

AMANDA SALIS GUAZZELLI

**A busca da justiça distributiva no Judiciário por meio das relações
contratuais: uma análise a partir dos planos de saúde**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo para obtenção do
título de Mestre em Direito

Área de Concentração: Direito Econômico e
Financeiro

Orientador: Professor Associado Dr. Diogo R.
Coutinho

SÃO PAULO

2013

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Guazzelli, Amanda Salis.

G954b A busca da justiça distributiva no Judiciário por meio das relações contratuais : uma análise a partir dos planos de saúde / Amanda Salis Guazzelli. - - São Paulo: USP / Faculdade de Direito, 2013.

143 f.

Orientador: Prof. Dr. Diogo Rosenthal Coutinho
Dissertação (Mestrado), Universidade de São Paulo, USP, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2013.

1. Poder Judiciário. 2. Direito à Saúde. 3. Planos de Sistema de Saúde. 4. Contratos. 5. Saúde Suplementar. I. Coutinho, Diogo Rosenthal. II. Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU 368.382(043)

Nome: GUAZZELLI, Amanda Salis.

Título: A busca da justiça distributiva no Judiciário por meio das relações contratuais:
uma análise a partir dos planos de saúde

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo para obtenção do
título de Mestre em Direito

Aprovada em:

Banca Examinadora:

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, gostaria de agradecer ao meu orientador, Prof. Diogo R. Coutinho, pela confiança depositada desde a primeira entrevista. Por todo o auxílio incomensurável prestado mesmo antes da efetivação da minha matrícula na pós-graduação. Agradeço, também, pela orientação de fato e por me despertar o ânimo em seguir permanentemente na carreira acadêmica.

Sou grata, também, aos Professores Marcos Paulo Veríssimo e Octávio Ferraz pelas valiosas observações e sugestões feitas ao trabalho, bem como pela segurança passada na banca de qualificação. Foram cruciais ao desenvolvimento da dissertação.

Aos colegas de mestrado, agradeço pelas descobertas, angústias e satisfações compartilhadas. A Paula Gorzoni, Marcelo Pacheco, Nathália Miziara, Paulo Casagrande, Flávia Annenberg, Flávia dos Santos, João Lima, Jonas Couto e Pedro de Paula e tantos outros que se dispuseram a ler o projeto de pesquisa, apontando suas fragilidades e permitindo, assim, o refinamento da pesquisa. Aqui se insere a grande iniciativa dos Professores Diogo R. Coutinho e Virgílio Afonso da Silva em promover com seus orientandos seminários de pesquisa para a discussão dos projetos. Em especial, gostaria de agradecer a amizade, que em muito ultrapassou as Arcadas, da Caroline Medeiros Rocha.

Ao time do BLS Advogados, agradeço pelo ambiente proporcionado e pela valorização da carreira acadêmica. Ao Juliano Battella, pelo incentivo e suporte constantes. Ao André Jacques Uchôa Costa, pela valiosa interlocução e contraposição.

Às amigas que trago desde a faculdade Heloísa Ramos, Isadora Telli, Marcela Savonitti, Martha Leão e Vanessa Dexheimer, sou grata pela amizade na mais ampla acepção do termo. À Vanessa agradeço também a revisão do texto.

Por último, agradeço à minha mãe e à minha irmã, porque elas não foram fundamentais apenas neste projeto, mas o são em todos. São a condição sem a qual nada. Nada seria possível. Nada seria tão divertido. Nada valeria tanto a pena.

In framing an ideal we may assume what we wish, but should avoid impossibilities.

Aristóteles

RESUMO

A partir da Constituição Federal de 1988, são introduzidos novos contornos ao ordenamento jurídico brasileiro. O texto constitucional incorpora diversos direitos sociais e dá caráter normativo a princípios de justiça social. No direito privado, verifica-se, também, a introdução de um conteúdo social por meio da inserção de cláusulas gerais na legislação infraconstitucional, especialmente no que diz respeito aos contratos. Nesse novo quadro institucional, o Poder Judiciário passa a ocupar lugar de destaque, pois há um deslocamento de decisões políticas e sociais dos Poderes Legislativo e Executivo para o Judiciário. Observa-se um crescimento exponencial da judicialização de casos envolvendo os direitos sociais, principalmente no que tange a questões relacionadas à saúde. A judicialização tem atingido também as relações contratuais entre particulares. Todavia, nessa atuação do Judiciário podem ser identificados problemas, como a falta de preocupação com os impactos produzidos pelas decisões na sociedade. Dentro desse contexto, o objetivo do presente trabalho é analisar empiricamente a forma como os ministros do Superior Tribunal de Justiça decidem conflitos contratuais no campo da saúde suplementar. Para tanto, a primeira parte do trabalho é dedicada à caracterização e contextualização do setor da saúde suplementar brasileiro. Após, relato de forma breve o histórico de sua regulamentação. A segunda parte do trabalho aborda os principais aspectos jurídicos e econômicos que envolvem os contratos de plano de saúde. Na terceira parte, são apresentados os resultados quantitativos obtidos a partir de coleta e sistematização de dados das decisões judiciais analisadas. Por fim, na quarta e última parte do trabalho, é feito um esforço de reflexão crítica acerca dos argumentos trazidos pelos ministros do STJ, a luz, principalmente, da literatura de análise econômica do direito, sendo verificado se há alguma relação, ainda que hipotética, entre a forma de decidir dos juízes e possíveis efeitos socioeconômicos apontados pela doutrina.

Palavras-chave: judicialização, direitos sociais, direito à saúde, planos de saúde, saúde suplementar, contratos, análise econômica do direito, justiça distributiva, consequentialismo.

ABSTRACT

From the 1988 Brazilian Constitution, are introduced alterations in the Brazilian legal system. The Constitution incorporates many social rights and gives normative character to principles of social justice. In private law, there is also the introduction of a social content through insertion of general terms in the infra-constitutional legislation, especially as regards contracts. In this new institutional framework, the Judiciary holds a prominent place, because there is a shift of political and social decisions of the Legislative and Executive to the Judiciary. There is an exponential growth of judicialization of cases involving social rights, especially in regard to health issues. The judicialization has also reached the contractual relations among individuals. However, problems can be identified in this proceeding of the Judiciary, such as lack of concern about the impacts of the decisions in society. In this context, the aim of this study is to analyze empirically how the justices of the Superior Court of Justice decide contract disputes in the private healthcare sector. In order to do such, the first part of the work is dedicated to the characterization and contextualization of Brazilian private healthcare sector. After, it is briefly presented the history of its regulation. The second part addresses the main legal and economic aspects involving health insurance contracts. In the third part, I present the quantitative results obtained from data collection and systematization of judicial decisions analyzed. Finally, in the fourth and final part of the work, a critic effort is made to analyze the arguments brought by justices of the Superior Court of Justice, in the light of the economic analysis of law, and also examined whether there is any relationship, even though hypothetical, between how the judges decide possible socioeconomic effects pointed by doctrine.

Keywords: judicialization, social rights, the right to health, private health insurances, contracts, economic analysis of law, distributive justice, consequentialism.

LISTA DE GRÁFICOS

GRÁFICO 1	– Percentual de pessoas, na população residente, com cobertura de plano de saúde, segundo as classes de rendimento mensal domiciliar <i>per capita</i>	33
GRÁFICO 2	– Planos de saúde por data de contratação.....	40
GRÁFICO 3	– Tribunal de 2ª Instância.....	76
GRÁFICO 4	– Operadoras Demandadas.....	80
GRÁFICO 5	– Forma de Contratação do Plano de Saúde.....	81
GRÁFICO 6	– Data de Contratação do Plano de Saúde.....	83
GRÁFICO 7	– Principais Coberturas Contratuais Demandadas.....	85
GRÁFICO 8	– Resultado no STJ.....	86
GRÁFICO 9	– Resultado em 2ª Instância.....	87
GRÁFICO 10	– Resultado em 1ª Instância.....	87
GRÁFICO 11	– Legislação Citada.....	88
GRÁFICO 12	– Argumentos favoráveis aos usuários.....	90
GRÁFICO 13	– Argumentos favoráveis às operadoras.....	92
GRÁFICO 14	– Operadoras em atividade (1999 - 2012).....	119

LISTA DE TABELAS

TABELA 1	– Usuários de planos de saúde por Região e Unidade da Federação.....	32
TABELA 2	– Participação percentual e posição relativa do PIB das Unidades da Federação (2006-2009)	77
TABELA 3	– PIB, população residente e PIB per capita, segundo as Grandes Regiões e as Unidades da Federação (2009).....	78
TABELA 4	– Resultado dos acórdãos por cobertura contratual demandada.....	87
TABELA 5	– Argumentos genéricos favoráveis aos usuários.....	91
TABELA 6	– Argumentos específicos favoráveis ao usuário.....	91
TABELA 7	– Receita de contraprestações das operadoras de planos de saúde (2006-2011).....	119
TABELA 8	– Despesa assistencial das operadoras de planos de saúde (2006-2011)..	119

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ABRAMGE	Associação Brasileira de Medicina de Grupo
ANS	Agência Nacional de Saúde Suplementar
CAP	Caixa de Aposentadoria e Pensão
CASSI	Caixa de Assistência aos Funcionários do Banco do Brasil
CC	Código Civil
CF	Constituição Federal
CID	Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNSP	Conselho Nacional de Seguros Privados
CONSU	Conselho Nacional de Saúde Suplementar
CPI	Comissão Parlamentar de Inquérito
DESAS	Departamento de Assistência à Saúde
FENASEG	Federação Nacional de Empresas de Seguros Privados e de Capitalização
IAP	Instituto de Aposentadoria e Pensão
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
IDEC	Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor
INAMPS	Instituto Nacional de Assistência Médica e Previdência Social
INPS	Instituto Nacional de Previdência Social
IPEA	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
LICC	Lei de Introdução ao Código Civil
OCDE	Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OMS	Organização Mundial de Saúde
PIB	Produto Interno Bruto
PNAD	Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio
REsp	Recurso Especial
SAS	Secretaria de Assistência à Saúde
SEAE	Secretaria de Acompanhamento 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 dos Seguros Privados

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
Por que Superior Tribunal de Justiça?	20
Método	21
PARTE I - CONTEXTUALIZAÇÃO DO SETOR DA SAÚDE SUPLEMENTAR.....	24
1. Caracterização do setor: conceitos e terminologias	24
1.1. Atores	26
1.1.1. As operadoras	27
1.1.2. Os usuários.....	31
1.2. Produto.....	33
1.2.1. Regime de contratação.....	35
1.2.2. Data de contratação.....	38
1.2.2.1. Adaptação.....	40
1.2.3. Segmentação da cobertura assistencial	40
2. Breve histórico da regulamentação do setor	42
2.1. Marco regulatório do setor: Lei n. 9.656/98	45
2.2. Principais inovações implementadas pela Lei n. 9.656/98	47
2.3. Órgãos reguladores e organização institucional	49
2.3.1. Conselho de Saúde Suplementar – CONSU	50
2.3.2. Agência Nacional da Saúde Suplementar – ANS.....	51
PARTE II - O CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE: ASPECTOS JURÍDICOS E ECONÔMICOS ..	53
1. Mutualismo	57
2. Assimetria de informações.....	58
2.1. Seleção adversa.....	60
2.2. Risco moral	61
3. Breves contornos da evolução da teoria jurídica do direito contratual	62
4. Elementos jurídicos dos contratos de plano de saúde	65
4.1. Contrato de adesão	66
4.2. O Código de Defesa do Consumidor e os planos de saúde.....	70

PARTE III - A JURISPRUDÊNCIA NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOBRE COBERTURA CONTRATUAL EM PLANOS DE SAÚDE	73
1. Titularidade das ações	74
2. Tribunal de segunda instância	76
3. Operadoras demandadas	80
4. Regime de contratação dos planos de saúde	81
5. Data de contratação dos planos	83
6. Cobertura contratual demandada	84
7. Resultado das ações	85
8. Fundamentação das decisões	87
8.1. Legislação citada.....	88
8.2. Argumentos substantivos ou discursos utilizados.....	88
PARTE IV - A BUSCA DA JUSTIÇA DISTRIBUTIVA NO JUDICIÁRIO POR MEIO DAS RELAÇÕES CONTRATUAIS: ANÁLISE CRÍTICA DOS ARGUMENTOS DOS MINISTROS DO STJ.....	93
1. Como os ministros do STJ decidem?.....	95
1.1. Direito à saúde do consumidor <i>versus</i> interesse patrimonial da operadora	97
1.2. Transferência das obrigações do Estado à iniciativa privada no setor da saúde suplementar	99
1.3. Doenças preexistentes	102
1.4. Cláusulas abusivas <i>versus</i> cláusulas restritivas nos contratos de adesão.....	104
1.5. Planos antigos: o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a possibilidade de adaptação	105
1.6. Eficácia ou necessidade do tratamento	108
2. A busca da justiça distributiva no Judiciário	109
2.1. As possíveis distorções econômicas no setor da saúde suplementar	111
2.1.1. Indivíduo <i>versus</i> coletividade	114
2.1.2. A sustentabilidade das operadoras	117
2.2. Vantagens e benefícios da judicialização da saúde suplementar	120
CONCLUSÕES	123
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	126
APÊNDICE A – QUESTIONÁRIO APLICADO NA ANÁLISE DAS DECISÕES JUDICIAIS.....	139
APÊNDICE B – RELAÇÃO DOS ACÓRDÃOS DO STJ ANALISADOS	142

INTRODUÇÃO

Nos últimos tempos, o termo “judicialização” tem sido incorporado com frequência, cada vez maior, nos trabalhos acadêmicos da área jurídica¹ e, inclusive, de outras áreas das ciências sociais. A expressão, que não possui ainda definição nos dicionários e sequer está catalogada no Vocabulário Ortográfico da Língua Portuguesa, designa, de um modo geral, o fenômeno de deslocamento de decisões políticas e sociais dos Poderes Legislativo e Executivo para o Poder Judiciário.

O fenômeno não é – tampouco o termo – peculiaridade de nosso país.² Ele possui múltiplas causas. Todavia, no Brasil, pode-se dizer que a Constituição Federal, promulgada em 1988, exerce papel central nesse contexto. Além de possuir um extenso rol de direitos sociais e de dar caráter normativo a princípios de justiça social, a Constituição brasileira traz a garantia de inafastabilidade da jurisdição, ou seja, cabe recurso ao Judiciário sempre que houver ameaça ou lesão a direitos particulares.³ Sendo assim, não há matéria, por sua natureza, que seja, desde logo, vedada à apreciação do Judiciário.

¹ Apenas para citar alguns trabalhos que possuem o termo em seu título: BADIN, Arthur Sanchez. *Controle judicial das políticas públicas: contribuição ao estudo do tema da judicialização da política pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K. Komesar*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2011; BARROSO, Luis Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/38245>. Acesso em: 27 out. 2011; BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf. Acesso em: 03 nov. 2012; PIRES, Danielle, da Silva; AGUIAR, Lívia Campos de; SCAFF, Fernando Facury. *A efetivação dos direitos sociais no Brasil: garantias constitucionais de financiamento e judicialização*. São Paulo: Quartier Latin, 2010; SOUZA, Jordana Miranda (coord.). *A judicialização da saúde suplementar*. Unimed Belo Horizonte, 2008; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010; VERÍSSIMO, Marcos Paulo. *A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil: o processo judicial no pós-1998*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2006; YOSHINAGA, Juliana Yumi. *Judicialização do direito à saúde: a experiência do Estado de São Paulo na adoção de estratégias judiciais e extrajudiciais para lidar com esta realidade*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Salvador, vol. 24, dez./jan./fev., 2011.

² FERJOHN, John. *Judicializing politics, politicizing law*. Law and Contemporary Problems, vol. 65, n. 3. pp. 41-67; HIRSCHL, Ran. *The judicialization of mega-politics and the rise of political courts*. Annual Review of Political Science, vol. 11, 2008. Disponível em: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1138008>. Acesso em: 20 set. 2012.

³ 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:*

(...)

XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Diversos tipos de conflitos são abarcados pela ideia de judicialização da política, como bem salienta Marcos Paulo Veríssimo.⁴ Ao presente trabalho, interessam dois dos problemas mencionados pelo autor, quais sejam, “a formulação de demandas buscando a efetivação judicial de direitos humanos de cunho social e econômico” inseridos na Constituição e “a introdução de uma racionalidade político-ideológica no discurso judicial, permeada por noções de justiça social ou por outras noções congêneres”.

A partir de 1988, com os novos contornos do quadro institucional brasileiro, em que o Judiciário passa a ocupar lugar de destaque, observa-se um crescimento exponencial de ações judiciais envolvendo os direitos sociais, principalmente no que tange a questões relacionadas à saúde. Segundo estudo realizado por Florian Hoffmann e Fernando Bentes,⁵ antes de 2000, não eram ajuizadas, por ano, mais do que 200 ações relacionadas à saúde, tanto no setor público como no setor privado, em estados brasileiros mais desenvolvidos, como Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul. Esse número, todavia, passou a crescer vertiginosamente a partir de 2002, superando a marca de 1.600 ações propostas por ano em 2004, nesses mesmos estados.

No campo da educação, de acordo com os autores, é possível identificar picos claros e altos do número de ações ajuizadas posteriormente ao ano de 1999. No Rio de Janeiro, por exemplo, antes de 1999, os ajuizamentos não superavam 10 ações por ano; já, durante os anos de 2000 e 2004, chegaram a ser propostos 50 e 40 processos, respectivamente. Todavia, diferentemente do que ocorre na área da saúde, não é possível estabelecer uma tendência consistente de aumento progressivo do número de ações.

⁴ O autor enumera os seguintes exemplos: “(i) a crescente interferência judicial em políticas públicas formuladas pelo executivo, (ii) a revisão de textos legais com fundamento em mecanismos diversos de controle de constitucionalidade das leis, (iii) a formulação de demandas buscando a efetivação judicial de direitos humanos de cunho social e econômico, inseridos em Constituições social-democratas e tratados internacionais, (iv) a introdução de uma racionalidade político-ideológica no discurso judicial, permeada por noções de justiça social ou por outras noções congêneres; (v) a organização de certas categorias ligadas aos setores judiciários em órgãos classistas, (vi) a adoção de procedimentos de tipo judicial em órgãos executivos e legislativos, (vii) a criação de instâncias supra-nacionais de resolução de conflitos e produção de políticas públicas, como é o caso do Tribunal de Justiça das Comunidades Européias, ou das Cortes de Strasburgo e (em menor medida) San Jose da Costa Rica, etc.” (*Op. cit.* p. 24).

⁵ HOFFMANN, Florian; BENTES, Fernando. *Accountability for social and economic rights in Brazil*. In: GAURI, Varun.; BRINKS, Daniel M. (org.). *Courting Social Justice: judicial enforcement of social and economic rights in the developing world*. Cambridge University Press, 2008, p. 117.

O tema não é novidade na saúde pública.⁶ As decisões de ações judiciais em que indivíduos acionam o Poder Executivo diante da falta de prestação por este de um direito social passaram a provocar impacto sobre a saúde financeira dos entes federados, levando o assunto a uma posição de destaque. O debate é feito sob diversos prismas, tais como a separação dos poderes, a democracia, a legitimidade e a capacidade institucional do Poder Judiciário, centrando-se no binômio indivíduo-Estado. É possível observar um sensível avanço no tema, sendo desenvolvidas, com maior especialização, teorias como a reserva do possível.⁷

Na presente pesquisa, porém, o tema será analisado sob um enfoque diferente. A judicialização tem atingido também as relações contratuais entre particulares. O debate sobre saúde, fortemente influenciado pelo direito constitucional à saúde, tem se expandido para o setor da assistência privada à saúde. E muitos juízes⁸ – assim como vários

⁶ Pode-se citar, a título exemplificativo: FARIA, José Eduardo (org.) *Direito e Justiça: a função social do Judiciário*. São Paulo: Ática, 1989; FERRAZ, Octavio Luiz Motta e VIEIRA, Fabiola Sulpino. *The right to health, public policies and inequalities in Brazil: equity as the fundamental principle*. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1137872. Acesso em: 27 out. 2010; FERRÃO, Brisa Lopez de Mello e RIBEIRO, Ivan César. *Os juízes brasileiros favorecem a parte mais fraca?* Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers (University of California, Berkeley), paper 26, 2006; LOPES, Jose Reinaldo de Lima. *Direitos Sociais: teoria e prática*; SANTOS, Wagner Mello dos. *O poder judiciário como instrumento para a realização dos direitos sociais: utilização de um caso concreto como paradigma*. São Paulo: Método, 2006; VERÍSSIMO, Marcos Paulo. *Op. cit.*

⁷ Sobre o tema: AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*. São Paulo: Renovar, 2001; SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008; SCAFF, Fernando Facury. *Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos*. Interesse Público, Belo Horizonte, v. 7, n. 32, jun., 2005; WANG, Daniel Wei Liang. *Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF*. Revista Direito GV, n. 8, jul-dez, 2008. pp. 539-568.

⁸ Para ilustrar, colaciono a ementa do Recurso Especial n. 1.053.810/SP, relatado pela Ministra Nancy Andriighi e publicado em 15 de março de 2010:

“- A negativa de cobertura de transplante – apontado pelos médicos como essencial para salvar a vida do paciente –, sob alegação de estar previamente excluído do contrato, deixa o segurado à mercê da onerosidade excessiva perpetrada pela seguradora, por meio de abusividade em cláusula contratual.

- A saúde é um direito social constitucionalmente assegurado a todos, cuja premissa daqueles que prestam tal assistência, deve ser a redução de riscos de doenças, para a sua promoção, proteção e recuperação, seja no plano privado, seja na esfera da administração pública.

- O interesse patrimonial da seguradora de obtenção de lucro, deve ser resguardado, por se tratar de um direito que lhe assiste, desde que devidamente prestado o serviço ao qual se obrigou, isto é, desde que receba o segurado o tratamento adequado com o procedimento médico ou cirúrgico necessário, que possibilite a garantia da saúde por inteiro, prestado de forma eficiente, integral e com qualidade, conforme assumido contratualmente e estabelecido constitucionalmente.

- Assegura-se o lucro, desde que assumidos os riscos inerentes à tutela da saúde, tais como expostos na Constituição Federal, que não podem ficar somente a cargo do consumidor-segurado; fatar a doença, ademais, não é o modo mais correto para obtenção de lucro.

- Com vistas à necessidade de se conferir maior efetividade ao direito integral à cobertura de proteção à saúde – por meio do acesso ao tratamento médico-hospitalar necessário –, deve ser invalidada a cláusula de exclusão de transplante do contrato de seguro-saúde, notadamente ante a peculiaridade de ter sido, o segurado, submetido a tratamento complexo, que incluía a probabilidade – e não a certeza – da necessidade

doutrinadores⁹ – têm acreditado que também a assistência privada é um meio para efetivação deste direito social.

Alia-se a essa situação a crescente indeterminação jurídica no nível legislativo, caracterizada pelo uso de expressões abertas e pela predileção por princípios. No campo do direito contratual, são inseridos novos contornos sociais, calcados, principalmente, nas cláusulas gerais que versam sobre a boa-fé objetiva, a função social do contrato e o equilíbrio econômico. Nesse contexto, ao concretizar os princípios contidos tanto nas cláusulas constitucionais como nas cláusulas legais, o intérprete/aplicador tem a função de delimitá-las e preenchê-las semanticamente.¹⁰ O que, muitas vezes, leva à “introdução de uma racionalidade político-ideológica no discurso judicial, permeada por noções de justiça social ou por outras noções congêneres”.

Como resultado – e aqui se chega à primeira hipótese de trabalho –, as ações entre particulares têm ganhado, no Judiciário, caráter distributivo. Em contraposição à justiça comutativa, a noção de justiça distributiva, adotada na presente dissertação, relaciona-se à redistribuição equânime de ônus, direitos, vantagens, riqueza e outros importantes bens e benefícios entre os membros da sociedade. Essa situação tende a ocorrer quando a disparidade econômica entre as partes é muito elevada. Litígios que envolvam, de um lado, um indivíduo e, de outro, uma empresa passam a ser tratados muito mais como conflitos distributivistas do que como conflitos comutativos. O direito do trabalho e o direito do consumidor, por terem como pressuposto a desigualdade substantiva – principalmente econômica – entre sujeitos, são áreas bastante suscetíveis a tal situação.

do transplante, procedimento que, ademais, foi utilizado para salvar-lhe a vida, bem mais elevado no plano não só jurídico, como também metajurídico”.

⁹ GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor*. 3. ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011; MARQUES, Cláudia Lima; SCHMITT, Cristiano Heineck. *Visões sobre os planos de saúde privada e o Código de Defesa do Consumidor*. In: MARQUES, Cláudia Lima; LOPES, José Reinaldo Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (coord.). *Saúde e responsabilidade: seguros e planos de assistência à saúde*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999; SAMPAIO, Aurisvaldo Melo. *O regime jurídico dos contratos de plano de saúde e proteção do sujeito mais fraco das relações de consumo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

¹⁰ Conforme Eros Grau, em *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*, a nova hermenêutica compreende que a norma é produzida por meio da interpretação do texto normativo para um determinado caso concreto. A interpretação e a aplicação são momentos que coincidem. A manifestação concreta da norma, portanto, depende do intérprete – ou seja, do juiz –, permitindo que no Direito sempre haja mais de uma solução possível para o caso concreto.

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

No entanto, ao tentar agir com racionalidade distributiva, os juízes não atentam para as peculiaridades que esse tipo de atividade exige. E podem acabar, ao fim e ao cabo, provocando distorções distributivas, como, por exemplo, a elevação do preço do serviço a toda uma classe de consumidores.¹¹ Questões distributivas implicam problemas policêntricos e envolvem diversos atores. Não são problemas bipolares, que envolvem, de forma antagônica, somente duas partes. Como afirma Marcos Paulo Veríssimo:

Ninguém pode operar distribuições sem considerar o conjunto inteiro dos possíveis candidatos à fruição do benefício que será distribuído. Ao menos, ninguém pode fazê-lo sem que se perca a racionalidade da operação distributiva, ou sem que se obtenha resultados finais indesejados sob o ponto de vista da racionalidade que se quis aplicar.¹²

¹¹ Em estudo realizado acerca de quebras contratuais efetuadas por agricultores em contratos de venda antecipada de soja verde firmados com indústria/*tradings*, sob a coordenação dos pesquisadores do Instituto PENSA – USP Décio Zylbersztajn e Christiane Resende, foram delineados, empiricamente, os efeitos sentidos por toda a classe de produtores da região. Nas safras de 2002/2003 e 2003/2004, os preços da saca de soja atingiram picos elevados no mercado *spot*, distanciando-se dos preços definidos previamente nos contratos de compra e venda antecipada celebrados. Em decorrência dessa elevação dos preços, parte dos produtores deixou de cumprir os contratos no momento de sua liquidação, o que acabou ocasionando o ajuizamento de diversas ações. Verificou-se que, inicialmente, as sentenças, em primeira e segunda instâncias, mostraram-se bastante díspares, beneficiando ora uma parte ora a outra. No entanto, identificou-se que a maioria delas era favorável aos produtores. De acordo com a pesquisa, os argumentos mais frequentes nas decisões favoráveis aos produtores de soja foram: a função social do contrato, a teoria da lesão, a teoria da imprevisão, a boa-fé, a onerosidade excessiva, o desequilíbrio contratual, o contrato de adesão, o produtor como hipossuficiente e a aplicação do Código de Defesa do Consumidor. O primeiro julgamento da questão no Superior Tribunal de Justiça ocorreu em fevereiro de 2006, tendo sido favorável à *trading*, assim como as demais decisões proferidas na instância superior. A partir do posicionamento do STJ, o Tribunal de Justiça de Goiás alinhou-se a esse entendimento, passando a julgar de maneira similar. Os pesquisadores realizaram oficinas de trabalho com a presença de produtores de soja, empresários e advogados, em junho de 2005, a fim de traçar, empiricamente, os efeitos sentidos a partir das quebras contratuais. Os agricultores reportaram os seguintes efeitos: (i) redução na compra de soja e na oferta de contratos de compra antecipada; (ii) maiores exigências para concessão de crédito; (iii) redução na produção de soja em decorrência da redução na concessão de crédito privado, já que o crédito governamental não era suficiente para manter o nível de produção; (iv) abandono total por parte das empresas dos contratos de pré-fixação do preço da soja; e (v) encerramento das operações da filial da empresa Cargill estabelecida em Edéia/GO, comarca com alto índice de revisão e anulação dos contratos de soja verde. Os produtores que honraram espontaneamente seus compromissos sentiram-se injustamente punidos pelas empresas, uma vez que elas reagiram indiscriminadamente contra as quebras contratuais. Foram impostas maiores exigências a todos os agricultores, embora o número de contratos inadimplidos tenha sido bastante reduzido em comparação aos que foram cumpridos.

¹² VERÍSSIMO, Marcos Paulo. *Op. cit.* p. 112.

Desse modo, o grande desafio posto pelo sistema jurídico aberto posterior à Constituição de 1988 surge no momento de sua aplicação. Nesse novo quadro institucional, o Poder Judiciário passa a ocupar lugar de destaque.¹³ Conforme salienta Welber Barral, na execução dessa tarefa, alguns elementos da ordem jurídica podem ser um entrave ao desenvolvimento, entre os quais estão a ignorância dos juristas acerca do processo econômico, a crença exagerada no poder das normas e a retórica romântica e abstrata na defesa dos direitos humanos.¹⁴ Humberto Theodoro Júnior também destaca riscos desse arranjo, como a visão sectária do operador, que por má-formação técnica ou por preconceito ideológico, escolhe, dentro do arsenal da ordem constitucional apenas um de seus múltiplos e interdependentes princípios.¹⁵

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

Se, no campo da saúde pública, o debate já está posto e os limites da judicialização já estão sendo amplamente discutidos, com refinamento de argumentos e pesquisas; na saúde privada, não se pode dizer o mesmo. Embora seja possível encontrar bons trabalhos na área, inclusive empíricos,¹⁶ o debate parece ainda estar um passo atrás. Os debates estão ganhando volume, mas as pautas de discussão ainda não estão bem definidas e a muitos dos estudos falta, ainda, maior rigor metodológico, sendo, por exemplo, comum deparar-se

¹³ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Op. cit.* p. 224.

¹⁴ BARRAL, Welber. *Direito e desenvolvimento: um modelo de análise*. In: BARRAL, Welber (org.). *Direito e desenvolvimento: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento*. São Paulo: Editora Singular, 2005. pp. 52-55.

¹⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e a função social*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 151.

¹⁶ HOFFMANN, Florian; BENTES, Fernando. *Accountability for social and economic rights in Brazil*. In: GAURI, Varun; BRINKS, Daniel M (org.). *Courting Social Justice: judicial enforcement of social and economic rights in the developing world*. Cambridge University Press, 2008; PIRES, Danielle, da Silva; AGUIAR, Livia Campos de; SOUZA, Jordana Miranda (coord.). *A judicialização da saúde suplementar*. Unimed Belo Horizonte, 2008; PIRES, Danielle, da Silva; SOUZA, Jordana Miranda (coord.). *A judicialização da saúde suplementar*. Volume II. Unimed Belo Horizonte, 2010; SCHEFFER, Mário. *Os planos de saúde nos Tribunais: uma análise das ações judiciais movidas por clientes de planos de saúde, relacionadas a negativas de coberturas assistenciais no Estado de São Paulo*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Medicina, Universidade de São Paulo, 2006.

com estudos que, além da análise teórica, tratam de decisões judiciais, nesta parte, porém, sem método ou lastro empírico.¹⁷

Para testar as hipóteses enunciadas, o propósito desta pesquisa é valer-se do estudo empírico quantitativo e qualitativo de decisões judiciais, bem como de esforço crítico de reflexão sobre estas para responder aos seguintes problemas: *como os juízes decidem litígios contratuais que envolvam atividades de relevância pública, como os são os litígios referentes a planos de saúde? Há, nessas decisões, uma intenção distributiva, que leva à preferência por argumentos principiológicos de cunho social? Em que medida a justiça distributiva pode ser buscada por meio de decisões judiciais pontuais, em especial, aquelas atinentes a relações contratuais? É possível que haja efeitos regressivos a partir de decisões judiciais?*

Assim, a presente pesquisa tem como objetivo principal a análise empírica da forma como os juízes decidem conflitos contratuais num certo campo relevante. Diante da escassez de recurso humano e tempo para a realização do estudo, é imprescindível que sejam feitos recortes temáticos para análise do problema. Por isso, escolhi tratar das decisões judiciais que versem sobre a ampliação da cobertura assistencial contratualmente prevista em planos de saúde. Em segundo lugar, optei por examinar esta jurisprudência no Superior Tribunal de Justiça – STJ. Os motivos que levaram a essas escolhas serão adiante explicitados.

A primeira parte do trabalho é dedicada à caracterização e contextualização do setor da saúde suplementar brasileiro. Para tanto, primeiramente, são expostos conceitos, terminologias e dados específicos do setor. Após, relato de forma breve o histórico de sua regulamentação. A segunda parte do trabalho aborda os principais aspectos jurídicos e econômicos que envolvem os contratos de plano de saúde. Estas duas primeiras partes da dissertação têm por função fornecer substrato teórico para compreensão das descrições e análises feitas a partir dos resultados obtidos com a pesquisa empírica, bem como para as discussões que são trazidas na última parte.

¹⁷ GREGORI, Maria Stella. *Op. cit.*; SAMPAIO, Aurisvaldo Melo. *Op. cit.*

Dessa forma, na terceira parte do trabalho, são apresentados os resultados quantitativos obtidos a partir de coleta e sistematização de dados das decisões judiciais analisadas, conforme o método que será explicitado a seguir. Na quarta e última parte do trabalho, tenho como objetivo analisar criticamente os argumentos trazidos pelos ministros do STJ, valendo-me, principalmente, da literatura de análise econômica do direito¹⁸, embora não pretenda ficar restrita a ela. Para tanto, em um primeiro momento, serão analisadas, criticamente, as falhas ou insuficiências na argumentação dos ministros do STJ. Após, será verificado se há alguma relação, ainda que hipotética, entre a forma de decidir dos juízes e possíveis efeitos socioeconômicos apontados pela doutrina.

Por que Superior Tribunal de Justiça?

A decisão de realizar a pesquisa jurisprudencial no âmbito do STJ deve-se, essencialmente, a dois fatores. Em primeiro lugar, o STJ compõe, juntamente com o Supremo Tribunal Federal, a última instância do Poder Judiciário em nosso país. Sendo assim, ambos são os tribunais responsáveis pela “última palavra” no que se refere à interpretação da legislação federal e da Constituição, respectivamente; de modo que o entendimento consolidado nesses tribunais acaba prevalecendo, seja pela reforma das decisões proferidas pelos tribunais inferiores, seja pela posterior conformação do posicionamento destes tribunais.

Uma vez que não se mostra factível a realização de um diagnóstico do Judiciário como um todo no que se refere aos conflitos sobre planos de saúde,¹⁹ considero que o STJ pode fornecer um quadro mais abrangente do problema em nível nacional, inclusive pela

¹⁸ Ainda que as relações entre direito e economia já venham sendo, em variados níveis, objeto de pesquisa há quase 200 anos – podendo-se mencionar como expoentes Jeremy Bentham, Adam Smith, Karl Marx e John Commons –, foi por meio da escola denominada Análise Econômica do Direito (ou Direito e Economia), nascida em Chicago nos Estados Unidos da América, na década de 1960, que essa disciplina ganhou contornos definidos. As raízes teóricas desta escola encontram-se em trabalhos publicados por Guido Calabresi, Ronald Coase e Richard Posner. A disciplina tem por objetivo analisar e avaliar o papel das normas jurídicas e das decisões judiciais dentro do funcionamento dos mercados, por meio do estudo do impacto que elas causam no comportamento dos agentes econômicos e das repercussões que isso provoca, em busca do desenvolvimento de um novo ângulo de apreciação das relações jurídicas. Cabe salientar, ainda, que, apesar de ser uma única escola de pensamento, o movimento de análise econômica do direito tem diversas correntes de interpretação, que convergem em relação ao instrumental analisado, mas divergem no tocante ao seu ponto de partida para aplicação desses instrumentos econômicos. Pode-se citar a Escola de Chicago, a Escola da *Public Choice*, os Institucionalistas, o Movimento dos Estudos Críticos, entre outras correntes.

¹⁹ Em razão tanto da indisponibilidade de informações – especialmente de primeira instância – quanto da impossibilidade de coleta e sistematização de dados de todos os tribunais estaduais.

verificação dos Estados onde tem origem a maior parte das ações que chegam ao Tribunal Superior.

A segunda razão que motivou a opção pelo STJ reside no fato de que, ao fazer uma pesquisa preliminar junto ao site do STF, constatei que o Tribunal não analisou nenhuma ação judicial entre usuários de planos de saúde e operadoras em seu mérito. Os recursos não são conhecidos e dois são os argumentos básicos encontrados nos acórdãos: (i) trata-se de matéria infraconstitucional, havendo apenas ofensa reflexa à Constituição; e (ii) impossibilidade de reexame do conjunto fático-probatório e de cláusulas contratuais (Súmulas ns. 279 e 454 do STF).

Portanto, a pesquisa empírica concentrou-se nos acórdãos proferidos pelo STJ e foi realizada conforme a metodologia a seguir detalhada.

Método

Conforme explicitado acima, o presente estudo foi realizado em quatro etapas. As duas primeiras consistem, principalmente, em revisão bibliográfica e sistematização legislativa referente ao setor da saúde suplementar, a fim de contextualizar o objeto de discussão das decisões judiciais analisadas.

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

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

Foram analisadas as ações julgadas pelo STJ no período compreendido entre a entrada em vigor da Lei n. 9.656/98,²⁰ que regula os planos de saúde, e o final do ano de 2010, ou seja, de 1º de janeiro de 1999 a 12 de dezembro de 2010. A pesquisa foi realizada no site²¹ do STJ, utilizando-se os termos “contrato”, “cobertura” e “plano de saúde” ou “seguro saúde”, no período compreendido entre 3 de setembro de 1998 e 12 de dezembro de 2010. Foram encontrados 91 acórdãos, dos quais 64 versavam sobre a restrição ou limitação da cobertura contratual em planos de saúde.²²

Optei pela análise tanto dos recursos conhecidos quanto daqueles que não foram conhecidos. Isso porque, diferentemente do que ocorre no STF, na justificativa do não conhecimento, os ministros do STJ acabam por manifestar o entendimento do Tribunal quanto ao mérito da questão. Assim, serão examinados tanto os recursos especiais e agravos de instrumento como os agravos regimentais.

Para análise e sistematização das decisões, foi aplicado questionário formulado a partir da observação de uma amostra da jurisprudência coletada, o qual se encontra anexado ao final deste trabalho. Compõem o questionário quinze quesitos a respeito dessas decisões, quais sejam: (i) a turma julgadora do STJ; (ii) o ministro relator do acórdão; (iii) o estado onde se originou a demanda; (iv) a titularidade da ação, se individual ou coletiva; (v) a operadora de planos de saúde que figura como parte na ação judicial; (vi) a posição da operadora na demanda, se recorrente ou recorrida; (vii) a forma de contratação do plano de saúde, se individual/familiar ou coletiva; (viii) a data de contratação do plano de saúde, se anterior à entrada em vigor da Lei n. 9.656/98 ou posterior; (ix) a demanda de cobertura citada no acórdão; (x) se o contrato possuía ou não cláusula de exclusão ou limitação da cobertura assistencial; (xi) o resultado da ação no STJ, na segunda instância e na primeira instância; (xii) a principal legislação citada nos votos dos ministros; (xiii) se foi ou não citado precedente ou outra decisão; (xiv) os principais argumentos ou discursos trazidos nas decisões; e (xv) se o ministro faz qualquer menção à coletividade dos usuários e/ou aos efeitos coletivos que a demanda individual poderá causar.

²⁰ Sobre a data de entrada em vigor da Lei n. 9.656/98 vide o item 1.2.2 da Parte I do presente trabalho.

²¹ www.stj.jus.br.

²² Foram excluídos da análise demandas que versavam, exclusivamente, sobre dano moral, reajuste de preço, reembolso de despesas ao SUS, entre outros assuntos não relacionados ao tema da pesquisa.

Para o preenchimento mais completo do questionário, foi necessário, na maioria dos casos, coletar informações presentes nos acórdãos proferidos em segunda instância que deram origem às ações levadas ao STJ. Em geral, os relatórios contidos nos acórdãos do STJ mostraram-se bastante sucintos, sem identificação de questões juridicamente relevantes como a data e o regime de contratação dos planos. Todavia, ainda assim, em alguns casos, não foi possível identificar a resposta a todas as perguntas feitas no questionário.

Por fim, tendo-se em conta que a pesquisa quantitativa permite responder apenas em parte as hipóteses de trabalho, foi realizada, na última parte do trabalho, uma análise qualitativa dos discursos utilizados pelos magistrados, sempre, porém, em cotejo com os dados quantitativos. Esta parte do trabalho, em que também será efetuada revisão bibliográfica, dedica-se a responder os seguintes questionamentos acima mencionados: *em que medida a justiça distributiva pode ser buscada por meio de decisões judiciais pontuais, em especial, aquelas atinentes a relações contratuais? É possível que haja efeitos regressivos a partir de decisões judiciais?*

PARTE I - CONTEXTUALIZAÇÃO DO SETOR DA SAÚDE SUPLEMENTAR

Para que a tarefa de adentrar – e percorrer – nas discussões centrais às quais me proponho neste trabalho ganhe um caráter mais sistemático e compreensível, entendo pertinente, primeiramente, alguns esclarecimentos acerca das terminologias e classificações utilizadas no setor da saúde suplementar. Além disso, a contextualização social, econômica e jurídica do setor constitui importante dado para a compreensão dos conflitos existentes em toda sua complexidade. As diversas especificidades que possui o setor ora estudado fogem ao conhecimento de muitos que não lidam cotidianamente com as questões a ele relacionadas. Daí, a imprescindibilidade de dedicar parte da presente dissertação a essas noções introdutórias.

No entanto, conforme valiosos ensinamentos,²³ a intenção é jungir este trabalho acadêmico à objetividade, tanto quanto possível, de forma que as informações contidas nesta primeira parte só se estenderão na medida em que sejam úteis para as discussões trazidas adiante.

1. Caracterização do setor: conceitos e terminologias

Alguns conceitos e definições utilizados no segmento que abarca os planos de saúde não possuem nomenclatura única. Esse fenômeno pode ser explicado, em parte, pela inexistência, até a promulgação da Lei n. 9.656, de 3 de junho de 1998, de uma regulamentação linear para todo o setor. Logo, não havia padronização no mercado em relação às empresas que ofereciam serviços de assistência médica ou custeio de despesas médicas e os produtos ofertados por elas, desde a questão contábil-financeira à questão da cobertura contratual.

A própria designação do setor não é unânime na literatura especializada. Além de saúde suplementar, terminologia apropriada pela legislação e que empresta nome aos

²³ COURTIS, Christian (coord.). *Observar la ley: ensayo sobre metodología de la investigación jurídica*. Madrid: Editorial Trotta, 2006; OLIVEIRA, Luciano. *Não fale do Código Hamurábi! A pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em Direito*. Disponível em: http://moodle.stoa.usp.br/file.php/491/OLIVEIRA_Luciano_-.Nao_fale_do_codigo_de_Hamurabi.pdf. Acesso em: 03 abr. 2011.

órgãos reguladores do setor (Conselho Nacional de Saúde Suplementar – CONSU e Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS), também são encontradas expressões como “assistência médica complementar”, “atenção médica supletiva” e “assistência médica suplementar”.²⁴

Dentre todas, a designação mais usual é “saúde suplementar”, embora alguns a considerem imprecisa. Para Lígia Bahia, cujo entendimento é encampado por Célia Almeida²⁵ e Aurisvaldo Melo Sampaio²⁶, essa denominação “integra a classificação utilizada pelas seguradoras e significa a opção de pagar um seguro privado para ter acesso à assistência médica, a despeito da manutenção da contribuição compulsória para a seguridade social, que inclui o direito ao acesso ao serviço público por meio de um sistema nacional de saúde”.²⁷

No entanto, segundo a classificação da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, não há no Brasil um sistema privado de saúde suplementar, e sim um sistema duplicado ou paralelo.²⁸ A OCDE divide em quatro categorias a assistência médica privada: suplementar, complementar, duplicada e principal. A classificação é feita levando em consideração o desenvolvimento do setor público de saúde e da política governamental para o setor de saúde como um todo em cada país. Cabe observar que uma categoria não exclui outra, podendo o setor de planos e seguros de saúde ter características de mais de uma categoria no mesmo país.²⁹

Nessa perspectiva, desempenharia uma função suplementar o setor privado de planos de saúde que ofertasse cobertura não disponibilizada pelo setor público. Não é o que ocorre no caso do Brasil. O sistema público brasileiro, em princípio, é universal e garante atendimento integral. Dessa forma, seria mais adequado dizer que possuímos um sistema duplicado ou paralelo, o qual “oferece às pessoas que já estão cobertas pelo

²⁴ SCHEFFER, Mário. *Op. cit.* p. 49. ALMEIDA, Célia. *O mercado privado de serviços de saúde no Brasil: panorama atual e tendências de assistência médica suplementar*. Brasília: Ipea, 1998. p. 5.

²⁵ ALMEIDA, Célia. *Op. cit.* p. 5

²⁶ SAMPAIO, Aurisvaldo Melo. *Op. cit.* p. 200.

²⁷ BAHIA, Ligia *apud* ALMEIDA, Célia. *Op. cit.* p. 5

²⁸ Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE. *Brasil: fortalecendo a governança para o crescimento*. Relatório sobre a reforma regulatória. OCDE, 2008. pp. 114 e 116. Segundo o relatório da OECD, entre os países que a integram, os casos mais importantes de seguro-saúde duplicado são a Austrália e a Irlanda. Outros exemplos seriam Nova Zelândia, Portugal e Reino Unido.

²⁹ CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DA SAÚDE. *Saúde Suplementar*. Brasília: CONASS, vol. 11 (Coleção progestores para entender a gestão do SUS), 2007. pp.128-129.

sistema público de saúde uma cobertura privada alternativa com o mesmo ‘cardápio’ de serviços”.³⁰

Os sistemas público e privado são paralelos, constituindo-se o setor de saúde por duas camadas, em que a diferenciação do acesso aos serviços privado ou público é estabelecida pela existência ou não do vínculo com um plano privado de saúde, sem excluir, porém, aqueles que o têm da utilização de serviços públicos.³¹ Há autores que, em razão dessas características, definem o sistema de saúde brasileiro como misto.³²

A despeito da reduzida precisão técnica da expressão “saúde suplementar”, será essa expressão por mim adotada. O objetivo desta parte do trabalho não é discutir a terminologia mais adequada, mas antes apontar as que são usualmente adotadas – ainda que se indique as que eventualmente melhor traduziriam o fenômeno a que se referem –, bem como as terminologias que serão utilizadas ao longo desta dissertação.

Por fim, apenas frisa-se que não estão inseridos no setor da saúde suplementar os contratos ou convênios firmados entre hospitais ou serviços privados e o Sistema Único de Saúde – SUS, tampouco os serviços médicos prestados mediante pagamento direto pelo paciente.

1.1. Atores

O setor da saúde suplementar é formado por uma intrincada relação entre diversos agentes. Pelo lado da oferta, atuam as empresas que oferecem os planos e seguros de saúde e os prestadores de serviços de assistência médico-hospitalar e odontológica. Pelo lado da demanda, temos os consumidores individuais, pessoas físicas, e os clientes corporativos, pessoas jurídicas. Nesta dissertação, não serão abordadas as relações estabelecidas entre as operadoras de planos de saúde e os prestadores de serviço, as quais pelas complexidades e especificidades que possuem merecem trabalho próprio. Não serão tampouco objeto deste trabalho os serviços de assistência odontológica.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ OCKÉ-REIS, Carlos Octávio. *Challenges on the private health plans regulation in Brazil*. Texto para discussão n. 1.013, IPEA, Rio de Janeiro, março de 2004, disponível em: http://www.ans.gov.br/portal/upload/biblioteca/Artigo_Challenges.pdf. Acesso em: 30 jun. 2011.

³² ANDRADE, Monica Veiga *et al*. *Estrutura de mercado do setor de saúde suplementar no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG/Cedeplar, 2010.

1.1.1. As operadoras

A Lei n. 9.656/98 uniformizou o tratamento dado às diferentes formas contratuais e societárias de alocação de riscos e custos em saúde. Sob a designação de “operadora de plano de assistência à saúde”³³, a legislação abarcou toda “pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidades de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de que trata o inciso I deste artigo”.³⁴

Assim, independentemente da modalidade, toda pessoa jurídica de direito privado que forneça, de forma continuada, serviços ou cobertura de custos com finalidade de garantir assistência à saúde está submetida à Lei n. 9.656/98 e à regulamentação da ANS. Cabe salientar que não incidem as normas da Lei n. 9.656/98 sobre as pessoas jurídicas de direito público que realizem atividades próprias de plano de saúde, tampouco estão elas submetidas à regulamentação e fiscalização da ANS.³⁵

Em consulta ao site da ANS³⁶, através da ferramenta denominada “ANS Tabnet”, foi possível verificar que, em outubro de 2011, consta o total de 1.150 operadoras que atuam na área médico-hospitalar com o registro ativo perante o órgão regulador. Deste total, 215 são operadoras de autogestão; 326, cooperativas médicas; 92, filantrópicas; 416,

³³ Há autores que criticam a utilização do termo “operadora” para designar as pessoas jurídicas que atuam no setor. Mario Scheffer explica que a denominação foi importada de outros setores regulados. No entanto, segundo o autor, sua utilização seria imprópria no segmento da saúde suplementar, uma vez que padroniza sob o mesmo rótulo modalidades bastantes diferenciadas de empresas, não refletindo a diversidade do setor. (*Op. cit.* p. 30).

³⁴ Lei n. 9.656/98, art. 1º, inciso II. O inciso I mencionado define o “plano privado de assistência à saúde” como “prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor”.

³⁵ Segundo entendimento de Aurisvaldo Melo Sampaio, a exclusão das pessoas jurídicas de direito público da abrangência da Lei n. 9.656/98 não merece louvor, já que não são poucas as ocasiões em que elas “exercem atividades típicas de planos de autogestão, prestando serviços de assistência à saúde aos seus servidores e dependentes, normalmente com patrocínio apenas parcial, cabendo a estes o pagamento de contraprestações mensais, que se dizem subsidiadas. A sua exclusão da égide da LPS [Lei dos Planos de Saúde], além de afastá-las da normatização específica para a atividade, circunstância que é, em si mesma, negativa, torna-as imunes à fiscalização da Agência Nacional da Saúde Suplementar. O fato foi observado pela Comissão Parlamentar de Inquérito – CPI dos Planos de Saúde, que propôs alteração no 2.º do art. 1.º da LPS, para incluir na abrangência da Lei as pessoas jurídicas de direito público que prestem serviços de assistência à saúde para seus servidores.” (*Op. cit.* pp. 193-194).

³⁶ <http://www.ans.gov.br/index.php/materiais-para-pesquisas/perfil-do-setor/dados-e-indicadores-do-setor>. Acesso em: 03 nov. 2012.

de medicina de grupo; 13, seguradoras especializadas em saúde; e 88, administradoras de benefício.

As operadoras de plano de saúde médico-hospitalares são classificadas pela ANS pela segmentação e pela modalidade.³⁷ As classificações têm por objetivo definir a incidência das normas regulatórias sobre as operadoras. Por exemplo, o tipo de informações que devem ser fornecidas periodicamente para acompanhamento de desempenho assistencial ou o tipo de garantias financeiras que deve ser constituídas. Quanto à segmentação, as operadoras são divididas conforme o percentual de gastos de serviços hospitalares ou médicos em sua rede própria.³⁸ Quanto à modalidade, as operadoras são classificadas de acordo com a forma jurídico-institucional pela qual são constituídas:

- a) administradoras: empresas que administram planos de assistência à saúde financiados por outra operadora, sem rede própria credenciada ou referenciada de serviços médico-hospitalares;
- b) cooperativas médicas: sociedades formadas por médicos que reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício da atividade econômica, de proveito comum, sem fins lucrativos. As cooperativas médicas devem ser constituídas nos termos da Lei n. 5.764, de 16 de dezembro de 1971. O exemplo mais significativo deste segmento corresponde às Unimed, cooperativas organizadas por unidades municipais, mas vinculadas a federações que, por sua vez, integram-se a uma confederação nacional;

³⁷ As classificações foram estabelecidas pela Resolução da Diretoria Colegiada n. 39, de 30 de outubro de 2000, da ANS.

³⁸ Existem 6 tipos de segmentação: (a) segmento primário principal: as que despendem, em sua rede própria, mais de 60% do custo assistencial relativo aos gastos em serviços hospitalares referentes a seus planos privados de assistência à saúde; (b) segmento primário principal / SUS: as que despendem, em sua rede própria, mais de 60% do custo assistencial relativo aos gastos em serviços hospitalares referentes a seus planos privados de assistência à saúde e que prestam ao menos 30% (trinta por cento) de sua atividade ao SUS; (c) segmento primário subsidiário: as que despendem, em sua rede própria, entre 30% e 60% do custo assistencial relativo aos gastos em serviços hospitalares referentes a seus planos privados de assistência à saúde; (d) segmento secundário principal: as que despendem, em sua rede própria, mais de 60% do custo assistencial relativo aos gastos em serviços médicos referentes a seus planos privados de assistência à saúde; (e) segmento secundário subsidiário: as que despendem, em sua rede própria, entre 30% e 60% do custo assistencial relativo aos gastos em serviços médicos referentes a seus planos privados de assistência à saúde; e (f) segmento terciário: as que despendem, em sua rede própria, menos de 30% do custo assistencial relativo aos gastos em serviços médicos ou hospitalares referentes a seus planos privados de assistência à saúde.

- c) autogestões: entidades que operam serviços de assistência à saúde destinados a empregados ativos, aposentados, ex-empregados, pensionistas ou associados, e seus dependentes, integrantes de uma empresa, associação, sindicato, fundação, caixa de assistência ou entidade de classe profissional. O plano de autogestão pode ser administrado pela própria pessoa jurídica da qual fazem parte os beneficiários ou por uma terceira empresa contratada para isso. Pode, ademais, ser patrocinado ou não-patrocinado pelo empregador. Na maioria dos casos, parte do valor do plano é arcado pelo beneficiário. Trata-se, portanto, de um sistema fechado voltado a um público específico. A autogestão é a modalidade predominante nas empresas estatais e órgãos da administração pública;³⁹
- d) seguradoras especializadas em saúde: as seguradoras que operam planos de saúde afastam-se do modelo tradicional de empresas seguradoras na medida em que elas não apenas cobrem ou reembolsam gastos com assistência médica ao prestador do serviço ou ao segurado, como também prestam elas próprias serviços médicos por meio de uma rede credenciada de hospitais e profissionais. Historicamente, as seguradoras de saúde subordinavam-se às normas da Superintendência dos Seguros Privados – SUSEP. No entanto, esse cenário modificou-se com a Medida Provisória n. 2.122-2, de 26 de janeiro de 2001, transformada na Lei n. 10.185, de 12 de fevereiro de 2001, que determinou a especialização das sociedades seguradoras em planos privados de assistência à saúde, vedando a atuação em quaisquer outros ramos ou modalidades, e a sua subordinação às normas e à fiscalização da ANS e do CONSU.⁴⁰ As seguradoras especializadas em saúde congregam-se à Federação Nacional de Empresas de Seguros Privados e de Capitalização – FENASEG;
- e) filantropia: entidades sem fins lucrativos que operem planos privados de assistência à saúde e que tenham, cumulativamente, obtido certificado de

³⁹ Vide nota de rodapé n. 35.

⁴⁰ Há autores que criticam a competência do CONSU e da ANS para regular e fiscalizar os seguros de saúde. Segundo Amadeu Carvalhaes Ribeiro, a estrutura e a lógica empresarial das companhias de seguros especializadas em saúde diferenciam-se substancialmente das demais operadoras, dificultando o exercício competente e especializado, por parte dos órgãos reguladores, de suas funções. Para o referido autor, as funções de regulação e fiscalização de seguros deveriam ser atribuídas a uma única entidade autárquica federal. (*Direito de seguros: resseguro, seguro direto e distribuição de serviços*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 267).

entidade filantrópica junto ao Ministério da Saúde⁴¹ e declaração de utilidade pública federal junto ao Ministério da Justiça ou declaração de utilidade pública estadual ou municipal junto aos órgãos dos governos estaduais e municipais. Os requisitos para obtenção do certificado de entidade filantrópica estão elencados na Lei n. 12.101/09, dentre os quais está incluída, por exemplo, a necessidade de ofertar 60% dos serviços (internações e atendimentos ambulatoriais) via SUS; e

- f) **medicinas de grupo:** empresas que administram planos de saúde para empresas, famílias e indivíduos, geralmente, mediante o sistema de pré-pagamento. As empresas médicas ou medicinas de grupo foram definidas, primeiramente, pela Portaria n. 3.232/1986 do Ministério do Trabalho, como pessoa jurídica de direito privado, com ou sem fins lucrativos, que prestam assistência médico-hospitalar por meio de recursos próprios ou por meio de uma rede credenciada de profissionais, hospitais e serviços auxiliares de diagnóstico e mediante pagamento de contraprestação pecuniária. A Resolução da Diretoria Colegiada da ANS n. 39/2000, por sua vez, limitou-se a classificá-las como empresas ou entidades que operam planos privados de assistência à saúde, excetuando-se aquelas classificadas nas categorias supramencionadas. Elas congregam-se, nacionalmente, em torno de três entidades: a Associação Brasileira de Medicina de Grupo – ABRAMGE, o Sindicato Nacional das Empresas de Medicina de Grupo – SINAMGE e o Conselho Nacional de Auto-Regulamentação das Empresas de Medicina de Grupo.

Com o advento da Lei n. 9.656/98, os agentes que atuam no setor, especialmente as empresas comerciais, passaram a ter tratamento muito semelhante às empresas do sistema financeiro nacional, sendo constante seu monitoramento. Assim, é necessário que elas obtenham autorização especial para funcionar, constituindo capital mínimo e reservas financeiras, e que publiquem seus balanços. Além disso, as operadoras podem sofrer intervenção e são passíveis de liquidação extrajudicial.

⁴¹ Embora a Resolução da Diretoria Colegiada da ANS n. 39/2000 disponha que a certificação de entidade filantrópica deva ser realizada pelo Conselho Nacional de Assistência Social – CNAS, a Lei n. 12.101, de 27 de novembro de 2009, alterou a legislação acerca da filantropia, inclusive no tange ao procedimento de certificação. O certificado de filantropia, atualmente, é concedido pelos Ministérios da Educação, da Saúde e do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, conforme a atividade desenvolvida pela entidade.

1.1.2. Os usuários

A ANS define o contratante de plano de saúde como “pessoa física, titular ou dependente, que possui direitos e deveres definidos em legislação e em contrato assinado com a operadora de plano privado de assistência à saúde, para garantia da assistência médico-hospitalar e/ou odontológica”.⁴² A ANS opta, formalmente, pela utilização do termo “beneficiários” para designação desta população.

A expressão “beneficiários” tem origem, provavelmente, nos convênios firmados, antigamente, entre o Instituto Nacional de Assistência Médica e Previdência Social – INAMPS e empresas, em razão de, na época, o plano ser considerado um benefício fornecido pelo empregador ao empregado.⁴³ A utilização, atualmente, desta nomenclatura pela ANS é criticada por alguns autores,⁴⁴ justamente em decorrência da ideia de benefício que ela denota.

As entidades que atuam na defesa do consumidor preferem, por sua vez, o emprego da terminologia “consumidor”, evidenciando a relação de consumo existente na contratação de planos de saúde.⁴⁵ Utiliza-se, ainda, o termo “usuários”, o qual tem sido transposto do setor público de saúde para o âmbito dos planos de saúde. No presente trabalho, as expressões “beneficiários” e “usuários” serão usadas como sinônimos.

Atualmente, segundo dados publicado pela ANS em junho de 2012, são usuários de planos de assistência médica privados 47.866.941 indivíduos, o que representa, aproximadamente, 25% da população brasileira. A maior parte dos usuários, cerca de 60%, está concentrada nas regiões sudeste e sul, como se pode observar na tabela abaixo.

⁴² ANS. *Glossário temático: saúde suplementar*. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2009. p. 25.

⁴³ SCHEFFER, Mário. *Op. cit.* pp. 52-53.

⁴⁴ GREGORI, Maria Stella. *Op. cit.* p. 152-153; SAMPAIO, Aurisvaldo Melo. *Op. cit.* p. 153; SCHEFFER, Mário. *Op. cit.* pp. 52-53.

⁴⁵ Nesse sentido, acentua Maria Stella Gregori que, “[p]or uma impropriedade técnica, a lei ora menciona ‘consumidor’, ora ‘usuário’, ora ‘beneficiário’. No entanto, em todos os casos, essas expressões devem ser interpretadas como consumidor, na acepção do CDC, uma vez que o termo ‘usuário’ é mais apropriado para definir aquele que faz uso dos serviços públicos, e ‘beneficiário’, aquele a quem se destinam benefícios normalmente oriundos da seguridade social.” (*Op. cit.* pp. 152-153). À observação de Maria Stella Gregori, acrescenta Aurisvaldo Melo Sampaio: “Necessário anotar que a utilização indevida de termos que possuem conceitos legais adrede firmados, ou mesmo a sua não utilização, quando necessário fazê-lo, constitui impropriedade que em nada contribui para a precisão e rigor terminológicos do sistema de proteção ao consumidor, integrado também pela LPS [Lei dos Planos de Saúde], podendo, eventualmente, causar confusões, sobretudo se algum desavisado pretender distingui-los.” (*Op. cit.* p. 193).

TABELA 1 – Usuários de planos de saúde por Região e Unidade da Federação

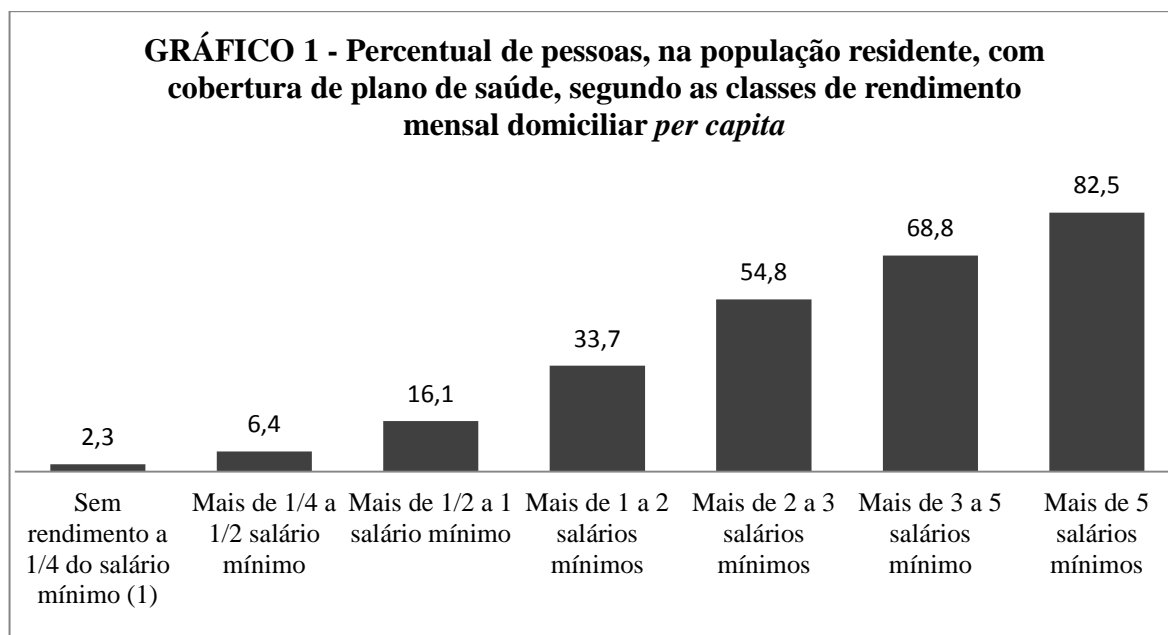
Grandes Regiões e Unidades da Federação	Unidade da Federação (%)
Norte	11,0
Rondônia	12,3
Acre	5,7
Amazonas	15,6
Roraima	6,2
Pará	10,3
Amapá	10,7
Tocantins	6,5
Nordeste	11,9
Maranhão	6,3
Piauí	7,2
Ceará	13,1
Rio Grande do Norte	15,6
Paraíba	10,0
Pernambuco	17,0
Alagoas	12,7
Sergipe	14,1
Bahia	10,7
Sudeste	38,4
Minas Gerais	26,0
Espírito Santo	33,2
Rio de Janeiro	38,6
São Paulo	44,8
Sul	23,4
Paraná	24,1
Santa Catarina	21,5
Rio Grande do Sul	23,9
Centro-Oeste	17,7
Mato Grosso do Sul	17,6
Mato Grosso	13,8
Goiás	15,6
Distrito Federal	27,3

Fonte: SIB/ANS/MS - 03/2012

Caderno de Informação da Saúde Suplementar - junho/2012

Os dados publicados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE na última Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio – PNAD, realizada em 2008, também apontam que cerca de 25% da população brasileira possui cobertura de plano de saúde. Do total de usuários de planos de saúde, mais de 95% residem em área urbana.

Além disso, por meio do PNAD/2008, é possível verificar que a cobertura por plano de saúde está positivamente relacionada ao rendimento mensal domiciliar *per capita*. Conforme a pesquisa, dentre as pessoas em domicílios com rendimento per capita de até ¼ do salário mínimo, apenas 2,3% tinham plano de saúde, enquanto 82,5% dos que tinham rendimento de mais de 5 salários mínimos tinham plano de saúde.



Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios 2008.

Nota: Exclua as pessoas cuja condição na unidade domiciliar era pensionista, empregado doméstico ou parente do empregado doméstico.

(1) Inclusive as pessoas moradoras em unidades domiciliares cujos componentes recebiam somente em benefício.

1.2. Produto

A Lei n. 9.656/98, que regulamentava o setor, traz a seguinte definição para o plano privado de assistência à saúde, em seu artigo 1º, inciso I:

prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor.

A redação desse inciso foi dada pela Medida Provisória n. 1.908-18, de 24 de setembro de 1999.⁴⁶ Inicialmente a intenção de legislador era diferenciar os planos de saúde dos seguros-saúde (e, conseqüentemente, as operadoras de planos de saúde das seguradoras especializadas em saúde). O plano privado de assistência à saúde seria o negócio por meio do qual as operadoras prestariam atendimento médico em rede própria ou de terceiro, ao passo que o seguro privado de assistência à saúde corresponderia ao dever das seguradoras de reembolsar as despesas efetuadas pelo segurado com assistência à saúde, junto a prestadores de serviços livremente escolhidos por este.

Todavia, a realidade daquele momento já não permitia ignorar que, por um lado, algumas operadoras de planos de saúde ofertavam reembolso ao usuário das despesas decorrentes de eventos contratualmente cobertos, e, por outro, as seguradoras pagavam diretamente aos prestadores de serviços, escolhidos pelos segurados, as despesas advindas de eventos cobertos, apresentando, inclusive, lista referencial de prestadores de serviços de assistência à saúde.⁴⁷ Nessa perspectiva, a redação original da Lei n. 9.656/98 facultava às operadoras realizarem o reembolso das despesas ao usuário e às seguradoras, o pagamento direto da despesa ao prestador de serviço.

Embora fosse possível separar as categorias de planos de saúde e seguros-saúde, essa diferenciação não fazia sentido seja sob a ótica do destinatário do serviço seja sob a ótica do funcionamento desses tipos de contratos.⁴⁸ As alterações trazidas à Lei n. 9.656/98, então, aboliram essa distinção, optando por uma conceituação, ainda que um tanto confusa, mais ampla que abarcasse qualquer modalidade de prestação de serviços de assistência à saúde.

Dessa forma, verifica-se que os planos de saúde correspondem a toda e qualquer “prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais”, podendo seu preço ser estabelecido anterior ou posteriormente. Segundo a lei, a finalidade do plano de saúde é garantir a assistência à saúde pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, os quais podem ser livremente escolhidos pelo usuário, integrantes ou

⁴⁶ A referida Medida Provisória foi posteriormente sucessivamente reeditada, correspondendo sua numeração final à Medida Provisória n. 2.177-44/01.

⁴⁷ SAMPAIO, Aurisvaldo Melo. *Op. cit.* p. 190.

⁴⁸ A respeito da crítica sobre o tratamento indistinto entre planos e seguros de saúde, vide nota de rodapé n. 40.

não de rede credenciada, contratada ou referenciada, a depender do tipo plano. A despesa será paga integral ou parcialmente pela operadora contratada, mediante reembolso ao usuário ou pagamento direto ao prestador.

O prazo de duração do plano de saúde é indeterminado. Conforme o artigo 13 da Lei n. 9.656/98, os planos têm renovação automática a partir do vencimento do prazo inicial de vigência, não cabendo a cobrança de taxas ou qualquer outro valor no ato da renovação. Além disso, os planos contratados individualmente, consoante definição que será apresentada a seguir, devem ter vigência mínima de um ano, sendo defesa às operadoras a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato, salvo por fraude ou não pagamento da mensalidade por período superior a sessenta dias, consecutivos ou não, nos últimos doze meses de vigência do contrato, ou a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato, em qualquer hipótese, durante a ocorrência de internação do titular.

É possível, atualmente, classificar os contratos de plano de saúde utilizando-se, pelo menos, três critérios distintos: (i) quanto ao regime de contratação do plano; (ii) quanto à data de contratação do plano; e (iii) quanto à segmentação da cobertura assistencial. Em razão do impacto que essas categorizações têm na aplicação da legislação, seus contornos serão a seguir desenhados.

1.2.1. Regime de contratação

Conforme a Lei n. 9.656/98, são três os regimes (ou tipos) de contratação dos planos de saúde: (i) individual ou familiar; (ii) coletivo empresarial; ou (iii) coletivo por adesão. Atualmente, o regime de contratação dos planos é regulamentado pela Resolução Normativa ANS n. 195, de 14 de julho de 2009.

O plano individual é aquele cuja contratação ocorre diretamente entre a operadora e o usuário pessoa física. O plano familiar é uma variação do plano individual, quando se faculta ao titular do plano de saúde a inclusão neste de seus dependentes ou grupo familiar. Cabe salientar que, no caso do plano familiar, a extinção do vínculo do titular não extingue, necessariamente, o contrato, sendo assegurado aos dependentes já inseridos no plano o direito à manutenção das mesmas condições contratuais, com a assunção das obrigações decorrentes.

O plano de saúde coletivo empresarial é aquele contratado por pessoa jurídica para oferecer cobertura assistencial à população delimitada e a ela vinculada seja por regime empregatício seja por regime estatutário. Havendo previsão contratual, a cobertura assistencial poderá abranger também sócios ou administradores da pessoa jurídica contratante, demitidos ou aposentados que tenham sido vinculados anteriormente à pessoa jurídica contratante, agentes políticos, trabalhadores temporários, estagiários e menores aprendizes, bem como o grupo familiar até terceiro grau de parentesco consanguíneo ou segundo grau de parentesco por afinidade, cônjuges ou companheiros.

Por fim, o plano coletivo por adesão é aquele que oferece cobertura à população que mantenha vínculo com as seguintes pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial: conselhos profissionais e entidades de classes, nos quais seja necessário o registro para exercício da profissão; sindicatos, centrais sindicais e respectivas federações e confederações; associações profissionais legalmente constituídas; cooperativas que congreguem membros de categorias ou classes de profissões regulamentadas, caixas de assistência e fundações de direito privado; e entidades estudantis e órgãos de representantes de estudantes do ensino superior, médio e fundamental. Poderá ainda aderir ao plano coletivo por adesão, desde que previsto contratualmente, o grupo familiar do beneficiário titular até terceiro grau de parentesco consanguíneo ou segundo grau de parentesco por afinidade, cônjuge ou companheiro.

Qualquer das modalidades de plano coletivo (empresarial ou por adesão) pode ser contratada com ou sem patrocinador. No plano coletivo sem patrocinador, o usuário pessoa física arca com a integralidade da contraprestação pecuniária. Já no plano coletivo com patrocinador, a contraprestação pecuniária é paga, parcial ou totalmente, pela pessoa jurídica contratante.

Há uma sensível diferenciação entre as regras impostas aos planos de saúde individuais e as regras impostas aos planos de saúde coletivos. Os legisladores partem do pressuposto que, sendo o plano coletivo contratado por pessoa jurídica, esta terá poder de barganha semelhante ao da operadora para negociar os termos do contrato. Assim, a regulamentação estabelecida às operadoras, no que concerne os planos coletivos, é bem menos estrita do aquela atinente aos planos individuais.

Para realização de reajustes anuais dos preços dos planos coletivos, por exemplo, a operadora não é obrigada a pedir autorização à ANS, diferentemente do que ocorre com os planos individuais, em que a autorização prévia é condição imprescindível. Outro exemplo que pode ser citado é a possibilidade de reajuste por sinistralidade nos planos coletivos. Na hipótese de aumento da frequência de utilização dos serviços de assistência médica, ou especificamente dos serviços de alto valor, pode a operadora reajustar o valor da contraprestação do plano coletivo. Por fim, a questão da rescisão unilateral do contrato pela operadora também se insere nesse contexto, uma vez que não há vedação expressa no texto legal quanto aos planos coletivos, mencionando o artigo 13, parágrafo único, da Lei n. 9.656/98, que veda essa prática, apenas “[o]s produtos (...) contratados individualmente”.⁴⁹

Conforme dados publicados pela ANS,⁵⁰ em junho de 2012, cerca de 21% dos contratos de planos de saúde vigentes tratavam-se de planos individuais; ao passo que mais de 77% dos contratos referiam-se a planos coletivos,⁵¹ sendo, aproximadamente, 63% deles planos coletivos empresariais e 14% planos coletivos por adesão.

Tem-se observado, ao longo dos últimos anos, uma tendência voltada à redução da oferta de planos individuais.⁵² Algumas operadoras, inclusive, não ofertam mais este regime de contratação.⁵³ Além disso, nota-se grande variação entre as mensalidades cobradas nos planos individuais e aquelas cobradas nos planos coletivos.⁵⁴

Outro fenômeno que se percebe é a criação de falsos planos de saúde coletivos. Essa prática decorre, especialmente, de duas situações. A primeira é a constituição de entidades associativas de fachada, ligadas a empresas que efetuam corretagem de planos de

⁴⁹ Há autores, no entanto, que sustentam a aplicação do dispositivo para ambos os tipos de contrato, individual e coletivo. Vide: SAMPAIO, Aurisvaldo Melo. *Op. cit.*, pp. 333-339.

⁵⁰ ANS. *Caderno de Informações da Saúde Suplementar*. junho/2012.

⁵¹ Quanto ao restante, cerca de 2% do total de planos contratados, as operadoras não informaram à ANS o regime de contratação.

⁵² Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (Cremesp); Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec). *Os planos individuais irão desaparecer e os "falsos" planos coletivos são uma ameaça aos usuários*. In: AZEVEDO JÚNIOR, Renato (coord.). *Planos de saúde: nove anos após a lei 9.656/98*. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo e Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, 2007. pp. 7-14; SAMPAIO, Aurisvaldo Melo. *Op. cit.* pp. 250-268.

⁵³ Bradesco, Sul América, Marítima e Porto Seguro são exemplos.

⁵⁴ Para exemplificar, pesquisei, em outubro de 2012, junto a duas operadoras os preços praticados por elas. Na linha Blue Life da Amil, o plano referência, para faixa etária de 34 a 38 anos, individual tem o valor mensal R\$ 273,86, já o plano, nos mesmos padrões, coletivo (para grupos com mais de 30 pessoas) tem o preço de R\$ 125,18. A Golden Cross, por sua vez, considerando os mesmos padrões mencionados, cobra mensalmente o valor de R\$ 224,99 para plano individual e R\$ 107,24 para o plano coletivo. Como se percebe, há uma elevação superior a 100% nos planos individuais se comparados com os coletivos.

saúde. Estas empresas atraem usuários individuais e estipulam, como condição para contratação do plano, a prévia associação à entidade criada especificamente para este fim.⁵⁵

Ao identificar um rol taxativo de pessoas jurídicas legitimadas para contratar plano de saúde coletivo por adesão, na Resolução Normativa ANS n. 195/08, a ANS parece estar atenta ao problema das falsas entidades associativas. Cabe à operadora exigir e comprovar a legitimidade da pessoa jurídica contratante, bem como a condição de elegibilidade do beneficiário.

A doutrina identifica, ainda, outra hipótese de falsos planos coletivos. Trata-se da contratação de planos coletivos por pessoas jurídicas de pequeno porte que possuem número reduzido de pessoas físicas vinculadas. Nesse caso, o baixo número de integrantes do plano pode comprometer sua viabilidade, resultando, ao fim de período curto, em reajuste por sinistralidade em altos índices ou a rescisão do contrato.⁵⁶

1.2.2. Data de contratação

Atualmente, há no mercado contratos de plano de saúde submetidos a diferentes regimes legais. Isso porque é preciso diferenciar os contratos celebrados antes do início da vigência da Lei n. 9.656/98 daqueles firmados já sob a égide desta. Assim, há os planos antigos (ou anteriores à Lei n. 9.656/98) e os planos novos (ou posteriores à Lei n. 9.656/98).

Oportuno aqui identificar a data exata em que começa a vigorar a Lei n. 9.656/98. A lei foi publicada no Diário Oficial da União em 4 de junho de 1998, determinando, em seu próprio texto, que passaria a vigorar no prazo de 90 dias após sua publicação, dia 2 de setembro de 1998, portanto. As alterações implementadas na lei pela Medida Provisória n.

⁵⁵ SAMPAIO, Aurisvaldo Melo. *Op. cit.* p. 341. Ainda segundo o autor, este fenômeno, hoje identificado nos planos de saúde, existe há muito tempo no ramo securitário, o que levou o Conselho Nacional de Seguros Privados – CNSP a proibir a contratação de apólice coletiva de seguros pelos corretores, sociedades seguradoras e corretoras de seguros, além de sócios, dirigentes, administradores, empregados, prepostos ou representantes destas (Resolução CNSP n. 107, de 16 de janeiro de 2004). Para além, o CNSP estabeleceu que todas as apólices existentes, à época, nessas condições, e em que o vínculo existente entre o contratante e o grupo segurado fosse, exclusivamente, de natureza securitária, referente à contratação do seguro, passaram a ser consideradas apólices individuais.

⁵⁶ SAMPAIO, Aurisvaldo Melo. *Op. cit.* p. 340.

2.177-44/01 mantiveram o prazo para o início da vigência da regulamentação sobre os contratos.⁵⁷

Entretanto, o artigo 12, § 1º, introduzido pela Medida Provisória n. 2.177-44/01, estipulou que a proibição de comercialização dos planos antigos ocorreria apenas após 120 dias da vigência da Lei n. 9.656/98, a partir de 2 de janeiro de 1999, pois. Ou seja, no período compreendido entre 2 de setembro de 1998 e 1º de janeiro de 1999, permitiu-se a comercialização de ambos os tipos de plano, os antigos e os novos. Dessa forma, a obrigatoriedade de oferta exclusiva, por parte das operadoras, de planos novos, deu-se somente a partir de 1º de janeiro de 1999.

Em tese, os planos antigos não estariam submetidos à regulamentação da Lei n. 9.656/98, em razão da determinação contida no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, de que a lei não prejudicará o direito adquirido tampouco o ato jurídico perfeito. Em contrassenso, o artigo 35-E da Lei n. 9.656/98 estabeleceu que a partir de 5 de junho de 1998, os contratos celebrados anteriormente à data de início de vigência da lei estariam sujeitos a diversos dispositivos desta.⁵⁸

Em 10 de dezembro de 1998, foi proposta pela Confederação Nacional de Saúde uma ação direta de inconstitucionalidade questionando diversos dispositivos da Lei n. 9.656/98.⁵⁹ Em sede cautelar, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a violação do artigo 35-E da Lei n. 9.656/98 ao artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, suspendendo a eficácia daquele, por ofensa a direito adquirido e ato jurídico perfeito, em acórdão publicado dia 3 de setembro de 2003.⁶⁰

⁵⁷ Foi alterado apenas o prazo estipulado para o início da vigência de alguns dispositivos de cunho administrativo.

⁵⁸ Entre os dispositivos da Lei n. 9.656/98 que os legisladores intentaram aplicar aos contratos antigos estão: (i) autorização prévia da ANS para variação na contraprestação pecuniária para consumidores com mais de sessenta anos de idade; (ii) observância da regulamentação da ANS quanto à alegação de doença ou lesão preexistente; (iii) proibição de suspensão ou a rescisão unilateral do contrato individual ou familiar; (iv) proibição de interrupção de internação hospitalar em leito clínico, cirúrgico ou em centro de terapia intensiva ou similar, salvo a critério do médico assistente; e (v) autorização prévia da ANS para a aplicação de cláusula de reajuste das contraprestações pecuniárias.

⁵⁹ ADI n. 1931-8/DF.

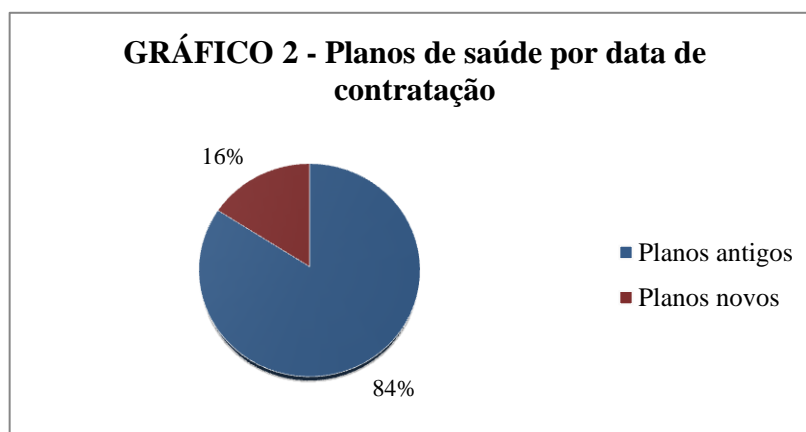
⁶⁰ Ainda hoje não há um julgamento definitivo sobre a ação. Em consulta processual ao site do STF (www.stf.jus.br) realizada no dia 06 de outubro de 2012, constatei que os autos foram apresentados “em mesa para julgamento” em 8 de agosto de 2012.

1.2.2.1. Adaptação

Diante dessa bipartição do regime legal aplicável aos planos de saúde, foi criado um mecanismo para que fosse possível, de um lado, a migração dos planos antigos, e, conseqüentemente, da tutela de seus usuários, para a nova regulamentação e, de outro, a readequação financeira dos produtos pelas operadoras, em razão das novas obrigações que deveriam ser assumidas. Trata-se da adaptação dos contratos à Lei n. 9.656/98.

Conforme previsto em lei, as operadoras tinham o dever de ofertar a adaptação do plano aos usuários. Estes, contudo, tinham a prerrogativa de aceitar ou não a adaptação do contrato. A adaptação do contrato implica, em geral, no aumento da contraprestação paga pelo usuário, o que é permitido pela lei desde que guarde proporção com a cobertura adicional ofertada. Mantém-se, assim, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

A despeito das tentativas de incentivo da ANS para migração de todos os planos antigos para o atual regime jurídico,⁶¹ ainda há um número considerável de contratos de planos antigos vigendo, mais de 7.600.000.



Fonte: ANS – Caderno de Informação da Saúde Suplementar – junho/2012.

1.2.3. Segmentação da cobertura assistencial

Uma das mais importantes inovações trazidas pela Lei n. 9.656/98 foi a imposição de cobertura mínima de assistência à saúde aos planos. Os planos novos e adaptados

⁶¹ A ANS lançou, em 23 de dezembro de 2003, o Programa de Incentivo à Adaptação de Contrato – PIAC (Medida Provisória 148 de 15/12/2003 e RN 64/03), com o objetivo de promover a migração dos planos antigos para planos adaptados à nova Lei, a um custo inferior e com carências reduzidas.

devem incluir a cobertura de todas as doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde – CID, elaborada pela Organização Mundial de Saúde – OMS.

A exclusão de patologias da cobertura contratual não é mais permitida, portanto. O que pode haver é, além da exclusão de alguns procedimentos, desde que especificamente facultado na lei ou resoluções da ANS, a diferenciação no segmento de prestação da cobertura assistencial. O legislador previu quatro segmentos de assistência médica para contratação de planos de saúde: o plano referência, o plano ambulatorial, o plano hospitalar e o plano hospitalar com obstetrícia.⁶²

O plano ambulatorial compreende os atendimentos realizados em consultório ou em ambulatório, excluídos (i) a internação hospitalar ou (ii) os procedimentos para fins de diagnóstico ou terapia que demandem o apoio de estrutura hospitalar por período superior a doze horas ou serviços como unidade de terapia intensiva e similares.

Já o plano hospitalar envolve a cobertura de atendimentos em todas as modalidades de internação hospitalar e atendimentos de urgência e emergência, não incluindo atendimentos ambulatoriais para fins de diagnóstico, terapia ou recuperação.

O plano hospitalar com obstetrícia abarca toda a cobertura do plano hospitalar acrescida dos procedimentos relativos ao pré-natal, à assistência ao parto e ao puerpério. Nesta modalidade, é assegurada, também, a cobertura assistencial ao recém-nascido, filho natural ou adotivo do beneficiário, ou de seu dependente, durante os primeiros trinta dias após o parto.

O plano referência, por fim, é o plano mais abrangente dentre os planos previstos em lei. Engloba cobertura assistencial ambulatorial, hospitalar e obstétrica, com padrão de enfermagem e centro de terapia intensiva ou similar, devendo sua cobertura estender-se por todo território nacional. Ele deve ser, obrigatoriamente, oferecido pelas operadoras. A única exceção que se faz diz respeito às empresas que prestam assistência à saúde pela modalidade autogestão. Neste caso, as entidades estão isentas da obrigatoriedade de ofertar

⁶² As modalidades de assistência dos planos de saúde são regulamentadas pela Resolução ANS n. 221, de 11 de janeiro de 2010.

o plano referência, desde que “possuam atendimento preponderantemente realizado, ou suportado por serviços assistenciais próprios, ambulatoriais e/ou hospitalares e desde que toda e qualquer assistência seja oferecida gratuitamente, sem qualquer ônus, à totalidade de seu quadro associativo, de usuários ou de beneficiários destes serviços”, conforme estipulado na Resolução CONSU n. 16, de 25 de março 1999.

2. Breve histórico da regulamentação do setor

O setor da saúde suplementar fundamenta-se nos artigos 197 e 199 da Constituição Federal, segundo os quais os serviços de assistência saúde podem ser executados por pessoa física ou jurídica de direito privado, sendo, pois, livres à iniciativa privada. O processo de regulamentação, a seu turno, iniciou-se apenas em 1991,⁶³ culminando com a aprovação da Lei n. 9.656, em 3 de junho de 1998 (sensivelmente alterada pela Medida Provisória n. 2.177-44/01), e a criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar, em 28 de janeiro de 2000 (Lei n. 9.961). Todavia, o mercado de saúde privada no Brasil existe há mais de oitenta anos.

Originalmente, a assistência privada à saúde estava ligada a instituições filantrópicas, organizadas de forma solidária pela própria população por meio de fundos mútuos. A partir das décadas de 1920 e 1930, ela foi incorporada como benefício a grupos de trabalhadores brasileiros.⁶⁴ Em 1923, é aprovada a Lei Eloy Chaves,⁶⁵ que institui o sistema de Caixa de Aposentadoria e Pensão – CAP e determina sua obrigatoriedade nas empresas de estrada de ferro. O financiamento das CAP era tripartite, contando com contribuições dos empregados, empresas e governo. Caracteriza-se, portanto, como o primeiro instrumento legislativo sobre previdência social e assistência à saúde.

As CAP beneficiavam um reduzido número de categorias profissionais, razão pela qual, a partir de 1933, durante o governo de Getúlio Vargas, foram criados os Institutos de Aposentadorias e Pensões – IAP para diversas categorias profissionais.⁶⁶ Os IAP estavam

⁶³ CARVALHO, Eurípedes B.; CECÍLIO, Luiz Carlos O. *A regulamentação do setor de saúde suplementar no Brasil: a reconstrução de uma história de disputas*. Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, vol. 23, 2007. p. 2167.

⁶⁴ GREGORI, Maria Stella. *Op. cit.* p. 36.

⁶⁵ Decreto n. 4.682, de 24 de janeiro de 1923.

⁶⁶ Primeiramente, foi criado, em junho de 1933, o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Marítimos – IAPM, ao qual se seguiram o dos Comerciantes – IAPC em maio de 1934, o dos Bancários – IAPB em julho

vinculados ao Ministério do Trabalho e, assim como os CAP, contavam com um custeio tripartite (empregados, empregador e governo).

Nas décadas de 1940 e 1950, instituições e empresas dos setores público e privado implantaram esquemas de assistência médico-hospitalar para seus funcionários, dando origem ao formato atual das operadoras de planos de saúde.⁶⁷ Exemplo disso, no setor público, é a criação da Caixa de Assistência aos Funcionários do Banco do Brasil – CASSI; e, no setor privado, os sistemas assistenciais implantados pela indústria automobilística, notadamente as montadoras estrangeiras. Também foram organizados sistemas assistenciais destinados exclusivamente aos funcionários estaduais. Esses sistemas particulares prestavam diretamente os serviços de assistência e/ou adotavam o sistema de reembolso das despesas médico-hospitalares.⁶⁸

Nos anos 1960 e 1970, ocorre uma expansão da contratação coletiva de planos de saúde. Consistiam, principalmente, em convênios médicos entre empregadores e empresas médicas (cooperativas médicas e empresas de medicina de grupo). Surgem, nessa época, as chamadas Unimed, constituídas como cooperativas de trabalho. Paralelamente, as empresas públicas mantêm seus sistemas próprios, consolidando o que, atualmente, é denominado de autogestão.⁶⁹

Em 21 de novembro 1966, o Decreto n. 72 unificou os IAP e criou o Instituto Nacional de Previdência Social – INPS, vinculado ao Ministério do Trabalho e Previdência Social. Na mesma data, foi editado o Decreto n. 73 por meio do qual se estruturou o Sistema Nacional de Seguros Privados, criando o Conselho Nacional de Seguros Privados – CNSP e a SUSEP. A Seção I do Capítulo XII, do Decreto n. 73/66, foi dedicada à instituição e normatização dos seguros-saúde para dar cobertura aos riscos de assistência médica e hospitalar.

de 1934, o dos Industriários – IAPI em dezembro de 1936, e os de outras categorias profissionais nos anos seguintes. Em fevereiro de 1938, foi criado o Instituto de Previdência e Assistência aos Servidores do Estado – IPASE.

⁶⁷ GREGORI, Maria Stella. *Op. cit.* p. 36.

⁶⁸ ANS. *Regulação & saúde: estrutura, evolução e perspectivas da assistência médica suplementar*. Rio de Janeiro: ANS, 2002. p. 10.

⁶⁹ GREGORI, Maria Stella. *Op. cit.* pp. 36-37.

Inicialmente, a regulamentação dos seguros-saúde pelo CNSP⁷⁰ permitiu apenas o reembolso das despesas assistenciais às seguradoras, sendo, expressamente, vedada a prestação direta de serviços de assistência médica e/ou hospitalar por meio de profissionais médicos ou estabelecimentos hospitalares contratados. Essa situação foi modificada em 1989, quando a SUSEP emitiu a Circular n. 05, autorizando as seguradoras a estabelecerem acordos ou convênios com prestadores de serviços médico-hospitalares para facilitar a prestação da assistência ao segurado, contanto que fosse preservada a livre escolha do segurado.

Com o advento da Lei n. 6.839, de 30 de outubro de 1980, passou a ser obrigatório o registro das empresas nas entidades competentes para a fiscalização do exercício das diversas profissões, em razão da atividade básica. Por conseguinte, às empresas do setor da saúde suplementar tornou-se imprescindível o registro perante os respectivos Conselhos Regionais e o Conselho Federal de Medicina.

Apoiando-se na promulgação da Lei n. 6.839/80, o Conselho Federal de Medicina editou a Resolução n. 1.401, de 11 de novembro de 1993, tentando obrigar as empresas a garantir o atendimento a todas as enfermidades relacionadas no CID, sem quaisquer restrições quantitativas ou de qualquer natureza, sob pena de cancelamento do registro e aplicação de sanções disciplinares.⁷¹

A resolução foi a primeira tentativa de imposição de limites aos contratos de planos de saúde. No entanto, ela foi questionada judicialmente, em função da violação à competência privativa da União para legislar sobre direito civil (artigo 22, inciso I, Constituição Federal). Em recurso impetrado, em conjunto, pela ABRAMGE, pela Confederação de Santas Casas de Misericórdias do Brasil, pela Federação Nacional dos Estabelecimentos dos Serviços de Saúde e pela Federação Brasileira dos Hospitais, no Tribunal Regional Federal da 1ª Região, foi concedida liminar suspendendo os efeitos da resolução em todo o país.⁷²

⁷⁰ Resolução CNSP n. 11, de 21 de maio de 1976.

⁷¹ PASQUALOTTO, Adalberto. *A regulamentação dos planos e seguros e assistência à saúde: uma interpretação construtiva*. In: MARQUES, Cláudia Lima; LOPES, José Reinaldo Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (coord.). *Saúde e responsabilidade: seguros e planos de assistência à saúde*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 41.

⁷² Mandado de Segurança n. 94.01.23126-5. Primeira Seção. Desembargador Relator José Amílcar Machado.

A SUSEP, em resposta à resolução do Conselho Federal de Medicina, publicou, em 29 de dezembro de 1993, a Circular n.10, que afastou das seguradoras de saúde o dever de cobertura universal. Conforme o texto do artigo 1º da Circular:

Fica vedada a alteração das condições de seguro de assistência médica e/ou hospitalar, ou de qualquer outro ramo de seguro, através de inclusão ou da concessão, por iniciativa da Seguradora **ou em razão de disposições de terceiros**, de coberturas não particularizadas na apólice de seguro nem, conseqüentemente [*sic*], consideradas na respectiva nota técnica-atuarial aprovada pela SUSEP. (grifo meu)

Também na esfera estadual, foram sancionadas leis que tinham como escopo impor aos planos de saúde a universalidade de cobertura, conforme rol da CID. Em São Paulo, a Lei Estadual n. 9.495, de 4 de março de 1997, e, em Pernambuco, a Lei Estadual n. 11.446, de 10 de julho de 1997, tinham esse objetivo.⁷³ Entretanto, ambas foram suspensas liminarmente pelo STF, em razão da competência privativa da União para legislar sobre direito civil e, conseqüente, da inconstitucionalidade das referidas leis.⁷⁴

Por fim, antes de adentrar no processo legislativo que resultou na promulgação da Lei n. 9.656/98, cabe salientar que os planos de saúde foram alcançados pela normatização horizontal do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990), em razão da notória caracterização da relação entre operadoras e usuários como uma relação de consumo.

2.1. Marco regulatório do setor: Lei n. 9.656/98

O setor da saúde suplementar tem sido palco de diversos conflitos sociais. A ausência de regulamentação criou uma atmosfera de tensão, numerosos embates estabeleceram-se entre usuários e médicos, de um lado, e operadoras de planos de saúde, de outro. Estas, muitas vezes, acusadas de cometerem abusos contra os usuários.⁷⁵ A

⁷³ GREGORI, Maria Stella. *Op. cit.* p. 45.

⁷⁴ ADIn 1.596/SP e ADIn 1.646/PE.

⁷⁵ ALMEIDA, Célia. *Op. cit.* p. 13. GREGORI, Maria Stella. *Op. cit.* pp. 38-39; MARQUES, Cláudia Lima; SCHMITT, Cristiano Heineck. *Visões sobre os planos de saúde privada e o Código de Defesa do Consumidor*. In: MARQUES, Cláudia Lima; LOPES, José Reinaldo Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (coord.). *Saúde e responsabilidade: seguros e planos de assistência à saúde*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 87; SAMPAIO, Aurisvaldo. *Op. cit.* p. 196. RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 846.

mobilização de movimentos sociais influenciou significativamente o processo de regulamentação e lançou mão do Judiciário em algumas situações.⁷⁶

A partir de 1991, começaram a ser apresentados, no Congresso Nacional, projetos de lei cujo objeto era os planos de saúde,⁷⁷ tendo sido instauradas comissões para análise do tema. Todavia, apenas em 1997, foi apresentado texto final do denominado Projeto de Lei Substitutivo sobre o tema para aprovação na Câmara dos Deputados.

O texto foi bastante criticado por alguns deputados, entidades médicas e órgãos de defesa dos consumidores, ensejando uma mobilização dirigida ao Senado Federal para que ele fosse rejeitado ou modificado. O Conselho Nacional de Procuradores Gerais da Justiça dos Ministérios Públicos Estaduais e o Conselho Nacional de Saúde aprovaram monções de repúdio contra o projeto.⁷⁸

Conforme relata Mário Scheffer, durante o ano de 1997, aconteceram alguns atos públicos em prol da regulamentação dos planos de saúde e da cobertura assistencial universal e contra questões apontadas como problemáticas no Projeto de Lei Substitutivo, como a designação da SUSEP como órgão responsável pela regulamentação e a exclusão da cobertura de doenças e lesões preexistentes. Foi inclusive assinada uma “Carta Aberta

⁷⁶ Como destaca Mário Scheffer, “[g]rupos organizados, atuantes na defesa dos direitos dos portadores de patologias específicas – como os grupos de luta contra a Aids, associações de hemofílicos, de renais crônicos e saúde mental – participaram ativamente do movimento, ao lado de órgãos de defesa do consumidor e entidades médicas. A exclusão de coberturas que há muito já existia, tornou-se cada vez mais foco de denúncias públicas, feitas nos meios de comunicação, imprensa, fóruns e debates.” e mais adiante segue: “A Aids, desde o início da epidemia, nos anos 80, era uma das doenças mais excluídas pelos planos de saúde. A existência de movimento organizado, com departamentos jurídicos de ONGs, dedicados a defender os direitos civis das pessoas com HIV/Aids, foi fundamental para denunciar a situação e mover dezenas de ações judiciais contra planos de saúde, o que serviu de exemplo para outras situações”. (*Op. cit.* pp. 21-22).

⁷⁷ O primeiro projeto de lei – PL foi proposto, em 1991, pelo deputado José Augusto Curvo; trata-se do PL n. 929, que dispunha sobre “obrigações e limitações dos planos de assistência médico-hospitalar privados”. Após foi apresentado o PL n. 4.417, de 1994, pelo deputado Elias Murad, que se propunha a disciplinar os planos de saúde. Contudo, a discussão sobre a matéria ganhou forças com o PL n. 4.425/94 de autoria do senador Iram Saraiva. Os projetos de lei anteriores foram apensados a este último. Da mesma forma, os projetos de lei que surgiram depois e tratavam da regulamentação dos planos de saúde foram apensados ao PL n. 4.425/94, são eles: o PL n. 4.572/94 do deputado José Dirceu; o PL n. 944/95 do deputado Agnelo Queiróz; o PL n. 1.390/95 do deputado Carlos Mosconi; o PL n. 2.104 do deputado José Fortunati; PL n. 2.842/97 do deputado Alberto Godman; o PL n. 2.419/96 do deputado Silas Brasileiro; e o PL n. 3.079/97 do deputado Antônio Balhmann. Também foram apensado ao PL n. 4.425/94, projetos de lei que dispunham sobre a obrigatoriedade de as operadoras de planos de saúde ressarcirem o SUS por atendimento feito aos usuários dos planos: PL n. 1.289/95 do senador Lúcio Alcântara; PL n. 4.214/93 do deputado Elias Murad; PL 237/95 do deputado Arlindo Chinaglia; PL n. 852/95 do deputado Carlos Mosconi; PL n. 1.405/96 do deputado Leonel Pavan; PL n. 1.930/96 do deputado Iberê Ferreira; PL n. 1.975/96 do Poder Executivo; e PL n. 2.870/97 do deputado Cláudio Chaves. (SCHEFFER, Mário. *Op. cit.* pp. 20-21).

⁷⁸ SCHEFFER, Mário. *Op. cit.* pp. 26-27.

ao Congresso Nacional” por entidades médicas, de defesa dos consumidores e usuários de todo o país.⁷⁹

No ínterim entre a aprovação do projeto na Câmara e o início de sua discussão no Senado, assumiu o Ministério da Saúde o senador José Serra, o que levou a uma modificação no entendimento do governo federal sobre o assunto da saúde suplementar. Até então, o governo apoiava o texto aprovado na Câmara.⁸⁰

No Senado Federal, foram realizadas audiências públicas, em uma das quais o senador José Serra propôs a aprovação integral do Projeto de Lei Substitutivo, assumindo a responsabilidade de editar medida provisória para tratar dos tópicos polêmicos ou omissos, entre eles a criação de órgão específico para a regulação do setor vinculado ao Ministério da Saúde – e não ao Ministério da Fazenda como previa o projeto originalmente.⁸¹

O texto final suprimiu alguns artigos do texto aprovado pela Câmara dos Deputados.⁸² O projeto de lei foi aprovado no Senado no dia 12 de maio de 1998 e sancionado pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso em 3 de junho de 1998. No dia seguinte à sanção presidencial, foi editada a Medida Provisória n. 1.665. À referida Medida Provisória sucederam-se outras 44 até o texto da última reedição, a Medida Provisória n. 2.177-44/01. Esta aguarda, até hoje, deliberação do Congresso Nacional.

2.2. Principais inovações implementadas pela Lei n. 9.656/98

No campo econômico-financeiro, as principais inovações trazidas pela Lei n. 9.656/98 dizem respeito à normatização das condições de entrada, funcionamento e saída das operadoras do mercado. Até então, apenas as seguradoras especializadas em saúde estavam submetidas a esse tipo de regulamentação, uma vez que elas eram abrangidas pelo

⁷⁹ *Ibidem*. Entre os acontecimentos relatados pelo autor, estão: (i) ato público realizado, nas escadarias do Teatro Municipal de São Paulo, sob o lema “Os Planos de Saúde Devem Cobrir Todas as Doenças”, por cerca de 200 manifestantes que vendaram seus olhos para chamar a atenção para a “cegueira” das autoridades e do legislativo diante dos problemas de projetos apresentados; e (ii) o Dia Nacional de Luta pela Regulamentação dos Planos de Saúde ocorrido em 02 de setembro, com manifestações em São Paulo, Rio de Janeiro e outras capitais.

⁸⁰ GREGORI, Maria Stella. *Op. cit.* p. 44.

⁸¹ GREGORI, Maria Stella. *Op. cit.* p. 44.

⁸² SCHEFFER, Mário. *Op. cit.* p. 31.

Decreto n. 73/66, por meio do qual se estruturou o Sistema Nacional de Seguros Privados, e estavam, portanto, sujeitas à regulação do CNSP e da SUSEP.

Atualmente, todas as operadoras de planos de saúde devem atender a requisitos que demonstrem e garantam a sua sustentabilidade econômico-financeira, como (i) obtenção de autorização especial para funcionar; (ii) constituição capital mínimo e reservas financeiras; e (iii) publicação dos balanços. Além disso, as operadoras podem sofrer intervenção e são passíveis de liquidação extrajudicial.

No campo da assistência à saúde, as principais novidades foram a instituição do plano referência e a proibição de exclusão de patologias da cobertura contratual. Como anteriormente mencionado, os planos de saúde devem cobrir todas as doenças relacionadas na CID.

Quanto aos procedimentos, a exclusão só é permitida se, especificamente, facultado em lei ou resoluções da ANS. Uma das competências da ANS é elaborar o rol de procedimentos médicos e eventos em saúde, que será a referência básica para o disposto na Lei n. 9.656/98, e suas excepcionalidades. Atualmente, está vigente a Resolução Normativa ANS n. 211, de 11 de janeiro de 2010, com as alterações introduzidas pela Resolução Normativa ANS n. 262, de 1º de agosto de 2011.

Na Lei n. 9.656/98, está prevista a possibilidade de exclusão dos seguintes procedimentos: (i) tratamento clínico ou cirúrgico experimental; (ii) procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, bem como órteses e próteses para o mesmo fim; (iii) inseminação artificial; (iv) tratamento de rejuvenescimento ou de emagrecimento com finalidade estética; (v) fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados; (vi) fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar; (vii) fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico; (viii) tratamentos ilícitos ou antiéticos, assim definidos sob o aspecto médico, ou não reconhecidos pelas autoridades competentes; e (x) transplantes, que não os de rim, medula óssea e córnea, e procedimentos de alta complexidade, conforme definido pela ANS.

A exclusão de cobertura às doenças e lesões preexistentes é autorizada apenas nos primeiros 24 meses de vigência do contrato de plano de saúde. Cabe, ainda, à operadora o ônus da prova e da demonstração do conhecimento prévio do usuário.

Ademais, foram criadas regras para o controle de preços nos planos individuais e os reajustes de preço por faixas etárias, garantia de direitos aos aposentados e demitidos nos planos coletivos, proibição de práticas de seleção de risco e de rompimento contratual unilateral nos planos individuais. Salienta-se, por fim, que todos os contratos de planos de saúde devem ser, anteriormente a sua comercialização, submetidos e aprovados pela ANS.

2.3. Órgãos reguladores e organização institucional

Desde a publicação da Lei n. 9.656/98 até a atual configuração, o arranjo institucional da regulação do setor da saúde suplementar passou por três fases. Na primeira delas, foi criado um sistema bipartite: a regulação econômico-financeira da atividade ficou sob responsabilidade do Ministério da Fazenda e a regulação da assistência à saúde ficou sob responsabilidade do Ministério da Saúde.

Cabia ao Ministério da Fazenda, por meio do CNS e da SUSEP, a regulação dos aspectos econômico-financeiros para autorização de funcionamento e registro das operadoras, política de reajustes e respectivos atos fiscalizatórios. Ao Ministério da Saúde, por sua vez, cabia a regulação dos aspectos assistenciais, tais quais definir rol de procedimentos, exigências para registro de produtos, parâmetros de qualidade da assistência e respectivos atos fiscalizatórios. O que se daria por intermédio do CONSU e da Secretaria de Assistência à Saúde – SAS, à qual estava vinculado o Departamento de Assistência à Saúde – DESAS. A Câmara de Saúde Suplementar, órgão consultivo permanente, que conta com representantes de todos os atores envolvidos no setor – Governo, operadoras e sociedade civil organizada – ficou ligada ao CONSU.⁸³

Com a edição da Medida Provisória n. 1.908-18, de 24 de setembro de 1999, passamos à segunda fase do arranjo institucional de regulação do setor. Foram introduzidas duas importantes inovações no setor. A primeira delas, como já mencionado, foi a

⁸³ GREGORI, Maria Stella. *Op. cit.* p. 47.

ampliação do conceito legal de plano de saúde, que passou a englobar também o seguro saúde. Uniformizou-se, assim, o tratamento dado às diferentes formas contratuais e societárias de alocação de riscos e custos em saúde.

A segunda inovação refere-se à cumulação de todos os aspectos da regulação do setor sob a responsabilidade do Ministério da Saúde. Com isso, o CONSU absorveu as atribuições do CNSP, e o SAS/DESAS, as atribuições da SUSEP. A Câmara de Saúde Suplementar foi mantida, porém com competência para discutir e opinar sobre todo o sistema, e não mais somente no que tange aos aspectos assistenciais.⁸⁴

A terceira fase da regulação iniciou-se com a criação, em 28 de janeiro de 2000, de uma agência específica para regular e fiscalizar todo o setor, a ANS. Ligada ao Ministério da Saúde, a ANS assumiu as atribuições do SAS/DESAS. Ademais, a Câmara de Saúde Suplementar passou a ser a ela vinculada.

2.3.1. Conselho de Saúde Suplementar – CONSU

O CONSU foi criado por meio das alterações inseridas na Lei n. 9.656/98 pela Medida Provisória n. 1.665/98⁸⁵. Trata-se de um órgão governamental colegiado integrante da estrutura regimental do Ministério da Saúde, que possui competência deliberativa nas questões relacionadas ao setor da saúde suplementar. O órgão é composto pelos Ministros da Justiça, que o preside, pelo Ministro da Saúde, pelo Ministro da Fazenda, pelo Ministro da Justiça e pelo Ministro do Planejamento, Orçamento e Gestão, além do Presidente da ANS, que atua como Secretário das reuniões.

Especificamente, precisa a lei que ao CONSU cabe: (i) estabelecer e supervisionar a execução de políticas e diretrizes gerais do setor de saúde suplementar; (ii) aprovar o contrato de gestão da ANS; (iii) supervisionar e acompanhar as ações e o funcionamento da ANS; (iv) fixar diretrizes gerais para implementação no setor de saúde suplementar sobre aspectos econômicos, financeiros e contábeis que envolvem as operadoras; e (v)

⁸⁴ *Ibidem.* p. 48.

⁸⁵ A referida Medida Provisória foi, posteriormente, reeditada sucessivamente, correspondendo sua numeração final à Medida Provisória n. 2.177-44/01.

deliberar sobre a criação de câmaras técnicas, de caráter consultivo, de forma a subsidiar suas decisões.

O CONSU, por meio da Resolução CONSU n. 1, de 23 de maio de 2005, delegou à ANS a competência para expedir atos normativos fiscalizatórios. Desde a criação da ANS, o CONSU reuniu-se apenas uma única vez.⁸⁶

2.3.2. Agência Nacional da Saúde Suplementar – ANS

A ANS foi criada por meio da Medida Provisória n. 1.928⁸⁷, de 25 de novembro de 1999, convertida na Lei n. 9.961/00. A ANS é uma autarquia, vinculada ao Ministério da Saúde e constituída, assim como as demais agências reguladoras, sob o regime especial, o que lhe confere autonomia administrativa, financeira, patrimonial e de gestão de recursos humanos, além de autonomia nas suas decisões técnicas e mandato fixo de seus dirigentes.

A lei a define como órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde, com finalidade institucional de promover a defesa do interesse público nesse setor, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, e contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no país.

A Diretoria Colegiada da ANS é composta por cinco diretores com mandatos de três anos não coincidentes, indicados e nomeados pelo Presidente da República após aprovação prévia pelo Senado Federal. A ANS está organizada, internamente, em cinco áreas, sendo cada diretor responsável por uma delas: Diretoria de Normas e Habilitação das Operadoras, Diretoria de Normas e Habilitação de Produtos, Diretoria de Fiscalização, Diretoria de Desenvolvimento Setorial e Diretoria de Gestão. O Diretor-Presidente é também designado pelo Presidente da República dentre um dos diretores que compõe a Diretoria Colegiada.

A principal fonte de receita da ANS corresponde à Taxa de Saúde Suplementar. Instituída também pela Lei n. 9.961/00, trata-se de tributo cujo fato gerador é o exercício

⁸⁶ GREGORI, Maria Stella. *Op. cit.* p. 74.

⁸⁷ A referida Medida Provisória foi, posteriormente, reeditada pela Medida Provisória n. 2.012-2/99.

pela ANS do poder de polícia que lhe é legalmente atribuído, sendo os sujeitos passivos as operadoras de planos de saúde. A lei define outras fontes de receita, como multas, retribuição por serviços prestados, repasses da União, entre outros.

Conforme pontua Maria Stella Gregori, uma das grandes diferenças entre a ANS e as demais agências reguladoras está no fato de que, no caso do setor da saúde suplementar, não houve privatização de entidades estatais que prestavam serviços, ou seja, não era um mercado a ser aberto à iniciativa privada. Tratava-se de um mercado já instalado, em plena atividade e extramente complexo.⁸⁸

Embora, em certa medida, grande parte da doutrina reconheça que a atuação da ANS trouxe avanços para o setor da saúde suplementar, são feitas críticas à Agência sob diversos prismas. É acimada ora de ser excessivamente pró-consumerista e desprezar a lógica econômico-financeira do setor, ora de defender os interesses das operadoras e ser omissa na defesa do consumidor.

No ano de 2003, chegou a ser instaurada, no Congresso Nacional, uma Comissão Parlamentar de Inquérito – CPI para apurar problemas existentes no setor, com base em um relatório de pesquisa elaborado pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC, que apontou diversas irregularidades constantes dos contratos e das práticas das operadoras. Após a realização de mais de 20 audiências públicas e cinco meses de atividade, foi aprovado o relatório final da CPI. O documento indiciou algumas pessoas, apontou a necessidade de alterações significativas na Lei n. 9.656/98, sugeriu a continuidade das investigações pelo Ministério Público e solicitou medidas ao Governo e à ANS.⁸⁹

As principais críticas dirigidas à ANS foram: (i) incapacidade de solucionar o problema dos contratos antigos; (ii) pouca intervenção sobre os contratos coletivos; (iii) inexistência de mecanismos de maior participação da sociedade; (iv) não solução dos problemas dos cidadãos vítimas de abusos das operadoras; e (v) aplicação de poucas punições, recolhendo apenas 1% das multas aplicadas.⁹⁰

⁸⁸ GREGORI, Maria Stella. *Op. cit.* pp. 69 e 75.

⁸⁹ SCHEFFER, Mario. *Op. cit.* pp. 43-45.

⁹⁰ *Ibidem.* pp. 44-45.

PARTE II - O CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE: ASPECTOS JURÍDICOS E ECONÔMICOS

Delineado o contorno geral do setor da saúde suplementar, cabe aprofundar um pouco os elementos jurídicos e econômicos que compõem o contrato de plano de saúde, uma vez que o contrato pode ser analisado sob, pelo menos, estes dois ângulos distintos, porém complementares. A estrutura jurídica do contrato é apenas uma dimensão deste fenômeno social, e a análise dos contratos não pode ser desvinculada da realidade econômica que lhe subjaz. Como alerta Enzo Ropo:

...o conceito de contrato não pode ser entendido a fundo, na sua essência íntima, se nos limitarmos a considerá-lo numa dimensão exclusivamente jurídica – como se tal constituísse uma realidade autónoma, dotada de autónoma existência nos textos legais e nos livros de direito. Bem pelo contrário, os conceitos jurídicos – e entre eles, em primeiro lugar, o de contrato – reflectem sempre uma realidade exterior a si próprios, uma realidade de interesses, de relações, de situações económico-sociais, relativamente aos quais cumprem, de diversas maneiras, uma função instrumental. Daí que, para conhecer verdadeiramente o conceito do qual nos ocupamos, se torne necessário tomar em atenta consideração a *realidade económico-social* que lhe subjaz e da qual ele representa a tradução científico-jurídica: todas aquelas situações, aquelas relações, aqueles interesses reais que estão em jogo, onde quer que se fale de «contrato» (o qual, nesta sequência, já se nos não afigura identificável com um conceito pura e exclusivamente jurídico).⁹¹

O contrato é antes de tudo um fenômeno econômico, um instrumento da vida econômica. Não é uma criação do direito. Conforme Humberto Theodoro Júnior, “este [o direito] apenas, conhecendo o fato inevitável na vida em sociedade, procura, ora mais, ora menos, impor certos condicionamentos e limites à atividade negocial”.⁹² Na medida em que uma sociedade evolui, mais complexa fica sua organização e, conseqüentemente, seu sistema de trocas. Os mercados físicos e as trocas instantâneas tornam-se, a cada dia que passa, mais incomuns. O que outrora era regra passa a dar lugar a relações mais especializadas que se prolongam no tempo.

Assim, o contrato é uma das ferramentas criadas para proporcionar um ambiente negocial seguro. Essa necessidade aumenta quando se trata de contratos com execução

⁹¹ ROPPO, Enzo. *O Contrato*. (Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes.). Coimbra: Almedina, 2009. pp. 7-8.

⁹² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op. cit.* p. 113.

futura ou prolongada no tempo, evitando que uma das partes atue oportunisticamente – ou seja, quebre, de forma deliberada, o contrato firmado, visando a maiores rendimentos diante do novo contexto factual.⁹³ Como regra, o contrato beneficiará mutuamente as partes, permitindo que as partes realoquem benefícios de maneira a melhorar a situação de ambas.

Diversos são os estudos nas áreas da economia e da psicologia que apontam como característica do comportamento humano a aversão ao risco.⁹⁴ Isso significa que a maioria das pessoas prefere investir seu dinheiro em uma operação que envolva certeza do que em uma que envolva incerteza, mesmo que esta gere maiores rendimentos. Uma das implicações desse comportamento reside no fato de que as pessoas dispenderão quantias para evitar (ou neutralizar) certas situações de incerteza.⁹⁵

Recorrendo à doutrina jurídica brasileira⁹⁶ e concatenando as ideias básicas sobre a conceituação do instituto, tem-se que o contrato representa um negócio jurídico, por meio do qual duas ou mais partes manifestam a concordância em adquirir, modificar ou extinguir direitos ou obrigações. Este acordo está submetido a um conjunto de normas específicas contidas no ordenamento jurídico, as quais, a depender do objeto da contratação e das partes envolvidas, podem ser mais ou menos restritivas.

⁹³ POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. 5ª edição. Aspen Law & Business, 1998. p. 103.

⁹⁴ Exemplificativamente: BARBER, Brad M.; ODEAN, Terrance. *The Behavior of Individual Investors*. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1872211>. Acesso em: 29 jan. 2013. KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. *Prospect Theory: an analysis of decision under risk*. *Econometrica*, vol. 47, march 1979, n. 2, pp. 263-291. JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard. *A Behavioral Approach to Law and Economics*. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1765. Acesso em: 2 dez. 2012. POWELL, Melanie; ANSIC, David. *Gender differences in risk behaviour in financial decision-making: an experimental analysis*. *Journal of Economic Psychology*, vol. 18, 1997, pp. 605-628. SHEFRIN, Herah. *Beyond Greed and Fear: understanding behavioral finance and the psychology of investing*. New York: Oxford University Press, 2000.

⁹⁵ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and Economics*. 4ª edição. Boston: Pearson Addison Wesley, 2004. p. 53.

⁹⁶ Clóvis Belaváqua já definia, sucintamente, o contrato como “acordo de vontades para o fim de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos” (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil: comentado*. v. IV, 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976, p. 194). Na mesma linha, apenas acrescentando a necessidade de conformação com a lei, Caio Mário define o contrato como “um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos” (*Instituições de direito civil*. v. III, 10ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001, p. 2). Carlos Roberto Gonçalves, por sua vez, aduz que o contrato “é uma espécie de negócio jurídico que depende, para a sua formação, da participação de pelo menos duas pessoas”, sendo “a mais comum e a mais importante fonte de obrigação” e, conquanto não se restrinjam ao direito das obrigações, os contratos podem ser entendidos, em sentido estrito, como “pactos que criem, modifiquem ou extingam relações patrimoniais” (*Direito civil brasileiro, volume III: contratos e atos unilaterais*. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 1-3).

Nesse contexto, segundo Arnaldo Rizzardo, pode-se definir, genericamente, os planos de assistência como “garantia de interesses pela cobertura dos riscos da doença. Através dele, o indivíduo ou segurado fica protegido dos riscos da enfermidade, pois contará com recursos para custear as despesas acarretadas pelas doenças, e tendo direito à própria assistência médico-hospitalar”.⁹⁷ E mais adiante salienta:

Uma pessoa deseja garantir a si e/ou aos seus familiares e outras pessoas indicadas contra as consequências de certos riscos sociais e pessoais, ou a assistência se ocorrerem. Para tanto, acorda com uma instituição, legalmente autorizada, mediante o pagamento de contribuições, a prestar a assistência em eventos que afetam a saúde, ou a efetuar a cobertura, em uma só vez ou em prestações através de certa importância em dinheiro, dos riscos previstos ou assinalados.⁹⁸

A essência dos planos de saúde, portanto, é a cobertura contratual financeira das despesas associadas a doenças e a acidentes pessoais que afetem a saúde do usuário, os quais são, por sua vez, eventos indesejados por este, imprevisíveis e de natureza aleatória.⁹⁹ Os contratos de planos de saúde assemelham-se, pois, aos contratos de seguros, seguindo os mesmos princípios técnicos, econômicos, financeiros e atuariais.

Por essa razão, é possível entender a disciplina jurídica e, especialmente, a econômica do plano de saúde utilizando-se a teoria do seguro. Para além, o plano de saúde pode ser entendido com uma subcategoria dos contratos de seguros, possuindo, porém, algumas particularidades.

Na área dos seguros, fica mais evidente a aversão das pessoas ao risco. Como explica Amadeu Carvalhaes Ribeiro, “por meio do contrato de seguro, o segurador assume o dever de arcar com as consequências economicamente adversas da conversão em sinistro de determinado risco a que o segurado está exposto”.¹⁰⁰ Embora o risco não seja propriamente transferido do segurado para o segurador tampouco eliminado, há uma sensação nesse sentido. Isso porque o segurado deixa de ter que suportar os prejuízos decorrentes da concretização do risco.¹⁰¹

⁹⁷ RIZZARDO, Arnaldo. *Op. cit.* p. 897.

⁹⁸ *Ibidem.* p. 899.

⁹⁹ CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira. *Princípios básicos de seguros e planos de saúde*. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (coord.). *Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 80.

¹⁰⁰ RIBEIRO, Amadeu Carvalhaes. *Op. cit.* p. 58.

¹⁰¹ *Ibidem.*

Com o desenvolvimento da atividade securitária, o acidente deixou de ser considerado um fato excepcional, passando a ser um dado social objetivo.¹⁰² Ou seja, o acidente passa a integrar a normalidade social, tornando-se uma variável a ser considerada. Como consequência, o risco passa a ser calculado. E isso só é possível com o desenvolvimento, também, da lei dos grandes números,¹⁰³ no campo estatístico.

Como explica Amadeu Carvalhaes Ribeiro, o processo consiste em identificar grupos homogêneos de risco, dimensionar seu tamanho e computar a frequência e a extensão da concretização de determinado evento corrido nestes grupos. Feito isso, é possível calcular a probabilidade de ocorrência de evento do mesmo tipo futuramente.¹⁰⁴ Com base nesse cálculo atuarial, determina-se o valor do prêmio a ser pago por cada um dos segurados.

O seguro advém, portanto, de uma lógica de coletividade, seja para permitir sua constituição seja para manter sua sustentabilidade ao longo do tempo. Cesare Vivante, na sua obra *Istituzioni di Diritto Commerciale*, publicada no final do século XIX, destacou esse importante aspecto do contrato de seguro, qual seja, o necessário contexto coletivo no qual ele está inserido.¹⁰⁵

O substrato econômico de um único contrato de seguro não explica a racionalidade da atividade, apenas a contratação em massa o viabiliza. É preciso que o segurador tenha condições técnicas, econômicas e financeiras para operar esse tipo de contrato. Por essa razão, Vivante combateu os seguradores individuais existentes na época, defendendo que a atividade securitária somente poderia ser exercida sistematicamente por uma empresa.¹⁰⁶

¹⁰² TZIRULNIK, Ernesto. *Apontamentos sobre a operação de seguros*. Disponível em: <http://www.ibds.com.br/textos/ApontamentosSobreaOperacaodeSeguros.pdf>. Acesso em: 14 out. 2012. pp. 7-8.

¹⁰³ Também denominada Teorema de Bernoulli, a lei dos grandes números foi criada pelo matemático suíço Bernoulli por volta do ano de 1692. Pode-se dizer, de forma simplificada, que, segundo seus preceitos, com uma amostra suficientemente grande, é possível calcular a probabilidade de ocorrência de determinado evento, a partir da frequência com que ele ocorreu na amostra.

¹⁰⁴ RIBEIRO, Amadeu Carvalhaes. *Op. cit.* p. 72.

¹⁰⁵ VIVANTE, Cesare. *Instituições de Direito Comercial* (trad. J. Alves de Sá sobre a décima edição). Lisboa: A. M. Teixeira. p. 269 e ss.

¹⁰⁶ Nas palavras do próprio autor, com a tradução de J. Alves de Sá: “As sociedades de seguros, que devem provar aos seus clientes e ao Estado, a cuja inspeção se acham sujeitas, com a publicação dos balanços técnicos a existencia regular do fundo de premios proporcionado aos riscos pendentes, são as unicas que podem dar aos segurados aquella garantia pela qual elles fazem o sacrificio do premio. É certo que qualquer individuo póde também assumir o risco de outro; mas o segurador adventicio, que não exerce systematicamente esta industria, não offerece aos proprios segurados uma garantia continuamente

A atividade seguradora tem, assim, três importantes funções: proteção patrimonial do segurado, expansão da capacidade econômico-financeira do segurado e redistribuição do risco. A proteção patrimonial fornecida pelo seguro consiste na substituição de uma eventual despesa futura, incerta e expressiva – o custo decorrente do sinistro – pelo pagamento de uma prestação presente, certa e relativamente pequena – o prêmio.¹⁰⁷ Por conseguinte, o segurado não precisará poupar recursos para fazer frente a um eventual sinistro, podendo dar outra destinação ao valor resultante da diferença entre o prêmio e o custo de um eventual sinistro.¹⁰⁸ E, por fim, o seguro propicia a redistribuição de riscos entre os segurados, pois, uma vez transferido o risco para o segurador, este o adiciona à massa de riscos sob sua gestão. Dessa forma, mediante a ocorrência de um sinistro todos os segurados responderão indiretamente pela indenização, já que esta será paga com os recursos investidos por todos segurados. O risco individual transforma-se em risco coletivo.¹⁰⁹

1. Mutualismo

A lógica e a sustentabilidade do seguro dependem da possibilidade de constituição de um fundo mútuo. A origem do seguro está na percepção de grupos de pessoas de que seria mais fácil suportar coletivamente os efeitos dos riscos que atingiam isoladamente cada indivíduo. A contribuição de muitos para suprir as necessidades inesperadas de poucos amenizava as consequências danosas e fortalecia o grupo.¹¹⁰ A essa solidariedade financeira denomina-se mutualismo ou mutualidade.

O mutualismo constitui, portanto, a base do seguro. Os segurados contribuem cada um com o pagamento de um prêmio para a formação e manutenção de um fundo mútuo. Assim, é possível que sejam repartidos ou redistribuídos os prejuízos entre uma grande quantidade de pessoas em parcelas pequenas que não afetem a estabilidade econômica

proporcionada aos seus direitos, e falta por isso ao principal fim do seguro, qual é o de dar garantia aos segurados. Um tal contracto não deixa por certo de ser um contracto de seguro, mas deve haver-se com uma forma imperfeita, quer económica, quer juridicamente, do contracto de seguro tal como é considerado na industria moderna.” (VIVANTE, Cesare. *Op. cit.* pp. 270-271).

¹⁰⁷ RIBEIRO, Amadeu Carvalhaes. *Op. cit.* p. 65.

¹⁰⁸ *Ibidem.* p. 67.

¹⁰⁹ *Ibidem.* p. 69.

¹¹⁰ ALVIM, Pedro. *O contrato de seguro*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999. p. 2.

individual. Como destaca Pedro Alvim, “importa socialmente evitar o sacrifício de alguém pelo risco e eliminar a insegurança que ameaça a todos”.¹¹¹

Daí denota-se um dos fatores que atraem a relevância social e o interesse público na atividade securitária. A seguradora é responsável pelo gerenciamento dos recursos de uma coletividade e pela sua distribuição na ocorrência do sinistro. Tanto é assim que os seguros estão submetidos a rígidos esquemas de controle e fiscalização desde 1966 quando foi publicado o Decreto n. 73, que os regulamenta. Todavia, essa não é a única razão pela qual este mercado é regulado.

Outro motivo que leva à intervenção estatal são as denominadas falhas de mercado, isto é, imperfeições ou inoperacionalidades de determinado mercado. O modelo de concorrência perfeita, criado pela teoria econômica neoclássica, é um padrão de comparação. A falha de mercado, desse modo, é a constatação de que o mundo real naquele aspecto não correspondente ao padrão estabelecido.

Diante de uma falha de mercado real, pergunta-se o que pode ser feito para aproximar esse mercado o mais possível do mercado de concorrência perfeita, reduzindo-a – pois as falhas nunca serão eliminadas. Este é o papel da regulação no que tange às falhas de determinados mercados. Entre as principais falhas de mercado estão: poder de mercado, monopólio natural, externalidades, bens coletivos e assimetria de informações. Entretanto, apenas esta última – a assimetria de informações – será abordada no presente trabalho em razão de sua relevância no setor dos seguros – e da saúde suplementar –, ainda que outras falhas de mercado possam ocorrer no setor da saúde suplementar, como o poder de mercado e as externalidades.

2. Assimetria de informações

Como observa Kenneth Abraham, se o mercado de seguros funcionasse perfeitamente, o direito teria um papel muito menos importante na regulação de seguros do que ele tem na prática. Entre outras coisas, os consumidores saberiam exatamente o que eles querem e o que é ofertado a eles, e seguradoras saberiam precificar de maneira precisa

¹¹¹ ALVIM, Pedro. *Op. cit.*, p. 60.

cada forma de cobertura, de modo que a contratação de seguro por uma pessoa não teria impacto em mais ninguém.¹¹²

Todavia, a informação não é perfeita tampouco simétrica. A obtenção de informação, assim como todos os outros bens, tem um custo. Ainda que fosse possível obter toda informação disponível, para se ter um conhecimento perfeito da situação, provavelmente não seria economicamente interessante.

Nos planos de saúde, tanto a operadora quanto o usuário estão expostos à assimetria de informações. O usuário, por lhe faltar conhecimento técnico, desconhece a qualidade dos serviços prestados e pode não compreender, em toda sua extensão, a cobertura assistencial prevista em contrato. A operadora, por sua vez, desconhece todos os fatores de risco a que os segurados estão sujeitos.

Sem a perfeita informação, a qualidade dos produtos vendidos e os preços por eles cobrados afastam-se do ótimo.¹¹³ Como resultado das deficiências informacionais, desenvolve-se uma relação entre a seguradora e os segurados que os economistas denominam agente-principal, que torna o seguro vulnerável a dois tipos de efeitos prejudiciais: a seleção adversa e o risco moral. Há um número considerável de pesquisas econômicas no Brasil dedicadas ao estudo dos reflexos da seleção adversa e do risco moral no mercado da saúde suplementar.¹¹⁴

¹¹² ABRAHAM, Kenneth S. *Insurance law and regulation: cases and materials*. 4ª ed. New York: Foundation Press, 2005. p. 5.

¹¹³ *Ibidem*.

¹¹⁴ ANDRADE, Luciana Pinto de, PÔRTO JÚNIOR, Sabino da Silva. *O problema do risco moral no mercado brasileiro de assistência médica suplementar*. Revista Análise Econômica, Porto Alegre, ano 22, n. 41, março, 2004, pp. 241-266; ALVES, Sandro Leal. *Análise econômica da regulamentação e do setor de planos e seguros de saúde no Brasil*. Rio de Janeiro: FUNENSEG, Cadernos de Seguros: teses, v. 9, n. 22, 2004; ALVES, Sandro Leal. *Entre a proteção e a eficiência: Evidências de seleção adversa no mercado brasileiro de saúde suplementar após a regulamentação*. Monografia vencedora na categoria profissional do prêmio SEAE 2007. Brasília: SEAE, 2007; BRUNETTE, Lucas. *Assimetria de informação no mercado brasileiro de saúde suplementar: testando a eficiência dos planos de cosseguro*. Dissertação de Mestrado. Escola Superior de Agricultura “Luiz de Queiroz”, Universidade de São Paulo, 2010; GODOY, Márcia Regina. *Regulamentação dos planos de saúde e risco moral: aplicação da regressão quantílica para dados de contagem*. Tese de Doutorado. Faculdade de Economia, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2008; GUIMARÃES, André Luiz de Souza; LEAL, Rodrigo Mendes. *Seleção adversa no mercado brasileiro de saúde suplementar após a regulamentação: comentários*. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1271666>. Acesso em: 02 jun. 2011; MAIA, Ana Carolina. *Seleção adversa e risco moral no sistema de saúde brasileiro*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Ciências Econômicas, Universidade Federal de Minas Gerais, 2004; STANCIOLI, Anderson Eduardo. *Incentivos e risco moral nos planos de saúde no Brasil*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, 2002.

2.1. Seleção adversa

A seleção adversa decorre da assimetria de informação existente antes da contratação. O segurado sabe (ou tem forte indícios) sobre a qualidade de sua saúde e o quanto estaria propenso a ficar doente. Já a seguradora conhece apenas a frequência da ocorrência de sinistros na população em geral e de grupos um pouco menos genéricos, mas ainda grandes, conforme algumas características, como idade, hábito de fumar etc.

Nesse contexto, se o segurador estabelece, com base na frequência média da população, um preço médio ao seguro, estará cobrando o mesmo prêmio de indivíduos submetidos a diferentes probabilidades de ocorrência de sinistro. Nesta hipótese, as pessoas expostas, em maior medida, ao risco tenderão a contratar o seguro, ao passo que aqueles que estão sujeitos a menor probabilidade de ocorrência do sinistro tenderão a deixar de contratá-lo. A seleção adversa pode torna-se um problema cíclico, pois a cada elevação de preço as pessoas que, comparativamente, têm menos risco deixam de comprar o seguro, cujo preço irá aumentar novamente. E assim sucessivamente.

Cabe salientar, contudo, que o risco de ocorrência da seleção adversa diminui quando os consumidores não sabem determinar ao certo a probabilidade de ocorrência do sinistro a que estão expostos.

Há alguns mecanismos que as seguradoras podem adotar para reduzir a seleção adversa a que estão sujeitas. Um deles é a realização de exames antes da contratação para verificação de doenças preexistentes e das condições de saúde do indivíduo, bem como a aplicação de questionários para determinar os hábitos deste. Outro instrumento seria a diversificação dos tipos de contratos oferecidos aos consumidores, os quais, pela percepção que têm dos riscos a que estão submetidos, escolheriam o modelo mais adequado a esses riscos – ou seja, mais ou menos abrangente.¹¹⁵

No entanto, atualmente, as operadoras esbarram na regulamentação para utilização desses mecanismos no setor da saúde suplementar. Isso porque a Lei n. 9.656/98 limitou o conteúdo dos contratos de plano de saúde.

¹¹⁵ ALVES, Sandro Leal. *Análise econômica da regulamentação...* p. 4.

2.2. Risco moral

Originariamente, o conceito de risco moral estava vinculado à ideia de o segurado, deliberadamente, destruir o objeto do seguro para obter o pagamento do sinistro. Como exemplifica Kenneth Abraham, na Inglaterra do século XVIII, era permitido que as pessoas fizessem seguro da vida de terceiro sem possuir qualquer vínculo com ele. Como uma aposta, se a pessoa objeto do seguro morresse, o possuidor da apólice obteria um ganho. Mais ainda, quanto mais cedo a pessoa morresse mais interessante seria para o possuidor da apólice. Dessa forma, o possuidor da apólice tinha um incentivo para causar a morte do segurado.¹¹⁶

Em decorrência deste risco moral, é que passa a ser proibida a prática de realizar seguro sem um “interesse legítimo” no objeto segurado – um interesse gerado por relação afetiva ou econômica. Atualmente, a expressão é mais utilizada para se referir à tendência do segurado ter menos cuidado para evitar a ocorrência do sinistro do que teria se o bem não estivesse segurado.¹¹⁷

O risco moral surge a partir de uma assimetria de informações entre a operadora e o usuário após a contratação do plano. Depois da contratação, a estrutura de incentivos do consumidor modifica-se. Diante da impossibilidade de monitoramento por parte da operadora, o segurado pode passar a ter um comportamento menos preventivo ou passar a utilizar mais os serviços médicos do que se não possuísse o plano e tivesse que arcar integralmente com os custos decorrentes.¹¹⁸

Também desenvolveram-se alguns mecanismos para diminuir a incidência do risco moral. Uma solução é a co-participação, co-pagamento ou franquia. Assim, o segurado arca com uma parcela do custo relativo à utilização do plano, fazendo com que ele aja de modo mais cauteloso.¹¹⁹ Outra alternativa seria a imposição de limites à utilização dos serviços, por exemplo, limitar o tempo ou valor da internação hospitalar. Esta última possibilidade, todavia, está, atualmente, vedada pela Lei n. 9.656/98.

¹¹⁶ ABRAHAM, Kenneth S. *Op. cit.* p. 7.

¹¹⁷ *Ibidem.*

¹¹⁸ ALVES, Sandro Leal. *Análise econômica da regulamentação...* pp. 4 e 73.

¹¹⁹ *Ibidem.* p. 4.

Cabe referir, por fim, que a relação entre a operadora e o médico também pode estar sujeita a efeitos do risco moral. A depender dos incentivos que o médico possui, ele poderá indicar tratamentos e serviços médicos não necessários, induzindo a demanda. A forma de remuneração dos médicos – se fixa ou baseada, por exemplo, na realização de procedimentos – pode influenciar nesse tipo de comportamento. A remuneração por procedimento poderá criar um incentivo à sobreutilização dos recursos de forma ineficaz.¹²⁰

Para evitar esse tipo de risco, as operadoras mantêm grupos técnicos para avaliação das melhores práticas e otimização dos recursos.¹²¹ Há, ainda, outras alternativas, como o estabelecimento de remuneração fixa,¹²² quando a operadora possui sua própria rede, ou controle dos tratamentos receitados pelos médicos referenciados. Outra solução incorporada, especialmente nos casos em que o usuário pode escolher livremente o médico, é adoção de tabelas próprias fixas para o reembolso.

3. Breves contornos da evolução da teoria jurídica do direito contratual

Não pretendo aqui exaurir os temas que circundam a transformação pela qual passou e tem passado a teoria jurídica do direito contratual, uma vez que isso, por si só, demandaria um trabalho exclusivo e ambicioso. No entanto, tendo-se em conta as implicações que essa evolução tem no arranjo jurídico dos contratos de planos de saúde, bem como na atuação interpretativa dos magistrados, considero importante dedicar-lhe algumas linhas no presente estudo.

A fundamentação da modificação da teoria contratual está, essencialmente, nas transformações sociais e econômicas da sociedade desde a formulação da concepção clássica do contrato nos séculos XVII e XVIII, resultado de um sistema econômico individualista e pouco dinâmico, aos dias atuais, em que temos uma economia massificada. A concepção clássica tinha como pressuposto o caráter pessoal e ponderado das trocas,

¹²⁰ *Ibidem.* p. 73.

¹²¹ A Unimed, por exemplo, criou, por iniciativa dos médicos auditores, o atualmente denominado Grupo de Avaliação de Tecnologias em Saúde – GATS, cujo objetivo é a avaliação de incorporação de novas tecnologias propostas pelos médicos cooperados – sejam materiais, medicamentos, equipamentos, métodos propedêuticos ou opções terapêuticas, clínicas ou cirúrgicas. (AGUIAR, Livia Campos. *Op. cit.*. In: PIRES, Danielle, da Silva; SOUZA, Jordana Miranda (coord.). *A judicialização da saúde suplementar*. Unimed Belo Horizonte, 2008, pp. 203-205).

¹²² A remuneração fixa, todavia, possui também efeitos negativos como a baixa produtividade.

estava, portanto, arraigada na autonomia de vontade das partes. Todavia, o pressuposto alterou-se, o sistema econômico atual, ao contrário, é caracterizado pela produção, distribuição e consumo de massa e, conseqüentemente, pela sua crescente padronização e impessoalidade.¹²³

Nas palavras de Bruno Miragem:

Há, nesse sentido, uma sensível alteração da concepção clássica do contrato, forjada a partir dos séculos XVII e XVIII, centrada na escola do jus-racionalismo e na sua recepção pelas grandes codificações a partir do Código de Napoleão, de 1804, em que o contrato representava, a exemplo de outros institutos de direito privado, o triunfo de uma liberdade individual do agir humano, em vista da satisfação de seus próprios interesses. Este estado de *laissez-faire*, influenciado pelo liberalismo econômico, rejeita a possibilidade de intervenção de terceiros, sejam particulares ou o próprio Estado, no controle e avaliação dos limites do conteúdo dos contratos, consagrando-se a partir de então seus traços essenciais, quais sejam, a relatividade e a imutabilidade dos termos do contrato (*pacta sunt servanda*).

Contudo, o descortinar de contínuas e profundas transformações sociais e econômicas durante o século XX dá origem a uma nova realidade contratual, dando causa aos fenômenos de massificação das relações contratuais e a conseqüente [*sic*] despessoalização do contrato, com a adoção de novas técnicas na formação do seu conteúdo (contratos de adesão, condições gerais dos contratos), assim como na sua celebração (contratação à distância, telemática, vendas emocionais, sob pressão).¹²⁴

As novas demandas sociais exigem uma constante adequação do direito. A ideia de que a proteção da pessoa humana realiza-se, exclusivamente, através da garantia das liberdades individuais e da igualdade formal é colocada em xeque. Os direitos sociais, ligados ao princípio da igualdade material, ganham força, mostrando-se essenciais na consecução da liberdade e dignidade de cada ser humano.

Em resposta, insere-se um conteúdo social ao contrato, tendo-se como pressuposto a necessidade de proteção do equilíbrio entre os interesses legítimos dos contratantes, da confiança dos contratantes entre si, e da comunidade em face da projeção dos efeitos da relação contratual. A lei deixa de ter caráter meramente subsidiário – que se restringia a

¹²³ ROPPO, Enzo. *Op. cit.* pp. 297-298.

¹²⁴ MIRAGEM, Bruno. *Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais*. In: MARQUES, Cláudia Lima (org.). *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 177.

negar validade às disposições que a contrariassem –, passando a fundamentar uma atuação intervencionista do Estado, precipuamente, na figura do juiz.¹²⁵

Essa nova visão será consagrada, inicialmente, nas constituições contemporâneas, as quais se valerão, principalmente, das normas principiológicas como meio de atingir tais fins. É o que ocorre com a Constituição Federal de 1988. E, alinhando-se às diretrizes constitucionais, também o Código de Defesa do Consumidor e, posteriormente, o Código Civil, no Brasil, consagram alterações no campo da teoria contratual. No centro dessa transformação, estão as cláusulas gerais que versam sobre a boa-fé objetiva, a função social do contrato e o equilíbrio econômico.

Nesse contexto, muitos ordenamentos jurídicos, inclusive o brasileiro, passam por um fenômeno conhecido como “constitucionalização do direito”.¹²⁶ Esse fenômeno pode ser vislumbrado em virtude de dois aspectos: por um lado, a Constituição passa a abranger assuntos tradicionalmente relegados ao plano legal; por outro, os demais ramos do Direito, como o direito civil, passam a ser preenchidos, de forma mais direta, pelo conteúdo axiológico constitucional. Há, portanto, uma convergência entre direito público e direito privado. Constrói-se, cada vez mais, um sistema jurídico aberto, sustentado por princípios, em busca da materialização do direito.

O grande desafio posto pelo sistema jurídico aberto posterior à Constituição de 1988 surge no momento de sua aplicação. Há uma crescente indeterminação jurídica, caracterizada, no nível legislativo, pelo uso de expressões abertas e pela predileção por princípios. Ao concretizar os princípios contidos tanto nas cláusulas constitucionais como nas cláusulas legais, o intérprete/aplicador deve delimitá-las e preenchê-las

¹²⁵ *Ibidem*. pp. 176-177.

¹²⁶ FERRAZ, Octavio Luiz Motta. *Harming the poor through social rights litigation: lessons from Brazil*. Texas Law Review, vol. 89, 2011. p. 1643. HERSHKOFF, Helen. *Transforming legal theory in the light of practice: the judicial application of social and economic rights to private orderings*. In: BRINKS, Daniel M. (org.). *Courting social justice: judicial enforcement of social and economic rights in the developing world*. Cambridge University Press, 2008. pp. 271-272. SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1ª edição, 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. TIMM, Luciano Benetti. “Descodificação, constitucionalização e reprivatização no direito privado: o código civil ainda é útil?” The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies, vol 3, issue 1, article 1, 2008. TIMM, Luciano Benetti. *Direito, economia e a função social do contrato: em busca dos verdadeiros interesses coletivos protegíveis no mercado de crédito*. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, vol. 3, 2006, pp.15-31.

semanticamente. Nesse novo quadro institucional, o poder judiciário passa a ocupar lugar mais central.

4. Elementos jurídicos dos contratos de plano de saúde

As normas gerais que regulam os contratos encontram-se sistematizadas no Livro I da Parte Especial do Código Civil de 2002, mais especificamente nos Títulos V e VI. No caso específico dos planos de saúde, como observado acima, aplica-se a Lei n. 9.656/98 que regulamenta o setor e, supletivamente,¹²⁷ o Código de Defesa do Consumidor.

O plano de saúde, como visto, é um negócio por meio do qual o consumidor – diretamente ou por intermédio da empresa ou associação da qual faz parte – contrata uma operadora para, mediante o pagamento de contribuições, prestar a assistência em eventos que afetam a saúde, ou a efetuar a cobertura financeira dos riscos assinalados. É, pois, um contrato oneroso e bilateral, estando a reciprocidade das obrigações justamente na cobertura de certos eventos à saúde e no pagamento por esta prestação de serviços.¹²⁸

Antigamente, o seguro era definido, sem muita discussão, como um contrato tipicamente aleatório, já que uma das prestações – a do segurador – dependeria de um evento incerto, como se observa na exposição de Pedro Alvim:

O seguro é tipicamente um contrato aleatório. Gira em torno do risco, acontecimento futuro e incerto cujas consequências econômicas o segurado transfere ao segurador, mediante o pagamento do prêmio. Se o evento previsto ocorre, uma soma bem maior que o prêmio será paga ao segurado; em compensação, reterá o segurador a quantia recebida, se o fato não se verificar. Não há equivalência nas obrigações, por força da natureza aleatória do contrato. O segurado perde ou ganha, mas o segurador escapa a essa condição, não em relação a um contrato isolado, mas no conjunto dos contratos celebrados, compensando os lucros e as perdas de cada um. Eis por que o seguro é um negócio de massa. Sua estabilidade cresce na razão direta do volume da carteira.¹²⁹

Atualmente, todavia, a aleatoriedade da prestação do segurador é bastante questionada, pois, além do ressarcimento devido ao segurado em função de eventual ocorrência do sinistro, o segurador tem outro importante dever decorrente do contrato a

¹²⁷ Há autores que criticam a utilização deste termo pelos legisladores, como será abordado adiante.

¹²⁸ RIZZARDO, Arnaldo. *Op. cit.* p. 899.

¹²⁹ ALVIM, Pedro. *Op. cit.* p. 123.

cumprir: a prestação de garantia. Nas palavras de Ernesto Tzirulnik, Flávio de Queiroz Bezerra Cavalcanti e Ayrton Pimentel:

A comutatividade do contrato tem por base justamente o reconhecimento de que a prestação do segurador não se restringe ao pagamento de uma eventual indenização (ou capital), o que apenas se verifica no caso de sobrevir lesão ao interesse garantido em virtude da realização do risco predeterminado. Tal prestação consiste, antes de tudo, no fornecimento de garantia e é devida durante toda a vigência material do contrato. A comutação ocorre entre prêmio (prestação) e garantia (contraprestação).¹³⁰

Mais uma vez, percebe-se a importância da visão coletiva do contrato de seguro. Como já repisado, a lógica deste tipo de contrato, inclusive para o seu enquadramento nas típicas classificações jurídicas, aflora a partir da sua perspectiva coletiva. Como salienta Amadeu Carvalhaes Ribeiro, a finalidade imediata pela qual uma pessoa contrata um seguro não é a obtenção da indenização, mas antes a garantia de que um eventual sinistro não prejudicará sua situação financeira. E essa garantia quem lhe dá é o segurador.¹³¹

Embora a essência do plano de saúde seja securitária, há uma característica que distancia o plano de saúde das outras modalidades de seguro, qual seja, o prazo de duração do contrato. Normalmente, os seguros possuem prazo determinado, devendo haver sua renovação ao final do período - com exceção evidente feita ao seguro de vida. Já os planos de saúde, em especial os planos individuais ou familiares, como explicitado anteriormente, possuem prazo de duração indeterminado, sendo defeso às operadoras o rompimento contratual unilateral do plano. Trata-se, portanto, de contrato de execução continuada, cuja prestação estende-se no tempo.

4.1. Contrato de adesão

O contrato de adesão pode ser definido como um instrumento pré-formulado composto por cláusulas que caracterizam certo tipo contratual e disciplinam de modo uniforme e, na medida do possível, exaustivo a relação jurídica que irá estabelecer-se entre

¹³⁰ TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz Bezerra; PIMENTEL, Ayrton. *O contrato de seguro*: de acordo com o novo código civil brasileiro. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 30. Nesse sentido, entre outros: COMPARATO, Fábio Konder. *O seguro de crédito: estudo jurídico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968; RIBEIRO, Amadeu Carvalhaes. *Op. cit.*

¹³¹ RIBEIRO, Amadeu Carvalhaes. *Op. cit.* p. 63.

os futuros contratantes.¹³² Via de regra, o formulador do instrumento é uma empresa juridicamente assessorada, que exerce o objeto do contrato de forma reiterada e profissional.¹³³

À outra parte, o aderente, por sua vez, cabe apenas a manifestação de vontade quanto à aceitação ou recusa em bloco do contrato. Não é dada a ele a oportunidade de negociar os termos e condições do contrato.

Joaquim de Sousa Ribeiro, para explicar o fenômeno, difere, em primeiro lugar, os conceitos de autodeterminação e autonomia privada. Segundo o autor, “a autonomia privada, de que a liberdade contratual é uma componente e a mais relevante manifestação, é um processo de ordenação que faculta a livre constituição e modelação de relações jurídicas pelos sujeitos que nelas participam”. Já a autodeterminação situa-se em outro plano, sendo um conceito prejurídico que “assinala o poder de cada indivíduo gerir livremente a sua esfera de interesses, orientando a sua vida de acordo com as suas preferências”.¹³⁴

Assim, no contrato de adesão, a possibilidade de o indivíduo autodeterminar-se está refletida na faculdade de decidir *se* contrata, *o que* contrata e *com quem* contrata. A mitigação de sua autonomia de vontade nesse tipo de contrato, todavia, não lhe permite decidir *os termos em que* contrata. Ainda que reduzida, há uma atuação volitiva do consumidor. Essa distinção faz-se importante nas situações em que é ofertado, no mercado, mais de um tipo de contrato relacionado ao mesmo objeto.

¹³² Como aponta Custódio da Piedade Ubaldino Miranda, a noção das peculiaridades que envolvem o contrato de adesão foi desenvolvida, originalmente por Raymond Saleilles, em sua obra “De la déclaration de la volonté: contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand”, publicada em 1901. Raymond Saleilles atenta para existência de tipos diferentes de contratos, sendo que “há pretensos contratos que de contratos não têm senão o nome, e cuja construção jurídica resta por fazer; para os quais, em todo o caso, as regras de interpretação individual que vêm de ser descritas deveriam sofrer sem dúvida importantes modificações; não seria que por isso se poderia chamar-se-lhes, à falta de uma [expressão] melhor, contratos de adesão, nos quais há predominância exclusiva de uma só vontade, agindo como vontade unilateral, que dita a sua lei, não mais a um indivíduo, mas a uma coletividade indeterminada e que se compromete já antecipada e unilateralmente, salva a adesão dos que queiram aceitar a lei do contrato e de se apossarem desse compromisso já assumido?” (*Contrato de adesão*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 18).

¹³³ MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Op. cit.* pp. 18-19.

¹³⁴ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerias e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999. pp. 21-22.

De um modo geral, é o caso dos planos de saúde, em que há uma gradação dos serviços prestados conforme o aumento proporcional da contraprestação,¹³⁵ atendendo-se, assim, às diferentes necessidades dos consumidores e à capacidade econômica de cada um. Não se pode confundir a oferta de contrato de adesão com oferta de apenas uma opção, um modelo de contratação.

Os elementos acima, todavia, não bastam para a caracterização de um contrato de adesão. É fundamental, também, que ele tenha por alvo um número indeterminado de pessoas. O contrato de adesão deve ser publicamente ofertado. Ou seja, não basta que um dos contratantes aceite os termos de um contrato, em bloco, sem discuti-los para que o contrato seja considerado de adesão. Se o contratante teve a possibilidade de discutir o contrato e o não o fez, ainda assim pode-se dizer que se trata de contrato negociado, pois a não discussão partiu da vontade da parte.¹³⁶ O contrato de adesão pressupõe a padronização da regulação de relação jurídica em razão da massificação da produção, da distribuição e do consumo. A massificação, dessa forma, provoca a despersonalização das relações contratuais.

O contrato de adesão desempenha importante função social na medida em que aproxima o fornecedor do consumidor, garantindo um maior número de relações de consumo.¹³⁷ Nos contratos de seguro, a standardização tem especial papel. Além dos fatores apontados acima, a padronização do seguro é importante para estabelecer os mesmos termos ao grupo de pessoas que constituirá o fundo mútuo, o qual, por sua vez, financiará os sinistros ocorridos. Com base nesses termos, permite-se que o cálculo atuarial que determinará o valor da contribuição de cada uma das pessoas seja mais acurado.

Contudo, em função do reduzido poder negocial do consumidor, é necessário regular o contrato de adesão, impondo-lhe limites para que a vantagem das empresas em sua elaboração não se transforme em exploração do consumidor. A desigualdade material das partes demanda a intervenção estatal para reestabelecimento do equilíbrio contratual. Sendo assim, o Código de Defesa do Consumidor dedica especial atenção aos contratos de

¹³⁵ Consoante detalhado ao longo do trabalho, a Lei n. 9.656/98 limitou o conteúdo dos contratos de plano de saúde.

¹³⁶ MIRANDA, Custódio da Piedade Ubalino. *Op. cit.* pp. 23-27.

¹³⁷ SCHMITT, Cristiano Heineck. *Cláusulas abusivas nas relações de consumo*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 217.

adesão. Dentre as disposições contidas no Código de Defesa do Consumidor, destacam-se a que trata das cláusulas abusivas (artigo 51) e a que trata interpretação do contrato (artigo 47).

Definem-se como abusivas as estipulações contidas no contrato de adesão que redundam em exclusivo benefício do estipulante, provocando significativo desequilíbrio contratual.¹³⁸ O artigo 51 enumera uma série de cláusulas que seriam abusivas, cominando exclusivamente à cláusula¹³⁹ sanção de nulidade de pleno direito.

Os consumeristas entendem que a enumeração contida na cláusula é exemplificativa. O próprio *caput* do artigo do Código ao mencionar a expressão “entre outras”¹⁴⁰ orienta nesse sentido. Cabe, todavia, observar que a referida cláusula mescla exemplos com cláusulas gerais. Nessa perspectiva, os incisos IV e XV diferenciam-se dos demais por conterem enunciados gerais,¹⁴¹ capazes de preencher o vácuo legislativo consubstanciado no termo “entre outras”.¹⁴²

Desse modo, os incisos IV e XV caracterizam-se como critérios norteadores para o intérprete na determinação da abusividade da cláusula. O parágrafo primeiro do citado artigo presta-se ao mesmo fim. Consoante sua redação, presume-se exagerada a vontade que: (i) ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence; (ii) restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual; e (iii) se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

¹³⁸ As cláusulas abusivas não são encontradas, exclusivamente, nos contratos de adesão, podendo ser constatadas também em contratos negociados. Todavia, a sua incidência acaba sendo maior nos contratos de adesão em decorrência da forma como é elaborado.

¹³⁹ Conforme o parágrafo segundo do artigo 51, “a nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes”.

¹⁴⁰ “Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:”

¹⁴¹ “Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

(...)

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

(...)

XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor;”

¹⁴² MIRANDA, Custodio da Piedade Ubaldino. *Op. cit.* pp. 210-211.

O Código de Defesa do Consumidor também disciplina a interpretação dos contratos. Dispõe, em seu artigo 47, “as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”. A interpretação de cláusulas contratuais de forma desfavorável àquele que redigiu o contrato não é instrumento novo no direito. Com relação aos seguros, Vivante já lecionava que “quando as cláusulas das apólices se acham escritas por uma forma ambígua. Devem interpretar-se contra a Companhia que as fez redigir, por que é sobre ella que devem recahir os danos provenientes da formula equivocada que escolheu”.¹⁴³

Tendo-se em conta a natureza coletiva do contrato de adesão, e mais ainda do contrato de plano de saúde, afilio-me ao entendimento de Custodio da Piedade Ubaldino Miranda no sentido de que as condições do contrato de adesão não podem ser interpretadas de outra forma que não geral. A interpretação particularizada para cada aderente viola a igualdade de posições jurídicas em relação a todos os demais aderentes perante a cláusula. Além disso, na interpretação da vontade expressada na declaração do estipulante, deve-se levar em conta o tipo de atividade econômica por ele exercida.¹⁴⁴ Ou seja, a interpretação contratual favorável ao consumidor não pode ser feita ao revés da realidade socioeconômica que subjaz o contrato e, menos ainda, para aproveitar apenas a alguns dos aderentes.

4.2. O Código de Defesa do Consumidor e os planos de saúde

Não há dúvidas quanto à caracterização da relação entre operadoras e usuários como uma relação de consumo. De um lado, a operadora que comercializa uma prestação de serviços e, de outro, o usuário que a adquire, como destinatário final. O Código de Defesa do Consumidor, inclusive, menciona expressamente que as atividades de natureza securitária enquadram-se na definição de serviço e estão a ele submetidas.¹⁴⁵

¹⁴³ VIVANTE, Cesare. *Op. cit.* p. 279.

¹⁴⁴ MIRANDA, Custodio da Piedade Ubaldino. *Op. cit.* pp. 236-237.

¹⁴⁵ Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

Segundo Cláudia Lima Marques, a proteção do consumidor justifica-se em razão da vulnerabilidade deste diante das iniquidades praticadas no mercado de consumo, o que leva a um desequilíbrio da relação fornecedor-consumidor. Esta vulnerabilidade pode ser visualizada a partir de, pelo menos, três enfoques: (i) a maciça publicidade a que estão expostos os consumidores, que cria representações ideais de situações da vida e necessidades antes inexistentes; (ii) a falta de conhecimento técnico-profissional; e (iii) a falta de conhecimento e estrutura jurídica.¹⁴⁶

Dessa forma, a operadora está obrigada aos deveres impostos pelo Código de Defesa do Consumidor, tais quais, de prestar informação adequada e clara, de não promover publicidade enganosa e abusiva, de praticar métodos comerciais coercitivos ou desleais e de utilizar práticas e cláusulas abusivas.

Como a própria Lei n. 9.656/98 refere, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, na contratação de planos de saúde, é subsidiária à mencionada lei. Isso porque a Lei n. 9.656/98, além de ser posterior, é especial. Há, no entanto, uma corrente minoritária encabeçada por Cláudia Lima Marques que entende de modo diverso. Para esses autores, haveria uma aplicação cumulativa e complementar das duas leis, uma vez que o Código de Defesa do Consumidor é, hierarquicamente, superior à Lei n. 9.656/98. Como efeito prático, tem-se que, nos casos em que houver uma antinomia entre a aplicação dos dispositivos da Lei n. 9.656/98 e do Código de Defesa do Consumidor, este e os princípios nele contidos determinarão a interpretação da Lei n. 9.656/98.

Todavia, como pondera Custódio da Piedade Ubaldino Miranda, há que se atentar para que o Código de Defesa do Consumidor não seja, indevidamente, elevado à categoria de carta magna, de modo que seus princípios sobrepujem, em qualquer situação, as regras contidas nos demais instrumentos legislativos:

O entusiasmo inicial que propeliu os adeptos de uma sentimental, desmedida e incondicional proteção ao consumidor, que teria a sua carta magna no código respectivo, de 1990, não arrefeceu ainda de modo a chegar-se ao natural e almejado ponto de equilíbrio, como era de se

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

¹⁴⁶ MARQUES, Cláudia Lima. *Op. cit.*, pp.87-89.

esperar, vendo-se, antes, até mesmo um aqodamento dos 6rg6os p6blicos e, por incr6vel que pareqa, do pr6prio Minist6rio P6blico, no sentido de se vislumbrar na atividade das empresas, atrav6s de fantasiosas lentes de aumento, uma aq6o concertada contra o seu alvo preferido: o consumidor.¹⁴⁷

¹⁴⁷ MIRANDA, Custodio da Piedade Ubaldino. *Op. cit.* p. 10.

PARTE III - A JURISPRUDÊNCIA NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOBRE COBERTURA CONTRATUAL EM PLANOS DE SAÚDE

Nesta parte do estudo, apresentarei os resultados quantitativos obtidos a partir da pesquisa empírica de coleta e sistematização dos acórdãos proferidos pelo STJ sobre a restrição ou limitação da cobertura contratual em planos de saúde. Conforme o método detalhado na introdução do presente trabalho, foi analisado o número total de 64 acórdãos, no período compreendido entre a entrada em vigor da Lei n. 9.656/98,¹⁴⁸ que regula os planos de saúde, ao final do ano de 2010, ou seja, de 1º de janeiro de 1999 a 12 de dezembro de 2010.

Entendo que a compreensão acerca do funcionamento do sistema jurídico já não é mais possível apenas com o estudo das normas ou doutrinas. A percepção real e concreta das consequências da atividade judicial exige conhecimentos que ultrapassam o emprego de repertórios e unidades de análise formalistas e abstratas ou metafísicas em termos de discussão do que vem a ser a justiça. Assim, além da pesquisa bibliográfica, considero a pesquisa empírica, especificamente a análise de jurisprudência, essencial para atingir os objetivos a que me propus no presente trabalho.

Trata-se de identificar o direito aplicado à realidade social com o intuito de realizar um esforço crítico de reflexão do direito em sua efetividade. A ideia da análise do *law in action* em contraposição à visão formal e estática do *law in books*, conforme expressões consagradas por Roscoe Pound em seu artigo “Law in Books and Law in Action” publicado em 1910¹⁴⁹.

Dessa forma, o ferramental teórico apresentado nas duas primeiras partes da pesquisa presta-se a dar suporte aos objetivos centrais do presente estudo, quais sejam, a investigação empírica do modo de decidir dos ministros do STJ no que tange à cobertura contratual em contratos de planos de saúde e a análise crítica da argumentação da qual lançam mão os ministros.

¹⁴⁸ Sobre a data de entrada em vigor da Lei n. 9.656/98 vide o item 1.2.2 da Parte I do presente trabalho.

¹⁴⁹ na *American Law Review*, n. 44, pp. 12-34.

Para análise e sistematização das decisões, foi aplicado questionário formulado a partir da observação de uma amostra da jurisprudência coletada, o qual se encontra anexado ao final deste trabalho. Compõem o questionário quinze quesitos a respeito dessas decisões, quais sejam: (i) a turma julgadora do STJ; (ii) o ministro relator do acórdão; (iii) o estado onde se originou a demanda; (iv) a titularidade da ação, se individual ou coletiva; (v) a operadora de planos de saúde que figura como parte na ação judicial; (vi) a posição da operadora na demanda, se recorrente ou recorrida; (vii) a forma de contratação do plano de saúde, se individual/familiar ou coletiva; (viii) a data de contratação do plano de saúde, se anterior à entrada em vigor da Lei n. 9.656/98 ou posterior; (ix) a demanda de cobertura citada no acórdão; (x) se o contrato possuía ou não cláusula de exclusão ou limitação da cobertura assistencial; (xi) o resultado da ação no STJ, na segunda instância e na primeira instância; (xii) a principal legislação citada nos votos dos ministros; (xiii) se foi ou não citado precedente; (xiv) os principais argumentos ou discursos trazidos nas decisões; e (xv) se o ministro faz qualquer menção à coletividade dos usuários e/ou aos efeitos coletivos que a demanda individual poderá causar.

1. Titularidade das ações

Um dos primeiros itens analisados nos acórdãos foi a titularidade das ações, ou seja, se elas haviam sido ajuizadas individualmente por usuários dos planos de saúde, ou coletivamente por um dos entes legitimados¹⁵⁰ pelo artigo 182 do Código de Defesa do Consumidor.

A grande maioria das demandas propostas é individual. Foram identificadas apenas duas ações coletivas, o que representa 3% da quantidade total analisada. Os dois acórdãos originados a partir da referidas ações coletivas foram julgados no STJ no ano de 2010. Por oportuno, relato sucintamente essas ações.

¹⁵⁰ São eles: (i) o Ministério Público; (ii) a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; (iii) as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos pelo código; e (iv) as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos pelo código, dispensada a autorização assemblear.

A primeira delas refere-se a uma ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul contra uma operadora de planos de saúde, pleiteando o reconhecimento da nulidade de cláusula de limitação de tempo de internação hospitalar do usuário contida nos contratos anteriores à Lei n. 9.656/98 celebrados por esta. Em primeira instância a decisão foi favorável ao Ministério Público, sendo, porém, revertida no tribunal de segunda instância. O órgão ministerial, então, interpôs recurso especial ao STJ, o qual foi conhecido e provido. A decisão do STJ baseou-se na Súmula n. 302 do STJ pela qual foi consolidado o entendimento de que “é abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado”.¹⁵¹

A outra ação coletiva corresponde a uma ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios contra uma operadora de plano de saúde para demandar a declaração de nulidade de cláusula contratual que exclui a cobertura de próteses, órteses e materiais diretamente ligados a procedimento cirúrgico ao qual se submete o usuário. Em todas as instâncias, o resultado foi favorável ao Ministério Público e, por conseguinte, aos usuários do plano de saúde. Segundo a fundamentação adotada no acórdão do STJ, “se determinado procedimento cirúrgico está incluído na cobertura securitária, não é legítimo exigir que o segurado se submeta a ele, mas não instale as próteses e órteses necessárias para a plena recuperação de sua saúde”.¹⁵²

A constatação desta pesquisa quanto à titularidade das ações assemelha-se ao resultado a que chegaram Florian Hoffmann e Fernando Bentes em um estudo empírico por eles realizado.¹⁵³ Os pesquisadores analisaram decisões judiciais relacionadas à saúde – tanto no setor público quanto no setor privado – em quatro estados brasileiros: Bahia, Goiás, Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul. No que tange aos casos envolvendo direito à saúde, apuraram que apenas 2% das ações envolvendo o direito à saúde eram coletivas. Em complemento, afirmam os autores que os tribunais têm sido mais abertos ao deferimento de pedidos individuais do que aos feitos de forma coletiva. Os juízes, segundo eles, teriam maior cautela ao conceder decisões com efeito *erga omnes*.¹⁵⁴

¹⁵¹ Recurso Especial n. 535.447/RS. Quarta Turma. Ministro Relator Fernando Gonçalves. Julgado em 09.02.2010.

¹⁵² Agravo de Instrumento n. 1.088.331/DF. Quarta Turma. Ministro Relator Luis Felipe Salomão. Julgado em 18.03.2010. p. 7.

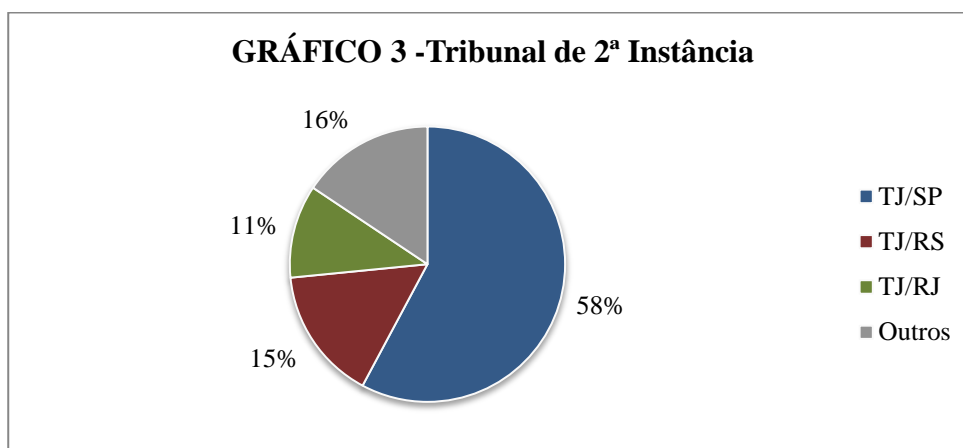
¹⁵³ HOFFMANN, Florian; BENTES, Fernando. *Op. cit.* p. 116.

¹⁵⁴ *Ibidem.* p. 101.

Contudo, o resultado das decisões aqui analisadas seguiu o padrão de decisão dos ministros do STJ neste assunto, como se verá adiante. Cabe salientar, ademais, que elas versaram sobre temas que já possuíam uma robusta jurisprudência no STJ. Este fator também será melhor abordado a seguir.

2. Tribunal de segunda instância

No levantamento realizado quanto ao tribunal de segunda instância do qual se originaram os processos, foi identificada uma grande concentração em três tribunais estaduais: de São Paulo, do Rio Grande do Sul e do Rio de Janeiro, como se verifica no gráfico abaixo.



Embora não se possa fazer uma correlação direta entre os tribunais nos quais se originam as demandas que chegam ao STJ e os estados com maior incidência de ajuizamento destas ações, esses dados coadunam-se com pesquisa recente realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA em parceria com o Conselho Nacional de Justiça – CNJ acerca do acesso à justiça.¹⁵⁵

Conforme o estudo, 63% das pessoas que consideram ter sofrido lesão em algum direito, durante o ano de 2009, não recorreram ao Judiciário, nem a outro órgão ou instituição relacionado à Justiça, como defensoria pública, advocacia, polícia ou ministério público para solucionar o problema. Segundo o estudo, a dificuldade de acesso à Justiça no

¹⁵⁵ Agência CNJ de Notícias, 27 de setembro de 2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/portal/noticias/materias-relacionadas/96-noticias/9865-63-dos-conflitos-nao-chegam-a-justica-segundo-o-ipea>. Acesso em: 24 nov. 2010.

Brasil é, em grande parte, influenciada por fatores socioeconômicos, como renda e escolaridade.

Em estados como São Paulo, Rio de Janeiro, Mato Grosso do Sul, Distrito Federal, Santa Catarina e Rio Grande do Sul, onde as pessoas possuem uma média de 7,5 anos de estudo e 19,5% da população estão abaixo do nível de pobreza, o número de casos novos na Justiça por cada grupo de 100 mil habitantes é 43% maior do que a média nacional. Já no grupo de estados composto por Bahia, Ceará, Alagoas, Maranhão, Pará e Piauí, que está bem abaixo da média nacional de litigiosidade, o nível de escolaridade é de 5,33 anos de estudo, e 59% das pessoas estão abaixo da linha de pobreza.¹⁵⁶

É possível verificar que os três tribunais de segunda instância mais recorrentes nas ações judiciais sobre cobertura contratual em planos de saúde estão entre os seis estados brasileiros onde há maior acesso à justiça. Outrossim, são estados em que a população possui alta média de anos de estudo e pequena parcela está situada abaixo do nível de pobreza se comparado com os outros estados de nosso país.

Nesse sentido, destaco também o perfil dos estados de São Paulo, Rio Grande do Sul e Rio de Janeiro na pesquisa “Contas Regionais do Brasil 2005–2009” realizada pelo IBGE referente à estimativa do Produto Interno Bruto (PIB) de cada Unidade da Federação. Conforme se observa na tabela abaixo, extraída do relatório da pesquisa, os referidos estados estão entre os quatros estados brasileiros com maior participação no PIB do Brasil do ano de 2009, somando conjuntamente uma participação superior ao percentual de 50%.

TABELA 2 – Participação percentual e posição relativa do PIB das Unidades da Federação (2006-2009)

Unidades da Federação	Produto Interno Bruto							
	2006		2007		2008		2009	
	Participação (%)	Posição relativa	Participação (%)	Posição relativa	Participação (%)	Posição relativa	Participação (%)	Posição relativa
São Paulo	33,9	1º	33,9	1º	33,1	1º	33,5	1º
Rio de Janeiro	11,6	2º	11,2	2º	11,3	2º	10,9	2º

¹⁵⁶ *Ibidem.*

Minas Gerais	9,1	3°	9,1	3°	9,3	3°	8,9	3°
Rio Grande do Sul	6,6	4°	6,6	4°	6,6	4°	6,7	4°
Paraná	5,8	5°	6,1	5°	5,9	5°	5,9	5°
Bahia	4,1	6°	4,1	6°	4,0	7°	4,2	6°
Distrito Federal	3,8	8°	3,8	8°	3,9	8°	4,1	7°
Santa Catarina	3,9	7°	3,9	7°	4,1	6°	4,0	8°
1ª a 8ª posição	78,7		78,7		78,2		78,1	

Fonte: IBGE, em parceria com os Órgãos Estaduais de Estatística, Secretarias Estaduais de Governo e Superintendência da Zona Franca de Manaus – SUFRAMA.

Se analisarmos o PIB *per capita*, também, encontraremos os três estados na cinco primeiras posições, de acordo com a tabela abaixo.

TABELA 3 – PIB, população residente e PIB *per capita*, segundo as Grandes Regiões e as Unidades da Federação (2009)

Grandes Regiões e Unidades da Federação	Produto Interno Bruto			População residente (1 000 hab.) (1)	Produto Interno Bruto <i>per capita</i> (R\$)
	1 000 000 R\$		Variação em volume (%)		
	Preços correntes	Preços do ano anterior			
Brasil	3 239 404	3 022 205	(-) 0,3	191 481	16 917,66
Norte	163 208	154 251	(-) 0,3	15 360	10 625,79
Rondônia	20 236	19 196	7,3	1 504	13 455,56
Acre	7 396	6 809	1,2	691	10 687,45
Amazonas	49 614	45 882	(-) 2,0	3 393	14 620,94
Roraima	5 593	5 114	4,6	421	13 270,47
Pará	58 402	56 631	(-) 3,2	7 431	7 859,19
Amapá	7 404	7 033	4,0	627	11 816,60
Tocantins	14 571	13 588	3,8	1 292	11 277,70
Nordeste	437 720	401 282	1,0	53 591	8 167,75
Maranhão	39 855	37 821	(-) 1,7	6 367	6 259,43
Piauí	19 033	17 979	6,2	3 145	6 051,10
Ceará	65 704	60 122	0,0	8 548	7 686,62
Rio Grande do Norte	27 905	25 870	1,5	3 138	8 893,90
Paraíba	28 719	26 118	1,6	3 770	7 617,71
Pernambuco	78 428	72 427	2,8	8 810	8 901,93
Alagoas	21 235	19 886	2,1	3 156	6 728,21
Sergipe	19 767	20 420	4,4	2 020	9 787,25
Bahia	137 075	120 820	(-) 0,6	14 637	9 364,71
Sudeste	1 792 049	1 681 596	(-) 1,0	80 915	22 147,22
Minas Gerais	287 055	271 315	(-) 4,0	20 034	14 328,62
Espírito Santo	66 763	65 167	(-) 6,7	3 487	19 145,17

Rio de Janeiro	353 878	349 906	2,0	16 010	22 102,98
São Paulo	1 084 353	995 208	(-) 0,8	41 384	26 202,22
Sul	535 662	498 856	(-) 0,6	27 719	19 324,64
Paraná	189 992	176 889	(-) 1,3	10 686	17 779,11
Santa Catarina	129 806	123 194	(-) 0,1	6 119	21 214,53
Rio Grande do Sul	215 864	198 774	(-) 0,4	10 914	19 778,39
Centro-Oeste	310 765	286 220	2,5	13 895	22 364,63
Mato Grosso do Sul	36 368	33 283	0,4	2 360	15 406,96
Mato Grosso	57 294	54 693	2,4	3 002	19 087,30
Goiás	85 615	75 971	0,9	5 926	14 446,68
Distrito Federal	131 487	122 273	4,0	2 607	50 438,46

Fonte: IBGE, em parceria com os Órgãos Estaduais de Estatística, Secretarias Estaduais de Governo e Superintendência da Zona Franca de Manaus – SUFRAMA; e Coordenação de População e Indicadores Sociais.

(1) População estimada para 1º de julho de 2009 segundo os municípios, enviada ao Tribunal de Contas da União – TCU em 31.10.2009.

Por fim, acrescento que o mencionado estudo de Florian Hoffmann e Fernando Bentes chega à conclusão semelhante. Os pesquisadores analisaram quatro estados brasileiros: Bahia, Goiás, Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul. No que tange aos casos envolvendo direito à saúde, o Estado do Rio Grande do Sul é o campeão em litígios, seguido pelo Rio de Janeiro. No período analisado,¹⁵⁷ a média era de uma ação judicial para cada 2,848 habitantes no Rio Grande do Sul e uma ação judicial para cada 5,298 habitantes no Rio de Janeiro. Estes estados são seguidos de longe por Goiás e Bahia, cujas quantidades de ações ajuizadas por ano não ultrapassam o número de 300, no primeiro caso, e 100, no segundo.¹⁵⁸

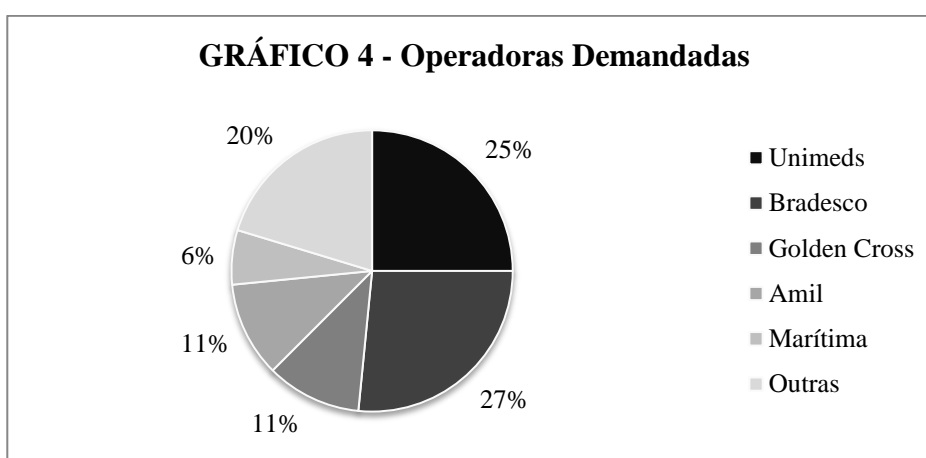
Dessa forma, é possível afirmar que as ações relativas à cobertura contratual em planos de saúde que seguem para o STJ têm sua origem em estados, relativamente, mais ricos e cuja população possui, em média, maior instrução. Outro fator que pode influenciar nesse resultado é a concentração de planos de saúde nesses Estados. As regiões sul e sudeste, em conjunto, concentram, aproximadamente, 60% dos contratos firmados.

¹⁵⁷ Entre os anos de 1994 e 2004.

¹⁵⁸ HOFFMANN, Florian; BENTES, Fernando. *Op. cit.* p. 117.

3. Operadoras demandadas

Quanto às operadoras envolvidas nas demandas que chegam ao STJ, destacaram-se cinco delas: a Unimed, a Bradesco, a Golden Cross, a Amil e a Marítima,¹⁵⁹ como demonstrado no Gráfico 4. As operadoras citadas possuem diferentes estruturas societárias: a Unimed é uma cooperativa médica; já a Bradesco e a Marítima são seguradoras especializadas em saúde; e, por fim, a Golden Cross e a Amil são sociedades de medicina de grupo.



Novamente cabe aqui a ressalva de que não é possível traçar uma correlação direta entre as operadoras que litigam no STJ e as operadoras mais demandadas em primeira e segunda instância em todo o Brasil. No entanto, permite visualizar que, pelo menos, são as operadoras envolvidas nas ações que se prolongaram até o STJ.

As ações sobre ampliação da cobertura contratual de planos de saúde, em razão da sua finalidade, são exclusivamente ajuizadas pelos usuários ou entes legitimados para tanto.¹⁶⁰ Já os recursos especiais no STJ são interpostos na proporção aproximada de 50/50 por cada um dos polos, usuários e operadoras. Ou seja, as operadoras aparecem como recorrentes na metade dos recursos e como recorridas na outra metade.

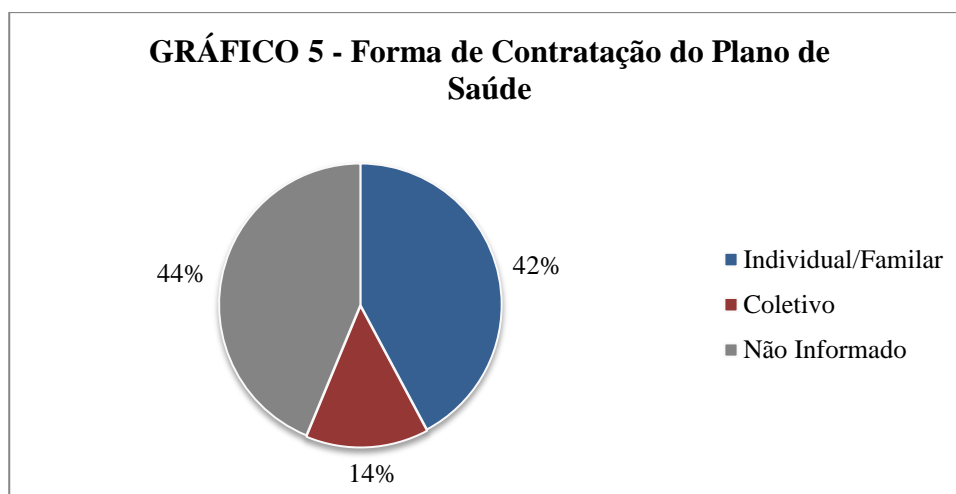
¹⁵⁹ Cabe salientar que foram agrupadas as operadoras pertencentes ao mesmo grupo econômico. Assim, por exemplo, as sociedades Bradesco Seguros S/A, Bradesco Saúde e Assistência S/A, Bradesco Saúde S/A e Banco Bradesco S/A foram todas designadas apenas como “Bradesco”. O mesmo foi feito em relação às Unimeds.

¹⁶⁰ Vide nota de rodapé n. 150.

4. Regime de contratação dos planos de saúde

Apenas 9 dos 64 acórdãos do STJ analisados mencionavam o regime de contratação do plano de saúde, ou seja, se o plano objeto do litígio era individual/familiar ou coletivo.¹⁶¹ Alternativamente, busquei obter essa informação nos respectivos acórdãos publicados pelos tribunais de justiça de segunda instância. Ainda assim, não foi viável identificar o regime de contratação de 44% dos contratos em litígio. Embora a distinção do regime de contratação do plano implique também em regimes legais um pouco diferenciados, os ministros parecem, de uma forma geral, não valorizar esse dado.

Dentre as ações em que foi possível identificar a forma de contratação do plano de saúde, a maior parte refere-se a planos individuais/familiares. Do total de acórdãos examinados, 42% referiam-se a planos de saúde individuais/familiares e 14% a planos de saúde coletivos.



Conforme dados publicados pela ANS,¹⁶² em junho de 2012, aproximadamente 21% dos contratos de planos de saúde vigentes tratavam-se de planos individuais, ao passo que, mais de 77% dos contratos referiam-se a planos coletivos. Percebe-se, destarte, que há uma proporção inversa entre o regime de contratação da totalidade dos planos vigentes e o regime de contratação dos planos submetidos ao julgamento dos ministros do STJ quanto à questão de ampliação da cobertura contratual.

¹⁶¹ Foram designados “coletivo” tanto os planos coletivos empresariais quanto os planos coletivos por adesão.

¹⁶² ANS. *Caderno de Informações da Saúde Suplementar*. junho/2012.

Como abordado no item 1.2.1 da primeira parte do presente trabalho, ao longo dos últimos anos, tem sido notada uma tendência voltada à redução da oferta de planos individuais. Algumas operadoras, inclusive, não ofertam mais este regime de contratação. Além disso, percebe-se grande variação entre as mensalidades cobradas nos planos individuais e aquelas cobradas nos planos coletivos.

As declarações feitas por Edson de Godoy Bueno, presidente da Amil, em entrevista concedida à Revista Veja, no dia 29 de outubro de 2012, mostram a insatisfação aos administradores das operadoras com a legislação e decisões judiciais conferidas aos planos individuais:

o problema mesmo está nos planos individuais. Quem não vende plano individual não tem problema de atendimento. A legislação no Brasil é feita de tal maneira que dá ganho de causa a alguém que se interna em um hospital e, fraudulentamente, pede ao médico uma guia com data de dois dias antes. Os planos pagam essas despesas. A quantidade de liminares e fraudes nesse ramo é uma loucura. A Amil é campeã de reclamações simplesmente porque é a maior. Se o panorama legal não mudar, poderemos até deixar de vender planos individuais.¹⁶³

Não é possível estabelecer uma relação causa e consequência entre a aparente diminuição na oferta de planos individuais e a maior intensidade de judicialização deste tipo de plano de saúde. No entanto, aceitando a premissa de que o interesse das operadoras por essa forma de contrato tem decaído, mostra-se interessante a realização de estudo empírico para perquirir as causas desse fenômeno.

Recorrentemente, os autores vinculam o evento descrito à diferenciação entre a regulação despendida aos planos de saúde individuais e aos planos de saúde coletivos, uma vez que as regras impostas àqueles são bem mais estritas.¹⁶⁴ Com efeito, a regulação provavelmente gera um grande impacto sobre as estratégias adotadas pelos agentes econômicos. Todavia, diante dos resultados apresentados nesta pesquisa, o intenso questionamento judicial a que são submetidos os contratos individuais parece ser uma hipótese bastante congruente para explicar, em parte, o desinteresse das operadoras, ao menos como uma das variáveis influentes na tomada de decisão destas.

¹⁶³ Revista Veja, Seção Entrevista, edição n. 2293, 31.10.2012.

¹⁶⁴ Por exemplo, as normas quanto a reajustes anuais dos preços, reajustes por sinistralidade e rescisão unilateral do contrato são mais flexíveis para os planos coletivos se comprados aos planos individuais.

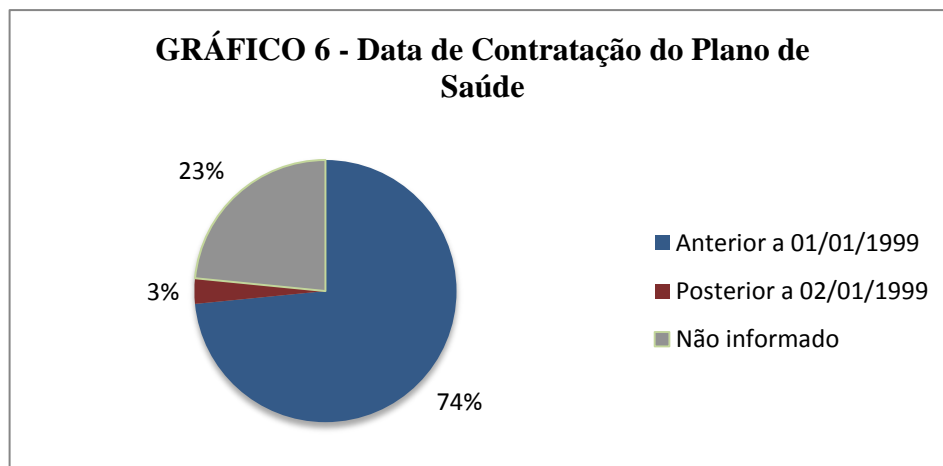
5. Data de contratação dos planos

A questão referente à data de contratação dos planos de saúde foi um dos quesitos conferidos nos acórdãos do STJ. Isso porque, como explicitado de forma detalhada no item 1.2.2 da Parte I, atualmente, há no mercado planos de saúde submetidos a diferentes regimes legais, em razão da sua data de contratação. Em observância ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito protegidos constitucionalmente, faz-se necessário distinguir os contratos celebrados antes do início da vigência da Lei n. 9.656/98 (planos antigos) daqueles firmados já sob a égide desta (planos novos).

A obrigatoriedade de oferta exclusiva, por parte das operadoras, de planos novos, deu-se somente a partir de 1º de janeiro de 1999. No período compreendido entre a data de entrada em vigor da Lei n. 9.656/98 (2 de setembro de 1998) e o dia 1º de janeiro de 1999, foi permitida a comercialização de ambos os tipos de plano, os antigos e os novos.

Por essa razão, adotei a data de 1º de janeiro de 1999 como parâmetro para distinção das datas de contratação dos planos em litígio. Assim, os planos firmados em data anterior a 1/01/1999 correspondem aos planos antigos, e os planos celebrados em data posterior a 2/01/1999 correspondem aos planos novos.

Como se pode observar no gráfico abaixo, há apenas uma pequena parcela de planos novos sendo discutida no STJ (3% do total analisado). A maioria das ações refere-se a planos antigos (74% do total analisado).



É possível especular, pelo menos, sobre dois motivos para a existência de um maior número de ações que versam sobre os planos antigos no STJ: (i) considerando o tempo de tramitação dos processos judiciais no Brasil e o tempo em que está em vigor a Lei n. 9.656/98¹⁶⁵, pode ainda não ter havido tempo hábil para as ações judiciais acerca da cobertura contratual de planos novos chegarem ao STJ; e/ou (ii) a regulação do setor da saúde suplementar pela Lei n. 9.656/98 pode estar reduzindo os conflitos sobre cobertura contratual entre operadoras e usuários, uma vez que, tendo sido ampliada a cobertura mínima obrigatória aos planos de saúde, os contratos são ajustados já em sua formação para abarcar os respectivos serviços e doenças e esses deixam de ser objeto de discussões.

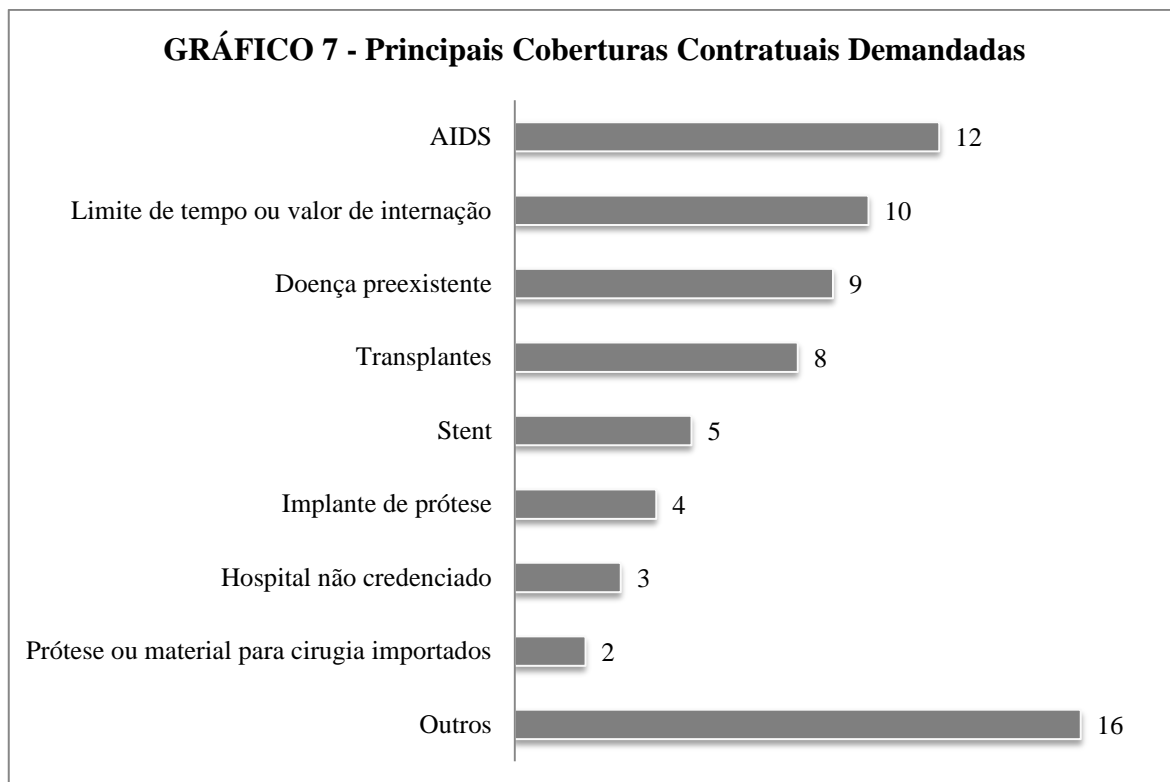
Destaco, ainda, que, em um número expressivo de acórdão (23% total analisado), considerando-se aqui tanto os acórdãos do STJ¹⁶⁶ como os respectivos acórdãos do tribunal originário de segunda instância, não foi mencionada a data de contratação do plano. O que demonstra que, em um número relevante de decisões, não foi realizada uma análise prévia do regime legal aplicável em razão da data de contratação do plano de saúde.

6. Cobertura contratual demandada

O objeto das questões levadas a juízo é bastante variado. Os acórdãos versam sobre a recusa de cobertura tanto de doenças quanto de procedimentos específicos. Em alguns dos acórdãos, são discutidos dois tipos distintos de cobertura contratual, com julgamentos também distintos. Por essa razão, o número total de demandas mencionadas no gráfico abaixo supera a quantidade de acórdãos analisados. As coberturas contratuais que foram citadas em apenas um acórdão estão reunidas sob a rubrica “outros”, dentre as quais estão fornecimento de material de sutura, cirurgia de remoção de tecido epitelial, transporte aéreo em unidade intensiva de tratamento, implante de marca passo e cirurgia de miopia a laser.

¹⁶⁵ Considerando-se o período de análise da presente pesquisa empírica, onze anos.

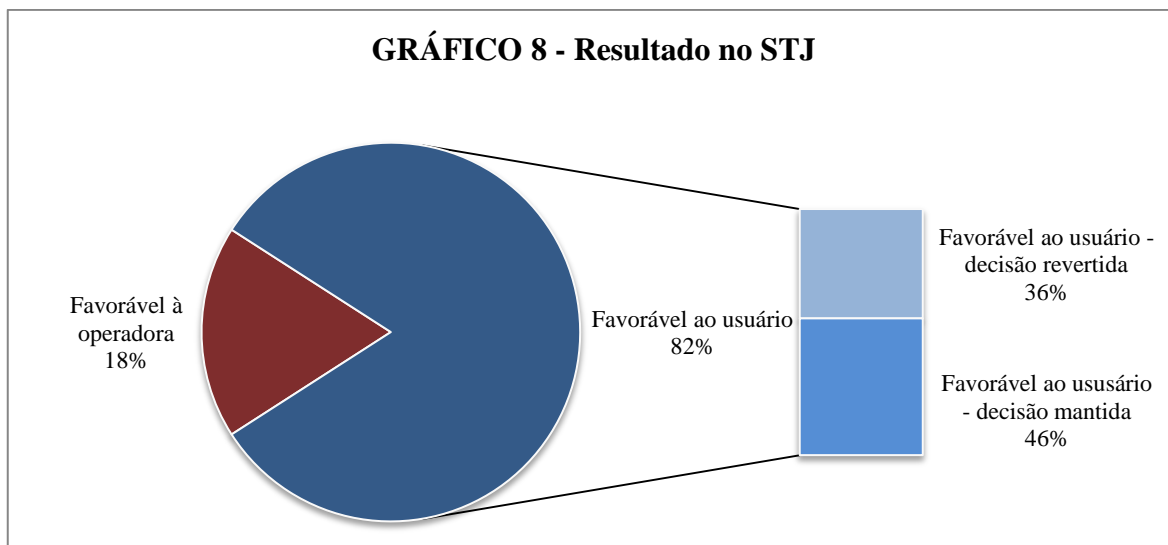
¹⁶⁶ Do número total de acórdãos do STJ pesquisado, 27 não continham informação acerca da data de contratação do plano.



7. Resultado das ações

Os acórdãos no STJ tiveram, em sua maioria, decisão favorável aos usuários de planos de saúde. Em 82% das demandas, a decisão judicial em última instância lhes foi favorável, sendo que, em 46% das demandas, foi mantida a decisão favorável proferida no tribunal de origem de segunda instância e, em 36% das demandas, a decisão do tribunal originário foi revertida a favor do usuário.

Já, no que tange às decisões favoráveis às operadoras, correspondem a 18% do total analisado, sendo que, em apenas uma delas, a decisão foi revertida, ou seja, na quase totalidade das decisões favoráveis às operadoras, foi mantido o resultado de segunda instância. Apenas em um caso a decisão favorável ao usuário em segundo grau foi revertida, no STJ, em favor da operadora de planos de saúde. Cabe ressaltar que, em relação aos acórdãos que tratavam de mais de uma cobertura contratual, foi considerado o resultado para cada uma das coberturas citadas.

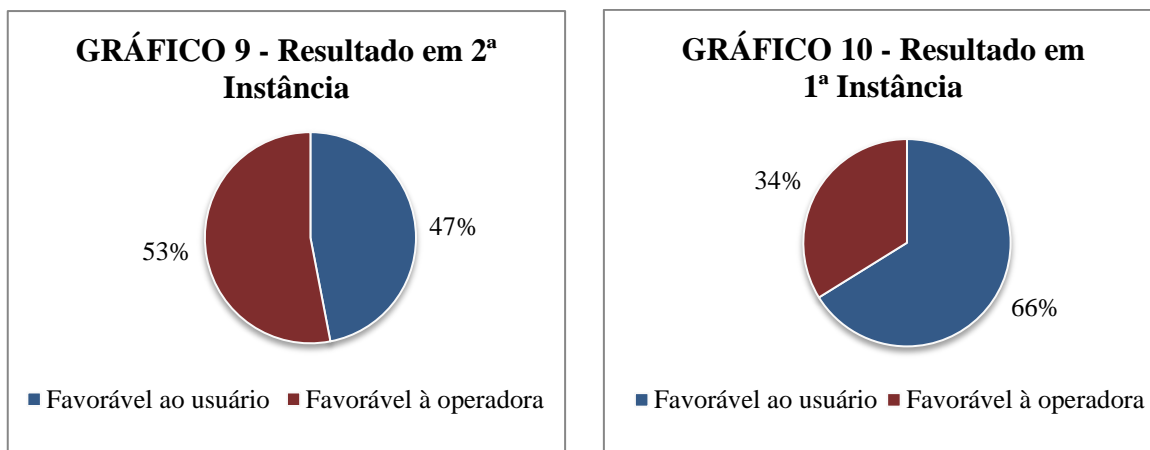


Foi, também, traçado o resultado das ações que compuseram a presente pesquisa em segunda e primeira instâncias. Como se observa nos gráficos abaixo, os juízes de primeira instância foram, em sua grande maioria, mais sensíveis aos pedidos dos usuários; ao passo que os tribunais de segunda instância foram, majoritariamente, favoráveis às operadoras.

Observo, entretanto, que em pesquisas realizadas diretamente em tribunais de segunda instância, o resultado é contrário. Na pesquisa realizada por Mário Scheffer, no Tribunal de Justiça de São Paulo, o percentual de êxito dos consumidores foi próximo a 75%.¹⁶⁷ A resultado semelhante chega a pesquisa realizada pela Unimed de Belo Horizonte, nos Tribunais de Justiça de Minas Gerais, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e São Paulo. Há uma média de 86% de decisões favoráveis aos consumidores.¹⁶⁸ Uma explicação plausível para a discrepância dos resultados seria o fato de os usuários recorrerem mais ao STJ do que as operadoras.

¹⁶⁷ SCHEFFER, Mário. *Op. cit.* pp. 97-98.

¹⁶⁸ PIRES, Danielle, da Silva; SOUZA, Jordana Miranda (coord.). *A judicialização da saúde suplementar*. Volume II. Unimed Belo Horizonte, 2010. pp. 48-49.



Ao analisar o resultado do acórdão em cada uma das doenças ou procedimentos citados no item anterior, pode-se perceber que, excetuando-se a realização de procedimentos em hospital não credenciado pela operadora, todos os demais pleitos foram majoritária ou totalmente favoráveis aos usuários dos planos.

TABELA 4 - Resultado dos acórdãos por cobertura contratual demandada

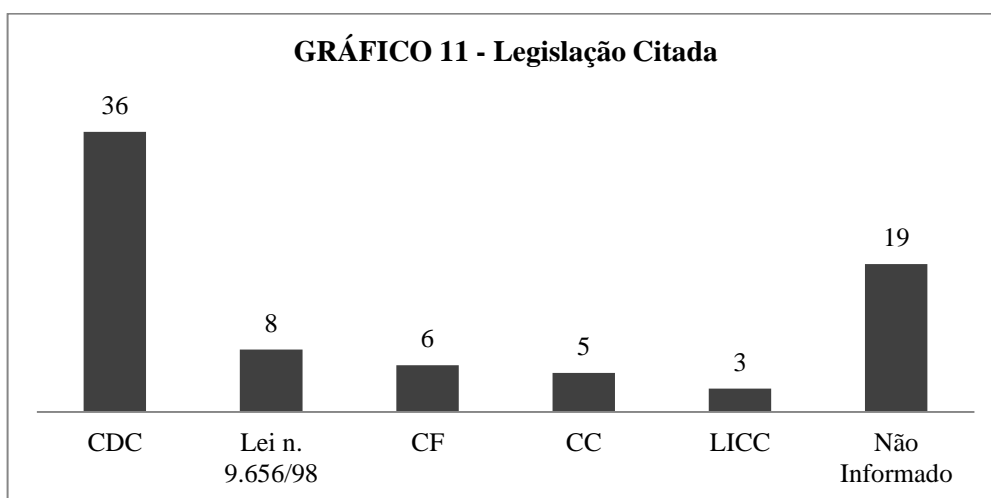
Cobertura contratual demandada	Decisão favorável ao usuário	Decisão favorável à operadora
AIDS	100%	-
Limite de tempo ou valor de internação	90%	10%
Doença preexistente	100%	-
Transplantes	62,5%	37,5%
<i>Stent</i>	100%	-
Implante de prótese	75%	25%
Hospital não credenciado	-	100%
Prótese ou material para cirurgia importados	100%	-

8. Fundamentação das decisões

No que tange à fundamentação das decisões tomadas pelos ministros do STJ, analisei separadamente dois quesitos, sendo o primeiro deles a legislação citada durante o voto como aplicável ao caso e o segundo os argumentos substantivos, em si, desenvolvidos pelos magistrados.

8.1. Legislação citada

Para computar a base legal utilizada nas decisões, foi considerada a citação expressa do diploma legislativo nos votos dos ministros que embasaram o resultado do julgamento. Assim sendo, não foram considerados os votos vencidos. Cabe salientar que, em algumas decisões foi mencionada mais de uma lei, ao passo que, em outras, não foi citada qualquer legislação.



Destacadamente, o Código de Defesa do Consumidor foi a legislação mais mencionada nos acórdãos, isoladamente ou em conjunto com outras normas jurídicas. A possível explicação para tanto, além da indiscutível caracterização da relação de consumo entre operadora e usuário, é a data de contratação dos planos questionados judicialmente. Como apontado acima, pelo menos 74% das ações judiciais versavam sobre planos antigos. Nestes casos, a aplicação da Lei n. 9.656/98 é, via de regra, afastada.

Interessante mencionar outro dado percebido na pesquisa, em 73% dos acórdãos examinados, os ministros do STJ citam precedentes da própria Corte na fundamentação das decisões.

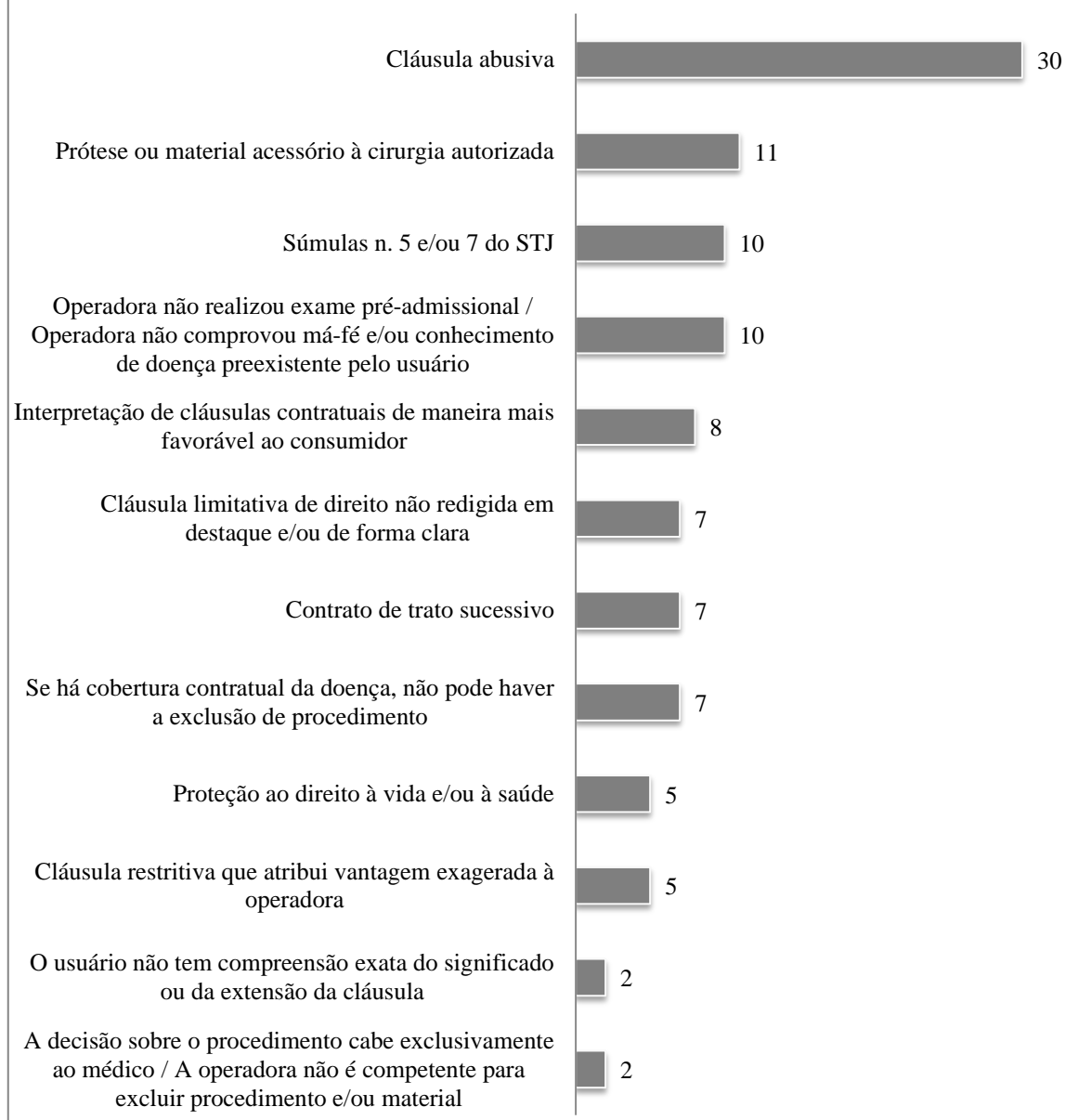
8.2. Argumentos substantivos ou discursos utilizados

Dentre os acórdãos analisados, 89% possuíam menção à existência de cláusula expressa, no contrato de plano de saúde, estipulando a exclusão da cobertura assistencial

pleiteada. Fica claro, assim, que as discussões postas em juízo não versavam sobre a existência ou não de cláusula contratual limitando a cobertura assistencial, mas sim sobre a validade desta cláusula, a forma de interpretá-la e o cumprimento de deveres correlatos a ela.

Como apontado acima, a resposta dada a esses questionamentos pelos ministros, na maior parte dos casos, foi favorável ao usuário do plano de saúde, utilizando-se como principal parâmetro legislativo o Código de Defesa do Consumidor. Da leitura dos acórdãos, é possível constatar que os discursos ou argumentos utilizados pelos magistrados para fundamentarem as suas decisões repetem-se. Dessa forma, foi-me permitido criar frases núcleos para identificação do argumento utilizado.

Todos os argumentos favoráveis aos usuários listados no questionário aplicado às decisões tiveram pelo menos uma ocorrência. Nesse passo, foram relacionados, no Gráfico 12, os argumentos empregados em, pelo menos, dois acórdãos distintos. A maior parte dos acórdãos possuía mais de um discurso argumentativo.

GRÁFICO 12 - Argumentos favoráveis aos usuários

Da análise dos argumentos reproduzidos acima, denota-se que alguns são mais genéricos podendo ser aplicados em casos de naturezas diversas à medida que outros são específicos, empregados conforme a cobertura contratual demandada.

TABELA 5 - Argumentos genéricos favoráveis aos usuários

Afastamento da jurisdição do STJ	<ul style="list-style-type: none"> • Súmulas n. 5¹⁶⁹ e/ou 7¹⁷⁰ do STJ.
Princípio constitucional	<ul style="list-style-type: none"> • Proteção ao direito à vida e/ou à saúde.
Nulidade da cláusula contratual	<ul style="list-style-type: none"> • Cláusula abusiva; • interpretação de cláusulas contratuais de maneira mais favorável ao consumidor; • cláusula limitativa de direito não redigida de forma clara ou em destaque; • cláusula restritiva que atribui vantagem exagerada à operadora; e • o usuário não tem compreensão exata do significado ou da extensão da cláusula.

Os argumentos acima podem, a rigor, ser utilizados em qualquer demanda que envolva planos de saúde, qualquer que seja a data de contratação do plano e a cobertura demandada. O mesmo não ocorre com os argumentos apontados na tabela abaixo, pois estes se relacionam especificamente à data de contratação ou ao tipo de cobertura demandado.

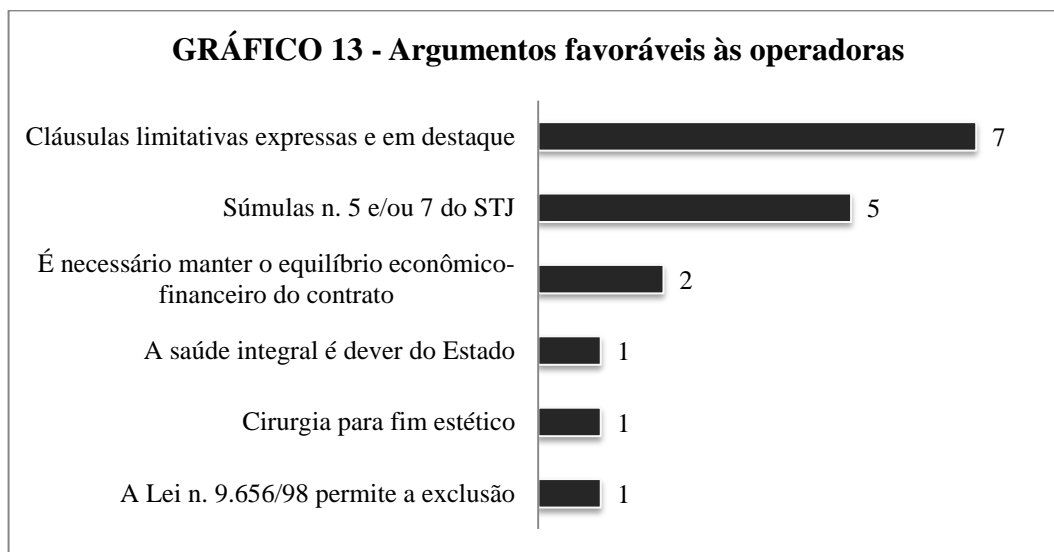
TABELA 6 - Argumentos específicos favoráveis ao usuário

Argumentos	Aplicação
<ul style="list-style-type: none"> • Contrato de trato sucessivo. 	Contrato antigo
<ul style="list-style-type: none"> • Operadora não realizou exame pré-admissional; e • operadora não comprovou má-fé e/ou conhecimento de doença preexistente pelo consumidor. 	Doença preexistente
<ul style="list-style-type: none"> • Se há cobertura contratual da doença, não pode haver a exclusão de procedimento; e • a decisão sobre o procedimento cabe exclusivamente ao médico / o conselho técnico da operadora não é competente para excluir procedimento e/ou material. 	Procedimentos
<ul style="list-style-type: none"> • Prótese ou material acessório à cirurgia autorizada. 	Implantação de prótese ou <i>stent</i>

¹⁶⁹ Súmula n. 5 do STJ: “A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial”.

¹⁷⁰ Súmula n. 7 do STJ: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

Quanto aos argumentos utilizados nas decisões favoráveis às operadoras, optei por relacionar no gráfico abaixo todos os argumentos identificados, inclusive aqueles que apareceram em um só acórdão, em razão do número reduzido. Os seguintes argumentos incluídos no questionário aplicado não foram localizados em nenhum dos acórdãos examinados: (i) médico e/ou hospital não credenciado; (ii) vantagem excessiva ao usuário ou enriquecimento ilícito do usuário; e (iii) prejuízo aos demais usuários.



Ressalta-se, por fim, que, quanto ao último quesito do questionário aplicado às decisões – que versava sobre o seguinte questionamento: *o ministro faz qualquer menção à coletividade dos usuários e/ou aos efeitos coletivos que a demanda individual poderá causar?* –, apenas em seis acórdãos, isto é 9% do total analisado, a resposta foi positiva, sendo que dois referiam-se a ações civis públicas.

PARTE IV - A BUSCA DA JUSTIÇA DISTRIBUTIVA NO JUDICIÁRIO POR MEIO DAS RELAÇÕES CONTRATUAIS: ANÁLISE CRÍTICA DOS ARGUMENTOS DOS MINISTROS DO STJ

Nesta última parte do trabalho, o que procurarei argumentar, depois da pesquisa empírica ter sido realizada, é que muitos dos problemas que cercam as decisões sobre a efetivação dos direitos sociais surgem nos litígios relacionados a contratos de planos de saúde, os quais já não são mais tratados exclusivamente sob o viés comutativo no Judiciário, como outrora preponderava nas relações contratuais, eles têm ganhado um contorno distributivo.

Um dos elementos que considero favorecer esse quadro é a incidência de direitos sociais no conflito. Quando atividades de interesse público são exercidas por particulares, não é incomum que os direitos de cunho social sejam invocados em uma disputa judicial. É o caso dos litígios que envolvem planos de saúde. Como se denota dos resultados da pesquisa empírica realizada, o argumento de proteção ao direito à vida e/ou à saúde é utilizado, expressamente, em cerca de 10% das decisões favoráveis aos consumidores.

Acresce-se a isso o conteúdo social que vem sendo inserido aos contratos. Diante da transformação de nosso ordenamento jurídico em um sistema aberto, sustentado por princípios sociais e cláusulas gerais,¹⁷¹ estes passam a ser utilizados, recorrentemente, em busca da materialização do direito, a despeito de outros princípios e fatores incidentes na relação.

Em outras palavras, a disparidade econômica elevada entre as partes, como, por exemplo, conflitos que envolvam, de um lado, um indivíduo e, de outro, uma empresa, podem ser tratados muito mais como conflitos distributivistas do que como conflitos comutativos. O juiz, motivado pelos princípios dispostos na Constituição Federal e em outros instrumentos legislativos, como o Código de Defesa do Consumidor, parece buscar a implementação da justiça social, favorecendo a parte economicamente menos favorecida. O direito do trabalho e o direito do consumidor, por terem como pressuposto a

¹⁷¹ MARTINS-COSTA, Judith. *As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico*. Revista de informação legislativa, v.28, n. 112, out./dez., 1991, p. 18.

desigualdade substantiva – principalmente econômica – entre sujeitos, são áreas bastante suscetíveis a tal situação.

Diante da nova ordem jurídica inaugurada pela Constituição Federal de 1988 e da realidade das instituições brasileiras, acredito que a questão não está em discutir *se* os juízes devem participar desse debate, mas sim *como* eles devem fazê-lo, quais os aspectos devem ser considerados na análise judicial e consequente decisão.

Se assumirmos que a aplicação do direito pelo juiz, em alguns casos, deixa de corresponder meramente à subsunção do caso à norma legal e passa a envolver, em certo grau, um elemento de criação da lei, aproximando-se da função do legislador, invariavelmente devemos discutir a importância da abordagem consequencialista nas suas decisões. Nessa perspectiva, os juízes estão submetidos às mesmas responsabilidades pelas consequências de suas decisões que o legislador. Sendo assim, a análise dos impactos pode aperfeiçoar a qualidade dos julgamentos.¹⁷²

Isso porque, quando a questão é tratada como distribuição de recursos, deixamos de lidar com problemas bipolares, que envolvem, de forma antagônica, somente duas partes, para lidar com problemas policêntricos, que envolvem diversos atores. A compreensão do problema exige uma visão macroscópica. Além disso, é importante que a análise do problema seja prospectiva e consequencialista.¹⁷³ O juiz deve manter um olhar no presente e outro no futuro. A desconsideração desses fatores pode levar a consequências diametralmente opostas daquelas intentadas pelo tomador de decisão.

Como salienta Neil MacCormick, as leis devem ser interpretadas como tendo objetivos racionais seja para assegurar bens sociais seja para evitar males sociais, de uma maneira consistente com a justiça entre os indivíduos. A busca desses valores deve apresentar uma consistência racional, devendo as consequências de uma determinada

¹⁷² MATHIS, Klaus (ed.). *Efficiency, Sustainability, and Justice to Future Generations*. Springer, 2011. pp. 18-19.

¹⁷³ Klaus Mathis subdivide as consequências de uma decisão judicial em “micro nível de consequências reais” (*micro-level real consequences*, nas palavras do autor), que se refere às consequências para as partes diretamente envolvidas no litígio, e “macro nível de consequências reais” (*macro-level real consequences*, nas palavras do autor), que são as consequências geradas à toda a sociedade. O autor faz outra distinção semelhante entre as consequências diretas decorrentes de eventos do caso e as consequências do precedente produzido sobre o futuro comportamento das partes imediatamente envolvidas e de todos os destinatários da norma relacionada. (*Op. cit.* pp. 3-4).

decisão estar em consonância com os fins atribuídos aos princípios jurídicos conexos. Nessa perspectiva, a justificação de qualquer decisão em uma área que não é regulada por uma regra cogente expressa, ou é regulada por regra ambígua ou incompleta, deve levar em consideração suas consequências.¹⁷⁴

A crítica que, frequentemente, surge quanto à análise consequencialista, como aponta Amartya Sen, é a impossibilidade de se antever todas as escolhas possíveis, bem como os custos e benefícios de cada uma destas. Todavia, como alerta o próprio autor, a abordagem consequencialista não requer que todas as alternativas sejam comparáveis, tampouco requer que a melhor alternativa seja identificada. A maximização da análise requer apenas que não seja escolhida uma alternativa pior do que outra que possa ser eleita no seu lugar.¹⁷⁵

Para Octávio Ferraz, a própria legitimidade da atuação do Judiciário no que concerne aos direitos sociais constitucionalizados depende, em certa medida, das consequências que a judicialização produz na sociedade em termos de proteção desses direitos.¹⁷⁶ Manter o olhar no futuro e nas possíveis consequências de suas decisões permite ao juiz que não imponha custos sociais indesejáveis à sociedade.

1. Como os ministros do STJ decidem?

Traçando um perfil com base nos resultados da pesquisa empírica, pode-se dizer que, em geral, as ações sobre cobertura contratual em planos de saúde que chegam ao STJ são propostas individualmente e têm sua origem nos estados situados entre os mais ricos do país. Elas versam, majoritariamente, sobre planos individuais/familiares contratados antes da entrada em vigor da Lei n. 9.656/98 e pleiteiam, prioritariamente, (i) a cobertura da AIDS e complicações decorrentes desta, (ii) a cobertura ilimitada de tempo ou valor de internação hospitalar, (iii) a cobertura de doenças preexistentes e (iv) a cobertura de transplantes pelas operadoras.

¹⁷⁴ MACCORMICK, Neil. *Legal reasoning and legal theory*. Oxford University Press, 2003. pp. 149-150.

¹⁷⁵ SEN, Amartya Kumar. *The discipline of cost – benefit analysis*. Journal of Legal Studies, vol. 29, jun, 2000, p. 940.

¹⁷⁶ FERRAZ, Octávio Luiz Motta. *Op. cit.* p. 1647.

Os ministros do STJ julgam as referidas ações judiciais, predominantemente, a favor dos usuários dos planos de saúde, lançando mão do Código de Defesa do Consumidor e fundamentando sua decisão, geralmente com base na combinação do argumento de abusividade da cláusula contratual com outro argumento, entre os quais estão: (i) proteção ao direito à vida e/ou à saúde; (ii) operadora não realizou exame pré-admissional e/ou operadora não comprovou má-fé e/ou conhecimento de doença preexistente pelo consumidor; (iii) se há cobertura contratual da doença, não pode haver a exclusão de procedimento; e (iv) cláusula restritiva que atribui vantagem exagerada à operadora.

Vale mencionar que argumentos referentes a aspectos econômicos dos contratos ou à coletividade envolvida no seguro apareceram, com maior frequência, nos votos divergentes dos acórdãos. Em apenas seis dos acórdãos analisados, foi feita alguma menção à coletividade dos usuários de planos de saúde e/ou aos efeitos coletivos que a demanda individual poderá acarretar à toda classe de consumidores, sendo que, em apenas um destes acórdãos, as referidas considerações não foram feitas em voto vencido.

Em sua maioria, os magistrados propugnam em suas decisões a defesa de direitos sociais e dos consumidores, pretendendo-se alinhar à moderna concepção de socialidade introduzida nos textos constitucional e infraconstitucionais. Todavia, a forma de decidir ainda tem fundamento na clássica noção de direito subjetivo, individual, desconsiderando eventuais impactos da decisão sobre o interesse coletivo do consumidor.

Cotejando-se os acórdãos, especialmente aqueles que contiveram votos divergentes, com a doutrina que tem sido desenvolvida sobre a judicialização dos planos de saúde, parece-me que a discussão sobre a cobertura assistencial em planos de saúde centra-se, principalmente, em seis pontos: (i) o direito à saúde do consumidor *versus* o interesse patrimonial da operadora; (ii) a transferência do dever de prestação do Estado à iniciativa privada no setor da saúde suplementar; (iii) as cláusulas abusivas *versus* cláusulas restritivas nos contratos de adesão; (iv) a decisão do médico *versus* o controle da operadora; (v) a doença preexistente e a má-fé do segurado; e (vi) o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a possibilidade de adaptação nos planos antigos.

A pesquisa empírica quantitativa permitiu que fosse testada – e confirmada – parte das hipóteses de trabalho. No entanto, para atingir os objetivos do presente estudo e reforçar as conclusões até aqui obtidas, é importante fazer uma análise qualitativa dos discursos utilizados pelos magistrados, sempre em paralelo com os dados quantitativos.

Para tanto, em um primeiro momento, serão analisadas, criticamente, as falhas ou insuficiências na argumentação dos ministros do STJ. Após, será verificado se há alguma relação, ainda que hipotética, entre a forma de decidir dos juízes e possíveis efeitos socioeconômicos apontados pela doutrina econômica e, em especial, pelos estudiosos da análise econômica do direito.

1.1. Direito à saúde do consumidor *versus* interesse patrimonial da operadora

Um dos discursos recorrentes na argumentação dos ministros do STJ é a contraposição entre o direito à vida e/ou à saúde do usuário e o direito ao lucro da operadora. O seguinte trecho foi retirado da ementa do Recurso Especial n. 1.053.810/SP, relatado pela Ministra Nancy Andrichi e publicado em 15 de março de 2010:

- A saúde é um direito social constitucionalmente assegurado a todos, cuja premissa daqueles que prestam tal assistência, deve ser a redução de riscos de doenças, para a sua promoção, proteção e recuperação, seja no plano privado, seja na esfera da administração pública.
- O interesse patrimonial da seguradora de obtenção de lucro, deve ser resguardado, por se tratar de um direito que lhe assiste, desde que devidamente prestado o serviço ao qual se obrigou, isto é, desde que receba o segurado o tratamento adequado com o procedimento médico ou cirúrgico necessário, que possibilite a garantia da saúde por inteiro, prestado de forma eficiente, integral e com qualidade, conforme assumido contratualmente e estabelecido constitucionalmente.
- Assegura-se o lucro, desde que assumidos os riscos inerentes à tutela da saúde, tais como expostos na Constituição Federal, que não podem ficar somente a cargo do consumidor-segurado; fatiar a doença, ademais, não é o modo mais correto para obtenção de lucro.
- Com vistas à necessidade de se conferir maior efetividade ao direito integral à cobertura de proteção à saúde – por meio do acesso ao tratamento médico-hospitalar necessário –, deve ser invalidada a cláusula de exclusão de transplante do contrato de seguro-saúde, notadamente ante a peculiaridade de ter sido, o segurado, submetido a tratamento complexo, que incluía a probabilidade – e não a certeza – da necessidade do transplante, procedimento que, ademais, foi utilizado para salvar-lhe a vida, bem mais elevado no plano não só jurídico, como também metajurídico. (grifo meu)

Cria-se uma problemática contrariedade entre os enunciados: (a) a saúde é um direito social constitucionalmente assegurado a todos; e (b) o interesse patrimonial da seguradora de obtenção de lucro, deve ser resguardado, por se tratar de um direito que lhe assiste; logo (c) o lucro das empresas é assegurado somente se garantida aos consumidores a saúde por inteiro. Não há aí silogismo algum. Em realidade, parece-me que há uma simplificação de diversos problemas que incidem sobre a questão: quem deve custear a saúde? A quem cabe o dever de prestação integral à saúde? Essa obrigação pode ser transferida ao particular quando este presta, suplementarmente, assistência à saúde? Quais são os limites da iniciativa privada? Sendo a assistência à saúde uma atividade de interesse público, quais são os limites que lhe impõe a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional? Quais são os limites das cláusulas restritivas de direito em contratos de adesão?

O que se vê é a simples sobreposição de direitos sociais a direitos individuais, especialmente os civis. Como salientado pela ministra no mencionado acórdão, “de um lado a saúde do quase moribundo; de outro o lucro da empresa seguradora”. Colocado dessa forma, poucas dúvidas restam sobre o que deve ser priorizado. No entanto, a verdadeira tensão está entre o direito à saúde de um indivíduo *versus* o direito de tantos outros à sustentabilidade da operadora que também lhes oferece assistência à saúde e à manutenção dos preços praticados.

Especificamente, o caso que culminou na decisão acima se refere a uma ação judicial proposta por um consumidor em face de uma operadora de planos de saúde, pleiteando que esta assumisse os custos, no montante de US\$ 967.218,75, de um transplante de fígado, realizado em fevereiro de 1998, em um hospital situado em Miami, nos Estados Unidos.

Como salienta o próprio acórdão, a exclusão do transplante de fígado estava contratualmente prevista, em cláusula redigida de forma expressa e suficientemente clara. Observa-se, ademais, que a data do tratamento – e, portanto, do contrato – é anterior à entrada em vigor da Lei n. 9.656/98, razão pela qual não havia à época qualquer restrição à exclusão contratual de cobertura assistencial. Apesar disso, não é despidendo registrar que a própria Lei n. 9.656/98 expressamente autoriza a exclusão, em planos de saúde, da

cobertura de transplante de órgãos, que não o de rins e o de córneas,¹⁷⁷ justamente pelos altos valores relacionados a esses tratamentos.

Assim, a questão que se coloca é: a imposição à operadora do ônus de ressarcimento de U\$ 967.218,75, pode refletir na sustentabilidade da operadora e/ou no preço das contribuições cobradas por esta dos demais consumidores? Se sim, esses efeitos são desejáveis? Apenas no voto do Ministro Massami Uyeda essa análise é levada a efeito e resulta no não conhecimento, isoladamente pelo ministro, do recurso:

De início, impende assentar que o contrato de seguro tem natureza jurídica assentada na mutualidade. Vale dizer, os riscos devem estar claramente especificados, pois o custeio, representado pelo prêmio a ser pago pelo segurado, há de corresponder ao benefício.

A observância dessa relação de custo e de contraprestação é de extrema relevância, em face da necessidade de se conferir a tais planos de saúde efetiva sustentabilidade.

Não é por outra razão que os serviços médicos-hospitalares [sic], previstos em determinado contrato de seguro de saúde, são custeados pelos próprios participantes do grupo, em regime de contribuição que deverá atender a um equilíbrio financeiro e atuarial...

Bem de ver, assim, que os serviços médico-hospitalares expressamente excluídos da cobertura prevista no plano de saúde, em razão de sua natureza e principalmente por conta de seus custos, por desbordarem do conjunto de contribuições do grupo, não devem ser suportados pela seguradora. (grifo meu)

1.2. Transferência das obrigações do Estado à iniciativa privada no setor da saúde suplementar

Relacionado ao argumento de proteção ao direito à vida e à saúde, outro argumento que aparece, frequentemente, é o direito dos segurados ao atendimento integral à saúde. Segundo essa linha de raciocínio, ao optar por prestar serviços de assistência à saúde, o particular substitui-se ao Estado, devendo oferecer ao usuário cobertura ampla, geral e irrestrita. A título ilustrativo, seguem trechos extraídos do voto condutor do Recurso Especial n. 1.053.810/SP, proferido pela Ministra Nancy Andrighi e publicado em 17 de dezembro de 2009:

A saúde é um direito social constitucionalmente assegurado a todos, cuja premissa daqueles que prestam tal assistência, deve ser a redução de riscos de doenças, para a sua promoção, proteção e recuperação, seja no plano privado, seja na esfera da administração pública.

¹⁷⁷ Artigo 10, § 4º, da Lei 9.656/98 c/c artigo 5º da Resolução CONSU n. 10.

(...)

Ao propor um seguro saúde, a empresa privada está substituindo o Estado e assumindo perante o segurado as garantias previstas no texto constitucional. (grifo meu)

A ministra faz uma interpretação extensiva do texto constitucional, pois, como se depreende da leitura dos artigos, em parte reproduzidos no argumento, não há dúvidas de que o texto refere-se ao Estado:

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

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

Art. 198. **As ações e serviços públicos de saúde** integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - participação da comunidade. (grifo meu)

Parece claro que o texto constitucional dirige-se diretamente ao Estado quando menciona os deveres de prestação à saúde. Às pessoas físicas ou jurídicas de direito privado, o texto restringe-se a possibilitar a atuação voluntária em caráter complementar, dentro dos parâmetros legais, não lhe impondo à aplicação do princípio da integralidade. Tampouco a Lei n. 9.656/98 possui disposição nesse sentido. Portanto, ainda que seja uma atividade com relevância pública, a saúde suplementar submete-se precipuamente às regras gerais do direito privado.

Rodolpho Barreto Sampaio Júnior, buscando entender a razão pela qual é corrente o discurso baseado na tese de que há incompatibilidade entre a atuação no setor da saúde e o interesse pecuniário e, por conseguinte, os agentes que operam neste mercado deveriam arcar com os mesmos deveres atribuídos ao Estado, observa:

O raciocínio subjacente parece ser o de que este [o particular], em contrapartida aos ganhos que tem na exploração de sua atividade, deveria

arcar com obrigações não pactuadas como forma de amortizar a sua “histórica dívida social”.¹⁷⁸

Apenas seis votos fazem considerações nesse sentido; porém, apenas um deles não é voto vencido. Trata-se do voto do Ministro Aldir Passarinho Junior, no REsp n. 242.550/SP, cujo acórdão foi publicado em 2 de março de 2000, que versava sobre a limitação temporal de internação. Destaca-se que este foi o único acórdão encontrado que reconheceu a validade de cláusula contratual prevendo a cobertura da internação a um número limitado de dias. Colaciono abaixo parte da ementa extraída do acórdão:

I. Constitui dever do Estado proporcionar amplo e eficaz atendimento à população na área da saúde, nos termos e na forma estabelecida na legislação em vigor, custeada por intermédio de impostos e contribuições fiscais.

II. De outra parte, a seguridade privada, proporcionada mediante participação voluntária em planos de saúde oferecidos pela rede particular, há que se conformar às regras do contrato, porquanto tais serviços são resultado de uma contraprestação financeira necessária ao equilíbrio econômico da avença, viabilizadora da própria higidez e continuidade da assistência em comento.

III. Destarte, salvo as hipóteses expressamente vedadas em lei ou regulamentos baixados para o setor, à época da contratação inexistentes a respeito, válidas são as limitações impostas nos contratos (...) se a opção espontânea do contratante se fez por plano de menor custeio, em comparação com outros, da mesma ou de outras entidades, mais abrangentes.

Há que se considerar, ainda, que sequer à saúde pública é viável ofertar cobertura integral. O princípio da integralidade é delimitado diante da escassez de recursos, garantindo-se a cobertura, mas não qualquer cobertura e a qualquer custo. Nessa perspectiva, tão profundas foram as implicações dessa argumentação na judicialização da saúde pública que se desenvolveu a teoria da reserva do possível,¹⁷⁹ a qual passou a ser aceita, em certa medida, nos tribunais.

Dessa forma, considero que a concepção de atendimento integral a que faz referência o artigo 198, inciso II, da Constituição Federal, deveria ser analisada com maior cautela, tendo-se em conta os impactos que pode produzir também no setor privado, como será abordado a seguir.

¹⁷⁸ SAMPAIO JÚNIOR, Rodolpho Barreto. *Prefácio*. In: PIRES, Danielle, da Silva; SOUZA, Jordana Miranda (coord.). *A judicialização da saúde suplementar*. Volume II. Unimed Belo Horizonte, 2010. p. 12.

¹⁷⁹ Sobre o tema da reserva do possível vide indicações na nota de rodapé n. 7 supra.

1.3. Doenças preexistentes

A jurisprudência¹⁸⁰ criou teoria bem específica quanto à cobertura de doenças adquiridas pelo usuário anteriormente à contratação do plano. Para que a exclusão fosse reconhecida como válida pelo STJ, a operadora deveria comprovar de forma inequívoca que o consumidor agiu com má-fé no sentido de omitir a doença no momento da contratação. Para tanto, foram criados três requisitos cujo ônus da comprovação cabe à operadora: (i) a realização de exame pré-admissional no usuário; (ii) o conhecimento pelo usuário da patologia preexistente; e/ou (iii) a má-fé do usuário em omitir a doença preexistente.

Em regra, as operadoras não realizam exames admissionais em todos os consumidores que intencionam contratar plano de saúde em decorrência do alto custo que tal conduta implicaria. Normalmente, aplica-se apenas um questionário ao consumidor. Além disso, dificilmente a operadora tem acesso a fichas médicas dos usuários que relatem o seu histórico médico. Em consonância, tem-se que o resultado no STJ de todas as ações envolvendo doenças preexistentes foi favorável aos usuários.

Todavia, cabe destacar dois entre os julgados: o Recurso Especial n. 234.219/SP, relatado pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar, e o Recurso Especial n. 1.080.973/SP, relatado pela Ministra Nancy Andrighi. Em ambos os acórdãos, como mencionado neles próprios, restou incontroversa a comprovação nas instâncias ordinárias que os usuários tinham prévio conhecimento da doença e a omitiram, deliberadamente, no momento da contratação do plano. Além disso, ambos os contratos eram anteriores à entrada em vigor da Lei n. 9.656/98 e claros quanto à exclusão de doenças preexistentes de sua abrangência.

A despeito da situação fática, os ministros julgaram procedentes os pedidos de cobertura assistencial. O primeiro deles em razão da não realização do exame prévio, como se observa no trecho abaixo retirado do voto do Ministro Barros Monteiro, cuja fundamentação foi adotada pelo relator, Ministro Ruy Rosado de Aguiar na retificação de seu voto:

¹⁸⁰ REsp 229.078/SP, REsp 244.841/SP, REsp 234.219/SP, REsp 311.830/SP, REsp 334.258/RJ, REsp 263.564/SP, REsp 973.265/SP, REsp 1.080.973/SP e REsp 1.066.718/GO.

Pouco importa, pois, conforme, aliás, deixou realçado a sentença, que tivesse o segurado conhecimento prévio de sua doença. Era exigível da empresa seguradora a realização de exame prévio do segurado que, aí sim, em hipótese de constatação de moléstia preexistente justificaria a recusa da proposta. A incúria, nesse passo, da prestadora de serviço não pode favorecê-la.

A fundamentação do segundo acórdão é ainda mais curiosa. A Ministra Nancy Andrighi consubstancia seu voto em uma regra por ela formulada a partir de alguns precedentes, que ela denomina “omissão relevante”. Segundo esta regra, a omissão do segurado quanto à doença deve ser relevante. Não há relevância se a doença não se manifesta por longo período de adimplemento do contrato. A ministra segue afirmando que a *ratio* da referida regra está na Lei n. 9.656/98 e, embora esta não incida sobre o contrato, pode-se extrair do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor a mesma conclusão: “aufere vantagem manifestamente exagerada, de forma abusiva e em contrariedade à boa-fé objetiva, a seguradora que, após longo período recebendo os prêmios devidos pelo segurado, nega cobertura, sob a alegação de que se trata de doença pré-existente [*sic*]”.

Ou seja, conforme o entendimento da ministra, o fato de o consumidor, deliberadamente, omitir da operadora contratante doença que já possui – o que, possivelmente, influiria no valor do prêmio a ser pago, já que a probabilidade de ocorrência de sinistro aumenta – não tem qualquer relevância. Por outro lado, a operadora que nega cobertura assistencial em decorrência de previsão contratual e de omissão do usuário quanto às suas condições de saúde age “de forma abusiva e em contrariedade à boa-fé objetiva”. Assim, não é suficiente que a operadora produza provas no processo judicial que alcancem o mesmo fim do exame pré-admissional, ela é “punida” por não ter feito algo que lhe caracteriza um ônus, e não um dever, uma vez que aproveita somente à operadora.

Para além da análise díspar feita no referido voto, esse tipo de decisão pode trazer como consequência o incentivo à omissão, por parte do consumidor, de informações relevantes para o cálculo da contraprestação a ser paga e, conseqüentemente, do equilíbrio do contrato. Conforme abordado no segundo capítulo, a falta de simetria informacional é um problema que atinge os planos de saúde e pode majorar seu preço. Com a elevação do preço, as pessoas que estão sujeitas a menor probabilidade de ocorrência do sinistro desinteressam-se pela contratação do seguro. Como efeito, segue-se um novo aumento de

preços, já que a “falta de oxigenação” no grupo de segurados – ou seja, o reduzido número de pessoas de baixo risco no grupo – levará a um aumento da probabilidade de ocorrência de sinistros.

Por fim, destaco que a teoria desenvolvida no âmbito jurisprudencial foi abraçada pela Lei n. 9.656/98. Em seu artigo 11, está previsto que é vedada a exclusão de cobertura às doenças e lesões preexistentes à data de contratação do plano após 24 meses de vigência do aludido instrumento contratual, cabendo à operadora o ônus da prova e da demonstração do conhecimento prévio do consumidor ou beneficiário.

1.4. Cláusulas abusivas *versus* cláusulas restritivas nos contratos de adesão

O argumento mais recorrente em favor dos consumidores, nas decisões analisadas, tange à declaração de abusividade da cláusula em discussão. Ela é verificada em quase 50% dos casos. Isso acontece porque este argumento vem quase sempre acompanhado de outros argumentos também genéricos ou mais específicos, sendo, usualmente, a conclusão do raciocínio feito pelos magistrados.

Apenas em cinco acórdãos a abusividade da cláusula contratual era o único discurso verificado. Entre os argumentos que aparecem em conjunto, com maior assiduidade, estão: (i) proteção ao direito à vida e/ou à saúde; (ii) operadora não realizou exame pré-admissional e/ou operadora não comprovou má-fé e/ou conhecimento de doença preexistente pelo consumidor; (iii) se há cobertura contratual da doença, não pode haver a exclusão de procedimento; e (iv) cláusula restritiva que atribui vantagem exagerada à operadora. O que se pode observar é que, frequentemente, a argumentação é abstrata, desvinculada do caso concreto, e são repetidos os argumentos de decisões precedentes que tratam de situações fáticas bastante diversas.

Não é incomum, também, alguns ministros afastarem cláusulas contratuais alegando que o usuário não pode controlar as doenças que lhe acometerão ao longo da vida, tampouco o tempo ou procedimentos que serão necessários no tratamento. Veja-se, por exemplos, os trechos extraídos de dois acórdãos:

Ora, não é razoável permitir que, em um contrato, que tem como principal objetivo assegurar a saúde, entenda-se possível excluir esse ou aquele procedimento ou doença, porquanto o consumidor não é senhor das enfermidades que irá apresentar ao longo da vida.¹⁸¹

Tem-se por abusiva a cláusula, no caso, notadamente em face da impossibilidade de previsão do tempo da cura, da irrazoabilidade da suspensão do tratamento indispensável, da vedação de restringir-se em contrato direitos fundamentais e da regra de sobredireito, contida no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo a qual, na aplicação da lei, o juiz deve atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.¹⁸²

Volta-se novamente à questão da integralidade da assistência à saúde prestada por particular, a qual foi abordada acima. Cabe, entretanto, um esclarecimento mais. Quando se está falando em excluir doença e/ou procedimento da cobertura do plano de saúde, não se pretende dizer que a doença não vá ocorrer ou o procedimento não será necessário, mas, em realidade, está se regulando a distribuição do custo social de ocorrência desses eventos. Se a doença e/ou procedimento serão incluídos na cobertura contratual e, portanto, financiados pela coletividade que compõe o fundo mútuo do plano, ou se eles não integrarão a cobertura contratual, devendo o indivíduo arcar com os custos na hipótese de ocorrência da doença ou necessidade do procedimento.

1.5. Planos antigos: o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a possibilidade de adaptação

Em tese, os planos antigos não estariam submetidos à regulamentação da Lei n. 9.656/98, em razão da determinação contida no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, de que a lei não prejudicará o direito adquirido tampouco o ato jurídico perfeito. O STF, em sede cautelar, reconheceu a violação do artigo 35-E da Lei n. 9.656/98, que estendida aos contratos antigos a regulamentação da lei, aos referidos princípios, suspendo sua eficácia.¹⁸³

Embora grande parte dos acórdãos examinados em que surge essa questão afaste expressamente a aplicação da Lei n. 9.656/98, verificou-se que, em seis acórdãos acerca de

¹⁸¹ REsp n. 538.279/SP.

¹⁸² REsp n. 251.024/SP.

¹⁸³ Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1931-8/DF. Interessante notar que nenhum dos acórdãos do STJ faz menção à referida ação.

contratos antigos, a Lei n. 9.656/98 foi citada como fundamentação da decisão. Destes acórdãos, dois tiveram decisão favorável à operadora e quatro, decisão favorável ao usuário. Nos acórdãos favoráveis às operadoras, a exclusão contratual foi considerada válida com base nas hipóteses de exclusão previstas na Lei n. 9.656/98. Já, nos acórdãos favoráveis aos usuários, fundamentou-se a aplicação da Lei n. 9.656/98 com base na teoria do contrato de trato sucessivo. Assim o fez, por exemplo, o Ministro Aldir Passarinho Júnior no REsp n. 700.100/RS:

A alegada retroatividade da Lei 9.656/98 é impertinente à espécie, porquanto se trata de contrato de trato sucessivo e renovação continuada, ao que se aplica as disposições do novo diploma aos fatos ocorridos sob sua vigência, mormente se nada dá conta nos autos de que o contrato em questão não foi adaptado ao regime na lei de 1.998.

Entretanto, a teoria do contrato de trato sucessivo foi aplicada com maior frequência para justificar a aplicação das regras contidas no Código de Defesa do Consumidor aos contratos firmados antes do início de sua vigência, conforme depreende-se da leitura de parte da ementa do REsp n. 735.168/RJ:

Embora o CDC não retroaja para alcançar efeitos presentes e futuros de contratos celebrados anteriormente à sua vigência, a legislação consumerista regula os efeitos presentes de contratos de trato sucessivo e que, por isso, foram renovados já no período de sua vigência. Dada a natureza de trato sucessivo do contrato de seguro saúde, o CDC rege as renovações que se deram sob sua vigência, não havendo que se falar aí em retroação da lei nova.

Um ponto que considero mais delicado nos litígios que envolvem contratos antigos – ou seja, pelo menos, 74% dos casos analisados – é a falta de importância dada à adaptação do contrato à Lei n. 9.656/98. Somente em seis acórdãos há menção à questão da adaptação, sendo que em apenas um deles ela é considerada relevante para o deslinde da ação. Nos outros acórdãos que aludem ao tema, ou é apenas citada a não adaptação no relatório do acórdão ou é expressamente mencionada sua irrelevância. Como exemplo, tem-se o fragmentado extraído do voto da Ministra Nancy Andrighi no REsp n. 1.106.789/RJ:

Apenas para que se evite eventual alegação de omissão, saliente-se que as considerações do acórdão recorrido a respeito da ausência de adaptação do contrato da recorrente às disposições da Lei nº 9.656/98 – que prevê expressamente a cobertura para a cirurgia de redução de estômago – é ponto irrelevante, pois a controvérsia, conforme visto, se desenvolve

unicamente na perspectiva da análise do contrato firmado em data anterior a tal Lei. (grifo meu)

Como contraponto, há no acórdão voto divergente do Ministro Massami Uyeda:

O caso dos autos contém, ainda, uma peculiaridade que, na compreensão deste ministro, além de consubstanciar um dos pontos relevantes para o deslinde da presente controvérsia, fora utilizada pelo Tribunal de origem como verdadeiro *ratio decidendi*.

Trata-se da não adaptação pela ora recorrente [usuária], *sponte própria*, do contrato de plano de saúde entabulado entre às partes à Lei n. 9.656/98, que criou o chamado plano-referência, este compreendido como o estabelecimento de cobertura básica dos planos de saúde, no qual, ressalte-se, passou a abarcar a cirurgia bariátrica

(...)

Se a própria segurada, voluntariamente, abdicou de obter o respaldo da legislação superveniente que, como visto padronizou os níveis de plano de saúde, o chamado plano-referência, que passou a incluir a cirurgia em tela, deixando, por outro lado, de arcar com o respectivo acréscimo em sua contra-prestação, não há como amparar sua pretensão de impor à Seguradora os custos da cirurgia a que foi submetida. (grifo meu)

A jurisprudência, ao ter como irrelevante a adaptação dos planos antigos e tratar estes sob as mesmas regras dos planos novos, atenta contra a isonomia dos consumidores. Com a ampliação da cobertura contratual pela Lei n. 9.656/98, foi necessário às operadoras ajustarem os valores cobrados pelas contribuições dos usuários dos planos novos e dos adaptados para, assim, manter-se o equilíbrio contratual. Ao tratar da mesma forma as pessoas que pagam o valor integral pela cobertura legal e as pessoas que não o fazem, pagando um valor menor, há uma quebra da isonomia.

Ademais, sendo prerrogativa dos usuários aceitar ou não a adaptação do plano, as decisões judiciais geram um desincentivo à adaptação, e incentivam, por outro lado, uma conduta oportunista por parte dos consumidores. Isso porque, conhecendo a jurisprudência sobre o tema, os consumidores que possuem contratos anteriores à Lei n. 9.656/98 podem continuar, tranquilamente, pagando uma mensalidade reduzida do plano antigo, pois, surgindo a necessidade de cobertura não acordada em contrato, basta que recorram ao Judiciário.

1.6. Eficácia ou necessidade do tratamento

Para finalizar, um ponto que vem atraindo a atenção da doutrina é a falta de questionamento a respeito da eficácia ou necessidade do tratamento indicado pelo médico ao usuário. Nesse sentido, foram extraídos dois trechos de acórdãos analisados:

Somente ao médico que acompanha o caso é dado estabelecer qual o tratamento adequado para alcançar a cura ou amenizar os efeitos da enfermidade que acometeu o paciente; a seguradora não está habilitada, tampouco autorizada a limitar as alternativas possíveis para o restabelecimento da saúde do segurado, sob pena de colocar em risco a vida do consumidor.¹⁸⁴

É preciso ficar bem claro que o médico, e não o plano de saúde, é responsável pela orientação terapêutica. Entender de modo diverso põe em risco a vida do consumidor.¹⁸⁵

Como aponta Livia Campos de Aguiar, há uma supervalorização da opinião de um único médico, às vezes em detrimento dos demais médicos e de pesquisas científicas.¹⁸⁶ O conhecimento médico é erigido à categoria de dogma independente de comprovação.

O grande problema de não se discutir a opinião do médico está no risco moral a que eles estão submetidos. Consoante já mencionado neste trabalho, a depender da forma de remuneração dos médicos – se baseada, por exemplo, na realização de procedimentos – pode-se criar um ambiente favorável à indução da demanda, ou seja, indicação de tratamentos não necessários. Além disso, não se pode ignorar as práticas dos laboratórios em divulgar e induzir o emprego de seus remédios.

Isso pode levar a uma sobreutilização dos serviços de forma ineficaz. Para evitar esse tipo de risco, as operadoras mantêm grupos técnicos para avaliação das melhores práticas e otimização dos recursos.¹⁸⁷ Há, ainda, outras alternativas, como o estabelecimento de remuneração fixa, quando a operadora possui sua própria rede, ou controle dos tratamentos receitados pelos médicos referenciados.

¹⁸⁴ REsp 1.053.810/SP, relatado pela Ministra Nancy Andriahi.

¹⁸⁵ REsp 668.216/SP, relatado pelo Ministro Carlos Alberto Menezes de Direito.

¹⁸⁶ AGUIAR, Livia Campos. *Eficácia e necessidade do tratamento pleiteado judicialmente*. In: PIRES, Danielle, da Silva; SOUZA, Jordana Miranda (coord.). *A judicialização da saúde suplementar*. Unimed Belo Horizonte, 2008. p. 201.

¹⁸⁷ *Ibidem*. pp. 202-206.

O Judiciário, ao ignorar essas dificuldades, não auxilia na otimização dos recursos disponíveis. Não se está falando aqui que se deve sempre duvidar da orientação terapêutica passada pelo médico, mas sim que deve ser dada oportunidade à operadora de contestar determinadas indicações com base no conhecimento técnico.

2. A busca da justiça distributiva no Judiciário

Em primeiro lugar, cabe explicitar que a noção de justiça distributiva, adotada na presente dissertação, relaciona-se à redistribuição equânime de ônus, direitos, vantagens, riqueza e outros importantes bens e benefícios entre os membros da sociedade. Ela contrapõe-se à ideia de justiça comutativa, a qual, por sua vez, refere-se ao restabelecimento do equilíbrio em uma relação entre particulares, por meio, por exemplo, da imposição do cumprimento de obrigações, contratuais ou legais. Dessa forma, a busca pela justiça distributiva corresponde, neste trabalho, à *intenção* dos magistrados de redistribuir, de forma equânime, os ônus, direitos, vantagens, riqueza e outros importantes bens e benefícios entre os membros da sociedade. A justiça distributiva possui estreita relação com a ideia de legitimidade política. A explicação dessa relação nos leva a outros dois conceitos econômicos: a escassez de recursos e o custo dos direitos.

Em virtude da escassez dos recursos,¹⁸⁸ precisamos fazer escolhas. Caso contrário, todos os indivíduos poderiam ter tudo que desejassem na quantidade que quisessem. Assim, em qualquer decisão que tomamos, a alocação de determinado recurso para uma finalidade, implica, necessariamente, em deixar de aplicarmos o mesmo recurso para outro fim. Não é diferente com os recursos, sejam públicos sejam privados, destinados à saúde, logo, diante da inexistência de número de leitos hospitalares, por exemplo, a concessão de leito para um implica, necessariamente, na exclusão de outro.

A escassez força as pessoas a realizarem escolhas e a incorrerem em certos sacrifícios – nem que seja somente o tempo. Tudo o que é feito ou produzido tem um custo, e todo custo aplicado em uma atividade o deixa de ser em outra. Essa regra aplica-se

¹⁸⁸ Cabe aqui pontuar – e desmentir – uma das noções mais ilusórias que se tem sobre a economia: de que ela é sobre dinheiro. Em realidade, a economia trata da utilização de recursos, sendo que o dinheiro é apenas uma espécie de recurso.

também à implementação de direitos. Como já observavam Stephen Holmes e Cass Sustein,¹⁸⁹ não existem direitos sem custo para sua efetivação.

Dessa forma, a justiça distributiva é, por essência, necessariamente coletiva. Não se pode realizar uma tarefa desse tipo a partir do particular. Como observa Gustavo Amaral, “tomada individualmente, não há situação para a qual não haja recursos”.¹⁹⁰ A escassez de recursos é melhor percebida quando se olha coletivamente a questão. A desconsideração desses fatores pode levar a consequências contrárias àquelas intentadas pelo tomador de decisão. Podem acabar, ao fim e ao cabo, provocando, por exemplo, a elevação do preço de um serviço a toda uma classe de consumidores.¹⁹¹

De um modo geral, os argumentos consequencialistas não são reconhecidos como jurídicos, diferentemente do que ocorre com os argumentos principiológicos.¹⁹² Entretanto, nos expedientes que, de alguma forma, envolvem questões distributivas, é imprescindível que a decisão atente para os impactos que serão produzidos por ela no meio socioeconômico.

Pela análise da fundamentação dos acórdãos, percebe-se que a preocupação dos ministros, frequentemente, cinge-se em atender o problema de saúde posto, olhando exclusivamente para a relação entre as partes do processo. Na grande maioria dos casos, quando a discussão extrapola os limites da relação em juízo, ela fica adstrita aos votos divergentes.

Como sugere Diogo Rosenthal Coutinho:

...não raro bacharéis em direito - categoria que abrange juízes, advogados e promotores e também muitos políticos e legisladores - fazem escolhas voluntaristas certos de que estão fazendo justiça social sem refletir minimamente sobre os efeitos distributivos dessas escolhas, ainda que não sejam treinados para isso. Desse modo, também podem terminar - mesmo que nunca o saibam - dando margem a injustiças concretas.¹⁹³

¹⁸⁹ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. W W Norton & Company, 1999.

¹⁹⁰ AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*. São Paulo: Renovar, 2001. p. 146.

¹⁹¹ HARRISON, Jeffrey L. e THEEUWES, Jules. *Law and economics*. 1.ed.W. W. Norton & Company, 2008. pp. 204-224.

¹⁹² VERÍSSIMO, Marcos Paulo. *Op. cit.* p. 124.

¹⁹³ COUTINHO, Diogo Rosenthal. *O diálogo caricato entre direito e economia*. In: *Jornal Valor Econômico*. 28/12/2005.

2.1. As possíveis distorções econômicas no setor da saúde suplementar

A grande questão que se coloca aqui é a seguinte: afinal, quem irá efetivamente pagar a conta das decisões tomadas no Judiciário? Isso porque as decisões do Judiciário influenciarão diretamente no ambiente socioeconômico. Ao agirem, os agentes privados levam em conta as decisões tomadas pelos juízes, nas diversas instâncias.¹⁹⁴ E os juízes, ao não preverem as manobras que possuem os agentes para não arcarem com os custos derivados da decisão, podem provocar efeitos regressivos, ou seja, podem concentrar renda ao invés de distribuí-la. Conforme ilustrado por Christiane Leles Rezende e Decio Zylbersztajn, em estudo realizado sobre as quebras contratuais por parte dos produtores em contratos de venda antecipada de soja verde firmados com *tradings*:

É importante notar que o Judiciário influencia o ambiente de negócios, pois as suas decisões produzem efeitos que repercutem nas ações dos agentes privados. Ao decidir pela parte hipossuficiente, o juiz gerará efeitos secundários que acarretam a diminuição dos contratos, dificultando a negociação futura. As empresas ficarão receosas de negociar se não puderem contar com a segurança jurídica de que o contrato será cumprido. A falta de consideração dos efeitos econômicos de segunda ordem pode ser interpretada como “miopia econômica” do Judiciário.¹⁹⁵

Os agentes privados buscam, em suas relações negociais, o equilíbrio¹⁹⁶ como padrão de interação. Esse equilíbrio persistirá a menos que seja perturbado por forças exteriores.¹⁹⁷ Dessa maneira, sempre que há uma intervenção no mercado,¹⁹⁸ seja ela

¹⁹⁴ REZENDE, Christiane L. e ZYLBERSZTAJN, Decio. *Pacta sunt servanda? O caso dos contratos de soja verde*. p. 29. Disponível em: <http://repositories.cdlib.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1064&context=bple>. Acesso em: 26.10.2009.

¹⁹⁵ REZENDE, Christiane L. e ZYLBERSZTAJN, Decio. *Op. cit.*

¹⁹⁶ Cabe ressaltar que o termo “equilíbrio” é aqui utilizado com o sentido que lhe é conferido pela microeconomia. Os indivíduos ou grupos, ao agirem, tenderiam a maximizar os seus ganhos e interesses. Da interação entre diversos indivíduos e grupos, atingir-se-ia um ponto de repouso, um equilíbrio. Assim, por exemplo, seriam estabelecidos os preços em um mercado competitivo. A partir da interação entre compradores e vendedores, chegar-se-ia ao preço “de equilíbrio” do produto. Na hipótese de algum fator superveniente alterar os pressupostos da decisão de uma das partes, possivelmente tenderia a haver renegociações e estabilização de novo equilíbrio.

¹⁹⁷ COOTER, Robert e ULEN, Thomas. *op. cit.* p. 16.

¹⁹⁸ O mercado é, comumente, definido como espaço social que viabiliza a troca voluntária de bens e serviços entre indivíduos. Nesse sentido, importante a observação feita pelo professor da Universidade de Lisboa Fernando Araújo, em palestra ministrada na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, no dia 03.06.2009, sob o título “*Law and Economics – análise contratual*”, de que a ideia de mercado definido como circulação de riqueza é impressionista, uma ficção. Em realidade, quando vamos ao mercado (seja ele físico ou não) procuramos interagir com outra pessoa; as relações são, portanto, bilaterais. Dessa forma, o contrato traz uma ideia mais estreita do que seja troca de riquezas.

estatal ou não, o equilíbrio é desestabilizado; conseqüentemente, os agentes adequarão os pressupostos sobre os quais eles atuam a fim de restabelecê-lo.

Um precedente judicial que imponha um maior risco à atividade econômica provocará uma reação por parte dos agentes econômicos, os quais buscarão realocar os riscos acrescidos. O benefício da redistribuição via contrato, como bem salienta Luciano Timm,¹⁹⁹ destina-se integralmente à parte protegida no litígio, sem nenhum resultado coletivamente benéfico àqueles que não propuseram demandas judiciais.

A origem do desarranjo institucional para lidar com questões distributivas estaria no projeto liberal do direito, como identifica José Reinaldo de Lima Lopes.²⁰⁰ Nele, que estruturou os tribunais e o processo judicial como conhecemos, separam-se as esferas do direito e da política. A função judicial acaba resumindo-se a um serviço público de resolução de conflitos individuais, por meio da aplicação de regras claras e estáticas, de incidência retrospectiva.²⁰¹ Desse modo, o processo judicial tradicional é fundado no contraditório bilateral acerca de fato passado. Além disso, a inércia institucional do Judiciário e seu aparelhamento insuficiente dificultam o acesso a informações importantes para a tomada de decisão, como as informações sobre o contexto em que a decisão judicial produzirá impactos secundários.

O processo força o juiz a agir por partes, levando em conta os problemas individuais pontuados no tempo, e não o todo. Exemplo disso é o estudo empírico realizado por Florian Hoffmann e Fernando Bentes,²⁰² no qual se constatou que apenas 2% das ações envolvendo o direito à saúde eram coletivas. Segundo os autores, os tribunais são mais cautelosos ao julgar decisões com efeito *erga omnes*. Eles acabam sendo mais abertos ao deferimento de pedidos individuais do que aos feitos de forma coletiva.²⁰³

Nos casos analisados na presente pesquisa, verificou-se que os ministros que fazem, em seus votos, considerações de cunho econômico ou social, acabam por decidir de modo

¹⁹⁹ 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*. 2ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 65.

²⁰⁰ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Op. cit.* p. 124.

²⁰¹ *Ibidem*.

²⁰² HOFFMANN, Florian; BENTES, Fernando. *Op. cit.* p. 116.

²⁰³ *Ibidem*. p. 101.

desfavorável ao consumidor. Todavia, na grande maioria das vezes, os referidos votos divergem da decisão proferida no acórdão.

Parece estar ocorrendo uma profunda mudança decisória no Judiciário. As recentes alterações legislativas apontam para tal fenômeno – e, talvez, também o catalisem. Substancialmente, como abordado, vem-se inserindo um conteúdo social aos textos legislativos. E, processualmente, vem-se criando (e adaptando) instrumentos para a ação coletiva. Todavia, isso tudo não é suficiente se o juiz não estiver consciente dos novos desafios que se colocam diante dele.

A mudança institucional é imprescindível na busca pela estruturação de melhores arranjos sociais. É um processo de adaptação, de experimentação. No entanto, não se pode esquecer que não são somente esses princípios que formam o ordenamento jurídico. As regras são também parte importante desse arranjo, já que elas possuem como uma de suas principais funções garantir a estabilidade. E a estabilidade exerce importante papel na redução das incertezas no convívio social.

Se, por um lado, o excesso de estabilidade pode provocar perdas de oportunidade e a consequente estagnação; por outro, o excesso de flexibilidade pode provocar incerteza e a consequente paralisia. São dois extremos que precisam ser equilibrados nessa busca pela harmonização do direito privado e da justiça distributiva. É importante, enfim, que o sistema jurídico seja olhado como um todo, e não por partes fragmentadas. Em análise às decisões judiciais proferidas no âmbito dos contratos de planos de saúde, observa o Ministro Marco Aurélio Mello, do STF:

Sendo a função primária do Poder Judiciário aplicar o Direito, incumbe ao magistrado, encarregado de resolver conflitos sociais, buscar dentro do arsenal de ferramentas jurídicas, aquelas que permitam efetuar leitura mais consentânea com a realização da justiça, sem deixar de ter em mente que mesmo as soluções heterodoxas precisam basear-se no Direito posto. A observância decorre do fato de as operadoras de planos de saúde viverem sob o risco do que se denomina “jurisprudência paternalista”. Sob esse rótulo, estão enquadradas decisões que implicam afastamento dos limites de cobertura previstos nos contratos privados de assistência à saúde até quando são devidamente informados ao contratante, com clareza e destaque na redação – consoante determinação do Código de Defesa do Consumidor –, e adequados à contrapartida financeira devida por este. Em tais situações, entender que as operadoras são obrigadas a prestar *qualquer coisa de que o cliente necessite* acaba por levar à ruptura

do equilíbrio econômico-financeiro dos referidos contratos, situação que, embora favoreça o indivíduo que pleiteou a intervenção judicial, pode prejudicar o universo de beneficiários do plano, caso a seguradora não possua condições financeiras de arcar com os custos.²⁰⁴

2.1.1. Indivíduo *versus* coletividade

Primeiramente, vale destacar o perfil daqueles que acessam o Judiciário. Consoante os dados obtidos na pesquisa empírica realizada, os três tribunais de segunda instância mais recorrentes nas ações judiciais sobre cobertura contratual em planos de saúde estão entre os seis estados brasileiros onde há maior acesso à justiça. Outrossim, são estados que, no contexto nacional, estão entre os estados com (i) maior participação no PIB do Brasil; (ii) maior PIB *per capita*; (iii) alta média de anos de estudo entre a sua população; e (iv) pequena parcela de sua população situada abaixo do nível de pobreza.²⁰⁵

Destaca-se, ainda, que conforme recente pesquisa realizada pelo IPEA em parceria com o CNJ acerca do acesso à justiça,²⁰⁶ 63% das pessoas que consideram ter sofrido lesão em algum direito durante o ano de 2009 não recorreram ao Judiciário, nem a outro órgão ou ator relacionado à Justiça. Segundo o estudo, a dificuldade de acesso à Justiça no Brasil é, em grande parte, influenciada por fatores socioeconômicos, como renda e escolaridade.

Embora não se possa fazer uma correlação direta entre os tribunais nos quais se originam as demandas que chegam ao STJ e os estados com maior incidência de ajuizamento destas ações, esses dados, em conjunto com as pesquisas citadas, levam a crer que os consumidores que vão ao Judiciário constituem um grupo marginal se considerado o universo de consumidores de planos de saúde.

Como explicitado anteriormente, o plano de saúde advém de uma lógica de coletividade, seja na sua constituição seja na manutenção de sua sustentabilidade ao longo do tempo. A partir da identificação de grupos homogêneos de risco e da verificação da

²⁰⁴ MELLO, Marco Aurélio. *Saúde suplementar, segurança jurídica e equilíbrio econômico financeiro*. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (coord.). pp. 7-8.

²⁰⁵ Conforme dados publicados pelo IBGE e pelo IPEA em parceria com o CNJ, conforme a pesquisa “Contas Regionais do Brasil 2005–2009”, realizada pelo IBGE referente à estimativa do Produto Interno Bruto (PIB) de cada Unidade da Federação, e dados apresentados pelo representante do IPEA, Alexandre dos Santos, durante o III Seminário Justiça em Números.

²⁰⁶ Agência CNJ de Notícias, 27 de setembro de 2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/portal/noticias/materias-relacionadas/96-noticias/9865-63-dos-conflitos-nao-chegam-a-justica-segundo-o-ipea>. Acesso em: 24 nov. 2010.

frequência e a extensão da concretização de determinado evento ocorrido nestes grupos, é possível calcular a probabilidade de ocorrência de evento do mesmo tipo futuramente.²⁰⁷ Com base nesse cálculo atuarial, determina-se o valor do prêmio a ser pago por cada um dos consumidores. Ou seja, o cálculo para estabelecer a mensalidade a ser paga pelo usuário está consubstanciado nos riscos assumidos contratualmente pela operadora. E a soma de todas as mensalidades pagas constituirá um fundo mútuo para arcar com a efetiva ocorrência destes riscos assumidos contratualmente com alguns dos integrantes do grupo.

A ampliação dos eventos cobertos originalmente pela operadora – e levados em conta no momento da quantificação dos prêmios a serem pagos – representa um custo superveniente à operadora. Diante desse custo não previsto inicialmente, a operadora poderá seguir dois caminhos: internalizar o custo reduzindo sua margem de lucro ou repassá-lo ao grupo de consumidor por meio do reajuste dos prêmios pagos.

Portanto, a partir das decisões judiciais, podem ser provocados dois fenômenos intrinsecamente ligados: a redistribuição de renda de forma aleatória e o benefício do indivíduo em detrimento da classe a que pertence. Ao beneficiar a parte economicamente menos favorecida no litígio, analisando cada caso como se fosse único, corre-se o risco de que o efeito redistributivo seja aleatório, beneficiando a parte favorecida no litígio sem nenhum resultado coletivamente benéfico àqueles que não propuseram demandas judiciais.²⁰⁸ Em outras palavras, a decisão judicial pode acabar tornando-se um privilégio àquele que recorreu ao Judiciário, já que não aproveita ao universo social em questão.

Mais ainda, a decisão judicial pode implicar em ônus à classe de consumidores envolvida, tornando-se uma fonte de externalidades negativas.²⁰⁹ Além de conferir certo grau de insegurança e imprevisibilidade às operações econômicas, muito provavelmente os custos decorrentes não serão internalizados pela parte economicamente mais forte. Possivelmente, haverá uma distribuição destes custos a partir de outros integrantes da cadeia de produção e de consumo. Assim, os custos podem ser distribuídos entre os prestadores de serviços vinculados às operadoras e os demais consumidores e, em última análise, entre toda sociedade.

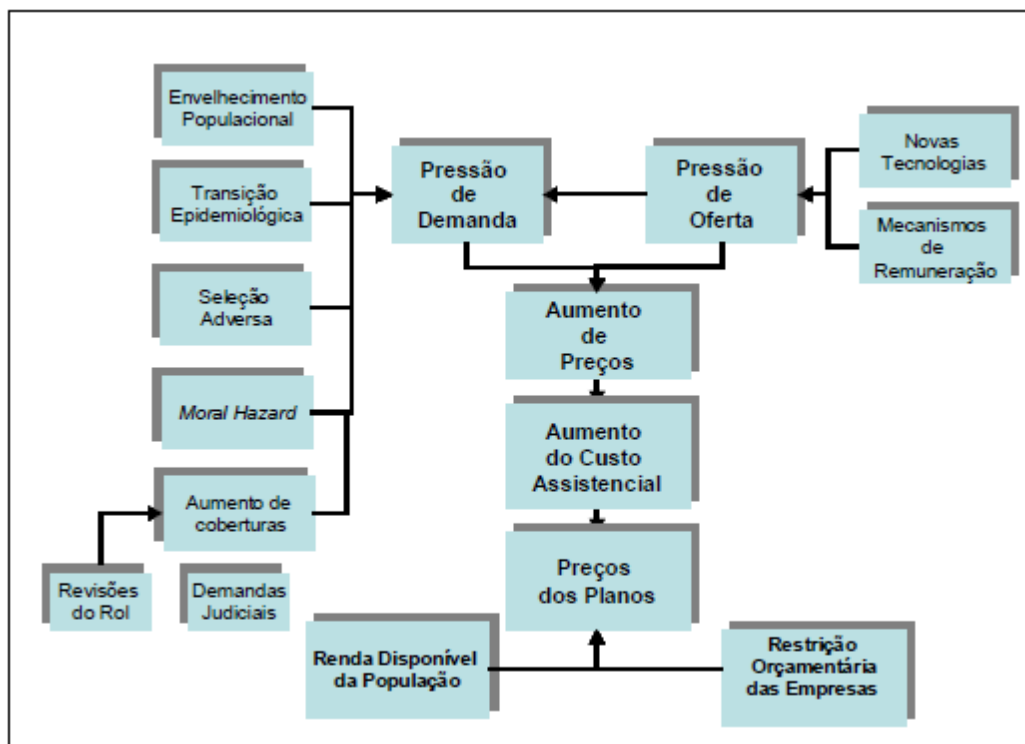
²⁰⁷ RIBEIRO, Amadeu Carvalhaes. *Op. cit.* p. 72.

²⁰⁸ TIMM, Luciano B. *Ainda sobre a função social...* pp. 65 e 89.

²⁰⁹ *Ibidem.*

Sandro Alves, em monografia premiada pela Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE, representa na forma da figura abaixo os custos que incidem sobre a inflação da saúde, que, como observa o autor, supera no Brasil o crescimento dos índices gerais de preço. As ações judiciais, juntamente com outros fatores, atuam como deslocadores da demanda, pressionando o aumento do preço dos planos em geral.

FIGURA 1 – Dinâmica da Inflação na Saúde



Fonte: ALVES, Sandro Leal. *Entre a proteção e a eficiência: Evidências de seleção adversa no mercado brasileiro de saúde suplementar após a regulamentação*. p. 24.

Além do aumento dos preços dos planos de saúde, outra consequência possível é o desaparecimento de alguns tipos de planos. De fato, tem-se observado, ao longo dos últimos anos, uma tendência voltada à redução da oferta de planos individuais. Algumas operadoras, inclusive, não ofertam mais este regime de contratação.²¹⁰ Percebe-se, ademais, grande variação entre as mensalidades cobradas nos planos individuais e aquelas cobradas nos planos coletivos.²¹¹

²¹⁰ Bradesco, Sul América, Marítima e Porto Seguro são exemplos.

²¹¹ Para exemplificar, pesquisei, em outubro de 2012, junto a duas operadoras os preços praticados por elas. Na linha Blue Life da Amil, o plano referência, para faixa etária de 34 a 38 anos, individual tem o valor mensal R\$ 273,86, já o plano, nos mesmos padrões, coletivo (para grupos com mais de 30 pessoas) tem o preço de R\$ 125,18. A Golden Cross, por sua vez, considerando os mesmos padrões mencionados, cobra mensalmente o valor de R\$ 224,99 para plano individual e R\$ 107,24 para o plano coletivo. Como se percebe, há uma elevação superior a 100% nos planos individuais se comparados com os coletivos.

Outra questão que não deve passar despercebida nessa discussão é o incentivo da atuação como *free rider* – ou carona – que as decisões judiciais produzem. A postura judicial pode influenciar comportamentos oportunistas nas pessoas. Um bom exemplo é a adaptação dos contratos antigos à Lei n. 9.656/98. Uma pessoa que possua um contrato antigo e tenha conhecimento da jurisprudência sobre os planos de saúde não tem incentivo algum para realizar a adaptação.

Como mencionando no primeiro capítulo do trabalho, a adaptação do contrato é uma forma de ajustar os contratos firmados antes da Lei n. 9.656/98, submetendo-os a sua regulação. Para tanto, há uma elevação da contraprestação paga pelo consumidor correspondente à ampliação da cobertura contratual. Os acórdãos analisados consideram irrelevante o fato de ter sido ofertada à adaptação ao consumidor – que incluiria a cobertura demandada em juízo – e este a ter recusado. Neste cenário, o consumidor tem forte incentivo para continuar pagando uma mensalidade reduzida do plano antigo, pois, caso precise de cobertura não acordada em contrato, basta recorrer ao Judiciário.

Por fim, cabe reproduzir o alerta feito por Luís Roberto Barroso em estudo sobre o direito à saúde, o fornecimento de medicamentos e a judicialização excessiva:

O Judiciário não pode ser menos do que deve ser, deixando de tutelar direitos fundamentais que podem ser promovidos com a sua atuação. De outra parte, não deve querer ser mais do que pode ser, presumindo demais de si mesmo e, a pretexto de promover os direitos fundamentais de uns, causar grave lesão a direitos da mesma natureza de outros tantos.²¹²

2.1.2. A sustentabilidade das operadoras

Cumprir analisar o contexto econômico atual em que estão inseridas as operadoras, uma vez que as decisões judiciais podem, também, ter implicações no equilíbrio econômico-financeiro do contrato e na sustentabilidade das operadoras. Há um senso comum de que as operadoras de planos de saúde obtêm margens de lucro extraordinárias com base, muitas vezes, na prática de abusos contra o consumidor.

²¹² BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2010.

Como relatado no capítulo inicial da dissertação, de fato, o setor é marcado por uma forte tensão entre os seus atores, de um lado, os usuários e médicos e, de outro, as operadoras, especialmente no que se refere ao período que antecedeu à sua regulamentação. O presente trabalho não pretende negar que os abusos ocorreram – e ocorrem –, não só no mercado da saúde suplementar como em tantos outros. O que, em função da relevância social dos serviços prestados, ganha dimensões mais amplas, exigindo regulação e fiscalização estatal bastante estritas.

Todavia, as decisões tomadas não podem ser calcadas em suposições sem embasamento ou no senso comum quando se trata de questões como o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e como a sustentabilidade das operadoras. Como primeiro passo na regulamentação do setor, a ANS preocupou-se em sistematizar a coleta junto às operadoras e a organização dos dados do setor. Atualmente, com uma periodicidade trimestral, a ANS publica esses dados em seu site²¹³, facilitando o acesso a quem tiver interesse.

Com base nesses dados, é possível, dentre tantos outros aspectos, obter uma fotografia da atual situação econômico-financeira das operadoras. O primeiro ponto que ressaltado é o lucro operacional das operadoras. As receitas das operadoras advindas do pagamento de contraprestações dos planos têm aumentado de forma constante, ano após ano. Entretanto, as despesas assistenciais e administrativas das operadoras têm acompanhado esse crescimento. No ano de 2011, o montante apurado pelas operadoras médico-hospitalares como receita de contraprestações foi de R\$ 82.424.403.107 ao passo que as despesas somaram R\$ 80.437.370.896, sendo R\$ 67.917.283.819 relacionados a despesas assistenciais e R\$ 12.520.087.077, a despesas administrativas. Ou seja, considerando que, em 2011, estavam em atividade 1.174 operadoras, a média de lucro operacional das operadoras não atingiu dois milhões de reais.

TABELA 7 – Receita de contraprestações das operadoras de planos de saúde (2006-2011)

	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Receita (R\$)	41.713.758.347	51.121.037.497	59.506.626.909	64.468.448.782	72.903.217.127	82.424.403.107

Fonte: ANS – Caderno de Informação da Saúde Suplementar – setembro/2012.

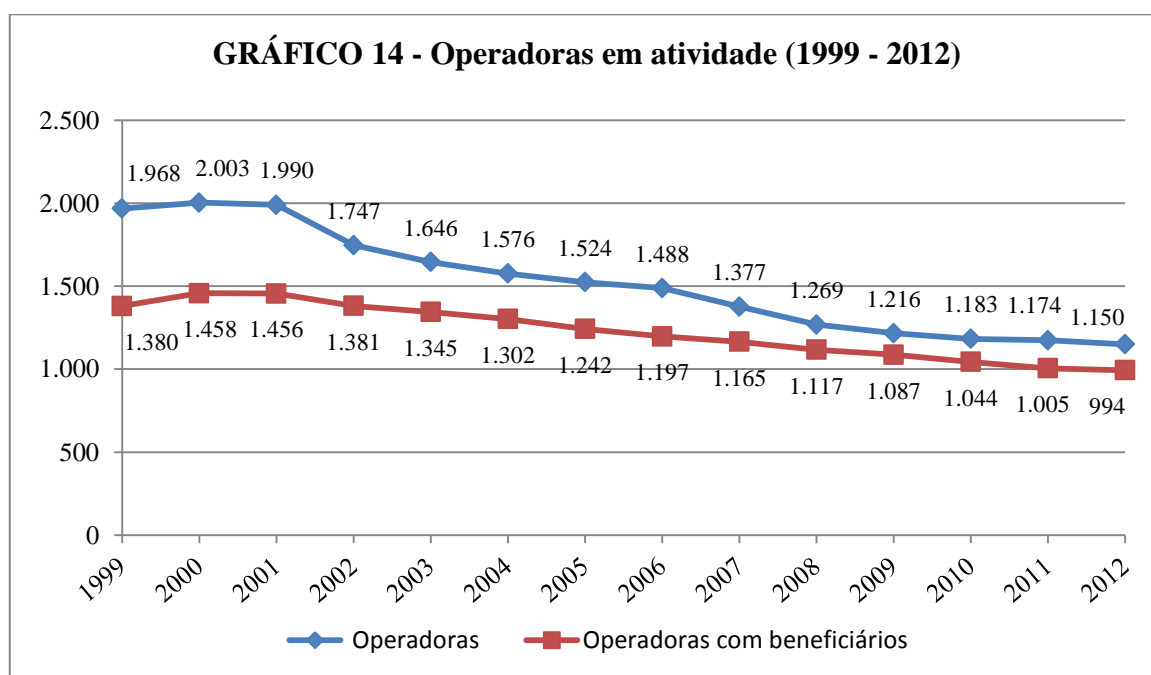
²¹³ www.ans.gov.br.

TABELA 8 – Despesa assistencial das operadoras de planos de saúde (2006-2011)

	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Despesa (R\$)	33.265.334.420	41.202.893.366	47.839.015.388	53.515.617.061	59.161.868.127	67.917.283.819

Fonte: ANS – Caderno de Informação da Saúde Suplementar – setembro/2012.

Em paralelo, outro ponto que chama a atenção é a redução do número de operadoras e a, conseqüente, concentração do mercado. Os autores têm identificado a concentração do mercado da saúde suplementar com a regulação deste. Diante da série de normas que devem ser atendidas pelas operadoras, bem como os custos decorrentes destas normas, as operadoras menores não têm condições de se manterem no mercado.²¹⁴



Fonte: ANS – Caderno de Informação da Saúde Suplementar – setembro/2012

Dessa maneira, é, ao menos, imprudente afirmar, sem a realização de estudos mais aprofundados, que as seguradoras obtêm lucros exorbitantes, de forma que a redistribuição de recursos, eventualmente, levada a efeito por meio de decisões judiciais não causaria impactos na situação econômico-financeira das empresas. É importante que sejam elaboradas pesquisas para apurar os fatores que têm levado às situações apontadas acima e

²¹⁴ SANTACRUZ, Ruy. *Regulação e concentração no mercado brasileiro de saúde suplementar*. In: FARINA, Laércio; GUIMARÃES, Denis Alves (org.). *Concorrência e regulação no setor de saúde suplementar*. São Paulo: Singular, 2010. pp. 109-167. REZENDE, Paulo Roberto Vogel de. *Os contratos de plano de saúde e seu equilíbrio econômico-financeiro: mutualismo, cálculo atuarial e o impacto econômico das decisões judiciais*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito Milton Campos, 2011. pp. 33-44.

possíveis soluções para reverter esse quadro. A continuidade das tendências apontadas acima pode acarretar em graves prejuízos ao setor, como a sua alta concentração.

2.2. Vantagens e benefícios da judicialização da saúde suplementar

Embora possam ser constatados diversos problemas ou falhas na atuação do Judiciário em casos que envolvam direitos sociais e justiça distributiva, como procurei apontar ao longo do presente estudo, creio que, como já ressaltado, a questão não estar em discutir *se* os juízes devem participar desse debate, mas sim *como* devem fazê-lo. Nesse sentido, a forma de decidir dos magistrados deve acompanhar a evolução dos arranjos jurídicos.

Não se pode, por outro lado, negar que a atuação dos juízes nas questões envolvendo a judicialização da saúde suplementar não tenha gerado nenhuma vantagem ou benefício à sociedade. Como Daniel Wei Liang Wang busca demonstrar na pesquisa que resultou em sua dissertação de mestrado,²¹⁵ o Judiciário pode ser também um *locus* adequado e eficiente para a discussão de direitos sociais, uma vez que as dificuldades em lidar com estes não são exclusivas do Judiciário. E justamente a debilidade das instituições de representação democrática e dos espaços tradicionais de mediação política e social pode ser um dos fatores que explique a transferência ao Judiciário destas questões.

A má administração, incompetência ou inércia das autoridades públicas podem levar ao não cumprimento adequado da lei. As autoridades, em alguns casos, simplesmente omitem-se e aguardam a atuação do Poder Judiciário. Nesse contexto, a atuação judicial é parte natural do ofício do magistrado de aplicar a lei e acaba por servir como corretivo à negligência do Executivo e do Legislativo.

O mercado da saúde suplementar experienciou essa situação. Como detalhadamente exposto no primeiro capítulo deste trabalho, o processo de regulamentação do setor, que se iniciou apenas em 1991, arrastou-se por sete anos até a aprovação da Lei n. 9.656/98. Após a promulgação da lei, foram editadas 45 medidas provisórias até o texto da última reedição,

²¹⁵ WANG, Daniel Wei Liang. *Poder Judiciário e participação democrática nas políticas públicas de saúde*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2009.

a Medida Provisória n. 2.177-44/01, que aguarda, até hoje, deliberação do Congresso Nacional.

Dessa maneira, o Judiciário restava como única opção para os usuários dos planos de saúde contraporem-se às atitudes das operadoras com as quais não concordavam. Entretanto, esse pode ser um ciclo vicioso. Quanto mais o Judiciário intervier, mais o Legislativo e do Executivo omitir-se-ão na tentativa de evitar desgastes políticos diante da falta de consenso político. Sintetiza José Eduardo Faria:

O que tem estimulado e fundamentado a proliferação dessas estratégias é, entre outros fatores, uma espécie de cálculo de custo/benefício por parte dos legisladores contemporâneos. Com mecanismos normativos excessivamente simples para lidar com questões extremamente complexas e sem condições de ampliar a complexidade de seu ordenamento normativo e de seu aparato judicial ao nível equivalente de complexidade dos problemas sócio-econômicos, os legisladores, pensando pragmaticamente, não têm hesitado em optar pela desregulamentação, deslegalização e desconstitucionalização. Afinal, se quanto mais tentam disciplinar e intervir menos conseguem ser eficazes e obter resultados satisfatórios, o que ficou evidenciado desde a crise 'fiscal' e pela crise de 'ingovernabilidade sistêmica' do *Welfare State*, nos anos 80, não lhe resta outra alternativa para preservar sua autoridade funcional: quanto menos disciplinar e intervir, menor será o risco de serem desmoralizados pela inefetividade de seu instrumental regulatório.²¹⁶

Há, ainda, que se destacar o mérito do Judiciário como sinalizador das demandas sociais. A judicialização contribui para a explicitação dos conflitos existentes na sociedade e dá a eles visibilidade. Nesse sentido, o Judiciário permite que se estabeleça, formalmente, um diálogo entre os litigantes. O Judiciário, ademais, proporciona ao indivíduo fácil acesso e resposta direta ao problema colocado, especialmente se comparado com outras instituições.

Além disso, os temas são colocados sob a linguagem do direito. Segundo José Reinaldo de Lima Lopes, esse é um importante passo na direção de se considerar os direitos sociais como direitos propriamente ditos e não como simples concessões ou benefícios dados por um paternal poder (privado ou político).²¹⁷ É praticamente

²¹⁶ FARIA, José Eduardo. *O Poder Judiciário nos universos jurídico e social: esboço para uma discussão de política judicial comparada*. Disponível em: http://www.datavenia.net/opiniaio/2001/Lourival_J_Santos.htm. Acesso em: 25 nov. 2010.

²¹⁷ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Op. cit.* p. 165.

indiscutível na doutrina que o Judiciário teve um papel importante na regulamentação do setor, sendo que muitas das disposições contidas na Lei n. 9.656/98 coadunam-se com a jurisprudência firmada anteriormente no STJ.

CONCLUSÕES

Para concluir o trabalho retomo o início dele. Iniciei a presente pesquisa com o objetivo de verificar empiricamente o modo como os ministros do STJ têm decidido questões envolvendo a ampliação da cobertura contratual em planos de saúde, como meio para testar duas hipóteses: *(i) os juízes tendem a agir de maneira voluntarista privilegiando a parte menos favorecida economicamente nos litígios que tratam de relações contratuais; e (ii) os juízes, de um modo geral, não levam em conta o conteúdo econômico do contrato em suas decisões, tampouco os efeitos socioeconômicos que podem ser por elas produzidos, de modo que pode haver efeitos contrários àqueles pretendidos pelos juízes, isto é, regressivos.*

Cabe reforçar que as hipóteses acima foram trabalhadas no campo das decisões no STJ acerca da ampliação da cobertura contratual em planos de saúde, como delimitado ao longo do trabalho, tendo em vista a impossibilidade fática de proceder a uma pesquisa empírica nos termos gerais contidos nas hipóteses. Dessa forma, as conclusões da presente dissertação devem ser lidas dentro dessas limitações e tidas como um convite ao debate do tema.

Primeiramente, busquei contextualizar o setor da saúde suplementar, traçando suas características e seu histórico até o momento da promulgação da Lei n. 9.656/98, responsável por regulamentar o setor. Após, analisei as bases econômicas e jurídicas sobre as quais sustenta-se o contrato de assistência privada à saúde.

Sob esse panorama, foram apresentados, em seguida, os resultados quantitativos da pesquisa empírica realizada a partir da análise de acórdãos do STJ envolvendo a questão da cobertura contratual dos planos de saúde. Foi, então possível delinear o perfil tanto das demandas que chegam ao STJ como da forma de decidir dos ministros.

Em geral, as ações sobre cobertura contratual são ajuizadas individualmente e têm sua origem nos estados situados entre os mais ricos do país. Elas versam, majoritariamente, sobre planos individuais/familiares contratados antes da entrada em vigor da Lei n. 9.656/98 e pleiteiam, prioritariamente, (i) a cobertura da AIDS e complicações decorrentes

desta, (ii) a cobertura ilimitada de tempo ou valor de internação hospitalar, (iii) a cobertura de doenças preexistentes e (iv) a cobertura de transplantes pelas operadoras.

Os ministros do STJ julgam as referidas demandas, predominantemente, a favor dos usuários dos planos de saúde, lançando mão do Código de Defesa do Consumidor e fundamentando sua decisão, geralmente com base na combinação do argumento de abusividade da cláusula contratual com outro argumento, entre os quais estão: (i) proteção ao direito à vida e/ou à saúde; (ii) operadora não realizou exame pré-admissional e/ou operadora não comprovou má-fé e/ou conhecimento de doença preexistente pelo consumidor; (iii) se há cobertura contratual da doença, não pode haver a exclusão de procedimento; e (iv) cláusula restritiva que atribui vantagem exagerada à operadora. Vale mencionar que argumentos que se referem aos aspectos econômicos dos contratos ou à coletividade envolvida no seguro apareceram, com maior frequência, nos votos divergentes – e vencidos – dos acórdãos.

Após a confirmação de parte das hipóteses de trabalho por meio da análise quantitativa dos acórdãos, passou-se a uma análise qualitativa dos discursos utilizados pelos magistrados, para examinar, criticamente, as falhas ou insuficiências na argumentação dos ministros do STJ e verificar a relação existente entre a forma de decidir dos juízes e possíveis efeitos socioeconômicos apontados pela doutrina econômica e, em especial, pelos estudiosos da análise econômica do direito.

Espero ter demonstrado, então, que as decisões judiciais podem levar a efeitos indesejados, como a redistribuição aleatória de renda, o favorecimento de um indivíduo em prejuízo de uma coletividade e incentivo a condutas oportunistas. Daí, a necessidade de o juiz atentar para aspectos econômicos e consequências em sua decisão. Certo é que, ao fim e ao cabo, alguém pagará a conta da ampliação da cobertura por meio do Judiciário. Cabe analisar de que modo e por quem esse custo social deve ser distribuído.

Creio que não está no setor suplementar da saúde a solução para todos os problemas da saúde (como um todo) no Brasil. É necessário entender a linha que separa os interesses dos consumidores e os interesses das operadoras para que seja possível transpô-la, criando-se uma ponte, um diálogo. O que não se pode fazer é, sob a insígnia da justiça distributiva e da igualdade material na relação contratual, meramente inverter as posições, causando-se

agora prejuízo à parte economicamente favorecida, mas sim seja empreendida uma verdadeira justiça contratual e intentado o equilíbrio entre as partes.

A valorização da análise consequencialista nas decisões judiciais que versam sobre direitos sociais e/ou justiça distributiva pode ser uma forma de aperfeiçoamento das decisões, fazendo com elas se aproximem dos princípios e valores conexos. Para além, pode consolidar a legitimação dos juízes em atuar nesse campo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAHAM, Kenneth S. *Insurance law and regulation: cases and materials*. 4^a ed. New York: Foundation Press, 2005.

ACKERMAN, Bruce. *Regulating slum housing markets on behalf of the poor: of housing codes, housing subsidies and income redistribution policy*. In: *Yale Law Journal*, vol. 80, 1971.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. *Caderno de Informação da Saúde Suplementar – junho/2012*.

_____. *Caderno de Informação da Saúde Suplementar – setembro/2012*.

_____. *Glossário temático: saúde suplementar*. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2009.

_____. *Regulação & saúde: estrutura, evolução e perspectivas da assistência médica suplementar*. Rio de Janeiro: ANS, 2002.

AKERLOF, George A. *The market of “lemons”: quality uncertainty and the market mechanism*. *Quarterly Journal of Economics*, vol. 84, 1970, pp. 488-500.

ALMEIDA, Célia. *O mercado privado de serviços de saúde no Brasil: panorama atual e tendências de assistência médica suplementar*. Brasília: Ipea, 1998.

ALVES, Sandro Leal. *Análise econômica da regulamentação e do setor de planos e seguros de saúde no Brasil*. Rio de Janeiro: FUNENSEG, *Cadernos de Seguros: teses*, v. 9, n. 22, 2004.

_____. *Entre a proteção e a eficiência: Evidências de seleção adversa no mercado brasileiro de saúde suplementar após a regulamentação*. Monografia vencedora na categoria profissional do prêmio SEAE 2007. Brasília: SEAE, 2007.

ALVIM, Pedro. *O contrato de seguro*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*. São Paulo: Renovar, 2001.

ANDRADE, Luciana Pinto de, PÔRTO JÚNIOR, Sabino da Silva. *O problema do risco moral no mercado brasileiro de assistência médica suplementar*. Revista Análise Econômica, Porto Alegre, ano 22, n. 41, março, 2004.

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

ARROW, Kenneth J. *Uncertainty and the welfare economics of medical care*. The American Economic Review, vol. LIII, n. 5, dezembro, 1963, pp. 941-973.

AZEVEDO JÚNIOR, Renato (coord.). *Planos de saúde: nove anos após a lei 9.656/98*. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo e Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, 2007.

BABBIE, Earl R. *The basics of social research*. 3 ed. Wadsworth Publishing, 2004.

BAHIA, Ligia; ALVES, Danielle Conte; BARROSO, André Feijó. *O papel da Justiça nos planos e seguros de saúde no Brasil*. Caderno da Saúde Pública, Rio de Janeiro, vol. 25, fevereiro, 2009, pp. 279-290.

BAHIA, Ligia; SOUZA, Maria Hildete S. C.; VIANNA, Maria Lúcia W.; SCHEFFER, Mario; SALAZAR, Andrea; GROU, Karina B. *A intervenção do Poder Judiciário no setor da saúde suplementar: tutelas antecipadas como instrumento de garantia da assistência à saúde no Brasil*. In: Divulgação em Saúde para Debate: Revista do Centro Brasileiro de Estudos de Saúde. Centro Brasileiro de Estudos de Saúde – CEBES, Rio de Janeiro, n. 37, 2007.

BARRAL, Welber. *Direito e desenvolvimento: um modelo de análise*. In: BARRAL, Welber (org.). *Direito e desenvolvimento: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento*. São Paulo: Editora Singular, 2005.

BARROSO, Luis Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/38245>. Acesso em: 27 out. 2011.

BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf. Acesso em: 03 nov. 2012.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil: comentado*. v. IV, 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

BRINKS, Daniel M. (org.). *Courting social justice: judicial enforcement of social and economics rights in the developing world*. Cambridge University Press, 2008.

BRUNETTE, Lucas. *Assimetria de informação no mercado brasileiro de saúde suplementar: testando a eficiência dos planos de cosseguro*. Dissertação de Mestrado. Escola Superior de Agricultura “Luiz de Queiroz”, Universidade de São Paulo, 2010.

CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. *Tragic choices: the conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources*. W W Norton & Company, 1978.

CALVO, Raúl; VENIER, Carlos. *Racionalidad de las justificaciones consecuencialistas en las decisiones judiciales*. Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, n. 19, outubro, 2003, pp. 156-182.

CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (coord.). *Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

CARVALHO, Eurípedes B.; CECÍLIO, Luiz Carlos O. *A regulamentação do setor de saúde suplementar no Brasil: a reconstrução de uma história de disputas*. Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, vol. 23, 2007.

COASE, Ronald H. *The Firm, the Market, and the Law*. University of Chicago Press, 1988.

CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DA SAÚDE. *Saúde Suplementar*. Brasília: CONASS, vol. 11 (Coleção progestores para entender a gestão do SUS), 2007.

COURTIS, Christian [coord.]. *Observar la ley: ensayo sobre metodologia de la investigación jurídica*. Madrid: Editorial Trotta, 2006.

COUTINHO, Diogo R. *Entre eficiência e equidade: a universalização das telecomunicações em países em desenvolvimento*. Disponível em: <http://www.direitogv.com.br/AppData/Publication/EntreEficienciaEquidadeDiogoCoutinho.pdf>. Acesso em: 28 out. 2009.

_____. *O diálogo caricato entre direito e economia*. In: *Jornal Valor Econômico*. 28/12/2005.

COMPARATO, Fábio Konder. *O seguro de crédito: estudo jurídico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and Economics*. 4ª ed. Boston: Pearson Addison Wesley, 2004.

COURTIS, Christian (coord.). *Observar la ley: ensayo sobre metodologia de la investigación jurídica*. Madrid: Editorial Trotta, 2006.

EPSTEIN, Lee; KING, Gary. *The rules of inference*. *The University of Chicago Law Review*. Chicago, v. 69, n. 01. p. 01-133, 2002a.

FARIA, José Eduardo (org.). *Direito e Justiça: a função social do Judiciário*. São Paulo: Ática, 1989.

_____. *O Poder Judiciário nos universos jurídico e social: esboço para uma discussão de política judicial comparada*. Disponível em: http://www.datavenia.net/opiniaio/2001/Lourival_J_Santos.htm. Acesso em: 25 nov. 2010.

FARINA, Laércio; GUIMARÃES, Denis Alves (coord.). *Concorrência e Regulação no setor de saúde suplementar*. São Paulo: Singular, 2010.

FERJOHN, John. *Judicializng politics, politicizing law*. Law and Contemporary Problems, vol. 65, n. 3. pp. 41-67.

FERRAZ, Octavio Luiz Motta. *Harming the poor through social rigths litigation: lessons from Brazil*. Texas Law Review, vol. 89, 2011, pp. 1643-1668.

FERRAZ, Octavio Luiz Motta e VIEIRA, Fabiola Sulpino. Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/dados/v52n1/v52n1a07.pdf>. Acesso em: 27 out. 2010.

_____. *The right to health, public policies and inequalities in Brazil: equity as the fundamental principle*. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1137872. Acesso em: 27 out. 2010.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 4.ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2003.

FERRÃO, Brisa Lopez de Mello e RIBEIRO, Ivan César. *Os juízes brasileiros favorecem a parte mais fraca?* Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers (University of California, Berkeley), paper 26, 2006.

FRIEDMAN, David D. *Law's order: what economics has to do with law and why it matters?* Disponível em: http://www.daviddfriedman.com/laws_order/. Acesso em: 15 jul. 2009.

GODOY, Márcia Regina. *Regulamentação dos planos de saúde e risco moral: aplicação da regressão quantílica para dados de contagem*. Tese de Doutorado. Faculdade de Economia, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2008.

GOMES, Orlando. *Contrato*. (Atual. Humberto Theodor Júnior). 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume III: contratos e atos unilaterais*. São Paulo: Saraiva, 2004.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

GREGORI, Maria Stella. *Planos de Saúde: a ótica da proteção do consumidor*. 3. ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

GUIMARÃES, André Luiz de Souza; LEAL, Rodrigo Mendes. *Seleção adversa no mercado brasileiro de saúde suplementar após a regulamentação: comentários*. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1271666>. Acesso em: 02 jun. 2011.

HARRISON, Jeffrey L. e THEEUWES, Jules. *Law and economics*. 1.ed. W. W. Norton & Company, 2008.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. W W Norton & Company, 1999.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Contas Regionais do Brasil 2005-2009*.

_____, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios 2008.

KRONMAN, Anthony. *Contract law and distributive justice*. In: Yale Law Journal, vol. 89, 1980.

_____. *Paternalism and the law of contracts*. In: Yale Law Journal, vol. 92, 1983.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos Sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006.

MACCORMICK, Neil. *Legal reasoning and legal theory*. Oxford University Press, 2003.

MACERA, Andrea Pereira; SAINTIVE, Marcelo Barbosa. *O mercado da saúde suplementar no Brasil*. Disponível em: http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/documento_trabalho/2004. Acesso em: 08 jun. 2012.

MAIA, Ana Carolina. *Seleção adversa e risco moral no sistema de saúde brasileiro*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Ciências Econômicas, Universidade Federal de Minas Gerais, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima (org.). *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MARQUES, Cláudia Lima; LOPES, José Reinaldo Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (coord.). *Saúde e responsabilidade: seguros e planos de assistência à saúde*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

MARQUES, Cláudia Lima; SCHMITT, Cristiano Heineck; LOPES, José Reinaldo de Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Saúde e responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MARTINS-COSTA, Judith. *As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico*. Revista de informação legislativa, v.28, n. 112, out./dez., 1991, pp. 13-32.

MATHIS, Klaus (ed.). *Efficiency, Sustainability, and Justice to Future Generations*. Springer, 2011.

MIRANDA, Custodio da Piedade Ubaldino. *Contrato de adesão*. São Paulo: Atlas, 2002.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria dos contratos – novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

NITÃO, Samara Rachel Vieira. *Saúde suplementar no Brasil: um estudo da dinâmica industrial pós-regulamentação*. Dissertação de Mestrado. Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca, Fundação Oswaldo Cruz, 2004.

NORTH, Douglass C. *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge University Press, 2009.

NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE. *Brasil: fortalecendo a governança para o crescimento*. Relatório sobre a reforma regulatória. OCDE, 2008.

OCKÉ-REIS, Carlos Octávio. *Challenges on the Private Health Plans Regulation in Brazil*. Texto para discussão n. 1013, IPEA, Rio de Janeiro, março, 2004. Disponível em: http://www.ans.gov.br/portal/upload/biblioteca/Artigo_Challenges.pdf. Acesso em: 30 jun. 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. III, 10ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

PIRES, Danielle, da Silva; AGUIAR, Lívia Campos de; SCAFF, Fernando Facury. *A efetivação dos direitos sociais no Brasil: garantias constitucionais de financiamento e judicialização*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

PIRES, Danielle, da Silva; AGUIAR, Lívia Campos de; SOUZA, Jordana Miranda (coord.). *A judicialização da saúde suplementar*. Unimed Belo Horizonte, 2008.

PIRES, Danielle, da Silva; SOUZA, Jordana Miranda (coord.). *A judicialização da saúde suplementar*. Volume II. Unimed Belo Horizonte, 2010.

POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. 5ª edição. Aspen Law & Business, 1998.

_____. *Law, Pragmatism and Democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

_____. *The Economics of Justice*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press. 1983.

REZENDE, Christiane L. e ZYLBERSZTAJN, Decio. *Pacta sunt servanda? O caso dos contratos de soja verde*. p. 29. Disponível em: <http://repositories.cdlib.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1064&context=bple>. Acesso em: 26 out. 2009.

REZENDE, Paulo Roberto Vogel de. *Os contratos de plano de saúde e seu equilíbrio econômico-financeiro: mutualismo, cálculo atuarial e o impacto econômico das decisões judiciais*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito Milton Campos, 2011.

RIBEIRO, Amadeu Carvalhaes. *Direito de seguros: resseguro, seguro direto e distribuição de serviços*. São Paulo: Atlas, 2006.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerias e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

ROPPO, Enzo. *O Contrato*. (Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes.) Coimbra: Almedina, 2009.

ROTHSCHILD, Michael; STIGLITZ, Joseph. *Equilibrium in competitive insurance markets: an essay on the economics of imperfect information*. Quarterly Journal of Economics, vol. 90, 1976, pp. 629–649.

SALAMA, Bruno M. *O que é pesquisa em direito e economia*. Disponível em: <http://www.direitogy.com.br/interna.aspx?PagId=HTKCNKWI&IDCategory=4&IDSubCategory=139>. Acesso em: 21 jul. 2009.

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

SANTOS, Wagner Mello dos. *O poder judiciário como instrumento para a realização dos direitos sociais: utilização de um caso concreto como paradigma*. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/wagner_mello_dos_santos.pdf. Acesso em: 25 out. 2011.

SCAFF, Fernando Facury. *Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos*. Interesse Público, Belo Horizonte, v. 7, n. 32, junho, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1ª edição, 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

SCHEFFER, Mário. *Os planos de saúde nos Tribunais: uma análise das ações judiciais movidas por clientes de planos de saúde, relacionadas a negativas de coberturas assistenciais no Estado de São Paulo*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Medicina, Universidade de São Paulo, 2006.

SCHMITT, Cristiano Heineck. *Cláusulas abusivas nas relações de consumo*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

SCHULMANM, Gabriel. *Direito fundamental no plano de saúde: do contrato clássico à contratualidade contemporânea*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, 2009.

SCHULTZ, Elza Maria Santos. *Avaliação microeconômica do aumento dos gastos nas empresas brasileiras de saúde suplementar – período de 2000 a 2009*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Ciências Econômicas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2010.

SEN, Amartya Kumar. *The discipline of cost – benefit analysis*. Journal of Legal Studies, vol. 29, junho, 2000, pp. 931-952.

SHAVELL, Steven. *Foundations of economic analysis of law*. Harvard University Press, 2004.

STANCIOLI, Anderson Eduardo. *Incentivos e risco moral nos planos de saúde no Brasil*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e a função social*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TIMM, Luciano Benetti. “Descodificação, constitucionalização e reprivatização no direito privado: o código civil ainda é útil?” The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies, vol 3, issue 1, article 1, 2008.

_____. *Direito, economia e a função social do contrato: em busca dos verdadeiros interesses coletivos protegíveis no mercado de crédito*. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, vol. 3, 2006, pp.15-31.

_____ (org.). *Direito e Economia*. 2ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

TZIRULNIK, Ernesto. *Apontamentos sobre a operação de seguros*. Disponível em: <http://www.ibds.com.br/textos/ApontamentosSobreaOperacaodeSeguros.pdf>. Acesso em: 14 out. 2012.

TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz Bezerra; PIMENTEL, Ayrton. *O contrato de seguro: de acordo com o novo código civil brasileiro*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

OLIVEIRA, Luciano. *Não fale do Código Hamurábi! A pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em Direito*. Disponível em:

http://moodle.stoa.usp.br/file.php/491/OLIVEIRA_Luciano_.Nao_fale_do_codigo_de_Hamurabi.pdf. Acesso em: 03 abr. 2011.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. *A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil: o processo judicial no pós-1998*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2006.

VIVANTE, Cesare. *Instituições de Direito Comercial* (trad. J. Alves de Sá sobre a décima edição). Lisboa: A. M. Teixeira.

WANG, Daniel Wei Liang. *Poder Judiciário e participação democrática nas políticas públicas de saúde*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2009.

_____. *Escassez de recursos custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF*. Revista Direito GV, n. 8, jul-dez, 2008.

YOSHINAGA, Juliana Yumi. *Judicialização do direito à saúde: a experiência do Estado de São Paulo na adoção de estratégias judiciais e extrajudiciais para lidar com esta realidade*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Salvador, vol. 24, dez/jan/fev, 2011.

ZANITELLI, Leandro Martins. *Efeitos distributivos da regulação dos planos de saúde*. In: Revista Direito GV, vol. 3, n. 1, 2007.

ZYLBERSZTAJN, Decio e SZTAJN, Rachel. *Direito e Economia – Análise Econômica do Direito das Organizações*. 2. reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

Legislação

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

BRASIL. Lei Federal n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002: Código Civil.

BRASIL. Lei Federal n. 4.657, de 4 de setembro de 1942: Lei de Introdução à Norma do Direito Brasileiro.

BRASIL. Lei Federal n. 8.078, de 11 de setembro de 1990: Código de Defesa do Consumidor.

BRASIL. Lei Federal n. 9.656, de 3 de junho de 1988: dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde.

BRASIL. Lei Federal n. 5.764, de 16 de dezembro de 1971: define a política nacional de cooperativismo, institui o regime jurídico das sociedades cooperativas e dá outras providências.

BRASIL. Lei Federal n. 10.185, de 12 de fevereiro de 2001: dispõe sobre a especialização das sociedades seguradoras em planos privados de assistência à saúde e dá outras providências.

BRASIL. Lei Federal n. 6.839, de 30 de outubro de 1980: dispõe sobre o registro de empresas nas entidades fiscalizadoras do exercício de profissões.

BRASIL. Decreto-Lei n. 73, de 21 de novembro de 1966: dispõe sobre o Sistema Nacional de Seguros Privados, regula as operações de seguros e resseguros e dá outras providências.

APÊNDICE A – QUESTIONÁRIO APLICADO NA ANÁLISE DAS DECISÕES JUDICIAIS

1. Número do Acórdão	Número: _____
2. Data do julgamento	_____/_____/_____
3. Turma ou Seção julgadora no STJ	<input type="checkbox"/> 3.1. Terceira Turma <input type="checkbox"/> 3.2. Quarta Turma <input type="checkbox"/> 3.3. Segunda Seção
4. Ministro Relator	_____
5. Tribunal de 2ª instância	_____
6. Titularidade da ação judicial	<input type="checkbox"/> 6.1. Individual <input type="checkbox"/> 6.2. Coletiva
7. Operadora	7.1. Nome: _____ 7.2. Posição da operadora: <input type="checkbox"/> Recorrente <input type="checkbox"/> Recorrida
8. Forma de contratação do plano	<input type="checkbox"/> 8.1. Individual/Familiar <input type="checkbox"/> 8.2. Coletivo <input type="checkbox"/> Não informado
9. Data da contratação do plano	<input type="checkbox"/> 9.1. Anterior a 01/01/1999 <input type="checkbox"/> 9.2. Posterior a 02/01/1999 <input type="checkbox"/> Não informado
10. Qual a demanda de cobertura citada no acórdão?	_____ <input type="checkbox"/> Não informado
11. O contrato possuía cláusula expressa de exclusão ou limitação de cobertura?	<input type="checkbox"/> 11.1. Sim <input type="checkbox"/> 11.2. Não <input type="checkbox"/> Não informado
12. Resultado no STJ	<input type="checkbox"/> 12.1. Recurso conhecido <input type="checkbox"/> 12.1.1. Favorável ao usuário <input type="checkbox"/> 12.1.2. Favorável à operadora <input type="checkbox"/> 12.2. Recurso não conhecido <input type="checkbox"/> 12.2.1. Mantida decisão favorável ao usuário <input type="checkbox"/> 12.2.2. Mantida decisão favorável à operadora
13. Resultado em 2ª instância	<input type="checkbox"/> 13.1. Favorável ao usuário <input type="checkbox"/> 13.2. Favorável à operadora
14. Resultado em 1ª instância	<input type="checkbox"/> 14.1. Favorável ao usuário <input type="checkbox"/> 14.2. Favorável à operadora
15. Principal legislação citada	<input type="checkbox"/> 15.1. CF <input type="checkbox"/> 15.2. CC <input type="checkbox"/> 15.3. CDC <input type="checkbox"/> 15.4. Lei n. 9.656/98 <input type="checkbox"/> 15.5. Outra. Qual? _____ <input type="checkbox"/> 15.6. Não informado
16. Foram citados precedentes jurisprudenciais na decisão?	<input type="checkbox"/> 16.1. Sim <input type="checkbox"/> 16.2. Não

<p>17. Argumentação da decisão (favorável ao usuário)</p>	<ul style="list-style-type: none"> <input type="checkbox"/> 17.1. Proteção ao direito à vida e/ou à saúde <input type="checkbox"/> 17.2. Interpretação de cláusulas contratuais de maneira mais favorável ao consumidor <input type="checkbox"/> 17.3. Cláusula limitativa de direito não redigida de forma clara ou em destaque <input type="checkbox"/> 17.4. Cláusula abusiva <input type="checkbox"/> 17.5. Cláusula restritiva que atribui vantagem exagerada à operadora <input type="checkbox"/> 17.6. O usuário não tem compreensão exata do significado ou da extensão da cláusula <input type="checkbox"/> 17.7. Operadora não realizou exame pré-admissional / Operadora não comprovou má-fé e/ou conhecimento de doença preexistente pelo consumidor <input type="checkbox"/> 17.8. Se há cobertura contratual da doença, não pode haver a exclusão de procedimento <input type="checkbox"/> 17.9. Procedimento é tratamento pós-cirúrgico, e não tratamento autônomo <input type="checkbox"/> 17.10. Intervenção cirúrgica não é para fim estético <input type="checkbox"/> 17.11. Progressos tecnológicos justificam a cobertura <input type="checkbox"/> 17.12. Acessório à cirurgia autorizada <input type="checkbox"/> 17.13. Contrato de trato sucessivo <input type="checkbox"/> 17.14. Particular que presta assistência à saúde possui os mesmos deveres que o Estado <input type="checkbox"/> 17.15. A decisão sobre o procedimento cabe exclusivamente ao médico / O conselho técnico da operadora não é competente para excluir procedimento e/ou material <input type="checkbox"/> 17.16. Súmulas n. 5 e/ou 7 do STJ <input type="checkbox"/> 17.17. Outras. Quais? _____
<p>18. Argumentação da decisão (favorável à operadora)</p>	<ul style="list-style-type: none"> <input type="checkbox"/> 18.1. A saúde integral é dever do Estado <input type="checkbox"/> 18.2. Cláusulas limitativas expressas e em destaque <input type="checkbox"/> 18.3. A Lei n. 9.656 permite a exclusão <input type="checkbox"/> 18.4. Médico e/ou hospital não credenciado <input type="checkbox"/> 18.5. Cirurgia para fim estético <input type="checkbox"/> 18.6. É necessário manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato <input type="checkbox"/> 18.7. Vantagem excessiva ao usuário / Enriquecimento ilícito do usuário <input type="checkbox"/> 18.8. Prejuízo aos demais usuários <input type="checkbox"/> 18.9. Súmulas n. 5 e/ou 7 do STJ <input type="checkbox"/> 18.10. Outras. Quais? _____

19. O ministro faz qualquer menção à coletividade dos usuários e/ou aos efeitos coletivos que a demanda individual poderá causar?	<input type="checkbox"/> 19.1. Sim <input type="checkbox"/> 19.2. Não <input type="checkbox"/> 19.2. Não informado
--	--

APÊNDICE B – RELAÇÃO DOS ACÓRDÃOS DO STJ ANALISADOS

#	Número do Acórdão	Data de Julgamento
1.	Recurso Especial n. 1.189.023/SP	29/09/2010
2.	Recurso Especial n. 714.138/SC	24/08/2010
3.	Recurso Especial n. 650.040/SP	22/06/2010
4.	Agravo de Instrumento n. 1.250.819/PR	04/05/2010
5.	Recurso Especial n. 811.867/SP	13/04/2010
6.	Agravo de Instrumento n. 1.088.331/DF	18/03/2010
7.	Recurso Especial n. 1.136.475/RS	04/03/2010
8.	Recurso Especial n. 613.775/BA	04/03/2010
9.	Recurso Especial n. 700.100/RS	04/03/2010
10.	Recurso Especial n. 535.447/RS	09/02/2010
11.	Recurso Especial n. 1.053.810/SP	17/12/2009
12.	Recurso Especial n. 1.106.789/RJ	15/10/2009
13.	Recurso Especial n. 851.287/SP	01/10/2009
14.	Recurso Especial n. 361.415/RS	02/06/2009
15.	Recurso Especial n. 1.080.973/SP	09/12/2008
16.	Agravo de Instrumento n. 1.066.718/GO	14/10/2008
17.	Recurso Especial n. 183.719/SP	18/09/2009
18.	Recurso Especial n. 1.046.355/RJ	15/05/2008
19.	Recurso Especial n. 1.011.331/RJ	17/04/2008
20.	Recurso Especial n. 952.144/SP	17/03/2008
21.	Recurso Especial n. 986.947/RN	11/03/2008
22.	Recurso Especial n. 735.168/RJ	11/03/2008
23.	Recurso Especial n. 918.392/RN	11/03/2008
24.	Recurso Especial n. 538.279/SP	11/03/2008
25.	Recurso Especial n. 853.850/RS	14/02/2008
26.	Agravo de Instrumento n. 973.265/SP	12/02/2008
27.	Recurso Especial n. 942.209/PR	04/12/2007
28.	Agravo de Instrumento n. 784.310/RS	09/08/2007
29.	Recurso Especial n. 550.501/SP	24/04/2007
30.	Recurso Especial n. 668.216/SP	15/03/2007
31.	Agravo de Instrumento n.749.147/RS	06/02/2007
32.	Recurso Especial n. 896.247/RJ	21/11/2006
33.	Recurso Especial n. 378.863/SP	21/02/2006
34.	Recurso Especial n. 635.975/SP	13/12/2005
35.	Recurso Especial n. 609.372/RS	23/11/2005
36.	Recurso Especial n. 601.287/RS	07/12/2004
37.	Recurso Especial n. 617.239/MG	14/09/2004
38.	Recurso Especial n. 443.672/SP	29/06/2004
39.	Recurso Especial n. 263.564/SP	27/04/2004
40.	Recurso Especial n. 402.727/SP	09/12/2003
41.	Recurso Especial n. 265.872/SP	18/09/2003
42.	Recurso Especial n. 519.940/SP	17/06/2003
43.	Agravo de Instrumento n. 452.466/SP	27/05/2003

44.	Recurso Especial n. 334.258/RJ	13/05/2003
45.	Recurso Especial n. 435.241/SP	01/04/2003
46.	Recurso Especial n. 222.148/SP	01/04/2003
47.	Recurso Especial n. 439.410/SP	10/12/2002
48.	Recurso Especial n. 459.915/SP	06/12/2002
49.	Recurso Especial n. 319.707/SP	07/11/2002
50.	Recurso Especial n. 304.326/SP	24/09/2002
51.	Agravo de Instrumento n. 311.830/SP	26/02/2002
52.	Recurso Especial n. 305.684/RJ	04/12/2001
53.	Recurso Especial n. 264.562/SE	12/06/2001
54.	Recurso Especial n. 234.219/SP	15/05/2001
55.	Recurso Especial n. 311.509/SP	03/05/2001
56.	Recurso Especial n. 255.065/RS	05/04/2001
57.	Agravo de Instrumento n. 340.706/SP	01/03/2001
58.	Recurso Especial n. 251.024/SP	27/09/2000
59.	Recurso Especial n. 240.097/SP	08/08/2000
60.	Recurso Especial n. 244.841/SP	03/08/2000
61.	Recurso Especial n. 242.550/SP	02/03/2000
62.	Recurso Especial n. 206.369/SP	10/12/1999
63.	Recurso Especial n. 299.078/SP	09/11/1999
64.	Recurso Especial n. 160.307/SP	16/03/1999