

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 16

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho
da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro
janeiro / junho de 2015

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Prof. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Prof. Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich, Prof. Eduardo Takemi Dutra dos Santos Kataoka, Prof. Enzo Baiocchi, Prof. Ivan Garcia, Prof. João Batista Berthier Leite Soares, Prof. José Carlos Vaz e Dias, Prof. José Gabriel Assis de Almeida, Prof. Leonardo da Silva Sant'Anna, Prof. Marcelo Leonardo Tavares; Prof. Mauricio Moreira Menezes, Prof. Rodrigo Lychowski e Prof. Sérgio Campinho).

Editores: Sérgio Campinho e Mauricio Moreira Menezes.

Conselho Editorial: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (UERJ), António José Avelãs Nunes (Universidade de Coimbra), Carmem Tibúrcio (UERJ), Fábio Ulhoa Coelho (PUC-SP), Jean E. Kalicki (Georgetown University Law School), John H. Rooney Jr. (University of Miami Law School), Jorge Manuel Coutinho de Abreu (Universidade de Coimbra), José de Oliveira Ascensão (Universidade Clássica de Lisboa), Luiz Edson Fachin (UFPR), Marie-Hélène Bon (Université des Sciences Sociales de Toulouse), Paulo Fernando Campos Salles de Toledo (USP), Peter-Christian Müller-Graff (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg) e Werner Ebke (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg).

Conselho Executivo: Carlos Martins Neto, Enzo Baiocchi, Leonardo da Silva Sant'Anna, Mariana Campinho, Mariana Pinto e Viviane Perez.

Pareceristas Deste Número: Adem Bafti (UNIVAP), Caroline da Rosa Pinheiro (UFRJ), Davi Antônio Gouvêa Costa Moreira (SEUNE), Jacques Labrunie (PUC-SP), José Gabriel Assis de Almeida (UERJ), Milena Donato Oliva (UERJ) e Sergio Negri (UFJF).

PATROCINADORES:



ISSN 1983-5264

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Revista semestral de direito empresarial. — nº 16 (janeiro/junho 2015)
. — Rio de Janeiro: Processo, 2007-.

v.

UERJ
Campinho Advogados
Moreira Menezes, Martins, Miranda Advogados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)

* Publicada no segundo semestre de 2016.

**A INTERVENÇÃO JUDICIAL E SUAS
CONSEQUÊNCIAS NA ATIVIDADE ECONÔMICA
DAS OPERADORAS DE SAÚDE: UMA ANÁLISE A
PARTIR DAS DECISÕES DO TRIBUNAL
DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ¹**

**THE JUDICIAL INTERVENTION AND THE CONSEQUENCES ON
ECONOMIC ACTIVITY OF HEALTHCARE PROVIDERS:
AN ANALYSIS BASED ON THE DECISIONS OF THE STATE
COURT OF CEARÁ**

*Uinie Caminha
Beatriz Randal Pompeu Mota*

Resumo: O presente estudo possui como objetivo examinar quais são as eventuais consequências que a intervenção judicial pode trazer ao mercado das operadoras de saúde. Para tanto, a pesquisa tem como principal ponto de abordagem teorias econômicas que podem auxiliar na compressão do problema. Inicialmente, faz-se a demonstração da estrutura do serviço de saúde no Brasil, a fim de explicar como a assistência médica funciona no país, bem como quais são os órgãos responsáveis por cada setor. Posteriormente, expõem-se os principais argumentos utilizados pelos magistrados nas demandas envolvendo saúde suplementar. O estudo examinou todos os processos relacionados à referida temática que foram julgados pelo

¹ Artigo recebido em 25.07.2016 e aceito em 05.12.2016.

Tribunal de Justiça do Estado do Ceará em 2015. No último tópico, ilustra-se por meio de uma análise econômica quais são as consequências que a intervenção judicial pode causar no mercado da saúde suplementar. Por fim, no que se refere à metodologia, realizou-se pesquisa do tipo bibliográfica, uma vez que a investigação foi embasada em trabalhos publicados sob diversas formas, em especial, livros, dados oficiais e artigos científicos de periódicos nacionais e internacionais. Além disso, o trabalho também envolve pesquisa do tipo quantitativa em face do exame das decisões do Tribunal de Justiça do Ceará.

Palavras-chave: Judicialização; Saúde Suplementar; Análise Econômica; Poder Judiciário.

Abstract: This study aims to examine what are the possible consequences that judicial intervention can cause to the healthcare provider's market. In this sense, it relied on economic theories to help to understand the issues involved in this matter. First, the demonstration of the structure of Brazilian healthcare services is made, in order to explain how healthcare works in the country; the institutions responsible for each sector are also analyzed. Second, the main arguments used by judges in the demands involving private health are set out. The study examines all lawsuits related to this subject judged by the State Court of Ceará in 2015. The last topic brings an economic analysis of the possible consequences that the judicial intervention can cause on the private healthcare market. Lastly, concerning the methodology, this is a bibliographical study once the investigation was based on papers available in different forms, in particular, books, official data and scientific articles published in national and international journals. The research also involves quantitative investigation related to the exam of the State Court of Ceará case law.

Keywords: Judicialization; Supplementary Healthcare; Economic Analysis; Judiciary.

Sumário: Introdução. 1. Estrutura dos serviços de saúde público e privado no Brasil. 2. Fundamen-

tos utilizados pelos magistrados nos processos relativos à saúde suplementar. 3. Análise econômica da judicialização da saúde suplementar. Conclusão.

Introdução.

Diante do aumento das decisões judiciais envolvendo a matéria de saúde, tanto na esfera pública como na privada, o presente estudo tem como objetivo principal analisar as consequências que a intervenção judicial pode trazer no âmbito da atividade econômica da saúde suplementar no Brasil.

De acordo com levantamento realizado pelo Conselho Nacional de Justiça², no ano de 2011 havia cerca de 240 mil processos relacionados à questão de saúde tramitando, tendo a quantidade de demandas subido para 330 mil no ano de 2014, o que demonstra a relevância do problema a ser analisado.

A estruturação básica de um sistema de saúde pública, que busca efetivar ações curativas, somente pôde ser visualizada no Brasil a partir do ano de 1930. Dentre os marcos ocorridos na época, destaca-se a substituição do antigo Departamento Nacional de Saúde Pública pelo Ministério da Educação e Saúde Pública, bem como a criação dos chamados Institutos de Previdência – IAPs – responsáveis pelo fornecimento de serviços de saúde para determinadas categorias profissionais³.

Posteriormente, durante o regime militar, os IAPs foram unificados e passaram a ser chamados de Instituto Nacional de Previdên-

2 Referidos dados podem ser visualizados no sítio eletrônico do CNJ, disponível em: “<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/forum-da-saude/quantidade-de-demandas-nos-tribunais>”. Acesso em: 16 jul.2016.

3 BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista Jurídica UNIJUS*, Uberada: UNIUBE, v. 11, nº 15, p. 20-21, nov. 2008.

cia Social – INPS. Vinculados a este, existiam o Serviço de Assistência Médica e Domiciliar de Urgência e a Superintendência dos Serviços de Reabilitação da Previdência Social. Com essa nova estrutura, todos os trabalhadores urbanos, possuidores de carteira assinada, eram contribuintes e beneficiários da rede pública de saúde⁴.

Com a redemocratização, o direito à saúde passou a constar no texto constitucional. Inicialmente, constata-se que a Constituição Federal, no artigo 6º⁵, consagrou-o como um dos direitos sociais dos cidadãos. Posteriormente, a partir do artigo 196⁶, verifica-se a imposição do dever do Estado em garantir, por intermédio de políticas públicas, o acesso universal e igualitário dos indivíduos aos serviços de saúde. Sendo assim, a assistência médica, no Brasil, deixou de ser restrita aos trabalhadores formais, passando a ser garantia de todos os brasileiros.

Além de determinar a assistência pública de saúde, a Constituição Federal possibilita também, conforme previsão no *caput* do artigo 199, a prestação do serviço pela iniciativa privada. Ou seja, instituições particulares, com ou sem finalidade lucrativa, passam a poder integrar de forma complementar ou suplementar o serviço público de saúde. É nesse passo que se instituem as chamadas operadoras de saúde que oferecem assistência médica aos indivíduos a partir do pagamento de uma determinada quantia⁷.

Contudo, com a consagração do direito à saúde como uma

4 Ibidem. p. 35.

5 “Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

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

7 CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação Em Direito, XXIV, 2015, Belo Horizonte. DIAS, Eduardo Rocha; MOTA, Beatriz Randal Pompeu. *Juстиça restaurativa e saúde privada: uma alternativa à judicialização?*, p. 296.

garantia de todos os cidadãos, ocorreu um aumento do número de demandas judiciais envolvendo referida matéria. Não raro são os casos em que os magistrados determinam compulsoriamente que os gestores públicos forneçam medicamentos ou os tratamentos demandados pelos pacientes-requerentes. No Estado de São Paulo, por exemplo, cerca de 85% das ações judiciais ingressadas em face o sistema público de saúde obtém sucesso⁸. O mesmo pode ser dito quando se tratam de ações relacionadas com planos de saúde: de acordo com pesquisa realizada pela Unimed BH, o êxito do consumidor é de 86% das demandas⁹.

Nesse sentido, a atuação do judiciário passou a ser questionada, principalmente, no que se refere aos limites dessa intervenção. Argumentos como a “reserva do possível”, as restrições orçamentárias, a separação dos poderes e a competência do Executivo são constantemente utilizados com a finalidade de frear a judicialização. Ademais, percebe-se que os magistrados, muitas vezes, desconsideram as consequências financeiras da decisão judicial que obriga o fornecimento de um medicamento ou a realização de um tratamento específico.

O presente estudo inicia abordando a estrutura do serviço saúde no país, trazendo tanto a seara pública como a privada. Posteriormente, é analisada, a partir de casos concretos do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, a atuação do Poder Judiciário nas ações relacionadas à saúde suplementar. Por fim, tratar-se-ão das eventuais consequências, sob a ótica da análise econômica, que a judicialização é capaz de acarretar no mercado da saúde suplementar.

8 WANG, Daniel. A Escassez de Recursos como Limitação para Concretização de Direitos: comentários a acórdão do STJ. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 5, nº 20, p. 1.193, out./nov. 2007.

9 SOUZA, Jordana Miranda; PIRES, Danielle da Silva. Relatório da pesquisa coletiva de jurisprudência: Judicialização da Saúde Suplementar. In: SOUZA, Jordana Miranda; PIRES, Danielle da Silva. (Coord.). *Judicialização da Saúde Suplementar*. 1. ed. Belo Horizonte: Unimed-BH Cooperativa de Trabalho Médico, 2010, v. II, p. 50.

No que se refere à metodologia, o estudo envolveu pesquisa do tipo bibliográfico e documental, uma vez que a investigação fora realizada e embasada em trabalhos publicados sob diversas formas: livros, artigos científicos de periódicos nacionais e internacionais, legislação pátria, decisões judiciais e dados oficiais. Além disso, o trabalho também envolveu pesquisa do tipo quantitativa em face do exame das decisões do Tribunal de Justiça do Ceará. Diz-se, por fim, que o presente estudo apresenta cunho descritivo e exploratório, em razão de buscar expor, explicar e descrever sobre o serviço de saúde no Brasil e as eventuais consequências causada pela atuação do Poder Judiciário em demandas envolvendo saúde suplementar.

1. Estrutura dos serviços de saúde público e privado no Brasil.

O sistema de saúde no Brasil pode ser visualizado a partir de três subsetores, quais sejam, o subsetor público, o subsetor privado e o subsetor suplementar. O primeiro está relacionado com a assistência médica financiada e promovida pelo Estado seja a nível federal, estadual ou municipal. O segundo consiste na atuação de instituições privadas, com ou sem finalidade lucrativa, em conjunto com o Estado, ou seja, os recursos para financiar a prestação do serviço são tanto públicos como privados. Por fim, tem-se o subsetor de saúde suplementar o qual oferece à população a contratação de planos privados de saúde ou de apólices de seguro; nessas hipóteses, não há custeio da assistência pelo Estado¹⁰.

O atual subsetor da saúde pública possui como marco a 8ª Conferência Nacional de Saúde, realizada em 1986, na qual se consolidou o entendimento de que a saúde é um direito de todos os cidadãos, cabendo ao Estado o seu patrocínio. Foi nesse período que se

10 PAIM, Jairnilson; TRAVASSOS, Cláudia; ALMEIDA, Célia; BAHIA, Lúgia; MACINKO, James. The Brazilian health System: history, advances and challenges. *The Lancet*, v. 377, p. 1785, mai. 2011.

idealizaram as bases do futuro Sistema Único de Saúde – SUS –, bem como se desenvolveram as estratégias de cooperação entre a União, os Estados e os Municípios¹¹. Posteriormente, tais pontos se materializaram na Constituição Federal de 1988. Contudo, a implantação do SUS, órgão vinculado ao Ministério da Saúde, deu-se no ano de 1990 com a publicação da Lei Orgânica da Saúde (Lei n.º 8.080/90).

Em decorrência da implementação do SUS, a descentralização do sistema de saúde acarretou em um novo acordo federativo, alargando a autonomia dos municípios e, por conseguinte, expandindo os recursos e o controle a nível federal. Nessa senda, normas elaboradas pelo Ministério da Saúde objetivaram estabelecer mecanismos de repasse financeiro para custeio dos serviços, bem como visaram a criação de novos conselhos representativos e comitês de gestão em todos os entes federados¹².

Além do subsetor da saúde pública, tem-se, também, no Brasil, os subsetores da saúde privada e o da saúde suplementar. Conforme observado no artigo 199 da Constituição Federal, o serviço de saúde pode ser prestado por particulares, ou seja, a iniciativa privada, que juntamente com o poder público fornece assistência médica para população. A prestação do serviço por instituições privadas, com ou sem finalidade lucrativa, quando ocorre subsidiando a rede pública em hipóteses de insuficiência das atividades, corresponde ao subsetor da saúde privada. Em contrapartida, nas hipóteses de exploração da atividade sucede em consonância com as normas do direito privado, por meio do fornecimento da assistência médica em troca de pagamento efetuado pelos usuários, trata-se do subsetor da saúde suplementar.

11 CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, XXIV, 2015, Minas Gerais. DIAS, Eduardo Rocha; MOTA, Beatriz Randal Pompeu. Op. cit. p. 298.

12 PAIM, Jairnilson; TRAVASSOS, Cláudia; ALMEIDA, Célia; BAHIA, Lígia; MACINKO, James. Op. cit. p. 1786.

No que se refere especificamente ao subsetor da saúde privada, observa-se que tanto o parágrafo 1º do artigo 196 da Constituição Federal quanto o parágrafo 2º do artigo 4º da Lei nº 8.080/90¹³ preveem a possibilidade de a iniciativa privada participar, em caráter complementar, do Sistema Único de Saúde. Importante frisar que a participação de instituições privadas no âmbito do SUS pressupõe a insuficiência na prestação do serviço pela rede pública. Tal requisito pode ser observado no teor do artigo 24 da Lei nº 8.080/90: “quando as suas disponibilidades foram insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada”.

No subsetor suplementar, por sua vez, a prestação da atividade é realizada por particulares e está fora do âmbito de atuação do Estado. Instituições privadas utilizam-se de uma rede própria, disponibilizando os serviços para população que, em contrapartida, remunera os prestadores. Frisa-se que saúde complementar e suplementar não se confundem, uma vez que aquela age subsidiando a rede pública, enquanto que esta presta os serviços diretamente aos usuários sem que haja envolvimento com SUS. Destaca-se, contudo, que cabe ao Estado o controle e a fiscalização, por intermédio de legislação específica e das agências reguladoras – ANS –, das atividades prestadas no âmbito da saúde suplementar.

No âmbito do subsetor suplementar, a atuação das instituições privadas pode ocorrer a partir de quatro principais modalidades: medicina de grupo, seguro saúde, cooperativa médica e autogestão. A primeira caracteriza-se pela prestação do serviço por intermédio de

13 “Art. 4º O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS) (...) §2º A iniciativa privada poderá participar do Sistema Único de Saúde (SUS), em caráter complementar.”

uma empresa privada com unidades próprias, nas quais os médicos são empregados da instituição, ou por meio de unidades credenciadas pela empresa. Os clientes das operadoras de medicina de grupo são tanto indivíduos quanto empresas. Já o seguro saúde consiste em um contrato de seguro cuja apólice é a assistência médica, não podendo mais ser, por força de lei, o pagamento de indenizações. Importante ressaltar que, nesta modalidade, não há prestação direta do serviço aos seus segurados¹⁴.

A cooperativa médica muito se assemelha com as operadoras de medicina de grupo. Contudo, enquanto estas se organizam como sociedades empresárias, aquelas se estruturam como sociedades cooperativas, às quais os profissionais de saúde (cooperados) são associados. Os serviços das cooperativas médicas podem ser prestados tanto para indivíduos quanto para empresas. Atualmente, a principal organização representativa desta categoria é a Unimed Brasil.

Por fim, no que se refere à autogestão, a assistência médica é organizada por empregados de uma determinada empresa, podendo ter ou não patrocínio dos empregadores. O serviço é prestado aos funcionários, estendendo-se, muitas vezes, aos seus familiares. Não há, contudo, a comercialização dos planos, vez que estas organizações não atuam para o mercado¹⁵.

Atualmente, de acordo com dados fornecidos pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, atuam no Brasil cerca de 840 operadoras de saúde, as quais prestam assistência médica para aproximadamente 50 milhões de brasileiros. No que se refere ao modelo de

14 BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. *Saúde Suplementar*. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Brasília: CONASS, 2007. v. 11, p. 23. Disponível em: "http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/colec_progestores_livro11.pdf". Acesso em: 11 mai. 2016.

15 Ibidem. p. 24-26.

contratação do serviço, este, conforme legislação vigente (Resolução Normativa nº 195/2009 da ANS), classifica-se em: individual ou familiar; coletivo ou empresarial; e coletivo por adesão. A definição de cada modalidade pode ser visualizada na própria Resolução.

Por plano privado individual ou familiar, compreende-se aquele em que os serviços são prestados e oferecidos para livre adesão de pessoas físicas, seja com ou sem grupo familiar. Já o plano coletivo ou empresarial consiste naquele em que se oferece cobertura médica a uma população delimitada e vinculada à pessoa jurídica por força de relação empregatícia ou estatutária. A assistência pode ser estendida, conforme previsão legal, até familiares de terceiro grau por parentesco consanguíneo e de segundo grau por parentesco por afinidade com aqueles vinculados ao plano. Ademais, sabe-se que, havendo previsão contratual, a prestação do serviço de saúde poderá ser assegurada aos sócios da pessoa jurídica, bem como aos seus administradores¹⁶.

Por último, tem-se o plano coletivo de adesão, previsto no artigo 9º da Resolução nº 195/2009 da ANS. Esta modalidade de contrato é voltada para aqueles que possuem vínculo com conselhos profissionais e entidades de classe (sindicatos e centrais sindicais), associações profissionais, caixas de assistência e fundações de direito privado, entre outras entidades. Segundo Aurisvaldo Sampaio, dentre as características presentes tanto no contrato coletivo por adesão quanto no contrato coletivo empresarial, destacam-se:

Uma característica é comum a ambas as modalidades de planos de assistência à saúde coletivos: podem ser contratados com ou sem patrocinador. O

16 REZENDE, Paulo Roberto Vogel de. *Os contratos de plano de saúde e seu equilíbrio econômico-financeiro*: mutualismo, cálculo atuarial e o impacto econômico das decisões judiciais. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, 2011. p. 76.

plano coletivo sem patrocinador é aquele em que os beneficiários arcam com a integralidade de seu custeio. No plano coletivo com patrocinador, por sua vez, as contraprestações pecuniárias são suportadas, total ou parcialmente, pela pessoa jurídica contratante.

Nas duas modalidades de planos coletivos a responsabilidade pelo pagamento dos serviços prestados pela operadora – assim entendido o ato material de solver a obrigação pecuniária – será da pessoa jurídica contratante.¹⁷

Note-se que não é razoável dar-se ao particular, que, a partir de previsão constitucional, atua prestando o serviço de saúde de forma suplementar, as mesmas características da assistência realizada pelo ente público. Isso porque os particulares que trabalham nesse mercado buscam o lucro, como qualquer outra atividade empresarial. Conforme se observa no Projeto do Novo Código Comercial que ora tramita na Câmara dos Deputados¹⁸, a motivação principal para exploração da atividade econômica é a obtenção de lucro. Nesse sentido, não se pode exigir prestação de serviço nas mesmas proporções quando um dos envolvidos, no caso o poder público, não possui a motivação de lucrar com a atividade.

Uma vez abordada a estrutura do sistema de saúde no Brasil, busca-se, no próximo tópico, examinar como os magistrados costumam decidir as questões envolvendo esta temática. Muito se discute sobre a legitimidade dessa intervenção judicial, principalmente, quando se está diante de matéria relacionada ao âmbito público. Contudo, o presente estudo tem como foco os processos referentes à atividade econômica das operadoras de saúde suplementar.

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

18 PL 1572/2011, “Art. 4º. São princípios do direito comercial comuns a todas as suas divisões: (...) § 1º. Decorre dos princípios da liberdade de iniciativa empresarial e da liberdade de concorrência o reconhecimento: [...] II – do lucro obtido com a exploração regular de empresa como o principal fator de motivação da iniciativa privada.”

2. Fundamentos utilizados pelos magistrados nas decisões relativas à saúde suplementar.

Inicialmente, o estudo coletou todas as demandas envolvendo saúde suplementar analisadas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Ceará em 2015. Os processos puderam ser visualizados por meio do sítio eletrônico “<http://esaj.tjce.jus.br>”. Para restringir a pesquisa, utilizou-se as ferramentas de filtros, em que se elegeram as opções quanto à classe “apelação” e “apelação/reexame necessário” e quanto ao assunto “plano de saúde”. Feito este procedimento, constatou-se que no referido período foram proferidos 23 acórdãos.

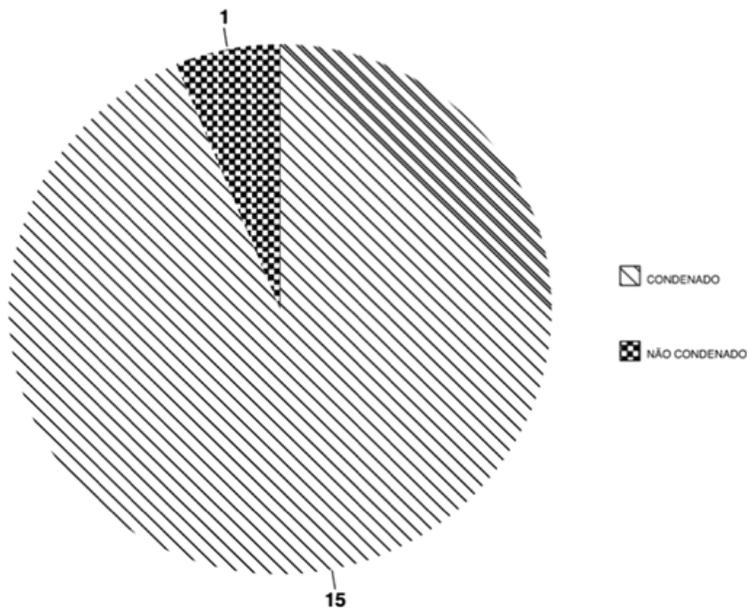
Salienta-se que nem todas as 23 demandas analisadas pleiteavam exclusivamente a realização serviço de assistência médica. Em algumas delasse requeria apenas a condenação em danos morais e danos materiais, havendo um caso específico no qual o plano de saúde buscou a declaração de nulidade de uma multa fixada pelo Programa Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor – DECON. Contudo, na maior parcela dos processos examinados, o usuário da operadora de saúde buscou a condenação da empresa para a realização de tratamentos clínicos e/ou fornecimento de materiais.

Diante do exposto, o primeiro ponto a ser analisado consiste no número de processos em que a operadora de saúde foi vencida e obrigada a fornecer algum tipo de tratamento e/ou material. De todas as demandas examinadas, em apenas uma situação a empresa não foi condenada a prestar o serviço. Trata-se do processo nº 0028926-05.8.06.0001, no qual o usuário requereu a internação para a realização de cirurgia de varizes em dois membros. O pedido foi negado, em função de o autor não ter respeitado a cláusula contratual que estabelecia o período de carência para doenças preexistentes.

Nas demais demandas, as operadoras de saúde foram vencidas e, conseqüentemente, obrigadas a realizar tratamentos médicos ou aprovar o material requerido. O gráfico abaixo demonstra o número de litígios em que a empresa foi condenada pelos magistrados,

levando-se em consideração, apenas, os processos em que se pleiteava algum tipo de procedimento médico e/ou fornecimento de material clínico. Não constando, portanto, os processos em que se requeria exclusivamente a condenação ao pagamento de dano moral e/ou material ou outro tipo de pedido.

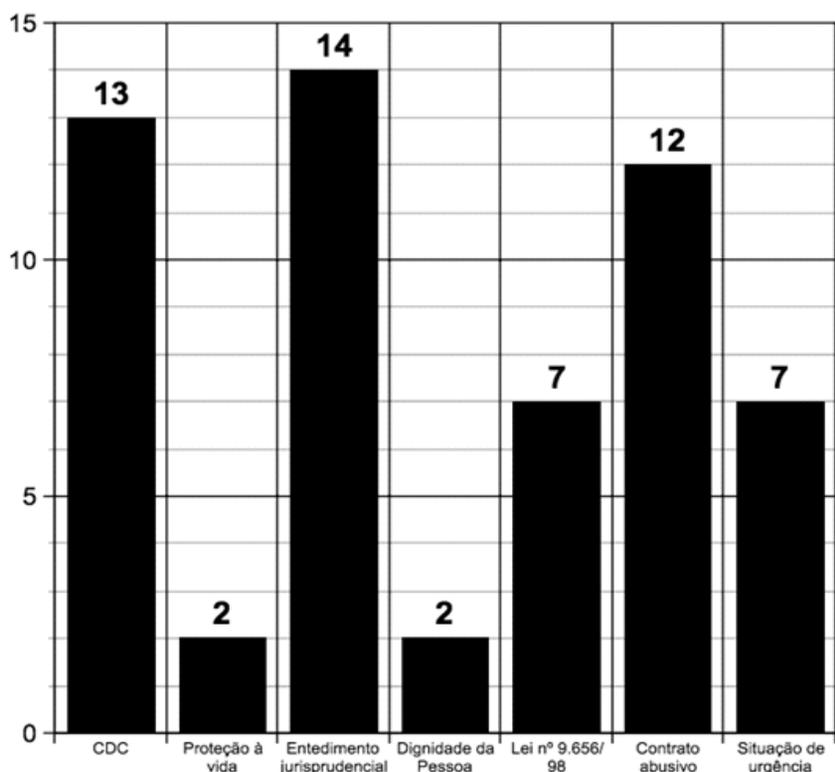
Gráfico 1 – Condenação das Operadoras de Saúde



Fonte: Elaboração própria com base em pesquisa no site do Tribunal de Justiça do Ceará.

Percebe-se que a tendência dos magistrados é de condenar as operadoras de saúde à prestação dos serviços requeridos pelos usuários. Nesse sentido, deve-se analisar quais são os argumentos mais utilizados pelos julgadores a fim de entender a causa desse elevado número de condenações. O exame dos fundamentos usados se faz necessário, pois permitirá a melhor compreensão desse fenômeno e, por conseguinte, será capaz de demonstrar se a intervenção do judiciário nas demandas envolvendo saúde suplementar é ou não adequada. O gráfico a seguir apresenta os principais fundamentos utilizados nas decisões. Ressalta-se que, em cada acórdão, podem estar presentes mais de um dos argumentos expostos.

Gráfico 2 – Fundamentos utilizados nas decisões judiciais.



Fonte: Elaboração própria com base em pesquisa no site do Tribunal de Justiça do Ceará.

O uso do Código de Defesa do Consumidor nas decisões judiciais ocorre em face de se considerar de consumo a relação existente entre as operadoras de saúde e seus usuários. Estando, portanto, estes em situação de hipossuficiência quando comparados com aqueles. Outro argumento bastante utilizado é de que a decisão proferida está de acordo com o entendimento jurisprudencial pátrio. Como exemplo, cita-se o processo nº 0168338-38.2013.8.06.0001, em que se pleiteia o serviço de “home care”. O magistrado, quando da sentença, expôs que a obrigação deve ser cumprida, mesmo que não haja cláusula contratual nesse sentido, uma vez que o Superior Tribunal de Justiça, ao analisar situação semelhante, afirmou ser atribuição do plano de saúde garantir referido serviço para seus usuários.

Apesar de se utilizarem argumentações diferentes, percebe-se que a atuação dos magistrados, na maioria dos casos analisados, é no sentido de afastar a incidência do contrato firmado entre o plano de saúde e o usuário. Cita-se, como exemplo, o caso do Processo nº 0483263-68.2010.8.06.0001: segundo o plano de saúde, o usuário não se enquadrava no perfil estipulado no contrato para a submissão ao procedimento cirúrgico, razão pela qual a realização da cirurgia foi indeferida. Contudo, o Tribunal de Justiça, afastando o exposto no contrato, considerou abusiva a negativa da operadora, com base no art. 14 do CDC¹⁹, determinando, por conseguinte, o pagamento de indenização por danos materiais para cobrir os gastos que o usuário teve com a cirurgia.

Merece também destaque a decisão proferida nos autos do Processo nº 0517226-33.2011.8.06.0001. No caso, o usuário pleiteava que o plano de saúde fornecesse determinado material para a realização de uma cirurgia. Contudo, o pedido foi negado, em sede administrativa, vez que se tratava de material importado e havia previsão no contrato de que o plano de saúde não o cobria. Apesar da existência de cláusula contratual, mais uma vez, o Tribunal de Justiça entendeu por bem afastá-la utilizando-se do seguinte argumento: “embora haja previsão específica de exclusão de material importado, imperioso reconhecer que o material solicitado é indispensável ao autor, conforme informado pelo médico”. Em parágrafo seguinte, continua: “no que tange ao fato de a sonda solicitada constituir material importado, frise-se que é pacífico no meio científico que o dispositivo nacional não tem a mesma eficácia que o importado”.

Neste referido caso, hão de ser analisados dois principais pontos da decisão. O primeiro diz respeito ao fato de o magistrado saber

19 “Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.”

da previsão contratual, que não permitia o uso de material importado, mas, mesmo assim, preferir afastar o contrato haja vista se tratar de questão de urgência. Por outro lado, tem-se, também, o argumento de que o material importado é mais eficaz que o nacional. Este fundamento, por si só, não se mostra adequado, uma vez que foi previamente estabelecido pelas partes a prestação de certo material e não, necessariamente, o mais eficiente. Considera-se, portanto, que o magistrado, ao afastar o disposto no contrato, bem como extrapolar a prestação do serviço para uma só das partes, atua de modo a desequilibrar a relação contratual.

Salienta-se, ainda, que em nenhuma das situações analisadas o usuário argumentou o descumprimento de cláusula contratual. Pelo contrário, afirmava-se que o contrato estava sendo cumprindo, porém, as disposições ali previstas seriam abusivas. Atrelado a isso, dos 16 processos em que se requer a prestação de determinada assistência médica, em 13, a empresa sustenta que o que está sendo pedido não possui respaldo contratual. Nesse sentido, tem-se o exemplo do processo nº 0010546-75.2014.0101, no qual o plano de saúde, em sede de contestação (p. 46), expõe que:

A cobertura do referido procedimento não consta no Rol de Procedimentos da ANS como cobertura obrigatória, não tem cobertura prevista pela Lei nº 9.656/98, não possui cobertura contratual e foi, inclusive, expressa e especificamente excepcionada em recente parecer publicado pela ANS. Por conseguinte, não restam dúvidas de que a negativa proferida pela Unimed do Ceará é absolutamente legítima e regular.

Importante salientar que os contratos dos planos de saúde, antes de serem ofertados ao público, passam por fiscalização na ANS, conforme competência prevista na Lei nº 9.961/2000. Sendo assim, caso haja disposições contrárias à lei ou consideradas abusivas, essa agência haveria de apontá-las. Com efeito, sendo o contrato de prestação de serviços de saúde suplementar um contrato regulado, uma

vez que ele seja considerado adequado pelo agente regulador, cria-se a presunção de que suas cláusulas são compatíveis com o ordenamento jurídico e, como tal, devem ser observadas pelas partes.

A partir das decisões analisadas, uma das conclusões a que se pode chegar é de que a fiscalização da ANS não é eficaz, já que os contratos continuam sendo considerados abusivos pelo Poder Judiciário. Ou, ainda, que o Judiciário está se sobrepondo à competência de uma agência supostamente técnica.

Diante desse cenário, há de se verificar se a atuação dos magistrados quando afastam o contrato firmado pelas partes, considerando abusivas cláusulas ali presentes, pode afetar ou não a atividade econômica dos planos e das seguradoras de saúde. Faz-se, portanto, no próximo tópico, o exame das eventuais consequências que tal intervenção judicial é capaz de causar. Para tanto, o estudo será feito a partir de uma análise econômica, abordando teorias que podem ser aplicadas ao caso retratado.

3. Análise econômica da judicialização da saúde suplementar.

A teoria da barganha desenvolvida no final do século XIX e início do século XX sustenta que o objetivo das normas jurídicas deve ser garantir o cumprimento das promessas firmadas pelos indivíduos. Barganhar significa dialogar sobre o valor a ser adimplido para que haja realização de um acordo. Há, portanto, três elementos principais a serem levados em consideração, quais sejam, proposta ou oferta, aceitação e contraprestação contratual. Nesse sentido, tem-se que cada barganha consiste em uma indução recíproca, na qual se dá algo capaz de incentivar o implemento da promessa. Nas palavras de Robert Cooter e Thomas Ulen:

De acordo com a teoria da barganha, o contrato fica incompleto até que o promissário dê algo ao promitente para induzir a promessa. Quando estiver completo, o contrato se torna “executável”. Em

outras palavras, a contraprestação contratual torna executável a promessa. A teoria da barganha sustenta que as promessas garantidas pela contraprestação são executáveis e que as promessas sem contraprestação são inexecutáveis.²⁰

Aplicando a teoria da barganha à situação dos contratos de saúde suplementar, percebe-se que o valor da mensalidade paga pelos usuários é o incentivo necessário para que as operadoras de saúde cumpram com os serviços previstos no acordo firmado. A partir do momento em que se exige o cumprimento de obrigações não contratadas previamente na relação, sem haver qualquer alteração na contraprestação dos usuários, as operadoras de saúde não se sentirão mais propensas a prestar a assistência requerida.

A presença da barganha nos contratos é, portanto, o elemento capaz de induzir o cumprimento das promessas ali firmadas. Por sua vez, a importância do contrato e o respeito de suas cláusulas são vistos, na economia moderna, como formas de incentivar a atuação de maneira positiva dos agentes, a fim de se obter maior eficiência alocativa dos recursos escassos.

Desse modo, são os contratos instrumentos garantidores de direitos, capazes de dar segurança e previsibilidade às operações econômicas. Tem-se essa conclusão, pois os contratos podem oferecer ao mercado marco regulatório para a atuação judicial, diminuição de obstáculos de comunicação entre os envolvidos, proteção dos ativos de cada agente e elaboração de ferramentas para combater oportunismos²¹.

Precursor da teoria dos incentivos, Ronald Coase²² afirma que

20 COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e Economia*. 5ª. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 203.

21 TIMM, Luciano Benetti. Direito, economia e a função social do contrato: em busca dos verdadeiros interesses coletivos protegíveis no mercado do crédito, *Revista do Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 9, nº 33, p. 27-28, jul./set. 2006.

22 COASE, Ronald H. The nature of the firm, *Economica*, v.4, nº 16, p. 3, nov. 1937.

as transações não eram reguladas, exclusivamente, pelos sistemas de preços, mas também pela influência dos mecanismos lastreados nos contratos. Além disso, esses instrumentos devem ser utilizados, também, para incentivar que os agentes da relação atuem de maneira coordenada visando seus objetivos²³. Nesse sentido, o contrato possui três principais razões para existir: auxilia na alocação eficiente dos riscos, provê incentivos e economiza nos custos de transação²⁴. Sendo assim, conforme expõe Frank Stephen:

As transações serão facilitadas onde existir uma série de tradições, convenções ou leis, conhecidas pelas partes relevantes, para serem aplicadas a tais transações. As partes não necessitam gastar tempo e recursos para decidir como lidar com as contingências se já existir uma série de regras adequadas. Assim, as transações são facilitadas pela existência do direito contratual. Da mesma forma, se ocorrerem contingências não antecipada pelas partes, isto não onerará a transação, porque o direito contratual providenciará as cláusulas omitidas no contrato, reduzindo novamente os custos de transação. O direito contratual fornece muitos “termos implícitos” dos contratos.²⁵

Define-se, portanto, contrato como o acordo firmado, entre duas ou mais partes, visando transmitir direitos e deveres entre elas²⁶.

23 ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN Rachel. *Economia dos contratos: a natureza contratual das firmas*. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN Rachel (Org.). *Direito & Economia: análise econômica do Direito e das Obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 104-105.

24 Custo de transação é entendido como o gasto envolvido em uma barganha. Para haver a formalização de negócios, é necessário que as partes tenham que desembolsar valores para arcar com o cumprimento das promessas. Como exemplo de custos de transação, tem-se a importância despendida para monitorar o desempenho do acordo e punir uma das partes por eventual descumprimento contratual. Portanto, nas palavras de Robert Cooter e Thomas Ulen (2010, p. 105) “custos de transação são os custos das trocas ou comércio”.

25 STEPHEN, Frank H. *Teoria econômica do Direito*. São Paulo: Makron Books, 1993, p. 143.

26 AZEVEDO, Paulo Furquim. *Contratos: uma perspectiva econômica*. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN Rachel (Org.). *Direito & Economia: análise econômica do Direito e das Obrigações*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 113.

No âmbito dos contratos de saúde suplementar, a relação que se estabelece tem por finalidade a prestação de serviços de assistência médica por um agente, enquanto que o outro fica responsável pelo pagamento de valor pré-fixado. Ocorre que, conforme já analisado nos tópicos antecedentes, essas cláusulas firmadas entre as partes não estão sendo observadas quando da atuação do judiciário. De acordo com as decisões examinadas, em 75%²⁷ dos casos, o contrato é tido como abusivo e, por conseguinte, afastado pelos magistrados.

Esse número elevado de decisões afastando o contrato está diretamente relacionado com o fato de os acordos firmados entre os usuários e as operadoras de saúde consistirem em contratos de adesão. Nessas situações, uma das partes redige as cláusulas de forma unilateral, havendo uma imposição dos termos da barganha por um agente em função do outro. O fundamento dos magistrados de afastar o contrato por ele ter sido elaborado de forma unilateral, além de ser um argumento precipitado, vai de encontro à atuação das agências reguladoras, uma vez que estas têm como finalidade justamente evitar esse tipo de situação²⁸.

De qualquer forma, a intervenção do judiciário para supostamente atingir um equilíbrio na relação contratual deve ser considerada como uma externalidade. Estas, por sua vez, consistem nos efeitos causados por medidas de terceiros não participantes do negócio firmado, mas que o impacta diretamente²⁹. As externalidades podem ser tanto positivas, quando a atuação do terceiro acarreta em benefício para o negócio, quanto negativa, na situação em que as ações

27 Levou-se em consideração apenas as demandas em que se pleiteava serviços de assistência médica e/ou fornecimento de medicamentos. No total, são 16 processos, dos quais, em 12, houve o afastamento do contrato firmado entre o usuário e a operadora de saúde por consideração de abusividade contratual.

28 STEPHEN, Frank H. Op. cit. p. 159-160.

29 DIAS, Eduardo Rocha; CAMINHA, Uinie. Saúde privada e a Medicina baseada em evidências como fonte de critérios orientadores da intervenção judicial. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre: HS Editora, v. 31, nº 9, p. 97, abr. 2015.

causam prejuízos aos envolvidos³⁰. A depender do momento em que a ação do terceiro ocorrer, a externalidade poderá ser internalizada, ou seja, o agente que eventualmente sairia prejudicado ainda é capaz de transferir o acréscimo do custo para a outra parte.

Contudo, em hipóteses como a intervenção judicial no âmbito da saúde suplementar, as externalidades já não podem mais ser internalizadas para determinada relação, uma vez que a relação entre usuários e operadores de saúde já está consolidada. Todavia, a recorrência da externalidade faz com que se internalize uma provável externalidade de todas as relações futuras, gerando-se um círculo vicioso.

Diante dessas circunstâncias, costuma-se falar do risco moral que a ausência de internalização pode acarretar. Esse risco pode ser entendido como a tendência das partes de apresentar comportamento desonesto ou indesejável³¹. O risco moral estará configurado quando, por exemplo, o usuário, observando a tendência dos julgamentos, passa a contratar um plano de menor cobertura, já prevendo que, quando for necessário determinado serviço não abrangido pela assistência, ingressará com demanda judicial e obterá sucesso.

Esse comportamento acarreta em diminuição da arrecadação das operadoras de saúde, sem que haja qualquer alteração no custo da assistência, já que a demanda continuará a mesma. Teoricamente, esse custo excedente seria repartido para os demais usuários por meio do aumento de todas as mensalidades, independente do plano contratado, a fim de evitar o fechamento da empresa. Contudo, quando se fala em alteração do valor da contraprestação, é necessário que haja autorização da ANS conforme previsão no artigo 4º, inciso XVII, da Lei nº 9.961/2000³². (...)

30 MANKIWI, N.Gregory. *Introdução à economia*. 5. ed. São Paulo: Editora Cengage Learning, 2009. p. 195-196.

31 *Ibidem*. p. 468.

32 “Art. 4º Compete à ANS: (...) XVII – autorizar reajustes e revisões das contraprestações pecuniárias dos planos privados de assistência à saúde, ouvido o Ministério da Fazenda;” (...)

Outra consequência desses comportamentos oportunistas é a seleção adversa, também conhecida como Teoria do Abacaxi³³. Explica Mankin³⁴ que esse fenômeno ocorre em razão da internalização dos custos indefinidos por conta da insegurança jurídica. Ao cobrar preço alto pelo serviço, aquele “bom” usuário que respeitava as cláusulas contratuais e cumpria com suas obrigações deixa o mercado, por não ter incentivos a aceitar uma nova oferta oferecida. Em contrapartida, os “maus” usuários, aqueles que não se importam com os termos firmados, continuarão contratando serviços com menor cobertura, entretanto, quando necessitarem de assistência além da pactuada, buscarão o Judiciário³⁵. Também, nesse sentido, expõem Luciano Timm e Francisco Alves:

Quando a seguradora é condenada a pagar indenização não prevista deve ela despende quantia não provisionada. Cria-se um desequilíbrio na malha de contratos, pois o padrão é quebrado. Assim acaba a seguradora obrigada a aumentar o preço dos serviços por ela prestados e o valor dos prêmios pagos, também procedendo com a realocação de seus recursos no plano interno da firma. O impacto imediato é verificado, portanto, no sistema de preços. A seguradora não arcará com os prejuízos oriundos das decisões judiciais, mas passará estes custos “extras” a seus clientes, ou seja, aos outros segurados. “As indenizações impostas judicialmente, quando possível, passam a integrar o processo produtivo e são transferidas para a sociedade o que é uma externalidade resultante de decisão judicial”.³⁶

33 Utilizou-se a expressão “Teoria do Abacaxi” quando da tradução para o português do artigo “The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism” publicado no Quarterly Journal of Economics pelo economista George Akerlof (vencedor do Prêmio Nobel em Economia em 2001), pois, no linguajar popular, o brasileiro refere-se a problemas complexos como “abacaxis”.

34 MANKIWI, N. Gregory. Op. cit. p. 469.

35 DIAS, Eduardo Rocha; CAMINHA, Uinie. Op. cit. p. 98.

36 CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, XVI, 2007, Belo Horizonte. TIMM, Luciano Benetti; ALVES, Francisco Kümmel. *Custos de transação no contrato de seguro: Proteger o segurado é socialmente desejável*. Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007, p. 2723.

O Poder Judiciário exerce influência direta na economia e no crescimento de mercados. Essa influência pode ser incentivo positivo ou negativo a condutas oportunistas. Percebe-se que a atuação deste Poder não vem contribuindo de forma positiva. No Brasil, costumam-se apontar dois fenômenos que são consequências principais da falta de previsibilidade das decisões: a judicialização e a politização. Pelo primeiro, entende-se como a tendência dos demais poderes de transferir para o Judiciário questões eminentemente políticas. Já o segundo, compreende-se como a atuação dos magistrados em favorecer determinada classe social ou segmento ou grupos específicos³⁷.

Douglass North³⁸ afirma que a dificuldade em se estabelecer um sistema judiciário imparcial, que vise garantir o cumprimento das obrigações firmadas pelos particulares, configura-se como um dos principais obstáculos para o desenvolvimento econômico. Nesse sentido, a atuação do judiciário em invalidar as cláusulas contratuais no âmbito da saúde suplementar é imprevisível, acarreta insegurança para este mercado e, por conseguinte, torna-o ineficiente.

Conclusão.

Por meio da pesquisa, observou-se a tendência dos juízes em julgar as ações procedentes, impelindo, portanto, as operadoras de saúde à prestação de tratamento e/ou fornecimento de medicamentos. Dentre os principais argumentos usados pelos magistrados, destacou-se a declaração de abusividade das cláusulas contratuais e, por conseguinte, o afastamento dos termos firmados entre os usuários e as operadoras de saúde. Ressalta-se este fundamento, pois se sabe que os contratos dos planos de saúde antes de serem disponibiliza-

37 PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2006, p. 262-264.

38 NORTH, Douglas. Transaction Costs, Institutions and Economic Performance. *International Center for Economic Growth. Occasional Paper n° 30*. San Francisco: ICS Press, 1992, p. 8.

dos para o público, passam por aprovação da Agência Nacional de Saúde Suplementar, agência responsável por regular este mercado.

A desconsideração do contrato, instrumento necessário por garantir a eficiente alocação dos recursos, traz insegurança jurídica para os negócios firmados. A atuação dos magistrados, desse modo, é considerada como uma externalidade negativa, já que se trata de ação de terceiro capaz de influenciar nos custos de transação, desequilibrando a relação entre os usuários e as operadoras de saúde.

Essa externalidade, por ocorrer em momento posterior ao fechamento do negócio, dificilmente será internalizada pelos agentes nas relações em que ocorrem, mas certamente o será em todas as demais a partir da recorrente internalização das externalidades. Essa internalização acaba por, de um lado, incentivar comportamentos oportunistas que ocasionam risco moral e que desincentiva agentes honestos a permanecerem nesse mercado (seleção adversa).

Com efeito, aumentados os preços em função dos custos adicionais gerados pela atuação dos magistrados, aqueles que são considerados “bons” usuários rescindirão o contrato, já que a elevação dos valores se deu não por conta da melhoria do serviço, mas somente pela redistribuição dos gastos. Em contrapartida, os “maus” usuários permanecerão contratando serviços com menor cobertura e, quando necessitarem de assistência além da pactuada, buscarão o Judiciário. A mesma análise pode ser feita quanto às operadoras de saúde, pois, para evitar a redução do número de usuários, não elevam o valor da mensalidade, mas, em compensação, passam a remunerar mal os profissionais de saúde. Nesse caso, a seleção adversa atingirá a qualidade dos serviços prestados.

Desse modo, a intervenção judicial deve se dar levando em consideração as consequências econômicas geradas no mercado da saúde suplementar. O afastamento dos termos contratuais deve ser a exceção, levando-se em conta a efetiva ocorrência de circunstâncias que autorizem legalmente essa medida.