

## SEGUROS E PLANOS DE SAÚDE: A SUSTENTABILIDADE, A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR E O RESPEITO AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

INSURANCE AND HEALTH PLANS: SUSTAINABILITY,  
CONSUMER PROTECTION AND RESPECT FOR PERSONALITY  
RIGHTS

SEGUROS Y PLANES DE SALUD: LA SUSTENTABILIDAD, LA  
PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR Y EL RESPETO A LOS  
DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

\* Doutor e Mestre em Direito, Economista (Especialista em Teoria Econômica) e Pedagogo. Pós-doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – Portugal - FDUL. Professor no Programa de direito mestrado e doutorado da Universidade Cesumar - UniCesumar, Maringá, PR, Brasil.

Oscar Ivan Prux\*

**SUMÁRIO:** *Introdução e considerações iniciais; 2 Características peculiares desse mercado em seus aspectos fáticos, jurídicos, econômicos e as posições e interesses (alinhados ou dissonantes) de seus partícipes; 3 O tipo de contrato e a proteção do usuário – direito do consumidor e direitos da personalidade; 4 Os problemas mais graves no segmento de seguros e planos de saúde; 5 Sustentabilidade e proposição de alternativas para um novo modelo; 6 Considerações conclusivas; Referências.*

**RESUMO:** O presente trabalho apresenta e analisa elementos, características e principais aspectos dos seguros e planos de saúde, com especial atenção às questões que envolvem o mercado da saúde suplementar. Nesse desiderato, foca nos posicionamentos, direitos e deveres dos partícipes dessas relações contratuais de consumo, as quais envolvem, dentre outros, a cadeia de fornecimento e os consumidores destinatários finais dos serviços (em torno de ¼ da população brasileira possui algum contrato desse tipo). Considerando questões empresariais e laborando com concepções de ordem jurídica e econômica, enfoca em especial nesses negócios jurídicos, o respeito aos direitos da personalidade e a proteção do consumidor. E, complementando, expressa considerações e sugestões visando contribuir doutrinariamente para as possíveis soluções voltadas ao objetivo da sustentabilidade e melhora do setor.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos da personalidade; Proteção do consumidor; Relações de consumo; Seguros e planos de saúde; Sustentabilidade.

**ABSTRACT:** This paper presents and analyzes elements, characteristics and main aspects of insurance and health plans, especially the issues of market that exists in this segment. In this regard, it addresses the characteristics of these contracts, the rights and duties of the participants in these consumer relations, including characteristics and aspects related to the supply chain and the final consumers of the services (around ¼ of the Brazilian population has such a contract) . Working with legal and economic conceptions, this study not only analyzes the main problems that affect the sector, involving business issues, regulation, reasons that lead to the phenomenon of judicialization, but also the protection of consumers, including personality rights. And, complementing, it

expresses considerations and suggestions aiming to contribute doctrinally to the possible solutions pointing to the objective of sustainability and improvement of the sector.

**KEY WORDS:** Consumer Protection; Consumer Relations; Insurance and health plans; Rights of the personality; Sustainability.

**RESUMEN:** En el presente estudio se presenta y analiza elementos, características y principales aspectos de los seguros y planes de salud, con especial atención a las cuestiones abarcando el mercado de la salud suplementar. En ese objetivo, se enfoca en los posicionamientos, derechos y deberes de los participantes de esas relaciones contractuales de consumo, las cuales abarcan, entre otros, la cadena de fornecimiento y los consumidores destinatarios finales de los servicios (alrededor de  $\frac{1}{4}$  de la población brasileña poseen algún contrato de ese tipo). Considerando cuestiones empresariales y laborando con concepciones de orden jurídica y económica, enfoca en especial en esos negocios jurídicos, el respeto a los derechos de la personalidad y la protección del consumidor. Y, complementando, expresa consideraciones y sugerencias con el objetivo de contribuir doctrinariamente a las posibles soluciones volcadas al objetivo de la sustentabilidad y mejora del sector.

**PALABRAS CLAVE:** Derechos de la personalidad; Protección del Consumidor; Relaciones de consumo; Seguros y planes de salud; Sustentabilidad.

## INTRODUÇÃO E CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A temática que envolve seguros e planos de saúde se revela naturalmente instigante em razão da sua importância e pelas contingências da conjuntura instaurada em nosso país nessa área, de modo que será o foco deste nosso trabalho.

Iniciamos mencionando que Constituição Federal brasileira (arts. 197 e 199), que prevê a coexistência envolvendo a saúde pública (estatal) e a saúde prestada pela iniciativa privada (saúde suplementar). A primeira por dever ínsito de solidariedade social (a razão de existência do Estado é o atendimento ao ser humano) e, a segunda, consoante princípios da ordem econômica, incluindo a livre iniciativa. Entretanto, os dois sistemas (público e privado) não se complementam adequadamente<sup>1</sup>, posto que seus modelos não foram projetados para um funcionamento integrado e suficiente apto para propiciar melhores vantagens para a saúde das pessoas.

Na realidade brasileira é notório que esse atendimento quando fornecido pelo Estado (serviço *uti universi* que está alheio ao objeto de nossa análise neste trabalho) não é o preferido pelos pacientes<sup>2</sup>, o que incentiva a existência de significativo mercado de seguros e planos de saúde. E que, muito embora se trate de sistemas distintos (um público atrelado à universalidade e integralidade do atendimento, outro privado vinculado a contrato), na prática, há inevitável correlação entre ambos, posto que o padrão de qualidade e os problemas de um, naturalmente, provocam reflexos no outro.

O setor de seguros e os planos de saúde (que é o objeto deste trabalho<sup>3</sup>) apresenta questões complexas que, como detalharemos mais à frente, afetam ao cumprimento adequado dos contratos firmados para atendimento das expectativas legítimas dos consumidores. Sendo que também incluiremos, aspectos como o elevado número de conflitos judicializados e outros relacionados ao desenvolvimento e à sustentabilidade do próprio segmento.

Deste modo, faremos estudo em parte de caráter exploratório e no exame dos principais aspectos desse segmento suplementar em que atua a iniciativa privada, optando pela utilização dos métodos dedutivo e indutivo conforme oportunos. Objetivamente, laborando com revisão do encontrado em pesquisas bibliográficas, incluindo legislação, doutrina e menções específicas a decisões jurisprudenciais relacionadas ao tema. E no tocante a aspectos fáticos, com dados informados publicamente por órgãos estatais (e, eventualmente, também privados), os quais são aproveitados para, mediante análises, extrair conclusões. Assim, a abordagem será dividida em apresentação das características desse mercado e seus envolvimentos, os interesses dos partícipes dele (que embora se tratando de saúde não são exatamente iguais), o tipo de contrato e a respectiva repercussão na proteção do consumidor nele envolvido e, indo além, os problemas mais graves encontrados no setor. Em complemento, propõe-se deixar expressas algumas proposições que possam representar alternativas de aperfeiçoamento.

A relevância do tema sobressai, tanto por conta da dimensão econômica envolvida em milhões de contratos, quanto pela peculiaridade de que se está a tratar de um segmento com características muito específicas e de ordem multidisciplinar (incluindo, elementos jurídicos e econômicos). Inclusive, importante atentar que a prática desses contratos envolve uma escala de valores constitucionalmente protegidos, em especial, o respeito aos direitos humanos, fundamentais e da personalidade, todos essenciais para as pessoas. Note-se que a proteção do direito à vida é a principal razão de toda ordem estatal e a saúde é indispensável para que essa possa se desenvolver com o devido patamar de qualidade. E tais desideratos (aliados ao equilíbrio e à harmonia nas relações de consumo –

<sup>1</sup> No Brasil, os problemas são tantos nessa área que é comum o dito popular de que: “A saúde está doente!”.

<sup>2</sup> Pesquisa feita pelo Datafolha sob encomenda do Conselho Federal de Medicina – CFM apurou que 54% dos brasileiros avaliam o atendimento público como ruim ou péssimo, 28% como regular e somente 17% como ótimo ou bom. CANCIAN, Natália. Maioria dos brasileiros avalia saúde como ruim ou péssima, diz Datafolha: Para os entrevistados, o tempo de espera é o que mais contribui para os problemas no atendimento. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/06/maioria-dos-brasileiros-avalia-saude-como-ruim-ou-pessima-diz-datafolha.shtml>. Acesso em: 08 ago. 2019.

<sup>3</sup> Observação: neste artigo não será dedicada atenção aos planos exclusivamente odontológicos, ou seja, a abrangência se restringirá aos que envolvem coberturas para atendimentos médicos, hospitalares e laboratoriais.

art. 4º do CDC) somente podem ser atendidos nesses contratos, se o setor estiver competentemente estruturado, mantiver sustentabilidade e funcionar de forma eficaz para atender as partes contratantes e também a função social das contratações. Tanto em tempos de normalidade, quanto em épocas de epidemias<sup>4</sup> e pandemias como a do Covid19<sup>5</sup>, efetivamente a sua importância transcende a estreita dimensão vinculada somente aos contratantes. Vale referir que a maioria dos planos inclui mais de um membro da família e quando o cumprimento do contrato não ocorre a contento, é comum às consequências não ficarem restritas ao usuário, contratante ou não.

Assim, por envolver o que de mais importante existe para a qualidade de vida (no caso, o bem saúde), por si só, esse tipo de contrato justifica análises e, modestamente, que inclusive sejam lançadas reflexões com pretensão de estampar possíveis contribuições válidas para o aperfeiçoamento desse segmento de mercado tão valioso para enorme parcela da população brasileira.

## 2 CARACTERÍSTICAS PECULIARES DESSE MERCADO EM SEUS ASPECTOS FÁTICOS, JURÍDICOS E ECONÔMICOS E AS POSIÇÕES E INTERESSES (ALINHADOS OU DISSONANTES) DE SEUS PARTÍCIPES

Principiemos por destacar que no Brasil, a estrutura da saúde pública (SUS) tem demonstrado ser insuficiente para o nível de demanda por atendimento (o volume de recursos empregados está aquém das necessidades nacionais<sup>6</sup>). Reconhece-se haver nichos de qualidade, mas, em paralelo, é de conhecimento curial as situações deploráveis decorrentes de carências que chegam a agredir aos direitos humanos dos doentes (de inexistência ou demora nos atendimentos, de falta de remédios etc.). Essas carências do SUS incentivam contratações de planos e seguros, sendo que os dois sistemas (o público e o privado) se inter-relacionam (como se fossem “vasos comunicantes”). Deste modo, se o número de contratos privados que em fevereiro de 2020 totalizavam 47.046.729 beneficiários<sup>7</sup> (quase ¼ da população brasileira) se reduzir substancialmente e boa parte desse contingente de pessoas migrar para a utilização do SUS, o já colapsado sistema público brasileiro, naturalmente não conseguirá absorver esse aumento de demanda e haverá caos.

A estruturação do sistema de saúde complementar nos moldes atuais começou com as determinações específicas da lei nº 9.656/1998 e com a posterior criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS (lei nº 9.961/2000). O objetivo sempre foi estabelecer normas para essa área que tem como característica a complexidade nos negócios jurídicos de diversas espécies (coligados ou não) envolvendo os agentes da cadeia de fornecimento e destes com os consumidores. Em especial, têm-se contratos das operadoras com - fornecedores de produtos, no caso, de remédios, órteses, próteses e outros materiais especiais (OPM ou OPME); - envolvendo os reais prestadores diretos dos serviços (médicos, hospitais, clínicas, laboratórios etc.); - os destinatários finais dos serviços, no caso os consumidores (*standards* e/ou equiparados).

Trata-se, portanto, de um setor que no Brasil não é simples. E, conforme se explicitará, afora os fornecedores de OPME e medicamentos de mais avançada tecnologia, os demais participantes desse cenário não demonstram estar

<sup>4</sup> No Brasil já foram constatados graves problemas com elevado número de casos de dengue, H1N1, zika vírus, chicungunya, dentre outras situações alfitivas na área da saúde.

<sup>5</sup> Reflita-se: para superar os problemas deste tempo de crise, como seria útil se no Brasil, o instrumento da convenção coletiva tivesse sido realmente recepcionado nas práticas do mercado de consumo. Juntos, operadoras, prestadores diretos dos serviços e consumidores poderiam estar construindo formas de enfrentar a pandemia. A realidade, entretanto, é que essa tem sido uma oportunidade perdida, ficando tudo ao encargo da regulação e das definições pelo judiciário nos processos.

<sup>6</sup> Ressalte-se que 52,5% de todos os gastos com saúde no país já está sendo efetivado pelo setor privado que atende a 1/4 da população, enquanto apenas 47,5% proveem do Poder Público, que segundo imposição constitucional deve ser o responsável pelos atendimentos para toda a população. GOLDBERG, Simone. Crise afeta saúde pública e privada. Valor Setorial, 28 ago. 2015. Disponível em: <http://www.abramge.com.br/portal/index.php/pt-BR/component/content/article?id=620:crise-afeta-saude-publica-e-privada>. Acesso em: 11 ago. 2016.

<sup>7</sup> BRASIL. ANS. Dados e indicadores do setor. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/numeros-do-setor/5469-planos-de-saude-ans-divulga-numeros-de-fevereiro>. Acesso em: 11 abr. 2020a.

satisfeitos. Como se pode observar nos denominados estudos técnicos da Associação Brasileira de Planos de Saúde – Abramge<sup>8</sup>, as operadoras reclamam das dificuldades econômico-financeiras para equilibrarem suas contas, em razão do constante aumento de gastos para custear os atendimentos, o que na visão delas ocorre por diversos motivos externos<sup>9</sup>, alheios ao seu domínio e sem que tenham forma de superar unicamente aprimorando seus modelos de gestão. Por sua vez, não é inusitado saber que muitos prestadores diretos dos serviços (médicos, hospitais, laboratórios etc.) se mostram insatisfeitos<sup>10</sup> com a diminuição dos valores relativos que as operadoras pagam pelos serviços, algo que pode ser constatado pelo fato de muitos profissionais qualificados se descredenciarem e, principalmente, por na marcação da data da consulta, derem prioridade para atendimentos pagos com recursos particulares. Inclusive, tal procedimento levou a ANS a editar a resolução normativa RN nº 259, para coibir esse tipo de desvio procedimental<sup>11</sup>. E, quanto aos usuários destinatários finais desses atendimentos (consumidores), conforme demonstram os números de reclamações extrajudiciais<sup>12</sup> e de ações judiciais, sobejam queixas por falta da devida cobertura para determinados procedimentos, injustificadas rescisões de contratos e aumentos que superam o nível de inflação do restante da economia (e mesmo do segmento saúde), comprometendo parcela maior da renda das famílias ou tornando inviável o acesso a esse tipo de consumo.

Sob o ponto de vista jurídico, desde o primeiro momento se enfatiza que deve haver a preocupação com solução justa para essas situações ensejadoras de reclamações, sejam as centradas nos direitos dos usuários, em especial, os de personalidade, sejam as relacionadas à manutenção da viabilidade empresarial e sustentabilidade do setor no sentido macro<sup>13</sup>. É inafastável o dever de respeitar o princípio da jurisdição e da busca de solução judicial justa para o caso concreto (mediante sentença ou advinda de meios extrajudiciais de composição), mas apenas isso não é suficiente para uma transformação sistêmica, que deve vir amparada no conhecimento de como funciona esse mercado e na indispensável contribuição conjunta de todos aqueles que, de uma forma ou de outra, direta ou indiretamente, se relacionam nesse segmento. Essa, a perspectiva a ser adotada para enfrentamento das questões que surgem em razão de

- a) tratar-se de mercado em que não há encontro entre a oferta e a procura. A demanda pelo atendimento à saúde é espécie de consumo que, basicamente, não depende da vontade do paciente (e nem da empresa seguradora ou operadora) e não pode ser eliminado pela aquisição de outro tipo de consumo de outra ordem. E, de regra, essa demanda não pode ser reprimida ou significativamente postergada, bem como há natural dificuldade de substituição de qualquer tipo de tratamento prescrito como o mais adequado. Inclusive, embora seja obrigatório o consentimento informado, não é frequente os profissionais apresentarem duas ou mais sugestões alternativas para os pacientes escolherem. E, normalmente, o

<sup>8</sup> ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PLANOS DE SAÚDE. Biblioteca Estudo Técnico. Disponível em: <https://abramge.com.br/portal/index.php/pt-BR/biblioteca-abramge/biblioteca-estudo-tecnico>. Acesso em: 11 abr. 2020.

<sup>9</sup> Conforme mais à frente exporemos de forma mais detalhada, essas empresas apontam para causas como: - aumento desproporcional do nível de utilização; - a fixação pela ANS de faixas etárias com limites de preços sem considerar o envelhecimento da população; - necessidade de tratamento de doenças que haviam sido erradicadas e estão de volta ao cenário brasileiro; - exigências dos consumidores por tratamentos não previstos nos instrumentos contratuais ou para que sejam incorporadas novas tecnologias que encarecem os serviços; - utilização desnecessária de procedimentos ou mesmo de desperdícios nos indispensáveis; - efeitos da judicialização de conflitos resultando em liminares satisfativas, sentenças e/ou acórdãos que impõem coberturas que consideram não integrarem suas obrigações contratuais; - excesso de normas impostas pela ANS que geram “engessamento” da liberdade contratual e dispendiosa burocracia para atender a tudo que é exigido para participar desse mercado.

<sup>10</sup> BARBA, Mariana Della. Insatisfeitos, médicos e pacientes criam alternativas a plano de saúde. BBC News Brasil, 7 abr. 2014. Disponível em: [https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/04/140407\\_saude\\_planos\\_mdb\\_dg](https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/04/140407_saude_planos_mdb_dg). Acesso em: 11 abr. 2020.

<sup>11</sup> BRASIL. ANS. Prazos máximos de atendimento. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/planos-de-saude-e-operadoras/espaco-do-consumidor/prazos-maximos-de-atendimento>. Acesso em: 11 abr. 2020b.

<sup>12</sup> O setor de planos de saúde foi o líder de atendimentos (23,8%) no Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC. REVISTA DO IDEC, n. 229, p. 35, mar/abr. 2020.

<sup>13</sup> Será evitada nessa abordagem, uma postura dicotômica ao estilo maniqueísta de adesão ou o apoio à cultura adversarial que está impregnando o setor e o debate que se relaciona a ele. As polarizações ao estilo “nós” (consumidores) contra “eles” (fornecedores) ou de capitalismo dito “selvagem” de fornecedores conflitando entre si ou contra os consumidores, são posturas que nesse caso não trarão boas soluções.

- consumidor consciente não se arrisca em um tratamento diferente do recomendado pelo médico;
- b) ser um setor de concorrência limitada, concorrência esta a ser compreendida em sentido amplo, envolvendo não apenas operadoras, mas todos os agentes do mercado envolvidos nesse contexto. Por exemplo: tanto em termos de equipamentos, quanto em termos de medicamentos (exceto os genéricos), existe a imposição de respeito aos direitos decorrentes da propriedade intelectual das novas tecnologias. Esses fatores interferem para não haver a almejada concorrência perfeita. Em paralelo, observe-se que no Brasil, antes da aprovação da Lei dos Planos de Saúde (lei nº 9.656/98), o setor não mantinha sistematização e estatísticas confiáveis, sendo que conforme o critério adotado (pois cada empresa atuava a sua maneira), as estimativas apontavam números variados de menos de 3 mil até em torno 8 mil pessoas jurídicas que forneciam serviços dessa ordem ou assemelhados. Depois, com as exigências da lei e os reclamos dos consumidores, o setor foi se especializando cada vez mais e o número de operadoras acabou se reduzindo, sendo que em abril de 2020, a ANS indicava haver 731, quantidade muito aquém da registrada no passado<sup>14</sup>. Entretanto, nem todas concorrem diretamente umas com as outras, visto que algumas têm abrangência apenas local (há hospitais que possuem seu próprio plano e atendem apenas em seu estabelecimento), outras regionalmente e há as que atuam em nível nacional, tudo sem contar a segmentação dos tipos de contratos (podendo-se citar os seguros ou planos de saúde, individuais, coletivos, com atendimento hospitalar, ambulatorial e por outras formas de prestação de serviços). Existe também a questão da concentração quando a operadora domina parte significativa da cadeia de fornecimento, sendo proprietária de hospital(ais), clínica(s) e laboratório(s) cujos profissionais que executam os serviços são contratados por ela. E mais, algumas operadoras são cooperativas constituídas por médicos (que além de serem cooperados/proprietários, também são prestadores diretos dos serviços). Outro detalhe: não se pode olvidar as situações em que acontece pouca disponibilidade dos serviços, pois há cidades onde há apenas um hospital ou somente um laboratório que realiza determinado exame ou, ainda, uma única clínica que fornece o tratamento indicado. Todos esses fatores apresentam potencial para restringir a existência de concorrência perfeita e, em certas situações, fazer com que efetivamente seja meramente ilusória. Vale atentar para o fato de que o médico (que, naturalmente, avalia a situação sob sua ótica), além de ter a confiança do paciente, conta com autonomia profissional para recomendar o tratamento que entende adequado, condicionando escolhas por parte não apenas dos usuários dos atendimentos, mas também dos demais partícipes da cadeia de fornecimento;
- c) que quem contrata com o consumidor, no caso, a empresa fornecedora do seguro ou plano de saúde, não é quem pratica diretamente o atendimento médico/hospitalar para a tentativa de cura. Então, a influência da operadora se limita a escolha daqueles que comporão a lista de prestadores credenciados para esses atendimentos/tratamentos, mas sem o domínio de todo o processo de cumprimento do contrato, em especial, pela prática do atendimento específico estar sob o comando do médico assistente e/ou hospital;
- d) nos contratos, quando do atendimento à saúde na prática, a vontade do consumidor tem pouca influência nas decisões mais importantes. Apesar de poder exercer seu direito ao consentimento informado, de fato não é ele quem define o tratamento que o médico deve indicar, já que este último desfruta de autonomia profissional e natural “palavra de autoridade”. O profissional de saúde, portanto, condiciona decisivamente o tipo de serviço (e, indiretamente, influencia na questão dos custos). Tudo além de que, quem contrata e paga o seguro ou plano de saúde pode não ser quem utiliza os serviços, implicando dificuldades para a correta informação, inclusive desde a formulação do contrato;
- e) que o profissional de saúde (exemplo: médico), além de não utilizar do serviço e também não se aproveitar diretamente da cura, em boa parte tem em seu domínio a capacidade de poder gerar a própria renda

<sup>14</sup> BRASIL. ANS. Perfil do setor: dados gerais. Disponível em: [www.ans.gov.br/anstabnet/cgi-bin/tabnet?dados/tabnet\\_03a.def](http://www.ans.gov.br/anstabnet/cgi-bin/tabnet?dados/tabnet_03a.def). Acesso em: 11 abr. 2020c.



(indicando novas consultas ou novos exames e outros procedimentos, utilizando ou não, a denominada medicina defensiva). Esse detalhe que subordina o aspecto econômico do contrato pode influir em questões relacionadas à melhor utilização da capacitação técnica. E, na contraposição, entre o correto exercício profissional e o intento espúrio de priorizar o aumento dos próprios ganhos, entra em cena o dilema ético do profissional, colocando em risco o ideal de, trazendo vantagens para o paciente e a operadora, apontar o melhor tratamento com menor custo. Observe-se que os gastos podem acabar aumentados quando o profissional prescreve tratamentos de menos e assim comete falha técnica que se posteriormente vier a gerar problemas, poderá redundar em agravamento da saúde do paciente e, inclusive, em mais dispêndio de recursos pela operadora. De outro modo, quando pratica a denominada medicina defensiva, com excesso de exames ou tratamentos para o paciente, o profissional faz por expor mais o seu cliente (por exemplo, em exames que utilizam radiação), o que além de prejudicar a saúde deste, causa gastos injustificados que repercutem no aspecto econômico do contrato, tudo também em detrimento direto da seguradora/operadora e indireto da generalidade de consumidores (pelo fenômeno da internalização, pois nos contratos a soma dos custos acaba repassada para preços)<sup>15</sup>. Importante salientar que o fato de, em considerável número de situações, os efetivos prestadores dos serviços poderem gerar a própria demanda, naturalmente não deve ser suficiente para que se generalize a imputação de desonestidade. Porém, principalmente na realidade brasileira, não há como ignorar certas situações de clara mercantilização da medicina. Inclusive, são conhecidos casos de hospitais que adotam critérios para aumentar proporcionalmente os pagamentos dos profissionais mediante estratégias que premiam médicos que, por sistema privado, internam mais pacientes em suas instalações e/ou que indicam/solicitam mais procedimentos (incluindo exames em laboratório próprio da unidade)<sup>16</sup>, concedendo-lhes benefícios financeiros (ou até prioridade para utilização do centro cirúrgico)<sup>17</sup>. Em certos aspectos, o sistema é tão distorcido que, citando-se apenas um dos exemplos dentre os muitos que poderiam ser escolhidos, observe-se que no Brasil, o número de cirurgias cesarianas é muito superior ao da média mundial<sup>18</sup> (nos seguros e planos de saúde as cesarianas normalmente geram remuneração melhor para os médicos, do que em partos normais que lhes ocupam por muito mais horas de trabalho; e estes profissionais não são pagos por hora de disponibilidade). Outro detalhe: a já referida medicina defensiva consistente em mais exames e procedimentos representa instrumento de autoproteção para o médico (inclusive de transferência

<sup>15</sup> No mercado nacional, grandes operadoras, ou são ligadas a conglomerados bancários/financeiros ou são cooperativas constituídas por médicos (que são isoladas enquanto pessoas jurídicas, mas normalmente atuam em sistema integrado). Essas empresas costumam contar regularmente com auditores na tarefa de avaliar o que é recomendado pelo profissional (médico) que atende ao paciente e não liberar a cobertura de prescrições inapropriadas. Entretanto, nas situações de atendimento com procedimentos indevidos, além do Código de Ética Médica proteger a autonomia do médico, às primeiras se mantém um tanto distanciadadas desses profissionais e de outros prestadores dos serviços (pois todos são executados sem vínculo de subordinação). Já nas segundas, tendo em vista que o médico ostenta dúplice posição (de prestador do serviço e de cooperado que é um dos donos da empresa), costuma haver certa passividade e mesmo reticência em tomar providências para evitar esses casos e, mais ainda, em aplicar sanções efetivas aos que são inclusive reincidentes nas práticas não corretas de prescrever o que não seja necessário. Ou seja, quando os referidos profissionais procedem de forma incorreta, é comum as operadoras não exercerem suas prerrogativas contratuais específicas para evitar o descumprimento de deveres e mesmo não tomarem qualquer providência disciplinar contra o faltoso. No máximo, ocorre a simples negatividade de cobertura, sendo que, frequentemente, o usuário ingressa na Justiça para requerer a liberação/cobertura do procedimento, tudo sem qualquer exame complementar ou terceira opinião de profissional isento.

<sup>16</sup> Instigante reflexão foi feita na Revista Super Interessante a respeito da própria estrutura do sistema de saúde incentivar procedimentos. No Brasil não se tem estatísticas precisas quando a esta questão, mas a referida publicação menciona que uma investigação do jornal USA Today feita em 2012, analisou prontuários de milhares de pessoas e concluiu que 20% das cirurgias realizadas eram desnecessárias (principalmente em áreas como ortopedia e cardiologia, que são bastante encarecidas). Também que estudo da American Board of Internal Medicine chegou à conclusão de que 30% dos gastos em saúde são em procedimentos desnecessários. E, em complemento, que no Brasil, o Hospital Albert Einstein criou o Projeto Coluna, em que os médicos oferecem uma segunda opinião para doentes aos quais foi recomendada pelo médico assistente uma cirurgia, sendo que depois dessa nova análise, 60% destes pacientes acaba desistindo desse procedimento. REVISTA SUPER INTERESSANTE, ed. 358, p. 26, mar., 2016.

<sup>17</sup> JORNAL FOLHA DE SÃO PAULO, secção “saúde + ciência”, p. B8, 26 fev., 2017a.

<sup>18</sup> Segundo o IDEC (Instituto de Defesa do Consumidor) uma das mais atuantes e tradicionais entidades que se dedicam as questões de direito do consumidor, em 2013, de cada 10 (dez) nascimentos vivos ocorridos na rede privada, 08 (oito) foram por cirurgia denominada de cesariana (84,5% das ocorrências nos planos de saúde), quantidade muito superior à média de 15% considerada como normal pela Organização Mundial de Saúde. Essa anomalia não é obra do acaso, mas algo originado pelo tipo de estrutura do sistema e sua fiscalização. E o resultado final é a multiplicação de gastos desnecessários e geração de riscos inúteis à saúde da parturiente (triplicando o de morte), além de aumentar em 120 vezes a probabilidade de problemas respiratórios no bebê. REVISTA DO IDEC, n. 211, p. 16, mar/abr., 2017.

de responsabilidade) e ainda é comum agradar ao paciente pelo aspecto psicológico de parecer que o profissional está fazendo todo o possível para buscar a mais atualizada e eficiente forma de cura. Entretanto, essa série de procedimentos que pode significar tentador acréscimo nos ganhos para o profissional que se afasta do juramento de Hipócrates, principalmente quando prolonga o tempo de internação do paciente, aumenta os riscos deste contrair alguma infecção hospitalar. Já para o hospital, ter leitos ocupados por pacientes com seguros ou planos de saúde, é melhor do que tê-los vazios ou utilizados por pacientes do SUS (que, na maioria dos casos, além de pagar menos, costuma ser reincidente em atrasos)<sup>19</sup>. A todo esse contexto se acrescentem os incentivos intrínsecos produzidos pela utilização generalizada no Brasil, do sistema *fee for service* (pagamento por ato), posto ser muito difícil que todos os profissionais fornecedores que efetiva e diretamente realizam os serviços médicos/hospitalares, espontaneamente se sintam suficientemente motivados/incentivados para a redução do número de tratamentos/atendimentos e respectivos custos. Em benefício de todos os envolvidos, urge, portanto, a adoção de instrumentos eficazes para melhorar o sistema;

- f) ter-se a constatação de externalidades que exacerbam os índices de utilização, tais como - o envelhecimento da população (bom para a pessoa, mas encarecedor no tocante aos tratamentos); - no caso brasileiro, os problemas com a infraestrutura de saneamento básico (falta de redes de água potável e/ou de esgotos), bem como as questões ligadas as medidas de prevenção contra doenças contagiosas (epidêmicas); - o nível de qualidade do serviço público, elemento que pode reduzir a demanda pela cobertura do seguro ou plano de saúde (se bem que no caso brasileiro, sempre que um contratante é atendido pelo SUS, à operadora tem de fazer ressarcimento ao SUS); - os fatores de risco como tabagismo, alcoolismo, consumo de drogas, sedentarismo, obesidade etc.; - o aspecto cultural relacionado à falta de procura para exames preventivos, vacinas ou de busca tempestiva de tratamento a partir da manifestação dos primeiros sintomas da doença; - a automedicação, principalmente com antibióticos; - e, outros hábitos prejudiciais à saúde como viciar-se em jogos eletrônicos, alimentar-se mal etc. E, como fatores positivos que, inclusive, já começaram a ser incentivados por projetos e programas das operadoras: - a educação para a prevenção em prol da saúde; - escolhas para melhor alimentação; - hábitos saudáveis como fazer exercícios, dormir o número de horas necessárias; - não manter-se demasiadamente ligado a ecrãs (telas de computador, tablets ou celular); - evitar realizar, desprotegido, quaisquer atividades insalúbres ou que provoquem lesões por esforço repetitivo; - e, cuidados com a prevenção, incluindo a vacinação e demais providências que contribuem para uma vida mais saudável. Todos esses fatores impactam a sinistralidade e de alguma forma afetam o desenvolvimento do contrato;
- g) existe aumento constante do preço dos insumos durante o cumprimento do contrato, mais especificamente pela adoção de novas tecnologias nos tratamentos. Essas novidades normalmente são de preço mais elevado e afetam as condições econômicas envolvidas na contratação. Esse fator aleatório é recorrente por conta de que a ciência não cessa de proporcionar novas formas de tratamento mais eficazes e, saliente-se, o consumidor tem uma expectativa natural de ser sempre tratado com a melhor técnica (de última geração ou a reconhecida como mais eficaz). Aliás, é muito importante referir que nesse setor pautado na mutualidade e equilíbrio, o sistema de preços não acompanha a variação normal nos demais segmentos da economia, sendo comumente superior;
- h) refira-se que fazendo parte desse cenário, existem as empresas denominadas de administradoras de benefícios que, em especial para casos de planos coletivos, se propõem a prestar o serviço de, diretamente em nome das empresas contratantes do plano (e, indiretamente, em nome dos consumidores, no caso os empregados e/ou outros usuários do plano), negociar com as operadoras os reajustes e renovações dos

<sup>19</sup> Segundo pesquisa da Associação Nacional dos Hospitais Privados (ANAHP)10, 93,3% do total da receita dos hospitais filiados em 2016 originaram-se das operadoras de planos de saúde, enquanto esse percentual era de 91,5% em 2014 e 92,4% em 2015. COUTINHO, Carlos Marden Cabral; CIDRÃO, Tais Vasconcelos. Dossiê especial: políticas públicas e o direito à saúde no Brasil: "A regulação da saúde suplementar no Brasil: perspectivas e ameaças". Revista Brasileira de Políticas Públicas: Brazilian Journal of Public Policy, v. 8, n. 3, p. 332, dez., 2018.



contratos. Lamentavelmente nesses casos, a experiência mostra que os resultados não são auspiciosos para as empresas que contratam o plano coletivo e, principalmente, para os consumidores (os aumentos resultantes dessas negociações são estratosféricos). Assim, essas administradoras não passam de mais um tipo de intermediário essencialmente inútil que aumenta custos e não traz bons resultados para aqueles que ela representa na negociação<sup>20</sup>;

- i) ser caracterizadamente intervencionista o modelo brasileiro de regulação. O teor da lei nº 9656/98 demonstra isso, pois prevê para a Agência Nacional de Saúde Suplementar, competência para editar normas e efetivar fiscalizações quanto a: - contratos das operadoras com consumidores e com prestadores diretos dos serviços (§ 1º, do art. 1º), inclusive, quer se referiram a produtos ou serviços, com o poder de fixar para essas contratações, quais conteúdos são obrigatórios e quais são vedados; - obtenção de autorização para comercialização dos produtos/serviços por parte da fornecedora (art. 9º); - impedimento de que a operadora tenha outra atividade, assim como exigências relacionadas a demonstrações financeiras e contínua remessa de informações relativas às suas atividades (art. 25); - fiscalização do cumprimento de obrigações, com a possibilidade de sancionar a operadora com aplicação de elevadas multas (art. 27); - em constatado recorrente inadimplemento de deveres por parte da fornecedora, afastar sua diretoria, instalando regime de direção fiscal ou técnica, sendo que, em casos mais graves, como alternativa derradeira que afeta terrivelmente a operadora e seus contratantes consumidores, determinar a alienação da carteira ou a liquidação extrajudicial (art. 24).

Nesse objetivo, desde sua criação, a ANS já editou mais de cinco centenas de normas, demonstrando prolixidade (a ponto das revisões serem constantes)<sup>21</sup> e sem resultar em estabilidade para o setor.

Vale lembrar, inclusive, que o plano-referência estabelecido pela lei nº 9656/98 impõe a cobertura dos custos dos tratamentos de todas as doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde (elaborada pela Organização Mundial da Saúde). E, em complemento, existe o rol de procedimentos de cobertura obrigatória, atualizado periodicamente pela agência reguladora. Ocorre que, mesmo já transcorridas mais de duas décadas do início da regulação, na prática não há claras definições que provoquem a harmonização entre a legislação regulatória e o Código de Defesa do Consumidor (CDC). O Poder Judiciário ainda debate se o rol de procedimentos é impositivo ou não, sendo que tal circunstância se reflete na segurança jurídica quanto às práticas que envolvem as contratações, as prestações dos serviços e a estabilidade da jurisprudência.

É nesse cenário que se forma uma interação de forças notoriamente singular, de uma variedade e de características dificilmente encontráveis em outros segmentos de mercado. E nele se faz indispensável zelar pela sustentabilidade do setor e, concomitantemente, com elevado grau de importância, assegurar o respeito aos direitos fundamentais e direitos da personalidade dos partícipes dessa conjuntura.

### **3 O TIPO DE CONTRATO E A PROTEÇÃO DO USUÁRIO – DIREITO DO CONSUMIDOR E DIREITOS DA PERSONALIDADE**

Com base na mutualidade, os contratos de seguros e planos de saúde têm como finalidade assegurar o risco. Ou seja, haver a cobertura do tratamento caso o contratante consumidor venha necessitar de serviços quando afetado por doença (se incluem nesse contexto os programas de prevenção praticados pelas operadoras em prol dos usuários dos planos e seguros). O consumidor contratante previne-se para o caso dos custos com o(s) atendimento(s) futuro(s)

<sup>20</sup> Segundo a Associação Nacional de Hospitais Privados – ANAHP, citando como exemplo as negociações de contratos coletivos pela empresa Qualicorp, que administra planos de 2,4 milhões de beneficiários, em 2019, os aumentos ficaram em torno de 20%, superando em aproximadamente três vezes o teto de aumento fixado pela ANS para os planos individuais (5,75%) e em muito mais, o IPCA de 2018 que foi de 3,75%. ANAHP. Planos coletivos e por adesão tiveram reajuste de 20%. O Dia, 12 ago., 2019. Disponível em: <https://www.anahp.com.br/noticias/noticias-do-mercado/planos-coletivos-e-por-adesao-tiveram-reajuste-de-20/>. Acesso em: 11 abr. 2020.

<sup>21</sup> BRASIL. ANS. Agenda regulatória. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/index.php/aans/transparencia-institucional/agenda-regulatoria>. Acesso em: 11 abr. 2020d.

poder(em) estar acima de seus recursos financeiros ou mesmo se este apenas deseja estar seguro de não ter de arcar com o referido encargo, buscando tranquilidade. E uma vez tendo contratado, o usuário tem direito a ver satisfeita a legítima expectativa que o impeliu para a contratação.

Entretanto, essa questão não é tão simples como alertam as juristas Janaína Machado Sturza e Carolina Andrade Barriquello<sup>22</sup>, quando referem:

Portanto, percebe-se que o atual modelo de saúde, com altos custos não tem promovido a inclusão e equidade dos cidadãos, mas pelo contrário, como mencionado anteriormente, sua exclusão e diferenciação de acordo com a renda. É necessário que se promova um atendimento humanizado e inclusivo, como é direito de todo cidadão. É nesse sentido que se faz necessária a reflexão sobre o consumo da saúde, com gastos cada vez mais elevados que vão de encontro aos recursos financeiros reduzidos, o que torna necessário que os cidadãos tenham seus direitos garantidos, mas não sejam vistos meramente como consumidores de saúde, a fim de que consigam atingir esse direito de forma mais plena e efetiva, garantindo-se, assim, melhor qualidade de vida à população.

Em uma visão mais plena, o sistema que deve estar organizado de forma que o contrato seja apto para atender ao que foi prometido para o consumidor quando da contratação, mantida a viabilidade da operadora competente e a sustentabilidade do segmento como um todo para que não se deteriore prejudicando a todos os envolvidos.

Note-se que o risco é elemento típico desse tipo de contrato (o surgimento de doença é evento incerto e imponderável) e por isso o consumidor deseja estar com proteção assegurada pela contratação. Por esse fator, os seguros e planos de saúde possuem a peculiar característica de serem **contratos cativos de longa duração**. Ou seja, aqueles em que, por ser um serviço que precisa essencialmente, o consumidor ingressa na contratação com intenção de nela manter-se por longo tempo (quixá enquanto puder pagar ao longo de sua vida), razão pela qual a proteção aos direitos desse contratante devem apresentar uma feição especial, adequada a sua hipervulnerabilidade nessas relações.

200

Em texto no qual inclusive exemplifica fazendo menção aos seguros e planos de saúde, a eminente doutrinadora Cláudia Lima Marques<sup>23</sup> chama a atenção para o fato de que neste tipo de contratação massificada, além da questão do tempo (contratos para a vida), existe nítida standardização acompanhada da posição de dependência do consumidor contratante (papel e função do contrato na sociedade). Então, caracterizam-se por serem contratos diferenciados, insertos numa cadeia de relações jurídicas com elevada complexidade e, pelo tempo de cumprimento, sujeitos as consequências das alterações das condições sociais e mesmo as específicas das partes. E no Brasil, o cenário nessa área foi aos poucos se tornando tormentoso. Basta observar que em 2018, nas ouvidorias das operadoras que prestaram informações à ANS, apesar de não ser esse o canal preferido pelos consumidores, foram registradas 249.927 reclamações<sup>24</sup>, 13,4% a mais que no ano anterior<sup>25</sup>. E tudo isso em plena crise econômica na qual, principalmente em decorrência de desemprego, se reduziu em mais de 3 milhões a quantidade de consumidores com esse tipo de contrato<sup>26</sup>. Essa condição comprova que se trata de números estratosféricos quando comparados aos desse mesmo

<sup>22</sup> STURZA, Janaína Machado; BARRIQUELLO, Carolina Andrade. O reconhecimento da saúde como bem de consumo: outro olhar sobre o direito humano à saúde na sociedade contemporânea. Revista Jurídica Cesumar, v. 18, n. 1, p. 281, jan/abr. 2018. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.17765/2176-9184.2018.v18>. Acesso em: 10 mar. 2020.

<sup>23</sup> MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 97-98.

<sup>24</sup> E houve 146.227 consultas de parte de beneficiários, o que demonstra problemas quanto à informação relativa aos contratos e/ou, por parte destes, falta de confiança na operadora.

<sup>25</sup> BRASIL. ANS. Relatório das ouvidorias 2018 [recurso eletrônico]. Rio de Janeiro: ANS, 2018. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/consumidor/5145-ans-divulga-relatorio-do-atendimento-das-ouvidorias-das-operadoras>. Acesso em: 11 abr. 2020e.

<sup>26</sup> De 50.377.684 beneficiários ao final de 2014 para um total de 47.046.729 beneficiários em abril de 2020. BRASIL. ANS. Dados e indicadores do setor. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/numeros-do-setor/5469-planos-de-saude-ans-divulga-numeros-de-fevereiro>. Acesso em: 11 abr. 2020f.

setor em outros países<sup>27</sup>. E mesmo que se considere ser injustificável alguma parte dessas reclamações, nas demais, considerado o agravamento decorrente da catividade nesses contratos de adesão, existe alta probabilidade de elevado risco a direitos dos consumidores, incluindo alguma espécie de dano aos seus direitos da personalidade, dentre outros, a vida, saúde e dignidade humana.

Em relação à proteção quando aos direitos da personalidade do consumidor contratante, percebe-se a importância de que o conceito de pessoa deixe de ser apenas um sinônimo de capacidade ou personalidade e passe a ser compreendido na sua dimensão existencial concreta<sup>28</sup>.

Por isso, considerando as assimetrias entre fornecedores e consumidores e demais anomalias que podem ser constatadas nesse mercado, sobressai à importância da análise dos principais problemas existentes no segmento. O objetivo reside em tentar que se consiga descortinar aperfeiçoamentos eficientes para propiciar harmonia e equilíbrio nessas relações de consumo (art. 4º do CDC), para que possa se concretizar o cumprimento da função social atribuída para esses contratos. Mas a dimensão dos problemas é nitidamente preocupante.

#### 4 OS PROBLEMAS MAIS GRAVES NO SEGMENTO DE SEGUROS E PLANOS DE SAÚDE

Neste texto já fizemos menções diretas ou indiretas quanto às questões que se revelam **causas**, dentre elas, o “engessamento” empresarial pelo elevado número de normas constantes da regulação e a possibilidade de dar ensejo a falhas na fiscalização<sup>29</sup>, ainda mais diante da desconexão das normas emitidas pela agência e o constante do CDC, fatores que complicam a funcionalidade do sistema e incentivam judicialização dos conflitos (induzindo, tanto custos para cumprir as determinações, quanto de transação). E outras questões que são **consequências**, como a preocupante tendência de desaparecimento da oferta pelas operadoras, de planos individuais e familiares (algumas reduziram, outras suprimiram a comercialização destes por serem submetidos à regulação mais abrangente) e à priorização na oferta de planos coletivos que são menos regulados. Em verdade, os motivos primordiais residem em que a ANS não fixa os índices de reajuste dos planos coletivos, além de não haver para a operadora, obrigação de contratar ou de renovar contratação. Somando esses fatores se percebe a razão pela qual, apesar do alto índice de desemprego e subemprego existente no país, mais de 80% dos planos de saúde são coletivos<sup>30</sup>, ficando os idosos e desempregados quase que totalmente alijados desse mercado. A par disso, dentre outros e sem que estejam por ordem de importância, no setor se destacam ainda, outros problemas como:

- a) a questão da falta de cobertura por parte das operadoras, de procedimentos que representam sua obrigação

<sup>27</sup> Á título de comparação, em Portugal a Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões - ASF divulgou em seu relatório semestral de dados estatísticos que no ramo específico de seguros de saúde, recebeu no primeiro semestre de 2016, um total de 200 reclamações, o que, tendo em vista o número de contratos do segmento (acima de dois milhões) pode ser avaliado como relativamente reduzido, a indicar tratar-se de um setor com considerável grau de estabilidade. ASF. Evolução do número de reclamações e pedidos de esclarecimento dirigidos à Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões 1º Semestre 2016. Disponível em: [http://www.asf.com.pt/NR/rdonlyres/967F0F6A-B321-4178-AC55-101EB532C575/0/SinteseRelat%C3%B3rioReclama%C3%A7%C3%B5es\\_1Sem2016.pdf](http://www.asf.com.pt/NR/rdonlyres/967F0F6A-B321-4178-AC55-101EB532C575/0/SinteseRelat%C3%B3rioReclama%C3%A7%C3%B5es_1Sem2016.pdf). Acesso em: 26 maio 2017.

<sup>28</sup> JABORANDY, Clara Cardoso Machado; GOLDHAR, Tatiane Gonçalves Miranda. A repersonalização do direito civil a partir do Princípio da fraternidade: um novo enfoque para Tutela da personalidade na contemporaneidade. Revista Jurídica Cesumar, [mestrado], maio/ago., v. 18, n. 2, p. 485, 2018. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.17765/2176-9184.2018v18n2>. Acesso em: 11 abr. 2020.

<sup>29</sup> Mencione-se que no sentido de resolver efetivamente os problemas, de pouco ou nada tem valido a Agência Reguladora suspender a comercialização de determinados contratos (enquanto permite à operadora continuar com todos os demais) ou aplicar multas que depois acabam sendo longamente discutidas no Judiciário. Igualmente, tem sido de utilidade bem abaixo do esperado, a promoção de audiências públicas, dentre outras, como as direcionadas para debater questões melindrosas relacionadas ao rol de procedimentos, a sistemática de reajustes e aos mecanismos financeiros de regulação, seja por conta de que, conforme reclamam os que defendem causas consumeristas, as sugestões não são levadas em consideração (seria uma “fala sem voz”), seja devido à atuação da própria Agência estar permanentemente sob questionamentos quanto a sua real independência dos interesses políticos partidários (na nomeação de dirigentes, o denominado “aparelhamento”) e/ou de captura pelos regulados.

<sup>30</sup> BRASIL, 2019a.

contratual. Essa questão é sobremaneira delicada<sup>31</sup>, pois consumeristas entendem que quem assegura cobertura para eventos de saúde, o deve fazer por inteiro<sup>32</sup>. Observe-se, por exemplo, a sentença proferida na Ação Civil Pública nº 0009452-86.2016.403.6100, da 25ª Vara Federal da Subseção Judiciária de São Paulo (Justiça Federal), ação esta, que declarou nula a resolução nº 387/2015 (que substituiu a resolução nº 338/2013) da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) com permissão para que nos contratos exista limite (em 18 anuais) no número de sessões de psicoterapia que a operadora tem de cobrir em seus planos de saúde. Na oportunidade, com fundamentação no princípio da dignidade humana e amparando-se em sua interpretação do CDC, o magistrado fez afirmação que não é singular no Judiciário brasileiro.

[...] Vale dizer, ao oferecer ao consumidor um Plano de Saúde, a operadora já se dispõe, COMO REGRA GERAL, a garantir-lhe assistência financeira, **SEM LIMITES FINANCEIROS**. É o **risco do negócio**.

E esse princípio – da amplitude da garantia – vem delineado no art. 10, de modo a não deixar dúvida de que a cobertura das situações, digamos “normais”, de saúde, isto é, as que não se distinguem pela excepcionalidade ou pela extrema complexidade, deve ser **ILIMITADA**.<sup>33</sup>

Dessa forma, tendo como único requisito à existência de contratação, a partir desta praticamente igualou os deveres de fornecimento pela iniciativa privada, ao que constitucionalmente, cabe ao Estado em sua obrigação de atender na forma integral.

Por isso, de outro lado, as operadoras apontam que mesmo com a recém-mencionada redução do número de beneficiários, o número de atendimentos segue aumentando<sup>34</sup>. Outro detalhe: existe grande probabilidade desse aumento de gastos da saúde privada, também sofrer influência de fatores como a diminuição do padrão de vida da população (o que reflete na piora das condições sociais e na saúde das pessoas) ou até mesmo em razão de manipulação de estatísticas, já que estes números são fornecidos pelas operadoras sem auditoria da ANS ou terceiros confiáveis. Tudo além de eventuais práticas de procedimentos desnecessários ou desperdícios que conforme a economia comportamental, encontram incentivos tácitos no sistema atual, conforme estamos a referir ao longo deste trabalho.

Assim, o essencial é que:

- a) não se permita às operadoras descumprir deveres contratuais (com punições realmente eficazes) e que exista segurança jurídica a definir o que precisa ou não ser coberto como obrigação no contrato. Entenda-se que apego total e sem restrições ao *pacta sunt servanda* não é adequado para esses contratos de adesão que são cativos de longa duração (mesmo com redação aprovada pela agência, pois o tempo altera suas circunstâncias). Todavia, não é aceitável que a incerteza decorrente da subjetividade do intérprete judicial prossiga sendo a tônica nas definições que envolvem direitos e deveres nesse tipo de contratação.

<sup>31</sup> Apenas para referir, em Portugal, para os contratos privados vigora o *pacta sunt servanda* e a liberdade contratual. Já na esfera estatal, contrabalanceando o modelo de seguros praticado pela iniciativa privada, têm-se dois fatores que são: - a qualidade (superior a do SUS brasileiro); - e o previsto no artigo 64º da Constituição, pelo qual a saúde pública é tendencialmente gratuita, podendo ser estabelecidas taxas moderadoras para provocar nos usuários, o sentido de racionalização na utilização de procedimentos. PRUX, Oscar Ivan. Planos e seguros de saúde – Problemática, judicialização e ótica da decisão judicial. Rio de Janeiro: Ed. Processo, 2019. p. 66-84.

<sup>32</sup> Com base nessa concepção de integralidade no atendimento fundamentam-se decisões como, dentre muitas outras, a exarada na Apelação 102.1947-94.2017.8.26.0100, da 2ª Câmara de Direito Privado, TJ/SP, que determinou para uma operadora o pagamento de procedimento denominado reprodução in vitro em favor de uma contratante de plano de saúde, muito embora tal não conste rol de procedimentos obrigatórios editado pela ANS ou memo do contrato. CONSULTOR JURÍDICO. Plano de saúde: pagamento. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/tj-sp-plano-saude-pagamento.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2020.

<sup>33</sup> SÃO PAULO. Poder Judiciário. Justiça Federal. 25ª Vara Cível Federal da Subseção Judiciária de São Paulo. Ação Civil Pública nº 0009452-86.2016.403.6100. Disponível em: [http://publicador.jota.info/wp-content/uploads/2017/07/Sentenca\\_psicoterapia.pdf](http://publicador.jota.info/wp-content/uploads/2017/07/Sentenca_psicoterapia.pdf). Acesso em: 01 ago. 2017.

<sup>34</sup> Por exemplo: houve um aumento 4,1% no número de procedimentos de 2017 (1,51 bilhão) para 2018 (1,57). BRASIL. ANS. Dados e indicadores do setor. Disponível em <http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/numeros-do-setor/5061-em-2018-beneficiarios-de-planos-de-saude-realizaram-1-57-bilhao-de-procedimentos>. Acesso em: 28 jul. 2019.

Enquanto perdurar a regulação nos moldes atuais, cabe que o rol da ANS seja o guia, porém como essa relação não é capaz de incluir detalhamentos todos os tipos de procedimentos existentes (e os que surgem sucessivamente, como no caso emergencial ocasionado pelo Covid19), sejam avaliadas soluções específicas direcionadas exclusivamente para as situações emergenciais. Inclusive, seria oportuno que fosse permitido às operadoras questionarem junto à regulação, no sentido de obterem parecer expresso formalizando se determinado tratamento em específico, se enquadra ou não entre os que lhes cabe arcar, valendo esse posicionamento para todo o setor. Note-se que essa definição poderá ter de passar pelo crivo judicial (mesmo que com alguma inovação processual, permitindo-se ação coletiva ou de repercussão geral de cunho declaratório), mas uma vez consolidada, servindo de diretriz para balizar a solução dos casos concretos de mesmo tipo. Tanto as operadoras precisam de segurança jurídica, quanto e principalmente, os usuários necessitam dos devidos atendimentos individuais;

- b) encontrem-se estratégias para conter o elevadíssimo nível dos preços dos contratos novos e, principalmente, dos índices de reajuste nos contratos antigos. Como argumento, as operadoras insistem que o nível de utilização segue aumentando pelos motivos já citados (vide nota de rodapé 32). Entretanto, mesmo que, por hipótese, todos os referidos fatores de fato existam e sejam realmente relevantes, é impossível que o sistema se sustente nos moldes atuais, desconectados dos índices de inflação do restante da economia que são muito inferiores. O modelo atual é autofágico e certamente irá implodir, mesmo sabendo-se que sua extinção ou diminuição substancial não interessa, nem aos fornecedores, nem aos consumidores (muito menos ao Poder Público). É alarmante a simples visualização da pesquisa do UOL (Universo on Line) com dados coletados pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA e pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE (que calcula o IPCA), na qual ficou constatado que no período entre o ano 2.000 e o ano de 2.018, as mensalidades dos planos de saúde individuais ou familiares subiram, em média, 382%, acumulando 74% acima da inflação do país que calculada pelo IPCA (que é índice oficial) foi de 208%; inclusive, acrescente-se, acumulando mais do que o dobro da inflação do setor de saúde que ficou em 180%<sup>35</sup>. E os planos coletivos que atualmente representam em torno de 83% do mercado e cujos aumentos (e preços dos novos) não são regulados pela ANS, naturalmente seguiram em tendência de elevação de preços consideravelmente mais acentuada, como indica o fato de que, no período de 2012 a 2018 aumentaram 111,72%. E mais, considerado o aumento permitido em 2019 para os planos individuais e familiares (7,35%), os coletivos atingiram quase o triplo (em torno de 20%), como o divulgado amplamente pela imprensa<sup>36</sup>. Inclusive, é recomendável ter-se muito comedimento em comemorações pelo fato de que pela nova metodologia estabelecida pela Resolução Normativa nº 441/2018 (baseada na conjugação de 80% para o denominado IVDA e 20% para o IPCA expurgado), o reajuste permitido neste ano pela ANS para os planos individuais e familiares tenha sido menor do que nos últimos anos, pois ainda assim supera em muito o IPCA que fechou 2018 em 3,75%. O vaticínio é conclusivo: independente de justificativas, continuando nessa senda o sistema não tem como subsistir. Naturalmente, reconhece-se a importância da segurança jurídica, da educação para consumo por parte dos usuários, da eliminação de fraudes e da adequação na indicação de procedimentos, mas esse conjunto não isenta as operadoras de melhorarem sua gestão, atentando para a qualidade de seus contratos (priorizando questões fundamentais dentro da cadeia de fornecimento, como as formas de atendimento e respectiva remuneração). No mesmo sentido, de encontrarem estratégias para negociar com fornecedores de novas tecnologias, em especial, a

<sup>35</sup> ELIAS, Juliana. Plano de saúde sobe 382% em 18 anos, mais que dobro da inflação do setor. Folha de São Paulo, São Paulo, [Caderno] Economia, [Recurso on line]. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2019/06/13/ipea-planos-de-saude-sobem-mais-que-inflacao.htm>. Acesso em: 13 jun. 2019.

<sup>36</sup> COLLUCI, Cláudia. Planos de saúde coletivos sobem quase o triplo dos individuais: Agência Nacional de Saúde Suplementar anunciou nesta terça (23) aumento de 7,35% para planos individuais. Folha de São Paulo, São Paulo, [Caderno] Cotidiano, [Recurso on line]. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/07/planos-de-saude-coletivos-sobem-quase-o-triplo-dos-individuais.shtml>. Acesso em: 28 jul. 2019.



indústria de OPME e farmacêutica para que pratiquem preços justificadamente mais acessíveis (unirem-se para negociar pode ser um caminho ou surgir alguma medida ao estilo das que permitiram a existência de remédios genéricos). Simplesmente ficar repassando os custos que alegam (inclusive, repercute na credibilidade o fato dos internos das operadoras nem mesmo serem auditados) e batalhando por reajustes substancialmente elevados e até desconformes com à realidade do país, nunca será solução perene para assegurar sustentabilidade ao setor. E desse contexto, advém enorme quantidade de conflitos que descambam no Poder Judiciário;

- c) o fenômeno da judicialização envolvendo seguros e planos de saúde que poderia ser somente uma consequência, também é causa de desajustes no setor. A insegurança jurídica é a tônica e a razão está em que os julgados se centram basicamente na específica interpretação acolhida pelo julgador, às vezes até de forma singular<sup>37</sup>. Para umas poucas situações muito específicas, o Superior Tribunal de Justiça criou a denominada “jurisprudência em teses”<sup>38</sup>, buscando mais uniformidade nas decisões, forma de “pacificar” a jurisprudência. Mas como existe uma infinidade de situações diferenciadas, até no mesmo Tribunal constatam-se decisões em sentidos completamente opostos para o mesmo tipo de procedimento. A exemplo do que ocorreu envolvendo o Agravo de Instrumento nº 70070778253, Sexta Câmara Cível, TJ/RS, julgado em 27/10/2016<sup>39</sup>, determinando que a operadora cobrisse os custos de um transplante de pulmão, enquanto em sentido contrário, por processo diferente, a operadora foi liberada de igual encargo pela decisão no Agravo de Instrumento nº 70073574139, Sexta Câmara Cível, TJ/RS, julgado em 29/06/2017<sup>40</sup>. E embora à soberba maioria das decisões sejam em prol do consumidor, é comum que estas não apresentem uniformidade em seus fundamentos. Percebe-se descompasso entre os critérios adotados, principalmente quanto ao que está estabelecido nos contratos aprovados pela ANS; e mesmo em outros pontos da regulação, a exemplo do rol de procedimentos de cobertura obrigatória.

204

Como existe natural desconhecimento de assuntos médicos por parte dos julgadores (incluindo, da medicina baseada em evidências e de protocolos médicos), frequentemente é adotada a cautela de simplesmente seguir as prescrições recomendadas pelos médicos assistentes, evitando avaliar e considerar também outros fatores. E no confronto entre o que está previsto no instrumento contratual efetivado segundo a regulação e o que o paciente pleiteia judicialmente, ganham destaque as decisões judiciais provisórias. Considerando que depois de realizados os procedimentos, estas decisões normalmente se tornam definitivas; os juristas Álisson José Maia Melo e Nathalia Aparecida Sousa Dantas<sup>41</sup> lançam um alerta a ser ponderado em cada caso concreto:

As consequências da promoção do direito à saúde por intermédio de decisões judiciais em caráter liminar — antes do julgamento do mérito — trazem o agravante de, em virtude da fase inicial do processo, não se saber sequer se o tratamento é mesmo eficaz para aquele paciente, mesmo que haja laudo médico instruindo o pedido. A questão consiste, longe de colocar na balança a vida das pessoas, em saber o que deve ser preservado, se o direito individual à saúde (de quem está demandando a operadora de planos de saúde) ou se o direito coletivo à saúde (das demais pessoas — beneficiários de planos — que serão afetadas com a falta de recursos provocada pelo desequilíbrio orçamentário da operadora). Ainda, quais as métricas a serem adotadas pelo julgador necessárias para que, a despeito de promover o direito individual à saúde daquele que buscou o Judiciário, não impeça o gozo do direito à saúde dos demais beneficiários.

<sup>37</sup> Fazendo lembrar o título do livro “O que é isto – Decido conforme minha consciência?”. STRECK, Lenio Luiz. O que é isto: decido conforme minha consciência? Porto Alegre/RS: Livraria do Advogado, 2012.

<sup>38</sup> BRASIL. Jurisprudência em teses. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>. Acesso em: 24 jun. 2017a.

<sup>39</sup> RIO GRANDE DO SUL. Poder Judiciário. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site/>. Acesso em: 04 ago. 2017.

<sup>40</sup> RIO GRANDE DO SUL, 2017.

<sup>41</sup> MELO, Álisson José Maia; DANTAS, Nathalia Aparecida Sousa. A sustentabilidade econômico-financeira das operadoras de planos de saúde diante da concessão indiscriminada de tutelas de urgência no Brasil\* [The sustainability of the health insurances facing the indiscriminate concessions of provisional remedies in Brazil]. Revista Brasileira de Políticas Públicas: Brazilian Journal of Public Policy, v. 8, n. 3, p. 412, dez., 2018.



As incertezas na definição do que seja uma patologia e os variados tipos de atendimento fazem com que o direito humano à saúde seja de uma amplitude imensurável. E em havendo deferimentos judiciais sem embasamento nos melhores critérios, tal circunstância, tanto lança insegurança jurídica sobre o que as operadoras corretas têm de cumprir (e a que custo, para que possam precificar os valores cobrados nos contratos), quanto projeta a possibilidade de risco moral, que vai da utilização desmedida<sup>42</sup>, até o incentivo para a judicialização. O litigante aventureiro tem confiança no diminuto risco de improcedência e, principalmente, de que conta com fórmulas para, na maior parte dos casos, ficar praticamente isento de custos e penalizações, até tratando-se de lides temerárias.

O resultado se estampa em que, segundo avaliação do Superior Tribunal de Justiça, nos últimos dez anos cresceu 1.600%<sup>43</sup> o número de processos envolvendo seguros e planos de saúde. Dados de 2015 constantes no Relatório Justiça em Números, do Conselho Nacional de Justiça, apontavam a existência de 427.267 ações judiciais desse tipo, porém essa quantidade segue tendo sucessivos aumentos (observe-se que em 2.017 já havia um total de 564.090 ações judiciais de consumidores contra operadoras)<sup>44</sup>. Pode-se atribuir tal fato a qualquer dos motivos anteriormente expostos e mesmo a falta de eficácia dos meios extrajudiciais de solução de conflitos (das ouvidorias das operadoras e da ANS, passando pelos Procons e alcançando até plataformas virtuais como o **consumidor.gov**). Diante da natural urgência para as tutelas, mais eficientes precisam ser os serviços de apoio disponibilizados para os magistrados obterem informações técnicas que os ajudam em muito para proferir decisões mais justas. Nesse sentido, vários são os convênios celebrados por Tribunais, podendo-se citar os Núcleos de Apoio Técnico e de Mediação (NATs e também NAT-jus) cuja crítica comedida que recebem restringe-se ao dato do serviço ser sustentado pelas operadoras. Outro detalhe: a generalidade de consumidores contratantes de seguros e planos de saúde, não merece seguir pagando indiretamente (pelo fenômeno da “internalização” nos preços), também os custos decorrentes das eventuais decisões judiciais “paternalistas” baseadas na subjetividade do julgador que não utiliza fundamentos sólidos para aplicar a melhor justiça contratual.

A cultura conflitual judicializada não é a melhor forma de proteger aos consumidores enquanto coletividade e nem de dar segurança jurídica para os fornecedores que se dizem surpreendidos por decisões judiciais que lhes impõem custos antes não previstos quando dos cálculos atuariais. Perceba-se que sob aspecto macro, o resultado das decisões em milhares de ações não fez refluir esse fluxo, tampouco provocou evolução para o setor. A jurista Maria Stela Gregori afirma:

Entendemos que a insegurança jurídica que permeia o setor de saúde suplementar é um dos fatores preponderantes que ocasiona a judicialização da saúde suplementar. Isso se dá porque se trata de um tema complexo, onde a solução dos problemas não está clara nas regras vigentes e, também, por ser uma relação de consumo diferenciada, porque afeta um bem constitucionalmente indisponível que é a vida. Outro ponto é que a prestação da saúde envolve questões que têm impacto econômico e social. Dessa forma, os conflitos, em vez de serem solucionados, perpetuam-se. [...] Diante desse cenário que permeia o conflito, urge buscar soluções imediatas para reduzir as demandas judiciais sobre saúde. O ideal é que as soluções para esses conflitos sejam dirimidas no que couber no âmbito do Poder Legislativo e do Poder Executivo, como também pelas operadoras de planos de assistência à saúde e pelos fornecedores de serviços de saúde, de forma adequada e consensual, pautadas na ética e levando em conta a confiança que somente se conquista com respeito, transparência, boa-fé e legalidade<sup>45</sup>.

Esse posicionamento sinaliza que a inércia diante de tal quantidade de processos não apenas prejudica as pessoas neles envolvidas, mas igualmente a sociedade como um todo.

Assim, apontados os problemas, refira-se que o equilíbrio e justiça contratual são importantes, bem como, em especial, que o direito de acesso à justiça deve ser pétreo em um Estado democrático de Direito. Todavia, está

<sup>42</sup> “Atualmente, com a política de custo monetário marginal igual a zero nos planos de saúde, o indivíduo não tem incentivos o bastante para racionalizar a sua demanda, gerando, assim, o risco moral, ou seja, a utilização desmedida do plano de saúde. Ao fazer isso, ou seja, alterando as probabilidades de utilização, ele (o indivíduo) está alterando características essenciais do risco que o torna indenizável”. COUTINHO; CIDRAO, 2018, p. 339.

<sup>43</sup> NÚMERO de Ações Judiciais contra Planos de Saúde é o maior da História. Disponível em: <https://setorsaude.com.br/numero-de-aco-es-judiciais-contra-planos-de-saude-e-o-maior-da-historia>. Acesso em: 30 ago. 2017.

<sup>44</sup> CNJ. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Relatório Justiça em Números. Disponível em: [www.cnj.jus.br](http://www.cnj.jus.br). Acesso em: 20 jun. 2019.

<sup>45</sup> GREGORI, Maria Stella. Garantias do Consumo: 21 anos da regulação dos planos de saúde: é urgente uma agenda comum positiva. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-12/garantias-consumo-21-anos-regulacao-planos-saude-inseguranca-juridica>. Acesso em: 28 jun. 2019.

evidente a necessidade de medidas para reformular estruturalmente o sistema (dos contratos até a legislação e formas de cumprimento), o que deve acontecer com solidariedade entre os três Poderes da República para fazerem surgir providências que também contem com o real engajamento dos partícipes dessas relações de consumo. Inclusive, acrescenta-se que existe um instrumento previsto no CDC que praticamente não está sendo utilizado nessa área, no caso, a possibilidade de serem celebradas convenções coletivas de consumo visando o estabelecimento de melhores condições para o cumprimento dos contratos. Independente disso, importante frisar incisivamente que, de parte do Poder Judiciário, precisam vir marcos estabilizadores que amparem a todos os partícipes desse mercado em seus direitos legítimos e em prol da sustentabilidade para o setor. Com esse foco, então, serão apresentadas na sequência, algumas singelas proposições que poderão ser úteis nesse desiderato.

## 5 SUSTENTABILIDADE E PROPOSIÇÃO DE ALTERNATIVAS PARA UM NOVO MODELO

O setor de seguros e planos de saúde merece um modelo pelo qual sejam incentivadas e premiadas as boas práticas das operadoras e dos consumidores; um fazer surgir motivação para que sejam adotadas as melhores práticas por parte dos prestadores efetivos dos serviços, de modo a trazer ganhos de qualidade aos pacientes (sem gerar procedimentos desnecessários ou desperdícios). Inclusive, fazendo um adendo, será valioso que na legislação brasileira, no que ainda não houver enquadramento, os desvios e fraudes na área da saúde privada venham a serem tipificados como crimes.

Está evidente a importância em diminuir as anomalias existentes no setor e instaurar um processo ganhador, benéfico para todos os envolvidos. Nesse sentido, cabe principiar pela constatação de que é imperioso reduzir a quantidade de normas que compõem essa legislação (repita-se: e compatibilizar a legislação regulatória com o CDC), a fim de facilitar o tráfego dos negócios, os custos de transação e mesmo os preços dos contratos. Em qualquer fórmula que seja adotada, observe-se o quanto será importante assegurar não haver condescendência com descumprimentos das obrigações das operadoras em seus contratos com consumidores e nem destes para com a empresa (boa-fé é dever recíproco), mas com segurança jurídica, dar espaço para certa flexibilidade nessas relações. Estabelecer nos direitos e obrigações das partes, um patamar mínimo capaz de favorecer o acesso ao consumo, com obrigatoriedade da operadora para poder participar deste mercado, ter de ofertar, tanto contratos individuais e familiares, quanto coletivos. Partindo de um elenco básico de serviços obrigatórios, serem permitidos instrumentos contratuais com coberturas mais segmentadas, apresentando valores diferenciados, fórmula que pode produzir contratos mais adequados e acessíveis em razão de formatação segundo as necessidades do consumidor (que pode, por exemplo, não ter interesse na cobertura de determinada patologia ou em cobertura nacional, enquanto deseja contar com as demais). E seguindo nessa linha, permitirem-se nos contratos, diferenciações positivas (desde que não ilegalmente discriminatórias), considerando a colaboração do utente em participar de atividades de prevenção e se abster de fatores de risco como tabagismo, alcoolismo, sedentarismo proposital ou outras situações que aumentam os riscos de necessidade de serviços médicos. A questão está em não gerar seleção adversa<sup>46</sup> na contratação, pelo qual a empresa fornecedora diante da falta de informações mais completas e de poder tomar isso em consideração, pratica preços em patamares mais elevados e seguros para ela, nivelando injustamente consumidores com perfis diferentes nos hábitos. Note-se que a própria lei de planos de saúde apresenta segmentações (médica, hospitalar e ambulatorial) que diferenciam as modalidades e também existe permissão legal para contratos que incluem determinadas restrições, a exemplo das carências para algumas coberturas e de fatores moderadores de utilização, tais como franquias e

---

<sup>46</sup> MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. Análise econômica do direito. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 136.

coparticipações, demonstrando ser possível maior flexibilização<sup>47</sup>. Uma advertência: que se tenha como premissa que as carências, as franquias e as coparticipações não podem ser elevadas a ponto de, em prejuízo injusto aos usuários, se transformarem em modo de eliminação da *alea* (risco) que é da essência do contrato (desnaturando-o), o que em nada colaborará para o aprimoramento do setor<sup>48</sup>.

E quanto a custos e preços, não se pode ficar preso ao sistema atual como se fosse uma equação com enigma insolúvel. Não resolve as partes envolvidas seguirem simplesmente reclamando, cada lado a sua maneira. Principalmente de parte das operadoras que argumentam a elevação dos índices de utilização e insistem no mero repasse de aumentos inflacionários específicos do setor, todavia sem encetarem providências decisivas para enfrentar (eliminar ou mitigar) esses problemas.

Para a questão da sinistralidade e da contraposição das operadoras à ganância de lucro por parte das indústrias que fornecem OPME, fármacos avançados e outras novas tecnologias, já apresentamos alguns indicativos. Em complemento, entretanto, cabe acrescentar um recurso de gestão que pode ajudar. No caso, a mudança na forma pela qual a operadora remunera os prestadores diretos dos atendimentos (hospitais, clínicas, laboratórios de exames, médicos e outros profissionais), tal como refere Angélica Carlini<sup>49</sup>. Objetivamente: o abandono do sistema *Fee For Service* (em tradução livre: pagamento por serviço) o qual, em razão de pagar por ato, induz desconexão entre os prestadores e, frequentemente, certo descompromisso de todos com o resultado final. Isso costuma gerar procedimentos desnecessários ou desperdícios, como as estatísticas apontam. Á guisa de exemplo, observe-se que conforme informou a ANS<sup>50</sup>, enquanto a média de exames de ressonância magnética nos países componentes da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE é de 52 para cada mil habitantes, na saúde suplementar do Brasil, em 2013 esse número foi de 132, indicando a certeza da necessidade de mudança do sistema.

Em países desenvolvidos são apresentados diversos sistemas<sup>51</sup>, sendo que na presente oportunidade vamos destacar o modelo *Bundled Service* (em tradução livre: pagamento por “pacote”, no caso, pelo conjunto de procedimentos). Ocorre que o tratamento de patologias mais complicadas e que geram custos mais elevados, normalmente demandam os mesmos procedimentos e se o pagamento for previsto antecipadamente, todo o

207

<sup>47</sup> Na informação de Théra van Swaay De Marchi e Luciana Mayumi Sakamoto: “O projeto de plano de saúde acessível apresentado pelo Ministério da Saúde à ANS propõe alguns norteadores que deverão ser observados como, por exemplo, (i) o incentivo ao cuidado primário com acesso inicial obrigatório via médico da família ou de atenção primária escolhido pelo beneficiário entre os designados pela operadora, (ii) aumento da coparticipação a fim de que o consumidor participe mais ativamente das decisões que envolvem a sua saúde, (sendo necessário, para tanto, a revisão da normativa pela ANS); (iii) a regra de reajuste do plano de saúde acessível individual deve ser diversa dos índices fixados pela ANS para os planos individuais; (iv) obrigatoriedade de segunda opinião médica nos casos de alta complexidade; (v) revisão dos prazos de atendimento; (vi) canal digital de comunicação a fim de reduzir o desperdício com processos administrativos e operacionais, sendo a venda, pagamento e orientação disponível via internet; dentre outros. Assim, o projeto prevê 3 tipos de planos: (i) plano simplificado; (ii) plano ambulatorial + hospitalar; e (iii) plano em regime misto de pagamento. A diferença entre essas modalidades reside na inclusão ou não de previsão de internação, no atendimento de urgência e emergência e na limitação de abrangência geográfica”. DE MARCHI, Théra Van Swaay; SAKAMOTO, Luciana Mayumi. Projeto de planos de saúde acessíveis. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI256340,-71043-Projeto+de+planos+de+saude+acessiveis>. Acesso em: 31 mar. 2017.

<sup>48</sup> E não representam solução para a saúde suplementar, existem alternativas a exemplo do Sistema Nacional de Atendimento Médico (SINAM), das Associações Médicas do Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul, dos denominados planos populares, dos programas e aplicativos de descontos e/ou fidelizações ou outras modalidades de atendimento com custo mais acessível, mas mais limitados em termos de variedade de serviços.

<sup>49</sup> Em apoio a essa tese da necessidade de mudança no sistema de remuneração, Angélica Carlini apresenta interessante alternativa quando cita: “Uma das propostas já experimentadas nos Estados Unidos é a substituição do pagamento retrospectivo pelo pagamento prospectivo. No retrospectivo, o hospital submete sua conta para o agente pagador (governo ou operadora de saúde privada) após a realização dos atos necessários para o atendimento ao paciente. No sistema prospectivo, estabelece os valores a serem reembolsados aos hospitais antes do tratamento ser realizado, ou seja, quando o diagnóstico e a perspectiva do tratamento são definidos pelo médico ou pela equipe”. CARLINI, Angélica. Judicialização da saúde pública e privada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 98-99.

<sup>50</sup> BRASIL. ANS. Projeto sua saúde. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/planos-de-saude-e-operadoras/espaco-do-consumidor/projeto-sua-saude>. Acesso em: 11 abr. 2017b.

<sup>51</sup> Com base no mercado de saúde dos EUA e da Alemanha, se constata ainda três modelos: - a) o denominado Capitation, de orçamento fixo em que o prestador recebe por ano, por vida coberta, modalidade que costuma provocar filas, pois desconectada do fluxo de necessidades dos pacientes durante o ano, sendo que gera pressão por aumentos. E mais, é um modelo que não se recomenda por, na prática, acabar desatendendo a direitos básicos dos consumidores; - b) o denominado Cost-Plus, fórmula que remunera o custo mais um percentual de lucro, mas que não transparece viável para seguros e planos de saúde, pois estes não tem como aferir efetivamente o valor dos custos do prestador segundo a maior ou menor qualidade; - c) e, o sistema denominado DRG (Diagnosis Related Groups) pelo qual são classificados os procedimentos (exemplo: cirurgia de apendicite, pneumonia sem complicações, etc.) e é pago ao hospital um valor fixo e para os médicos e outros prestadores o pagamento é pelo modelo Fee For Service, ou seja, um sistema misto que incorpora vantagens, mas com certa limitação no incentivo a redução de gastos. HARVARD BUSINESS REVIEW, v. 94, n. 8, p. 36-45, ago., 2016.

conjunto de prestadores procurará racionalizar o atendimento evitando atos desnecessários e desperdícios. E mais, são componentes importantíssimos do citado sistema, remunerar adequadamente levando em conta o risco, as circunstâncias alheias às possibilidades de tratamento, as condições do paciente (idade, estado de saúde) e, principalmente, propiciar maior remuneração para aqueles prestadores que atendem melhor, o que é aferido pela qualidade que conseguem agregar à saúde dos pacientes. Nenhum sistema é perfeito, mas é importante atentar para os aspectos negativos do sistema *Fee For Service*<sup>52</sup>, tais como: - recompensar igualmente, tanto os resultados bons, quanto os ruins; - em razão da falta de coordenação entre os profissionais, poder gerar duplicidade de procedimentos para solucionar o mesmo problema (e até motivação para a generalidade e superficialidade na investigação), além de dispersão da responsabilidade pelo resultado; - permitir subvenções cruzadas não benéficas (exemplo: hospital que ganha pouco com um exame feito em aparelho de sua propriedade, pode buscar compensar aumentando o período de internação e, por consequência, o número de diárias hospitalares ou vice-versa, ou até mesmo remanejando o paciente de um quarto comum para a unidade ou centro de terapia intensiva). De outro modo, o sistema *Bundled Service* tende para a integração entre os membros da cadeia de prestadores diretos dos serviços e a gerar comprometimento de cada um, induzindo a adequada concatenação dos tratamentos (desencorajando a duplicidade ou desperdícios) para que sobre ganhos maiores para esses profissionais. E o pagamento adicional pela qualidade do atendimento proporcionada para o paciente, incentiva o aperfeiçoamento para a prática de técnicas mais aprimoradas e a aquisição/utilização de equipamentos mais avançados (e até mesmo estimula a concorrência).

Com essas descrições, análises e sugestões expostas foi possível mostrar o panorama do setor, seus problemas e possíveis formas de solução, que não será fácil. Trata-se de área em que se manifesta acentuadamente o dilema clássico da economia (“recursos finitos para necessidades imensas”) e a cultura conflitual típica do século XXI, de modo que a reformulação do sistema demandará muito esforço e especial sintonia integrada das partes envolvidas e demais agentes sociais.

208

## 6 CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

Diante da essencialidade da saúde para o direito à vida com qualidade e considerando o elevado número de pessoas envolvidas no mercado de seguros e planos de saúde, cabem esforços para fazer surgir um novo modelo. Um sistema caracterizado pelo amparo em termos mais justos, dos interesses legítimos de todos os partícipes dos contratos que integram o setor. Um modelo pelo qual esses negócios jurídicos cumpram realmente a função social que lhes é impositiva, tudo mantendo a sustentabilidade do segmento também no médio e longo prazo.

Essa condição, não apenas favorecerá o cumprimento de princípios e objetivos da ordem econômica constitucional, mas principalmente repercutirá positivamente no respeito a direitos da personalidade e direitos fundamentais em relações privadas (nos limites destas), gerando benéficas contribuições para a construção de uma sociedade melhor. Não haverá solução fácil e por isso reitera-se que essa transformação demanda a participação intensa de todos os atores sociais envolvidos direta ou indiretamente nesse contexto (Poderes da República, incluindo agências reguladoras, integrantes da cadeia de fornecimento, consumidores etc.), todos impregnados da mentalidade de parceiros contratuais e sociais integrados nessa positiva transformação. A complexidade dos problemas exigirá,

<sup>52</sup> Em artigo assinado com o título “Eficiência é o antídoto para a saúde”, o médico Yussif Ali Mere Jr., Presidente da Federação e do Sindicato de Hospitais, Clínicas e Laboratórios do Estado de São Paulo, menciona que o Banco Mundial estima que, no Brasil, 30% das internações poderiam ser evitadas com tratamento ambulatoriais (economia de 10 bilhões de reais). Acrescenta ainda, a importância de implantar-se um sistema organizado e eficiente de informações para auxiliar a tomada de decisões, sistema este que integre as redes de prestação dos serviços viabilizando a agilização dos atendimentos e que sejam evitados desperdícios, bem como, a padronização de processos, a diminuição de erros e valorização dos recursos humanos, investindo na qualidade (só 5% dos hospitais brasileiros são certificados). Logo, percebe-se quanto espaço existe para melhora da qualidade da gestão em saúde. Jornal Folha de São Paulo, secção opinião, p. A3, 09 abr., 2017b.

além de muita união na congregação de esforços, também que aos objetivos de justiça e solidariedade (Constituição Federal, art. 3º), se adicione a fraternidade. Só assim poderá haver respeito à dignidade humana.

Considerando que não se visualiza uma transformação do serviço público que possa fornecer saúde de qualidade para todos os brasileiros, a preservação da saúde fornecida pela iniciativa privada implica inclusive em responsabilidade intergeracional. Precisamos que esse segmento em crise reste preservado para, com qualidade, estar disponível para as próximas gerações.

Assim, considerada a relevância que os seguros e planos de saúde apresentam para mais de 47 milhões de brasileiros, o cumprimento desses objetivos colocará o país em outro patamar no processo civilizatório, afinal, saúde é um direito humano fundamental.

Importante tornar factível a sabedoria de Amartya Sen<sup>53</sup> que nos ensina:

A “existência” desses direitos não se compara à simples “existência” de legislação, sendo que as proclamações deles, em verdade, são declarações éticas fortes sobre o que deve ser feito, ou seja, indicando que é preciso realizar ações para que realmente aconteça sua concretização.

Que não tarde e seja bem construída essa transformação tão valiosa.

## REFERÊNCIAS

ANAHP. Planos coletivos e por adesão tiveram reajuste de 20%. **O Dia**, 12 ago., 2019. Disponível em: <https://www.anahp.com.br/noticias/noticias-do-mercado/planos-coletivos-e-por-adesao-tiveram-reajuste-de-20/>. Acesso em: 11 abr. 2020.

ASF. **Evolução do número de reclamações e pedidos de esclarecimento dirigidos à Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões 1º Semestre 2016**. Disponível em: [http://www.asf.com.pt/NR/rdonlyres/967F0F6A-B321-4178-AC55-101EB532C575/0/SinteseRelat%C3%B3rioReclama%C3%A7%C3%B5es\\_1Sem2016.pdf](http://www.asf.com.pt/NR/rdonlyres/967F0F6A-B321-4178-AC55-101EB532C575/0/SinteseRelat%C3%B3rioReclama%C3%A7%C3%B5es_1Sem2016.pdf). Acesso em: 26 maio 2017.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PLANOS DE SAÚDE. **Biblioteca Estudo Técnico**. Disponível em: <https://abramge.com.br/portal/index.php/pt-BR/biblioteca-abramge/biblioteca-estudo-tecnico>. Acesso em: 11 abr. 2020.

BARBA, Mariana Della. Insatisfeitos, médicos e pacientes criam alternativas a plano de saúde. **BBC News Brasil**, 7 abr. 2014. Disponível em: [https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/04/140407\\_saude\\_planos\\_mdb\\_dg](https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/04/140407_saude_planos_mdb_dg). Acesso em: 11 abr. 2020.

BRASIL. **Jurisprudência em teses**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>. Acesso em: 24 jun. 2017a.

BRASIL. ANS. **Projeto sua saúde**. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/planos-de-saude-e-operadoras/espaco-do-consumidor/projeto-sua-saude>. Acesso em: 11 abr. 2017b.

BRASIL. ANS. **Dados e indicadores do setor**. Disponível em <http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/numeros-do-setor/5061-em-2018-beneficiarios-de-planos-de-saude-realizaram-1-57-bilhao-de-procedimentos>. Acesso em: 28 jul. 2019.

BRASIL. ANS. **Dados e indicadores do setor**. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/numeros-do-setor/5469-planos-de-saude-ans-divulga-numeros-de-fevereiro>. Acesso em: 11 abr. 2020a.

BRASIL. ANS. **Prazos máximos de atendimento**. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/planos-de-saude-e-operadoras/espaco-do-consumidor/prazos-maximos-de-atendimento>. Acesso em: 11 abr. 2020b.

<sup>53</sup> SEN, Amartya. “A ideia de justiça”. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 392-393.



BRASIL. ANS. **Perfil do setor**: dados gerais. Disponível em: [www.ans.gov.br/anstabnet/cgi-bin/tabnet?dados/tabnet\\_03a.def](http://www.ans.gov.br/anstabnet/cgi-bin/tabnet?dados/tabnet_03a.def). Acesso em: 11 abr. 2020c.

BRASIL. ANS. **Agenda regulatória**. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/index.php/aans/transparencia-institucional/agenda-regulatoria>. Acesso em: 11 abr. 2020d.

BRASIL. ANS. **Relatório das ouvidorias 2018** [recurso eletrônico]. Rio de Janeiro: ANS, 2018. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/consumidor/5145-ans-divulga-relatorio-do-atendimento-das-ouvidorias-das-operadoras>. Acesso em: 11 abr. 2020e.

BRASIL. ANS. **Dados e indicadores do setor**. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/numeros-do-setor/5469-planos-de-saude-ans-divulga-numeros-de-fevereiro>. Acesso em: 11 abr. 2020f.

CANCIAN, Natália. Maioria dos brasileiros avalia saúde como ruim ou péssima, diz Datafolha: Para os entrevistados, o tempo de espera é o que mais contribui para os problemas no atendimento. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/06/maioria-dos-brasileiros-avalia-saude-como-ruim-ou-pessima-diz-datafolha.shtml>. Acesso em: 08 ago. 2019.

CARLINI, Angélica. **Judicialização da saúde pública e privada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

CNJ. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório Justiça em Números**. Disponível em: [www.cnj.jus.br](http://www.cnj.jus.br). Acesso em: 20 jun. 2019.

COLLUCI, Cláudia. **Planos de saúde coletivos sobem quase o triplo dos individuais**: Agência Nacional de Saúde Suplementar anunciou nesta terça (23) aumento de 7,35% para planos individuais. Folha de São Paulo, São Paulo, [Caderno] Cotidiano, [Recurso *on line*]. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/07/planos-de-saude-coletivos-sobem-quase-o-triplo-dos-individuais.shtml>. Acesso em: 28 jul. 2019.

CONSULTOR JURÍDICO. **Plano de saúde**: pagamento. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/tj-sp-plano-saude-pagamento.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2020.

COUTINHO, Carlos Marden Cabral; CIDRÃO, Tais Vasconcelos. Dossiê especial: políticas públicas e o direito à saúde no Brasil: “A regulação da saúde suplementar no Brasil: perspectivas e ameaças”. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 8, n. 3, p.332, dez., 2018.

DE MARCHI, Théra Van Swaay; SAKAMOTO, Luciana Mayumi. **Projeto de planos de saúde acessíveis**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI256340,71043-Projeto+de+planos+de+saude+acessiveis>. Acesso em: 31 mar. 2017.

ELIAS, Juliana. Plano de saúde sobe 382% em 18 anos, mais que dobro da inflação do setor. **Folha de São Paulo**, São Paulo, [Caderno] Economia, [Recurso *on line*]. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2019/06/13/ipea-planos-de-saude-sobem-mais-que-inflacao.htm>. Acesso em: 13 jun. 2019.

GOLDBERG, Simone. Crise afeta saúde pública e privada. **Valor Setorial**, 28 ago. 2015. Disponível em: <http://www.abramge.com.br/portal/index.php/pt-BR/component/content/article?id=620:crise-afeta-saude-publica-e-privada>. Acesso em: 11 ago. 2016.

GREGORI, Maria Stella. **Garantias do Consumo**: 21 anos da regulação dos planos de saúde: é urgente uma agenda comum positiva. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-12/garantias-consumo-21-anos-regulacao-planos-saude-inseguranca-juridica>. Acesso em: 28 jun. 2019.

HARVARD BUSINESS REVIEW, v. 94, n. 8, p. 36-45, ago. 2016.



JABORANDY, Clara Cardoso Machado; GOLDHAR, Tatiane Gonçalves Miranda. A repersonalização do direito civil a partir do Princípio da fraternidade: um novo enfoque para Tutela da personalidade na contemporaneidade. **Revista Jurídica Cesumar**, [mestrado], maio/ago., v. 18, n. 2, p. 485, 2018. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.17765/2176-9184.2018v18n2>. Acesso em: 11 abr. 2020.

JORNAL FOLHA DE SÃO PAULO, secção “saúde+ciência”, p. B8, 26 fev., 2017a.

JORNAL FOLHA DE SÃO PAULO, secção opinião, p. A3, 09 abr., 2017b.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MELO, Álisson José Maia; DANTAS, Nathalia Aparecida Sousa. A sustentabilidade econômico-financeira das operadoras de planos de saúde diante da concessão indiscriminada de tutelas de urgência no Brasil. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 8, n. 3, p. 412, dez., 2018.

NÚMERO de Ações Judiciais contra Planos de Saúde é o maior da História. Disponível em: <https://setorsaude.com.br/numero-de-acoes-judiciais-contra-planos-de-saude-e-o-maior-da-historia>. Acesso em: 30 ago. 2017.

PRUX, Oscar Ivan. **Planos e seguros de saúde: problemática, judicialização e ótica da decisão judicial**. Rio de Janeiro: Ed. Processo, 2019.

REVISTA DO IDEC, n. 211, p. 16, mar/abr. 2017.

REVISTA DO IDEC, n. 229, p. 35, mar/abr. 2020.

REVISTA SUPER INTERESSANTE, ed. 358, p. 26, mar., 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Poder Judiciário. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site/>. Acesso em: 04 ago. 2017.

SÃO PAULO. Poder Judiciário. Justiça Federal. 25ª Vara Cível Federal da Subseção Judiciária de São Paulo. **Ação Civil Pública nº 000945z-86.zo16.4o3.6too**. Disponível em: [http://publicador.jota.info/wp-content/uploads/2017/07/Sentenca\\_psicoterapia.pdf](http://publicador.jota.info/wp-content/uploads/2017/07/Sentenca_psicoterapia.pdf). Acesso em: 01 ago. 2017.

SEN, Amartya. **“A ideia de justiça”**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: decido conforme minha consciência?** Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2012.

STURZA, Janaina Machado; BARRIQUELLO, Carolina Andrade. O reconhecimento da saúde como bem de consumo: outro olhar sobre o direito humano à saúde na sociedade contemporânea. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 18, n. 1, p. 281, jan/abr. 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.17765/2176-9184.2018>.

*Recebido em: 13/08/2019*

*Aceito em: 06/05/2020*