de determinado tipo de relação juridicamente relevante mostra-se sempre importante em qualquer trabalho que se desenvolva no campo do Direito, haja vista que o presente somente pode ser entendido a partir de circunstâncias e fatos sociais ocorridos no passado.

Relações que envolvem a prestação de serviços de saúde têm início nos mais longínquos tempos, eis que a boa saúde do ser humano, por motivos óbvios, sempre foi uma de suas maiores preocupações.

Não por acaso, a saúde em nossa Constituição atual mereceu relevante destaque, sendo hoje, mais do que nunca, uma das maiores preocupações dos governantes, haja vista as inúmeras reportagens, estudos e pesquisas desenvolvidos no sentido de tornar os gastos em saúde sustentáveis.

A história sobre cuidados em saúde revela que estes no início eram prestados pelas próprias pessoas ou líderes religiosos, tais como pajés, xamãs e druídas, pessoas responsáveis pela saúde de um clã ou de uma tribo. Isso se justifica pelo fato de a boa saúde estar ligada à harmonia com o divino.¹

Com a evolução das sociedades, estas passam a ter, a partir do século 600 a. C, a presença do médico, que em cidades gregas começa a cuidar daqueles que se apresentavam com moléstias.

Antônio Joaquim Fernandes Neto narra que no Império Romano começa a ocorrer um atendimento médico a famílias ou a indivíduos por médicos, que cobravam quantias anuais para prestarem tais serviços.²

Mais tarde, este profissional passa a assumir um papel importantíssimo, eis que na Idade Média, com o crescimento populacional, a higiene e o saneamento básico começaram a ficar prejudicados, já que as cidades, como tinham que crescer dentro das muralhas dos feudos, não possuíam um saneamento adequado, pois as construções eram feitas, em sua

¹ SILVA, Joseana Suzart Lopes da. *Planos de saúde e boa-fé objetiva: uma abordagem crítica sobre os reajustes abusivos*. Salvador: JusPodium, 2007. p. 26.

² FERNANDES NETO, Antônio Joaquim. *Planos de saúde e direito do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 45.

maioria, de madeira e muito próximas umas das outras.³

Joseane Suzarte Silva destaca que não se verificava no início a concentração de serviços de saúde nas mãos de um ente, seja público ou privado. Dessa forma, cada indivíduo cuidava de sua própria saúde com base em meios financeiros próprios.⁴

A Igreja, a partir desta época, começa a desenvolver a atividade médica, por intermédio de religiosos, de forma gratuita. Pessoas que detinham conhecimentos médicos também passam a exercer, onerosamente, o ofício vinculado a cuidar de enfermos. Surge daí a figura do que conhecemos hoje como hospitais.⁵

Fica claro que o Estado nesta época, por não possuir força política nem financeira, não detinha as condições para fornecer os serviços de saúde. O indivíduo, para ter acesso a tais serviços, ficava na dependência de seus próprios recursos e, na maioria das vezes, da caridade de pessoas e instituições.

Pode-se afirmar que desde há muito ocorre na prestação de serviços de saúde um caráter assistencialista, criando-se, portanto, uma cultura humanista, vinculada à caridade e, portanto, presumivelmente gratuita. Ressalte-se que até mesmo um dos apóstolos de Jesus, Lucas, era médico, segundo relatos de Maria de Nazaré⁶, o que justificaria mais ainda a ligação entre assistência à saúde e caridade.

Segundo a pesquisa de Joseana Suzart Lopes da Silva, mesmo no Brasil colônia já era possível constatar o fato de que a prestação de serviços de saúde estava ligada a entidades religiosas, valendo a transcrição do seguinte trecho de sua obra:

Deste o período colonial, dada a precariedade dos serviços de saúde ofertados pelo Poder Público, direcionados mais para o controle de endemias com um mínimo atendimento médico individualizado, irmandades foram se constituindo, com o escopo de realizarem atividades neste campo tão carente de eficácia. Inicialmente as freiras ou irmãs, que integravam as ordens religiosas, socorriam os enfermos e os pobres. Em seguida, grupos de pessoas, diante da omissão e/ou improdutividade do Poder Público em promover o atendimento à saúde da população, foram se unindo, dando origem às Ordens Terceiras, para que pudessem ter um atendimento em quartos individuais e não em enfermarias.⁷

³ HISTÓRIA DO MUNDO. *Idade Média*: A baixa Idade Média. Disponível em: <<http://www.historiadomundo.com.br/idade-media/baixa-idade-media.htm>>. Acesso em: 23 out. 2010.

⁴ SILVA, Joseana Suzart Lopes da. *Planos de saúde e boa-fé objetiva*: uma abordagem crítica sobre os reajustes abusivos. Salvador: JusPodium, 2007. p. 27.

⁵ Ibid. p. 28.

⁶ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de Direito de saúde suplementar*: manual jurídico de planos e seguros de saúde. São Paulo: MP, 2006, p. 27.

⁷ SILVA, Joseana Suzart Lopes da. Op. cit. p. 36.

Com o final da Idade Média, refletida na decadência dos feudos e na ascensão dos Estados, cria-se um campo fértil para o desenvolvimento do comércio e do próprio pensamento liberal. Nesta fase, em virtude da ausência de preocupação estatal com o fornecimento de serviços voltados para a saúde da população e com os esforços voltados para o crescimento econômico das empresas, “a estas foi transferida a tarefa, antes atribuída à família, clã ou corporação de ofício, de prestar assistência aos empregados”.⁸

É oportuno observar que já durante a fase do Estado Liberal a atividade médica, antes exercida pelo médico, individualmente, já começa a ser deslocada para um modelo mais organizado no qual onde as empresas começam a ser envolvidas nesse processo, até mesmo pelo custo que os serviços médicos representavam.⁹

Justamente pela massificação das relações entre fornecedores e consumidores, iniciada neste período, é que o Estado, inicialmente ausente nas questões que envolviam saúde, começa a voltar sua atenção para tal setor. Como exemplo cita-se o que ocorria nos EUA e no Reino Unido na época, em que já começavam a surgir, a partir de 1850, seguradoras dispostas a atuar neste segmento.¹⁰

No Brasil, segundo Leonardo Vizeu Figueiredo, os primeiros registros de serviços de saúde detectados foram prestados por uma pessoa que respondia pela alcunha de “Mestre João”, que possuía formação multidisciplinar (médico, astrólogo e físico). Tais registros datam de 01.05.1500.¹¹ O referido autor ainda traz informação interessante sobre como foi se formando a rede de saúde no país com a colonização:

Com a evolução do processo de colonização, foram concebidos e instalados os primeiros estabelecimentos de saúde, que em muito se assemelhavam às matrizes que existiam em Portugal. Tais nosocômios eram fundados por fidalgos denominados popularmente de “homens bons”, sendo associados à prestação caritativa e ao assistencialismo religioso das Irmandades de Misericórdia, sociedades civil, constituídas por pessoas de títulos e posses, de formação católica, que se predispunham a realizar obras pelo social, cuja iniciativa, até então, encontrava-se inerte por parte da Coroa lusitana.¹²

Note-se que, mais uma vez, merece destaque o fato de as instituições religiosas sempre estarem presentes na prestação de serviços de saúde.

⁸ SILVA, Joseana Suzart Lopes da. *Planos de saúde e boa-fé objetiva: uma abordagem crítica sobre os reajustes abusivos*. Salvador: JusPodium, 2007. p. 29.

⁹ SCAFF, Fernando Campos. *Direito à saúde no âmbito privado*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 24.

¹⁰ SILVA, Joseana Suzart Lopes da. Op. cit. p. 29.

¹¹ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de Direito de saúde suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde*. São Paulo: MP, 2006, p. 107.

¹² Ibid. p. 107.

Com a proclamação da República que promoveu a separação entre a Igreja e o Estado, e a conseqüente diminuição da religiosidade, verifica-se a redução na prestação de serviços na área da saúde pelas entidades religiosas. Concomitantemente, grupos profissionais começam a se organizar para usufruir de assistência médica. Por tal razão, surgem entidades como o Hospital Central do Exército, o Hospital Marcílio Dias (Marinha) e o Instituto de Aposentadorias e Pensões dos Comerciantes, entre outros.¹³

Mais tarde, com a ineficiência deste tipo de instituições e da própria insuficiência da prestação de serviço pelo Poder Público, a iniciativa privada, por meio de clínicas médicas e de planos de saúde, começa a oferecer este serviço.

2.2 A coexistência de sistemas: o público e o privado

Sempre houve, seja no Brasil ou em outros países, a coexistência do sistema público e do sistema privado no que diz respeito à assistência à saúde. Essa realidade é perfeitamente perceptível até hoje, bastando a leitura dos artigos 196 a 199 da Constituição da República de 1988.

O Estado brasileiro, antes despreocupado com os direitos sociais da população, passa, a partir de 1919, a editar leis que possuíam nítido caráter social, valendo citar como exemplo a Lei 3.734, de 1919, que tratava sobre acidentes do trabalho¹⁴. Com essa mudança de contexto, o Poder Público brasileiro passa a adotar medidas vinculadas a serviços em saúde, mas sempre com uma ligação com o sistema previdenciário público.

Outra situação que evidencia a preocupação do governo brasileiro com a questão da saúde da população envolve o aumento de gastos com a assistência à saúde a partir das décadas de 1950 e 1960.¹⁵

A partir de 1964, já no regime ditatorial, começa a ocorrer a unificação das entidades previdenciárias no Instituto Nacional de Previdência Social, em um movimento que visava ao assistencialismo, até mesmo no sentido de acalmar as tensões sociais e justificar o regime ditatorial.

Esse modelo implantado acabou por favorecer a iniciativa privada, eis que com a ausência de recursos capazes de garantir o modelo individualista e assistencialista pretendido pela ditadura houve o favorecimento da implantação de diversos convênios entre o setor

¹³ SILVA, Joseana Suzart Lopes da. *Planos de saúde e boa-fé objetiva: uma abordagem crítica sobre os reajustes abusivos*. Salvador: JusPodium, 2007. p. 37.

¹⁴ Ibid. p. 37.

¹⁵ Ibid. p. 39.

privado e o público. Nesse sentido, Joseane Suzart Lopes da Silva assevera que:

[...] as pessoas jurídicas inseridas no ramo da saúde suplementar estimuladas com a injeção de recursos públicos no setor, passaram a intensificar a especialização das atividades e a ofertá-las para as empresas, especialmente, as indústrias. Tem início, assim, o que se intitula de “medicina de grupo”. Nas áreas em que havia uma grande concentração empresarial e industrial, como verificou-se na cidade de São Paulo, as pessoas jurídicas, constituídas pelos prestadores dos ditos serviços médicos conseguiram uma consolidação rápida, permitindo-lhes angariar recursos financeiros que propiciaram-lhes a aquisição de uma estrutura robusta, facilitando o crescimento do setor.¹⁶

Tanto a informação trazida pela autora é verídica que foi justamente no município de Santos, estado de São Paulo, Santos, que surgiu, em 1967, a primeira cooperativa do sistema UNIMED, objetivando confrontar os diversos grupos de empresários, que, não sendo médicos, estavam a atuar neste segmento de mercado.¹⁷

A partir da década de 1970 o crescimento da “Medicina em Grupo” se intensifica, inclusive com o aparecimento de serviços de saúde vinculados a empresas: as autogestões.

Na década de 1980, diante da necessidade de uma resposta aos abusos provocados pelas seguradoras que atuavam com serviços em saúde, surge a Lei 6.839 de 1980, com a determinação expressa de que estas entidades deveriam realizar o registro perante o Conselho Federal de Medicina e os respectivos Conselhos Regionais.

Em 1977, ocorre a criação do Sistema Nacional de Previdência Social, organizando-se no Brasil o conhecido INAMPS. Acerca deste sistema, Joseane Suzarte Lopes da Silva esclarece:

O referido programa médico-assistencial privatista era constituído por três subsistemas:

- a) o estatal, integrado pelo Ministério da Saúde, Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde, tendo por finalidade a prática de ações médicas simples em favor das populações desprovidas economicamente e as de caráter sanitário;
- b) o subsistema privado que mantinha contratos ou convênios com a Previdência Social, responsável pelo atendimento dos beneficiários desta, sendo o de maior porte, pois deu-se prioridade à contratação de empresas privadas para atuarem na área de saúde, relegando-se para o setor particular as atividades que competiam ao poder público;
- c) o subsistema de atenção médica supletiva, que visava atrair as grandes empresas para a formalização de contratos destinados ao atendimento da

¹⁶ SILVA, Joseana Suzart Lopes da. *Planos de saúde e boa-fé objetiva: uma abordagem crítica sobre os reajustes abusivos*. Salvador: JusPodium, 2007. p. 40.

¹⁷ DUARTE, Cristiane Maria Rebelais. *UNIMED: história e características da cooperativa de trabalho médico no país*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csp/v17n4/5306.pdf>>. Acesso em: 25 jan. 2011.

mão-de-obra.¹⁸

Como se verifica, mais um passo foi dado para que a iniciativa privada participasse ainda mais do mercado de prestação de serviços em saúde, mesmo que por meio de convênios celebrados com o Poder Público.

Com esse campo fértil à frente e diante da inoperância do sistema público de saúde, a multiplicação de empresas de medicina em grupo foi apenas uma consequência natural. Com isso, um novo problema surge: a ausência de regulamentação deste mercado e, ato contínuo, a existência de abusos por parte daquelas empresas.

Tendo em vista a unilateralidade dos contratos firmados por estas empresas e seus usuários, permitida por um vazio regulatório, a partir do Conselho Nacional de Seguros e da própria SUSEP, começam a surgir normas que visavam eliminar ou, pelo menos, limitar os abusos praticados pelas empresas de medicina em grupo e seguradoras.

É com base na regulação que o Estado começa a assumir um novo papel em relação a este mercado, procurando permitir que a iniciativa privada atue onde ele, sozinho, falhou. Leonardo Vizeu Figueiredo conclui que o Estado, a partir daí, acaba por intervir na economia, mas de uma maneira diferente da intervenção do Estado do Bem-Estar Social, eis que se busca o 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 da justiça social, permeados e aliados, agora, à livre iniciativa e defesa do mercado”.¹⁹

Nota-se que o Estado assume perante a iniciativa privada um papel regulador, necessidade que ocorre pelo fato de que a iniciativa privada sozinha não foi capaz de atuar sem o cometimento de excessos. O Estado Social acabou por ficar superdimensionado e, portanto, inoperante.²⁰

A partir do final da década de 1960, o Estado apresenta-se na área de saúde ora como prestador de serviços e bens, promovendo consultas, internações, procedimentos cirúrgicos e medicamentos, ora como regulador do particular que pretende prestar serviços em saúde.

Na década de 1980 ocorre um importante marco para a saúde: a promulgação da Constituição da República de 1988, que acaba por tratar a saúde como um direito social, colocando o Estado como o principal ator nesta atividade, haja vista o que determina o art.

¹⁸ SILVA, Joseana Suzart Lopes da. *Planos de saúde e boa-fé objetiva: uma abordagem crítica sobre os reajustes abusivos*. Salvador: JusPodium, 2007. p. 42-43.

¹⁹ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de Direito de saúde suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde*. São Paulo: MP, 2006. p. 53-54.

²⁰ *Ibid.* p. 53.

196 daquele Estatuto.²¹

Dois anos após a Constituição de 1988, surge a Lei 8.080/90, que cria o Sistema Único de Saúde (SUS). Isso porque a Constituição da República pôs a saúde como um direito e uma garantia constitucional, sendo dever do Estado garantir a todo cidadão o acesso aos serviços que estão vinculados a esta garantia constitucional.

Acerca deste Sistema, o Governo Federal, com base em informações prestadas no sítio do Ministério da Saúde, esclarece:

O Sistema Único de Saúde (SUS) é um dos maiores sistemas públicos de saúde do mundo. Ele abrange desde o simples atendimento ambulatorial até o transplante de órgãos, garantindo acesso integral, universal e gratuito para toda a população do país.

Amparado por um conceito ampliado de saúde, o SUS foi criado, em 1988 pela Constituição Federal Brasileira, para ser o sistema de saúde dos mais de 180 milhões de brasileiros. Além de oferecer consultas, exames e internações, o Sistema também promove campanhas de vacinação e ações de prevenção e de vigilância sanitária – como fiscalização de alimentos e registro de medicamentos –, atingindo, assim, a vida de cada um dos brasileiros.²²

2.3 Princípios que regem a saúde pública e o problema orçamentário

Segundo se extrai da visão do Poder Público sobre o SUS, este sistema é gratuito, universal e integral. Luiz Felipe Conde destaca:

A saúde prestada pelo Estado rege-se pelo art. 198 da Constituição. Para o desenvolvimento de ações e serviços, foi concebido um sistema único, formado por uma rede hierarquizada e regionalizada, segundo as seguintes diretrizes: descentralização única a cada nível de governo, atendimento integral com prioridade para as ações de prevenção, sem prejuízo dos serviços assistenciais e da participação da comunidade. Criou-se, então, um só sistema de saúde, o SUS, com receitas orçamentárias provenientes de todos os entes da Federação (§ único do art. 198 da Constituição). Nesse sistema único de saúde, cada um deles atua, dentro de sua competência, de forma regionalizada e descentralizada a fim de que todos os cidadãos possam ter acesso a um serviço de saúde com qualidade. A execução dos serviços de saúde pode ser realizada diretamente pelo Estado ou, indiretamente,

²¹ 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. (BRASIL. *Lei 8.080*, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <<http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/lei8080.pdf>>. Acesso em 04 fev. 2011.)

²² BRASIL. Ministério da Saúde. *O que é SUS?* Disponível em <http://portal.saude.gov.br/portal/saude/cidadao/area.cfm?id_area=1395>. Acesso em: 02 fev. 2011.

mediante técnicas de descentralização, como por exemplo, convênios e terceirização, alterando-se, neste caso, somente a forma de gestão do serviço público, que permanecerá sempre de responsabilidade do Estado (art. 198 da Constituição). Há a rede pública de saúde e a rede privada (por contratação ou convênio) formando uma rede regional e hierárquica, que devem obediência aos princípios da integralidade, igualdade e participação da comunidade, expressos na Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990.²³

A promessa constitucional é de que o sistema deveria abranger todos os tratamentos em saúde, com garantia de acesso pelo cidadão.

Surge, dessa forma, o princípio da universalidade, ou princípio da generalidade, que, nos dizeres de Dinorá Musetti Grotti, pode ser entendido da seguinte forma:

Princípio da generalidade ou universalidade: Embora alguns o vejam como um princípio autônomo, é mais uma manifestação da igualdade, isto é, a possibilidade de que o serviço possa ser exigido e usado por todos. Significa que o mesmo deve atender, indistintamente, a todos que dele necessitem, independentemente de poder aquisitivo, satisfeitas as condições para sua obtenção. Sua manutenção constitui um dever legal, podendo ser exigido tanto daqueles que tenham a competência para instituí-lo quanto daqueles que o executem. [...] A simples leitura do texto acima revela a importância da questão do ponto de vista social, vedando a utilização do serviço público e a criação ou reforço de graus de cidadania na Sociedade, uns participando do Poder Público e recebendo seus serviços e outros excluídos da Sociedade civilizada e seus benefícios. Assim, a prestação dos serviços públicos deve considerar as condições e diferenças dos usuários e a determinação da expansão dos serviços voltada para a consecução do atendimento universal, de modo a possibilitar o acesso a tais serviços a todos independentemente das forças do mercado.²⁴

Apesar de ser um sistema ousado, eis que pretende ofertar serviços de saúde a nível nacional, os recursos provenientes da seguridade social da União, Estados e Municípios parecem não ser capazes de suportar os custos com gastos em saúde. Justamente por esta situação é que alguns julgados vêm reconhecendo o princípio da reserva do possível na concretização dos direitos sociais. Nesse sentido, válida a transcrição de trecho de decisão proveniente do Tribunal de Justiça de Minas Gerais quando do julgamento de mandado de segurança que buscava a concessão de medicamento fora da lista referencial de remédios utilizados pelo SUS, bem como equipamento para a aplicação do respectivo fármaco:

²³ CONDE, Luiz Felipe. *Ressarcimento ao SUS à luz do Direito*. 2004. 182 f. Dissertação (Mestrado). Escola Nacional de Saúde Pública – Rio de Janeiro. Disponível em <http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Materiais_por_assunto/Dissertacoes_Ressarcimento_ao_SUS_a_luz_do_Direito.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2011.

²⁴ SUNDFELD, Carlos Ari; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 55-56.

Assim, malgrado seja dever do Estado e Município a realização dos procedimentos necessários para o benefício da saúde dos administrados, não se me apresenta possível a determinação no sentido de que arquem com o valor da aquisição de equipamentos (bomba infusora de insulina, cateter silhouette, reservatório de insulina para bomba, minilink, sensores de medida de glicemia, tiras de glicemia capilar, lancetas) a serem utilizados no tratamento da enfermidade da agravante e medicamento específico, cujo similar já é disponibilizado no SUS, pois a assistência à saúde está sendo prestada.

Isso porque o dever estatal em garantir o direito à saúde não pode ser dissociado das políticas sociais e econômicas, sendo necessária a observância do princípio da reserva do possível, para que seja assegurada universalidade das prestações, sob pena de ofensa ao princípio da isonomia, mesmo diante da triste constatação da impossibilidade material da agravante em adquirir os referidos equipamentos e o medicamento pleiteado.

Ademais, as notas técnicas apresentadas às fls. 87/94 dos autos comprovam que há outros tipos de insulina na relação padronizada de medicamentos no âmbito do SUS, sendo fornecida pela Secretaria de Saúde.

Constata-se, portanto, a existência de outros medicamentos, com a mesma substância ativa, capaz de ser utilizado no tratamento da moléstia da agravante, o qual, por sua vez, é fornecido pelo Estado.

Ora, a dúvida objetiva acerca da eficácia ou não do medicamento dispensado pelo Poder Público, a meu ver, retira a plausibilidade do direito invocado pela agravante, notadamente se se considerar que a eficácia do serviço público de assistência farmacêutica depende, como já dito alhures, do estabelecimento de diretrizes e critérios de aquisição de medicamentos, norteados pelos princípios da seletividade e distributividade muitas vezes incompatível com a especificidade do caso.

Assim, a existência de medicamento posto a disposição do usuário, ainda que não aquele desejado ou esperado, retira o direito de exigí-lo.²⁵

Por certo que existem decisões contrárias a esta²⁶, e que não levam em consideração questões orçamentários e vinculadas a políticas públicas, situação que não autoriza a

²⁵ O Acórdão ficou assim ementado:
 EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO À SAÚDE. OBRIGAÇÃO DO PODER PÚBLICO EM CUSTEAR A AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTO ESPECÍFICO E BOMBA INFUSORA DE INSULINA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. I - A Constituição Federal, em seus artigos 196 e seguintes, deixa claro que a saúde é um direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e ao acesso universal às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. II - O dever estatal em garantir o direito à saúde não pode ser dissociado das políticas sociais e econômicas, sendo necessária a observância do princípio da reserva do possível, para que seja assegurada universalidade das prestações, pena de ofensa ao princípio da isonomia. III - Malgrado seja dever do Poder Público realizar os procedimentos necessários para o benefício da saúde dos administrados, não se apresenta possível a determinação no sentido de que arque com o valor da aquisição de equipamento a ser utilizado no tratamento da enfermidade da agravante e forneça medicamento específico, cujo similar já está disponibilizado no âmbito do SUS. (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado. Agravo de Instrumento 0458953-06.2010.8.13.0000. 08ª Câmara Cível. Relator : Des. Bitterncourt Marcondes. j. 11 nov. 2010. *DJMG*, 19 jan. 2011).

²⁶ Nesse sentido veja-se: MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado. Agravo de Instrumento 1.0155.09.022991-7/001. 08ª Câmara Cível Relator: Des. Vieira de Brito. j. 28 jan. 2010. *DJMG*, 09 jun. 2010.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado. Mandado de Segurança 1.0324.08.068720-9/001. 03ª Câmara Cível. Relator: Des. Kildare Carvalho. j. 25 fev.2010. *DJMG*, 28 abr. 2010.

conclusão de que o magistrado não seja instado a se manifestar sobre questões que debatam o mínimo existencial e a reserva do possível.

Questões como essa, antes menos comuns, atualmente são rotineiras no cotidiano dos Tribunais brasileiros, colocando o juiz na condição de administrador da coisa pública. A judicialização da saúde pública tem preocupado o próprio Conselho Nacional de Justiça, que vem implementando várias medidas no sentido de trabalhar melhor o tema “Saúde” nos Tribunais. Exemplo disso foi a edição pelo CNJ da Resolução 107, de 06.04.2010, que instituiu o Fórum Nacional do Judiciário, para o monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde. Esta resolução traz em seu texto que um dos principais motivos da instituição do Fórum seria “o elevado número e ampla diversidade dos litígios referentes ao direito à saúde, bem como o forte impacto dos dispêndios decorrentes sobre os orçamentos públicos”.²⁷

A partir da percepção da atividade do Conselho Nacional de Justiça, verifica-se que este órgão está começando a traçar um caminho que indica o dilema que hoje vive o Poder Judiciário nas demandas públicas de saúde: a escolha entre o individual e o coletivo. A primeira pode ocorrer, por exemplo, quando se obriga o Estado a fornecer um medicamento que não consta de lista referencial do SUS, mas possui similar na citada lista a uma única pessoa, deixando-se de lado as questões orçamentárias e aquelas que envolvem políticas públicas. A segunda, ao contrário, privilegia o interesse coletivo, na medida em que estaria respeitando as políticas públicas, bem como a questão da limitação dos recursos financeiros.

Sobre esta questão, em recente decisão, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175, posicionou-se demonstrando o quão atual e polêmico é o tema. Apesar de recomendável a leitura integral do voto, mas pelo fato de não ser o cerne deste trabalho a questão da saúde pública, abaixo, fez-se a transcrição de trecho do voto do ministro Gilmar Mendes, no qual se verifica a lógica que está se aproximando do STF, fruto da audiência pública ocorrida nos dias 27 e 28 de abril de 2009²⁸:

Ademais, não se pode esquecer de que a gestão do Sistema Único de Saúde, obrigado a observar o princípio constitucional do acesso universal e

²⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *TJBA lança Projeto Começar de Novo em Valença*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=10560:resolucao-no-107-de-06-de-abril-de-2010&catid=57:resolucoes&Itemid=512>. Acesso em: 07 fev. 2011.

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Audiência Pública – Saúde*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/port al/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma>>. Acesso em: 07 fev. 2011.

igualitário às ações e prestações de saúde, só torna-se viável mediante a elaboração de políticas públicas que repartam os recursos (naturalmente escassos) da forma mais eficiente possível. Obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde existente geraria grave lesão à ordem administrativa e levaria ao comprometimento do SUS, de modo a prejudicar ainda mais o atendimento médico da parcela da população mais necessitada. Desta forma, **podemos concluir que, em geral, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente.**²⁹ [grifos do autor]

Esse entendimento está vinculado ao reconhecimento da existência de um custo para a efetivação das garantias constitucionais, sendo certo que, diante da escassez de recursos financeiros, segundo o ministro Gilmar Mendes, o administrador público estaria obrigado a fazer escolhas, fundadas, inclusive, em evidências científicas de eficácia e segurança do tratamento ou medicamento que se está a pleitear.³⁰ De outro lado, é notório observar que o ministro Gilmar Mendes ressaltou que a regra seria sempre adotar a política pública existente. Tal raciocínio indica a discussão sobre o mínimo existencial e a reserva do possível, sendo o primeiro assim conceituado por Ingo Wolfgang Sarlet:

[...] como todo o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna, no sentido de uma vida sustentável (e a vinculação com o direito à saúde, tomado aqui em seu sentido mais amplo é proposital e será retomada no último segmento!) tem sido identificado - por alguns - como constituindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, núcleo blindado contra toda e qualquer intervenção por parte do Estado e da sociedade.³¹

Ou seja, esse conceito coaduna-se com o pensamento posto no voto do ministro Gilmar Mendes, eis que este indica que o direito à saúde deve ser preservado (garantia do mínimo existencial), mas conforme as políticas públicas existentes. Caso estas não existam, deve-se garantir o direito à saúde, constitucionalmente previsto.

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Suspensão de Tutela Antecipada 175. Pleno. Relator: Min. Gilmar Mendes. j. 17 mar. 2010. *DOU*, 30 abr. 2010.

³⁰ Nesse aspecto deve ser mencionado que no próprio voto do Min. Gilmar Mendes, cita-se a política pública do SUS implementada pela portaria GM 2.510/2005. Veja-se abaixo:

“A princípio, pode-se inferir que a obrigação do Estado, à luz do disposto no art. 196 da Constituição, restringe-se ao fornecimento das políticas sociais e econômicas por ele formuladas para a promoção, proteção e recuperação da saúde.

Isso porque o Sistema Único de Saúde filiou-se à corrente da ‘Medicina com base em evidências’.”[grifos do autor] (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Op. cit.)

³¹ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.) *Direito fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 25.

O fato é que, mesmo diante da ausência de políticas públicas, em relação a direitos fundamentais, é importante reconhecer que existem custos para a efetivação desses direitos. Nesse sentido, citam-se, mais uma vez os ensinamentos de Ingo Wolfgang Sarlet:

Com efeito, considerando que o conteúdo e alcance dos direitos humanos e fundamentais apenas é passível de aferição mediante a inclusão das possíveis limitações às quais os mesmos estão sujeitos quanto mais preciso for o tratamento jurídico (normativo e dogmático) do problema das limitações e dos próprios limites, seja por meio da regulação constitucional direta, seja por meio da ação da doutrina e jurisprudência, mais se estará rendendo a necessária homenagem às exigências da segurança jurídica, portanto, do próprio Estado Democrático de Direito. Não é à toa, portanto, que já se disse que a relevância prática dos direitos fundamentais está estreitamente vinculada à ocorrência de uma restrição, ou seja, de uma intervenção em seu âmbito de proteção, de tal sorte que estudar os direitos fundamentais significa principalmente, estudar suas limitações.³²

A questão posta pelo professor gaúcho deixa evidente que os direitos fundamentais, tal como o direito à saúde, possuem limitações. Entretanto, há que se compreender o que o celebrado autor está dizendo. Não se trata de se concluir que os direitos fundamentais possuem, em si mesmos, limitações ou se concluir que é possível medir os direitos fundamentais. Nesse sentido, o autor esclarece:

Desenvolvendo os aspectos já referidos, a doutrina (mas também a jurisprudência) constitucional Alemã passou a sustentar que – e, em princípio, as opiniões convergem neste sentido – a dignidade propriamente dita não é passível de quantificação. A necessária fixação, portanto, do valor da prestação assistencial destinada à garantia das condições existenciais mínimas, em que esse sua viabilidade, é, além de condicionada espacial e temporalmente, dependente também do padrão socioeconômico vigente. Não se pode, outrossim, negligenciar a circunstância de que o valor necessário para a garantia das condições humanas mínimas de existência evidentemente estará sujeito a câmbios, não apenas no que diz com a esfera econômica e financeira, mas também no concernente às expectativas e necessidades do momento.³³

Em outro trecho da mesma obra, o professor Ingo Wolfgang Sarlet deixa clara a existência de custos para a efetivação de direitos sociais, advertindo, contudo, sobre a possibilidade de o Poder Judiciário, diante do caso concreto, não respeitar tais limites, diante dos chamados direitos de defesa:

³² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009. p. 386.

³³ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.) *Direito fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010. p. 21.

Com efeito, já se fez menção que todos os direitos fundamentais (inclusive os assim chamados direitos de defesa), na esteira da obra de Holmes e Sunstein e de acordo com a posição entre nós sustentada por autores como Gustavo Amaral e Flávio Galdino, são de certo modo, sempre direitos positivos, no sentido de que também os direitos de liberdade e os direitos de defesa em geral exigem, para que sejam efetivados, um conjunto de medidas positivas por parte do poder público e que sempre abrangem a alocação significativa de recursos materiais e humanos para sua proteção e efetivação de uma maneira geral. Assim, não há como negar que todos os direitos fundamentais podem implicar “um custo”, de tal sorte que esta circunstância não se limita aos direitos sociais de cunho prestacional. Apesar disso, seguimos convictos de que, para o efeito de se admitir a imediata aplicação pelos órgãos do Poder Judiciário, o corretamente apontado “fator custo” de todos os direitos fundamentais nunca constituiu um elemento impeditivo da efetivação pela via jurisdicional. É exatamente neste sentido que deve ser tomada a referida “neutralidade” econômico-financeira dos direitos de defesa, visto que a sua eficácia jurídica (ou seja, a eficácia dos direitos fundamentais na condição de direitos negativos) e a efetividade naquilo que depende da possibilidade de implementação jurisdicional não tem sido colocada na dependência da sua possível relevância econômica. Já no que diz com os direitos sociais a prestação, seu “custo” assume especial relevância no âmbito de sua eficácia e efetivação, significando, pelo menos para grande parte da doutrina, que a efetiva realização das prestações reclamadas não é possível sem que se aloque algum recurso, dependendo, em última análise, da conjuntura econômica, já que aqui se está em causa a possibilidade de os órgãos jurisdicionais imporem ao poder público a satisfação das prestações reclamadas.³⁴

Nota-se que existe aqui um problema a ser resolvido: de um lado, lida-se com o que alguns tratam como imponderável ao passo que outros, não tão radicais, dizem existir um custo para que seja efetivado um direito fundamental. Gustavo Amaral, no sentido de contribuir para este pensamento traz a seguinte afirmação:

Das lições de Luís Roberto Barroso se vê que o intérprete deve preservar a Constituição, não procurando dar eficácia a normas que pretendam o ineficaz ou evitar leituras que tornem o texto risível, a, tal como personagens de Monteiro Lobato, pretender reformar a natureza. Com isso, esvazia-se a eficácia da norma, *tout court*, mas em um critério de “tudo ou nada”: ou a norma vale ou a norma não vale. Não se encontra, embora se possa intuir, um critério de controle da razoabilidade da aplicação ao caso concreto, notadamente do confronto entre a microjustiça do caso concreto com a macrojustiça dada pela possibilidade de aplicar a mesma regra jurídica construída para o caso concreto a todos os demais que se assemelham.³⁵

³⁴ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.) *Direito fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010. p. 28.

³⁵ AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez, escolha: critérios para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 6.

Há que se observar que a decisão do ministro Gilmar Mendes, cujo trecho foi transcrito, acabou por encontrar um caminho para aplicar “microjustiça” e, ainda, atender ao critério de “macrojustiça”, oferecendo um norte para decisões futuras nos casos em que o direito à saúde esteja em voga. Ou seja, se o Estado possui uma política pública que assegura o direito à saúde, não há motivos para se desprezar tal política e, ainda por cima, aumentar injustificadamente o custo de efetivação do direito à saúde.

O estudo do princípio da reserva do possível também ajuda a entender o problema da efetivação material dos direitos fundamentais. Surgido em 1970, na Alemanha (*Der Vorbehalt des Möglichen*), indica que “a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos”.³⁶

2.4 Decisões judiciais e impactos no orçamento público

A questão do direito à saúde *versus* orçamento público tem, de fato, entrado na agenda do Executivo e também do Judiciário. O próprio CNJ criou um grupo de estudo permanente sobre esta questão³⁷, no sentido, até mesmo, de melhorar as decisões judiciais sobre o assunto.

Em que pese ao fato de não ser objeto desta pesquisa realizar o estudo da saúde pública, não se pode deixar de mencionar sobre o impacto de decisões judiciais voltadas para efetivar um direito amplo e irrestrito à saúde. O estudo citado, embora seja relativo ao impacto de decisões judiciais no orçamento público, revela interessante conclusão, qual seja a de que existe um custo para a efetivação de direitos, sendo que também conclui sobre a importância do respeito ao que se orçou em princípio para a efetivação de determinado direito.

O estudo citado é da autoria de Fernando Moutinho Ramalho Bittencourt e Luis Otávio Barroso da Graça, em obra coordenada por Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm³⁸. Os autores já iniciam o trabalho advertindo que a própria Constituição determina que os pagamentos feitos pela Fazenda Pública, afora algumas exceções, são feitos sempre se

³⁶ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.) *Direito fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010. p. 29.

³⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Saúde e Meio Ambiente*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/prog-ramas-de-a-a-z/saude-e-meio-ambiente>>. Acesso em: 12 jun. 2011.

³⁸ BITTENCOURT, Fernando Moutinho. GRAÇA, Luis Otávio Barroso da. Decisões judiciais e orçamento público no Brasil: aproximação empírica a uma relação emergente In: TIMM, Luciano Benetti (Org.) *Direito fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010. p. 193-236.

seguindo uma ordem³⁹, o que implica dizer que tais pagamentos são sempre previstos.

Os pagamentos de decisões judiciais fora da regra estabelecida no art. 100 da Constituição da República, conforme citado no estudo⁴⁰, são exceções, estando entre elas a regra do art. 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e a regra prevista nos §§1º e 3º do art. 100⁴¹ da Constituição da República de 1988.

Após formularem tais considerações, os pesquisadores passaram a apresentar dados que indicam o impacto das decisões judiciais no orçamento da União. Constataram que os custos com as decisões judiciais nos anos de 2003 a 2005 apresentaram tendência de alta, sendo que no período cresceram 47,16%, de forma que os gastos ficaram em sua maior parte com a União, responsável por 70,26% dessas despesas.⁴² Estes gastos com demandas judiciais representaram em 2003 mais do que todos os gastos realizados pelo “Ministério dos Transportes, Meio Ambiente, da Agricultura ou da Ciência e Tecnologia. Ou aproximadamente iguais a um terço de todo o valor aplicado em defesa nacional através do Ministério da Defesa”.⁴³

Os autores apontam que “o Judiciário, por meio de sentenças, interfere no orçamento em proporção que se aproxima das alterações introduzidas pelo Congresso quando de sua elaboração”.⁴⁴

Aqui, não se está fazendo qualquer juízo de valor sobre o acerto ou a licitude das decisões, mas apenas se está mostrando que a intervenção judicial traz consequências econômico-financeiras para os que estão envolvidos na lide.

Nesse sentido, válida a citação das considerações de Bittencourt e Graça:

³⁹ Nesse sentido o art. 100, da Constituição da República abaixo transcrito:

“Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim. (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 26 jan. 2011).

⁴⁰ BITTENCOURT, Fernando Moutinho. GRAÇA, Luis Otávio Barroso da. Op. cit. p. 195.

⁴¹ “§ 1º Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado, e serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, exceto sobre aqueles referidos no § 2º deste artigo. [...]

§ 3º O disposto no caput deste artigo relativamente à expedição de precatórios não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em leis como de pequeno valor que as Fazendas referidas devam fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado.” (BRASIL. (Constituição 1988). Op. cit.)

⁴² BITTENCOURT, Fernando Moutinho. GRAÇA, Luis Otávio Barroso da. Op. cit. p. 203.

⁴³ Ibid. p. 203.

⁴⁴ Ibid. p. 203.

As duas manifestações em epígrafe a este capítulo ilustram a preocupação que se esboça em nível teórico sobre os impactos de uma crescente intervenção judicial nos domínios econômicos do Brasil, quer nas suas consequências estritamente econômicas, quer em reflexos institucionais mais profundos derivados de uma até então insuspeita fragilização do princípio clássico do equilíbrio de poderes proveniente da hipertrofia da ação judiciária. Trata-se de hipótese bastante forte e de profundas consequências sociais, que deve urgentemente ser problematizada.⁴⁵

Feitas todas essas considerações, resta mais evidente o custo das ações no campo da saúde pública, de forma que esta circunstância pode ser utilizada, no mínimo, como parâmetro para o que ocorre na saúde suplementar. Isso pelo fato de que, assim como a saúde pública, a saúde suplementar possui recursos finitos, de forma que se pode comparar, grosso modo, as políticas públicas com as coberturas ofertadas pelas operadoras de planos de saúde, com base nos respectivos contratos. Tanto através das políticas públicas quando da fixação das coberturas nos contratos de plano de saúde que o administrador, público ou privado, define como serão empregados os recursos.

⁴⁵ BITTENCOURT, Fernando Moutinho. GRAÇA, Luis Otávio Barroso da. Decisões judiciais e orçamento público no Brasil: aproximação empírica a uma relação emergente *In*: TIMM, Luciano Benetti (Org.) *Direito fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010. p. 204.

3 A SAÚDE SUPLEMENTAR NO BRASIL E O CENÁRIO ANTERIOR À LEI 9.656/98

3.1 Definição e forma de atuação do particular

Mesmo diante do princípio da universalidade e do princípio da integralidade, regentes do Sistema Único de Saúde, a efetivação de um direito amplo e irrestrito a serviços de saúde encontra dificuldades, já que as necessidades são infinitas e os recursos são escassos.

Passa-se a tratar agora da assistência à saúde que é prestada pelo particular, sendo necessário, porém, oferecer prévios esclarecimentos sobre o que é saúde suplementar.

A saúde suplementar pode ser entendida como aquela prestada pelo particular; ou seja, a que está fora do âmbito da atuação estatal (SUS), sendo que este particular utiliza-se de rede própria ou terceirizada de prestadores de serviços, tratando-se, portanto, de uma atividade especializada.¹

Esclareça-se que o termo *suplementar* indica que os serviços de saúde serão prestados exclusivamente pelo particular, observado o que dispõe o art. 199, *caput*, da Constituição da República. Não há que se confundir, pois, a prestação dos serviços de saúde por particulares contratados pela Administração Pública.² Diante de tal assertiva, torna-se necessário afirmar que o entendimento de Fabiana Ferron a respeito do tema apresenta-se equivocado. Veja-se a este respeito a afirmação da ilustre autora sobre o que seria a saúde suplementar:

A livre presença da iniciativa privada no mercado de saúde é amparada pelo artigo 199. Entretanto, de acordo com seu §1º, a participação deveria ser feita de forma complementar ao Sistema Único de Saúde – SUS, o que não ocorre na prática, tendo em vista que o Estado não foi capaz de superar as dificuldades crônicas do setor, oferecendo à população um serviço de baixa qualidade. A iniciativa privada opera no setor justamente porque o sistema público, decadente e sem recursos, não tem como oferecer o que dele se espera.³

Saúde complementar e saúde suplementar não se misturam. O artigo 199 da Constituição da República, *caput*, expressamente prevê que o particular poderá atuar em tal

¹ SCHULMAN, Gabriel. *Planos de saúde: saúde e contrato na contemporaneidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 201.

² *Ibid.* p. 203.

³ FERRON, Fabiana. *Planos privados de assistência à saúde: Lei nº 9.656 de 03 de junho de 1998*. São Paulo: Universitária de Direito, 2001. p. 22.

ramo da economia, sendo que ainda está previsto no parágrafo primeiro daquele dispositivo legal que poderá também ocorrer casos em que o particular queira atuar como prestador de serviços do SUS, seguindo, dessa forma, todas as suas diretrizes e princípios.⁴

Saúde suplementar “trata-se de atividade econômica em sentido estrito, regida por princípios e regras de direito privado, sendo seu acesso garantido, tão somente, à parcela da população com renda para contratar tais serviços”.⁵ Cabe ponderar, entretanto, que, apesar de ser uma atividade exercida por particulares, não passa longe dos olhos da Administração Pública, a rigor do que determina o próprio art. 197, da Constituição da República.⁶

Esclarecido o que é a saúde suplementar, cabe agora verificar acerca de sua evolução.

Durante muitos anos, o mercado de saúde suplementar brasileiro viveu sem ter uma regulamentação efetiva, sendo que o Estado brasileiro não havia percebido a necessidade de fazer qualquer intervenção, uma vez que, pelas características dos prestadores de serviços e dos próprios usuários, não se fazia necessária a regulação.⁷

Com a aceleração da urbanização, a partir dos anos de 1960, os segmentos de planos de saúde que já existiam – medicina de grupo, cooperativas médicas, seguradoras e autogestões – passaram a experimentar um crescimento acelerado de suas atividades. Januário Montone, acerca deste crescimento, explica:

As empresas de medicina de grupo e as cooperativas formavam a base inicial do setor, que cresceu a partir da urbanização acelerada dos anos 60, deteriorando ainda mais a já precária assistência pública de saúde, então vinculada ao mercado de trabalho. A entrada no sistema público era assegurada pela carteira de trabalho. A chegada de multinacionais e, depois, o crescimento econômico dos anos 70 marcaram a expansão do setor, uma vez que o atendimento diferenciado na saúde passou a integrar todas as pautas sindicais do Brasil. Categoria forte era a que conseguia um plano de saúde de qualidade e pago integralmente pelo patrão. Para as empresas, oferecer um bom plano de saúde era um diferencial competitivo na atração e manutenção dos melhores empregados.⁸

⁴ Figueiredo esclarece que:

Nos termos do art. 199, §1º, da CF, as instituições privadas poderão participar de forma complementar do SUS. Assim, as entidades privadas que celebram contrato de direito ou convênio com o SUS passam a integrar o sistema público de saúde, razão pela qual se submetem aos princípios e diretrizes que orientam o serviço público. (FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de Direito de saúde suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde*. São Paulo: MP, 2006. p. 118).

⁵ Ibid. p. 29.

⁶ “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.” (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/cciv/il_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 26 jan. 2011).

⁷ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. Op. cit. p. 136.

⁸ MONTONE, Januário. *Planos de saúde: passado e futuro*. Rio de Janeiro: Medbook, 2009. p. 21.

A partir dos anos de 1980, com o aumento de operadoras de serviços de saúde privado no mercado e a constatação de que estava ocorrendo uma seleção de riscos e usuários por parte das operadoras, além de um grande aumento de reclamações por parte daqueles mesmos usuários, o Estado achou por bem regular efetivamente o mercado de saúde suplementar.

Essa intervenção começa a ocorrer, principalmente, com a edição da Lei 9.656/98. Ressalte-se que a criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar somente ocorre com a vigência da Lei 9.961/00, fazendo com que nos dois primeiros anos de vigência da Lei 9.656/98 a regulação ocorresse por meio da atuação conjunta do Ministério da Fazenda, do Ministério da Saúde, via Secretaria de Assistência à Saúde, e do Departamento de Saúde Suplementar, além da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP).

Não se pode deixar de mencionar que a regulação, via Poder Judiciário, por força da Lei 8.078/90, já ocorria, uma vez que esta norma possui inúmeros artigos que possibilitam ao magistrado a intervenção no conteúdo do contrato, com a finalidade de resgatar o equilíbrio nas relações contratuais consumeristas.

Com o advento da Lei 9.656/98, procurou-se regulamentar o mercado de saúde suplementar, antes caracterizado pela prevalência de instrumentos contratuais diversos, com a cobertura de procedimentos médicos fixadas em conformidade com a vontade exclusiva do particular que atuava neste mercado.

3.2 Do marco regulatório e seus impactos no mercado de saúde suplementar

Após a Constituição de 1988, começa, em 1989, as primeiras discussões no Congresso Nacional sobre uma regulamentação efetiva do setor de saúde suplementar. Isso por força do que dispõe o art. 197 da Constituição da República, que determinou serem “de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle[...]”.⁹

Após um período em que os planos de saúde estavam submetidos ao controle da SUSEP, que não foi bem sucedido, e o controle tímido da Secretaria de Direito Econômico (SEAE), que fiscalizava os reajustes abusivos praticados, a regulamentação começou a ser estudada pelos Ministérios da Justiça e pelo Ministério da Fazenda, enquanto,

⁹ Abaixo a redação completa do art. 197 da Constituição da República:
“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.” (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 26 jan. 2011).

surpreendentemente, o Ministério da Saúde mantinha-se fora da discussão.¹⁰

Com a chegada do Plano Real, notadamente a estabilização da moeda, começam a ficar mais nítidos os abusos dos planos de saúde, de forma que a pressão da sociedade por medidas no sentido de conter tais atitudes faz com que, em 1997, o Poder Executivo ponha o assunto novamente em discussão perante o Congresso Nacional.¹¹

É interessante destacar que, como ressalta Januário Montone, o projeto aprovado em outubro de 1997 tinha o foco na “atividade econômica e a visão de que a melhor proteção para os usuários seria garantir que as empresas operadoras tivessem real capacidade de prestar os serviços contratados e solidez econômico-financeiras”.¹²

Pode-se afirmar, sem qualquer receio, que a desestabilização financeira das operadoras de plano de saúde não interessa a ninguém, e muito menos ao consumidor, para que continuem tendo condições de desenvolver suas atividades de forma lícita e sustentável.

Essa questão possui relevância, haja vista que nos contratos de plano de saúde existe a necessidade de constituição de um fundo mútuo, necessário para que as operadoras possam prestar seus serviços aos beneficiários¹³. Os beneficiários pagam valores de acordo com a cobertura que contrataram, mas é certo que eles não são destinados somente aos seus interesses individuais, havendo, como se verá, uma solidariedade de todos aqueles que compõem a carteira de usuários de determinada operadora.¹⁴

Acerca da questão da manutenção do equilíbrio, é interessante a contribuição de Leonardo Vizeu Figueiredo:

Assim, o setor de saúde está, permanentemente sob a fiscalização e o controle do Poder Público, inclusive quando prestado pela iniciativa privada. Todavia, em que pese tamanho poder de dominação, isto não quer dizer que o Estado deva atuar como ente arbitrário, centralizador e planificador, alheio aos demais interesses dos segmentos que compõem o setor. Ao contrário, deve atuar de forma ponderada e parcimoniosa, a fim de não inviabilizar a suplementação privada dos serviços de saúde, conciliando os interesses privados e as forças de mercado com o atendimento das necessidades coletivas e os interesses da nação.¹⁵

¹⁰ MONTONE, Januário. *Planos de saúde: passado e futuro*. Rio de Janeiro: Medbook, 2009. p. 29.

¹¹ *Ibid.* p. 29.

¹² *Ibid.* p. 35.

¹³ Mais à frente esta questão será tratada com maior profundidade.

¹⁴ SILVA, Joseane Suzart Lopes. *Planos de saúde e boa-fé objetiva*. Uma abordagem crítica sobre os reajustes abusivos. Salvador: Podium, 2007. p. 155.

¹⁵ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de Direito de saúde suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde*. São Paulo: MP, 2006. p. 106.

O mesmo autor ainda destaca a transformação sofrida no mercado de saúde suplementar, principalmente com a criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar, que acabou por trazer regras mais rígidas para a constituição de uma operadora de plano de saúde, bem como dos contratos por ela disponibilizados:

O setor de suplementação privada dos serviços de saúde vive uma intensa transformação desde o início da vigência da Lei de Planos de Saúde. A partir de janeiro de 1999, as entidades que desejassem atuar no setor passaram a ter de obter, junto ao Poder Público, registro provisório, ato de outorga do ente regulador para permitir tanto a operação da empresa no mercado (registro da operadora) quanto a comercialização de contratos de planos privados de assistência à saúde (registro de produto).¹⁶

Nesse novo cenário imposto pelo ente regulador, as exigências que acabam por aparecer são de ordem econômico-financeira, sendo que somente pessoas jurídicas com condições financeiras de se manter no mercado passam a ter registro na ANS.

Cumprir, porém, que essas exigências estão vinculadas ao fato de que as empresas prestam um serviço que possui grande relevância social, haja vista que a saúde é um bem constitucionalmente protegido. Além do mais, é fato que as operadoras de planos de saúde captam recursos de seus clientes que são utilizados para realizar o pagamento de sua rede prestadora de serviços (hospitais, laboratórios, médicos etc). Daí a necessidade de controle por parte da ANS no sentido de tais empresas comprovem que possuem capacidade econômica e financeira para operar no mercado de saúde suplementar.

A Resolução Normativa 100, de 3 de junho de 2005, expedida pela ANS deixa bem evidente esta situação em seu Anexo 1, que, expressamente cita a obrigação de atendimento da RDC 77, de 17 de julho de 2001, que previa as condições financeiras mínimas para que uma empresa pudesse conseguir o registro definitivo da ANS para atuar como operadora de plano de saúde. Transcrevem-se alguns dispositivos do citado anexo:

1 Para fins de registro da Operadora na ANS, as pessoas jurídicas que quiserem comercializar os produtos estabelecidos no inciso I e no § 1º do art. 1º da Lei nº 9.656/98 deverão preencher aplicativo, disponível em arquivo no sítio da ANS (<http://ans.gov.br>), com o nome e as informações solicitadas, enviando-o, em meio magnético (disquete de 3 ½”) dentro de envelope lacrado, para a ANS, localizada na Av. Augusto Severo, n.º 84, Glória CEP: 20.021-040, Rio de Janeiro/RJ, juntamente com o requerimento da autorização de funcionamento e os seguintes documentos:
[...]

¹⁶ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de Direito de saúde suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde*. São Paulo: MP, 2006. p.141.

1.12 Declaração assinada pelo representante legal da pessoa jurídica quanto à classificação e às previsões da segmentação, com lista dos nomes dos Municípios onde a Operadora de Plano de Assistência à Saúde atuará, de acordo com o enquadramento na região de atuação, conforme disposto no Anexo I da RDC n.º 77, de 17 de julho de 2001.

1.13 Documento que apresente relação dos bens e direitos, das dívidas, ônus reais e das obrigações, da(s) pessoa(s) física(s) controladora(s), direta ou indiretamente, da instituição.

[...]

1.20 Cópia autenticada do registro no Banco Central - BACEN, dos recursos utilizados pelo(s) controlador(es) para fazer face ao empreendimento, no caso de capital de origem estrangeira.¹⁷

Frise-se que atualmente a RDC 77/01 não mais vigora, sendo que seus termos foram substituídos pelas diretrizes da Resolução Normativa 209, de 22 de dezembro de 2009. Assim como na RDC 77/01, a RN 209/09 estabelece, dentre outras obrigações, requisitos para operação, tais como: capital social mínimo, provisão de risco, provisão para eventos não ocorridos e não avisados, margem de solvência e outras provisões técnicas. Esta norma determina, por exemplo, que para as sociedades que auferem lucro com a atividade de saúde suplementar o patrimônio líquido mínimo exigido poderia atingir o montante de R\$5.001.178,60.¹⁸

Outro fator que trouxe inegável impacto econômico para as operadoras é o fato de que com a edição da Lei 9.656/98 e bem como da Lei 9.961/00 as operadoras tiveram que garantir a seus usuários uma cobertura mínima, prevista no plano referência, conforme artigo 10 da Lei 9.656/98. Além do mais, e no sentido de regulamentar tal cobertura, a ANS, por força do art. 4º, III, da Lei 9.961/00, passou a editar o rol de procedimentos mínimos a ser ofertado pelas operadoras. Este rol, segundo prevê a Resolução Normativa 0211, de 11 de janeiro de 2010, será revisto a cada dois anos, caso a ANS não veja a necessidade de promover revisão em período menor. É fato que nem sempre a edição de novo rol de procedimentos permite às operadoras reajustar os valores das mensalidades, conforme ocorreu quando da edição do último rol, previsto na RN 0211/10.¹⁹

Após a vigência da Lei 9.656/98, o contrato de plano de saúde toma novos contornos, deslocando-se de contrato jurídico determinado pelas operadoras e, via de consequência,

¹⁷ BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Resolução Normativa 100*. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/modules/mod_legislacao/exibir/texto_lei.php?id=953>. Acesso em: 19 fev. 2011.

¹⁸ BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Capital mínimo para empresa que atua como medicina de grupo em regiões como São Paulo, Rio de Janeiro e Minas Gerais*. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/data/files/8A9588D42670BEE0012670DB05C95C1D/RN209_anexos.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2011.

¹⁹ BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Rol de Procedimentos - Cobertura Assistencial Obrigatória*. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/index.php/aans/perguntas-frequentes/outras-perguntas/247-rol-de-procedimentos-cobertura-assistencial-obrigatoria>>. Acesso em: 19 fev 2011.

como contrato de adesão de via única para um contrato de adesão de via dupla, na medida em que as operadoras, para comercializarem estes contratos, devem aderir a um conteúdo mínimo que deve estar previsto nestes contratos. Cláudia Pinho destaca bem esta situação:

A Lei nº 9.656/98 trouxe coberturas mínimas que um contrato de plano de saúde deveria ter. Assim deslocou o contrato de plano de saúde do campo do negócio jurídico com características de contrato de adesão, onde a operadora de plano de saúde era quem definia o serviço ou procedimento que seria ofertado para o instituto do ato jurídico em sentido estrito, onde a lei é quem dita os direitos e obrigações, só havendo margem para o negócio jurídico, caso a operadora de planos de saúde queira ofertar um plus para o seu cliente além das determinações da Lei nº 9.656/98.²⁰

Essa situação fica evidente da leitura do art. 8º, da Lei 9.656/98, abaixo transcrito:

Art. 8º Para obter a autorização de funcionamento, as operadoras de planos privados de assistência à saúde devem satisfazer os seguintes requisitos, independentemente de outros que venham a ser determinados pela ANS:

I – registro nos Conselhos Regionais de Medicina e Odontologia, conforme o caso, em cumprimento ao disposto no art. 1º da Lei nº 6.839, de 30 de outubro de 1980;

II – descrição pormenorizada dos serviços de saúde próprios oferecidos e daqueles a serem prestados por terceiros;

III – descrição de suas instalações e equipamentos destinados a prestação de serviços;

IV – especificação dos recursos humanos qualificados e habilitados, com responsabilidade técnica de acordo com as leis que regem a matéria;

V – demonstração da capacidade de atendimento em razão dos serviços a serem prestados;

VI – demonstração da viabilidade econômico-financeira dos planos privados de assistência à saúde oferecidos, respeitadas as peculiaridades operacionais de cada uma das respectivas operadoras;

VII – especificação da área geográfica coberta pelo plano privado de assistência à saúde.²¹

Este dispositivo acaba por impor uma série de requisitos para que a operadora possa funcionar, fazendo-se o devido destaque aos incisos III, IV, V e VI, todos ligados à movimentação de grandes aportes financeiros por parte das operadoras.

Outro exemplo que produziu impacto na regulação foi a edição da Resolução Normativa 85, de 7 de dezembro de 2004, que tratava, além do registro da própria operadora,

²⁰ PINHO, Cláudia A. A Agência Nacional de Saúde Suplementar: 10 anos depois do marco regulatório – avanços e desacertos In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de (Coord.). *Direito econômico: evolução e institutos*. Obra em homenagem ao Professor João Bosco Leopoldino da Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 335-347.

²¹ BRASIL. *Lei 9.656*, de 3 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: 23 fev. 2011.

do registro dos produtos (contratos) por ela comercializados. Em seu art. 13, determinava os requisitos para que o contrato que se desejava registrar fosse aprovado. Posteriormente, a RN 100 trouxe modificações na legislação, mas também determinava os requisitos para que a operadora recebesse o registro do produto que desejava disponibilizar para o mercado. Atualmente, a IN/23, de 1 de dezembro de 2009, editada pela Diretoria de Normas e Habilitação dos Produtos (DIPRO), da ANS, regula a questão do registro de produtos, determinando os requisitos que este deve cumprir para que possa ser comercializado, os quais estão estabelecidos nos artigos 14, 15 e 16 da citada norma.²² A leitura dos dispositivos em questão deixa claro que o contrato é de adesão também para a operadora.

Ainda sobre o custo das operadoras, o fato é que se a receita destas tem subido não se pode negar que suas despesas assistenciais têm acompanhado o mesmo crescimento. Segundo dados da ANS, em 2003 as operadoras médico-hospitalares apresentaram uma receita de R\$28.244.222.059, com uma despesa assistencial no importe de R\$22.967.722.881, sendo que até o primeiro trimestre de 2011 já apresentavam uma receita de R\$71.097.946.389 contra uma despesa assistencial de R\$57.650.399.394.²³ Caso leve-se em consideração apenas este dado, chega-se a um superávit de R\$13.447.546.215, a ser dividido entre as 1.618 operadoras com registro na ANS, o que alcançaria um lucro de pouco mais de R\$8.000.000,00 por ano. Esta situação demonstra que as operadoras não são tão superavitárias quanto se pensa e, ainda, deixa evidente que os custos assistenciais estão aumentando.

²² Assim dispõe os dispositivos legais em questão:

Art. 14 Após a incorporação de dados, e a análise das características informadas e da documentação encaminhada, serão verificados os seguintes requisitos para a concessão do registro de produto:

I - a existência de plano-referência na situação de Ativo para comercialização, no mesmo tipo de contratação, quando obrigatório o seu oferecimento; ou

II - a existência de plano com formação de preço pré-estabelecido na situação de Ativo para comercialização, no mesmo tipo de contratação, quando se tratar de solicitação de registro de um plano odontológico com formação de preço misto.

Art. 15 Verificada a conformidade de todos os aspectos será concedido o registro de produto, cujo número também estará disponível no endereço eletrônico www.ans.gov.br em “acompanhamento de solicitações”.

Art. 16 A operadora deverá obrigatoriamente entregar ao contratante cópia do Contrato/Regulamento contendo os temas do Instrumento Jurídico cadastrados na ANS de acordo com as orientações do Manual de Elaboração de Contrato, Anexo I desta Instrução Normativa de mesmo teor do Anexo II da IN - DIPRO nº 22, de 8 de outubro de 2009.

§ 1º A cópia do Contrato/Regulamento de que trata este artigo deverá ser individualizada para cada plano registrado, sendo vedada a entrega de documento que contenha informações pertinentes a vários planos distintos, contendo a opção do contratante por determinado plano e/ou opção por módulos de segmentação assistencial.

§ 2º Após a concessão do registro de produto, o cadastramento dos temas do Instrumento Jurídico junto à ANS deverá estar sempre atualizado e em conformidade com o Contrato/Regulamento que está sendo comercializado ou disponibilizado. (BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Instrução Normativa 23*, de 1 de dezembro de 2009. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/modules/mod_legislacao/exibir/texto_lei.php?id=1554>. Acesso em 03 de mai. 2011).

²³ BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. *DIOPS/ANS/MS - 04/04/2011 e FIP - 12/2006*. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Perfil_setor/Caderno_informacao_saude_suplementar/2011_mes04_caderno_informacao.pdf>. Acesso em: 03 mai. 2011.

Em paralelo, outra situação vem preocupando a ANS: a diminuição e a consequente concentração do mercado de saúde suplementar. Com tantas obrigações a serem cumpridas, bem como com a necessidade de se atender a uma legislação que impõe garantias financeiras mínimas para que empresas ingressem nesse mercado, é inevitável que um número cada vez menor de empresas se interesse ou, mesmo, tenha condições de atuar na prestação de serviços privados de saúde. A diminuição do número de operadoras pode ser observada no Gráfico 1, divulgado pela própria ANS, que retrata o número de operadoras ativas em 2010:

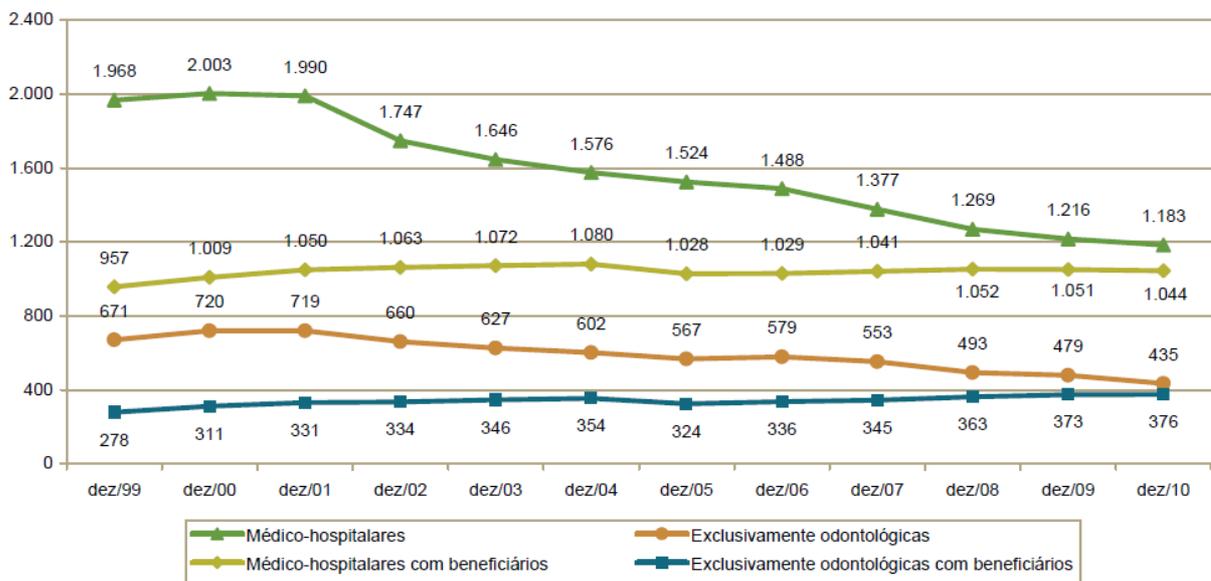


Gráfico 1: Número de registro de operadoras²⁴

O que se observa sobre as normas editadas pela ANS e que dizem respeito ao atendimento de requisitos para atuar como operadora de plano de saúde é que elas funcionam como uma barreira de entrada no mercado de saúde suplementar. Para melhor entendimento da questão, esclareça-se aqui que as barreiras de entrada, segundo Fábio Nusdeo, citado por Paula A. Forgioni, são “um obstáculo ao acesso de novas unidades produtoras em virtude da posição de privilégio que conferem às já atuantes num dado mercado”.²⁵ Dessa forma, apenas as operadoras já consolidadas no mercado e que possuem maior poderio financeiro, podem atender às exigências da regulação, as quais por óbvio, servem de barreiras ao ingresso de novas operadoras.

Em entrevista ao jornal *Valor Econômico*, em sua versão online, o presidente da

²⁴ BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. *CADOP/ANS/MS – 12/2010 e SIB/ANS/MS – 12/2010*. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Perfil_setor/Caderno_informacao_saude_suplementar/2010_mes12_caderno_informacao.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2011.

²⁵ NUSDEO, Fábio. *Abuso do poder econômico*. Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 2. p. 125 *apud* FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 334-335.

Agência Nacional de Saúde Suplementar, Maurício Ceschin, expressou sua preocupação com o número reduzido de operadoras atuantes no mercado de saúde suplementar. Declarou que a ANS estuda meios de incentivar a concorrência, já que 50% do mercado estaria concentrado em apenas 37 operadoras, em um universo de mais de 1.060. Ele ainda afirmou que, segundo dados daquela agência, a AMIL e a BRADESCO detinham 10% do mercado.²⁶

Pode se dizer que se, de um lado, a regulação acabou por deixar o mercado mais seguro para quem contrata com uma operadora de plano de saúde, de outro também acabou por trazer um inconveniente para este mercado: um menor número de empresas dispostas a atuar neste mercado, com a diminuição, via de consequência, da concorrência. Com isso gera-se a vantagem de que somente empresas com condições de atuar com segurança financeira irão participar deste mercado, garantindo-se que os recursos financeiros capitados desta massa de consumidores, cerca de 44,7 milhões de usuários²⁷, não serão indevidamente utilizados ou correrão o risco de se perderem por má administração. Januário Montone traz reflexão nesse sentido:

O saneamento no mercado foi muito forte, embora ainda não esteja completo. As operadoras que não conseguiram se adaptar ao novo modelo de negócio, muito mais exigente e competitivo, foram absorvidas pela concorrência ou liquidadas pela ANS. O mercado opera hoje com reservas da ordem de R\$9,3 bilhões. Essa solidez do mercado a todos os usuários, sejam de planos individuais e familiares, coletivos empresariais ou coletivos por adesão, pois terão, nos limites de seus tipos de contratação, maior certeza de receber o que compraram quando vierem a precisar.²⁸

É importante salientar que o impacto da regulação foi tão grande que a própria Lei 9.656/98 foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade, a ADI 1.931-8, ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal. Esta ação, proposta pela Confederação Nacional das Entidades de Saúde, questiona, entre outras questões jurídicas, a possibilidade de a lei determinar a cobertura assistencial imposta pela nova lei a contratos que já vigoravam quando de sua vigência. O STF acabou por conceder liminar que impedia tal situação, de forma que o consumidor poderia, então, permanecer com seu contrato antigo, podendo contar com a cobertura nele prevista. Sobre esta situação, Leonardo Vizeu Figueiredo assevera:

²⁶ ROCHA, Janes; MOURA, Paola de; MAGALHÃES, Heloísa. *ANS estuda incentivos à concorrência*. Disponível em: <<http://www.valoronline.com.br/impreso/empresas/102/386920/ans-estuda-incentivos-a-concorrenca>>. Acesso em: 21 fev. 2011.

²⁷ BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Caderno de Informação da Saúde Suplementar: beneficiários, operadoras e planos*. Rio de Janeiro, ANS, p. 37, mar. 2011.

²⁸ MONTONE, Januário. *Planos de saúde: passado e futuro*. Rio de Janeiro: Medbook, 2009. p. 51.

Em virtude da obrigatoriedade do oferecimento do plano-referência, bem como da ampliação obrigatória das coberturas médicas contratuais, houve risco de majoração do valor da contraprestação das mensalidades por parte da assistência médica suplementar constituída por clientes de planos individuais. Assim, para se evitar o aumento demasiado no custo, com a conseqüente exclusão de beneficiários de baixo ou médio poder aquisitivo, legitimou-se, na prática, o direito do consumidor de “optar” por se manter vinculado a um plano mais barato, com coberturas de menor padrão de luxo e abrangência geográfica mais restritas, tão-somente.²⁹

Por ser um ponto crucial das questões que dizem respeito à saúde suplementar, tratar-se-á a seguir da ADI 1.931-8, procurando-se avaliar qual foi o impacto no mercado de saúde suplementar em termos de segurança jurídica.

Finalmente, não se pode deixar de falar de um outro impacto econômico que a regulação provocou no mercado de saúde suplementar, previsto no art. 32 da Lei 9656/98³⁰. Trata-se do chamado “ressarcimento ao SUS”. Toda vez que uma pessoa que esteja vinculada a um contrato de plano de saúde é atendida no sistema público de saúde a operadora deverá ressarcir as despesas daquele atendimento ao Erário, desde que o procedimento realizado esteja coberto pelo contrato daquele usuário atendido no SUS.

Conforme identifica Leonardo Vizeu Figueiredo, a razão de ser deste dispositivo está vinculado ao interesse estatal de coibir eventual enriquecimento sem causa das operadoras seja pela omissão de atendimento, seja pela escolha do usuário em utilizar os serviços de

²⁹ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de Direito de saúde suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde*. São Paulo: MP, 2006. p. 139.

³⁰ Art. 32. Serão ressarcidos pelas operadoras dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, de acordo com normas a serem definidas pela ANS, os serviços de atendimento à saúde previstos nos respectivos contratos, prestados a seus consumidores e respectivos dependentes, em instituições públicas ou privadas, conveniadas ou contratadas, integrantes do Sistema Único de Saúde - SUS.

§1º O ressarcimento a que se refere o caput será efetuado pelas operadoras à entidade prestadora de serviços, quando esta possuir personalidade jurídica própria, e ao SUS, mediante tabela de procedimentos a ser aprovada pela ANS.

§2º Para a efetivação do ressarcimento, a ANS disponibilizará às operadoras a discriminação dos procedimentos realizados para cada consumidor.

§3º A operadora efetuará o ressarcimento até o décimo quinto dia após a apresentação da cobrança pela ANS, creditando os valores correspondentes à entidade prestadora ou ao respectivo fundo de saúde, conforme o caso. §4º O ressarcimento não efetuado no prazo previsto no § 3º será cobrado com os seguintes acréscimos:

I- juros de mora contados do mês seguinte ao do vencimento, à razão de um por cento ao mês ou fração;

II- multa de mora de dez por cento.

§5º Os valores não recolhidos no prazo previsto no §3º serão inscritos em dívida ativa da ANS, a qual compete a cobrança judicial dos respectivos créditos.

§6º O produto da arrecadação dos juros e da multa de mora serão revertidos ao Fundo Nacional de Saúde.

§7º A ANS fixará normas aplicáveis ao processo de glosa ou impugnação dos procedimentos encaminhados, conforme previsto no §2º deste artigo.

§8º Os valores a serem ressarcidos não serão inferiores aos praticados pelo SUS e nem superiores aos praticados pelas operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o §1º do art. 1º desta Lei. (BRASIL. *Lei 9.656*, de 3 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: 23 fev. 2011).

saúde pública.³¹ Outro fundamento mencionado pelo citado doutrinador, o qual fundamentaria a existência do art. 32 da LPS, é o fato de que “a atual Ordem Constitucional veda o aumento arbitrário de lucros, tratando o mesmo, a teor do disposto no seu art. 173, §4º, como infração à ordem econômica”.³² Além do mais, segundo Figueiredo, “no que se refere á ordem social, no campo da saúde, a CF é expressa ao vedar o repasse de auxílios e subvenções públicas a entidades privadas com fins lucrativos, consoante art. 199, §2º”.³³

Assim, o principal fundamento do ressarcimento ao SUS seria o princípio que veda o enriquecimento ilícito, na medida em que se o cidadão contrata um plano de saúde mas acaba por não se utilizar deste estaria a operadora contratada a auferir um lucro injustificado.

De outro lado, e contrariamente aos argumentos expostos, as operadoras defendem a tese de que a saúde, como dever do Estado, deve ser prestada por este, independentemente de ter o contribuinte contratado um plano de saúde, sendo que este pode optar utilizar do serviço que lhe convier, de acordo com sua necessidade ou, mesmo, escolha. Ademais, as operadoras sempre defenderam perante os Tribunais que a contratação de um plano de saúde não exclui o dever do Estado de arcar com a saúde pública quando esta é acionada, de forma que a transferência de responsabilidade não se justificaria, justamente porque o contribuinte tem o direito de escolher o serviço que deseja usar.

Na doutrina também aparecem argumentos favoráveis às operadoras. Cláudia Pinho argumenta que a própria natureza jurídica do ressarcimento ao SUS já é, por si só, complicada de se definir, uma vez que o verbo *ressarcir* “tem implícito que alguém incorreu em despesa que incumbia a outro gastar, daí surgindo o direito de ser ressarcido, melhor dizendo, que o Estado teve uma despesa que por obrigação contratual competia ao particular e não ao Estado”.³⁴ A partir deste raciocínio, a autora acaba arquitetando tese favorável às operadoras no sentido de que o ressarcimento também é cabível quando ocorre um ilícito. É certo que nos casos em que é devido o ressarcimento, segundo o artigo 32 da LPS, a operadora não teria praticado qualquer ilícito e, portanto, não deveria ter um caráter ressarcitório. Outra questão trazida pela autora é o fato de que o ressarcimento ao SUS também não poderia estar enquadrado como contribuição de intervenção no domínio econômico, conforme previsto no art. 149 da Constituição da República, eis que “não há uma clara definição da finalidade

³¹ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de Direito de saúde suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde*. São Paulo: MP, 2006. p. 297.

³² Ibid. p. 297.

³³ Ibid. p. 297.

³⁴ PINHO, Cláudia A. A Agência Nacional de Saúde Suplementar: 10 anos depois do marco regulatório – avanços e descertos In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de (Coord.). *Direito econômico: evolução e institutos*. Obra em homenagem ao Professor João Bosco Leopoldino da Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 335-347.

exigida”.³⁵ Após estes argumentos, Cláudia Pinho apresenta a seguinte conclusão sobre o tema: “Não há fundamento constitucional para a existência do ressarcimento ao SUS, tal como colocado na legislação ordinária; ao contrário, ele é inconstitucional, pois não há como flexibilizar um direito fundamental ou mesmo uma garantia constitucional, como vimos acima”.³⁶

Discussões à parte, o fato é que a constitucionalidade do art. 32 da LPS já foi questionada inúmeras vezes, sendo que até agora nos Tribunais Regionais Federais as operadoras de plano de saúde não têm obtido sucesso em seu questionamento.³⁷ Isso se deve principalmente, ao fato de que, quando do julgamento da ADI 1.931-8, o STF, em apreciação liminar da questão, acabou por declarar a constitucionalidade do art. 32 da LPS. O mesmo Tribunal, entretanto, recentemente, divulgou notícia em seu “site” a respeito do reconhecimento de repercussão geral sobre a questão, haja vista os inúmeros questionamentos judiciais sobre o assunto. Conforme consta da notícia veiculada, o ministro Gilmar Mendes, em votação ocorrida por plenário virtual, acompanhado em julgamento unânime, reconheceu a repercussão geral da questão no Recurso Extraordinário 597064.³⁸ Aguarda-se o julgamento desta questão, o que, até o final da apresentação deste trabalho, não havia ocorrido.

Somente para se ter uma ideia do tamanho do impacto financeiro do ressarcimento ao SUS, apresenta-se aqui reportagem divulgada pela Folha de S.Paulo de janeiro de 2011, que tratou desta questão. Segundo a matéria, somente nos anos de 2007 a 2009 a ANS cobrou das operadoras o valor de R\$64,4 milhões (posteriormente reduzido para R\$12,8 milhões em virtude de provimento de recursos administrativos interpostos pelas operadoras junto àquela Agência). Assim, caso as operadoras vejam a sua tese vencer no Supremo Tribunal Federal, o impacto para o Estado poderá ser, em tese, considerável, valendo mencionar que somente o orçamento do Ministério da Saúde para 2010 foi de R\$67 milhões.³⁹

Em reportagem do jornal *Valor Econômico*, fica claro que o ressarcimento ao SUS será prioridade para o Estado, segundo declarações da recém-eleita presidente Dilma e do ministro

³⁵ PINHO, Cláudia A. A Agência Nacional de Saúde Suplementar: 10 anos depois do marco regulatório – avanços e desacertos In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de (Coord.). *Direito econômico: evolução e institutos*. Obra em homenagem ao Professor João Bosco Leopoldino da Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p.346.

³⁶ Ibid. p. 346.

³⁷ Nesse sentido veja-se a Apelação Cível de número 2007.51.006840-9, relatora juíza federal convocada Carmen Sílvia de Arruda Torres, julgada no dia 27.07.2009, perante o Tribunal Regional Federal da 02ª Região.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ressarcimento ao SUS por atendimento de pacientes de planos de saúde é tema de repercussão geral*. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=169138>>. Acesso em: 01 mar. 2011.

³⁹ PLANO de saúde reduz reembolso ao SUS. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/867084-plano-de-saude-reduz-reembolso-ao-sus.shtml>>. Acesso em: 01 fev. 2011.

da saúde, Alexandre Padilha.⁴⁰

De fato, esta questão deverá ser tratada pelo Estado com mais vigor, já que as operadoras, apesar de não impugnarem administrativamente o ressarcimento ao SUS, não realizam o pagamento, segundo adverte Januário Montone:

O valor total dos procedimentos identificados no período de 2000 a 2006 é de R\$1,17 bilhão, calculado pelo valor da Tabela única Nacional de Equivalência de Procedimentos (TUNEP), que é superior ao da Tabela do SUS. Mesmo assim, representa apenas 0,64% das receitas do setor, considerando apenas o segmento assistência médico-hospitalar.

Em 22% dos casos, as operadoras não fazem a impugnação do processo e não pagam. Em 78% dos casos, as operadoras oferecem impugnação e, em casos que estavam em análise até dezembro de 2006, chegamos a 45,6% de deferimentos ou 58% dos casos impugnados.

No resumo, chegamos a 43% dos casos aptos para cobrança, num total de R\$502 milhões, dos quais R\$78 foram efetivamente recebidos.⁴¹

3.3 A Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.931-8 e a insegurança jurídica no mercado de saúde suplementar

A partir da Constituição de 1946, passou-se a adotar um controle de constitucionalidade híbrido, em que o controle por vezes ocorre de forma concentrada e por vezes de forma difusa.⁴²

O Supremo Tribunal Federal apresenta-se como o órgão do Poder Judiciário responsável pelo controle concentrado de constitucionalidade. Essa competência, segundo Hans Kelsen, citado por Alexandre de Moraes, justifica-se pela necessidade de que não seria ideal que a Constituição estabelecesse que toda e qualquer pessoa pudesse exercer tal função, pois isso traria o risco de surgirem leis que não vinculassem todos os jurisdicionados. Com a concentração de competência, gera-se o benefício de que a declaração de inconstitucionalidade em um caso gera efeito para todos os demais casos idênticos.⁴³

Aqui, é interessante apontar que o renomado autor demonstra preocupação com a pulverização do controle de constitucionalidade concentrado, de forma que não é ideal, de fato, que este tipo de controle possa ser efetuado por todo e qualquer órgão judicante, o que

⁴⁰ COSTA, Raymundo. *Plano terá de ressarcir SUS, diz Padilha*. Disponível em: <<http://www.valoronline.com.br/impreso/primeira-pagina/3021/395612/plano-tera-que-ressarcir-sus-diz-padilha>>. Acesso em: 12 mar. 2011.

⁴¹ MONTONE, Januário. *Planos de saúde: passado e futuro*. Rio de Janeiro: MedBook, 2009. p. 57.

⁴² FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de Direito de saúde suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde*. São Paulo: MP, 2006. p. 156.

⁴³ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Forense, 1985. p. 288-290 *apud* MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Atlas: 2004. p. 626.

poderia gerar insegurança do ponto de vista jurídico. Portanto, qualquer norma que não estiver em compatibilidade com a Carta Magna pode, e deve, ser objeto de controle constitucional perante o Supremo Tribunal Federal.

A Constituição da República de 1988 permite, em seu art. 102, I, que o STF faça o controle concentrado, sendo que quem pretender ingressar com tal demanda, perante aquele Tribunal, terá que observar o que dispõe a Lei 9.868/99. Cumpre ressaltar que esta norma prevê, inclusive, medida cautelar a ser concedida, em caráter excepcional, para que, liminarmente, cessem os efeitos da lei ou de determinado dispositivo, considerados, *prima facie*, incompatíveis com a Carta Magna.

Feito este pequeno apontamento, cabe analisar o objeto da ADI 1.931-8/DF, ou seja, os artigos que, segundo a Confederação Nacional de Saúde (CNS) – hospitais, estabelecimentos e serviços, seriam incompatíveis com a Constituição da República de 1988.

A incompatibilidade apontada pela CNS possui fundamento no fato de que esta afirma que a Lei 9.656/98 e a Medida Provisória 1.730/98 ofendem os artigos 196 e 199, ambos da Constituição da República.

Em sede de análise da medida cautelar pedida no bojo da citada ação, o STF, por intermédio do ministro Maurício Corrêa, relator da ADI, acabou por deferir, em parte, o pedido acautelatório para suprimir, por inconstitucionalidade, a expressão “atuais e” prevista no §2º do art. 10 da Lei 9.656/98, sendo que, contudo, tal delimitação destinava-se aos contratos celebrados até 3.6.1998, e aos celebrados entre 4.6.1998 e 1.9.1998, além daqueles firmados entre 8.12.1998 e 2.12.99.⁴⁴

Tal decisão, após o pedido de vista do ministro Nelson Jobin, fora por ele acompanhada, sendo que em ato contínuo o Tribunal ainda acatou, parcialmente, a medida cautelar, acerca da violação do art. 5º, XXXVI, da Constituição da República, em face da redação do art. 35-G, hoje art. 35-E. Com relação a este último artigo, sua eficácia também restou suspensa, haja vista que pretendia regular relações contratuais firmadas anteriormente à vigência da Lei 9.656/98.

Aqui se mostra necessária, indubitavelmente, a transcrição de trecho do voto do ministro Maurício Corrêa quando do exame da medida cautelar, uma vez que demonstra o norte que se apontou como importante para a análise da questão da ADI 1931-8⁴⁵ sob o enfoque da segurança jurídica:

⁴⁴ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de Direito de saúde suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde*. São Paulo: MP, 2006. p. 161-162.

⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 1931-8*. Relator: Min. Maurício Corrêa. Disponível em: < <http://www.segurado.com.br/pdf/adin.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2011.

Passo ao exame do § 2º do art. 10 da lei impugnada, com a redação dada pela Medida Provisória nº 1.730-7/98, alterada pela de nº 1.908-18/99.

Alega a autora que esse dispositivo vulnera o direito adquirido e o ato jurídico perfeito, dado que incide sobre os contratos firmados anteriormente à sua vigência, não observado o princípio da irretroatividade das leis. As empresas operadoras de planos de saúde constituídas anteriormente às regras estabelecidas nas duas normas questionadas nesta ação já atuavam no mercado como prestadoras de serviços de assistência à saúde e, por isso mesmo, ainda que não regulamentadas especificamente suas atividades, funcionavam aos olhos da administração na forma da legislação civil.

Portanto, do ponto de vista de sua constituição, não se tratam de empresas que não possam ter suas atividades mercantis resguardadas pela lei. Assim, os contratos assinados com os consumidores antes da nova legislação não podem ser modificados pelas regras ora impostas, sob pena de violação ao princípio do direito adquirido e também ao ato jurídico perfeito – garantias protegidas pelo mandamento constitucional (CF, artigo 5º, XXXVI).

Ainda no mesmo voto, assevera o magistrado:

Resta examinar a constitucionalidade do artigo 35-G, *caput*, incisos I a IV, dos parágrafos 1º, incisos I a V e § 2º, com redação dada pela MP nº 1.908-18 [...] Neste ponto, entendo patente e indébita a ingerência do Estado no pacto celebrado entre as partes. De fato, os dispositivos acima transcritos interferem na órbita do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, visto que criam regras completamente distintas daquelas que foram objeto de contratação. A retroatividade determinada por esses preceitos faz incidir regras da legislação nova sobre cláusulas contratuais preexistentes firmadas sobre o regime legal anterior, que, a meu ver, afrontam o direito já consolidado das partes, de tal modo que violam o princípio consagrado no inciso XXXVI do art. 5º da Constituição Federal e põem-se em contraste com a jurisprudência desta Corte de que é exemplo o julgamento proferido na ADI nº 493-DF, MOREIRA ALVES, publicada na RTJ 143/724.⁴⁶

Como não houve o julgamento do mérito da ADI em questão, atualmente, e produzindo efeito contra todos, mantida está a decisão liminar transcrita, que, evidentemente, possui efeito *ex nunc*.⁴⁷

Resta examinar como os Tribunais pátrios estão decidindo questões que envolvem a aplicabilidade da Lei 9.656/98 a contratos firmados antes de sua vigência, após o advento da decisão liminar supra, investigação que irá pelo menos indicar se a segurança jurídica tem sido o primado escolhido.

Quando se analisa a jurisprudência pátria acerca da questão aqui posta, é possível deparar-se com três situações diversas. A primeira indica que existem julgados que apontam para a aplicação da Lei 9.656/98, mesmo a contratos firmados em data anterior à sua vigência.

⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade* 1931-8. Relator: Min. Maurício Correa. Disponível em: < <http://www.segurado.com.br/pdf/adin.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2011.

⁴⁷ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Atlas: 2004. p. 640.

A segunda decisão dá solução diferente à questão, uma vez que rejeita a tese defendida pelo primeiro acórdão. Por último, apresenta-se um acórdão que rejeita a aplicação da Lei 9.656/98 aos contratos firmados antes de sua vigência, mas que, por outros meios, acaba por garantir ao consumidor a cobertura somente garantida pela citada norma.

Nesse sentido, será feita a análise dos fundamentos jurídicos que sustentam tais decisões, sendo que, como amostragem, somente uma decisão de cada posicionamento será aqui analisada.

A decisão que envolve a primeira questão advém do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, sendo importante a reprodução de trecho do voto do relator do acórdão, o desembargador. Tarcísio Martins da Costa:

Lado outro, contrariamente do que sustenta a recorrente, a partir da vigência da Lei nº 9.656, de 03.06.1998, não pode a administradora de planos de saúde negar cobertura de implante de endoprótese indispensável ao ato cirúrgico.

Importante analisar, pois, a questão relativa à retroatividade da Lei 9.656/98, quanto aos contratos firmados antes de sua vigência, como é o caso.

Consoante o entendimento dos Tribunais pátrios e desta esta Câmara Cível, com a entrada em vigor da Lei 9.656/98, suas disposições passaram a incidir, também, sobre os planos de saúde firmados antes do seu advento, sem que se possa cogitar de desrespeito a ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada.

Com efeito, quando a nova norma tratar de matéria de ordem pública, regulando contratos de consumo de trato sucessivo, surge a possibilidade excepcional da retroatividade da lei.

É o caso dos contratos de plano e seguro saúde, que possuem vigência prevista no tempo, renováveis periodicamente no silêncio das partes. Destarte, a renovação nada mais é do que uma nova contratação, o que possibilita a adaptação desse "novo pacto" às regras estabelecidas na lei vigente, no momento de sua renovação.

In specie, o plano de assistência que ampara a pretensão do autor, firmado entre a Unimed-Belo Horizonte e a UNIPLAN (CCA OAB-Saúde), existe desde 1994, tendo aquele ingressado no plano em 01/10/1998, sendo certo que a Lei 9.656/98 veio reafirmar, de forma específica, o que já era direito dos consumidores, desde a vigência do CDC, aplicado subsidiariamente.

O artigo 10, inciso VII, do referido diploma legal é taxativo, ao estabelecer que não poderá ser excluído da cobertura o fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios, excetuando-se, apenas, os casos em que não estejam ligados ao ato cirúrgico.⁴⁸

Fica evidente aqui que o magistrado citado adota, implicitamente, a teoria defendida pela escola francesa, que tem como principal expoente Paul Roubier, segundo aponta Leonardo Vizeu Figueiredo. A teoria de Roubier revela que a lei irá se apresentar como retroativa no caso de sua aplicação ocorrer a fatos ocorridos antes de sua vigência. Assim, a lei nova não se aplicaria, sob pena de ocorrer a retroatividade⁴⁹.

Figueiredo ainda defende que a melhor teoria a ser aplicada para a solução da questão enfrentada neste artigo seria a desenvolvida por Paul Roubier, uma vez que os efeitos dos contratos firmados antes da vigência da Lei 9.656/98, já ocorridos, deveriam ser respeitados. Contudo, e como se trata de norma que regula contratos de plano de saúde, classificados como cativos, de longa duração, os efeitos futuros poderiam ser regulados pela novel legislação.⁵⁰

A segunda situação dada pela jurisprudência, diametralmente oposta à acima descrita, adota, também de maneira tácita, a teoria que se opõe à desenvolvida por Paul Roubier. Aqui se fala da teoria desenvolvida pela escola italiana, que tem como mentor Francesco Gabba.

Esta teoria, conhecida como “subjettivista”, apoia-se na doutrina do direito adquirido. Figueiredo aponta que Francesco Gabba assevera que “afigura-se retroativa toda lei que viole direitos já constituídos e consolidados no patrimônio jurídico de seu titular, sob a vigência de ordenamento anterior, não podendo ser alcançados por qualquer inovação legislativa

⁴⁸ Ementa oficial:

“PROCEDIMENTO COMUM ORDINÁRIO - PLANO DE SAÚDE - CUSTEIO DE CIRURGIA COM UTILIZAÇÃO DE "STENT" - PRESCRIÇÃO MÉDICA - NEGATIVA POR SE TRATAR DE PRÓTESE - CLÁUSULA EXCLUDENTE - NULIDADE - RELAÇÃO DE CONSUMO - ATENDIMENTO DE EMERGÊNCIA - RISCO DE VIDA - VIDA E SAÚDE - BENS SUPREMOS.- Havendo prescrição médica para utilização de determinado procedimento cirúrgico, com o implante de stent coronariano, não pode a operadora do plano de saúde se escusar de seu custeio, ao argumento de que se trata de prótese expressamente excluída no contrato, isto porque se cuida de parte indissociável de tal procedimento, sendo, inclusive, de pacífico entendimento dos tribunais pátrios que não é uma prótese, pois não substitui a artéria coronariana, mas sim, complementa sua função. - Se, por meio de contrato de adesão, o autor buscou atendimento médico hospitalar oferecido pela ré, não há dúvidas de que a relação existente entre as partes é de consumo, sujeitando-se às normas do CDC. 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 entraves de qualquer espécie.” (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado. *Apelação Cível* 1.0024.04.384.905-8/002 (1). 09ª Camara Cível. Relator: Des. Tarcísio Martins Costa. j. 03 nov. 2009).

⁴⁹ ROUBIER, Paul. *Le Droit Transitoire*. Paris: Dalloz, 1960 *apud* FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de Direito de saúde suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde*. São Paulo: MP, 2006. p. 172.

⁵⁰ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. Op. cit. p. 173.

posteriori.”⁵¹

Nitidamente, esta foi a teoria adotada pelo ministro Maurício Corrêa, ao decidir o pedido liminar no exame da medida cautelar contida na ADI 1.931-8/DF, sendo tal postura objeto de críticas, como acima já ressaltado.

Abaixo, segue trecho de acórdão proveniente também do egrégio TJMG e da lavra do desembargador Pereira da Silva, que dá solução diversa da que foi apresentada na primeira decisão:

Em primeiro lugar, em que pesem entendimentos em sentido contrário, deixo registrado não haver que se falar em aplicação da Lei Federal nº. 9656/98, ao caso concreto, tendo em vista que o contrato foi firmado em 25 de setembro de 1996 e, portanto, antes do advento do referido Diploma Legal.

Não pode, pois, ser aplicado o novo Diploma Legal, pena de infringir-se o princípio da irretroatividade das leis. Neste sentido, a lição precisa de LUIZ GUILHERME DE ANDRADE V. LOUREIRO, ao comentar a referida lei:

"A irretroatividade da lei, portanto, é corolário necessário para a segurança das relações jurídicas e para a paz social. Neste contexto, os contratos celebrados anteriormente à vigência da Lei nº 9.656/96 (05.06.98) não podem ser atingidos por suas disposições, uma vez que constituem atos jurídicos perfeitos e acabados, celebrados segundo as regras então vigentes e que correspondem, em tese, à vontade das partes" (Seguro Saúde (Lei nº. 9.656/98): Comentários, Doutrina e Jurisprudência, São Paulo: LEJUS, 2000, p.208).

Para que as alterações da Lei 9.656/98 fossem aplicadas ao contrato existente entre as partes, deveria o Apelado ter optado pela adaptação de seu plano, obviamente, com o acréscimo do valor devido, o que não ocorreu.

A adaptação do plano do Apelado, não poderia ocorrer de forma automática, e as missivas de f. 108/109 sobre as mudanças ocorridas pela nova lei demonstram claramente que o usuário manifestou sobre a permanência no contrato antigo.⁵²

A terceira situação é aquela que admite a aplicação da Lei 9.656/98 aos contratos firmados anteriormente a ela, mas por fundamento diverso do já apresentado. Apreciando

⁵¹ GABBA, Francesco. *Teoria della retroattività delle leggi*. Pisa: Nistre, 1869 *apud* FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de Direito de saúde suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde*. São Paulo: MP, 2006. p. 172.

⁵² Assim foi ementado o citado Acórdão: “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. Se a cláusula restritiva de direitos do segurado foi previamente conhecida por este, quando da assinatura do contrato, e não foi redigida em letras minúsculas, sendo, ainda, de redação clara e objetiva, não maculando o objeto intrínseco do contrato, não há que se falar em abusividade e nulidade desta cláusula. Preliminar rejeitada e recurso provido. VV.: Mostra-se abusiva a cláusula contratual que nega cobertura as próteses e tratamentos de casos clínicos crônicos, inclusive tumores e suas consequências, devendo ser considerada nula de pleno direito nos termos do art. 51, inc. IV do CDC. (Desª. Electra Benevides).”(MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado. *Apelação Cível* 1.0390.06.013.889-3/001(1). Relator: Des. Pereira da Silva. j. 29 set. 2009).

questão preliminar, nos autos da apelação cível 1.0024.05.780011-2/001(1), o desembargador Marcelo Rodrigues enfrenta a aplicabilidade da Lei 9.656/98, afirmando que

[...] é vedada a retroatividade da Lei 9.656, de 1998 em relação aos contratos celebrados anteriores à sua vigência com o intuito de permitir a realização de tratamentos expressamente excluídos contratualmente, principalmente porque, via de regra, deve ser respeitado o ato jurídico perfeito, conforme dispõem os artigos 2º e 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, bem como o princípio *pacta sunt servanda*.⁵³

De outro lado, e entendendo pela aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, mesmo em se tratando de contrato de plano de saúde firmado anteriormente à sua vigência, no voto, garantiu-se ao consumidor uma cobertura não prevista no contrato, mas somente prevista, em regra, nos contratos regulados pela Lei 9.656/98. Veja-se os fundamentos empregados na decisão:

Também se faz necessário analisar a insurgência da apelante quanto à aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao caso em comento, nada obstante, o contrato em questão também ter sido celebrado antes da vigência da legislação consumerista.

Ainda que a relação tenha se estabelecido em data anterior à vigência do Código de Defesa do Consumidor, tenho que ele é aplicável ao caso, porquanto os direitos do consumidor foram elevados ao patamar de princípio constitucional (art. 5º, XXXII, da Constituição da República), de ordem pública e natureza cogente, portanto, com aplicação imediata.⁵⁴

⁵³ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado. *Apelação Cível 1.0024.05.780011-2/001(1)*. 11ª Câmara Cível. Relator: Marcelo Rodrigues. j. 18 jul. 2007.

⁵⁴ APELAÇÃO - AÇÃO DECLARATÓRIA - PLANO DE SAÚDE - PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA - REJEITADA - MÉRITO - CDC - APLICABILIDADE - COBERTURA DE EXAMES - AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA - INTERPRETAÇÃO MAIS FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR - ART. 47 DO CDC - COBERTURA DE TRATAMENTOS COM RADIOTERAPIA E QUIMIOTERAPIA - VEDAÇÃO EXPRESSA - QUESTÃO CONSTITUCIONAL - OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - RECURSO IMPROVIDO - RECURSO ADESIVO - NÃO CONHECIDO. Inocorre nulidade na sentença que reconhece a retroatividade de Lei. Em respeito aos princípios do ato jurídico perfeito, legalidade e *pacta sunt servanda* não se admite a retroatividade da Lei 9.656, de 1998 para alcançar contratos celebrados anteriores à sua vigência. O Código de Defesa do Consumidor, norma de ordem pública e natureza cogente, aplica-se aos contratos firmados antes da sua vigência. O art. 47 do Código de Defesa do Consumidor determina a interpretação das cláusulas contratuais de maneira mais favorável ao consumidor, quando não prevista restrição, expressamente, no contrato. A questão de exclusão contratual de tratamento de doença fatal sobressalta da órbita do direito privado para o plano constitucional. O Poder Judiciário não pode dar guarida a cláusulas e práticas que impliquem ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida, bem jurídico maior a ser resguardado. Confrontadas legislação constitucional e cláusula expressa que veda o tratamento de quimioterapia e radioterapia, a saúde e a vida não podem ser desprezadas em função de meras cláusulas contratuais. Não se conhece de recurso adesivo cuja matéria não contrapõe àquela devolvida pelo recurso principal. (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado. *Apelação Cível 1.0024.05.780011-2/001(1)*. Relator: Marcelo Rodrigues. j. 18 jul. 2007).

Observa-se nesta decisão que o Código de Defesa do Consumidor foi aplicado a um contrato firmado anteriormente à sua vigência, situação que gerou, indiretamente, a aplicabilidade da Lei 9.656/98, inicialmente afastada, haja vista que caso fosse aplicada, ocorreria, na visão do magistrado, a violação do *pacta sunt servanda* e dos arts. 2º e 6º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Portanto, estas as situações que, mesmo após a decisão liminar proferida pelo STF, na ADI 1.931-8/DF, ainda aparecem na jurisprudência, fazendo crer que a incerteza sobre a aplicabilidade ou não de determinada norma a um contrato firmado anteriormente à sua vigência é uma certeza.

A necessidade de se estabelecer quais são as “regras do jogo” sempre se mostrou crucial para o homem. Desde a Antiguidade a máxima *ubi societas, ubi ius*, mostra-se presente, demonstrando que a sociedade precisa do Direito, justamente porque este acaba por reger o que é permitido ou não em sociedade, bem como por direcionar uma consequência previsível diante de determinada conduta que possua importância do ponto de vista jurídico.

Acerca do tema, Carolina Ribeiro Garcia Montai de Lima e Rogério Montai de Lima apresentam questionamento relevante: “Disso deriva a seguinte indagação: para que existem leis e normas, que imputam direitos e deveres aos indivíduos, que não para se fazer alcançar a efetiva justiça e dar àquele que se prosta diante de um poder maior, o mínimo de segurança e certeza?”⁵⁵

Esse mínimo de segurança e certeza, como se verá a seguir, possui como morada o Direito, que da segurança jurídica não pode se dissociar. Aliás, as lições transcritas pelo consumerista e procurador de Justiça do Estado de Minas Gerais Geraldo de Faria Martins da Costa em um de seus livros, não afastam a conclusão acima. O citado autor traz sobre a segurança jurídica os ensinamentos de Angès Rabagny:

Na sua tese sobre a imagem jurídica do mundo, Agnès Rabagny assim sustenta:

[...] O imperativo de segurança jurídica irriga o direito porque a força da ação reside na previsão. [...] Para ser eficaz, a lei deve apresentar certa segurança, notadamente por sua acessibilidade e sua coerência. Ela não deve surpreender os sujeitos de Direito em suas práticas, previsões e expectativas, porque a ação é possível somente em um ambiente estável. A segurança jurídica procura a certeza quanto às consequências de seus atos. Ela supõe a precisão da regra para garantir os resultados.⁵⁶

⁵⁵ LIMA, Carolina Ribeiro Garcia Montai de; LIMA, Rogério Montai de. *Segurança jurídica nos contratos de plano de saúde*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2009. p. 60.

⁵⁶ RABAGNY, Agnès. *L'image juridique du monde*. p. 83-84 *apud* COSTA, Geraldo de Faria Martins da. *Consumidor e profissional: contraposição jurídica básica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 40.

A segurança jurídica mostra-se, então como a água que rega o jardim do Direito, de forma que cada norma que germina neste jardim necessita da necessária segurança para gerar seus frutos. Ou, conforme mencionado, quando se cria uma norma deve-se ter a certeza de seus efeitos ao longo tempo, mesmo diante de outra norma.

A segurança jurídica e a certeza do Direito mostram-se, então, como pilares de uma sociedade em que se quer evitar o caos, sendo um direito que consta de textos constitucionais, sendo que mesmo quando não previsto expressamente não há quem lhe negue a condição de direito.⁵⁷

Ingo Wolfgang Sarlet, sobre a segurança jurídica, destaca:

[...] o clamor das pessoas por segurança (aqui ainda compreendida num sentido amplo) e [...] por uma certa estabilidade das relações jurídicas, constitui um valor fundamental de todo e qualquer Estado que tenha a pretensão de merecer o título de Estado de Direito, de tal sorte que, pelo menos desde a Declaração dos Direitos Humanos de 1948 o direito (humano e fundamental) à segurança passou a constar nos principais documentos internacionais e em expressivo número de Constituições modernas, inclusive na nossa Constituição Federal de 1988, onde um direito geral à segurança e algumas manifestações específicas de um direito à segurança jurídica foram expressamente previstas no art. 5º, assim como em outros dispositivos da nossa Lei Fundamental.⁵⁸

Tantas considerações sobre a segurança jurídica fazem-se necessárias, primeiro, para se constatar, efetivamente, sua importância para um Estado que se diz democrático de Direito e, em segundo lugar, para que sejam feitas análises sobre os três julgados acima expostos.

Porém, antes de se passar à citada análise, é importante pontuar que a ideia de segurança jurídica, tratada aqui como um ideal ou uma ideologia, sempre sofreu críticas no sentido de que aquela somente serviria para se resguardar posições de controle ou dominação.

Walter Guandalini Júnior traz a análise de Terry Eagleton, acerca da obra de Karl Marx que esclarece sobre os artifícios utilizados para a manutenção de posição de dominação, segundo abaixo transcrito:

⁵⁷ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da coisa julgada e o vício da inconstitucionalidade. *In*: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 167.

⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no Direito Constitucional Brasileiro. *In*: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Op. cit.* p. 86.

A ideologia pode denotar crenças ilusórias ou socialmente desvinculadas que se vêem como fundamento da história e que, distraindo homens e mulheres de suas condições sociais efetivas, servem para sustentar um poder político opressivo. O oposto disso seria um conhecimento preciso, imparcial, das condições social práticas. Por outro lado, a ideologia pode designar as ideais que expressam os interesses materiais da classe social dominante, os quais são úteis na promoção do seu domínio. Começemos em pela análise do que foi primeiro apresentado, o que, por critério didático, mostra-se mais adequado.⁵⁹

Ainda sobre o pensamento marxista, é cabível mencionar que para o citado autor o conceito de segurança jurídica se prende aos interesses da burguesia, em um nítido propósito de manutenção de *status* da pessoa e da propriedade, restando considerada a burguesia como uma classe egoísta, que usa a segurança jurídica para manter sua supremacia.⁶⁰

Em que pese ao brilhantismo do pensamento acima, é certo que mesmo diante do dinamismo das relações negociais em que se vive atualmente não se pode abrir mão de um conceito ou ideal de segurança jurídica, eis que o mínimo que se deve garantir às pessoas é o conhecimento que lhes garante como proceder – ou seja, o que é lícito e o que é ilícito –, além de saberem se, daqui há um ou cinco anos, uma nova lei não modificará um direito garantido por uma norma legitimamente constituída.

Feitos esses esclarecimentos, passa-se à análise dos julgados.

Por tudo o que já foi exposto aqui, cabe uma reflexão sobre as decisões transcritas, as quais envolvem a segurança jurídica nas relações negociais entre planos de saúde e seus usuários.

O primeiro acórdão adotou posição diversa da exposta no voto do ministro Maurício Corrêa, já citado, abraçando, portanto, a teoria objetivista de Francesco Gabba. Ainda, considera que, por ser norma de ordem pública, não haveria que se falar em violação do art. 5º, XXXVI, da Constituição da República.

⁵⁹ EAGLETON, Terry. *Ideologia: uma introdução*. São Paulo: Unesp/Boitempo, 1997. p. 82 *apud* GUANDALINI JÚNIOR. Entre o véu e a espada – Marx, Foucault e o discurso jurídico. *EOS – Revista Jurídica da Faculdade de Direito/Faculdade Dom Bosco*. Núcleo de pesquisa do curso de Direito. Faculdade Dom Bosco, Curitiba, v. 2, n. 1, p. 104-111, jan/jun. 2008. Disponível em: <http://www.domboscoonline.com.br/faculdade/revista_direito/3edicao/3a%20edição%20completa.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2010.

⁶⁰ MACIEL, José Fábio Rodrigues. *Teoria geral do direito: segurança, valor, hermenêutica, princípios, sistema*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 28.

Da análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o entendimento acima não se repete, haja vista que o citado Tribunal em situações similares não se posicionou no sentido de que, sendo norma de ordem pública, justifica-se a sua retroação.⁶¹

Outro aspecto que se observa é que, apesar da existência da liminar proferida na ADI 1.931-8 que, possui efeito *erga omnes*, não houve qualquer menção acerca de tal decisão, situação que aprimora a noção de que posicionamentos, mesmo que hierarquicamente superiores, podem não ser aceitos ou conhecidos, caso não reflitam o pensamento da base social.

Mesmo que esta situação reflita a realidade, ainda assim, diante do que prescreve o ordenamento jurídico, criado para legitimar e normatizar as condutas sociais, não se sustenta deixar de observar o que este ordenamento jurídico prescreve, mesmo diante de norma que possui determinadas características jurídicas e sociais.

O segundo acórdão apresenta fundamentos mais próximos do que restou consignado no voto do ministro Maurício Corrêa, observando-se, de fato, a preocupação com o princípio da segurança jurídica.

O curioso a ser observado no voto em questão é que existe voto divergente, que restou vencido e que não enfrentou a questão relativa à retroatividade da Lei 9.656/98, adotando tese vinculada à resolução da questão posta em juízo, mediante a aplicabilidade da Lei 8.078/90.

De outro lado, cabe ressaltar que a decisão majoritária relativa ao segundo acórdão revela a preocupação com os efeitos sociais das decisões judiciais, já que a previsibilidade possui extrema relevância para a sociedade. Aliás, essa relevância é reconhecida pela própria magistratura, segundo pesquisa feita pelo Instituto de Estudos Econômicos, Sociais e Políticos de São Paulo, divulgada por Armando Castelar Pinheiro.

Na pesquisa em questão, apurou-se que, ao receberem questionamento sobre os impactos das decisões judiciais na economia, a maioria dos magistrados, cerca de 48,7%, respondeu que a economia dependeria, sim, de um Judiciário mais ágil, previsível e imparcial, restando demonstrando, ainda, que cerca de 33,1% tendem a concordar com esta

⁶¹ Nesse sentido, válida a transcrição do seguinte trecho de decisão relativa à aplicabilidade da Lei 8.078/90 a contratos firmados anteriormente à sua vigência:

“Conquanto o CDC seja norma de ordem pública, não pode retroagir para alcançar o contrato que foi celebrado e produziu seus efeitos na vigência da lei anterior, sob pena de afronta ao ato jurídico perfeito.” (4ª Turma, REsp n. 248.155-SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, unânime, DJU de 07.08.2000). “Prevalcimento, no caso, da multa de 10%, ante o entendimento de que as normas do Código de Defesa do Consumidor não retroagem para alcançar contratos celebrados antes de sua vigência.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial 508.492-RS. 4ª T. Relator: Min. Barros Monteiro. DJU, 13 out. 2003). No mesmo sentido outros Acórdãos do Supremo Tribunal Federal: RE 188366; ADI 763; RE 393021; Agr, RE-AgR 388607; RE 363161; RE Nr. 188366; e RE 263161 AgR / BA.

afirmação.⁶²

Se o próprio Judiciário reconhece seu papel na economia, como um ator que pode influenciar desse ou daquele jeito o mercado, por certo que privilegiar a segurança jurídica nas relações é seu papel primordial, devendo, pelo menos, indicar como decidirá diante de determinadas situações. Nesse sentido, Tatiana Oliveira Druck conclui: “O cumprimento da palavra dada, desde a lição de Grócio e Hobbes é garantia de estabilidade social.”

Com base nesse raciocínio, a citada autora pontua sobre os riscos econômicos que podem ser causados por uma intervenção judicial excessiva e não planejada, bem como sobre a necessidade de o Judiciário deixar claro para a sociedade como possivelmente irá enfrentar situações semelhantes àquela que lhe é posta. Nesse sentido de o sentido e ilustrar sua afirmação, cita o exemplo dos EUA e da Inglaterra, onde vigora o *stare decisis*, ou seja, o precedente vinculante.⁶³

A terceira decisão, apesar de negar a aplicabilidade da Lei 9.656/98, acabou por garantir o tratamento não previsto contratualmente, mas previsto no rol de procedimentos editados para contratos regulados pela citada Lei, valendo a decisão de outro argumento: o de que a Lei 8.078/90 aplicar-se-ia ao contrato em questão, mesmo este tendo sido firmado anteriormente à sua vigência.

Aliás, a situação identificada no terceiro acórdão reforça a ideia de que decisões advindas do próprio STF podem não prevalecer, haja vista que se o Código de Defesa do Consumidor foi aplicado a contrato firmado anteriormente à sua vigência, assim também deveria ter ocorrido com a Lei 9.656/98, que também é norma de ordem pública.

Finalmente, cumpre mencionar que, no mesmo sentido do terceiro acórdão apresentado, também existe decisão proveniente do Superior Tribunal de Justiça em que se determinou a afastabilidade da Lei 9.656/98, mas resolveu-se a questão pela aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, mesmo para contratos firmados antes de sua vigência.⁶⁴

Não se pode negar, entretanto, que o uso do CDC ficou mais confortável, haja vista

⁶² PINHEIRO, Armando Castelar. Direito e economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto? In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 36-37.

⁶³ DRUCK, Tatiana Oliveira. O novo direito obrigacional e os contratos In TIMM, Luciano Benetti (Coord.) *Direito de empresa e contratos*. São Paulo: IOB Thomson, 2005. p. 65-66.

⁶⁴ Nesse sentido, também decidiu a ministra Nancy Andrigui quando do julgamento do REsp 735.168 e o 1.011.331. Nos recursos em questão, adotou-se posição de que a Lei 9.656/98 não iria retroagir, de forma que o tratamento fora garantido mediante a aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Ao realizar tal constatação, Gabriel Schulman ainda mostra-se surpreso com o entendimento da ministra em outro julgamento, no mesmo ano, mas que adotou tese diversa, ou seja, de que a Lei 9.656/98 seria aplicável “mesmo para os contratos celebrados anteriormente à vigência da Lei nº 9.656/98, qualquer variação na contraprestação pecuniária para consumidores com mais de 60 anos de idade está sujeita à autorização prévia da ANS” (art. 35-E da Lei nº 9.656/98). (SCHULMAN, Gabriel. *Planos de saúde: saúde e contrato na contemporaneidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 216).

que a utilização do mesmo argumento para a aplicação da Lei 9.656/98 encontraria óbice na liminar proferida pelo STF.

Cabe destacar que, ao contrário do esperado, a decisão proferida em sede de medida cautelar na ADI 1.931-8/DF não trouxe o efeito pretendido. Ou seja, não se tem, atualmente, como garantir ao mercado de saúde suplementar a necessária segurança jurídica.

A multiplicidade de entendimentos acerca da retroatividade ou não da Lei 9.656/98 revela a verossimilhança da assertiva acima, situação que gera preocupação, principalmente, ao jurisdicionado.

Ressalte-se que o principal efeito para as operadoras de plano de saúde é a falta de previsão acerca dos custos que deverão suportar relativamente aos contratos que foram firmados anteriormente à Lei 9.656/98. Esta situação, diante da natureza securitária que possuem os contratos de plano de saúde, não é, de fato, a ideal, eis que se os serviços ofertados pelas operadoras de planos de saúde têm suas mensalidades firmadas em conformidade com os riscos que são contratados, a partir da feitura de um cálculo atuarial, ampliar a cobertura de tais contratos com base na aplicação da Lei 9656/98 evidencia uma consequência que não se deseja: a possível inviabilidade econômico-financeira da atuação do particular no segmento de saúde suplementar.

Outra conclusão a que se pode chegar é o fato de que, apesar de ser mandamento legal, não existe uma observância do que foi determinado pela mais importante Corte brasileira, de forma que decisões hierarquicamente inferiores acabam por prevalecer sobre o que o STF decidiu. Tal assertiva deve-se ao fato de que em matéria recursal as chances de exame de questões contratuais pelo citado Tribunal são praticamente inexistentes.⁶⁵

Outrossim, a principal função do Poder Judiciário é, sem dúvidas, promover a pacificação social mediante a resolução de conflitos. Contudo, como se falar em pacificação social baseadas em decisões discrepantes e em descompasso com o que determina a Corte Suprema de uma nação?

Por certo que o magistrado não pode e nem deve permanecer engessado diante das situações fáticas que lhe são postas à decisão. Entretanto, há que se ter preocupação com os impactos gerados pelas decisões em determinado segmento da economia.

⁶⁵ Veja-se as súmulas 279 e 454 do STF.

4 OS EFEITOS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO SOBRE OS CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE

4.1 A constitucionalização do direito: uma realidade

É claro que não se tem aqui a pretensão de abordar por inteiro um tema tão interessante e ao mesmo tempo tormentoso como o proposto neste tópico. Entretanto, sem que se apresentem algumas linhas sobre o tema, impossível se torna a compreensão do assunto tratado neste trabalho. Isso porque a constitucionalização do Direito é um fundamento utilizado pelos julgadores, mesmo tácito, para determinar que o particular deve prestar os serviços de saúde como se Estado fosse.¹ Assim, passa-se a tratar da constitucionalização e seus efeitos sobre a relação entre particulares.

A constitucionalização do Direito é uma realidade inegável atualmente. A irradiação de normas constitucionais para os demais ramos do Direito é um fator que deve orientar o operador do Direito, haja vista que não mais se pode fazer uma interpretação das normas, sem se levar em conta os ditames constitucionais.

Gabriel Schulman assevera, nesse sentido:

No que tange à força normativa dos preceitos constitucionais, observa-se a circunstância de que os direitos fundamentais estão presentes no tecido axiológico-normativo que recobre a legalidade constitucional, conforme acolhe parte da doutrina. Assim, no prefácio de suas “Instituições de Direito Civil”, salienta Caio Mário da Silva Pereira: “diante da primazia da Constituição, os direitos fundamentais passaram a ser dotados da mesma força cogente nas relações públicas e nas relações privada e não se confundem com outros direitos assegurados ou protegidos.”²

¹ Veja-se nesse sentido trecho extraído de acórdão proferido pelo TJMG:

“Ora, o particular que presta uma atividade econômica correlacionada com os serviços médicos e de saúde possui os mesmos deveres do Estado, devendo seu contrato ser submisso às normas constitucionais e infraconstitucionais diretamente ligadas à matéria.

Assim, apesar de a assistência à saúde ser livre à iniciativa privada, esta não pode exercer a sua liberdade econômica de forma absoluta, encontrando limitações destinadas a promover a defesa do consumidor dos serviços de saúde, a fim de que seja atingida a finalidade de assegurar a todos uma existência digna conforme os ditames da justiça social (art. 170, CF).

Com efeito, embora aparentemente válida a cláusula que limita o tratamento no caso de quimioterapia, não se coaduna esta com as necessidades do consumidor que, ao contratar, almejou um plano de saúde que lhe garantisse uma assistência médico-hospitalar completa, preservando sua integridade física como um todo.” (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado. Apelação Cível 1.0103.08.006662-6/001(1). 14ª Câmara Cível. Relator: Des. Valdez Leite Machado. j. 23 jul. 2009. DJ, 18 ago. 2009).

² SCHULMAN, Gabriel. *Planos de saúde: saúde e contrato na contemporaneidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 157.

Como destaca Virgílio Afonso da Silva, “os direitos fundamentais foram concebidos como direitos cujos efeitos se produzem na relação entre o Estado e os particulares”.³

Ingo Wolfgang Sarlet salienta que, apesar de não constar expressamente do texto constitucional, em especial do art. 5º, §1º, da Constituição da República pátria que o Estado está vinculado aos direitos fundamentais previstos constitucionalmente, por certo, esta vinculação existe, eis que o citado dispositivo legal “pode ser compreendido como um postulado de otimização de sua eficácia, pelo menos no sentido de impor aos poderes públicos a aplicação imediata dos direitos fundamentais”⁴, garantindo-se, então, a maior eficácia possível.

Em virtude de tal situação, o citado autor aponta que existe a necessidade e o dever de que os órgãos estatais (Legislativo, Executivo e Judiciário) realizem, ao máximo, os direitos fundamentais.⁵

Conforme destaca Gabriel Schulman ao citar a obra de Luís Roberto Barroso, “toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional”, sendo que na opinião do primeiro, em concordância com o segundo, “a Constituição assume duplo papel de ‘parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional, mas também como vetor de interpretação de todas as normas do sistema’”.⁶

Também Robert Alexy já apontava que o Tribunal Constitucional Federal alemão possui posicionamento no sentido de que:

[...] as normas de direitos fundamentais contêm não apenas direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra o Estado, elas representam também uma ordem objetiva de valores, que vale como decisão constitucional fundamental para todos os ramos do direito, e que fornece diretrizes e impulsos para a legislação, a Administração e a jurisprudência.⁷

Ademais, conforme destaca Virgílio Afonso da Silva, a visão de que somente o Estado poderia violar os direitos fundamentais do cidadão tornou-se insuficiente, já que o particular, normalmente aquele dotado de poder econômico ou social, também pode violar os direitos

³ SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 18.

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, 2009. p. 366.

⁵ Ibid. p. 366.

⁶ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, O Estado de S. Paulo, p. 3, 26 abr. 2006 *apud* SCHULMAN, Gabriel. *Planos de saúde: saúde e contrato na contemporaneidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 99.

⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 524-525.

fundamentais de outro particular.⁸

Ingo Wolfgang Sarlet também entende nesse sentido, haja vista afirmar que com a participação cada vez mais ativa da sociedade no exercício do poder justifica-se a proteção do particular em face deste poder. A influência do particular que possui poder econômico seria, principalmente, um risco aos direitos fundamentais de outros particulares que se encontram em um patamar inferior. Assim, plenamente justificável seria a proteção do trabalhador e do consumidor.⁹

Como corrente diversa do acima mencionado, Marçal Justen Filho pondera que:

[...] os atos particulares (ou das entidades estatais que atuem subordinados ao mesmo regime), na perseguição de seus interesses, estão subordinados ao direito privado, uma disciplina caracterizada pela autonomia da vontade, pela disponibilidade das escolhas e pela ausência de vínculo com a realização dos direitos fundamentais. A estruturação de entes sujeitos, a vinculação de bens e o desenvolvimento de atividades para a satisfação dos direitos fundamentais exige um regime jurídico diferenciado. Esse regime se caracteriza pelo afastamento de algumas características próprias da satisfação de interesses privados egoísticos.¹⁰

Em que pese aos argumentos trazidos, atualmente é extremamente difícil argumentar-se de que não há uma eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Porém, é fato que há que se ter cuidado com a aplicação desta teoria para que não haja imputação ao particular dos deveres eminentemente estatais. Nesse sentido, veja-se o que argumenta Rodolpho Barreto Sampaio Júnior ao mencionar a educação e a saúde, direitos previstos na atual Constituição da República, como sociais:

Quando se determina que os hospitais privados ou as escolas particulares atendam a população carente sem qualquer contraprestação, ao fundamento de que valores existenciais não podem sujeitar-se ao *ímpio e espúrio* lucro dos empresários, a primeira impressão que se tem é de que tal medida seria efetivamente necessária. Afinal, quem poderia deixar o paciente à míngua de tratamento ou o aluno sem acesso à educação? Resolve-se, sim, o problema daquele paciente ou aluno, mas às custas dos demais usuários, que arcarão com os serviços não pagos, enquanto a sociedade não tem qualquer motivação para exigir que o Estado cumpra as suas obrigações mínimas.¹¹

⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 18

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 378.

¹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 43-44.

¹¹ SAMPAIO JÚNIOR, Rodolpho Barreto. *Da liberdade ao controle: os riscos do novo direito civil brasileiro*. 2007. 214 f. Tese (doutorado). Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte. p. 126.

4.2 Correntes doutrinárias sobre os efeitos da irradiação: uma visão panorâmica

Virgílio Afonso da Silva indica que de três formas diferentes ocorre a tratativa relativa à vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, uma vez que se pode:

- a) negar os efeitos dos direitos fundamentais entre os particulares;
- b) sustentar que os direitos fundamentais produzem efeitos nas relações entre particulares de forma direta; ou
- c) sustentar que estes direitos produzem efeitos nas relações entre particulares, mas de forma indireta.¹²

No primeiro caso, os direitos fundamentais mantêm-se eficazes. Contudo, somente incidem na relação entre o Estado e o particular. Essa tese, segundo Silva, esforça-se no sentido de “desmistificar uma posição hierarquicamente inferior do direito privado em relação à constituição e, por conseguinte, aos direitos fundamentais”.¹³ Segundo Silva, o único que se arrisca a abertamente defender esta corrente é Uwe Diederichsen, para quem o fato de a Constituição ser hierarquicamente superior não autorizaria uma eficácia direta dos direitos fundamentais. Silva, sobre a tese de Diederichsen, esclarece:

Segundo Diederichsen, à supremacia conferida à lei fundamental não corresponde automaticamente uma supremacia de valores fundamentais que ela abriga. Isso porque esses valores não adquirem superioridade pelo simples fato de serem previstos na constituição, isto é, esse fato não implica uma imposição automática dos valores constitucionais ao resto do ordenamento jurídico.¹⁴

No segundo caso, parte-se do pressuposto de que os direitos fundamentais são eficazes e que as normas de direitos fundamentais são aplicáveis diretamente. É o que propõe Ingo Wolfgang Sarlet, conforme abaixo:

Levando-se em conta esta distinção, somos levados a crer que a melhor exegese da norma contida no art. 5º, §1º, de nossa Constituição é a que parte da premissa de que se trata de norma de cunho inequivocamente principiológico, considerando-a, portanto, uma espécie de mandado de otimização (ou maximização), isto é, estabelecendo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais, entendimento este sustentado, entre outros, no direito comparado, por

¹² SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 58.

¹³ *Ibid.* p. 71.

¹⁴ DIEDERICHSEN, Uwe. Die Selbstbehauptung des Privatrechts gegenüber dem Grundgesetz *apud* SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.* p. 72.

Gomes Canotilho e compartilhado, entre nós, por Flávia Piovesan. Percebe-se, desde logo, que o postulado da aplicabilidade imediata não poderá resolver-se, a exemplo do que ocorre com as regras jurídicas (e nisto reside uma de suas diferenças essenciais relativamente às normas-princípio), de acordo com a lógica do tudo ou nada, razão pela qual o seu alcance (isto é, o *quantum* em aplicabilidade e eficácia) dependerá do exame da hipótese em concreto, isto é, da norma de direito fundamental em pauta. Para além disso (e justamente por este motivo), cremos ser possível atribuir ao preceito em exame o efeito de gerar uma presunção em favor da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, de tal sorte que eventual recusa de sua aplicação, em virtude da ausência de ato concretizador, deverá (por ser excepcional) ser necessariamente fundamentada e justificada, presunção esta que não milita em favor das demais normas constitucionais, que, como visto, nem por isso deixarão de ser imediatamente aplicáveis e plenamente eficazes, na medida em que não reclamarem uma *interpositio legislatoris*, além de gerarem – em qualquer hipótese – uma eficácia em grau mínimo. Isto significa, em última análise, que no concernente a direitos fundamentais, a aplicabilidade imediata e eficácia plena assumem a condição de regra geral, ressalvadas exceções que, para serem legítimas, dependem de convincente justificação à luz do caso concreto, no âmbito de uma exegese calcada em cada norma de direito fundamental e sempre afinada com os postulados de uma interpretação tópico-sistemática, tal qual proposta, entre nós, na já referida obra de Juarez Freitas.¹⁵

Ingo Wolfgang Sarlet, na mesma obra, pondera da mesma forma como ponderou em obra mais recente, a respeito do custo para a efetivação dos direitos fundamentais, aí incluído o direito à saúde. Entretanto, afirma que, para fins de efetivação dos direitos fundamentais, o fator custo nunca foi algo que impedisse o Poder Judiciário de proferir decisões voltadas à efetivação dos direitos fundamentais.¹⁶

Finalmente, no terceiro caso, não se nega a aplicação dos direitos fundamentais, mas apenas argumenta-se que os efeitos não são diretos, de forma que ocorre a reinterpretção das normas ordinárias.¹⁷

Virgílio Afonso da Silva salienta que esta teoria estaria fundada no direito geral de liberdade, sendo que seria este que impediria um efeito absoluto dos direitos fundamentais entre os particulares. Nesse sentido, Silva aponta Durig como defensor deste posicionamento, informando que este “propõe uma concepção dualista de direitos fundamentais. De um lado, garantem eles direitos subjetivos contra o Estado e, de outro, garantem a liberdade contratual dos indivíduos entre si e a autonomia do direito privado”.¹⁸

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 270-271.

¹⁶ *Ibid.* p. 285.

¹⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 59.

¹⁸ *Ibid.* p. 76.

Ainda em análise a esta teoria, e explicando o pensamento de Durig, Silva esclarece:

Com isso quer-se dizer que, nas relações contratuais, os direitos fundamentais, que nas relações indivíduo/Estado são aplicados diretamente, poderiam ser relativizados em favor de um direito fundamental à autonomia privada e à responsabilidade individual. Nesse sentido, “os indivíduos podem decidir livremente entre si, sem precisar levar em consideração os deveres e as proibições de direitos fundamentais direcionados ao Estado, sobre se e como farão de sua liberdade e de sua igualdade.”

Nesse sentido, Durig propõe uma concepção dualista dos direitos subjetivos contra o Estado e, de outro, garantem a liberdade contratual dos indivíduos entre si e a autonomia do direito privado.¹⁹

Da análise superficial do argumento de Durig imagina-se, de imediato, que ele estaria a colocar a liberdade e a autonomia dos indivíduos como direitos absolutos, o que não se confirma quando se analisa sua proposta mais a fundo, como deixa evidente Silva:

Mas, ao contrário do que uma primeira leitura poderia dar a entender, a liberdade dos indivíduos e a autonomia do direito privado não são absolutas, senão estaríamos diante de uma separação total entre os âmbitos dos direitos fundamentais e do direito privado (ou outros ramos do direito) e, por conseguinte, diante de um modelo de não-efeitos dos primeiros no âmbito do segundo.

Para conciliar direitos fundamentais e direito privado sem que haja um domínio de um pelo outro, a solução proposta é a influência dos direitos fundamentais nas relações privadas por intermédio do material normativo do próprio direito privado. Essa é a base dos efeitos indiretos.²⁰

Com base nos exemplos acima, trazidos para tentar demonstrar como a constitucionalização do direito aparece em termos de correntes doutrinas, tem-se uma ideia de como os efeitos da constitucionalização podem ocorrer nas relações entre particulares.

É claro que, por possuir um direito fundamental em seu bojo, o contrato de plano de saúde não está livre desses efeitos, sendo que obra específica sobre o assunto já foi desenvolvida, conforme se verá a seguir.

O desafio será sempre o mesmo: conciliar o preceito constitucional com uma legislação infraconstitucional extremamente ampla, como no caso da saúde suplementar. Acerca desse desafio, em texto específico sobre o tema Martins, pondera:

¹⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 75-76.

²⁰ *Ibid.* p. 76.

Diante destas situações, ao intérprete aplicador competirá proceder à análise das restrições contratualmente estabelecidas, especialmente em face do direito infraconstitucional destinado a regulamentar as relações contratuais entre as operadoras de planos privados de assistência à saúde e seus beneficiários, para encontrar uma solução constitucionalmente adequada para o problema, a qual perpassa pela definição da extensão da eficácia do direito fundamental à saúde no âmbito desta relação jurídica entre particulares.²¹

Quando se observa a jurisprudência que trata de contratos de plano de saúde, o que se observa é o nítido desejo de irradiação direta dos preceitos constitucionais sobre este contrato, de forma que, apesar de poucos, alguns julgados chegam mesmo a afirmar que estão aplicando os efeitos diretos da constituição sobre tais contratos.

Nesse sentido, cita-se aqui julgado proveniente do Tribunal de Justiça Carioca, que tratou da obrigatoriedade ou não de fornecimento de prótese em contrato anterior à Lei 9.656/98 e que não previa a referida cobertura. Em seu voto o desembargador relator destacou que “a constitucionalização do direito, na verdade, impôs às relações privadas uma releitura constitucional do princípio da força obrigatória dos contratos e da autonomia da vontade”.²² No acórdão em questão, a operadora de plano de saúde, pela negativa, ainda teve mantida contra si a condenação de R\$12.000,00 pelo fato de se considerar, no caso, a ocorrência de danos morais.

²¹ MARTINS, Thiago Penido. *A eficácia do direito fundamental à saúde nas relações jurídicas entre operadoras de planos de assistência à saúde e seus beneficiários*. 2010. 227 f. Dissertação (mestrado). Faculdade de Direito Milton Campos. Nova Lima. p. 166.

²² Assim restou ementado o Acórdão em questão:
AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER PROPOSTA EM FACE DO PLANO DE SAÚDE QUE SE NEGOU A FORNECER “STENT” PARA CIRURGIA CARDÍACA DE EMERGÊNCIA, COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR ALEGADOS DANOS MORAIS. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DA AÇÃO, CONDENANDO O PLANO DE SAÚDE AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO PLEITEADA. APELAÇÃO DO RÉU.
 1. O processo de constitucionalização do direito civil, na verdade, impôs às relações privadas uma releitura constitucional do princípio da força obrigatória dos contratos e da autonomia da vontade. 2. Ora, interpretando-se o referido contrato, não apenas de acordo com a boa-fé objetiva, mas de forma razoável exigida do homem médio, constata-se que o tratamento recomendado é inevitável na tentativa de preservação da vida do paciente. 3. É incontroverso que a requisição do material decorreu da necessidade de cirurgia cardíaca, a que foi submetido o autor, não podendo ser acolhido o argumento de que o contrato é anterior à lei nº 9656/98, o que dispensaria o réu da obrigação de fornecer o “stent”. 4. A condenação em danos morais em casos como o que se apresenta nos autos, vem sendo amplamente aceita, visto que tais negativas transcendem o mero inadimplemento contratual, atentando contra a dignidade da pessoa humana, daí a caracterização da ocorrência do dano. 5. A doutrina e a jurisprudência, com o objetivo de delimitar e contornar os valores devidos indicam que a fixação do “quantum” indenizatório deve orientar-se pelos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, levando-se em consideração a extensão do dano, a condição econômica das partes e os objetivos do instituto, e ponderados os critérios e fins da verba indenizatória, de se ver que para o caso, aos critérios normais adotados na Câmara e neste Tribunal de Justiça, o valor arbitrado para a indenização pode ficar confirmado. 6. Recurso a que dou parcial provimento (art. 557, §1º-A, do CPC). (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado. Apelação Cível 0372511-03.2009.8.19.0001. 16ª Câmara Cível. Relator: Des. Miguel Ângelo Barros. j. 16 nov. 2010. *DJ*, 03 dez. 2010. Disponível em: <<http://srv85.tjrj.jus.br/ConsultaDocGedWeb/faces/ResourceLoader.jsp?idDocumento=00036AC10BD04BA0F579334FF6B29EDA88DB2EC402500B46>>. Acesso em: 05 abr. 2011).

O acórdão citado parece ser um dos poucos em que se faz menção expressa à utilização do fenômeno da constitucionalização do direito como principal fundamento para decidir lide que envolve a disputa de direitos entre consumidor e operadora de plano de saúde. Aliás, Daniel Sarmiento aponta, de fato, a inexistência de muitos julgados que expressamente fazem menção à constitucionalização:

[...] na jurisprudência brasileira ocorre um fenômeno de certa forma curioso. Não são tão escassas as decisões judiciais utilizando diretamente os direitos fundamentais para dirimir conflitos de caráter privado. Porém, com raras exceções, esses julgamentos não são precedidos de fundamentação teórica que dê lastro à aplicação do preceito constitucional ao litígio entre particulares. Na verdade, somente agora vem encontrando eco nos nossos pretórios a fértil discussão sobre condicionamentos e limites para aplicação dos direitos fundamentais na esfera privada.²³

Do ponto de vista da teoria da constitucionalização, não se tem dúvidas de que no mercado de saúde suplementar, normalmente constituído por grandes complexos empresariais, que formam um conjunto de operadoras e seguradoras de saúde, verifica-se que, principalmente por seu poder econômico, tais entidades estão aptas a violar direitos fundamentais do cidadão e seus direitos sociais.

Assim pensando, justifica-se a edição da Lei 9656/98, promulgada com o objetivo de regular um setor que padecia de um controle efetivo por parte do Estado. Importante mencionar que a saúde é um bem que possui relevância para o Estado, que, por isso, não poderia deixar tal direito social à mercê de sua proteção.

Portanto, a regulação, vista sob uma “perspectiva (ou dimensão) jurídico-objetiva dos direitos fundamentais”, justifica-se, em virtude de se estabelecer um poder-dever do Estado de respeitar e de promover a garantia a tal direito.²⁴

Ao mesmo tempo, a regulação que ocorreu por meio da Lei 9.656/98 dá indícios de que os efeitos da constitucionalização relativamente às operadoras de plano de saúde careceu de intermediação legislativa, sob pena de tornar a saúde suplementar o espelho do Sistema Único de Saúde, com deveres de integralidade e universalidade.

Destarte, verifica-se a credibilidade da conclusão de Gabriel Schulman ao afirmar que é equivocado pensar que com a constitucionalização haveria a desnecessidade de uma

²³ SARMENTO, Daniel Antônio de Moraes. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 250.

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 378.

legislação infraconstitucional.²⁵ Na opinião do referido autor, não existe a necessidade de uma regulação constitucional “por inteiro”, haja vista que com a constitucionalização “os princípios e valores constitucionais passaram a ter livre trânsito pela legislação infraconstitucional.”²⁶ O mesmo autor, sobre a questão, ainda afirma:

No âmbito da saúde, em parte devido à existência de amplo arcabouço legislativo além de inúmeras regulamentações, a incidência do direito fundamental à saúde se faz, com certa habitualidade, por intermédio de dispositivos infraconstitucionais, especialmente com recurso aos princípios da função social dos contratos e boa-fé, às normas da Lei dos Planos de Saúde e do Código de Defesa do Consumidor. Essa possibilidade de eficácia indireta (mediata), no entanto, não exclui a possibilidade de eficácia direta (imediata), na falta de “pontos de conexão”.²⁷

De outro lado, é fato que a constitucionalização irradia seus efeitos não só sobre o legislador, sendo que, segundo leciona Robert Alexy, “o efeito irradiador deve fundamentar o dever de levar em consideração a influência dos direitos fundamentais nas normas de direito privado, quando de sua interpretação”.²⁸ Esta situação, posta por Alexy, diz respeito ao Poder Judiciário, que faz a interpretação das normas. Alexy ainda adverte que, mesmo que se considere a irradiação dos efeitos da constitucionalização sobre o direito privado, este não perde sua natureza, de forma que as normas de direito privado devem permanecer no âmbito do direito privado.²⁹

Talvez seja por isso que se encontram na jurisprudência tantas decisões que priorizam o direito à vida em detrimento ao cumprimento de um contrato, haja vista que o julgador entende nesses casos que ocorre a violação do direito à vida, bem como a vulneração do princípio da dignidade da pessoa humana.

O fato é que o tema aqui tratado é extremamente tormentoso, sendo certo que não existe ainda uma fórmula pronta e acabada sobre como deve ocorrer a irradiação dos efeitos da constitucionalização neste campo. Dessa forma e diante da ausência de uma fórmula que atenda a um nível de abstração suficiente para atender a todos os casos, resta observar como a jurisprudência se comporta diante de certas lides, sendo que as situações escolhidas neste capítulo versam, obviamente, sobre a saúde suplementar.

²⁵ SCHULMAN, Gabriel. *Planos de saúde: saúde e contrato na contemporaneidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 107.

²⁶ *Ibid.* p. 107.

²⁷ *Ibid.* p. 180.

²⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 529.

²⁹ *Ibid.* p. 529.

4.3 Constitucionalização e jurisprudência em saúde suplementar

A primeira situação descrita a seguir diz respeito a um usuário de plano de saúde cujo contrato foi firmado anteriormente à Lei 9.656/98, o qual, por ter sofrido uma negativa de cobertura relativa ao tratamento de câncer, ingressou em juízo no sentido de ver sua pretensão atendida. Em primeira instância, o usuário obteve êxito, sendo que em segunda instância a decisão do desembargador relator da apelação cível demonstrou claramente a interpretação do contrato à luz da Constituição da República. Veja-se a transcrição de trecho da decisão:

Quanto ao pedido de custeio do tratamento de radioterapia e quimioterapia, bem como declaração de nulidade da cláusula 2.2, itens "f" e "j", nada obstante haver previsão expressa de exclusão da cobertura dos referidos tratamentos, o que não era vedado por lei ao tempo em que celebrado o contrato, a questão sobressalta da órbita do direito privado para o plano constitucional, posto que o Poder Judiciário não pode dar guarida a cláusulas e práticas que impliquem ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana e desrespeito à vida, bem jurídico maior a ser resguardado.

Prevê o art. 1º, III, Constituição da República:

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana.

E o caput do art. 5º:

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.

Em contrapartida, dispõe a cláusula em questão:

“2.2 - SERVIÇOS MÉDICOS NÃO COBERTOS:

Estão excluídos da cobertura deste contrato os seguintes serviços:

[...]

f) internações hospitalares para: tratamento de doenças mentais crônicas, moléstias infectocontagiosas de responsabilidade do Estado, doenças para as quais existam hospitais específicos, tuberculose, hanseníase e para tratamentos de casos clínicos crônicos, inclusive tumores malignos e suas conseqüências;

[...]

j) radioterapia profunda, cobaltoterapia, quimioterapia e acelerador linear”(f. 41-V-TJ)

[...]

Assim, tendo em vista o confronto da legislação constitucional com a cláusula acima e, consciente da questão humanitária que envolve o caso, bem como da gravidade da doença que, sem o tratamento adequado e imediato leva à morte, entendo que não se pode desprezar a vida em função de meras cláusulas contratuais, sob pena de ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana e da inviolabilidade do direito à vida, garantidos

constitucionalmente.³⁰ [grifos nossos]

A decisão opta, assim, pela aplicação direta da Constituição, de forma que a interpretação dada ao contrato sofre diretamente a influência dos ditames constitucionais, na visão do julgador, de forma que, ainda sob o enfoque deste, a operadora de plano de saúde estaria, no caso, a violar os direitos fundamentais do usuário.

Chama a atenção também o fato de que, mesmo a operadora apresentando um contrato que possuía cláusula expressa de exclusão de cobertura, o que, em tese, atenderia ao art. 54, §4º, da Lei 8.078/90, tal situação não foi suficiente para afastar a interpretação com base em preceitos constitucionais por parte do julgador.

Outro acórdão, proveniente do TJRJ, deixa evidente que existe na jurisprudência a tendência de negar a possibilidade de negociação com os direitos contratuais que tenham por objeto a saúde. O caso concreto enfrentado pela citada corte envolvia situação em que a operadora, valendo-se de cláusula contratual, determinou a rescisão unilateral do contrato, que havia sido firmado anteriormente à vigência da Lei 9.656/98.

A relatora do recurso, a desembargadora Maria Augusta Vaz M. de Figueiredo, considerou que “a teoria constitucional mais moderna, já prestigiada pelo egrégio STF, aceita a aplicação da eficácia horizontal direta dos princípios constitucionais, de modo a se fazerem incidir, sem a necessidade de interpretação de cláusula geral, nas relações entre particulares, como na hipótese aqui tratada”.³¹

Schulman critica a desembargadora em face de sua afirmativa de que “sequer se revela

³⁰ Assim ficou ementado o Acórdão:
 APELAÇÃO - AÇÃO DECLARATÓRIA - PLANO DE SAÚDE - PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA - REJEITADA - MÉRITO - CDC - APLICABILIDADE - COBERTURA DE EXAMES - AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA - INTERPRETAÇÃO MAIS FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR - ART. 47 DO CDC - COBERTURA DE TRATAMENTOS COM RADIOTERAPIA E QUIMIOTERAPIA - VEDAÇÃO EXPRESSA - QUESTÃO CONSTITUCIONAL - OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - RECURSO IMPROVIDO - RECURSO ADESIVO - NÃO CONHECIDO. Inocorre nulidade na sentença que reconhece a retroatividade de lei. Em respeito aos princípios do ato jurídico perfeito, legalidade e pacta sunt servanda não se admite a retroatividade da Lei 9.656, de 1998 para alcançar contratos celebrados anteriores à sua vigência. O Código de Defesa do Consumidor, norma de ordem pública e natureza cogente, aplica-se aos contratos firmados antes da sua vigência. O art. 47 do Código de Defesa do Consumidor determina a interpretação das cláusulas contratuais de maneira mais favorável ao consumidor, quando não prevista restrição, expressamente, no contrato. A questão de exclusão contratual de tratamento de doença fatal sobressalta da órbita do direito privado para o plano constitucional. O Poder Judiciário não pode dar guarida a cláusulas e práticas que impliquem ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida, bem jurídico maior a ser resguardado. Confrontadas legislação constitucional e cláusula expressa que veda o tratamento de quimioterapia e radioterapia, a saúde e a vida não podem ser desprezadas em função de meras cláusulas contratuais. Não se conhece de recurso adesivo cuja matéria não contrapõe àquela devolvida pelo recurso principal. (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado. *Apelação Cível* 1.0024.05.780011-2/001(1). Relator: Des. Marcelo Rodrigues j. 18 jul. 2007).

³¹ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado. *Apelação Cível* 2008.00119756. 1ª Câmara Cível. Relatora: Maria Augusta Vaz M. de Figueiredo. j. 30 set. 2008.

necessária a reflexão acerca da incidência do CDC ou da Lei 9656/98 ao caso concreto, cuja solução encontra assento na pura e simples aplicação de normas constitucionais expressas”.³²

Observadas as duas decisões, conclui-se que na visão dos magistrados que as proferiram a aplicação da Constituição nos casos concretos solucionados ocorreria de forma imediata e não mediata, de maneira que até mesmo a aplicação do Código de Defesa do Consumidor seria desnecessária.

Com base nesta lógica, qualquer cláusula que tivesse por objetivo limitar o objeto do contrato, isto é, a saúde, seria nula. Entretanto, é certo que esta assertiva não soluciona a questão por si mesma, como a seguir.

Como qualquer agente econômico privado, as operadoras de plano de saúde possuem recursos financeiros limitados, os quais são provenientes das mensalidades recebidas de seus usuários.

Essa peculiaridade acaba por trazer uma reflexão inafastável: seria de fato possível não limitar a obrigação das operadoras de plano de saúde no que diz respeito ao objeto do contrato que disponibilizam a seus usuários mesmo diante do fato de que os recursos financeiros daqueles agentes econômicos são limitados?

Apesar de se tratar em situação em capítulo específico, é válido aqui apresentar, mais uma vez, as reflexões de Martins a respeito da ausência de limites ao dever do particular que presta serviços de assistência à saúde:

Há que se levar em consideração que o ordenamento jurídico também assegura aos particulares os direitos fundamentais à liberdade e à livre iniciativa, bem como a autonomia privada. Não é o fato de ser o particular detentor de poder financeiro que o tornará devedor necessariamente de prestações materiais não contratadas ou não consideradas obrigatórias em nome do direito fundamental à saúde. A admissão de uma eficácia irrestrita e incondicionada do direito à saúde e seus beneficiários e, até mesmo em relação aos terceiros não beneficiários, ao ponto de torná-la obrigada a cobrir procedimentos ou tratamentos médicos não obrigatórios ou que não foram contratados viola o direito fundamental à livre iniciativa, autonomia privada e liberdade contratual, arrostando a própria eficácia do princípio da preservação da empresa.³³

Outra situação que pode atormentar o operador do Direito e, principalmente, o julgador que se depara com situações como esta para decidir é o fato de que um dos pilares do contrato de plano de saúde é o cálculo atuarial, cálculo este que determina a mensalidade que

³² SCHULMAN, Gabriel. *Planos de saúde: saúde e contrato na contemporaneidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 181.

³³ *Ibid.* p. 161-162.

deve ser paga pelo usuário, com base na cobertura que lhe é ofertada. Portanto, não limitar a obrigação da operadora, conforme disposição do contrato, viabilizaria seu funcionamento?

Existem pouquíssimas decisões judiciais que se prestam a enfrentar esta questão, sendo que as soluções apresentam-se em sentidos distintos: ora se decide pelo respeito ao equilíbrio econômico financeiro do contrato³⁴, ora se decide pela prevalência do direito à saúde.³⁵

Ambas as situações expostas trazem problema ao julgador, uma vez que a primeira parece excluir o direito à vida, enquanto a segunda despreza o fato de que não se pode garantir cobertura ampla e ilimitada sem que se tenha um fundo previamente constituído para tanto.

³⁴ Nesse sentido, confira-se o seguinte aresto:
CONTRATO DE SEGURO-SAÚDE - REEMBOLSO - PROCEDIMENTO CIRÚRGICO - IMPLANTAÇÃO DE STENT - COBERTURA - EXCLUSÃO CONTRATUAL EXPRESSA. Não há óbice à exclusão de determinadas coberturas na apólice de seguro-saúde, desde que elas não ofendam à ordem jurídica vigente à época da pactuação, e que os termos e a abrangência destas exclusões estejam claramente expressos no contrato, dando pleno conhecimento ao segurado de sua existência. É inviável obrigar a seguradora a cobrir riscos expressamente excluídos do contrato, sob pena de quebra do caráter atuarial que vincula a fixação do valor do prêmio à cobertura prevista. (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado. *Apelação Cível* 1.0024.06.009.294-7. 17ª Câmara Cível. Relator: Des. Irmair Ferreira. j. 30 ago. 2007).

³⁵ “Plano de saúde. Cirurgia para tratamento de amigdalite. Tutela antecipada. Necessidade de concessão. Risco de dano irreparável. Verossimilhança do direito alegado. Desconsideração do art. 273, parágrafo 2º do cpc. Recurso conhecido e não provido. Há sempre um fundamento ético e constitucional a guiar o juiz na busca de valores maiores para proteção do consumidor (art. 170, inciso 5º da cf) e para efetivação da justiça social e do direito fundamental à saúde. A vedação inscrita no parágrafo 2º do art. 273 do cpc deve ser relativizada, sob pena de comprometer quase por inteiro o próprio instituto da antecipação de tutela. Com efeito, em determinadas circunstâncias, a reversibilidade corre algum risco. Mesmo nestas hipóteses, é viável o deferimento da medida desde que manifesta a verossimilhança do direito alegado e dos riscos decorrentes da sua não fruição imediata.

Privilegia-se, em tal situação, o direito provável em relação improvável. Tendo em vista que o direito fundamental à saúde e à vida sobrepõe-se a qualquer direito patrimonial, afasta-se a aplicação ao caso em tela do dispositivo no art. 273, parágrafo 2º do cpc.” (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado. *Apelação Cível* 2.0000.00.350048-1/000. Relatora : Des. Maria Elza. j. 27 fev. 2002)

5 O CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE E INFORMAÇÕES MERCADOLÓGICAS

5.1 As bases econômicas do contrato de plano de saúde

No sentido de se proteger de riscos futuros a sua saúde, o consumidor que não queira contar com os serviços prestados pelo Sistema Único de Saúde pode contratar um plano de saúde em conformidade com as coberturas previstas na Lei 9.656/98 ou, mesmo, pode continuar com as coberturas previstas em seu contrato caso tenha um contrato de prestação de serviços privados de saúde firmado anteriormente à lei acima mencionada.

O fato é que, seja antes ou depois da Lei 9.656/98, a relação entre consumidor e fornecedor de serviços privados de saúde sempre foi suportada por um contrato. Neste instrumento estão previstas as obrigações e os deveres das partes. Tanto o consumidor espera ver atendidas as coberturas que contratou quanto o fornecedor aguarda receber os valores do consumidor em conformidade com a cobertura ofertada.

Além de se tratar de um contrato bilateral, comutativo, oneroso e típico, ao qual o consumidor adere, o contrato de plano de saúde é aleatório, na medida em que não se pode afirmar se as partes obterão a vantagem econômica que almejam daquele negócio jurídico.¹

Nos itens seguintes, expõem-se as bases econômicas do contrato de plano de saúde, objetivando-se esclarecer em que alicerces ele é formalizado e a lógica econômica que envolve este tipo de negócio jurídico.

O contrato de plano de saúde possui natureza securitária, isso porque suas bases econômicas são as mesmas do contrato de seguro. Leandro Martins Zanitelli, sobre esta questão, afirma que os “contratos de plano de saúde são uma forma de seguro, no sentido de que também permitem prevenir uma perda esperada por meio de uma perda atual”.²

Tanto o contrato de plano de saúde quanto o contrato de seguro têm o seu objeto formado com base em um cálculo atuarial. Além disso, ambos são constituídos com base em uma solidariedade entre seus usuários, ligados pelo mutualismo decorrente da característica coletiva que tais contratos possuem.

¹ Conforme classificação proposta por SAMPAIO, Aurisvaldo Melo. *O regime jurídico dos contratos de plano de saúde e a proteção do sujeito mais fraco das relações de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 234.

² ZANITELLI, Leandro Martins. A regulação dos planos de saúde no Brasil e os princípios da solidariedade e da justiça atuarial: algumas considerações em torno da assimetria *In*: TIMM, Luciano Benetti (Org.) *Direito e economia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 203-223.

Assim, trata-se de um contrato de bases coletivas, apesar de se tratar de uma relação entre o consumidor e a operadora. O que irá garantir que os custos dos tratamentos médicos serão suportados pela operadora de planos de saúde é justamente o fato de que são vários os consumidores que estão vinculados a ela. Eles pagam um valor que constituirá um fundo comum a todos. A constituição desse fundo é necessária para que as operadoras possam operar no mercado com segurança financeira. É com esse fundo que elas arcam com as coberturas que são firmadas em lei, como se viu, e também contratualmente.

Luciano Benetti Timm explica esta situação do ponto de vista da Análise Econômica do Direito ao tratar do contrato de financiamento habitacional:

Nesse sentido, a coletividade em um contrato de financiamento habitacional é representada pela cadeia ou rede de mutuários (e potenciais mutuários), os quais dependem do cumprimento do contrato daquele indivíduo para alimentar o sistema financeiro habitacional, viabilizando novos empréstimos a quem precisa. Assim se houver quebra na cadeia, com inadimplementos contratuais, o grupo (a coletividade) perderá (ficando sem recursos e terminando por pagar um juro maior).³

Dando seguimento a este pensamento, Luciano Benetti Timm reforça o raciocínio afirmando que o mesmo entendimento pode ser aplicado aos contratos de seguro, fazendo ainda menção às assertivas de Ovídio Batista Silva, para quem nos contratos securitários e previdenciários havia “uma relação comunitária de interesses.”⁴

Ainda sobre o que se quer dizer com contrato de bases coletivas, Aurisvaldo Melo Sampaio elucida:

Com isto, pretende-se dizer que uma característica é comum aos negócios jurídicos dos quais aqui se cuida: o consumidor, ao contratar plano de saúde, transfere para a operadora o risco do custo da assistência médica, hospitalar ou odontológica, trocando a possibilidade de uma grande perda pelo pagamento de uma contraprestação pecuniária periódica; a operadora, por sua vez, distribui esse custo entre todos os seus consumidores, já que, a rigor, será suportado pelo fundo formado a partir das contraprestações de todos. Nesse sentido é possível falar numa solidariedade coletiva como substrato dos planos de saúde, pois, diante da impossibilidade de evitar por completo os riscos decorrentes dos males que ameaçam a sua higidez, o consumidor opta por partilhá-los com outros.⁵

³ TIMM, Luciano Benetti. 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*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 63-96.

⁴ *Ibid.* p. 81.

⁵ SAMPAIO, Aurisvaldo Melo. *O regime jurídico dos contratos de plano de saúde e a proteção do sujeito mais fraco das relações de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 198.

5.1.1 O cálculo atuarial

O equilíbrio financeiro, ou equilíbrio econômico-financeiro, do contrato de plano de saúde é a relação estabelecida entre a cobertura de serviços ofertada pela administradora do plano de saúde e a retribuição paga pelo contratante, em forma de pagamento das mensalidades recebidas pela administradora.⁶

Essa relação encargo-remuneração deve ser mantida durante toda a existência do contrato, sob pena de gerar desequilíbrio para uma das partes. Para o contratante ocorrerá tal desequilíbrio quando ocorrer o desnecessário reajustamento das contraprestações pagas de forma que seu próprio orçamento fique prejudicado diante do preço cobrado. Para a operadora o desequilíbrio ocorre, em regra, quando ocorrer uma ampliação da cobertura sem o devido reajustamento da contraprestação ou, mesmo, quando o índice de utilização pelo usuário aumentar e não lhe ser permitido reajustar o preço cobrado.

Essas situações estão diretamente ligadas ao cálculo atuarial feito quando do início da comercialização. Ressalte-se, ainda, que esse cálculo envolve método probabilístico, formado pela avaliação do preço das coberturas ofertadas, da idade do usuário e dos custos e efeitos de doenças e acidentes. Não há, então, como se estabelecer um custo a partir da simples avaliação das receitas e despesas.⁷

Ainda a respeito do cálculo atuarial, mais precisamente sobre a justiça atuarial, Zanitelli esclarece:

O princípio da justiça atuarial exige que o preço do seguro seja determinado de acordo com a situação de risco de cada contratante. Expresso em termos materiais, isso significa que um consumidor *a* cujo custo esperado com o tratamento médico seja 30% inferior ao de um consumidor *b* teria de pagar 30% a menos pelo seguro.⁸

É primordial que seja feita esta análise atuarial para que a carteira de clientes da operadora não se torne deficitária e, via de consequência, inviável do ponto de vista econômico, ameaçando a existência da própria operadora. Aliás, analisando o princípio da defesa de mercado, Leonardo Vizeu Figueiredo orienta que é preciso condições de existência econômica para a iniciativa privada que atua no ramo da saúde, sendo até mesmo inviável que

⁶ BRASIL. Ministério da Previdência Social. *Contabilidade Aplicada RPPS*. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/docs/CcontabilidadeAplicadaRPPS.pdf>> Acesso em 15 jan. 2011..

⁷ VENDRAMINI, Luiz Fernando. *Metodologia para precificação de planos de assistência à saúde: um enfoque estatístico, atuarial e financeiro*. 2001. 186 f. Dissertação (mestrado). Universidade de Extremadura, Espanha; FAESP/IPCA, Curitiba.

⁸ Ibid. p. 204-205.

ocorra uma regulação de tal rigor que impeça que estas pessoas jurídicas sejam privadas do lucro, o que também acaba por prejudicar o consumidor, haja vista que este será obrigado a socorrer à rede pública de saúde.⁹

5.1.2 Do mutualismo

Intimamente ligado ao cálculo atuarial está o princípio do mutualismo, que pode ser conceituado como um sistema em que toda a carteira de clientes contribui para que uns usem mais os serviços da operadora e outros usem menos, havendo, assim, a diluição do risco. Com base em tal conceito, torna-se possível concluir que, havendo distorção do sistema – ou seja, extrema utilização por todos – pode ocorrer o desequilíbrio econômico da relação contratual entre operadora e usuários.

Acerca do mutualismo, Aurisvaldo Sampaio destaca sua íntima ligação com o contrato de plano de saúde e o modo como este princípio atua na distribuição dos riscos entre os participantes da carteira:

A grande nota caracterizadora dos planos de saúde, qualquer que seja 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.¹⁰

O mutualismo está relacionado à união de esforços de muitos em favor de alguns elementos do grupo, já que estes isoladamente não teriam condições de suportar prejuízos de monta. É o sentido mais simples e natural da união de esforços.¹¹

Nesse sentido é que se vislumbra nitidamente a solidariedade entre os beneficiários de determinada operadora de planos de saúde, de forma que os recursos pagos por eles “serão direcionados para uma massa uniforme que será utilizada indistintamente para custear a assistência à saúde dos que aderiram às propostas apresentadas”.¹²

O mutualismo advém de uma lógica securitária, na medida em que os participantes

⁹ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de Direito de Saúde Suplementar*. São Paulo: MP, 2006. p. 38.

¹⁰ SAMPAIO, Aurisvaldo Melo. *O regime jurídico dos contratos de plano de saúde e a proteção do sujeito mais fraco das relações de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 197.

¹¹ MARTINS, João Marcos Brito. *Aspectos da lei antitruste – lei 8.884 de 11 de junho de 1994. A determinação do mercado relevante em seguros*. Disponível em: <<http://www.estacio.br/graduacao/direito/revista/revista3/artigo16.htm>> Acesso em: 27 jan. 2011.

¹² SILVA, Joseane Suzart Lopes. *Planos de saúde e boa-fé objetiva. Uma abordagem crítica sobre os reajustes abusivos*. Salvador: Podium, 2008. p. 155.

constituem um fundo para que, em havendo necessidade, alguns daqueles se socorram dos recursos reunidos por todos, sendo sempre da lógica deste sistema que alguns poderão nunca se utilizar de tais recursos.

No caso dos planos de saúde essa lógica não é diferente, uma vez que os seus usuários, por meio das mensalidades pagas à operadora, vão constituindo um fundo, que é administrado pela administradora. Nesse sentido, Antônio Joaquim Fernandes Neto assevera que “a saúde privada, cuja principal fonte de custeio são os fundos mantidos pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde, orienta-se pela solidariedade e pelo mutualismo, fortes características herdadas dos contratos de seguro e dos fundos de previdência”.¹³ Acrescente aqui o pensamento de Leandro Martins Zanitelli:

Como qualquer forma de seguro, os planos de saúde expressam a idéia de solidariedade à medida que os prêmios pagos pela totalidade dos consumidores contribuam para fazer frente às despesas de alguns – no caso, as despesas de saúde daqueles que vêm a necessitar de tratamento no período abrangido pelo contrato. Mesmo sob o regime de irrestrita liberdade contratual ou livre mercado, é possível considerar a solidariedade como um princípio em matéria de seguros de saúde.¹⁴

É importante destacar que estes fundos, constituídos a partir das mensalidades pagas pelos usuários, são administrados no sentido de garantir o lucro da operadora, caso seja sociedade empresária. Devem ainda ser utilizados como garantia da prestação de serviços aos usuários assim que estes necessitarem. Por esse motivo, a ANS exerce verdadeiro controle sobre as reservas financeiras das operadoras, obrigando-as, inclusive, a criar um fundo garantidor, denominado “fundo garantidor do segmento de saúde suplementar (FGS)”.¹⁵ Como se não bastasse o disposto no art. 22, §1º, da Lei 9.656/98, que estabelece a obrigatoriedade de elaboração de cálculo atuarial, conforme normas expedidas pelo Conselho de Saúde Suplementar (CONSU), existem normas outras que velam pelos recursos que são coletados dos consumidores que contratam com operadoras de planos de saúde.

Ainda sobre o mutualismo, transcreve-se a lição de Aurisvaldo Sampaio:

¹³ FERNANDES NETO, Antônio Joaquim. *Plano de saúde e direito do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 21.

¹⁴ ZANITELLI, Leandro Martins. A regulação dos planos de saúde no Brasil e os princípios da solidariedade e da justiça atuarial: algumas considerações em torno da assimetria normativa *In*: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 203-223.

¹⁵ BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Resolução Normativa 191*, de 08 de maio de 2009. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/images/stories/Legislacao/rn/anexo_rn191.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2011. Art. 1º.

Com isto, pretende-se dizer aqui que uma característica comum aos negócios jurídicos dos quais aqui se cuida: o consumidor, ao contratar plano de saúde, transfere para a operadora o risco do custo da assistência médica, hospitalar ou odontológica, trocando a possibilidade de uma grande perda pelo pagamento de uma contraprestação pecuniária periódica; a operadora, por sua vez, distribui esse custo entre todos os seus consumidores, já que, a rigor, será suportado pelo fundo formado a partir das contraprestações de todos. Nesse sentido, é possível falar numa solidariedade coletiva como substrato dos planos de saúde, pois diante da impossibilidade de evitar por completo os riscos decorrentes dos males que ameaçam a sua higidez, o consumidor opta por partilhá-los com outros.¹⁶

A esse raciocínio deve ser acrescentado o fato de que o risco que é transferido para a operadora é previsto em contrato; com base na lógica atuarial. Não por acaso o próprio artigo 35-F, da Lei 9.656/98 possui a seguinte redação:

“Art.35-F. A assistência a que alude o art. 1º desta Lei compreende todas as ações necessárias à prevenção da doença e à recuperação, manutenção e reabilitação da saúde, observados os termos desta Lei e do contrato firmado entre as partes.”¹⁷

Outrossim, a não ser que padeça de algum vício que o invalide, nos termos da legislação civil ou consumerista, este contrato deve ser observado, sob pena de comprometer o que foi previsto no cálculo atuarial e de desrespeitar a lógica do mutualismo, colocando o consumidor em situação vantajosa em relação aos demais, garantindo-se a ele, pela via judicial ou administrativa, cobertura mais ampla.

5.2 Tipos de contratos de plano de saúde previstos na legislação

Atualmente, a norma que regula os tipos de contratos que podem ser comercializados no mercado de saúde suplementar é a Resolução Normativa 195, publicada no DOU 133, de 15 de julho de 2009, a qual dispõe sobre a classificação dos contratos de plano de saúde, além de orientar sobre a contratação de planos de saúde. Segundo ela, os planos de saúde se classificam em: individual, ou familiar; coletivo, ou empresarial; e coletivo por adesão.¹⁸ Sobre a definição de cada um deles, a própria norma traz a definição do que cada um.

* Plano privado individual, ou familiar – é “aquele que oferece cobertura da atenção

¹⁶ SAMPAIO, Aurisvaldo Melo. *O regime jurídico dos contratos de plano de saúde e a proteção do sujeito mais fraco das relações de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 198.

¹⁷ BRASIL. *Lei 9.656*, de 3 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: 23 fev. 2011.

¹⁸ BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Resolução Normativa 195*, de 14 de julho de 2009. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/modules/mod_legislacao/exibir/texto_lei.php?id=1458>. Acesso em: 03 mar. 2011. Art. 2º.

prestada para a livre adesão de beneficiários, pessoas naturais, com ou sem grupo familiar”. A novidade trazida pela norma é o fato de que mesmo com a extinção do contrato em relação ao titular os dependentes podem manter o vínculo diretamente com a operadora, somente perdendo tal direito em caso de extinção do contrato do titular por fraude ou inadimplemento.

* Plano coletivo, ou empresarial – “é aquele que oferece cobertura da atenção prestada à população delimitada e vinculada à pessoa jurídica por relação empregatícia ou estatutária”.¹⁹ O vínculo com a pessoa jurídica poderá, desde que previsto contratualmente, abranger os sócios da pessoa jurídica contratante, seus administradores e, ressalvado o disposto nos artigos 30 e 31 da Lei 9.656/98, os aposentados e os demitidos que possuíam vínculo com a pessoa jurídica contratante. Ainda poderão estar vinculados a este tipo de contrato os agentes políticos, os trabalhadores temporários, os estagiários e menores incapazes, além de familiares até o terceiro grau de parentesco consanguíneo e o segundo grau de parentesco por afinidade com aqueles vinculados a estes contratos.²⁰ Com relação a este tipo de contrato, a norma ainda prevê que, desde que possuam número igual ou superior a 30 beneficiários, não haverá contagem de carência. O mesmo se diga da cobertura parcial temporária e do agravo.

Aurisvaldo Sampaio ainda acrescenta o seguinte acerca do contrato coletivo empresarial:

Conforme estabelecem os arts. 6º e 7º da RN/ANS 200/2009, na modalidade de plano de saúde agora tratada, desde que o número de participantes seja igual ou superior a trinta e o consumidor formalize o seu pedido de inclusão no prazo de trinta dias contados da celebração do contrato ou de sua vinculação à pessoa jurídica contratante, não poderá ser exigido o cumprimento de prazos de carência nem haverá cláusula de agravo ou cobertura parcial temporária, nos casos de doença ou lesões preexistentes.²¹

* Plano coletivo por adesão – previsto no artigo 9º da mencionada resolução, este tipo de contrato é destinado àqueles que possuem vínculo com conselhos profissionais e entidades de classe, sindicatos e centrais sindicais, associações profissionais legalmente constituídas, cooperativas que congreguem membros de categorias profissionais, caixas de assistência e fundações de direito privado, entre outras entidades, tais como grêmios estudantis de alunos

¹⁹ BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Resolução Normativa 195*, de 14 de julho de 2009. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/modules/mod_legislacao/exibir/texto_lei.php?id=1458>. Acesso em: 03 mar. 2011. Art. 5º.

²⁰ Ibid. Art. 5º, §1º.

²¹ SAMPAIO, Aurisvaldo Melo. *O regime jurídico dos contratos de plano de saúde e a proteção do sujeito mais fraco das relações de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 203.

do curso fundamental e médio, União Nacional do Estudantes e Uniões Estaduais de Estudantes.²²

Mais uma vez, nas palavras de Aurisvaldo Sampaio, destacam-se as características presentes tanto no contrato coletivo por adesão quanto no contrato coletivo empresarial:

Uma característica é comum a ambas as modalidades de planos de assistência à saúde coletivos: podem ser contratados com ou sem patrocinador. O plano coletivo sem patrocinador é aquele em que os beneficiários arcam com a integralidade do seu custeio. No plano coletivo com patrocinador, por sua vez, as contraprestações pecuniárias são suportadas, total ou parcialmente, pela pessoa jurídica contratante. Nas duas modalidades de planos coletivos a responsabilidade pelo pagamento dos serviços prestados pela operadora – assim entendido o ato material de solver a obrigação pecuniária – será da pessoa jurídica contratante.²³

Saliente-se que o mercado de saúde suplementar revela, segundo dados da ANS, que a concentração de usuários nos planos coletivos empresariais é a maior, com 26.755.347 usuários, seguido pelo individual, com 9.518.120, e pelo coletivo por adesão, com 7.015.291. A análise do dado ajuda a entender o fato de que as empresas exercem um papel fundamental na promoção de acesso ao consumidor final dos serviços prestados pela saúde suplementar, que os planos individuais possuem um valor final bem superior ao valor dos planos coletivos²⁴ e que do total de 45.570.031 usuários 8.543.871 estão vinculados a contratos que não são regulados pela Lei 9.656/98, os quais em consequência, possuem a cobertura prevista no contrato, não seguindo, portanto, quaisquer das coberturas previstas na Lei 9.656/98.

5.3 Tipos de cobertura previstas na Lei de Planos de Saúde

Antes de se adentrar nos tipos de cobertura previstos na Lei de Planos de Saúde, não se pode deixar de mencionar que nos contratos firmados anteriormente à Lei 9.656/98 a cobertura é a que está prevista no próprio contrato. O mesmo se diga em relação aos reajustes, que seguem os índices previstos no contrato. Apesar da ausência de regulação feita pela ANS, estes contratos não estão fora da abrangência da Lei 8.078/90 e são constantemente objeto de

²² BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Resolução Normativa 195*, de 14 de julho de 2009. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/modules/mod_legislacao/exibir/texto_lei.php?id=1458>. Acesso em: 03 mar. 2011. Art. 9º.

²³ SAMPAIO, Aurisvaldo Melo. *O regime jurídico dos contratos de plano de saúde e a proteção do sujeito mais fraco das relações de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 204.

²⁴ BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Caderno de Informação da Saúde Suplementar: beneficiários, operadoras e planos*. Rio de Janeiro, ANS, p. 37, mar. 2011.

demandas judiciais perante os tribunais, conforme pesquisa mencionada a seguir. Montone afirma que a tentativa de adaptação destes contratos não foi bem sucedida, esclarecendo:

A adaptação foi transformada em um direito do usuários que poderia solicitá-la a qualquer tempo e a ANS garantiu alguns dos direitos fundamentais da regulação, como o controle de reajustes das mensalidades e a proibição de rompimento unilateral.

As operadoras questionaram judicialmente o poder da ANS na regulação dos contratos antigos e tiveram sua posição reconhecida pelo STF em 2003. A agência implementou um amplo programa de incentivo à adaptação dos contratos antigos, mas os resultados ficaram abaixo das expectativas.

A maior perda para os usuários de planos antigos é a cobertura assistencial reduzida, com exclusão de procedimentos. As condições mais abusivas são superadas, mas exigem exaustivas batalhas administrativas ou judiciais.²⁵

A Lei de Planos de Saúde prevê que as coberturas poderão seguir dois tipos: a prevista no plano referência; e a prevista por segmentações (ambulatorial, hospitalar, obstétrico).

Reside no art. 10 da LPS o chamado “plano referência”, cuja cobertura abrangeria todas as doenças previstas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde (CID), elaborada pela Organização Mundial de Saúde. O próprio artigo 10 traz em seus incisos todos os procedimentos que podem ser negados pelas operadoras, que são os seguintes: tratamento clínico ou cirúrgico experimental; procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, bem como órteses e próteses para o mesmo fim; inseminação artificial; tratamento de rejuvenescimento ou de emagrecimento com finalidade estética; fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar; fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico; tratamentos ilícitos ou antiéticos, assim definidos sob o aspecto médico, ou não reconhecidos pelas autoridades competentes e casos de cataclismos, guerras e comoções internas, quando declarados pela autoridade competente.

O fato é que o §4º do art. 10 aqui tratado ainda deixa claro que a amplitude das coberturas será definida por normas da ANS. Em cumprimento ao que menciona este dispositivo, quando da criação da ANS, pela Lei 9.961/00, o art. 4º, III, desta Lei atribuiu à ANS a competência para fixar o rol de procedimentos obrigatórios de cobertura para as operadoras. É necessário acrescentar que tanto as coberturas previstas no art. 10 quanto as coberturas previstas no art. 12 estão atreladas ao chamado rol de procedimentos médicos elaborados pela ANS. A orientação que atualmente deve ser seguida pelas operadoras é aquela contida na Resolução Normativa 211/2010, que, segundo a ANS, foi elaborada com a integração de órgãos de defesa do consumidor, operadoras de plano de saúde, técnicos da

²⁵ MONTONE, Januário. *Planos de saúde: passado e futuro*. Rio de Janeiro: Medbook, 2009. p. 59.

própria ANS e bem como profissionais de saúde.²⁶ Desta forma, não procede a crítica feita por Sampaio abaixo transcrita:

Afirme-se, de forma veemente, que o elenco de procedimentos e eventos definidos pela RN/ANS 211/2010, ou qualquer norma administrativa que venha substituí-la, não pode ser entendido como exaustivo, mas meramente exemplificativo, já que todas as doenças constantes da CID, com os correlativos tratamentos, devem ser obrigatoriamente cobertas pelos planos de saúde, nos limites da respectiva segmentação, consoante expresso no art. 10 e ratificado pelo art. 35-F da LPS: “Art. 35-F. A assistência a que alude o art. 1º desta Lei compreende todas as ações necessárias à prevenção da doenças e à recuperação, manutenção e reabilitação da saúde, observados os termos desta Lei e do contrato firmado entre as partes.” Ora, se a Lei determinou cobertura abrangente, não pode a norma administrativa, pela sua condição hierárquica inferior, limitar o que a Lei não limitou.²⁷

A assertiva de que a RN 211/2010 estaria a chocar-se com o que foi previsto nos artigos 10 e 12 da LPS não procede. Seja pelo que está disposto no §4º do próprio artigo 10, seja pelo que está previsto no art. 4º, III, da Lei 9.961/00,²⁸ pode-se afirmar que a cobertura a ser seguida é aquela prevista no rol editado pela ANS, hoje contido na RN 211/2010. Ressalte-se que em duas oportunidades a lei e não os atos normativos da ANS, garantem a esta fixar a cobertura mínima obrigatória. Portanto, não há que se falar, de fato, que normas administrativas da ANS estariam a restringir o direito do consumidor, eis que foi a própria legislação ordinária que conferiu tal competência à agência reguladora aqui citada.

De volta à questão das coberturas, no art. 12 da LPS estão previstas as seguintes coberturas: ambulatorial, hospitalar, obstétrico e odontológico. É preciso que se esclareça que caso o consumidor contrate um plano ambulatorial ele somente terá direito às coberturas previstas no plano referência relativas a procedimentos realizados ambulatorialmente. Entenda-se como procedimentos ambulatoriais aqueles realizados em pacientes que conseguem, sem a ajuda de terceiros, locomover-se. Esta cobertura está, normalmente, atrelada a procedimentos médicos de baixa complexidade, sem necessidade de internação

²⁶ BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Rol de procedimentos vigente*. Disponível em <<http://www.ans.gov.br/index.php/planos-de-saude-e-operadoras/espaco-do-consumidor/441-rol-de-procedimentos>>. Acesso em: 20 abr. 2011.

²⁷ SAMPAIO, Aurisvaldo Melo. *O regime jurídico dos contratos de plano de saúde e a proteção do sujeito mais fraco das relações de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 270.

²⁸ Art. 4º Compete à ANS: [...] III – elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde, que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei 9.656/98, e suas excepcionalidades; (BRASIL. *Lei 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: 12 abr. 2011).

hospitalar, como curativos, primeiros socorros, exames e consultas.²⁹

Acerca das coberturas previstas na Lei 9.656/98 e também na RN 211/2010, Maria Stella Gregori esclarece a questão:

Os planos privados de assistência à saúde podem ser oferecidos pelas operadoras aos consumidores nas segmentações a seguir:

O plano referência é o plano mais completo e abrangente previsto pela Lei 9.656/98. Oferece assistência ambulatorial e hospitalar, com cobertura obstétrica, e incluir cobertura integral em urgência e emergência, com padrão de enfermagem. É um plano de oferecimento obrigatório pelas operadoras, exceto para as autogestões, cooperativas odontológicas e odontologias de grupo.

O plano ambulatorial é o plano que não inclui internação, cobrindo somente os procedimentos de consulta, exames e demais serviços de apoio diagnóstico e tratamento, quando realizados em consultório ou ambulatório.

O plano hospitalar é aquele que cobre os atendimentos em entidades hospitalares, com internações, inclusive em centros ou unidades de terapia intensiva, sem limitação de prazo.³⁰

Acrescente-se o entendimento de Aurisvaldo Sampaio:

Reafirme-se de modo peremptório, que todos os segmentos de planos de saúde são obrigados a prover assistência para quaisquer doenças previstas na CID, nos limites das respectivas coberturas, e não apenas o plano-referência, embora a esse faça alusão expressa apenas o art. 10 e não o art. 12, ambos da LPS. Com efeito, quando o art. 12 estabelece que as segmentações de planos de saúde que enumera nos seus incisos deverão respeitar as amplitudes de cobertura definidas no plano-referência de que trata o art. 10, implicitamente a todas obriga garantir cobertura para quaisquer patologias mencionadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças, já que o último artigo mencionado a adota como padrão para definir o alcance da cobertura assistencial. Obviamente, a obrigatoriedade da cobertura às doenças previstas na CID deverá observar, em cada modalidade de plano de saúde, os limites da respectiva segmentação, não sendo obrigado, por exemplo, a o plano exclusivamente hospitalar prover atendimento ambulatorial.³¹

Além do plano hospitalar, existe o plano hospitalar com obstetrícia, que prevê a cobertura para o plano hospitalar, bem como procedimentos médicos vinculados a pré-natal, parto e pós-parto imediato, além de assistência ao recém-nascido, filho natural ou adotivo do consumidor.³²

²⁹ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de Direito de saúde suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde*. São Paulo: MP, 2006, p. 188.

³⁰ GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 159-160.

³¹ Ibid. p. 206.

³² SAMPAIO, Aurisvaldo Melo. *O regime jurídico dos contratos de plano de saúde e a proteção do sujeito mais fraco das relações de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 211.

A cobertura odontológica, também já era prevista na Lei 9.656/98 e citada na RN 211/2010, contempla procedimentos odontológicos realizados nos respectivos consultórios, tais como “exames clínicos, de procedimentos diagnósticos, atendimentos de urgência e emergência odontológicos, exames auxiliares ou complementares, tratamentos e demais procedimentos ambulatoriais solicitados pelo cirurgião-dentista assistente, tais como procedimentos de prevenção”³³, tudo em conformidade com a RN 211/2010.

5.4 Dos tipos de operadoras existentes.

Conforme ressalta Sampaio, não consta da Lei 9.656/98 um elenco de quais são os tipos de planos de saúde. Esse elenco aparece em resoluções expedidas pela ANS, como: RDC 39, de 27.10.2000; RDC 65, de 16.04.2001; RN 40, de 06.06.2003; RN 137, de 14.11.2006; e RN 196, de 14.07.2009.³⁴ Observadas as normas em questão podem-se extrair, os tipos de operadoras de planos de saúde (quadro 1), extraído do “site” da própria ANS.

Modalidade da operadora	Total	Sem beneficiários	Pequeno porte (Até 20.000)	Médio porte (20.000 a 100.000)	Grande porte (Acima de 100.000)
Total	1.618	198	1.012	305	103
Administradora de benefícios	51	51	-	-	-
Autogestão	240	34	165	31	10
Cooperativa médica	335	3	181	115	36
Cooperativa odontológica	127	3	102	19	3
Filantropia	93	2	67	22	2
Medicina de grupo	451	49	277	93	32
Odontologia de grupo	308	56	218	22	12
Seguradora especializada em saúde	13	-	2	3	8

Quadro 1: Tipos e operadoras de plano de saúde³⁵.

Da doutrina, extraem-se os esclarecimentos relativos a cada tipo citado no Quadro 1, a começar pelo que se entende por medicina de grupo.

As operadoras que atuam como empresas de medicina de grupo ocorrem com maior frequência, sendo que estas possuem, segundo Sampaio, um conceito residual. Ou seja, toda

³³ SAMPAIO, Aurisvaldo Melo. *O regime jurídico dos contratos de plano de saúde e a proteção do sujeito mais fraco das relações de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 211.

³⁴ Ibid. p.217.

³⁵ BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Caderno de Informação da Saúde Suplementar: beneficiários, operadoras e planos*. Rio de Janeiro, ANS, p. 37, mar. 2011.

operadora que não atua como cooperativa médica, autogestão, administradora ou filantropia deve ser considerada empresa de medicina de grupo.³⁶

Gregori arrola quais são as entidades que representam este setor: “a Associação Brasileira de Medicina de Grupo – Abramge, o Sindicato Nacional das Empresas de Medicina de Grupo – Sinamge e Conselho Nacional das Empresas de Medicina de Grupo - Conamge”.³⁷

A cooperativa médica e a cooperativa odontológica são, basicamente, constituídas com fundamento na Lei 5.764/71, sendo que estão, é claro, submetidas também à Lei 9.656/98. Este tipo societário ocupa lugar relevante no mercado de saúde suplementar, como mostra o Quadro 1. O que as torna distante dos demais tipos de operadora é o fato de que, por disposição legal, não podem auferir lucro e são geridas por seus médicos ou dentistas cooperados, de forma que estes atuam tanto como sócios quanto como prestadores de serviços, recebendo, portanto, tanto pela prestação do serviço como por sua qualidade de sócio. Seguindo comando da Lei 5.764/71, ao final de cada exercício é feita a distribuição de sobras aos cooperados, caso existente, haja vista o fato de que a sociedade não pode auferir lucro.³⁸

A autogestão possui o foco na redução do custo do serviço para o usuário final, além de não estar acessível para o público em geral. Este tipo de operadora pode ou não estar vinculada a outra empresa. Quando isso ocorre, a empresa patrocinadora acaba por gerir, por meio de seu departamento pessoal, a autogestão, que irá promover serviços de saúde a seus funcionários. Quando não existe pessoa jurídica que a patrocine, a autogestão atua sem fins lucrativos, prestando serviços em saúde a empregados ou servidores públicos, ambos ativos ou não, grupos familiares destas pessoas, bem como a administradores e sócios de determinada empresa.³⁹ Este tipo de empresa é regulamentado pela RN 137/2006. Como entidade representativa destas operadoras, apresenta-se a União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde (Unidas).

Segundo Gregori, as operadoras que se classificam como “filantrópicas” devem possuir o certificado de filantropia, expedido pelo Conselho Nacional de Assistencial Social (CNAS), além de comercializarem planos privados de assistência à saúde sem fins lucrativos.

³⁶ SAMPAIO, Aurisvaldo Melo. *O regime jurídico dos contratos de plano de saúde e a proteção do sujeito mais fraco das relações de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 222.

³⁷ GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 156.

³⁸ Nesse sentido, ver os artigos 3º, 4º, VII, ambos da Lei 5.764/71.

³⁹ SAMPAIO, Aurisvaldo Melo. Op. cit. p. 220.

As Santas Casas podem ser citadas como exemplos de entidades filantrópicas.⁴⁰

As operadoras formada na modalidade seguro-saúde já possuíam regulamentação anterior à atual LPS, sendo que eram fiscalizadas pela SUSEP e reguladas principalmente pelo Dec.-lei 73/66, sendo que após passou a ser regulada pela Lei 10.185/2001.⁴¹ Entretanto, os produtos comercializados pelo seguro-saúde são regulados pela Lei 9.656/98, motivo pelo qual se pode afirmar que para este último estatuto legal não existe diferença entre o plano de saúde e o seguro-saúde.

Finalmente, do tipos que constam do Quadro 1, o mais recente é a chamada “Administradora”, cuja criação foi permitida por força da Resolução Normativa 196, de 14 de julho de 2009. Esta, além de autorizar a criação deste tipo de operadora, ainda a colocou na condição de estipulante, de forma que ela não assume o risco próprio da operadora, mas apenas administra o serviço prestado por outra operadora de plano de saúde. Isso, em outras palavras, que dizer que ela não possui rede própria de prestadores de serviços nem consumidores registrados em seu nome perante a ANS.⁴²

⁴⁰ GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 158.

⁴¹ SAMPAIO, Aurisvaldo Melo. *O regime jurídico dos contratos de plano de saúde e a proteção do sujeito mais fraco das relações de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 159.

⁴² GREGORI, Maria Stella. Op. cit. p. 157.

6 O IMPACTO ECONÔMICO-FINANCEIRO DAS DECISÕES JUDICIAIS NOS CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE

6.1 Direito e economia: influências recíprocas

Dados divulgados pela Agência Nacional de Saúde Suplementar permitem concluir que as operadoras de planos de saúde não estão tão superavitárias quanto o senso comum defende. Pelo contrário, o total de gastos das operadoras, em 2007, foi de aproximadamente R\$46 milhões enquanto a receita chegou perto de R\$47 milhões. Ou seja: 99% do que é arrecadado é revertido em prol do custeio das despesas operacionais.¹ Segundo Joseane Suzart Lopes da Silva, a FENASEG anunciou que em 2002 “50% de uma amostra de 749 operadoras apresentavam problemas de solvência”.² Dessa forma, verifica-se que o viés econômico que circunda a saúde suplementar é um dado que não pode ser desprezado.

Diante desta circunstância, parece ser oportuna a utilização de preceitos de Direito e Economia, ou Análise Econômica do Direito (AED), como também é conhecida aquela disciplina, para se analisar os impactos econômico-financeiros de decisões judiciais nos contratos de plano de saúde.

Como será verificado ao longo deste capítulo, não se está aqui defendendo a ideia de que a Análise Econômica do Direito teria uma receita mágica e única capaz resolver todos os problemas das lides que envolvam os contratos de plano de saúde. Como assinalado por Guido Calabresi, citado por Bruno Meyerhof Salama, esperar isso da Análise Econômica do Direito seria ridículo.³ O que se pretende é gerar-se uma reflexão sobre a importância de se levar em conta impactos de decisões judiciais na coletividade que se utiliza dos serviços de determinada operadora de plano de saúde. Portanto, nada melhor do que utilizar determinados preceitos da Análise Econômica do Direito para se discutir o problema acima.

Tendo surgido nos EUA, nas importantes Universidades de Chicago e Yale, desde 1970 já se discutem os postulados e fundamentos desta disciplina. Apesar de já passados mais de trinta anos de surgimento, apenas recentemente é que se começou a debater e de se pensar

¹ BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. *ANS - DIOPS – 2/5/2008 e FIPS – 2/5/2008*. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/portal/upload/informacoesss/folder_ANS-Info_2008.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2011.

² SILVA, Joseane Suzart Lopes. *Planos de saúde e boa-fé objetiva: uma abordagem crítica sobre os reajustes abusivos*. Salvador: Podium, 2008. p. 332.

³ CALABRESI, Guido. Thoughts on the Future of Economics. *Journal of Legal Education* v. 33, 1983, p. 363 *apud* SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é Direito e Economia *In*: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e Economia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 49-61.

na Análise Econômica do Direito no Brasil.⁴

A importância da AED está no fato de a influência que as leis e as decisões judiciais causam na economia ser uma realidade que não se pode negar, mesmo porque a economia conseguiu desenvolver teorias que possibilitam antecipar os efeitos de determinada norma sobre o comportamento dos destinatários das normas.⁵ A recíproca também é verdadeira, na medida em que leis e decisões são criadas e proferidas em virtude de fenômenos econômicos. Por esse motivo, gera-se a necessidade cada vez maior de promover o entendimento por parte dos juristas acerca dessas mútuas influências, no sentido de se aprimorar o Direito e torná-lo mais eficiente.

Aliás, a economia está presente no Direito sem que muitos a percebam. Veja-se por exemplo o uso da economia no Direito Antitruste, em que se verificam percentuais de mercado, curvas de consumo, controles de preço etc. No Direito Civil não é diferente, sendo perfeitamente perceptível e calculável o quanto a renda dos filhos será afetada pela morte precoce de sua mãe em um acidente de veículo causado por um terceiro.⁶

Richard Posner ainda deixa evidente a possibilidade de leis da Economia serem aplicáveis ao Direito, conforme abaixo:

A Lei da Demanda não funciona somente em mercadorias com preços explícitos. Professores não populares às vezes aumentam o envolvimento na aula através do aumento da nota média dos estudantes de seus cursos, não reduzindo o preço do curso para o aluno. O condenado criminal que cumpriu a sua sentença diz que “cumpriu sua dívida com a sociedade,” e um economista encontraria a metáfora punição é, pelo menos do ponto de vista do criminoso (por que não do ponto de vista da sociedade, pelo menos a punição está na forma de uma multa?), o preço que a sociedade cobra por uma ofensa criminoso. O economista prevê que o aumento tanto da severidade da punição quanto o risco de sua imposição aumentará o preço do crime e portanto reduzir a sua incidência. O criminoso será encorajado a substituir sua atividade. Economistas chamam preços não pecuniários de “preços sombra”.⁷ [Tradução nossa].

⁴ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é Direito e Economia In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e Economia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 49-61.

⁵ COOTER, Robert. ULLEN, Thomas. *Direito e economia*. Tradução: Luis Marcos Sander, Francisco de Araújo Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 25.

⁶ Ibid. p. 23.

⁷ “The Law of Demand doesn't operate just on goods with explicit prices. Unpopular teachers sometimes try to increase class enrollment by raising the average grade of the students in their courses, thereby reducing the price of the course to the student. The convicted criminal who has served his sentence is said to have “paid his debt to society,” and an economist would find the metaphor apt. Punishment is, at least from the criminal's standpoint (why not from society's, unless the punishment is in the form of a fine?), the price that society charges for a criminal offense. The economist predicts that an increase in either the severity of the punishment or the likelihood of its imposition will raise the price of crime and therefore reduce its incidence. The criminal will be encouraged to substitute other activity. Economists call nonpecuniary prices ‘shadow prices’.” POSNER, Richard. A. *Economics analysis of Law*. 5. ed. New York: Aspen Law and Business, 1996. p. 5-6.

Segundo a exposição de Richard Posner, em sua obra “A economia da justiça”, Adam Smith já tratava dos efeitos econômicos de normas jurídicas, especialmente ao analisar os efeitos econômicos da legislação mercantilista de sua época.⁸ Ele mesmo, nesta importante obra, deixa claro que foi pelo estudo da análise econômica do direito que ele começou a se interessar “pela economia do comportamento não mercadológico”.⁹ É curioso destacar que a obra de Posner foi duramente criticada, eis que possui como principal fundamento a ideia de que a maximização da riqueza deveria ser a fundação ética para o Direito. Posteriormente, quando passou a abordar o tema do pragmatismo jurídico, o autor adota postura mais equilibrada.¹⁰

Até mesmo pela importância da questão e pelo fato de que quem a tratou inicialmente foi Adam Smith, Gabriel e Pimenta destacam a análise daquele autor, acrescentando o seguinte raciocínio acerca do início da Análise Econômica do Direito:

Portanto, a AED teve seu início nos estudos feitos por Adam Smith sobre as atividades de mercados explícitos (século XVIII). Porém, somente na segunda metade do século passado, estudiosos norte-americanos e europeus ocidentais desenvolveram o estudo do *law and economics*, também nas relações jurídicas alheias ao mercado. Para tanto, utilizaram a premissa de Jeremy Bentham, que referencia o ser humano como um ser racional, maximizador de seus próprios interesses e utilidades na maioria dos seus atos.¹¹

Ainda na lição de Richard Posner, a Análise Econômica do Direito se divide em dois ramos. O primeiro, cujos estudos iniciais foram feitos por Adam Smith, ocupava-se da “análise das leis que regulam as atividades explicitamente econômicas”.¹² O segundo, mais recente, ocupa-se da “análise das leis que regulam as atividades não mercadológicas”. Como pioneiros deste segundo ramo, Richard Posner indica Ronald Coase e Guido Calabresi.¹³

Dessa forma, teria-se então, segundo Richard Posner, no âmbito do ramo que analisa as leis que regulam as atividades não mercadológicas, a Análise Econômica do Direito Normativa, bem como a Análise Econômica do Direito Positiva. Conforme oportunamente esclarece Bruno Meyerhof Salama,

⁸ POSNER, Richard. *A economia da justiça*. Tradução: Evando Ferreira e Silva. Revisão da tradução: Aníbal Mari. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 6.

⁹ Ibid. p. 6.

¹⁰ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é Direito e Economia *In*: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e Economia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 49-61.

¹¹ GABRIEL, Fábio; PIMENTA, Eduardo Goulart. A interpretação dos contratos de saúde privada sob uma perspectiva de direito & economia *In*: FIUZA, César et al (Coord.). *Direito civil: teoria e prática do direito privado: atualidades IV*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 438.

¹² Ibid. p. 6.

¹³ Ibid. p. 7.

[...] o Direito e Economia Positivo ocupa-se das repercussões do Direito sobre o mundo real dos fatos; o Direito e Economia Normativo, de estudar se, e como, as noções de justiça se comunicam com os conceitos de eficiência econômica, maximização da riqueza e maximização do bem-estar.¹⁴

Apesar de apresentarem aspectos diferentes, o fato é que a Análise Econômica do Direito Normativa e a Análise Econômica do Direito Positiva acabam por se complementar, o mesmo ocorrendo com o Direito e com a Economia, nas exatas palavras de Sztajn e Zylbersztjn:

A análise econômica deve, então, considerar o ambiente normativo no qual os agentes atuam, para não correr o risco de chegar a conclusões equivocadas ou imprecisas, por desconsiderar os constrangimentos impostos pelo Direito ao comportamento dos agentes econômicos.

O Direito, por sua vez, ao estabelecer regras de conduta que modelam as relações entre pessoas, deverá levar em conta os impactos econômicos que delas derivarão, os efeitos sobre a distribuição ou alocação dos recursos e os incentivos que influenciam o comportamento dos agentes privados. Assim, o Direito influencia e é influenciado pela Economia, e as Organizações influenciam e são influenciadas pelo ambiente institucional. A análise normativa encontra a análise positiva, com reflexos relevantes na metodologia de pesquisa nessa interface.¹⁵

A Análise Econômica do Direito é formada por diversas vertentes, sendo que entre elas podem-se citar a Escola de Chicago, a Teoria da Escolha Pública, a Institucionalista, a Neo-institucionalista e a Escola de New Haven, sendo que em cada uma existem diferentes autores e diferentes contribuições.¹⁶

Prosseguindo-se acerca da importância do estudo interdisciplinar do Direito e da Economia, Armando Castelar Pinheiro apresenta interessante informação no sentido de que já existem estudos que demonstram empiricamente “a importância dos sistemas legais e jurídicos na determinação na taxa de crescimento econômico”.¹⁷

Outro exemplo utilizado pelo mesmo autor é o fato de que o desempenho do Poder Judiciário poderia ser avaliado. Veja-se a sugestão apresentada por Armando Castelar Pinheiro:

¹⁴ SALAMA, Bruno Meyerhof. Apresentação. In: SALAMA, Bruno Meyerhof (Org.). *Direito e economia: textos escolhidos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 11.

¹⁵ Ibid. p. 3.

¹⁶ BERTRAN, Maria Paula. *Interpretação contratual e análise econômica do direito*. São Paulo: Quarter Latin, 2008. p. 27-28.

¹⁷ PINHEIRO, Armando Castelar. Direito e economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto? In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito & economia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 22.

Ou seja, focar a justiça enquanto uma entidade que presta serviços para a sociedade, e considerar a qualidade dos serviços que ele produz em termo de “garantia de acesso, previsibilidade e presteza dos resultados, além de remédios adequados”. Ou seja, focar a justiça enquanto uma entidade que presta serviços para a sociedade, e considerar a qualidade dos serviços ofertados. Isto permitiria não apenas estabelecer comparações ente diferentes jurisdições, como também avaliar o desempenho de um determinado judiciário, ou uma parte dele, ao longo do tempo. Além disso, associando-se indicadores de “produção” aos custos incorridos pela justiça poderia se derivar indicadores de eficiência, que também podem ser comparados com *benchmarks* ou acompanhados no tempo.¹⁸

Armando Castelar Pinheiro estava certo ao apresentar as considerações acima, eis que o Conselho Nacional de Justiça resolveu lançar, no ano de 2010, o “Prêmio Nacional de Estatísticas Judiciárias”, que objetiva:

[...] estimular o uso de estatísticas judiciais no processo de planejamento e estimular a gestão estratégica dos tribunais; incentivar o acesso público às informações estatísticas e aos indicadores do Judiciário; informar a real contribuição desse Poder à sociedade brasileira e colaborar para a mensuração e a avaliação de desempenho e para a produtividade dos órgãos judiciários.¹⁹

Conclui-se que o próprio Poder Judiciário tem dado sinais claros e evidentes de que sua eficiência é uma preocupação, de forma que a celeridade é, sem dúvidas, uma meta a ser atingida.

Como se não bastasse o fato de que ferramentas normalmente utilizadas pela economia, como a estatística, estão sendo utilizadas pelo próprio Poder Judiciário, é certo que este poderia valer-se das teorias econômicas, no sentido de que o magistrado, em sua faina diária, passa a se preocupar mais com a repercussão de suas decisões não só para o caso concreto mas também para o restante da sociedade.

Não se pode, pois, desconsiderar a relação entre o Direito e a Economia, mesmo porque a disciplina Law and Economics pretende alertar para a “importância de recorrer a alguma espécie de avaliação ou análise econômica na formulação de normas jurídicas visando a torná-las cada vez mais eficientes”.²⁰

Não parece adequado entender o Direito como uma disciplina capaz de, isoladamente,

¹⁸ PINHEIRO, Armando Castelar. Direito e economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto? In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito & economia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 23.

¹⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Prêmio de Estatísticas Judiciárias é entregue em São Paulo*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/8596-premio-de-estatisticas-judiciarias-e-entregue-em-sao-paulo>>. Acesso em: 19 fev. 2011.

²⁰ SZTAJN, Raquel. Law and Economics In: SZTAJN, Raquel; ZYLBERSZTAJN, Décio (Org.). *Direito & economia: análise econômica do Direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 75.

dar o retorno adequado a todas as questões que geram lides, de forma que é inegável a dependência daquela disciplina, em alguns casos, da economia para a resolução adequada de conflitos. Caminha-se atualmente para um mundo interdisciplinar, em que uma face do conhecimento acaba por complementar a outra.

Ademais, a postura do Poder Judiciário funciona como incentivo tanto aos destinatários primários das decisões judiciais (partes litigantes) como para aqueles que estão envolvidos em situações jurídicas parecidas. Essa situação revela-se ainda mais forte e presente quando se trata de decisões advindas dos Tribunais Superiores e do Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido interessante o que observa Castelar:

O Judiciário tem o condão de aumentar o déficit das contas do Estado, sobretudo quando julga sem considerar a extensão do plano econômico, situação que se agigantou em especial no Supremo Tribunal Federal (STF). O problema parece ser insolúvel: se, por um lado, é preciso garantir que a justiça seja feita no plano individual, por outro, não se pode chegar a ponto de falir o Estado (e a sociedade) para tanto.²¹

Existem teorias econômicas que examinam os incentivos concedidos aos entes sociais, “até mesmo porque a disciplina de mercado se baseia em uma estrutura específica de incentivos (punições e recompensas econômicas) que determina a conduta dos agentes econômicos”.²²

Luciano Benetti Timm destaca esse papel do Judiciário em outro setor da economia, o agronegócio, demonstrando que também aí a Análise Econômica do Direito pode ser perfeitamente utilizável como ferramenta. Nesse sentido cite-se o seguinte trecho:

Com efeito, a arbitragem aparece como possibilidade de responder a uma necessidade de um ambiente institucional no país propício ao desenvolvimento dos agronegócios, por vezes não oferecido pelo Poder Judiciário doméstico, que tende a ser discricionário (relativizando o texto da lei e do contrato), excessivamente politizando e pouco previsível aos agentes econômicos. Veja-se, nesse sentido, exemplificativamente, o caso da soja verde no Estado de Goiás, em que o Tribunal de Justiça daquele Estado revisou os contratos de venda antecipada de soja entre agricultores e *traders*, causando desarranjo na estrutura do mercado pela insegurança jurídica gerada.²³

²¹ PINHEIRO, Armando C. SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 5.

²² VASCONCELOS, Ronaldo. Nova disciplina jurídica das empresas em crise: análise do direito falimentar e de recuperação de empresas à luz do movimento de “Law & Economics In: PEREIRA, Guilherme Teixeira (Coord.). *Direito societário e empresarial: reflexões jurídicas*. São Paulo: Quarter Latin, 2009. p. 257.

²³ TIMM, Luciano Benetti. *Arbitragem nos contratos empresariais, internacionais e governamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 32.

É com respaldo nesse raciocínio que se chama à reflexão sobre a prolação de decisões judiciais em relações de massa ou que impactem, mesmo que indiretamente, vários indivíduos. O próprio Supremo Tribunal Federal já se deu conta de que analisar apenas o caso concreto não é a melhor solução para o desfecho de uma lide. Apresenta-se um caso concreto em que estava sendo analisada a licitude da penhora de bem de família de pessoa que prestou fiança em contrato de locação. O STF colocou frente a frente o direito à moradia e a liberdade de contratar. A análise do caso parece oportuna pelo fato de, mesmo implicitamente, abordar a situação posta em juízo tanto o prisma individual como a decisão que poderia ecoar para o restante da sociedade brasileira.

No início de fevereiro de 2006, o Supremo Tribunal Federal, por intermédio de seu Pleno, julgou o caso, cujo acórdão, 407.688-8/SP, ficou assim ementado:

FIADOR. Locação. Ação de Despejo. Sentença de procedência. Execução. Responsabilidade solidária pelos débitos do afiançado. Penhora de seu imóvel residencial. Bem de família. Admissibilidade. Inexistência de afronta ao direito da moradia, previsto no art. 6º da CF. Constitucionalidade do art. 3º, inciso VII, da Lei 8.009/90, com a redação da Lei 8.245/91. Recurso extraordinário desprovido. Votos vencidos. A penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação, objeto do art. 3º, inciso VII, da Lei 8.009 de 23 de março de 1990, com a redação da Lei 8.245, de 15 de outubro de 1991, não ofende o art. 6º da Constituição da República.²⁴

Como se pode notar da leitura da ementa transcrita, o entendimento dos ministros que participaram do julgamento não foi unânime acerca da constitucionalidade do art. 3º, inciso VII, da Lei 8.009/90.

A seguir, apresentam-se os entendimentos divergentes, a começar pela conclusão do relator do acórdão o ministro Cezar Peluso, extraíndo-se de seu voto o seguinte trecho:

Daí se vê logo que não repugna a ordem constitucional que o direito social de moradia – o qual, é bom observar, se não confunde, necessariamente, com direito à propriedade imobiliária ou direito de ser proprietário do imóvel – pode, sem prejuízo doutras alternativas conformadoras, reputar-se, em certo sentido, implementado por norma jurídica que estimule ou favoreça o incremento da oferta de imóveis para fins de locação habitacional, mediante previsão de reforço das garantias contratuais dos locadores. A vigente Constituição portuguesa é, aliás, ilustrativa ao propósito, ao dispor, no n 2º do art. 65º:

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 407.688/SP. Pleno. Relator: Min. Cezar Peluso. j. 08 fev. 2006. *DOU*, 06 out. 2006.

[...]

c) Estimular a construção privada, com subordinação ao interesse geral, e o acesso à habitação própria ou arrendada.²⁵

O ministro Cezar Peluso, após as palavras citadas, destacou em seu voto que a salvaguarda da garantia da fiança no contrato de locação representaria, pela via oblíqua, uma garantia ao direito de moradia. Moradia não do fiador, que, segundo o ministro, não estaria obrigado a prestar a fiança, mas sim de uma coletividade de pessoas interessadas em locar. Dessa forma, a inobservância da garantia dada acabaria por gerar uma reação mercadológica capaz de despertar “exigência sistemática de garantias mais custosas para as locações residenciais, com conseqüente desfalque do campo de abrangência do próprio direito constitucional à moradia”.²⁶

Com base nessas considerações, o ministro relator do acórdão acabou por negar provimento ao recurso extraordinário interposto.

Em sentido contrário ao voto do ministro Cezar Peluso, o também ministro Eros Grau apresentou em seu voto uma visão que, além de privilegiar o fiador, mostra-se mais vinculada à análise do caso concreto, sem abordar os efeitos da decisão sobre o coletivo ou, melhor dizendo, sobre determinado mercado. Veja-se:

A impenhorabilidade do imóvel residencial instrumenta a proteção do indivíduo e sua família quanto a necessidades materiais, de sorte a prover à sua subsistência. Aí, enquanto instrumento a garantir a subsistência individual e familiar – a dignidade da pessoa humana, pois – a propriedade consiste em um direito individual e cumpre função individual. Como tal é garantia pela generalidade das Constituições de nosso tempo. A essa propriedade, aliás, não é imputável função social; apenas os abusos cometidos no seu exercício encontram limitação, adequada, nas disposições que implementam o chamado poder de polícia estatal.

Se o benefício da impenhorabilidade viesse a ser ressalvado quanto ao fiador em uma relação de locação, poderíamos chegar a uma situação absurda: o locatário que não cumprisse a obrigação de pagar aluguéis, com o fito de poupar para pagar prestações devidas em razão de aquisição de casa própria, gozaria da proteção da impenhorabilidade. Gozaria dela mesmo em caso de

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 407.688/SP. Pleno. Relator: Min. Cezar Peluso. j. 08 fev. 2006. *DOU*, 06 out. 2006.

²⁶ Abaixo segue o trecho original do voto em análise:

“Não admira, portanto, que, no registro e na modelação concreta do mesmo direito social, se preordene a norma subalterna a tutelar, mediante estímulo do acesso à habitação arrendada – para usar os termos da Constituição lusitana -, o direito de moradia de uma classe ampla de pessoas (interessadas na locação), em dano de outra de menor espectro (a dos fiadores proprietários de um só imóvel, enquanto bem de família, os quais não são obrigados a prestar fiança). Castrar esta técnica legislativa, que não pré-exclui ações estatais concorrentes doutra ordem, romperia o equilíbrio do mercado, despertando exigência sistemática de garantias mais custosas para as locações residenciais, com conseqüente desfalque do campo de abrangência do próprio direito constitucional à moradia.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 407.688/SP. Pleno. Relator: Min. Cezar Peluso. j. 08 fev. 2006. *DOU*, 06 out. 2006.)

execução procedida pelo fiador cujo imóvel resultou penhorado por conta do inadimplemento das suas obrigações, dele, locatário.²⁷

Ainda defendendo um ponto de vista que prioriza os interesses individuais delimitados na demanda, o ministro Eros Grau pontua, em divergência direta ao entendimento do ministro Cezar Peluso:

“Vou continuar porque vou dar a resposta a essa situação. A minha discordância do voto de Vossa Excelência é que não estou me apegando à lógica de mercado no meu voto, mas, sim, ao que diz a Constituição. É esse ponto que discordo de Vossa Excelência”.²⁸

A discussão ainda prossegue. Em esclarecimentos, o ministro Cezar Peluso volta a afirmar:

À medida que restringirmos o conceito de direito de moradia, iremos restringir o direito de muitas pessoas ao mercado de moradia, mediante locação, porque os locadores – como sabemos, e isso é fato público e notório – não dão em locação sem garantia, ou então, exigem garantias que sobrecarregam essa classe, que é a grande classe dos despossuidores.²⁹

Da análise do que até aqui já se apresentou, verifica-se que, além de serem postos em conflito dois direitos fundamentais, quais sejam o da moradia e o da liberdade (autonomia da vontade), também é colocada uma questão que somente pelo ministro Cezar Peluso foi posta, mesmo que de forma indireta: deve prevalecer o interesse individual de moradia, ou um direito coletivo à moradia, garantido pelo respeito aos contratos de fiança e consequente transmissão de segurança jurídica ao mercado imobiliário?

Cabe, de fato, a reflexão sobre se o magistrado deve analisar apenas o caso concreto, sem dimensionar os efeitos de sua decisão. Isso porque esta não está isolada de um contexto social; ao contrário, está inserida em uma realidade social e, portanto, gera efeitos dentro da sociedade.

6.2 O problema da escassez de recursos e da efetivação dos serviços privados de saúde

A Análise Econômica do Direito ainda trata de um assunto que pode contribuir muito para o aprimoramento de decisões judiciais que geram impactos em massa. Trata-se do

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 407.688/SP. Pleno. Relator: Min. Cezar Peluso. j. 08 fev. 2006. *DOU*, 06 out. 2006.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ *Ibid.*

problema da escassez e da eficiência. Mesmo o Estado, com sua amplitude de recursos, possui dificuldades para garantir os custos dos serviços de saúde de maneira ampla e irrestrita.

Sobre a questão da escassez e da eficiência, segue importante observação feita por Gabriel e Pimenta:

O epicentro da problemática enfrentada pela AED é a eficiência. Tal eficiência não é meramente monetária; é sim, o aspecto mais abrangente de incremento aos objetivos traçados pelo agente em questão. É a busca da melhor alocação possível dos escassos recursos para o fomento das metas traçadas pela pessoa. Quando essa pessoa é o agente público, sua meta maior é, sem dúvida, o bem-estar do seu povo. A Economia é uma ciência social fundamental, pois foi desenvolvida para enfrentar a escassez, tendo a eficiência o mecanismo para enfrentá-la.³⁰

Como bem observa Amaral, ao citar Jon Elster:

Dizer que um bem é escasso significa que não há o suficiente para satisfazer a todos. A escassez pode ser, em maior ou menor grau, natural, quase-natural, ou artificial. A escassez natural severa aparece quando não há nada que alguém possa fazer para aumentar a oferta. Pinturas de Rembrandt são um exemplo. A escassez natural suave ocorre quando não há nada que se possa fazer para aumentar a oferta a ponto de atender a todos. As reservas de petróleo são um exemplo, a disponibilização de órgãos de cadáveres para transplante é outra. A escassez quase-natural ocorre quando a oferta pode ser aumentada, talvez a ponto da satisfação, apenas por condutas não coativas dos cidadãos. A oferta de crianças para adoção e de esperma para inseminação artificial são exemplos. A escassez artificial surge nas hipóteses em que o governo pode, se assim decidir, tornar o bem acessível a todos, a ponto da satisfação. A dispensa do serviço militar e a oferta de vagas em jardim de infância são exemplos.³¹

Trazer esses conceitos econômicos à discussão neste trabalho mostra-se fundamental, eis que parte do problema aqui enfrentado está ligado justamente à escassez e à alocação de recursos, já que as operadoras de planos de saúde somente podem contar com as remunerações que recebem de seus usuários, cujo cálculo é realizado em virtude da idade do consumidor e da cobertura ofertada.

Diante desta ideia de escassez e do ponto de vista econômico, pode-se afirmar que qualquer intenção de oferecer um direito à saúde de forma ampla e irrestrita traria um custo

³⁰ GABRIEL, Fábio; PIMENTA, Eduardo Goulart. A interpretação dos contratos de saúde privada sob uma perspectiva de direito & economia *In*: FIUZA, César et al (Coord.). *Direito civil: teoria e prática do direito privado: atualidades IV*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p.443.

³¹ ELSTER, Jon. *Local justice*. New York: Russel Sage Foudation, 1992. p. 21-22 *apud* AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez, escolha: critérios para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 73.

insustentável. Nesse sentido, válida é a transcrição do pensamento de Henry Aaron e William Schartz, citado por Amaral:

A questão da escassez se põe de maneira especial no acesso à saúde. Algumas pessoas podem pensar que quando a saúde e a vida estão em jogo qualquer referência a custo é repugnante, ou até imoral. Mas o aumento do custo com tratamento tornou essa posição insustentável.³²

Quando se analisa essa questão com vistas ao que a jurisprudência pátria apresenta, de fato, constata-se que existem decisões judiciais que não levam em conta a questão do custo do direito à saúde na esfera privada. Um exemplo disso pode ser visto em decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais³³ no julgamento do agravo de instrumento 2.0000.00.350048-1/000(1), em que se discutiu a licitude de decisão que concedeu os efeitos antecipatórios da tutela em situação que envolvia o interesse de consumidora de plano de saúde em realizar procedimento cirúrgico. A decisão foi no sentido de que o interesse econômico-financeiro não pode prevalecer sobre o direito à saúde.

Neste aspecto, destaca-se que a decisão caminhou no sentido de dar prioridade ao interesse individual do consumidor. Do voto da relatora do acórdão, destaca-se o seguinte:

O fato de o contrato formulado pela parte contrária ter sido rescindido na data de 1º/12/2000 não afasta o seu direito de pleitear o tratamento médico, visto que, quando o pedido para realização de cirurgia médica foi formulado, o contrato de prestação de serviços médicos estava em plena vigência. Assim, se a negativa de tratamento foi abusiva e indevida, tem a parte agravada direito de postular, com fundamento no art. 1º, inciso III, 5º, inciso XXXII, XXXV, 170, V, 196 e 197 todos da Constituição da República, ao Poder Judiciário a realização do tratamento cirúrgico.

³² AARON, Henry J. & SCHWARTZ, William B. *The painful prescription: rationing hospital care*. Washington: The Brookings Institution, 1984. p. 81 *apud* AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez, escolha: critérios para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 74.

³³ “Plano de saúde. Cirurgia para tratamento de amigdalite. Tutela antecipada. Necessidade de concessão. Risco de dano irreparável. Verossimilhança do direito alegado. Desconsideração do art. 273, parágrafo 2º do cpc. Recurso conhecido e não provido. Há sempre um fundamento ético e constitucional a guiar o juiz na busca de valores maiores para proteção do consumidor (art. 170, inciso 5º da cf) e para efetivação da justiça social e do direito fundamental à saúde. A vedação inscrita no parágrafo 2º do art. 273 do cpc deve ser relativizada, sob pena de comprometer quase por inteiro o próprio instituto da antecipação de tutela. Com efeito, em determinadas circunstâncias, a reversibilidade corre algum risco. Mesmo nestas hipóteses, é viável o deferimento da medida desde que manifesta a verossimilhança do direito alegado e dos riscos decorrentes da sua não fruição imediata. Privilegia-se, em tal situação, o direito provável em relação improvável. Tendo em vista que o direito fundamental à saúde e à vida sobrepõe-se a qualquer direito patrimonial, afasta-se a aplicação ao caso em tela do disposto no art. 273, parágrafo 2º do cpc.”(MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado. *Apelação Cível* 2.0000.00.350048-1/000. Relatora: Des. Maria Elza. j. 27 fev. 2002).

[...]

Assim, em face do texto constitucional, conclui-se que a saúde embora dever do Estado, não é monopólio deste, mas constitui atividade aberta à iniciativa privada. Entretanto, como a saúde não se caracteriza como uma mercadoria qualquer e nem pode ser confundida com outras atividades econômicas, visto ser um meio importantíssimo de se garantir o direito fundamental à vida e à dignidade humana, tem-se que o particular, que presta uma atividade econômica correlacionada com os serviços médicos e de saúde, possui os mesmos deveres do Estado, ou seja, os de prestar uma assistência médica e integral para os consumidores dos seus serviços.³⁴

A integralidade buscada no acórdão mencionado, com base no pensamento de Henry Aaron e William Schwartz, pode ser questionada, haja vista que existe, inegavelmente, escassez de recursos financeiros por parte das operadoras de plano de saúde ou, mesmo, do próprio Estado. Daí a existência do cálculo atuarial e da própria política pública que define onde os recursos serão alocados.

Para agravar o problema da escassez, estudos comprovam que o custo da saúde vem aumentando. O aparecimento de novas tecnologias e a pressão pelo aumento da remuneração dos médicos são questões que têm contribuído para essa majoração.

Em reportagem divulgada pela revista *VEJA*, em maio de 2008, esse aumento de custos também foi identificado. Segundo a reportagem de capa, “O custo da saúde”, tratamentos como quimioterapia para o câncer de mama, que no passado geravam uma despesa de R\$310,00, hoje geram um custo de R\$14.410,00. O procedimento médico da angioplastia, que em 2001 gerava um custo de R\$9.400,00, atualmente pode alcançar um valor de R\$58.000,00, ou seja, um aumento de 485%.³⁵

Adicione-se o fato de que a pressão por pagamento de melhores honorários médicos também vem pressionando os custos das operadoras. Recentemente, esta situação acabou em paralisação por parte dos médicos, que se recusaram a atender usuários de plano de saúde quando os honorários médicos respectivos fossem inferiores a R\$60,00 por consulta.³⁶

Ainda sobre o problema da escassez, Henry Aaron e William Schwartz destacam que um dos maiores desafios da atualidade é a alocação dos recursos em saúde. Os autores destacam que ainda que, as decisões que envolvam as alocações de recursos para a saúde sejam profissionais e fundadas em preceitos econômicos, invariavelmente, por vezes, ocorrem

³⁴ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado. *Apelação Cível* 2.0000.00.350048-1/000. Relatora: Des. Maria Elza. j. 27 fev. 2002

³⁵ O CUSTO da saúde. *Veja*, São Paulo, Editara Abril. 2060 ed., ano 41, n. 19, p. 95, 14 mai. 2008.

³⁶ CASTRO, Marinella. Consumidor gasta com plano de saúde e com médico. *Estado de Minas*, 20 abr. 2011 Disponível em: <http://www.em.com.br/app/noticia/economia/2011/04/20/internas_economia,222828/consumidor-gasta-com-plano-de-saude-e-com-medico.shtml>. Acesso em: 22 abr. 2011.

conflitos. Esses litígios, é claro, acabaram por desaguar no Judiciário.³⁷ Esta questão, problema central deste trabalho, será tratada a seguir.

6.3 Plano de saúde, intervenção judicial e desequilíbrio econômico-financeiro: uma visão sob o enfoque da Análise Econômica do Direito Positiva

Para o enfrentamento do problema posto neste trabalho, será utilizada a Análise Econômica do Direito Positiva, eis que esta vertente preocupa-se com o mundo real dos fatos, utilizando-se de teorias como a “Teoria dos Custos de Transação, a Teoria do Agente, a Teoria da Escolha Pública e a Teoria dos Jogos.”³⁸

Discutem-se neste tópico alguns julgados que identificam os impactos de decisões judiciais nas operadoras de plano de saúde, bem como um parecer feito pela própria autarquia especial que regula o mercado, que investiga os efeitos de decisões que determinam a retroação do Estatuto do Idoso a contratos firmados anteriormente à sua vigência, tudo no sentido de se analisar a intervenção judicial nesses contratos com base em fatos reais.

Esclareça-se, oportunamente, que não está aqui se afirmando categoricamente que sempre que o Poder Judiciário invalidar uma cláusula contratual estará ocorrendo um desequilíbrio em desfavor de quem elaborou a cláusula. Aqui, apenas se adverte que a intervenção judicial em contratos de plano de saúde deve ser pensada antes de ser realizada, seja porque possuem bases coletivas, seja porque existem aqueles que já foram regulados por uma agência especialmente criada para este fim.

Tratando-se de contratos de plano de saúde, o que as pesquisas têm demonstrado é que o consumidor tem obtido êxito maior do que as operadoras. Segundo pesquisa da Unimed BH Cooperativa de Trabalho Médico, realizada no ano de 2008, em que foram avaliados 1.611 acórdãos, provenientes do TJMG, TJRJ, TJSP, STJ e STF, proferidos nos anos de 2005 a 2007, houve 86% de êxito do consumidor. A ocorrência de êxito foi considerada, para fins da pesquisa, quando o consumidor conseguia a cobertura do procedimento de saúde pleiteado.³⁹ Ao repetir a pesquisa em 2010, quando foram avaliados 2.006 acórdãos, proferidos entre 2005 a 2009 nos Tribunais mencionados, com exceção do STF, a mesma operadora de planos de

³⁷ AARON, Henry J. & SCHWARTZ, William B. *The painful prescription: rationing hospital care*. Washington: The brookings Institution, 1984. p. 81 *apud* AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez, escolha: critérios para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 78.

³⁸ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é Direito e Economia *In*: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e Economia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 49-61.

³⁹ PIRES, Danielle da Silva. SOUZA, Jordana Miranda. *Relatório da pesquisa coletiva de jurisprudência*. UNIMED BH. Judicialização da saúde. Belo Horizonte: UNIMED, 2008, v. 2. p. 27-74.

saúde verificou que o percentual de êxito do consumidor manteve-se o mesmo.⁴⁰

Ainda em relação à segunda pesquisa feita, o que se verificou dos acórdãos avaliados é que estes estavam vinculados, em sua maioria, a contratos de plano de saúde firmados anteriormente à vigência da Lei 9.656/98. Apesar disso, o que se buscava era cobertura idêntica aos contratos que foram firmados após a vigência da LPS os quais possuem, naturalmente, cobertura maior.⁴¹ Este dado revela que o consumidor, apesar de possuir um contrato com cobertura limitada, busca pela via judicial a ampliação da cobertura de seu contrato, sendo que tem conseguido êxito, conforme a pesquisa mencionada.

Um dos fatores que pode ser apontado como causa da situação acima exposta é a chamada “distribuição de riquezas pela via judicial”, além do emprego de uma visão paternalista do Judiciário. Pimenta e Gabriel esclarecem como este tipo de distribuição de riqueza ocorre:

No Direito Privado, há uma tendência de modificar os paradigmas estabelecidos pelo liberalismo, assim, proclamam a personalização do Direito Civil. Em alguns casos, vê-se uma predisposição em favorecer os mais fracos no momento da aplicação do direito, o que, muitas vezes, transforma a Justiça em um mecanismo de distribuição de riqueza caso a caso, um visão paternalista e individualista da jurisdição.⁴²

Como abaixo se verá, os autores mineiros citados não estão sozinhos em suas ponderações. Luciano Benetti Timm traz interessante discussão sobre os efeitos indesejáveis da intervenção judicial nos contratos de seguro, que aqui pode ser utilizada como paradigma, em face da natureza securitária dos contratos de plano de saúde. Em seu artigo, intitulado “Custos de transação no contrato de seguro: proteger o segurado é socialmente desejável?”⁴³, Luciano Benetti Timm tenta “detectar quais as consequências imediatas e mediatas da intervenção judicial na operação securitária, partindo do pressuposto que há custos para se realizar transações no mercado”.⁴⁴

⁴⁰ PIRES, Danielle da Silva. SOUZA, Jordana Miranda. *Relatório da pesquisa coletiva de jurisprudência*. UNIMED BH. Judicialização da saúde. Belo Horizonte: UNIMED, 2008, v. 2. p. 23-78.

⁴¹ Atualmente, o rol de procedimentos médicos previsto na RN 211/2010, traz cerca de mais de 3.000 procedimentos médicos (BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Resolução Normativa 211*. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/images/stories/Legislacao/rn/anexo_rn211.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2011.)

⁴² GABRIEL, Fábio; PIMENTA, Eduardo Goulart. A interpretação dos contratos de saúde privada sob uma perspectiva de direito & economia *In*: FIUZA, César et al (Coord). *Direito civil: teoria e prática do direito privado: atualidades IV*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 436.

⁴³ TIMM, Luciano Benetti. Custo de transação no contrato de seguro: proteger o segurado é socialmente desejável? *In*: TIMM, Luciano Benetti. *O novo direito civil: ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 113.

⁴⁴ *Ibid.* p. 114.

O autor ainda expõe a solidariedade que existe entre os segurados e mostra como estes acabam por dividir os riscos da vida em sociedade, com base no somatório que cada uma paga à seguradora. Conclui:

Logo constatamos que, do ponto de vista da operação global do contrato de seguro, considerando que ele visa dar, conforme a lei e a doutrina afirmam, garantia contra riscos futuros predeterminados, este pode ser considerado como um contrato comutativo. Visto que no momento de sua celebração, as partes têm, com grande precisão, as consequências e o comprometimento que estão assumindo pelo contrato. A comutação ocorre entre prêmio (prestação) e garantia (contraprestação).⁴⁵

Ainda no mesmo artigo, Luciano Benetti Timm aponta para os custos de transação existentes nas relações negociais, os quais, por óbvio, estariam também presentes nos contratos de seguro. Sobre custos de transação, o autor cita a lição de Pinheiro e Saddi sobre o tema:

Os custos de transação compreendem, portanto, os custos com a realização de cinco atividades que tendem a ser a se necessárias para viabilizar a concretização de uma transação. Primeiro a atividade pela busca pela informação sobre regras de distribuição de preço e qualidade de mercadorias; sobre insumos de trabalho e a busca por potenciais compradores e vendedores, assim como de informação relevante sobre o comportamento desses agentes e a circunstância em que operam. Segundo, a atividade de negociação, que será necessária para determinar as verdadeiras intenções e os limites de compradores e vendedores na hipótese de a determinação dos preços ser endógena. Terceiro, a realização e a formalização dos contratos inclusive o registro nos órgãos competentes, de acordo com as normas legais, atividade fundamental do ponto de vista do direito privado, já que é o que reveste o ato das garantias legais. Quarto, o monitoramento dos parceiros contratuais com o intuito de verificar se aquelas formas contratuais estão sendo devidamente cumpridas, e a proteção dos direitos de propriedade contra a expropriação por particulares ou o próprio setor público. Finalmente, a correta aplicação do contrato, bem como a cobrança de indenização por prejuízos às partes faltante ou que não estiverem seguindo corretamente suas obrigações contratuais, e os esforços para recuperar controle de direitos de propriedade que tenham sido parcial ou totalmente expropriados.⁴⁶

Luciano Benetti Timm afirma que as instituições, entre elas o Judiciário, deveriam “minimizar esses custos, permitindo a transação de direito de propriedade e o arranjo

⁴⁵ TIMM, Luciano Benetti. Custo de transação no contrato de seguro: proteger o segurado é socialmente desejável? In: TIMM, Luciano Benetti. *O novo direito civil: ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 121.

⁴⁶ PINHEIRO, Armando C; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 62. In: TIMM, Luciano Benetti. *O novo direito civil: ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 116.

organizacional ao menor custo possível”.⁴⁷

A lição que se pode tirar da Teoria dos Custos de Transação, conforme advertido por Pinheiro e Saddi, é que “ao tentar maximizar, respectivamente, sua utilidade e seu lucro, os consumidores e as empresas também devem levar em conta os custos incorridos nas transações em que estiverem envolvidos”.⁴⁸

Luciano Benetti Timm traz interessante reflexão sobre a questão da regulação de contratos e revisão judicial ao questionar o fato de se promover a revisão judicial de contratos de seguro mesmo após sua regulação pelo órgão responsável pela aprovação prévia das cláusulas constantes daqueles instrumentos,

Como comparativo, cita que no mercado de seguros nos EUA ocorre também a regulação do mercado de seguros. Contudo, na revisão judicial destes contratos segue-se o respeito aos contratos (*pacta sunt servanda*), o que não ocorreria no Brasil, pois os juízes, no afã de aplicar uma justiça social ao caso concreto, não se dão conta das repercussões coletivas de suas decisões.⁴⁹

Sobre esta situação, Luciano Benetti Timm apresenta sugestão para uma melhor solução dos conflitos que tratem de contratos previamente regulados pelo órgão competente:

[...] a correção desse problema deve se dar por meio de um melhor controle dos contratos através de uma aperfeiçoamento nos órgãos responsáveis pela regulação da atividade securitária, aos quais incumbe preventivamente aprovar os contratos e eventualmente mediante danos punitivos como no direito norte-americano em casos de má-fé da seguradora.⁵⁰

A mesma reflexão pode ser facilmente aplicada aos contratos de plano de saúde, cujo mercado é fortemente regulado, conforme já se demonstrou neste trabalho.

A legislação em saúde suplementar trouxe inúmeras exigências, seja para constituir a operadora, seja para comercializar contratos de plano de saúde. A regulamentação específica relativa a requisitos que devem constar do contrato de plano de saúde previstos tanto na Lei 9.656/98 quanto na Instrução Normativa 23/09, previamente dita o que minimamente deverá conter no contrato de plano de saúde. De suma importância frisar que os contratos de plano de

⁴⁷ TIMM, Luciano Benetti. Custo de transação no contrato de seguro: proteger o segurado é socialmente desejável? In: TIMM, Luciano Benetti. *O novo direito civil: ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 117.

⁴⁸ PINHEIRO, Armando C; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 62 In: TIMM, Luciano Benetti. *O novo direito civil: ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 64.

⁴⁹ TIMM, Luciano Benetti. Op. cit. p. 124.

⁵⁰ Ibid. p. 125.

saúde firmados posteriormente à vigência da Lei 9.656/98 são previamente apresentados à ANS, para então receberem um número de registro⁵¹. Posto isso, cabe questionar se estes instrumentos não deveriam padecer, em primeiro exame, de uma presunção de legitimidade.

Veja-se, por exemplo, o caso em que um consumidor, insurgindo-se contra cobrança de coparticipação realizada por plano de saúde e regulada pela própria ANS, conseguiu obter êxito no sentido de não pagar o citado ônus, com base em decisão judicial do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG). Assim restou ementado o citado acórdão:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO COMINATÓRIA - PLANO DE SAÚDE - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - APLICAÇÃO - LIMITAÇÃO DO TEMPO DE INTERNAÇÃO - ABUSIVIDADE - MANUTENÇÃO DA SENTENÇA - RECURSO IMPROVIDO. A relação formada entre os associados e os convênios de saúde subsume-se aos ditames do Código de Defesa do Consumidor, eis que estão enquadrados nos conceitos de consumidor e fornecedor, respectivamente, a conveniada, ou seja, aquela que figura como destinatária final do serviço e a parte, cujo objeto negocial é justamente a prestação de serviços. Avençada a cobertura da internação para tratamento médico ou cirúrgico, indubitosa se torna a abusividade da cláusula de limitação do tempo de internação. 3) Negaram provimento ao recurso.

V.V.

PLANO DE SAÚDE - LIMITAÇÃO DO TEMPO DE INTERNAÇÃO - LICITUDE - RESOLUÇÃO 11 DO CONSELHO DE SAÚDE SUPLEMENTAR. Não é abusiva a cláusula contratual que estipula limitação ao tempo de internação psiquiátrica. É necessário esclarecer e compreender que o preço do contrato é baseado no serviço a ser prestado pelo fornecedor e por isso se estabelece um limite na internação de acordo com o preço cobrado.⁵²

No corpo do voto, o relator do acórdão, desembargador Batista de Abreu, que dava provimento ao recurso da operadora de planos de saúde, salientou acerca da existência de norma do Conselho de Saúde Suplementar, órgão da ANS, que na Resolução 11, de 3 de novembro de 1998, havia previsão para a cobrança de valor relativo à coparticipação, de forma que a cobrança, portanto, seria lícita.

Em sentido contrário, e com base nos argumentos expostos, o desembargador Sebastião Pereira de Souza pronunciou-se no sentido de “que a vida e a saúde das pessoas são bens jurídicos de valor inestimável e, por isso mesmo, tutelado pela Constituição da

⁵¹ Conforme o art. 15, da Instrução Normativa 23/09, após verificada a conformidade do produto com as exigências feitas na mesma norma, será concedido um número de registro ao contrato. (BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Instrução Normativa 23*, de 1 de dezembro de 2009. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/modules/mod_legislacao/exibir/texto_lei.php?id=1554>. Acesso em 03 de mai. 2011).

⁵² MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado. Apelação Cível 1.10145.08.470465-2/003(1). 16ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Batista de Abreu. j. 11 ago. 10. *DJMG*, 19 nov. 2010.

República, em seus artigos 196 e seguintes, além de se tratar de ponto fulcral da dignidade da pessoa humana”.⁵³ Ainda pelo fato de que a doença estaria coberta pelo contrato, fato que não justificaria a limitação nos dias de internação. O desembargador Otávio Portes, vogal no julgamento, acompanhou, na íntegra, o voto do revisor.

Assim, tem-se uma nítida situação em que a regulação da ANS não foi observada pelo Judiciário, uma vez que, apesar de estar previsto na norma mencionada a possibilidade de cobrança de coparticipação quando ultrapassados trinta dias da internação psiquiátrica, julgou-se indevida a cobrança feita pela operadora.

Em outro acórdão, também do TJMG⁵⁴ e da relatoria da desembargadora Electra Benevides, entendeu por dar parcial provimento à apelação de operadora de plano de saúde, que buscava a reforma do julgado que a havia condenado ao ressarcimento do valor de R\$840,00, relativo à realização de exame médico denominado “pet scan”, e pagamento de R\$12.000,00 a título de danos morais pela negativa.

Consta do relatório do acórdão em questão que a operadora de plano de saúde resistiu contra o reembolso buscado pelo consumidor, sob o argumento de que a cobertura pretendida, além de possuir exclusão contratual, não possuía previsão legal, uma vez que o exame pretendido não constava do rol de procedimentos médicos elaborado pela ANS⁵⁵, e de cobertura obrigatória a todos os planos de saúde.

Este argumento não foi levado em consideração pela desembargadora relatora, ao fundamento de que o rol de procedimentos não seria taxativo, o que levaria à conclusão lógica de que se poderia, judicialmente, ampliar a cobertura. Ao final, a magistrada excluiu da condenação os danos morais, por entender que a mera negativa de cobertura não seria capaz de causar danos morais.

Essa regulação exercida pelo Poder Judiciário, sem considerar a regulação que já é promovida, vigorosamente, pela autarquia especialmente criada para tal fim, pode trazer riscos para a higidez do mercado de saúde suplementar. Com o objetivo de promover trazer justiça ao caso concreto, existe o risco de que o equilíbrio das relações entre a operadora de plano de saúde e seus demais consumidores seja abalado.

⁵³ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado. Apelação Cível 1.10145.08.470465-2/003(1). 16ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Batista de Abreu. j. 11 ago. 10. *DJMG*, 19 nov. 2010.

⁵⁴ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado. Apelação Cível 1.0145.07.432543-5/001(1). 10ª Câmara Cível. Relatora: Desembargadora Electra Benevides. j. 14 abr. 2009. *DJMG*, 06 mai. 2009.

⁵⁵ Resolução Normativa 82/2003, vigente à época dos fatos.

Sobre o risco em questão, Tatiana Oliveira Druck preleciona o seguinte:

O risco de se fazer justiça distributiva no âmbito dos contratos, como muitas vezes se percebe que fazem os tribunais no âmbito dos contratos de seguro (a pessoa receber tratamento pelo quanto não pagou, como casos de AIDS etc) é a quebra do sistema, o que acarretaria muito mais prejuízo social do que caso não se tivesse optado pela solução distributiva ou paternalista, em alguns casos extremos. É o que bem demonstra ATIYAH, em seu manual dos contratos. Segundo ele, a Inglaterra está revivendo, na era pós-Tatcher, um novo período de ascensão da autonomia da vontade, pelo fracasso das leis *welfaristas* em resolver os problemas sociais distributivos, pois seu resultado acaba sendo economicamente inviável ou socialmente mais desastroso.⁵⁶

Portanto, apesar de se esperar uma justiça que pacifique o caso concreto, este modelo apresenta certos inconvenientes quando os efeitos de determinada decisão irradiam efeitos diretos ou indiretos sobre um feixe de contratos que não foram postos sob exame. Muitas vezes, no sentido de se entender que se está restabelecendo o equilíbrio, pode estar se gerando um outro, de grandes proporções, que será suportado pelos demais consumidores vinculados a uma carteira da operadora de planos de saúde.

Sobre esta situação, Gabriel e Pimenta advertem:

No contencioso, alguns julgadores buscam fazer uma justiça distributiva, caso a caso, fato que só beneficia o litigante e gera um enorme custo social para toda a coletividade. Causam obstáculos para o desenvolvimento nacional, ao invés de garanti-lo. Um modelo ineficiente de promoção à dignidade humana.⁵⁷

No sentido de evitar custos de transação é que torna-se importante o aprimoramento do Judiciário, haja vista que este, como instituição redutora de custos de transação, não tem incentivado positivamente os agentes econômicos.⁵⁸ Basta verificar a ausência de previsibilidade dos julgados, bem como a morosidade ainda presente no Judiciário.

Rodolpho Barreto Sampaio Júnior, em artigo de sua autoria que consta dos anais do Conselho de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPED), demonstra sua preocupação com a questão da falta de previsibilidade dos julgados, muito devido à forma como as cláusulas gerais são aplicadas pelos magistrados, que as aplicam com base em um critério

⁵⁶ DRUCK, Tatiana Oliveira. O novo direito obrigacional e os contratos *In*: TIMM, Luciano Benetti (Coord.) *Direito de empresa e contratos*. São Paulo: IOB Thomson, 2005. p. 64.

⁵⁷ *Ibid.* p. 452.

⁵⁸ TIMM, Luciano Benetti. Custo de transação no contrato de seguro: proteger o segurado é socialmente desejável? *In*: TIMM, Luciano Benetti. *O novo direito civil: ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 117.

próprio, sem qualquer previsibilidade. Nesse sentido, veja-se o seguinte trecho:

Já se verifica, portanto, a pertinência das críticas de Antônio Junqueira de Azevedo. O autor, em momento algum, insurge-se contra a utilização de cláusulas gerais no novo Código Civil. A sua irresignação, ao revés, é voltada contra a utilização dessas cláusulas segundo um modelo ultrapassado, que deixa totalmente a critério do juiz a definição do conteúdo da norma jurídica.⁵⁹

Uma vez que não se pode prever o que será decidido pelo magistrado, apesar da existência de uma legislação especializada na matéria, traz-se para esses contratos um custo que não foi previsto inicialmente.

Outrossim, caso se considere que “os contratos são muito mais que acordos de vontade modificativos ou extintivos de direitos” e muito mais do que isso, “são eles forma de se incentivar os agentes de maneira positiva, visando a uma maior eficiência alocativa dos recursos no ambiente econômico”⁶⁰, cabe a conclusão de que as decisões judiciais que avaliam a licitude ou não destes contratos também servirão como incentivos para o mercado, sejam tais incentivos bons ou ruins.

Tal assertiva feita em relação aos contratos está alinhada com o pensamento de Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi, na medida em que as pessoas visam, de fato, a maximizar os resultados econômicos de suas ações. Especificam estes autores:

- a) O ser humano sempre procura aquilo que considera ser o melhor para si, preferindo mais a menos satisfação. Formalmente, diz-se que os agentes econômicos agem de maneira racional, procurando maximizar sua utilidade.
- b) No processo de maximização da sua utilidade, as pessoas reagem aos incentivos que recebem do ambiente em que vivem e trabalham, incluindo o sistema de preços.
- c) As regras legais moldam os incentivos a que as pessoas estão submetidas e, portanto, influem nas suas decisões de troca, produção, consumo, investimento etc.⁶¹

É claro que não se está aqui advogando tese de que o Judiciário estaria proibido de intervir nos contratos de plano de saúde, mesmo os regulamentados, já que os agentes

⁵⁹ SAMPAIO JÚNIOR, Rodolpho Barreto. A cláusula geral da função social dos contratos: entre um sistema aberto e um sistema impositivo. In: CONPEDI, 2008, Florianópolis. Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do Conpedi. 1 ed. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2008, v. 1. p. 4646-4666.

⁶⁰ TIMM, Luciano Benetti. Custo de transação no contrato de seguro: proteger o segurado é socialmente desejável? In: TIMM, Luciano Benetti. *O novo direito civil: ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 117.

⁶¹ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 89.

econômicos, incluindo o próprio consumidor, tendem a agir de maneira oportunística⁶², com base em uma racionalidade limitada.⁶³ De outro lado, adverte-se aqui sobre o cuidado que deve ser tomado quando da avaliação judicial destes instrumentos, que, não raro, já sofreram a regulação estatal em seu nascedouro.

Interessante aqui destacar que mesmo os contratos firmados após a vigência da Lei 9.656/98 geram demandas judiciais e que mesmo nos casos em que existe regulamentação própria o Judiciário acaba por desprezar as normativas da agência reguladora para, ao final, dar destino diferente ao que a norma especial daria.

Alguns autores tentam explicar essa situação mencionando que o Judiciário, por vezes, apresenta aspecto reativo às políticas públicas. Rafael Silveira e Silva, e Álvaro Pereira Sampaio Costa Júnior, ambos mestres em ciência política pela Universidade de Brasília, alertam para este fato, como abaixo se verifica:

Nesse sentido, a recente experiência brasileira indica um significativo grau de ativismo de juízes, implicando sobre o impacto das cortes no ciclo de políticas, seja no momento da implementação, seja até mesmo nas opções no âmbito da formulação. Decisões judiciais que asseguram a distribuição gratuita de remédios a pacientes do sistema público de saúde demonstram a atuação do Judiciário não apenas como centro de regulação e de controle da legalidade e da constitucionalidade das leis, mas como arena decisória (reativa e pró-ativa), com relevante capacidade de alterar o conteúdo das políticas públicas.⁶⁴

Mais à frente, no mesmo estudo, os autores apontam que a descentralização do processo decisório e o alto grau de independência dos magistrados brasileiro, favoreceriam a incerteza regulatória.⁶⁵

Considerando o fato de que a regulação diminuiria os custos de transação no mercado regulado, eis que se teria maior previsibilidade das relações negociais. Desprezar esta

⁶² O discurso de Gabriel e Pimenta aponta no mesmo sentido do raciocínio acima, eis que ambos consideram que: “O que move a grande maioria das pessoas no cotidiano não é nem a intenção de prejudicar nem tampouco a de praticar filantropia. As necessidades econômicas, o automatismo das ações diárias e o desejo de obter mais conforto para si, e para s seus pares, são os motivos que movem o homem habitualmente.” (GABRIEL, Fábio; PIMENTA, Eduardo Goulart. A interpretação dos contratos de saúde privada sob uma perspectiva de direito & economia *In*: FIUZA, César et al (Coord.). *Direito civil: teoria e prática do direito privado: atualidades IV*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 442-443.

⁶³ TIMM, Luciano Benetti. Custo de transação no contrato de seguro: proteger o segurado é socialmente desejável? *In*: TIMM, Luciano Benetti. *O novo direito civil: ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 124.

⁶⁴ COSTA JÚNIOR, Álvaro Pereira Sampaio; SILVA, Rafael Silveira e. Como medir o impacto das decisões do Judiciário sobre a implementação da política regulatória? *Caderno de Finanças Públicas/Escola de Administração Fazendária*. ESAF, Brasília, n. 9, p. 103-135, dez. 2009. Disponível em: <http://www.esaf.fazenda.gov.br/esafsite/Biblioteca/arquivos/cadernos/artigo_3.pdf>. Acesso em: 01 mai. 2011.

⁶⁵ *Ibid.*

regulação seria, logicamente, promover o aumento dos custos de transação.⁶⁶

É nesse sentido que se argumenta que a atuação do Poder Judiciário poderia trazer impactos indesejáveis ao mercado de saúde suplementar, podendo, inclusive, promover custos indesejáveis, os quais seriam suportados por todos aqueles envolvidos na cadeia de negócios.

6.3.1 O problema do desequilíbrio econômico

A busca pelo Poder Judiciário é direito constitucionalmente consagrado ao cidadão. Dessa forma, e longe de se questionar o direito do jurisdicionado de ter acesso ao Poder Judiciário, deseja-se apenas suscitar uma reflexão sobre os efeitos da intervenção judicial nos contratos de plano de saúde e o impacto para a própria operadora e para as pessoas que estão a ela vinculadas.

Para tal, extraem-se entre os muitos processos judiciais que envolvem questões ligadas a planos de saúde três em que se demonstra claramente os efeitos de decisões judiciais que não observam a lógica atuarial, bem como o mutualismo, presentes na realidade econômica de tais contratos.

Também será apresentado estudo da própria Agência Nacional de Saúde Suplementar que analisou os efeitos de ser permitir a eficácia do Estatuto do Idoso⁶⁷ sobre contratos firmados anteriormente à sua vigência.

No primeiro caso, buscava-se, por meio de Ação Civil Coletiva, ajuizada pelo Movimento das Donas de Casa e dos Consumidores de Minas Gerais, o questionamento da licitude de reajuste por mudança de faixa etária, além da declaração de nulidade de outras cláusulas contratuais de contratos firmados antes da vigência da Lei 9.656/98. Tal processo tramitou na 8ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte, MG, sob o número 0024.99.184.457-2.

No polo passivo da demanda estavam apenas duas operadoras de plano de saúde, a Unimed BH e a Golden Cross. Nesta ação, foi pedida, inclusive, a tutela antecipatória dos efeitos da sentença, para que não ocorressem, até o julgamento final da lide, os reajustes por mudança de faixa etária para aqueles que completassem 60 anos de idade. A tutela antecipada foi deferida em 1999, sendo que seus efeitos perduraram até o final da demanda.

⁶⁶ COSTA JÚNIOR, Álvaro Pereira Sampaio; SILVA, Rafael Silveira e. Como medir o impacto das decisões do Judiciário sobre a implementação da política regulatória? *Caderno de Finanças Públicas/Escola de Administração Fazendária*. ESAF, Brasília, n. 9, p. 103-135, dez. 2009. Disponível em: <http://www.esaf.fazenda.gov.br/esafsite/Biblioteca/arquivos/cadernos/artigo_3.pdf>. Acesso em: 01 mai. 2011.

⁶⁷ BRASIL. *Lei 10.741*, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 12 abr. 2011.

Durante a instrução processual, foi produzido laudo pericial para se identificar acerca da abusividade do reajuste; ou seja, se este seria excessivo ou não. Produzido o laudo pericial, este apurou que havia, de fato, a necessidade de reajuste, valendo a transcrição de alguns dos quesitos apresentados nos autos:

08 - O relatório do atuário Dr. IVAN SANTANA ERNANDES, juntado aos autos às fls., cuja cópia foi encaminhada à SUSEP, conclui pela necessidade do reajuste em função da mudança de faixa etária?

Resposta: Sim. Conforme descrito no parecer na consulta realizada pela empresa Ré (UNIMED BH – Cooperativa de Trabalho Médico Ltda), de fls. 82/86, ao atuário Dr. Ivan Santana Ernandes.

09 - À vista dos cálculos e demonstrativos apresentados pela UNIMED BH, bem como do parecer do atuário independente acima mencionado, a SUSEP, autorizou a UNIMED BH a proceder aos reajustes nos preços das mensalidades?

Resposta: Conforme consta no documento de fls. 81, dos autos, a Superintendência de Seguros Privados – SUSEP, autorizou a UNIMED BH a proceder os reajustes por mudança de faixa etária.

10 - Analisando-se as planilhas e demais documentos juntados aos autos e outros que serão disponibilizados por ocasião da realização da perícia, é possível concluir que sem o aumento os contratos tornam-se deficitários?

Resposta: Considerando-se a Análise das Mensalidades dos Planos Individuais, de fls. 276/364, constatou-se que sem o aumento de mensalidades os contratos tornam-se deficitários.

11 - Em sendo positiva a resposta ao quesito anterior, queira o senhor perito quantificar o montante de prejuízo mensal e anual da UNIMED-BH?

Resposta: Conforme Análise das Mensalidades dos Planos Individuais, de fls. 276/364, este perito informa:

- Percentual sobre o valor das mensalidades para custeio das despesas comerciais e administrativas, relativa ao exercício de 1998: 10%;
- Sinistralidade máxima $100\% - 10\% = 90\%$;
- Custo médio mensal apurado no período de fev/98 a jan/99: R\$6.444.362,32;
- Receita com mensalidades apurada (base fev/99): R\$6.860.769,13;
- Sinistralidade apurada $R\$6.444.362,32/R\$6.860.769,13 \times 100 = 93,93\%$;
- Receita mensal pela sinistralidade máxima (Ponto de equilíbrio): $R\$6.444.362,32 / 0,90 - R\$7.160.402,58$;
- Prejuízo mensal (Receita ponto de equilíbrio – Receita apurada): $R\$7.160.402,58 - R\$6.860.769,13 - R\$299.633,45$;
- Prejuízo anual: $R\$299.633,45 \times 12 = R\$3.595.601,40$.⁶⁸

Após realizado o laudo pericial, apurou-se que o prejuízo de uma das litigantes, a Unimed BH, seria de aproximadamente R\$3.600.000,00 por ano caso o reajuste por mudança de faixa etária não ocorresse, adicionando-se um custo, obviamente, não previsto, segundo o

⁶⁸ Trecho da perícia contábil realizada pelo perito judicial Hideraldo Yank Martins e Souza, apresentado nos autos de número 0024.99.184.457-2, que tramitaram perante a 08ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte, MG. (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado. *Ação Civil Coletiva* 0024.99.184.457-2. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado.jsp?txtProcesso=0024.99.184.457-2&comrCodigo=0024&numero=1&listaProcessos=99184457&select=1>. Acesso em: 22 mai. 2011).

cálculo atuarial inicialmente feito, e que previa o reajuste contra o qual se insurgia o Movimento das Donas de Casa e Consumidores de Minas Gerais.

Encerrada a instrução processual, a decisão de Primeira Instância foi no sentido de acolher a pretensão do Movimento das Donas de Casa, declarando, inclusive, nulas as Resoluções 20 e 21 do Conselho de Saúde Suplementar da ANS.

Houve apelação por parte das operadoras com relação ao reajuste decotado. Após a análise dos autos, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais proferiu acórdão⁶⁹ ponderando, inicialmente, que diferentes princípios constitucionais estavam em jogo e postos na citada demanda: a autonomia privada, a liberdade de iniciativa, o ato jurídico perfeito e a defesa do consumidor.

Ato contínuo, o relator do acórdão acrescentou que, apesar de não se aplicarem as regras da ANS para o caso em questão, a relação entre os usuários dos serviços das operadoras de planos de saúde e estas é regida pela Lei 8.078/90. Ademais, o desembargador relator ainda se posicionou no sentido de que a proteção constitucional do idoso e do consumidor se sobrepõe aos princípios constitucionais da liberdade de iniciativa. Acrescentou o julgador que seria, de fato, razoável que os consumidores mais idosos pagassem um pouco mais pela prestação do serviço, mas não a ponto de tornar inviável a vinculação ao plano de saúde.

Por considerar os reajustes que estavam sendo aplicados às operadoras excessivos, optou o magistrado por limitá-los ao patamar de 50% para mudança de faixa etária, sendo que os reajustes por sinistralidade também foram mantidos, eis que não existiria vedação legal para os citados reajustes.

No que diz respeito às resoluções do Conselho de Saúde Suplementar da ANS, o voto foi no sentido de que o referido Conselho teria abusado de seu poder de regular, ao reduzir os direitos dos idosos.

⁶⁹ O Acórdão ficou assim ementado:

EMENTA: AÇÃO CIVIL COLETIVA - REAJUSTE DE MENSALIDADES DE PLANOS INDIVIDUAIS E COLETIVOS DE SAÚDE - NULIDADE DA DECISÃO QUE JULGOU OS EMBARGOS DECLARATÓRIOS - PRELIMINAR REJEITADA - REAJUSTES AUTORIZADOS POR ÓRGÃO COMPETENTE - INTERVENÇÃO NA AUTONOMIA PRIVADA - PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS - RAZOABILIDADE E PONDERAÇÃO - PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR. Não é nula a decisão que julga os embargos declaratórios opostos à sentença proferida, quando o julgador manifesta-se pela ausência de motivos para o acolhimento do recurso. Apesar de autorizados por órgão competente, os reajustes de mensalidade de plano de saúde por faixa etária deverão atender aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, além de todos os contidos no Código de Defesa do Consumidor. (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado. Apelação Cível 2.0000.00.442.496-4/000(1). 14ª Câmara Cível Relator: Des. Valdez Leite Machado. j. 01 set. 2005. *DJMG*, 20 set. 2005).

Uma vez que houve o deferimento da liminar para que os reajustes fossem suspensos, o acórdão acabou por permitir que a cobrança dos valores relativos aos aumentos suspensos fosse proporcional ao tempo em que a liminar vigorou, sendo que os valores cobrados não poderiam, é claro, contemplar o aumento por mudança de faixa etária, limitado a 50%.

No segundo caso, o TJMG acabou por analisar a licitude de reajuste de 86,86% aplicado em contrato individual de plano de saúde por mudança de faixa etária.⁷⁰ Em 2007, um consumidor ingressou em juízo no sentido de questionar o reajuste aplicado, fundamentando seu inconformismo no fato de que o reajuste aplicado estaria a violar o art. 15, §3º, da Lei 10.741/03, qual seja, o Estatuto do Idoso.

Durante a instrução processual, foi produzida perícia, que identificou que sem o reajuste o contrato se tornaria deficitário, ocorrendo desequilíbrio econômico-financeiro em desfavor da operadora. Encerrada a instrução processual, proferiu-se sentença que acolheu a pretensão do autor, declarando-se a abusividade do reajuste. Nesse sentido, o fundamento utilizado pelo magistrado de primeira instância, segundo consta no acórdão, seria o fato de que o Estatuto do Idoso seria aplicável ao caso, apesar de o contrato ter sido firmado anteriormente à sua vigência.

Após recurso da operadora de plano de saúde, proferiu-se o respectivo acórdão, cujo principal fundamento para dar provimento à apelação foi o seguinte:

Assim, como o reajuste de 86,86% da mensalidade do plano de saúde do apelado não acarreta majoração superior a seis vezes o preço da faixa inicial, e o reajuste é necessário para que o plano não se torne deficitário, conforme conclusão da perícia (fls. 218), deve ser reformada a sentença, mantendo-se inalterada a cláusula que prevê o reajuste por mudança de faixa etária.

No terceiro caso, revela-se que, de fato, há que se pensar duas vezes antes de se interferir em contratos que sofreram regulação. Em demanda individual, um consumidor veio a insurgir-se judicialmente, contra reajuste por mudança de faixa etária. Este auto tramitou na

⁷⁰ Assim ficou ementado o referido Acórdão:
APELAÇÃO CÍVEL - REVISÃO CONTRATUAL C.C. CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO - NULIDADE DE CLÁUSULA DE REAJUSTE DE PLANO DE SAÚDE POR MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA - CONTRATO ANTERIOR AO ESTATUTO DO IDOSO - REAJUSTE PREVISTO E AUTORIZADO PELA ANS - AUSÊNCIA DE ABUSIVIDADE. Se o julgador expôs os motivos que o levaram à formação de seu convencimento, a sentença foi fundamentada, sendo desnecessário o pronunciamento expresso sobre provas e leis que a parte entende importantes se já expôs motivo suficiente para julgar em determinado sentido. Se o contrato de plano de saúde foi firmado antes da entrada em vigor do Estatuto do Idoso, válida é a cláusula de reajuste da contraprestação, autorizada pela ANS, em função da mudança de faixa etária do usuário. Preliminar rejeitada e recurso provido. (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado. Apelação Cível 1.0024.07.426137-1/001. 10ª Câmara Cível Relator: Des. Gutemberg da Mota e Silva. j. 14 dez. 2010. *DJMG*, 14 jan. 2011).

24ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte, MG, sob o número 0024.07.426.137-1.

Para elucidar a questão da abusividade do reajuste praticado, foi produzida perícia na fase de instrução processual. Durante os trabalhos periciais, apurou-se que o contrato constante dos autos, por ter sido firmado durante a vigência da Lei 9.656/98, sofreu regulação da ANS. Portanto, deveria atender às normas editadas pela agência em questão.

A resposta aos quesitos apresentados pelas partes revela o que a perita apurou no caso em questão. Transcrevem-se alguns dos quesitos apresentados, bem como seus respectivos esclarecimentos:

O contrato firmado entre o autor e o réu possui previsão de reajuste por mudança de faixa-etária?

Resposta – Sim. A proposta de admissão / contrato nº 216829, datado e 08 de março de 2001, presente à fl. 24 dos autos, sob cópia reprográfica, possui previsão de reajuste por faixa etária.

2 - Qual o índice o índice contratual previsto pela mudança de faixa etária do autor quando atingiu (60) anos de idade?

Resposta – A variação percentual alcançou a ordem de 86,86%.

3 - A Nota Técnica de registro de produtos juntada aos autos às ff., cuja cópia foi encaminhada e aprovada pela ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar, conclui pela necessidade do reajuste em função da mudança de faixa etária?

Resposta – A Nota Técnica de Registro de Produto – Atualização 2001, apresentada pela Ré – Unimed, demonstra que para elaboração do estudo (despesa assistencial líquida), tomou como relevante a faixa etária e tipo de acomodação, apartamento ou enfermaria.

4 - À vista dos cálculos e demonstrativos apresentados pela Unimed BH, bem como do parecer do atuário independente, a ANS autorizou a Unimed BH a proceder os reajustes das mensalidades?

Resposta – Através de pesquisa junto a ANS e demonstrativos disponibilizados pela Unimed BH, pôde-se observar que a ANS autorizou a Ré a proceder os reajustes das mensalidades. Gentileza verificar documentação em anexo.

5 - Analisando-se as planilhas e demais documentos juntados aos autos e outros que outros serão disponibilizados por ocasião da perícia, é possível concluir que sem os aumentos por faixa etária os contratos se tornam deficitários?

Resposta – Sim. Gentileza apresentar resposta apresentada para indagação de nº 08, formulada pelo Autor, observando ainda os dados fornecidos pela Ré.⁷¹

Portanto, verifica-se que a perícia acabou detectando que sem o reajuste permitido pela própria ANS o contrato se tornaria deficitário, provocando, portanto desequilíbrio

⁷¹ Perícia contábil elaborada pela perita judicial Luciana Monteiro Nogueira e apresentada nos autos (0024.07.426.137-1) que tramitaram na 24ª Cível de Belo Horizonte, MG. (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado. Apelação Cível 1.0024.07.426137-1/001. 10ª Câmara Cível. Relator: Des. Gutemberg da Mota e Silva. j. 14 dez. 2010. *DJMG*, 14 jan. 2011).

econômico-financeiro em desfavor da operadora.

Apesar da conclusão pericial, conforme se verá seguir, o magistrado de primeira instância acabou por julgar procedente a demanda, sob o fundamento de que o Estatuto do Idoso vedaria o reajuste por mudança de faixa etária, eis que se tratava de consumidor com mais de 60 anos de idade, não importando, ainda, o fato de o contrato ter sido firmado antes da vigência do citado Estatuto Legal.

Após analisar o recurso da operadora, o TJMG teve outro entendimento, de forma que acabou por dar provimento ao recurso de apelação interposto. A seguir se fará a transcrição dos principais trechos do acórdão, com os fundamentos utilizados para dar provimento ao recurso.

Sobre a questão de mérito, enfrentada no acórdão, do voto do relator consta que o contrato firmado com o consumidor foi firmado antes da vigência do Estatuto do Idoso, sendo que na época havia, entretanto, regulamentação específica da ANS, por meio de seu Conselho de Saúde Suplementar (CONSU). Este, pela Resolução 6, de 3.11.98, acabou por prever que, para fins de reajuste, sete faixas etárias. O relator do acórdão ainda destacou que após a vigência do Estatuto do Idoso o mesmo CONSU editou nova resolução, a 66, de 22.12.2003, para que os novos contratos se adequassem ao Estatuto do Idoso.

Também constou do voto em questão que, a partir da nova norma editada pela ANS, em consonância com o Estatuto do Idoso, surgiram novas faixas etárias, mas restando proibidos novos reajustes a partir do momento em que o consumidor atingisse 60 anos de idade. Dessa forma, reconhecendo o desequilíbrio que a ausência do reajuste poderia acarretar, assim concluiu o relator:

Como se observa, a partir da alteração legislativa os contratos de plano de saúde passaram a prever a idade máxima de 59 anos para aumento da contraprestação, ou seja, um ano antes de o consumidor se tornar imune ao aumento. Como a norma protetiva dos idosos não existia no momento em que foi firmado o contrato com o apelado, o apelante tinha a expectativa de que poderia reajustar a mensalidade de acordo com as normas vigentes, não podendo se preparar para suportar o aumento de custos advindo da maior idade de seus associados.

Apesar da jurisprudência que admite a aplicabilidade da norma do art. 15, § 3º, do Estatuto do Idoso, aos contratos anteriores a ele, assinalamos que isso viola a necessária segurança jurídica, atingindo ato jurídico perfeito, o que é vedado pelo art. 5º, XXXVI, da Constituição da República.

É evidente que o aumento da idade dos usuários de plano de saúde acarreta aumento dos gastos com a manutenção da assistência médica, não se podendo surpreender a instituição com a aplicação retroativa de lei que

desequilibra economicamente o contrato.⁷²

Mais adiante, no citado aresto, o relator, mais uma vez, destaca a questão do equilíbrio econômico-financeiro:

Assim, como o reajuste de 86,86% da mensalidade do plano de saúde do apelado não acarreta majoração superior a seis vezes o preço da faixa inicial, e o reajuste é necessário para que o plano não se torne deficitário, conforme conclusão da perícia (fls. 218), deve ser reformada a sentença, mantendo-se inalterada a cláusula que prevê o reajuste por mudança de faixa etária. Diante disso, rejeito a preliminar e dou provimento ao recurso, reformando a sentença para julgar improcedentes os pedidos.

Conforme se observa nos três casos apresentados, a intervenção judicial nos contratos de plano de saúde acabou por gerar um dano efetivo ou, mesmo, um risco de dano no equilíbrio econômico-financeiro daqueles contratos.

No primeiro caso, é interessante notar que, apesar de o laudo pericial ter apontado um prejuízo anual de cerca de R\$3.600.000,00 para a operadora pela não aplicabilidade do reajuste por mudança de faixa etária para uma das operadoras, ainda assim o Tribunal acabou por limitar o reajuste a 50% para pessoas que tivessem completado ou que iriam completar 60 anos de idade. Isso significa que se o reajuste pactuado no contrato era de 70%, restou um déficit para a operadora de 20%, observados o raciocínio e o fundamento do laudo pericial produzido.

No que diz respeito ao segundo caso, também foi identificado pelo perito que atuou naquele processo que a não aplicação do reajuste pactuado acabaria por desencadear um desequilíbrio econômico-financeiro em desfavor da operadora. Esta situação foi ignorada pelo magistrado de primeira instância, que acabou por julgar os pedidos do consumidor procedentes.

O terceiro caso apontou no mesmo sentido, ou seja, de que a ausência do reajuste

⁷² Assim ficou ementado o Acórdão:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - REVISÃO CONTRATUAL C.C. CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO - NULIDADE DE CLÁUSULA DE REAJUSTE DE PLANO DE SAÚDE POR MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA - CONTRATO ANTERIOR AO ESTATUTO DO IDOSO - REAJUSTE PREVISTO E AUTORIZADO PELA ANS - AUSÊNCIA DE ABUSIVIDADE. Se o julgador expôs os motivos que o levaram à formação de seu convencimento, a sentença foi fundamentada, sendo desnecessário o pronunciamento expresso sobre provas e leis que a parte entende importantes se já expôs motivo suficiente para julgar em determinado sentido. Se o contrato de plano de saúde foi firmado antes da entrada em vigor do Estatuto do Idoso, válida é a cláusula de reajuste da contraprestação, autorizada pela ANS, em função da mudança de faixa etária do usuário. Preliminar rejeitada e recurso provido. (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado. Apelação Cível 1.0024.07.426137-1/001. 10ª Câmara Cível. Relator: Des. Guilherme da Mota e Silva. j. 14 dez. 2010. *DJMG*, 14 jan. 2011).

acarretaria o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato caso o reajuste previsto no contrato não fosse observado, de forma que a majoração não foi impedida, mesmo diante da corrente jurisprudencial que permite a retroação do Estatuto do Idoso a contratos firmados anteriormente à sua vigência.

No que tange à retroatividade do Estatuto do Idoso, para que seus efeitos alcancem contratos firmados antes de sua vigência, de fato, existe forte corrente jurisprudencial no sentido de que é possível a retroação neste caso.

Desde 2008⁷³ existe, principalmente no Superior Tribunal de Justiça, forte corrente no sentido de que o Estatuto do Idoso seria aplicável aos contratos de plano de saúde firmados anteriormente à sua vigência caso o consumidor tivesse atingido sessenta anos durante a vigência do referido estatuto.

Quando do exame do Recurso Especial 809329/RJ, considerado o *leading case* a respeito do tema, a relatora do acórdão, Ministra Nancy Andrighi, destacou em seu voto tal situação nos seguintes termos:

Se o consumidor, usuário do plano de saúde, atingiu a idade de 60 anos já na vigência do Estatuto do Idoso, fará ele jus ao abrigo da referida regra protetiva.

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 assumirá a idade preestabelecida na cláusula contratual, que decorre 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, tão pouco se configurando o direito adquirido da empresa seguradora, qual seja, de receber os valores de acordo com o reajuste predefinido.⁷⁴

⁷³ Veja-se nesse sentido o Recurso Especial de número 809329, proveniente do Rio de Janeiro. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 809329. 3ª T. Relatora: Min. Nancy Andrighi. j. 25 mar. 2008. *DOU*, 11 abr. 2008).

⁷⁴ Assim ficou ementado o Acórdão:
Direito civil e processual civil. Recurso especial. Ação revisional de contrato de plano de saúde. Reajuste em decorrência de mudança de faixa etária. Estatuto do idoso. Vedada a discriminação em razão da idade.
- *O Estatuto do Idoso veda a discriminação da pessoa idosa com a cobrança de valores diferenciados em razão da idade (art. 15, § 3º).*
- *Se o implemento da idade, que confere à pessoa a condição jurídica de idosa, realizou-se sob a égide do Estatuto do Idoso, não estará o consumidor usuário do plano de saúde sujeito ao reajuste estipulado no contrato, por mudança de faixa etária.*
- *A previsão de reajuste contida na cláusula depende de um elemento básico prescrito na lei e o contrato só poderá operar seus efeitos no tocante à majoração das mensalidades do plano de saúde, quando satisfeita a condição contratual e legal, qual seja, o implemento da idade de 60 anos.*
- *Enquanto o contratante não atinge o patamar etário preestabelecido, 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.*
- *Apenas como reforço argumentativo, porquanto não prequestionada a matéria jurídica, ressalte-se que o*

Opondo-se a esse entendimento, o ministro Castro Filho, em voto de vista, apresentou os seguintes fundamentos em seu voto, contrários ao que havia argumentado a ministra relatora: “Só o fato de se constituir lei de ordem pública e conferir benesse ao consumidor idoso não trás em si o condão de desconstituir os atos jurídicos formalizados sob a égide de norma anterior”.

Do voto do ministro, ainda se extrai o seguinte:

O controle de cláusulas abusivas, reforçado pela legislação consumerista, visa resguardar a segurança dos negócios jurídicos, assegurando o cumprimento dos contratos, bem como a necessária estabilidade das relações negociais e a paz social. Destarte, estamos diante de um contrato de risco. Se o direcionarmos só ao consumidor, ou só à seguradora, estaremos criando um desequilíbrio, haja vista que o consumidor assume o compromisso, o risco, de pagar, sem nunca ou quase nunca utilizar os serviços médicos. De outro lado, a seguradora também assume um risco, que poderá não suportar na mesma medida, pois, se aumentarem seus custos, terá que repassá-los aos consumidores, a fim de manter inalterada a prestação do serviço e a lucratividade. O consumidor, como agente reconhecidamente vulnerável (art. 4º, inciso I, do Cód. Defesa do Consumidor), carece, sem dúvida, de tratamento especial. Ao invés disso, se não se puder exercer qualquer controle diante da falta de critérios diretos para os malfadados, porém necessários, reajustes, ficaríamos sujeitos a repasses de custos calculados de forma aleatória.⁷⁵

art. 15 da Lei n.º 9.656/98 faculta a variação das contraprestações pecuniárias estabelecidas nos contratos de planos de saúde em razão da idade do consumidor, desde que estejam previstas no contrato inicial as faixas etárias e os percentuais de reajuste incidentes em cada uma delas, conforme normas expedidas pela ANS. No entanto, o próprio parágrafo único do aludido dispositivo legal veda tal variação para consumidores com idade superior a 60 anos.

- E mesmo para os contratos celebrados anteriormente à vigência da Lei n.º 9.656/98, qualquer variação na contraprestação pecuniária para consumidores com mais de 60 anos de idade está sujeita à autorização prévia da ANS (art. 35-E da Lei n.º 9.656/98).

- Sob tal encadeamento lógico, o consumidor que atingiu a idade de 60 anos, quer seja antes da vigência do Estatuto do Idoso, quer seja a partir de sua vigência (1º de janeiro de 2004), está sempre amparado contra a abusividade de reajustes das mensalidades com base exclusivamente no alçar da idade de 60 anos, pela própria proteção oferecida pela Lei dos Planos de Saúde e, ainda, por efeito reflexo da Constituição Federal que estabelece norma de defesa do idoso no art. 230.

- A abusividade na variação das contraprestações pecuniárias deverá ser aferida em cada caso concreto, diante dos elementos que o Tribunal de origem dispuser.

- Por fim, destaque-se que não se está aqui alçando o idoso a condição que o coloque à margem do sistema privado de planos de assistência à saúde, porquanto estará ele sujeito a todo o regramento emanado em lei e decorrente das estipulações em contratos que entabular, ressalvada a constatação de abusividade que, como em qualquer contrato de consumo que busca primordialmente o equilíbrio entre as partes, restará afastada por norma de ordem pública. Recurso especial não conhecido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 809329. 3ª T. Relatora: Min. Nancy Andrighi. j. 25 mar. 2008. DOU, 11 abr. 2008)

⁷⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 809329. 3ª T. Relatora: Min. Nancy Andrighi. j. 25 mar. 2008. DOU, 11 abr. 2008

Verifica-se a preocupação do ministro Castro Filho com a questão econômica que envolve a lógica do contrato de plano de saúde, reconhecendo a necessidade de observância do reajuste para que o contrato não se torne deficitário, ao que tudo indica em consonância com as perícias que foram produzidas em outros processos judiciais, apresentadas nestes trabalhos.

Independentemente de se adotar a posição da ministra Nancy Andrichi ou, mesmo, do ministro Castro Filho, o fato é que a ANS também se manifestou sobre a questão da retroatividade do Estatuto do Idoso.

No Ofício 1707/2009/GGEP/DIPRO, a Gerência-Geral Econômico Financeira e Atuarial de Produtos, que está vinculada à Diretoria de Normas e Habilitação de Produtos, da ANS, já introduz estudo demonstrando sua preocupação com a judicialização das questões aqui tratadas:

Tendo em vista a judicialização das questões técnicas referentes ao setor de saúde suplementar, trazendo neste caso a possibilidade da retroação do Estatuto do Idoso aos contratos celebrados antes de 1º de janeiro de 2004, e em atendimento ao Memorando n.º 894/2009/PROGE/GECON/DS, faz-se necessário um estudo sobre o impacto econômico-financeiro sobre as operadoras de plano de saúde e suas respectivas carteiras, caso seja vedado o reajuste por mudança de faixa etária aos beneficiários com idade igual ou superior a 60 anos, independentemente da data em que o contrato foi celebrado.⁷⁶

Diante de tal preocupação, a ANS apresentou estudo cujo objetivo foi verificar qual seria o efeito, ou, nas palavras do próprio parecer, qual seria o impacto econômico-financeiro para as operadoras, valendo a transcrição do objetivo do estudo:

O presente estudo tem por objetivo calcular o impacto econômico-financeiro da não aplicação de reajustes por mudança de faixa etária nas mensalidades dos beneficiários com idade superior a 59 anos em contratos firmados antes de 2004, casos em que havia a previsão contratual desse tipo de reajuste, conforme as regras estabelecidas pela CONSU n.º 06 de 1998.

Face ao prazo exíguo, este estudo pretende apenas apresentar um panorama preliminar do impacto econômico-financeiro da retroação do Estatuto do Idoso.

O estudo delimitar-se-á aos planos de tipo de contratação “Individual ou Familiar” e de segmentação assistencial “Ambulatorial + Hospitalar com Obstetrícia”, “Ambulatorial + Hospitalar com Obstetrícia + Odontológico” e “Referência”, que tiveram NTRP atualizada no ano de 2003.

Os planos selecionados são uma *proxy* para todos os planos contratados

⁷⁶ BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Ofício 1707/2009/GGEP/DIPRO*. 2009.

antes de 2004, tanto novos quanto antigos. [grifos do autor]⁷⁷

A metodologia empregada pela ANS, segundo consta do estudo, consistiu em se empregar o reajuste previsto em todas as faixas etárias previstas na CONSU 6, de 1998, e, em outro cenário, deixou-se de aplicar os citados reajustes.

A conclusão a que chegou a ANS consta integralmente transcrita, até para que não se perca a essência do estudo:

Tendo em vista os resultados apresentados neste estudo, conclui-se que a retroação do Estatuto do Idoso nos planos contratados antes de 1º de janeiro de 2004, poderia provocar um aumento na sinistralidade que chegaria a 3,68% em 2009 e 20,51% em 2029, num cenário prospectivo de envelhecimento dos beneficiários.

Esse aumento na sinistralidade significa uma diminuição da arrecadação concomitantemente a um aumento no custo da carteira. O aumento da sinistralidade se torna maior a cada ano devido ao envelhecimento da população, já que o gasto com saúde é diretamente proporcional à idade.

Em algumas operadoras, cuja carteira apresenta uma grande concentração de idosos, o impacto na sinistralidade poderia ser ainda mais relevante.

Portanto, observa-se que o impacto da retroação do Estatuto do Idoso pode causar um desequilíbrio econômico-financeiro e atuarial na carteira dos planos de saúde, considerando que a precificação dos planos, à época da contratação, foi estabelecida num contexto, em que o pacto intergeracional era feito numa configuração de faixas etárias diferente.⁷⁸

As conclusões apresentadas pela ANS, bem como as constantes nas perícias transcritas, acabam por revelar que a intervenção judicial em casos em que se busca a revisão contratual por suposta onerosidade excessiva ou, mesmo, pela aplicação de lei nova a contratos pretéritos possui um impacto econômico-financeiro que não pode ser desconsiderado.

Não seria demais dizer, pelo que foi exposto e, principalmente, pela avaliação feita pela ANS, que leva em conta o impacto macroeconômico, que a intervenção judicial pode, inequivocamente, gerar a inviabilidade da atividade das operadoras de plano de saúde.

As conclusões periciais e o estudo da ANS também reforçam as conclusões de Gabriel e Pimenta de que “ao decidir um caso, ou ao formular as leis, muitos juristas não possuem o preparo e o conhecimento necessário para maximizar ganhos sociais”.⁷⁹

Em conformidade com o estudo apresentado pela ANS, parece também não ser o mais

⁷⁷ BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Ofício 1707/2009/GGEP/DIPRO*. 2009.

⁷⁸ Ibid.

⁷⁹ GABRIEL, Fábio; PIMENTA, Eduardo Goulart. A interpretação dos contratos de saúde privada sob uma perspectiva de direito & economia *In: FIUZA, César et al (Coord.). Direito civil: teoria e prática do direito privado: atualidades IV*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 452.

indicado que o magistrado, ao se deparar com lides que versam sobre a revisão de reajustes, já forme seu convencimento em favor do consumidor ou, mesmo, da operadora sem antes observar a legislação especial que trata da questão e, também, sem basear sua decisão em estudos atuariais capazes de identificar os impactos coletivos de sua decisão.

A decisão judicial transcrita a seguir busca suportar essa reflexão, na medida em que questiona a revisão pelo Judiciário de reajustes em contratos de plano de saúde sem a ausência de critérios técnicos e com fundamentos vinculados a sentimentalismo:

Soa realmente estranho que um Juiz, sem qualquer elemento de ordem técnica, declare abusiva cláusula de reajuste de preço de um contrato e estabeleça, a seu exclusivo alvedrio, percentual que reputa como adequado para manter o equilíbrio financeiro da avença.

Em que pesem os doutos fundamentos da r. sentença recorrida, são eles, nitidamente, de caráter sentimental, afastados que estão do contrato e da lei.

O contrato firmado entre as partes, em 25/06/2003, estabeleceu: “o custo mensal da assistência médica varia conforme a idade do associado. Quando ocorrer a mudança de faixa etária do associado, será aplicado ajuste conforme a variação do percentual das faixas etárias, especificada na tabela acima” (fl. 20). Segundo referida tabela, o percentual de variação para o associado que ingressasse na faixa de 60 a 69 anos era de 102,92%.

De acordo com os documentos colacionados, o recorrido tinha 55 anos e quatro meses na época da assinatura do contrato e, portanto, foi enquadrado na respectiva faixa etária.

Não obstante seja aplicável o Código de Defesa do Consumidor para regular as relações havidas nos contratos de assistência médica entre os planos de saúde e os seus contratantes, não vislumbro, diferentemente da r. sentenciante, qualquer ofensa aos preceitos da norma consumerista no caso dos autos.

É razoável que os aderentes de faixa etária de maior risco paguem uma contribuição um pouco superior aos de faixa etária de menor risco, pois deve ser considerado o aumento natural na utilização dos serviços contratados com a elevação da faixa etária justificando a variação da contraprestação pecuniária aludida. Tal critério não representa caráter discriminatório em razão da idade, mas de custo do risco assumido.⁸⁰

Interessante notar que a decisão adverte tanto para a necessidade de observância de critérios técnico-financeiros como para o fato de que, ocorrendo o aumento da idade do consumidor, ocorre, naturalmente, o aumento da utilização dos serviços privados de saúde cujos custos também estão aumentando.

Segundo reportagem da revista *VEJA*, “o custo dos serviços médicos pagos pelas operadoras, como cirurgias e internações, sobe num ritmo superior ao da inflação”.⁸¹ Segundo

⁸⁰ MINAS GERAIS. Juizado Especial Cível de Belo Horizonte. *Recurso Inominado* 0024.08.812.257-7. 3ª Turma. Relator: Juiz Delvan Barcelos Júnior. j. 29.10.2008.

⁸¹ O CUSTO dos serviços médicos pagos pelas operadoras, como cirurgias e internações, sobe num ritmo superior ao da inflação. *Veja*, São Paulo, Editora Abril, 2172 ed., ano 43, n. 27, p. 88, 07 jul. 2010.

a reportagem, no período de 2007 a 2009 a inflação médica acumulou 33,4%, enquanto a inflação segundo os índices do IPCA acumulou 15,4%.

Diante de tais constatações, não se mostra adequado, de fato, ignorar os impactos que o Judiciário, como instituição, pode gerar nas empresas que prestam serviços de saúde privados.

É importante lembrar que essas empresas possuem uma função social que não está ligada à prestação de serviços de forma gratuita ou, mesmo, sem que tenham a justa remuneração.

Sobre a função social da empresa, salutar a lição de Alexandre Bueno Cateb:

Função social, contudo, não diz respeito à atuação da empresa perante a sociedade em que atua. Ao contrário, diz respeito à forma como a companhia deve cumprir a função para a qual se propõe. 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 acionistas. Enfim, atendendo às necessidades do mercado e da sociedade. Assim fazendo, a companhia cumpre sua função quando produz, industrializa ou revende as mercadorias ou presta os serviços propostos em seu estatuto.⁸²

Neste contexto, cabe a reflexão de qual seria o papel do particular que presta serviços em saúde. Estaria ele, de fato, como defendido em algumas decisões judiciais, assumindo o ônus estatal de prestar saúde integralmente? Ao que tudo indica, a resposta a esta questão é negativa, seja porque a relação estabelecida entre consumidores e operadoras é fundada em um contrato, justamente para se estabelecer limites aos direitos e deveres das partes, seja pelo fato de que a relação tornar-se-ia inviável, eis que o valor da contraprestação paga pelo consumidor teria que ser tão alta, seguindo-se a lógica atuarial, que ninguém senão poucos consumidores serão capazes de contratar.

⁸² CATEB, Alexandre Bueno. Análise econômica da lei de sociedades anônimas. *In*: TIMM, Luciano Benetti; (Org.). *Direito e economia*. 2. ed. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 268.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do desenvolvimento deste trabalho, debateu-se a questão da evolução da prestação de serviços de saúde, lembrando-se, inclusive, que durante muito tempo ela foi prestada por entidades religiosas e caridosas, fato que não pode ser desconsiderado diante da dificuldade de reconhecer que existe um custo para se fornecer serviços em saúde e que não se mostra ilícito que alguém cobre o justo valor pela prestação de tais serviços.

No sentido de enriquecer este debate, apresentaram-se dados sobre os custos da saúde para o Sistema Único de Saúde, revelando-se, inclusive, o impacto das decisões judiciais para o próprio Estado. Isso possibilita concluir que nem mesmo o Estado, que pode contar com uma receita infinitamente maior à das operadoras de plano de saúde, parece ser capaz de garantir uma saúde universal e integral para todos.

Outra constatação é que a regulação do mercado de saúde suplementar trouxe inúmeros benefícios para o consumidor, já que definiu as obrigações e os direitos de todos os agentes envolvidos no recebimento e na prestação de serviços privados de saúde.

Principalmente para as operadoras de plano de saúde, seja de que espécie for, as obrigações trazidas foram inúmeras, de forma que hoje o consumidor pode contar com uma gama de direitos que tomaram lugar dos inúmeros abusos praticados pelas operadoras e que ficavam impunes no passado. A regulação ainda acabou por trazer para as operadoras o dever de comprovar que possuem a necessária condição técnica, financeira, econômica e física de existência. As normas editadas pela ANS, sem dúvida, trouxeram mais segurança financeira ao mercado, protegendo-se, em última instância, os recursos financeiros coletados dos consumidores e que formam o fundo que irá suportar as despesas assistenciais de que aqueles necessitem.

Apesar do ganho em termos de segurança e solidez no mercado de saúde suplementar, é fato que a regulação também acabou por trazer sério inconveniente: a diminuição do número de operadoras de planos de saúde capazes de suportar o ônus financeiro trazido pela regulação. As inúmeras exigências financeiras trazidas pelas normas editadas pela ANS acabaram por deixar o ambiente econômico propício à formação de oligopólios, conclusão a que se chega pelo próprio exame dos dados divulgados pela ANS, que revelam uma diminuição muito grande do número de operadoras após a regulação. A este respeito, cabe ressaltar que a própria ANS está a estabelecer diálogos com o CADE no sentido de investigar essa situação, e para que o consumidor, obviamente, não sofra com a ausência de

concorrência.

Outro ponto que não se pode deixar de destacar é que, mesmo com o advento da Lei 9.656/98, os conflitos entre operadoras de plano de saúde e consumidores não se encerraram, de forma que já no início da vigência da citada lei, foi interposta uma Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal (1.931-8). Com a suspensão de vigência de alguns dispositivos da Lei 9.656/98, determinada pelo STF gerou-se insegurança jurídica para o já tormentoso mercado de saúde suplementar, de forma que ora decisões continuam a determinar a retroação da Lei, mesmo que por argumentos indiretos, ora determinam que a lei não pode retroagir. Como posto, esta situação não é, nem de longe a ideal e muito menos favorece o desenvolvimento do setor, em face da imprevisibilidade das decisões.

No que diz respeito ao exame das coberturas trazidas pela Lei 9.656/98, o seu exame foi importante no sentido de concluir que existe um limite, imposto pela própria legislação, nas obrigações das operadoras, de forma que estas não se obrigaram, de fato, a prestar saúde de forma integral. Há, nesse sentido, equívoco por parte da doutrina ao se afirmar que o rol de procedimentos médicos editados pela ANS estaria em desconformidade com o art. 10 da Lei 9.656/98.

Relativamente ao exame do fenômeno da constitucionalização do Direito entre particulares, o que se pode verificar é que, inegavelmente, este tem sido um forte argumento por parte da doutrina e da jurisprudência no sentido de concluir que a saúde, como direito fundamental, não poderia ser limitada contratualmente. Contudo, mediante o exame da corrente doutrinária que defende os efeitos indiretos da Constituição nas relações entre particulares, pode-se dizer que esta mostra-se a melhor direção nas relações entre particulares, mesmo porque, no caso brasileiro, ocorreu, por determinação legal, a criação de uma autarquia especial para regular essas relações. Assim, seria, de fato, uma contradição acreditar que a simples aplicação direta da Constituição seria a melhor solução.

Essa situação traria ainda mais insegurança para o mercado de saúde suplementar, na medida em que, juntamente com as cláusulas abertas previstas no Código Civil em vigência, tornar-se-iam uma espécie de cheque em branco nas mãos do magistrado que assim quisesse tratar o arcabouço jurídico posto a sua disposição para decidir.

Até mesmo para se contrapor à ideia de que o particular que atua na prestação de serviços de saúde assume os mesmos deveres do Estado, apresentaram-se os pilares econômicos do contrato de plano de saúde, chamando a atenção, principalmente, para o fato de que este tipo de contrato possui natureza securitária e, portanto, pode ser considerado como

de bases coletivas.

Assim, como as contraprestações pagas pelos consumidores formam um fundo comum a todos para o custeio dos serviços prestados àqueles consumidores que precisam de atendimento médico, e como elas são calculadas em conformidade com a cobertura contratada, não se mostra viável ampliar as coberturas sem que também haja a majoração da contraprestação.

Aliás, a partir da utilização de conceitos da Análise Econômica do Direito, refletiu-se sobre como as decisões judiciais podem servir como incentivos ruins, do ponto de vista econômico, para relações negociais, fato que se observa pela geração de novos custos de transação aos contratos.

Justamente sob tal argumento é que se refletiu sobre a conveniência de se questionar judicialmente um contrato cujos termos já foram aprovados pelo próprio Estado, situação que traz novos custos de transação, questionando-se a eficiência do sistema regulatório/judicial como um todo.

Portanto, questões como os custos de transação e a eficiência econômica podem ajudar a esclarecer que as decisões judiciais não podem limitar-se ao caso concreto, de forma que devem tentar, em suas diretrizes, servir como incentivos econômicos positivos, evitando-se oportunismos econômicos tanto de consumidores quanto de operadoras de plano de saúde.

Finalmente, com a apresentação de perícias realizadas em processos, decisões judiciais e, ainda, um parecer da própria Agência Nacional de Saúde Suplementar, foi possível refletir sobre o que decisões judiciais podem trazer para as operadoras de plano de saúde e para seus consumidores.

As perícias permitiram demonstrar que deixar de respeitar a lógica atuarial do contrato de plano de saúde, especificamente em relação a não observância de reajustes previamente pactuados, pode produzir a inviabilidade do negócio.

Ademais, os trabalhos periciais apresentados nesta dissertação induzem à reflexão de que o magistrado não pode, a seu alvedrio, anular ou fixar um percentual de reajuste sem ter base técnica para tanto, sob pena de se causar desequilíbrio econômico-financeiro ao contrato, que, ao final, acaba sendo suportado pelo fundo monetário formado pelos recursos pagos pelos demais consumidores.

É fato que o lucro é um direito das operadoras de plano de saúde, que não possuem outra função social senão a de fornecer serviços privados de saúde, gerar empregos e pagar impostos. Portanto, há que se avaliar o papel do Poder Judiciário em relação a estas empresas, para que preconceitos e sentimentalismo não tomem o lugar de decisões fundadas em critérios

técnicos.

Não se nega que abusos das operadoras de plano de saúde já ocorreram e ainda ocorrem, o que, por certo, força a existência de uma regulação atenta e eficaz no sentido de oferecer ao consumidor uma efetiva proteção legal.

Ademais, a saúde, como bem maior do indivíduo, deve ser preservada, o que também justifica a regulação estatal dos serviços prestados pelas operadoras de plano de saúde.

Atualmente, existe um grande número de demandas judiciais que envolvem a relação entre consumidores e operadoras de planos de saúde. Tal assertiva baliza-se no fato de que o próprio CNJ já chamou a atenção para este fato, a ponto de ser criado, pelo referido Conselho, um grupo permanente de estudos sobre tais questões.

Cabe ressaltar que o exame detalhado de casos concretos como os expostos neste trabalho deixa evidente que o negócio que envolve o contrato de plano de saúde deve ser tratado na esfera judicial com muita cautela, não se devendo presumir que a conduta da operadora de planos de saúde foi abusiva.

Não há, de fato, como ignorar a lógica mutualística neste tipo de contrato, bem como o fato de que o cálculo atuarial que é feito não pode ser desprezado em nome de princípios sociais, na medida em que este tipo de atitude pode provocar um mal social maior, qual seja, o desaparecimento de uma operadora de plano de saúde.

Ao magistrado resta a árdua tarefa de garantir direitos aos consumidores, mas também de, no ato de concessão deles, tentar equilibrar a relação com as operadoras de plano de saúde. Daí a importância do estudo cada vez mais aprofundado da Análise Econômica do Direito, para que tal ferramenta seja devidamente utilizada na análise de questões judiciais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez, escolha: critérios para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS E TÉCNICAS (ABNT). *NBR10520*. Informação e documentação: citações em documentos: apresentação. São Paulo: ABNT, 2002.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS E TÉCNICAS (ABNT). *NBR14724*. Informação e documentação: trabalhos acadêmicos: apresentação. São Paulo: ABNT, 2005.

BERTRAN, Maria Paula. *Interpretação contratual e análise econômica do direito*. São Paulo: Quarter Latin, 2008.

BITTENCOURT, Fernando Moutinho. GRAÇA, Luis Otávio Barroso da. Decisões judiciais e orçamento público no Brasil: aproximação empírica a uma relação emergente *In*: TIMM, Luciano Benetti (Org.) *Direito fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. *ANS - DIOPS – 2/5/2008 e FIPS – 2/5/2008*. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/portal/upload/informacoesss/folder_ANS-Info_2008.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2011.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Caderno de Informação da Saúde Suplementar: beneficiários, operadoras e planos*. Rio de Janeiro, ANS, mar. 2011.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. *CADOP/ANS/MS – 12/2010 e SIB/ANS/MS – 12/2010*. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Perfil_setor/Caderno_informacao_saude_suplementar/2010_mes12_caderno_informacao.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2011.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Capital mínimo para empresa que atua como medicina de grupo em regiões como São Paulo, Rio de Janeiro e Minas Gerais*. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/data/files/8A9588D42670BEE0012670DB05C95C1D/RN209_anexos.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2011.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. *DIOPS/ANS/MS - 04/04/2011 e FIP – 12/2006*. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Perfil_setor/Caderno_informacao_saude_suplementar/2011_mes04_caderno_informacao.pdf>. Acesso em: 03 mai. 2011.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Instrução Normativa 23*, de 1 de dezembro de 2009. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/modules/mod_legislacao/exibir/texto_lei.php?id=1554>. Acesso em 03 de mai. 2011.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Ofício 1707/2009/GGEP/DIPRO*. 2009.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Resolução Normativa 100*. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/modules/mod_legislacao/exibir/texto_lei.php?id=953>. Acesso em: 19 fev. 2011.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Resolução Normativa 211*. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/images/stories/Legislacao/rn/anexo_rn211.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2011.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Resolução Normativa 191*, de 08 de maio de 2009. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/images/stories/Legislacao/rn/anexo_rn191.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2011.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Resolução Normativa 195*, de 14 de julho de 2009. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/modules/mod_legislacao/exibir/texto_lei.php?id=1458>. Acesso em: 03 mar. 2011.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Rol de Procedimentos - Cobertura Assistencial Obrigatória*. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/index.php/aans/perguntas-frequentes/outras-perguntas/247-rol-de-procedimentos-cobertura-assistencial-obrigatoria>>. Acesso em: 19 fev 2011.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Rol de procedimentos vigente*. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/index.php/planos-de-saude-e-operadoras/espaco-do-consumidor/441-rol-de-procedimentos>>. Acesso em: 20 abr. 2011.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Prêmio de Estatísticas Judiciárias é entregue em São Paulo*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/8596-premio-de-estatisticas-judiciarias-e-entregue-em-sao-paulo>>. Acesso em: 19 fev. 2011.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Saúde e Meio Ambiente*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/prog-ramas-de-a-a-z/saude-e-meio-ambiente>>. Acesso em: 12 jun. 2011.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *TJBA lança Projeto Começar de Novo em Valença*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=0560:resolucao-no-107-de-06-de-abril-de-2010&catid=57:resolucoes&Itemid=512>. Acesso em: 07 fev. 2011.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 26 jan. 2011.

BRASIL. *Lei 10.741*, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10741.htm>. Acesso em: 12 abr. 2011.

BRASIL. *Lei 8.080*, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <<http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/lei8080.pdf>>. Acesso em 04 fev. 2011.

BRASIL. *Lei 9.656*, de 3 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: 23 fev. 2011.

BRASIL. Ministério da Previdência Social. *Contabilidade Aplicada RPPS*. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/docs/CcontabilidadeAplicadaRPPS.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2011.

BRASIL. Ministério da Saúde. *O que é SUS?* Disponível em <http://portal.saude.gov.br/portal/saude/cidadao/area.cfm?id_area=1395>. Acesso em: 02 fev 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 809329. 3ª T. Relatora: Min. Nancy Andrighi. j. 25 mar. 2008. *DOU*, 11 abr. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Suspensão de Tutela Antecipada 175. Pleno. Relator: Min. Gilmar Mendes. j. 17 mar. 2010. *DOU*, 30 abr. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 1931-8*. Relator: Min. Maurício Correa. Disponível em: <<http://www.segurado.com.br/pdf/adin.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Audiência Pública – Saúde*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma>>. Acesso em: 07 fev. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial n. 508.492-RS. 4ª T. Relator: Min. Barros Monteiro, unânime. *DJU*, 13 out. 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 407.688/SP. Pleno. Relator: Min. Cezar Peluso. j. 08 fev. 2006. *DOU*, 06 out. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ressarcimento ao SUS por atendimento de pacientes de planos de saúde é tema de repercussão geral*. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNotciaDetalhe.asp?idConteudo=169138>>. Acesso em: 01 mar. 2011.

CASTRO, Marinella. Consumidor gasta com plano de saúde e com médico. *Estado de Minas*, 20 abr. 2011 Disponível em <http://www.em.com.br/app/noticia/economia/2011/04/20/internas_economia,222828/consumidor-gasta-com-plano-de-saude-e-com-medico.shtml>. Acesso em: 22 abr. 2011.

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

CONDE, Luiz Felipe. *Ressarcimento ao SUS à luz do Direito*. 2004. 182 f. Dissertação (Mestrado). Escola Nacional de Saúde Pública – Rio de Janeiro. Disponível em <http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Materiais_por_assunto/Dissertacoes_Ressarcimento_ao_SUS_a_luz_do_Direito.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2011.

COOTER, Robert. ULLEN, Thomas. *Direito e economia*. Tradução: Luis Marcos Sander, Francisco de Araújo Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

COSTA JÚNIOR, Álvaro Pereira Sampaio; SILVA, Rafael Silveira e. Como medir o impacto das decisões do Judiciário sobre a implementação da política regulatória?. *Caderno de Finanças Públicas/Escola de Administração Fazendária*. ESAF, Brasília, n. 9, p. 103-135, dez. 2009. Disponível em <http://www.esaf.fazenda.gov.br/esafsite/Biblioteca/arquivos/cadernos/artigo_3.pdf>. Acesso em: 01 mai. 2011.

COSTA, Geraldo de Faria Martins da. *Consumidor e profissional: contraposição jurídica básica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

COSTA, Raymundo. *Plano terá de ressarcir SUS, diz Padilha*. Disponível em: <<http://www.valoronline.com.br/impresso/primeira-pagina/3021/395612/plano-tera-que-ressarcir-sus-diz-padilha>>. Acesso em: 12 mar. 2011.

DRUCK, Tatiana Oliveira. O novo direito obrigacional e os contratos. In: TIMM, Luciano Benetti (Coord.) *Direito de empresa e contratos*. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

DUARTE, Cristiane Maria Rebelais. *UNIMED: história e características da cooperativa de trabalho médico no país*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csp/v17n4/5306.pdf>>. Acesso em: 25 jan. 2011.

FERNANDES NETO, Antônio Joaquim. *Planos de saúde e direito do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

FERRON, Fabiana. *Planos privados de assistência à saúde: Lei nº 9.656 de 03 de junho de 1998*. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2001.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de direito de saúde suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde*. São Paulo: MP, 2006.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.) *Direito fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GABRIEL, Fábio; PIMENTA, Eduardo Goulart. A interpretação dos contratos de saúde privada sob uma perspectiva de direito & economia In: FIUZA, César et al (Coord.). *Direito civil: teoria e prática do direito privado: atualidades IV*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GUANDALINI JÚNIOR. Entre o véu e a espada – Marx, Foucault e o discurso jurídico. *EOS* – Revista Jurídica da Faculdade de Direito/Faculdade Dom Bosco. Núcleo de pesquisa do curso de Direito. Faculdade Dom Bosco, Curitiba, v. 2, n. 1, p. 104-111, jan/jun. 2008. Disponível em: <http://www.domboscoonline.com.br/faculdade/revista_direito/3edicao/3a%20edição%20completa.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2010.

HISTÓRIA DO MUNDO. *Idade Média: A baixa Idade Média*. Disponível em: <<http://www.historiadomundo.com.br/idade-media/baixa-idade-media.htm>>. Acesso em: 23 out. 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LIMA, Carolina Ribeiro Garcia Montai de; LIMA, Rogério Montai de. *Segurança jurídica nos contratos de plano de saúde*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2009.

MACIEL, José Fábio Rodrigues. *Teoria geral do direito: segurança, valor, hermenêutica, princípios, sistema*. São Paulo: Saraiva, 2004.

MARTINS, João Marcos Brito. *Aspectos da lei antitruste – lei 8.884 de 11 de junho de 1994. A determinação do mercado relevante em seguros*. Disponível em: <<http://www.estacio.br/gaduacao/direito/revista/revista3/artigo16.htm>> Acesso em: 27 jan. 2011.

MARTINS, Thiago Penido. *A eficácia do direito fundamental à saúde nas relações jurídicas entre operadoras de planos de assistência à saúde e seus beneficiários*. 2010. 227 f. Dissertação (mestrado). Faculdade de Direito Milton Campos. Nova Lima.

MINAS GERAIS. Juizado Especial Cível de Belo Horizonte. *Recurso Inominado* 0024.08.812.257-7. 3ª Turma. Relator: Juiz Delvan Barcelos Júnior. j. 29.10.2008.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado. *Ação Civil Coletiva* 0024.99.184.457-2. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado.jsp?txtProcesso=0024.99.184.457-2&comrCodigo=0024&numero=1&listaProcessos=99184457&select=1>. Acesso em: 22 mai. 2011.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado. Agravo de Instrumento 1.0155.09.022991-7/001. 08ª Câmara Cível Relator: Des. Vieira de Brito. j. 28 jan. 2010. *DJMG*, 09 jun. 2010.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado. Agravo de Instrumento 0458953-06.2010.8.13.0000. 08ª Câmara Cível. Relator : Des. Bitterncourt Marcondes. j. 11 nov. 2010. *DJMG*, 19 jan. 2011.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado. *Apelação Cível* 1.0024.04.384.905-8/002 (1). 09ª Câmara Cível Relator: Des. Tarcísio Martins Costa. j. 03 nov. 2009.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado. *Apelação Cível* 1.0024.07.426137-1/001. 10ª Câmara Cível. Relator: Des. Gutemberg da Mota e Silva. j. 14 dez. 2010. *DJMG*, 14 jan. 2011.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado. *Apelação Cível* 1.0024.05.780011-2/001(1). 11ª Câmara Cível. Relator: Marcelo Rodrigues. j. 18 jul. 2007.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado. *Apelação Cível* 1.0024.06.009.294-7. 17ª Câmara Cível. Relator: Des. Irmair Ferreira. j. 30 ago. 2007.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado. *Apelação Cível* 1.0103.08.006662-6/001(1). 14ª Câmara Cível. Relator: Des. Valdez Leite Machado. j. 23 jul. 2009. *DJ*, 18 ago. 2009.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado. *Apelação Cível* 1.0145.07.432543-5/001(1). 10ª Câmara Cível. Relatora: Desembargadora Electra Benevides. j. 14 abr. 2009. *DJMG*, 06 mai. 2009.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado. *Apelação Cível* 1.0390.06.013.889-3/001(1). Relator: Des. Pereira da Silva. j. 29 set. 2009.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado. *Apelação Cível* 1.10145.08.470465-2/003(1). 16ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Batista de Abreu. j. 11 ago. 10. *DJMG*, 19 nov. 2010.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado. *Apelação Cível* 2.0000.00.442.496-4/000(1). 14ª Câmara Cível. Relator: Des. Valdez Leite Machado. j. 01 set. 2005. *DJMG*, 20 set. 2005.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado. *Apelação Cível* 2.0000.00.350048-1/000. Relatora: Des. Maria Elza. j. 27 fev. 2002.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado. Mandado de Segurança 1.0324.08.068720-9/001. 03ª Câmara Cível. Relator: Des. Kildare Carvalho. j. 25 fev.2010. *DJMG*, 28 abr. 2010.

MONTONE, Januário. *Planos de saúde: passado e futuro*. Rio de Janeiro: Medbook, 2009.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Atlas: 2004.

O CUSTO da saúde. Veja, São Paulo, Editora Abril. 2060 ed., ano 41, n. 19, p. 95, 14 mai. 2008.

O CUSTO dos serviços médicos pagos pelas operadoras, como cirurgias e internações, sobe num ritmo superior ao da inflação. Veja, São Paulo, Editora Abril, 2172 ed., ano 43, n. 27, p. 88, 07 jul. 2010.

PINHEIRO, Armando C. SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PINHEIRO, Armando Castelar. Direito e economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto? In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008.

PINHO, Cláudia A. A Agência Nacional de Saúde Suplementar: 10 anos depois do marco regulatório – avanços e desacertos In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de (Coord.). *Direito econômico: evolução e institutos*. Obra em homenagem ao Professor João Bosco Leopoldino da Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PIRES, Danielle da Silva. SOUZA, Jordana Miranda. *Relatório da pesquisa coletiva de jurisprudência*. UNIMED BH. Judicialização da saúde. Belo Horizonte: UNIMED, 2008, v. 2.

PLANO de saúde reduz reembolso ao SUS. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/867084-plano-de-saude-reduz-reembolso-ao-sus.shtml>>. Acesso em: 01 fev. 2011.

POSNER, Richard. *A economia da justiça*. Tradução: Evando Ferreira e Silva. Revisão da tradução: Aníbal Mari. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

POSNER, Richard. *Economics analysis of Law*. 5. ed. New York: Aspen Law and Business, 1996.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado. Apelação Cível 0372511-03.2009.8.19.0001. 16ª Câmara Cível. Relator: Des. Miguel Ângelo Barros. j. 16 nov. 2010. DJ, 03 dez. 2010. Disponível em: <<http://srv85.tjrj.jus.br/ConsultaDocGedWeb/faces/ResourceLoader.jsp?idDocumento=00036AC10BD04BA0F579334FF6B29EDA88DB2EC402500B46>>. Acesso em: 05 abr. 2011.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado. *Apelação Cível* 2008.00119756. 1ª Câmara Cível. Relatora: Maria Augusta Vaz M. de Figueiredo. j. 30 set. 2008.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da coisa julgada e o vício da inconstitucionalidade. *In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada – Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.*

ROCHA, Janes; MOURA, Paola de; MAGALHÃES, Heloísa. *ANS estuda incentivos à concorrência*. Disponível em: <<http://www.valoronline.com.br/impresso/empresas/102/386920/ans-estuda-incentivos-a-concorrencia>>. Acesso em: 21 fev. 2011.

SALAMA, Bruno Meyerhof. Apresentação. *In: SALAMA, Bruno Meyerhof (Org.). Direito e economia: textos escolhidos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é Direito e Economia *In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direito e Economia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SAMPAIO JÚNIOR, Rodolpho Barreto. A cláusula geral da função social dos contratos: entre um sistema aberto e um sistema impositivo. *In: CONPEDI, 2008, Florianópolis. Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do Conpedi. 1 ed. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2008, v. 1.*

SAMPAIO JÚNIOR, Rodolpho Barreto. *Da liberdade ao controle: os riscos do novo direito civil brasileiro*. 2007. 214 f. Tese (doutorado). Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte.

SAMPAIO, Aurisvaldo Melo. *O regime jurídico dos contratos de plano de saúde e a proteção do sujeito mais fraco das relações de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no Direito Constitucional Brasileiro. *In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada – Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.*

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel Antônio de Moraes. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SCAFF, Fernando Campos. *Direito à saúde no âmbito privado*. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

SILVA, Joseana Suzart Lopes da. *Planos de saúde e boa-fé objetiva: uma abordagem crítica sobre os reajustes abusivos*. Salvador: JusPodium, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002.

SZTAJN, Raquel. Law and Economics *In*: STAJN, Raquel; ZYLBERSZTAJN, Décio (Org.). *Direito & economia: análise econômica do Direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

TIMM, Luciano Benetti (Coord.) *Direito de empresa e contratos*. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

TIMM, Luciano Benetti (Org.) *Direito e economia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TIMM, Luciano Benetti (Org.) *Direito fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010.

TIMM, Luciano Benetti. 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*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TIMM, Luciano Benetti. *Arbitragem nos contratos empresariais, internacionais e governamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TIMM, Luciano Benetti. Custo de transação no contrato de seguro: proteger o segurado é socialmente desejável? *In:* TIMM, Luciano Benetti. *O novo direito civil: ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

VASCONCELOS, Ronaldo. Nova disciplina jurídica das empresas em crise: análise do direito falimentar e de recuperação de empresas à luz do movimento de “Law & Economics *In:* PEREIRA, Guilherme Teixeira (Coord.). *Direito societário e empresarial: reflexões jurídicas*. São Paulo: Quarter Latin, 2009.

VENDRAMINI, Luiz Fernando. *Metodologia para precificação de planos de assistência à saúde: um enfoque estatístico, atuarial e financeiro*. 2001. 186 f. Dissertação (mestrado). Universidade de Extremadura, Espanha, FAESP/IPCA, Curitiba.

ZANITELLI, Leandro Martins. A regulação dos planos de saúde no Brasil e os princípios da solidariedade e da justiça atuarial: algumas considerações em torno da assimetria normativa *In:* TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.