

INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA – IDP  
ESCOLA DE DIREITO DO BRASIL – EDIRB  
MESTRADO PROFISSIONAL INTERDISCIPLINAR EM DIREITO, JUSTIÇA E  
DESENVOLVIMENTO

**NELSON RICARDO CASALLEIRO**

**SISTEMA DE SAÚDE PRIVADO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988:  
UMA ANÁLISE CRÍTICA DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES À  
LUZ DA TEORIA LIBERAL DE FREDERIK HAYEK**

São Paulo

2021

**NELSON RICARDO CASALLEIRO**

**SISTEMA DE SAÚDE PRIVADO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988:  
UMA ANÁLISE CRÍTICA DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES À  
LUZ DA TEORIA LIBERAL DE FREDERIK HAYEK**

Dissertação de Mestrado, desenvolvida sob a orientação do Prof. Dr. Rafael de Paula Santos Cortez, apresentada para obtenção de Aprovação em Exame de Qualificação

São Paulo

2021

**NELSON RICARDO CASALLEIRO**

**SISTEMA DE SAÚDE PRIVADO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988:  
UMA ANÁLISE CRÍTICA DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES À  
LUZ DA TEORIA LIBERAL DE FREDERIK HAYEK**

Dissertação de Mestrado apresentada ao  
Programa de Mestrado Interdisciplinar  
Profissional em Direito, Justiça e  
Desenvolvimento, como requisito parcial para  
obtenção do título de Mestre em Direito.

\_\_\_ de dezembro de 2021

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Dr. RAFAEL DE PAULA SANTOS CORTEZ

Professor Orientador

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP

---

Prof. Dr. Ricardo Morashita Wada

---

Profa. Dra. Luciana Yeung

Para Teresa, sempre.

## AGRADECIMENTOS

Um agradecimento especial ao meu orientador, Professor Doutor Rafael de Paula Santos Cortez, nos limites que o isolamento social permitiu, sempre esteve presente auxiliando na conclusão do trabalho.

Agradeço imensamente aos Professores Doutores Ricardo Morashita Wada e Luciana Yeung, que tiveram a gentileza de ler e de criticar construtivamente o meu trabalho.

O tempo e a dedicação para o estudo somente foram possíveis, para quem exerce as atividades profissionais intensas, devido ao fato de ter comigo uma equipe de trabalho diferenciada, como os servidores da 3ª Vara Cível da Comarca de Taboão da Serra, comandada pelo Diretor Osmar Makio. Mas um agradecimento especial deve ser feito à minha assistente Thais Zanetti.

Agradeço ao Dr. André Luiz B. Nunes, médico de renome, mas antes de tudo amigo de mais de quarenta anos. Muito me ajudou no levantamento de dados da pesquisa e paciente nas inúmeras vezes que lhe procurei para tirar dúvidas sobre assuntos médicos.

O agradecimento aos velhos amigos obriga a agradecer também aos novos: Daniel, José Leite, Miguel, Luciano e um agradecimento especial ao Paulo Carvalheiro.

Nunca poderei agradecer suficientemente aos meus pais, Nelson e Therezinha e a minha madrinha Walda, já falecidos, mas que sempre foram meu exemplo de retidão moral e dignidade.

Meus filhos, Gabriel e Ricardo, que me deram inúmeras noites de insônia que, às vezes, pareciam infinitas, mas que me deram um ótimo motivo para nunca esquecer a razão de fazer tudo aquilo que eu tinha que fazer.

## RESUMO

A dissertação tem o propósito de desenvolver uma argumentação normativa acerca do modelo de serviço de atendimento à saúde através de planos/seguros privados. A pesquisa está baseada em duas perguntas: O modelo de saúde desenhado na Constituição Federal permite uma interpretação baseada em princípios liberais, autonomia contratual e liberdade econômica? Uma alteração legislativa e jurisprudencial de tal ordem redundaria em melhorias no funcionamento dos serviços? A pesquisa procurou abordar a interpretação dada pelos Tribunais Brasileiros acerca dos contratos de prestação de seguros de saúde, por meio da análise econômica dos resultados apresentados pelo setor na década de 2010, confrontando estes resultados com um novo paradigma interpretativo, a partir da teoria normativa liberal de Frederik A. Hayek.

Palavras-chave: Planos de saúde; saúde da população; Liberalismo; Frederik A. Hayek.

## **ABSTRACT**

The dissertation aims to develop a normative argument about the health care service model through private plans/insurance. The research is based on two questions: Does the health model designed in the Federal Constitution allow an interpretation based on liberal principles, contractual autonomy and economic freedom? Would such a legislative and jurisprudential change result in improvements in the functioning of the services? The research seeks to address the interpretation given by the Brazilian Courts about health insurance provision contracts, through the economic analysis of the results presented by the sector in the decade of 2010, comparing these results with a new interpretive paradigm, based on the liberal normative theory of Frederik A. Hayek.

Keywords: Health plans; population health; Liberalism; Frederik A. Hayek.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>1 O SISTEMA DE SAÚDE NO BRASIL .....</b>	<b>17</b>
1.1 A ARQUITETURA CONSTITUCIONAL .....	17
1.2 HISTÓRIA DOS PLANOS DE SAÚDE NO BRASIL .....	24
1.3 CONCEITO E TAXONOMIA DOS PLANOS DE SAÚDE .....	29
1.4 O SISTEMA DA SAÚDE PRIVADA A PARTIR DE 1988 .....	34
<b>2 TEORIAS NORMATIVAS E O DIREITO À SAÚDE .....</b>	<b>44</b>
2.1 A TEORIA IGUALITÁRIA DE JOHN RAWLS E A CRÍTICA DE HAYEK .....	44
2.2 A FUNÇÃO DO DIREITO .....	49
2.3 A ORDEM PÚBLICA E A PRIVADA: O DIREITO À SAÚDE COMO UM BEM FORNECIDO PELO ESTADO .....	51
<b>3 A JURIS PRUDÊNCIA SOBRE OS PLANOS DE SAÚDE E SUA ANÁLISE ECONÔMICA .....</b>	<b>60</b>
3.1 AS DECISÕES JUDICIAIS ACERCA DA MATÉRIA .....	60
3.2 ANÁLISE ECONÔMICA DO SETOR .....	67
3.3 ESBOÇO DE UM NOVO MODELO .....	72
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>77</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>82</b>

## INTRODUÇÃO

O artigo 6º da Constituição Federal inclui a saúde no elenco dos direitos fundamentais, tendo o constituinte de 1988, no título da ordem social, instituído um conjunto de normas que pretende coordenar ações públicas e particulares destinadas a assegurar tais direitos, além daqueles relativos à previdência e assistência social. Para tanto, institui o Sistema Único de Saúde, que se constitui numa rede regionalizada e hierarquizada que visa à redução dos riscos de doenças e de outros agravos, objetivando à promoção, à proteção e à recuperação da saúde, por meio do acesso universal, igualitário e equânime da saúde<sup>1</sup>.

A promessa constitucional de organizar um sistema de saúde com tamanho grau de abrangência que, ao final e ao cabo, promete atender a todos, com tudo e a todo o tempo, seria muito difícil, senão impossível, mesmo em tempos de crescimento econômico acelerado, o que não se verificou nos anos imediatamente posteriores à promulgação da constituição<sup>2</sup> e mesmo nas décadas que compõe o século XXI, resultou num sistema de atendimento reconhecidamente problemático, talvez não pela abrangência, mas sem qualquer dúvida pela lentidão e ineficiência crônica que afeta sobretudo os mais necessitados<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Conforme os artigos 196 a 198 da CF/88: Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - participação da comunidade.”

<sup>2</sup> Segundo Marco Antonio de Camargos “...nos 10 anos de 1990 a 1999, o PIB terá crescido em média de 1,7% a.a. (2,9% a.a. em 1980-1989), a inflação anual ficado em média em 278% (272,5% em 1980-1989), a taxa de investimento média a preços constantes de 1980 em 15,9% do PIB (18,2% do PIB nos anos 80), as exportações crescido em média 4,5% a.a. (8,5% a.a. em 1980-1989), e a taxa de desemprego ficado em média 5,7% (contra 5,4% na década passada)”. Reflexões sobre o cenário econômico brasileiro nos anos 90. Disponível em [abepro.org.br/biblioteca/ENEGEP2002\\_TR\\_30\\_0918.pdf](http://abepro.org.br/biblioteca/ENEGEP2002_TR_30_0918.pdf). Acesso em 15 jul. 2020.

<sup>3</sup> De acordo com a reportagem veiculada no sítio de internet UOL: “No sistema público de saúde, esperar é quase parte do protocolo. Na prática, significa que o SUS realiza bem menos consultas do que poderia. Segundo o Fisc Saúde 2016, o Brasil apresentou uma média de 2,8 consultas por habitantes no ano de 2012, o 27º colocado entre 30 países. Taxa muito inferior ao dos países mais bem colocados: Coreia do Sul (14,3), Japão (12,9) e Hungria (11,8). Segundo o pesquisador, não mudou muito desde então. Infelizmente, a demanda é maior do que a oferta. Desde 1988, incluímos nos SUS

Ao lado do sistema público, por outro lado, a Constituição Federal previu a possibilidade de atuação dos particulares na área da saúde, sendo livre a sua atuação, nos termos do artigo 199 da Carta Política, havendo a previsão, no parágrafo 1º do citado dispositivo, que o setor privado poderia participar do sistema único de saúde **de forma complementar**.

De forma bastante resumida, beirando o simplório, podemos dizer que o constituinte arquitetou um sistema de saúde pública primordialmente estatal, cuja participação privada se desse em caráter complementar, sob coordenação/fiscalização/controlado dos entes públicos, em áreas específicas onde assim determinasse o interesse público, havendo liberdade de iniciativa plena, no que se refere à atuação na saúde privada.

A impossibilidade de cumprimento da promessa de atendimento integral e universal feita pelo constituinte foi agravada pelos anos de crise econômica verificada nos anos seguintes à promulgação da Constituição. Esse fato terminou por criar uma situação fática completamente diferente daquela desenhada na Carta de 1988, de um sistema de saúde pública mista, com a participação **complementar** da iniciativa privada num sistema estatal e privado sobrepostos. Houve a criação (ou pelo menos um crescimento exacerbado) de um sistema de saúde pública de gestão privada, a margem e concorrente com o sistema de gestão pública, de forma descentralizada e, principalmente, sem qualquer tipo de hierarquia, baseado nos contratos de planos e seguros de saúde privados (FONTENELLE, 2017).

Não há de se negar que, em todas as classes sociais, vencido o obstáculo da possibilidade de arcar com o pagamento de estudo em estabelecimentos de ensino privado para os filhos, o próximo desejo de consumo das famílias será o pagamento de um “plano de saúde” nas suas diversas modalidades oferecidas no mercado (FONTENELLE, 2017, p. 91).

Entre as inúmeras consequências que esse fato acarreta, relevante destacar que esse mercado movimentava vários bilhões de reais em pagamentos de mensalidades, pagamentos a prestadores de serviços (pessoas físicas e jurídicas), reembolso de valores, deduções de imposto de renda, que deveriam, de alguma forma, serem computados como financiamento/dispêndios da saúde pública, vez que compõem parcela relevante do sistema de seguridade social do Estado brasileiro.

---

90 milhões de novos usuários, mas continuamos gastando apenas US\$ 400 por habitante/ano." Acesso em 16/07/2020.

Não se pretende, entretanto, empreender um diagnóstico do mau funcionamento do sistema de saúde como um todo. Nem mesmo se quer arriscar oferecer soluções para problemas de tamanha complexidade. Falta conhecimento, talento, tempo e oportunidade para tanto. É preciso propor um recorte epistemológico e metodológico bastante preciso para possibilitar que o empreendimento seja possível. Como citamos anteriormente, o constituinte de 1988 previu um sistema que combina atuação pública e privada na saúde.

Do ponto de vista da gestão desses recursos podemos dividir o serviço público de saúde em serviço público de gestão pública propriamente dita (nos três âmbitos federativos)<sup>4</sup> e o serviço público de gestão privada (principalmente por meio da concessão de serviços públicos por intermédio de OS's e OSCIP's).<sup>5</sup>

Souza (2014), partindo de um critério baseado na forma de custeio apresenta a seguinte divisão dos serviços privados de saúde: sistema de pré-pagamento, por meio de planos/seguros de saúde; e sistema de desembolso direito (*out of pocket*), por ocasião do consumo do serviço. A esta classificação permitimo-nos a inclusão dos serviços de saúde de natureza caritativa, oferecido de forma centenária pelas Santas Casas<sup>6</sup> e os hospitais universitários vinculados às universidades públicas e privadas.

Feita essa classificação, a dissertação abrangerá o funcionamento do mercado de prestação de serviços pré-pagos de saúde, aqueles fornecidos pelas empresas de planos/seguros de saúde, procurando identificar os motivos de suas disfuncionalidades e oferecer alternativas que possibilitem a busca de eficiência do modelo.

A arquitetura legal desse modelo foi desenvolvida a partir do final dos anos de 1990, na gestão de José Serra à frente do Ministério da Saúde, no Governo de Fernando Henrique Cardoso e buscou efetuar um novo modelo de gestão da saúde privada no país.

---

<sup>4</sup> Lei no. 8.080/90.

<sup>5</sup> Leis no. 9.637/98 e no. 9.790/99, respectivamente.

<sup>6</sup> No Brasil, as primeiras Santas Casas surgiram logo após o seu descobrimento, precedendo a própria organização jurídica do Estado brasileiro, criado através da Constituição Imperial de 25 de março de 1824. Até esta data já haviam sido fundadas as Santas Casas de Santos (1543); Salvador (1549); Rio de Janeiro (1567); Vitória (1818); São Paulo (1599); João Pessoa (1602); Belém (1619); São Luís (1657), Campos (1792) e Porto alegre (1803) entre outras. Destas derivaram outras entidades similares, como as Beneficências Portuguesas, Hospitais Filantrópicos das comunidades Judaica, Japonesa, Sírio-Libanesa, ou mesmo ligadas a movimentos da igreja Católica, Protestante, Evangélica, Espírita, entre outras, totalizando, até os dias atuais, cerca de 2.100 estabelecimentos de saúde espalhados por todo o território brasileiro. Disponível em: <https://www.cmb.org.br/cmb/index.php/institucional/quem-somos/historico>. Acesso em: 07 jul. 2021.

Nesse sentido, a Lei no. 9.656/98 (Regulamenta os Planos de Saúde) não deve ser vista de uma forma isolada, mas num conjunto normativo mais amplo<sup>7</sup>, com uma orientação político ideológica bastante clara: a unificação dos serviços de saúde, tanto os de gestão pública quanto os de gestão privada, sob os princípios da unicidade, da universalidade e da equidade, apontando para uma forte regulação estatal e uma restrição à autonomia privada em relação aos negócios jurídicos.<sup>8</sup>

Assim, a primeira hipótese de trabalho é que o excesso regulatório estatal, tanto legislativo, quanto administrativo (exercido pela ANS), quanto judicial tem sido um fator crítico no que diz respeito ao mau funcionamento do sistema.

Num primeiro momento, a premissa de piora no funcionamento dos planos de saúde a partir de 1998, quando da adoção de uma política de unificação principiológica entre os sistemas público e privado, tem algo de evidência anedótica. Em primeiro lugar, vivenciamos esta experiência na primeira pessoa. Ingressamos como usuário em 1984, ainda no sistema de transição entre o antigo modelo de caixa beneficente de categoria profissional (a CABESP, dos funcionários do Banco Banespa S/A), passando, já em 1986, para beneficiário de plano empresarial da Interclínicas, totalmente custeada pela já extinta Arthur Andersen, quando os contratos ainda possuíam um grau maior de liberdade, a partir da aplicação das disposições do Código Civil de 1916.

Nestes trinta e seis anos, vimos e experimentamos todas as alterações do sistema até o atual, com forte regulação legal, administrativa e judicial. Passamos das faixas mais baixas de preços dos usuários entre 18 a 21 anos até os portais da terceira idade. Tanto dos planos empresariais quanto dos individuais.

Neste sentido, a metodologia tem algo da dialética platônica (PAVIANI, 1995):

“Em termos tradicionais é possível dizer que na dialética estão presentes, fundidos num único movimento, aspectos ontológicos, gnosiológicos, antropológicos, cosmológicos, éticos e outros. Ao mesmo tempo que as ideias se apresentam caracterizadas pela inteligibilidade, incorporidade, imutabilidade, unidade etc., o fenômeno da anamnese (da maiêutica socrática) revela os diversos graus do conhecimento caracterizados segundo

---

<sup>7</sup> Neste sentido as Lei nos. 9.961/00 (Institui a ANS) 9.961/00 (Institui a ANVISA), 9.790/99 (prevê a criação de OSCIP'S e a concessão para a gestão de hospitais públicos)

<sup>8</sup> A observação de que as alterações legislativas encaminhadas na gestão do Ministro José Serra pretenderam ocasionar uma “unificação principiológica” do sistema suplementar de saúde com o sistema único e o reflexo de redução da autonomia privada, especialmente no que diz respeito ao desestímulo da especialização de riscos dos contratos de planos de saúde, sem o tom crítico que exprimimos em nosso texto, parte da aula ministrada pela Professora Raquel Sztajn, no curso “Direito e Economia”, promovido pela Escola Paulista da Magistratura, em 30 jun. /2021. Disponível em: [http://www.nucleomedia.com.br/get\\_webcast.asp?id=49465](http://www.nucleomedia.com.br/get_webcast.asp?id=49465), entre os minutos 56:56 e 1:02:41.

a natureza (as funções) da alma. Nesse entrelaçamento entre a natureza das Ideias e a natureza da alma, as formas de conhecimento que Platão expõe na República, a *doxa* e a *episteme*, articulam-se com os graus da realidade, desde o sensível até o inteligível. Para chegar à intelecção (*noesis*) da ideia de Bem é necessário passar pelo entendimento discursivo (*dianoia*) dos objetos matemáticos, e isto só é possível após a superação das fases do conhecimento da opinião (*doxa*), isto é, da crença (*pistis*) nos objetos sensíveis e da imaginação (*eikasia*) das imagens sensíveis. O homem comum, portanto, ao deter-se na opinião não pensa dialeticamente. Nem o matemático ao usar o entendimento. O dialético situa-se no mais alto grau e nele "capta" as Ideias, suas relações dialéticas e, finalmente, pode intuir a Ideia de Bem, o Uno".

A pesquisa nasce do conhecimento empírico das coisas sensíveis (*eukasia*), na medida que em mais de 36 anos de observação, pudemos verificar a contínua deterioração do padrão de atendimento dos planos/seguros de saúde. A partir da observação do sensível, ascendemos à opinião (*doxa*) de que tal deterioração se deve ao ambiente regulatório e judicial que iguala o serviço privado de atendimento ao público, trazendo a este o mau padrão de qualidade.

Dessa observação sensível, procuraremos, por meio do pensamento discursivo (*dianoia*) e a partir do marco teórico adotado, estabelecer a premissas para uma nova interpretação constitucional, atingindo a intuição intelectual (*episteme*), sustentada pela premissa de que esta nova leitura dos dispositivos constitucionais promove os princípios da universalidade, da equidade e da integralidade do atendimento à saúde. Outra decorrência lógica desse estado de coisas é que as decisões estatais de alguma forma afetam o sistema de saúde impropriamente denominado como privado, na verdade impacta diretamente questões de interesse público primário.

Buscar-se-á suportar tais afirmações por meio de dados que comprovem cientificamente as afirmações lançadas.

Devem ser feitas algumas ressalvas introdutórias, entretanto, vez que as políticas públicas, até o final dos anos de 1990, no Brasil, carecessem de mecanismos gerenciais de controle dos resultados das políticas públicas. De fato, somente a partir do governo Fernando Henrique, com as reformas administrativas (principalmente com a criação das agências reguladoras) e a "reforma do judiciário" (através da EC 45), com a criação do CNJ, foram adotadas medidas no sentido de se instituírem métricas qualitativas e quantitativas dos serviços públicos (no caso do Poder Judiciário, até mesmo a instituição de pesquisas quantitativas sobre as demandas judiciais no país).

Isso significa dizer que não são encontradas pesquisas anteriores aos anos 2000 e, portanto, não há possibilidade de comparar a eficiência do modelo de gestão

anterior, baseado num regime jurídico de maior liberdade contratual, com o modelo adotado a partir do final dos anos da década de 1990.

O que podemos fazer é uma comparação da evolução dos dados já dentro deste modelo de gestão, constatando se houve uma piora nos dados relativos à qualidade no atendimento, evolução dos preços, demanda dos usuários e judicialização da gestão dos planos de saúde, a partir dos dados disponíveis no *site* da ANS (relativamente a qualidade dos serviços prestados, preços ofertados e quantidade de usuários), bem como do CNJ (relativamente as demandas envolvendo a chamada “judicialização da saúde”).

Nossa pesquisa optou pela abordagem dos excessos regulatórios dos planos de saúde a partir da intervenção judicial em casos envolvendo demandas entre consumidores e administradoras de serviços de saúde. Em primeiro lugar pela familiaridade que o exercício profissional nos concede e, mais importante, porque não é incomum decisões judiciais que vão além da regulação expedida pela ANS<sup>9</sup>.

O crescimento da procura pelo atendimento privado levou, por outro lado, a um aumento, também exponencial, das demandas judiciais relativas à saúde, como demonstra estudo divulgado pelo CNJ<sup>10</sup>.

Extraímos desse mesmo estudo que as matérias que mais têm demandado intervenção judicial:

“Os principais assuntos discutidos nos processos em primeira instância são: “Plano de Saúde”, “Seguro” e “Saúde”, seguidos de “Tratamento Médico-

---

<sup>9</sup> Por todas, vejam a matéria postada no sítio “Migalhas”: Para magistrada, é abusiva a negativa de cobertura de custeio de tratamento e o off label não implica que o tratamento seja incorreto. Plano de saúde deve autorizar, custear e fornecer o medicamento Osimertinib Tagrisso para tratamento glioblastoma multiforme. A operadora se negou devido ao remédio não fazer parte do rol da ANS e ser off label. Para a juíza de Direito Clarissa Rodrigues Alves, da 14ª vara Cível de SP, no entanto, é abusiva a negativa de cobertura de custeio de tratamento e o off label não implica que o tratamento seja incorreto. A paciente alegou que foi diagnosticada com glioblastoma multiforme, com indicação médica de utilização do fármaco Osimertinib Tagrisso para o tratamento da doença, eis que não respondeu bem às terapias tradicionais. O plano de saúde, no entanto, se negou a custear o medicamento por não ser contemplado no contrato vigente e não fazer parte do rol da ANS. Processo: 1122701-39.2020.8.26.0100. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/347814/plano-de-saude-deve-custear-remedio-off-label-e-fora-do-rol-da-ans>. Acesso em: 17 jul. 2021.

<sup>10</sup> “Considerando o acima exposto, a LAI permitiu a identificação de 498.715 processos de primeira instância, distribuídos entre 17 justiças estaduais<sup>3</sup>, e 277.411 processos de segunda instância, distribuídos entre 15 tribunais estaduais<sup>4</sup>, no período entre 2008 e 2017. Considerando o ano de distribuição dos processos, verifica-se que há um crescimento acentuado de aproximadamente 130% no número de demandas anuais de primeira instância (Justiça Estadual) relativas ao direito à saúde de 2008 para 2017. Para o mesmo período, os relatórios “Justiça em Números” do CNJ apontam um crescimento de 50% no número total de processos em primeira instância. O crescimento das demandas sobre saúde foi, portanto, muito superior ao crescimento das demandas em geral do Judiciário, reforçando a relevância do tema.” Conselho Nacional de Justiça. **Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e perspectiva**. Brasília. 2019. Pp. 15. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/01/f74c66d46cfea933bf22005ca50ec915.pdf>.

Hospitalar e/ou Fornecimento de Medicamentos”. Nota-se, em particular, uma participação muito elevada dos assuntos “Plano de Saúde” e “Seguro”, revelando a relevância da litigância judicial na esfera da saúde suplementar, assunto ainda pouco investigado na literatura sobre o tema.”<sup>11</sup>

Observamos, a partir desse levantamento, que as questões mais suscitadas perante os Tribunais dizem respeito ao reajuste de preços dos planos/seguros de saúde, bem como a tentativa de universalização do atendimento, por meio de pedidos de fornecimento de medicamentos/tratamentos, mesmo sem previsão contratual para tanto.

Avançando, entretanto, é fato conhecido que o sistema de saúde privado, na modalidade *out of pocket*, no tocante a qualidade da medicina praticada no Brasil tem padrão e reconhecimento internacional<sup>121314</sup>.

Duas constatações são necessárias: tratando-se de relações jurídicas de direito privado, estão submetidos a um regime jurídico no qual a autonomia privada tem um grau de aplicação superior e a especialização dos serviços que oferecem tem relação direta com o alto padrão de qualidade.

Desse fato acreditamos ser possível inferir que a especialização é uma das receitas para a melhoria dos serviços, como se verifica na medicina privada, mas a especialização necessita de maior liberdade contratual como campo para florescimento.

---

<sup>11</sup> Ibidem, p. 15.

<sup>12</sup> Segundo a Revista Veja: “*Todos os anos, a revista americana Newsweek, em parceria com a empresa global de pesquisa de mercado Statista, elege os melhores hospitais em geral e os melhores hospitais especializados do mundo. Em 2021, o Centro de Oncologia e Hematologia Einstein Família Dayan – Daycoval, do Hospital Albert Einstein, ficou em primeiro lugar entre os hospitais da América Latina e em 21º lugar no ranking mundial de melhores hospitais oncológicos*”. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/saude/centro-de-oncologia-do-einstein-e-eleito-o-melhor-da-america-latina/>. Acesso em 07 jul. 2021.

<sup>13</sup> Segundo o sítio Medicina S/A: “O Hospital Alemão Oswaldo Cruz inaugurou o Centro Especializado em Aparelho Digestivo. Com investimento de cerca de R\$ 2,5 milhões, o serviço ocupa um dos andares da Unidade Paulista da Instituição e reúne no mesmo local renomado time de especialistas médicos, que atuarão de forma integrada e multidisciplinar no tratamento e diagnóstico de doenças do aparelho digestivo. Disponível em: <https://medicinasa.com.br/oswaldo-cruz-digestivo/>. Acesso em: 08 jul. 2021.

<sup>14</sup> Segundo a ABRAMED: Hospital Sírio-Libanês é um centro de referência em saúde, com uma longa trajetória de assistência ao paciente, atuação em projetos voltados à sociedade brasileira e inovação em ensino e pesquisa. A mantenedora, Sociedade Beneficente de Senhoras, é uma instituição sem fins lucrativos criada em 1921 por um grupo de mulheres das comunidades síria e libanesa. O hospital foi inaugurado oficialmente em 1965, sobre as bases da humanização do cuidado, da excelência e do pioneirismo. Hoje, possui sede na Bela Vista e outras duas unidades em São Paulo, no Itaim e Jardins. Em Brasília, conta com duas unidades dedicadas à Oncologia Clínica e Radioterapia e um Centro de Diagnósticos. Este ano, se tornou o primeiro do país a receber o certificado pelo Programa de Acreditação em Diagnóstico por Imagem (PADI), pela qualidade de exames e laudos oferecidos”. Disponível em: <http://abramed.org.br/antigo/hospital-sirio-libanes/>. Acesso em: 08 jul. 2021.

A questão que deve ser respondida é a seguinte, no atual desenho constitucional: É possível um modelo que permita às empresas gestoras de planos de saúde o exercício mais efetivo da autonomia privada? Em outras palavras, mesmo diante de um sistema “único”, podemos ter, em relação à gestão privada de saúde, um exercício de liberdade negocial que permita a busca da eficiência de um determinado setor, em benefício do sistema como um todo?

O marco teórico da pesquisa é o pensamento de Frederik August von Hayek. Embora seja autor de uma obra monumental que percorre a ciência política, a moral, a economia e o direito, o pensamento de Hayek pode ser resumido em uma única palavra: LIBERDADE.

Sua obra econômica mais conhecida, que lhe valeu um prêmio Nobel: “O uso do conhecimento na sociedade”, publicado em 1945, tem como mote principal o fato que os preços contêm sinais de informação, promovendo ajustes harmoniosos e espontâneos dentro de uma sociedade de mercado. A intervenção estatal na economia, portanto, seria causa de falhas, que poderiam levar a maus investimentos e em última hipótese, em desemprego e recessão.

Sua obra política, com especial destaque ao livro “O caminho da servidão”, conclui que toda as formas de coletivismo, seja de esquerda, seja de direita leva à tirania e à escravidão, com a supressão da liberdade individual. Sua obra jurídica afirma que o Direito deve estar a serviço da criação de uma ordem espontânea, capaz de gerar riqueza e prosperidade, embora reconheça um lugar para a ordem criada e dirigida pelo Estado, em situações específicas, desenvolvendo os conceitos de “*kosmos*” e “*taxis*”, que terão papel central na tese desenvolvida neste trabalho, como forma de harmonização de um sistema público e privado de saúde.

Hayek (1945), ao seu turno, faz uma crítica ácida ao pensamento rawlsiano e ao conceito de justiça distributiva em geral:

“o que espero ter deixado claro é que a expressão ‘justiça social’ não é, como a maioria das pessoas provavelmente supõe, uma expressão ingênua de boa vontade para com todos os menos afortunados, tendo, antes, se tornado uma insinuação desonesta de que se tem o dever de concordar com uma exigência feita por algum grupo de pressão incapaz de justificá-la concretamente. Para que o debate político seja honesto, é necessário que as pessoas reconheçam que a expressão é desonrosa, do ponto de vista intelectual, símbolo da demagogia ou do jornalismo barato...”

Isto porque, para Hayek (1945): “a distribuição das riquezas sociais deve expressar de algum modo as escolhas das pessoas e que, portanto, uma distribuição

idêntica de riquezas não é necessariamente uma distribuição justa ou igualitária” (FERRAZ, 2007, p. 2).

Assim, segundo Hayek (1945), a justiça só pode ser mantida dentro de um ambiente jurídico que assegure as regras do jogo. Para ele, ações específicas que visam corrigir determinadas situações de “injustiça” falharão na tentativa de mudar a situação e comprometerá o sistema jurídico.

Pretendemos dividir a pesquisa em 3 seções: a primeira apresentará os conceitos fundamentais que serão desenvolvidos ao longo do trabalho; a segunda desenvolverá as ideias fundamentais da obra de Hayek e o seu confronto com as teorias dominantes da denominada “justiça social”; e a terceira, que enfocará alguns dos reflexos econômicos e sociais da situação atual da saúde privada no país e apresentará, de forma prognóstica, a proposta de alterações, a partir das proposições da filosofia liberal de Hayek.

## 1 O SISTEMA DE SAÚDE NO BRASIL

### 1.1 DA ARQUITETURA CONSTITUCIONAL

Aponta Martins (2007) que a OIT, em 1946 definiu saúde como “um estado completo de bem-estar físico, mental e social, e não somente a ausência de doença ou enfermidade.” Para o atingimento desse desiderato, um sistema de saúde deve estar atento a 3 diferentes categorias de ações: ações preventivas, ações protetivas e ações curativas ou recuperativas, abrangendo, portanto, serviços relativos às vigilâncias sanitárias, serviços sociais, ações previdenciárias e/ou trabalhistas, além dos serviços de assistência médico-hospitalar e farmacêutica propriamente dita.

Por tal motivo é que o constituinte de 1988 optou por incluir os serviços de saúde no capítulo da “seguridade social”, estando este, por seu turno, inserto no título da “ordem social”, nada obstando a saúde ter sido incluído no rol dos direitos sociais do artigo 6º da Carta Política.

A matéria é regida nos artigos 196 a 200, nos seguintes termos:

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

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

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

- I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
- II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
- III - participação da comunidade.

§ 1º. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre:

- I - no caso da União, a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento);
- II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios;

III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º.

§ 3º Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá:

I - os percentuais de que tratam os incisos II e III do § 2º;

II - os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais;

III - as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal;

§ 4º Os gestores locais do sistema único de saúde poderão admitir agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias por meio de processo seletivo público, de acordo com a natureza e complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para sua atuação.

§ 5º Lei federal disporá sobre o regime jurídico, o piso salarial profissional nacional, as diretrizes para os Planos de Carreira e a regulamentação das atividades de agente comunitário de saúde e agente de combate às endemias, competindo à União, nos termos da lei, prestar assistência financeira complementar aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, para o cumprimento do referido piso salarial.

§ 6º Além das hipóteses previstas no § 1º do art. 41 e no § 4º do art. 169 da Constituição Federal, o servidor que exerça funções equivalentes às de agente comunitário de saúde ou de agente de combate às endemias poderá perder o cargo em caso de descumprimento dos requisitos específicos, fixados em lei, para o seu exercício.

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

§ 2º É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.

§ 3º É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei.

§ 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;

II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;

III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;

IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;

V - incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação;

VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;

VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;

VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.”

O texto constitucional ressalta, em primeiro lugar que o acesso aos serviços de saúde é direito público subjetivo que tem como sujeito ativo todas as pessoas físicas, brasileiros e estrangeiros que aqui tenham residência – interpretação que resulta da leitura sistemática dos artigos 5º, *caput*, artigo 6º. e artigo 196 da Constituição. No polo passivo, recai o dever jurídico ao Estado, que pode ser compelido, inclusive por constrição judicial, à prestação dos serviços a quem deles necessita.

Dos dispositivos constitucionais supratranscritos podem ser extraídos os princípios informativos: acesso universal e igualitário; o atendimento universal; e a equidade do custeio. Os referidos princípios foram explicitados na Lei no. 8.080/90, passando a serem entendidos nos seguintes termos<sup>15</sup>:

**“Universalização:** a saúde é um direito de cidadania de todas as pessoas e cabe ao Estado assegurar este direito, sendo que o acesso às ações e serviços deve ser garantido a todas as pessoas, independentemente de sexo, raça, ocupação ou outras características sociais ou pessoais.

**Equidade:** o objetivo desse princípio é diminuir desigualdades. Apesar de todas as pessoas possuírem direito aos serviços, as pessoas não são iguais e, por isso, têm necessidades distintas. Em outras palavras, equidade significa tratar desigualmente os desiguais, investindo mais onde a carência é maior.

**Integralidade:** este princípio considera as pessoas como um todo, atendendo a todas as suas necessidades. Para isso, é importante a integração de ações, incluindo a promoção da saúde, a prevenção de doenças, o tratamento e a reabilitação. Juntamente, o princípio de integralidade pressupõe a articulação da saúde com outras políticas públicas, para assegurar uma atuação intersetorial entre as diferentes áreas que tenham repercussão na saúde e qualidade de vida dos indivíduos.”

A equidade do sistema se expressa, antes de tudo pela sua gratuidade, ou seja, os serviços não são pagos diretamente pelo usuário do serviço de saúde de forma individualizada, mas financiado pelo conjunto da sociedade, por meio do orçamento da seguridade social e os orçamentos públicos das três esferas, dentre outras fontes de receita, previstas na lei.

No custeio orçamentário dos serviços públicos de saúde, a Constituição Federal prevê que a União, os Estados e os Municípios aplicarão, em base anuais, recursos mínimos, calculados na forma do artigo 198, § 2º da CF/88, artigo 77 das ADCT's, além da Lei Complementar 141/2002 e da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Martins (2007) aponta as seguintes fontes de custeio do sistema público de saúde, além do custeio direito pelo orçamento público:

- a) Serviços que possam ser prestados sem prejuízo da assistência à saúde;
- b) Ajuda, contribuições, doações e donativos;

---

<sup>15</sup> Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/saude-de-a-a-z/s/sistema-unico-de-saude-sus-estrutura-principios-e-como-funciona>. Acesso em: 20 out. 2021.

- c) Taxas, multas, emolumentos e preços públicos arrecadados no âmbito do SUS;
- d) Rendas eventuais, inclusive comerciais e industriais.

Entre estas fontes secundárias de financiamento do sistema público de saúde, que entendemos ter sido negligenciada ao longo dos anos, podemos incluir o reembolso pelo atendimento médico-hospitalar prestado aos usuários de planos de saúde, previsto no artigo 32 da Lei no. 9.656/98, cuja constitucionalidade foi reconhecida pelo STF<sup>16</sup>.

Segundo veículos de imprensa, os valores acumulados que não foram pagos somam a quantia de R\$ 2.800.000.000,00 aproximadamente.<sup>17</sup>

Em que pese a CF/88 prever o atendimento universal, integral e gratuito dos serviços de saúde, como direito público subjetivo das pessoas físicas que dele necessitarem, Mendes e Branco (2007), ressaltam a existência de uma cláusula constitucional implícita, que implica na limitação ao exercício desses direitos, que decorre do princípio da reserva do financeiramente possível, que orienta as disposições da ordem social da Carta.

A questão que se coloca e condiciona as conclusões do presente trabalho é se esta arquitetura formulada pelo constituinte de 1988 permite uma “leitura moral” de cariz liberal ou, colocado de outra forma, se a proposta de uma reforma legal com a

---

<sup>16</sup> “ADMINISTRATIVO. RESSARCIMENTO SUS. OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE. ART. 32 DA LEI 9.656/98. ART. 199 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONSTITUCIONALIDADE. IMPUGNAÇÃO. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA ASSEGURADOS. PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE. FATOS JURÍGENOS POSTERIORES À VIGÊNCIA DA LEI FEDERAL. 1. O Estado, sem se desincumbir de seu ônus constitucional, possibilitou que empresas privadas, sob sua regulamentação, fiscalização e controle (ANS), prestassem a assistência à saúde de forma paralela, no intuito de compartilhar os custos e os riscos a fim de otimizar o mandamento constitucional. 2. A cobrança disciplinada no art. 32 da Lei 9.656/98 ostenta natureza jurídica indenizatória ex lege (receita originária), sendo inaplicáveis as disposições constitucionais concernentes às limitações estatais ao poder de tributar, entre elas a necessidade de edição de lei complementar. 3. Observada a cobertura contratual entre os cidadãos-usuários e as operadoras de planos de saúde, além dos limites mínimo (praticado pelo SUS) e máximo (valores de mercado pagos pelas operadoras de planos de saúde), tal ressarcimento é compatível com a permissão constitucional contida no art. 199 da Carta Maior. 4. A possibilidade de as operadoras de planos de saúde ofertarem impugnação (e recurso, atualmente), em prazo razoável e antes da cobrança administrativa e da inscrição em dívida ativa, sendo-lhes permitido suscitar matérias administrativas ou técnicas de defesa, cumpre o mandamento constitucional do inciso LV do art. 5º da Constituição Federal. 5. O ressarcimento previsto na norma do art. 32 da Lei 9.656/98 é aplicável aos procedimentos médicos, hospitalares ou ambulatoriais custeados pelo SUS posteriores a 4.6.1998, desde que assegurado o exercício do contraditório e da ampla defesa, no âmbito administrativo, em todos os interstícios amparados por sucessivas reedições de medidas provisórias. (RE 597064, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 07/02/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-095 Divul. 15 mai. 2018. Public. 16 mai. 2018)”

<sup>17</sup> Disponível em: <https://reporterbrasil.org.br/2021/06/planos-de-saude-devem-2-9-bi-de-reais-ao-sus-valor-compraria-58-milhoes-de-doses-de-vacina/>. Acesso em: 20 out. 2021.

adoção de um modelo mais liberal de funcionamento de parcela dos serviços privados de saúde pode guardar compatibilidade com as normas superiores da Constituição.

A resposta parece ser afirmativa.

O artigo 199, *caput* e inciso I da CF/88 prevê a participação do capital privado nacional nos serviços de atendimento à saúde, a partir de duas diretrizes: liberdade de atuação e atuação **complementar** ao serviço público. Percebemos que a vinculação dos serviços privados de atendimento à saúde aos princípios do sistema único, tem nítido caráter de opção política tomada em determinada quadra histórica do país

A aderência do serviço privado de atendimento à saúde aos princípios regentes do serviço público tem previsão somente na lei ordinária, aparecendo pela primeira vez por meio da Lei no. 8.212/90, que em seu art. 2º, p. único, dispõe sobre a participação da iniciativa privada no serviço de atendimento à saúde, **obedecidos os preceitos constitucionais**.

A interpretação que se pode extrair deste dispositivo, uma vez que toda e qualquer lei deve obedecer aos preceitos constitucionais, sobre pena de nulidade, é que o texto legal está a se referir aos preceitos contidos no artigo 198 da CF/88, ou seja, os dispositivos que se referem aos princípios do serviço público de saúde (universalidade e integralidade, de forma mais específicas).

Reconstituindo brevemente a história dos dispositivos relativos ao direito à saúde na Assembleia, percebe-se a opção do constituinte por uma orientação mais liberal em relação à atuação da iniciativa privada nos serviços de saúde.

Bodra e Dallari (2020) assim descreve a proposta inicial de regulamentação constitucional da matéria:

“Reconheceu-se, então, a impossibilidade de estatização do setor privado, o que exigiria recursos financeiros inexistentes, mas houve um consenso sobre a necessidade de ampliação e fortalecimento do setor público, ficando claro que a participação do setor privado deveria ocorrer por meio de serviço público “concedido” e o contrato, regido por normas de direito público. Definiu-se, assim, que o SUS seria o principal objetivo a ser alcançado, por meio, inclusive, de controle dos serviços privados:

O principal objetivo a ser alcançado é o Sistema Único de Saúde, com expansão e fortalecimento do setor estatal em níveis federal, estadual e municipal, tendo como meta uma progressiva estatização do setor. Os prestadores de serviços privados passarão a ter controlados os seus procedimentos operacionais e direcionadas suas ações no campo da saúde, sendo ainda coibidos os lucros abusivos. O setor privado será subordinado ao papel diretivo da ação estatal nesse setor, garantindo o controle dos usuários através dos seus segmentos organizados. Com o objetivo de garantir a prestação de serviços à população, deverá ser considerada a possibilidade de expropriação dos estabelecimentos privados nos casos de

inobservância das normas estabelecidas pelo setor público. O Relatório da 8ª Conferência Nacional de Saúde serviu de base para os trabalhos da Subcomissão de Saúde, Seguridade e do Meio Ambiente da Assembleia Constituinte de 1988. Após a oitiva de diversas entidades representativas da saúde e da população, a Subcomissão elaborou uma proposta que espelhava boa parte dos conceitos defendidos na 8ª Conferência.”

Ocorre que essa orientação não foi adotada pelo constituinte de 1988, como fica claro pela simples comparação entre o texto apresentado pela subcomissão e aquele votado e aprovado em plenário:

QUADRO 1: Redação dos artigos relativos ao direito à saúde da comissão Afonso Arinos e sua redação final.

Texto da subcomissão	Texto final
<p>Art. 4º. As ações de saúde são funções de natureza pública, cabendo ao Estado sua normalização, execução e controle.</p> <p>§1º O setor privado de prestação de serviços de saúde pode colaborar na cobertura assistencial à população, sob as condições estabelecidas em contrato de Direito Público, tendo preferência e tratamento especial as entidades sem fins lucrativos.</p> <p>§2º O Poder Público pode intervir e desapropriar os serviços de saúde de natureza privada; necessários ao alcance dos objetivos da política nacional do setor.</p> <p>§3º Fica proibida a exploração direta ou indireta, por parte de pessoas, empresas e capitais de procedência estrangeira, dos serviços de assistência à saúde no País.</p> <p>Art. 6º. É assegurado o livre exercício da atividade liberal em saúde e a organização de serviços de saúde privados, obedecidos os preceitos éticos e técnicos determinados pela Lei e os</p>	<p>Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.</p> <p>Art. 199 A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.</p> <p>§1º As instituições privadas poderão participar de forma complementar do Sistema Único de Saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.</p> <p>§2º É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.</p> <p>§3º É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei</p>

princípios que norteiam a política nacional de saúde	
--	--

Fonte: Senado Federal, Subcomissão de Saúde, Segurança e do Meio Ambiente.

Fica claro a adoção de uma visão mais liberal da atuação da iniciativa privada na área de prestação de serviços de atendimento à saúde do que aqueles inicialmente propostos. Entendemos que a interpretação a ser dada aos dispositivos do artigo 199 da CF/88 deve ser feita de forma sistemática com as normas constitucionais do artigo 170 da Carta, acerca da “constituição econômica”.

O referido artigo 170 apresenta a seguinte redação:

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”

Como podemos observar, nos dispositivos transcritos, a ordem econômica é pautada por princípios que procuram compatibilizar, de um lado a liberdade e de outro a “justiça social”, valores que se tencionam e se confrontam por vezes e devem ser conciliados pelo intérprete constitucional na maior medida possível. Não há entre eles, entretanto, hierarquia, devendo ambos serem igualmente prestigiados pelo aplicador da norma constitucional.

Mendes e Branco (2007, p. 1292), assim se pronuncia acerca do conteúdo da norma citada:

“Ora, a livre iniciativa e livre concorrência são conceitos complementares, mas essencialmente distintos. A primeira não é senão a projeção da liberdade individual no plano da produção, circulação e distribuição das riquezas, assegurando não apenas a livre escolha das profissões e das atividades econômicas, mas também a autônoma eleição dos processos ou meios mais adequados aos fins visados. Liberdade de fins e de meios informa o princípio da livre iniciativa, conferindo-lhe um valor primordial, como resultado da interpretação conjugada dos citados artigos 1º e 170.

Já o conceito de livre concorrência tem caráter instrumental, significando o ‘princípio econômico’ segundo o qual a fixação de preços das mercadorias e serviços não deve resultar de atos cogentes da autoridade administrativa,

mas sim do livre jogo das forças em disputa da clientela na economia de mercado. Houve, por conseguinte, ineludível opção de nossos constituintes por dado tipo de política econômica, pelo tipo liberal do processo econômico, o qual só admite a intervenção do Estado para coibir abusos e preservar a livre concorrência de quaisquer interferências, quer do próprio Estado, quer do embate das forças competitivas privadas...”

Outra diretriz fixada no artigo 199, inciso I da Constituição é que a participação da iniciativa privada nos serviços de atendimento adicional deve se dar em caráter **complementar** ao serviço público.

Como teremos oportunidade de explanar, de acordo com a nomenclatura adotada pela OCDE<sup>18</sup>, serviço complementar de saúde é aquele que complementa a cobertura do seguro público, cobrindo, no caso de sua existência, o co-pagamento privado a serviços ofertados no seguro público, não se confundindo, portanto, com serviços sobrepostos ou duplicados, aqueles que oferecem cobertura para os serviços de saúde incluídos no serviço público. Indivíduos que o contratam não ficam dispensados de contribuir para o seguro público. Embora ofereçam os mesmos serviços, o serviço privado pode oferecer acesso a prestadores diferenciados, acesso privilegiado e mais rápido a serviços, maior liberdade na escolha de profissionais de saúde.

Assim, deve ser positiva a resposta à questão se a arquitetura constitucional dos serviços de atendimento à saúde, na CF/88 permite uma leitura moral de caráter liberal ou, ainda, a compatibilidade de reformas legais que permitem maior liberdade contratual como marco legal aos contratos de planos de saúde.

## 1.2 HISTÓRIA DOS PLANOS DE SAÚDE NO BRASIL

A prática da medicina no Brasil nasce essencialmente do exercício da atividade privada de caráter caritativo. Nos primórdios da colonização a atividade médica fora exercida pelos padres jesuítas e por alguns degradados, especialmente judeus novos, mal qualificados para o exercício da medicina na Europa, como observa Nava (2003, p. 22):

“Dentro de uma sociedade mal agregada e vivendo o choque dramático de duas culturas, no meio da dureza e da brutalidade, o jesuíta – esmoler, protetor dos órfãos, das viúvas, das donzelas, enfermeiro das grandes

---

<sup>18</sup> *Op. Cit.* p. 50

epidemias. Devia ser o oásis deste deserto moral e foi ele o grande amigo dos índios.

Entre os reverendos havia botânicos, mineralogistas e zoólogos; havia peritos na arte de curar – que em pouco tempo colheram informações sobre as ervas da terra. De que esses só podiam fazer uso mágico ou empírico e de que os padres e os primeiros licenciados aqui chegados começara, a determinar o emprego de maneira mais acertada, precisa e judiciosa.”

Importante marco na história da medicina no Brasil é a criação das Santas Casas de Misericórdia<sup>19</sup>, ainda no período colonial:

No Brasil, as primeiras Santas Casas surgiram logo após o seu descobrimento, precedendo a própria organização jurídica do Estado brasileiro, criado através da Constituição Imperial de 25 de março de 1824. Até esta data já haviam sido fundadas as Santas Casas de Santos (1543); Salvador (1549); Rio de Janeiro (1567); Vitória (1818); São Paulo (1599); João Pessoa (1602); Belém (1619); São Luís (1657), Campos (1792) e Porto alegre (1803) entre outras. Destas derivaram outras entidades similares, como as Beneficências Portuguesas, Hospitais Filantrópicos das comunidades Judaica, Japonesa, Sírio-Libanesa, ou mesmo ligadas a movimentos da igreja Católica, Protestante, Evangélica, Espírita, entre outras, totalizando, até os dias atuais, cerca de 2.100 estabelecimentos de saúde espalhados por todo o território brasileiro

A ANS fixa a criação das Santas Casas como antecedente histórico remoto dos planos de saúde, mas sua descendência direta parece ser as caixas beneficentes ligadas a associação de profissionais, derivadas dos institutos previdenciários surgidos a partir dos anos 1920 (as conhecidas CAP's).

O primeiro instituto previdenciário que ofereceu assistência médica a seus filiados foi o IPASE, beneficiando os servidores públicos.

Segundo relata Souza (2014, p. 67-70):

“A imposição legal das CAPs para determinados setores estratégicos para a economia, na década de 1920, foi um marco para a assistência à saúde no Brasil, possibilitando a emergência da medicina privada, por meio de médicos e estabelecimentos<sup>52</sup>. As CAPs ofereciam benefícios previdenciários, de assistência médica e de medicamentos. Esses benefícios apresentavam diferenças, uma vez que cada órgão estabelecia seu regulamento, que refletia parcialmente as demandas de cada segmento de trabalhadores e dependia da capacidade de receita disponível por meio das contribuições.”  
[...]

Os prestadores privados de serviços de saúde não vinculados exclusivamente às Santas Casas somente se tornaram significativos a partir da década de 1920, em que emergiram médicos e estabelecimentos privados (clínicas, hospitais) e que prestavam serviço principalmente às CAPs e depois aos IAPs. Com o passar do tempo, por um lado, quase todos os IAPs construíram hospitais próprios<sup>56</sup> para atender aos seus segurados, como foi o caso do IAPB em 1944, enquanto, por outro lado, o IAPI seguiu contratando serviços hospitalares privados.

<sup>19</sup> Disponível em <https://www.cmb.org.br/cmb/index.php/institucional/quem-somos/historico>, acesso em 07/07/2021.

Os planos de saúde, como atividade empresarial surge no Brasil na década de 1950, com a industrialização promovida no governo de Juscelino Kubitschek. Anota Cechin (2008, p. 17):

“A saúde suplementar surge com a industrialização do Plano de Metas de Juscelino Kubitschek. Era importante que os trabalhadores das novas indústrias tivessem tratamento rápido e eficaz em caso de doença. Tratava-se de reduzir o absenteísmo e manter a produtividade, por meio de cuidados imediatos e resolutivos aos trabalhadores adoecidos. As empresas multinacionais que aqui se instalaram trouxeram as experiências dos países de origem. O setor público não estava equipado para o tratamento necessário; os serviços prestados pelas Santas Casas de Misericórdia destinavam-se prioritariamente aos mais pobres e sem alternativas. Assim, o setor de planos e seguros de saúde nasceu e se desenvolveu junto com a economia do país. Mesmo a perda de dinamismo da economia a partir da década de 1980 não alterou muito a tendência de crescimento do setor. Havia um mercado a conquistar, pois ainda era baixa a taxa de cobertura mesmo entre as camadas mais bem posicionadas no mercado de trabalho, no que o setor também foi auxiliado pela crescente formalização do emprego até o fim da década”.

O aparecimento dessas primeiras empresas operadoras de planos de saúde nasce da iniciativa de profissionais de saúde que se associam para o atendimento de uma demanda crescente da classe média que se expande dramaticamente com a industrialização dos anos de 1960 e 1950. Em consequência, são na maioria pequenas empresas, criadas com pouco capital e quase sem interferência governamental. Assinala Souza (2014, p. 77):

“... a atividade surge à margem de qualquer intenção do planejamento governamental. Ao contrário, é o próprio governo que, no final dos anos 60, vai chamar alguns de seus empresários para assessorá-lo na formulação da legislação que irá regular os convênios com as empresas, convênios esses que vão funcionar como uma linha auxiliar na prestação dos serviços médicos dos institutos previdenciários.”

Com a implantação de novo regime constitucional a partir da Revolução de 1964, o sistema anterior sofreu uma drástica mudança. Primeiramente houve a criação de um regime único de Previdência Social ligado à iniciativa privada com a criação do INSS (Instituto Nacional de Previdência Social), a partir da fusão e consequente extinção dos IAP's., a partir de 1966.

O serviço público de atendimento médico passou a ser de responsabilidade do INAMPS (Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social), financiado de forma tripartida entre os trabalhadores formalizados, os empregadores e o INSS, a partir de rede médico hospitalar própria e de forma cada vez mais crescente, por meio de rede particular credenciada.

Surge, também, na década de 1960 a SUSEP (Superintendência de Seguros Privados, a partir da criação do SNSP (Sistema Nacional de Seguros Privados)<sup>20</sup>. No mesmo período, a partir do meado dos anos de 1960, o mercado de planos de saúde ganha uma configuração que já o aproxima bastante do atual. Novamente recorremos a lição de Souza (2014, p. 85-86):

O surgimento, nos anos 1960, das medicinas de grupo e das cooperativas médicas, é associado aos convênios com grandes indústrias no Estado de São Paulo<sup>73</sup>, como apontado por Bahia (1999, p.187): i) as medicinas de grupo, inicialmente voltadas exclusivamente para os clientes empresas, emergem a partir do convênio da Policlínica Geral com a Volkswagen; ii) as cooperativas médicas, voltadas principalmente para planos coletivos, mas também com o início dos planos individuais, emergem a partir da primeira Unimed, a de Santos, e de seu contrato com a Union Carbide em Cubatão. Bahia (2005, p.31) mostra que a oposição das entidades médicas às empresas lucrativas de planos de saúde, fez emergir, em meados dos anos 1960 as empresas de planos de saúde não lucrativas, principalmente sob os quatro formatos abaixo: i) voltadas para hospitais filantrópicos, cujo maior exemplo é a Senasa, criada em 1963, que viria a originar a Golden Cross; ii) Sociedades médicas de caráter beneficente, tal como a Interclínicas, fundada em 1968 e constituída por 4 instituições não lucrativas; iii) Cooperativas compostas por médicos oriundos de instituições já existentes (empresas de planos de saúde lucrativas, Santas Casas, hospitais privados e entidades médicas, com exemplos como Medilar e Pré-Médica); e iv) as primeiras cooperativas de trabalho médicos, sob o nome de União dos Médicos (Unimed).

Assim, de um lado tinha-se as sociedades seguradoras, que celebravam com seus clientes contratos de seguro-saúde, sob o pálio do Decreto-Lei no. 73/66 e a normatização da SUSEP. De outro, as empresas de planos de saúde celebravam com seus clientes contratos de prestação de serviços, sob o regime jurídico do Código Civil então vigente e sob a fiscalização dos órgãos representativos das diversas sociedade médicas.

A Constituição de 1988, conquanto tenha trazido modificações relevantes, com a criação do SUS, não alterou, num primeiro momento, o quadro fático que vinha se desenhando nas décadas anteriores, sem uma regulação mais detalhada do setor de saúde privada no país.

A primeira alteração de relevo no novo regime foi a edição do Código de Defesa do Consumidor (Lei no. 8.070/90), cujas disposições afetaram diretamente os contratos de seguro-saúde e os contratos de planos de saúde, ambos tipicamente consumeristas.

---

<sup>20</sup> Decreto Lei no. 73/66.

Souza (2014, p. 104) oferece um interessante retrato do crescimento do mercado de planos de saúde até a entrada em vigência da Lei no. 9.656/98.

Tabela 1: Evolução do mercado de planos de saúde antes de 1988.

Ano	Usuário (em mil)	Variação % anual	População (em milhões)	Cobertura populacional
1970	2.000	-	93.1	2,1
1972	4.800	55	98.6	4,9
1977	5.994	5	113.1	5,3
1981	11.070	17	121.4	9,1
1987	24.400	14	138.6	17,6
1989	31.140	13	144	21,6
1991	28.500	-4	149.1	19,1
1992	32.000	12	151.6	21,1
1994	34.400	4	156.4	22,0
1995	35.000	2	158.9	22,0
1996	41.000	17	161.3	25,4
1998	38.700	-3	166.3	23,3

Fonte: Souza, 2014, p. 104.

Verifica-se, no quadro acima, que a inexistência de um sistema de regulação como o que foi criado a partir de 1998, bem com uma atuação mais comedida do Poder Judiciário no mesmo período, no que diz respeito à autonomia privada das empresas operadoras de saúde (tanto seguradoras como planos de saúde), não se constituiu em barreira para o acesso de usuários no sistema, que decuplicaram, em termos reais, nos trinta anos analisados. Outros indicadores de qualidade podem ser mencionados: a judicialização da saúde aumentou dramaticamente no período posterior a 1998, o tempo médio para o atendimento dos usuários tem aumentado ao longo dos anos.

### 1.3 CONCEITO E TAXONOMIA DOS PLANOS DE SAÚDE

A OCDE apresenta uma interessante classificação dos sistemas de saúde, a partir da classificação adotada pela ISIC, elaborada pela *United Nations Statistic Division*, bem como por meio da classificação adotada pela OCDE, classificação adotada pela IFHP (*International Federation of Health Plans*) adotados pelos países membros que leva em consideração os critérios de acesso ao serviço público de atendimento à saúde e a cobertura oferecida pelos planos. Desta combinação, resulta a taxonomia que divide os sistemas de saúde em primário, primário principal, primário substituto, duplicado, complementar e suplementar<sup>21</sup>.

A classificação adotada pode ser descrita no quadro abaixo<sup>22</sup>:

Quadro 2: Classificação dos modelos de saúde privada a partir das diretrizes da OCDE.

Categoria	Definição	Exemplo
1.1 Primário	PHI representa o único acesso disponível para a cobertura básica de saúde para os indivíduos que optam pela sua contratação	
1.2 Primário principal	PHI primário no caso de não haver opção de seguro público.	EUA
1.3 Primário Substituto	PHI primário no caso em que substitui a cobertura pública para o indivíduo que opta pela sua contratação, em consequência abre mão da cobertura pública.	Chile Holanda e Alemanha
2. Duplicado	PHI oferece cobertura para os serviços de saúde incluídos no serviço público. Indivíduos que o contratam não ficam dispensados de contribuírem para o seguro público. Embora ofereçam os mesmos serviços, o PHI pode oferecer acesso a prestadores	Brasil, Espanha, Portugal, Reino Unido e Itália

<sup>21</sup> OCDE. **Proposal for taxonomy of health insurance**. Paris, 2004. *Organization for Economic Cooperation and Development (The OCDE Health Project)*. Disponível em: <http://www.ocde.org/els/health-systems/31916207.pdf>. Acesso em 05 ago. 2021.

<sup>22</sup> SOUZA, Rodrigo Mendes Leal de. **O mercado de saúde suplementar no Brasil: regulação e resultados econômicos dos planos privados de saúde**. Orientador: Prof. Dra. Maria Lucia Werneck Vianna. 2014. 296 p. Tese (Doutorado no Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas, Estratégias e Desenvolvimento, Instituto de Economia) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <https://www.ie.ufrj.br/images/IE/PPED/Teses/2014/RodrigoMendesLeal.pdf>. Acesso em: 07 ago. 2021.

	diferenciados, acesso privilegiado e mais rápido a serviços, maior liberdade na escolha de profissionais de saúde.	
3. Complementar	PHI complementa a cobertura do seguro público, cobrindo, no caso de sua existência, o co-pagamento privado a serviços ofertados no seguro público.	França
4. Suplementar	PHI oferece cobertura de serviços de saúde adicionais ao esquema público ou ao PHI primário. Dependendo do país, pode incluir: cuidados de luxo, cobertura odontológica, medicamentos complementares, hotelaria superior e amenidades.	Brasil, Espanha, Portugal, Reino Unido e Itália

Fonte: Souza, 2014, p. 50.

O quadro acima merece uma pequena crítica e uma correção no tocante à classificação do caso brasileiro no cenário traçado pela OCDE, tanto como um sistema “duplicado”, quanto um sistema suplementar, o que nos parece incorreto.

A leitura atenta às orientações (*guidelines*) da OCDE indica que um sistema de saúde deve ser considerado como duplicado quando o serviço público apresenta **os mesmos** serviços oferecidos pelos prestadores privados, embora o serviço privado possa oferecer vantagens do ponto de vista qualitativos (escolha de profissionais, rapidez no atendimento e etc.). No sistema suplementar, a diferenciação não se dá pelo fato do prestador privado oferecer vantagens qualitativas em relação ao serviço público, mas exatamente porque num sistema suplementar deve haver diversidade quantitativa, ou seja, a iniciativa privada deve oferecer serviços não ofertados pelo ente público.

Se considerarmos que o sistema único é integral e universal, não pode haver, *de iure*, um serviço fornecido pelo sistema privado que não o seja pelo sistema público (embora na prática, se sabe que existem e muitos, motivo pelo qual aumenta exponencialmente a judicialização de demandas pretendendo a cobertura de diversos tratamentos/medicamentos que deixam de ser fornecidos pelos entes públicos).

A diferença parece relevante, uma vez que o constituinte de 1988 fez essa discriminação em relação à atuação da iniciativa privada na área da saúde, que deve ser dar de forma **complementar** ao sistema único<sup>23</sup>.

<sup>23</sup> Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. § 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante

Antecipando uma crítica que será melhor desenvolvida, a Lei no. 9.656/98 deu nova configuração ao mercado de operadoras de planos de saúde, fez uma opção política/ideológica por um sistema duplicado de atendimento à saúde, equiparando principiologicamente o serviço privado ao público.

Com a edição da Lei no. 9.656/98, as diferenciações entre as diversas modalidades de prestadores de serviços privados de saúde, na modalidade pré-paga, que abrangem os planos privados de assistência à saúde propriamente ditos e os seguros de saúde, passaram a ser basicamente diferenças de forma.

Assinala Souza (2014, p.40) que:

“a atividade de seguro saúde consta, conjuntamente, com seguros de acidente, de incêndio, de viagem, de propriedades, de transporte, e de perdas pecuniárias na classe “Seguros exceto de vida (6512)”. Esta classe está contida no grupo “Seguros (651)...”

Refere-se o autor à classificação da atividade de seguro de saúde no CNAE (Código Nacional de Atividade Econômica), o que determina o enquadramento fiscal e empresarial das sociedades que se dedicam a tal atividade. No que se refere à sociedade que se dedicam à atividade de gestão de planos de saúde, afirma Souza (2014, p.41-42):

“No Brasil, diferentemente da classificação internacional da ONU, considera-se separadamente os dois grupos ‘Seguros-Saúde (652)’ e ‘Planos de Saúde (655)’. Isso resulta da distinção, desses dois grupos, na identificação CNAE nos CNPJ’s e também em algumas das estatísticas disponibilizadas pelo IBGE...”

A diferenciação, como nos referimos anteriormente, passa a ser meramente formal, vez que desde a edição da já citada Lei no. 9.656/98, as diferenças operacionais entre as empresas foram eliminadas.

De acordo com a Lei no. 10.185/200, as sociedades seguradoras que optem por operar planos de saúde devem fazê-lo em caráter exclusivo, ou seja, não poderão operar nenhuma outra modalidade de contrato securitário, bem como estarão sujeitas à regulamentação da ANS, bem como à autorização de funcionamento da CONSU (Conselho de Saúde Suplementar), deixando, portanto, de estar sujeita ao poder regulamentar e fiscalizatório da SUSEP (Superintendência de Seguros Privados).

Assim, podemos apresentar a seguinte classificação das operadoras de planos de saúde, com base na Lei no. 9.656/98 e a Resolução ANS no. 39/2000 e suas alterações posteriores:

- **Seguradora de saúde** – Conforme dissemos acima, trata-se de pessoa jurídica de direito privada, criada após aprovação do CONSU, que opera, com exclusividade, serviços de assistência à saúde de pessoas físicas, famílias ou coletivo, cujos serviços podem ser prestados por rede exclusivamente própria, credenciada, ou numa combinação de ambas.
- **Administradora de benefícios** – foi criada por meio da Resolução no. 196/2009, substituindo a modalidade anterior de “administradora de planos”. Caracteriza-se:
 

“Art. 2º Considera-se Administradora de Benefícios a pessoa jurídica que propõe a contratação de plano coletivo na condição de estipulante ou que presta serviços para pessoas jurídicas contratantes de planos privados de assistência à saúde coletivos, desenvolvendo ao menos uma das seguintes atividades:

I – promover a reunião de pessoas jurídicas contratantes na forma do da RN nº 195, de 14 de julho de 2009.

II – contratar plano privado de assistência à saúde coletivo, na condição de estipulante, a ser disponibilizado para as pessoas jurídicas legitimadas para contratar;

III – oferecimento de planos para associados das pessoas jurídicas contratantes;

IV – apoio técnico na discussão de aspectos operacionais, tais como:

a) negociação de reajuste;

b) aplicação de mecanismos de regulação pela operadora de plano de saúde;

e

c) alteração de rede assistencial.”
- **Cooperativa Médica (e/ou odontológica)** – Trata-se de sociedade de pessoas, criadas na forma de Lei no. 5.764/1973, sem finalidade lucrativa, pela reunião de esforços entre os profissionais cooperados, que são remunerados a partir de sua produção pessoal, além da partilha anual do eventual resultado positivo da pessoa jurídica. Opera utilizando rede própria e/ou conveniada, por meio das prestações pagas pelos associados.
- **Autogestão** – De acordo com a Resolução Normativa ANS no. 137/2006, podemos definir esta modalidade como sendo a entidade, dotada de administração própria e objeto social exclusivo de operação de planos privados de atendimento à saúde de:
 

I – exclusivamente às pessoas físicas vinculadas a uma pessoa jurídica de direito privado que, por intermédio de seu departamento de recursos humanos ou órgão assemelhado, opera plano privado de assistência à saúde;

II – exclusivamente às pessoas físicas vinculadas a uma pessoas jurídicas de direito privado de fins não econômicos que, vinculada à entidade pública ou

privada patrocinadora, instituidora ou mantenedora, opera plano privado de assistência à saúde exclusivamente aos seguintes beneficiários;

III - pessoa jurídica de direito privado de fins não econômicos, constituída sob a forma de associação ou fundação, que opera plano privado de assistência à saúde aos integrantes de determinada categoria profissional que sejam seus associados ou associados de seu instituidor, e aos seguintes beneficiários.

- **Filantropia** - Classificam-se na modalidade de filantropia as entidades sem fins lucrativos que operam Planos Privados de Assistência à Saúde e tenham obtido certificado de entidade filantrópica junto ao Conselho Nacional de Assistência Social CNAS e declaração de utilidade pública federal junto ao Ministério da Justiça ou declaração de utilidade pública estadual ou municipal junto aos Órgãos dos Governos Estaduais e Municipais.
- **Medicina (e/ou odontologia) de grupo** – De acordo com a definição de Sampaio (2010, p.222):

“...entes privados, com fins lucrativos, responsáveis pela cobertura de assistência médico-hospitalar, ou odontológica, conforme o caso, mediante pagamento, por meio de contratação individual, familiar ou coletiva, com ou sem patrocínio, cujos serviços podem ser prestados por rede exclusivamente própria, credenciada, ou numa combinação de ambas.”

No que se refere ao tipo de atenção médico-hospitalar dispensada, as empresas que atuam no ramo podem ser ainda, classificadas, de acordo com a já citada Resolução Normativa ANS no. 39/2000:

**Segmento primário principal** - SPP: as que despendem, em sua rede própria, mais de 60% (sessenta por cento) do custo assistencial relativo aos gastos em serviços hospitalares referentes a seus Planos Privados de Assistência à Saúde;

**Segmento primário principal** - SUS SPP/SUS: as que despendem, em sua rede própria, mais de 60% (sessenta por cento) do custo assistencial relativo aos gastos em serviços hospitalares referentes a seus Planos Privados de Assistência à Saúde e que prestam ao menos 30% (trinta por cento) de sua atividade ao Sistema Único de Saúde - SUS;

**Segmento primário subsidiário** - SPS: as que despendem, em sua rede própria, entre 30% (trinta por cento) e 60% (sessenta por cento) do custo assistencial relativo aos gastos em serviços hospitalares referentes a seus Planos Privados de Assistência à Saúde;

**Segmento secundário principal** - SSP: as que despendem, em sua rede própria, mais de 60% (sessenta por cento) do custo assistencial relativo aos gastos em serviços médicos referentes a seus Planos Privados de Assistência à Saúde;

**Segmento secundário subsidiário** - SSS: as que despendem, em sua rede própria, entre 30% (trinta por cento) e 60% (sessenta por cento) do custo assistencial relativo aos gastos em serviços médicos referentes a seus Planos Privados de Assistência à Saúde;

**Segmento terciário** - ST: as que despendem, em sua rede própria, menos de 30% (trinta por cento) do custo assistencial relativo aos gastos em serviços médicos ou hospitalares referentes a seus Planos Privados de Assistência à Saúde.

## 1.4 O SISTEMA DE SAÚDE PRIVADA A PARTIR DE 1998

Como já tivemos oportunidade de afirmar anteriormente, o mercado de planos de saúde sofreu profunda alteração a partir do final dos anos da década de 1990, com a edição da Lei no. 9.656/98 e diversas alterações havidas a partir do início do século XXI, que deram a configuração institucional que hoje rege a matéria.

De fato, as mudanças propostas no Governo Fernando Henrique Cardoso, tendo à frente da pasta da Saúde o Ministro José Serra, teve uma clara opção político-ideológica no sentido de exercer uma forte regulação do mercado de seguros, visando a que esses sistemas passassem a operar de forma duplicada ou sobreposta, criando-se *a latere*, vasos comunicantes, que criam formas de trânsito de recursos financeiros entre ambos<sup>24</sup>.

Para o atingimento destes objetivos, valeu-se dos seguintes instrumentos:

### **I - Unificação principiológica entre o sistema público de saúde e o sistema complementar**

O sistema público de saúde é composto por uma rede regionalizada e hierarquizada, organizada sob um sistema único de ações e de serviços, regidos pelos princípios da integralidade da prestação, universalidade do atendimento e equidade do tratamento.

A Lei no. 9.656/98, de forma explícita, pretende a aplicação destes mesmos princípios aos serviços privados prestados pelas empresas que ofertam planos de saúde no mercado. O mesmo acontece em suas alterações posteriores.

De forma exemplificativa:

#### **a) Princípio da Integralidade:**

“Art. 10 É instituído o plano-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermagem, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei, exceto:

Art. 11.É vedada a exclusão de cobertura às doenças e lesões preexistentes à data de contratação dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei após vinte e quatro meses de vigência do aludido instrumento

---

<sup>24</sup> Avultam entre esses instrumentos a possibilidade de abatimento das despesas com o pagamento dos planos de saúde do cálculo do imposto de renda das pessoas físicas e jurídicas, bem como a previsão legal de cobrança dos serviços prestados pelos SUS aos beneficiários dos planos de saúde.

contratual, cabendo à respectiva operadora o ônus da prova e da demonstração do conhecimento prévio do consumidor ou beneficiário.

Art. 12. São facultadas a oferta, a contratação e a vigência dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, nas segmentações previstas nos incisos I a IV deste artigo, respeitadas as respectivas amplitudes de cobertura definidas no plano-referência de que trata o art. 10, segundo as seguintes exigências mínimas.”

#### **b) Princípio da Universalidade:**

“Art. 11.

Parágrafo único. É vedada a suspensão da assistência à saúde do consumidor ou beneficiário, titular ou dependente, até a prova de que trata o **caput**, na forma da regulamentação a ser editada pela ANS.

Art. 14. Em razão da idade do consumidor, ou da condição de pessoa portadora de deficiência, ninguém pode ser impedido de participar de planos privados de assistência à saúde.”

#### **c) Princípio da Equidade:**

“Art. 15.A variação das contraprestações pecuniárias estabelecidas nos contratos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, em razão da idade do consumidor, somente poderá ocorrer caso estejam previstas no contrato inicial as faixas etárias e os percentuais de reajustes incidentes em cada uma delas, conforme normas expedidas pela ANS, ressalvado o disposto no art. 35-E.”

### **II - Indiferenciação operacional entre as várias modalidades de empresas que atuam na área da saúde privada pré-paga.**

O sistema normativo determinou a aplicação do mesmo marco regulatório e legal para a operação das empresas de que comercializam seguros de saúde, submetendo-as à mesma disciplina legal, regulatória e fiscalizatória das demais empresas do setor.

Mais do que isso, a lei obriga a todos os participantes do mercado que mantenham atuação indiferenciada, impondo conteúdo contratual mínimo<sup>25</sup>, regras únicas para o reajuste de preços<sup>26</sup>, tudo podendo ser resumido no contexto do artigo 1º da norma, cujo conteúdo é o seguinte:

“Art. 1º Submetem-se às disposições desta Lei as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade, adotando-se, para fins de aplicação das normas aqui estabelecidas, as seguintes definições:

<sup>25</sup> Nesse sentido, o art. 12:” São facultadas a oferta, a contratação e a vigência dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, nas segmentações previstas nos incisos I a IV deste artigo, respeitadas as respectivas amplitudes de cobertura definidas no plano-referência de que trata o art. 10, segundo as seguintes exigências mínimas.”

<sup>26</sup> “Art. 15.A variação das contraprestações pecuniárias estabelecidas nos contratos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, em razão da idade do consumidor, somente poderá ocorrer caso estejam previstas no contrato inicial as faixas etárias e os percentuais de reajustes incidentes em cada uma delas, conforme normas expedidas pela ANS, ressalvado o disposto no art. 35-E.”

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

II- Operadora de Plano de Assistência à Saúde: pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de que trata o inciso I deste artigo,

III - Carteira: o conjunto de contratos de cobertura de custos assistenciais ou de serviços de assistência à saúde em qualquer das modalidades de que tratam o inciso I e o § 1º deste artigo, com todos os direitos e obrigações nele contidos.

§ 1º Está subordinada às normas e à fiscalização da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS qualquer modalidade de produto, serviço e contrato que apresente, além da garantia de cobertura financeira de riscos de assistência médica, hospitalar e odontológica, outras características que o diferencie de atividade exclusivamente financeira, tais como:

- a) custeio de despesas;
- b) oferecimento de rede credenciada ou referenciada;
- c) reembolso de despesas;
- d) mecanismos de regulação;
- e) qualquer restrição contratual, técnica ou operacional para a cobertura de procedimentos solicitados por prestador escolhido pelo consumidor; e
- f) vinculação de cobertura financeira à aplicação de conceitos ou critérios médico-assistenciais.

§ 2º Incluem-se na abrangência desta Lei as cooperativas que operem os produtos de que tratam o inciso I e o § 1º deste artigo, bem assim as entidades ou empresas que mantêm sistemas de assistência à saúde, pela modalidade de autogestão ou de administração.

§ 3º As pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no exterior podem constituir ou participar do capital, ou do aumento do capital, de pessoas jurídicas de direito privado constituídas sob as leis brasileiras para operar planos privados de assistência à saúde.

§ 4 É vedada às pessoas físicas a operação dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º deste artigo

§ 5º É vedada às pessoas físicas a operação de plano ou seguro privado de assistência à saúde.”

### **III - Imposição de uma forte regulação operacional do setor**

Destaca-se no sistema da Lei no 9.656/98 o Conselho de Saúde Suplementar (CONSU) e Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

De acordo com o Decreto no. 10.236/2020, compete ao Consu:

- I - estabelecer e supervisionar a implementação e a execução de políticas e diretrizes gerais do setor de saúde suplementar;
- II - aprovar o contrato de gestão da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS;
- III - supervisionar e acompanhar as ações e o funcionamento da ANS;
- IV - estabelecer diretrizes gerais para implementação no setor de saúde suplementar sobre:
  - a) aspectos econômico-financeiros;
  - b) normas de contabilidade, atuariais e estatísticas;

- c) parâmetros relacionados ao capital e ao patrimônio líquido mínimos, e, quando se tratar de sociedade anônima, às suas formas de subscrição e de realização;
  - d) critérios de constituição de garantias de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, consistentes em bens, móveis ou imóveis, ou fundos especiais ou seguros garantidores; e
  - e) criação de fundo, contratação de seguro garantidor ou de outros instrumentos que julgar adequados, com o objetivo de proteger o consumidor de planos privados de assistência à saúde em caso de insolvência de empresas operadoras;
- V - deliberar sobre a criação de câmaras técnicas, de caráter consultivo, de forma a subsidiar e fundamentar as suas decisões; e
- VI - monitorar o cumprimento de suas resoluções.”

De acordo com a Lei no. 9.961/2000, compete a ANS:

- a) Fiscalizar as operações;
- b) Reduzir as discrepâncias do setor;
- c) Definir regras que beneficiem ambas as partes envolvidas;
- d) Proteger o segurado;
- e) Minimizar os abusos corporativos impostos.

Entre os principais atos normativos expedidos pela autarquia podemos destacar:

- a) Resolução Normativa 465/21 - **Rol de Procedimentos** e Eventos em Saúde
- b) Resolução Normativa 63/03 - Define os limites a serem observados para adoção de variação de preço por faixa etária nos planos privados de saúde.
- c) Resolução Normativa 412/16 - Dispõe sobre a solicitação de cancelamento do contrato do plano de saúde individual ou familiar, e de exclusão de beneficiário de contrato coletivo empresarial ou por adesão.
- d) Resolução Normativa - Dispõe sobre a definição, a segmentação e a classificação das Operadoras de Planos de Assistência à Saúde.

Entre as destinadas à fiscalização do setor podemos destacar a criação do Programa de Qualidade da Saúde Suplementar, em 2004, com o intuito de mensurar a qualidade das operadoras.

#### **IV - Forte intervenção estatal na autonomia privada e na liberdade de contratar**

São diversos os dispositivos legais que interferem diretamente na livre iniciativa das empresas que operam planos de saúde, bem como na autonomia privadas dos usuários.

Entre os dispositivos legais podemos citar:

- “Art.9. Após decorridos cento e vinte dias de vigência desta Lei, para as operadoras, e duzentos e quarenta dias, para as administradoras de planos de assistência à saúde, e até que sejam definidas pela ANS, as normas gerais de registro, as pessoas jurídicas que operam os produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, e observado o que dispõe o art. 19, só poderão comercializar estes produtos se
- Art. 13. Os contratos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei têm renovação automática a partir do vencimento do prazo inicial

de vigência, não cabendo a cobrança de taxas ou qualquer outro valor no ato da renovação

Parágrafo único. Os produtos de que trata o *caput*, contratados individualmente, terão vigência mínima de um ano, sendo vedadas:

Art. 17. A inclusão de qualquer prestador de serviço de saúde como contratado, referenciado ou credenciado dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei implica compromisso com os consumidores quanto à sua manutenção ao longo da vigência dos contratos, permitindo-se sua substituição, desde que seja por outro prestador equivalente e mediante comunicação aos consumidores com 30 (trinta) dias de antecedência”.

Podemos definir o contrato de prestação de serviços de saúde – doravante denominado apenas como contrato de plano de saúde –, como o negócio jurídico de natureza patrimonial, pelo qual uma das partes, denominada operadora, se obriga a fornecer ao consumidor, a assunção dos riscos de assistência à saúde, sem limitação financeira, com a utilização de estrutura médico-hospitalar, ambulatorial, laboratorial e clínica própria ou terceirizada para a prestação de serviços médicos e/ou odontológico ou por meio de reembolso de despesas, mediante contraprestação pecuniária do outro contratante. Trata-se de negócio jurídico típico, bilateral, oneroso, aleatório, de execução diferida, de adesão e de consumo.

É contrato **típico**, uma vez que expressamente previsto e nominado na legislação.

É, ainda, **contrato formal**<sup>27</sup>, vez que deve assumir a forma escrita, tendo a obrigatoriedade de conter cláusulas mínimas em favor do consumidor, nos termos do artigo 12 da Lei no. 9.656/98.

Trata-se de ajuste **bilateral**, vez que a operadora deve fornecer ao consumidor, assistência à saúde, tendo em contrapartida o pagamento do preço, pré ou pós estabelecido, nos termos do inciso I do artigo 1º da Lei no. 9.656/98: “Nos contratos bilaterais as duas partes ocupam, simultaneamente, a dupla posição de credor e devedor. Cada qual tem direitos e obrigações. A obrigação de uma corresponde o direito da outra” (GOMES, 1984, p. 77).

---

<sup>27</sup> “Art. 16. Dos contratos, regulamentos ou condições gerais dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei devem constar dispositivos que indiquem com clareza: I - as condições de admissão; II - o início da vigência; III - os períodos de carência para consultas, internações, procedimentos e exames; IV - as faixas etárias e os percentuais a que alude o *caput* do art. 15; V - as condições de perda da qualidade de beneficiário; VI - os eventos cobertos e excluídos; VII - o regime, ou tipo de contratação: a) individual ou familiar; b) coletivo empresarial; ou c) coletivo por adesão; VIII - a franquia, os limites financeiros ou o percentual de co-participação do consumidor ou beneficiário, contratualmente previstos nas despesas com assistência médica, hospitalar e odontológica; IX - os bônus, os descontos ou os agravamentos da contraprestação pecuniária; X - a área geográfica de abrangência; XI - os critérios de reajuste e revisão das contraprestações pecuniárias. XII - número de registro na ANS.”

O contrato é **oneroso** (VARELA, 1989, p. 368), vez que a prestação devida por uma das partes, a assistência à saúde oferecida pela operadora, exige o sacrifício por parte do consumidor, que deve suportar o pagamento do preço estipulado na avença:

“diz-se **oneroso** o contrato em que a atribuição patrimonial efetuada por cada um dos contraentes tem por correspectivo, compensação ou equivalente a atribuição da mesma natureza proveniente do outro (...). É **gratuito** o contrato em que, um deles proporciona vantagem patrimonial ao outro, sem qualquer correspectivo ou contraprestação.”.

A doutrina majoritária atribui ao contrato de planos de saúde a característica de contrato **aleatório** (BESSONE, 1987, p. 100-101), posto a extensão da cobertura a ser fornecida não pode ser conhecida imediatamente na contratação, dependendo de acontecimentos além da vontade das partes:

“... formula-se a distinção entre os contratos em que a extensão das prestações é certa e avaliável desde o momento de sua formação, e aqueles em que, por depender de um acontecimento desconhecido ao celebrar-se o ajuste, tal extensão é inicialmente incerta, em relação às duas partes ou, pelo menos, a uma delas. O correspectivo da prestação é, então, uma chance de ganhar ou perder. Dá-se aos primeiros o nome de comutativos e aos últimos a de aleatórios ou de sorte.”

Um ponto que deve ser destacado e diz respeito às características da onerosidade e aleatoriedade contratual é a questão da assimetria de informações nos contratos de planos de saúde.

Tradicionalmente, um dos motivos que melhor justifica o dirigismo contratual nas relações consumeristas está ligada à denominada assimetria contratual. O consumidor, mesmo quando não se trata de pessoa economicamente hipossuficiente, normalmente deve sofrer a proteção legal, vez que não dispõe do conjunto de informações suficientes e necessárias para a garantia da autonomia de sua vontade.

Marques (2011) assim descreve o fenômeno:

“Este método, ‘por adesão’ – por assim dizer - pereniza a assimetria de forças da fase chamada ‘de negociação’ e impede uma verdadeira comunicação (comum – i – car) entre os futuros parceiros. Esta forte unilateralidade, tanto das práticas comerciais pré-contratuais e no marketing unilateral, quanto na autônima (auto-nomos, se autodeterminar/modelar) de estipular por si – ou em conjunto – o conteúdo do contrato, pereniza esta assimetria de forças entre os dois contratantes da fase de contratação para todo o contrato...”

Ocorre que, nos contratos de planos de saúde, a assimetria informacional pende contrariamente ao fornecedor de serviços, vez que as informações mais relevantes para a expressão de seu consentimento, que podem afetar significativamente o *signalagma* contratual, são detidas pelo consumidor.

Esta situação, que podemos denominar, ainda que impropriamente, de assimetria inversa – no sentido de que a assimetria informacional normalmente é estudada do ponto de vista do consumidor – pode levar a uma situação contratual que a doutrina denomina como “risco da seleção adversa”, ou seja, a possibilidade que os consumidores que buscam a contratação de planos de saúde sejam exatamente aqueles que já se encontram com a saúde abalada, carregando maiores custos para o fornecedor (TIMM, 2008, p. 212):

“Chama-se seleção adversa a contratação de seguro por uma quantidade desproporcional de pessoas em má-situação de risco. Ainda que em um regime de livre mercado a seguradora possa se recusar a contratar com esses consumidores de alto risco, a assimetria informativa talvez não lhe permita distinguir ex ante que são esses consumidores.”

O risco da “seleção adversa”, em tese não deveria existir, vez que tanto a Lei 9.656/98, quanto os atos normativos da ANS preveem a não obrigatoriedade da cobertura dos chamados riscos pré-existentes. Ocorre que a jurisprudência dos Tribunais nacionais, dá uma interpretação bastante restritiva ao conceito, adotando, na prática, um sistema de prova tarifada<sup>28</sup>, citando, por todos, a Súmula 105 do TJSP: “Não prevalece a negativa de cobertura às doenças e às lesões preexistentes se, à época da contratação de plano de saúde, não se exigiu prévio exame médico admissional.”

Trata-se, ainda, de contrato de **execução diferida**<sup>29</sup>, ou seja, são avenças cuja execução se estende por longos períodos da vida dos contratantes, no decorrer dos quais se pode observar significativas alterações das necessidades/expectativas dos contratantes, com reflexos econômicos no *sinálagma* contratual. Tal característica acaba sendo afetada pela decisão política de equiparação operacional das diversas modalidades de planos de saúde, sob o mesmo marco legal e pela equiparação principiológica entre o sistema público e o privado de saúde.

Na medida que a execução das avenças se protraí no tempo, perpassando por diversas fases da vida dos contratantes, em especial o do consumidor pessoa física,

<sup>28</sup> Na lição sempre precisa de Moacyr Amaral dos Santos: No sistema da prova legal, a instrução probatória se destinava a produzir a certeza legal. O juiz não passava de um mero computador, preso ao formalismo e ao valor tarifado das provas, impedido de observar positivamente os fatos e constringido a dizer a verdade conforme ordenava a lei que o fosse.” SANTOS, Moacyr Amaral dos. **Primeiras Linhas do Direito Processual Civil**: adaptadas ao novo Código de Processo Civil. 12a. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1985. v. 1o.

<sup>29</sup> Cláudia Lima Marques denomina tais contratos como ‘contratos cativos de longa duração’, anotando sobre eles: “o objeto principal desses contratos muitas vezes é um evento futuro e incerto, é a transferência (onerosa e contratual), de riscos referentes a futura necessidade, por exemplo, de assistência médica ou hospitalar...” Op. Cit. p. 105.

que ao longo do tempo vê determinadas necessidades diminuindo, ao mesmo tempo que outras surgem ou se agravam (p.ex. riscos de acidentes *versus* doenças degenerativas). Isso porque, sendo as diversas modalidades contratuais equiparadas para efeitos operacionais, não se permitem mecanismos de adaptação contratual, além de meramente o reajuste de preços por mudanças de faixas etárias, ainda que sujeito ao controle estatal para o aumento de preços e a revisão técnica<sup>30</sup>.

Por outro lado, veda-se a possibilidade de melhor adaptação dos planos às necessidades cambiantes dos consumidores, como exemplificativamente, a contratação de planos individuais mediante mecanismos de criação de saldos atuarias decorrentes do não uso dos serviços, que poderiam formar um regime de “semi-capitalização” entre os anos de juventude do consumidor com o aumento de custos decorrentes do envelhecimento.

O exemplo desta falta de adaptabilidade dos planos, embora numa situação um pouco diferente, ocorreu com a empresa denominada “Prevent Senior”. Criada para a contratação de planos de saúde para as faixas etárias mais elevadas, em seus anos iniciais somente aceitava clientes com mais de 50 anos, foi obrigada, por interferência da ANS, a aceitar a contratação por parte de qualquer consumidor interessado.

É o fenômeno que podemos denominar de *cream skimming*<sup>31</sup> invertido. A operadora decide por especializar-se num público normalmente rejeitado pelas demais operadoras, apostando que a especialização possibilitará lucratividade a partir de uma gestão voltada ao atendimento do público-alvo. A obrigação de atendimento de um universo maior e distinto de pessoas, se num primeiro momento parece mitigar os riscos do *cream skimming* invertido (num fenômeno denominado pela doutrina como “manipulação de planos”), acaba por trazer custos adicionais, que provavelmente não foram previstos no plano de negócio da empresa (p.ex. criação de estruturas de atendimento à maternidade e puericultura).

---

<sup>30</sup> A diferença entre uma e outra é importante. O reajuste de preço é mera reposição do valor real do contrato, em função do fenômeno inflacionário. A revisão técnica, não prevista na Lei no. 9.656/98, mas tratada na RDC/ANS 19/2002, tratando-se de mecanismo pelo qual a Agência pretende corrigir eventuais desequilíbrios econômico-financeiro do contrato, para aumento ou redução de preços em função de alterações significativas nos custos da operadora.

<sup>31</sup> Esclarece Leandro Martins Zanitelli: “em reação à assimetria de informativa, as operadoras podem por em prática medidas para inibir a contratação do seguro pelos maus riscos. Práticas de seleção de consumidores (ou se seleção de riscos), são designadas pela expressão *cream skimming* (em tradução literal ‘separar a nata’). [...]. Em mercados de seguro com informação assimétrica, o *cream skimming* é uma forma de levar vantagem sobre os concorrentes. Quanto mais hábil for uma seguradora na seleção de consumidores, menor a soma das indenizações que terá de pagar.” Op. Cit. , p. 216-217.

Os contratos de planos de saúde, são, ainda, contratos de **adesão** e de **consumo**. São contratos de adesão porque, evidentemente não permitem uma discussão pessoal das cláusulas entre as partes, podendo o consumidor simplesmente aceitar aderir ao pacto ou não. Inclusive porque, como já nos referimos anteriormente, uma das medidas adotadas pelo sistema legal adotado a partir de 1998 é exatamente o fenômeno da forte interferência estatal nas disposições contratuais.

São, sem dúvida, contratos de consumo, regidos pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei, 8.080/90) - CDC, regendo relações jurídicas entre, de um lado, um fornecedor de serviços no mercado de consumo e de outro lado, um consumidor como usuário final destas facilidades, mediante remuneração.

É importante destacar, nessa quadra, que a adoção de uma perspectiva liberal para a análise do objeto da pesquisa, não importa na defesa do afastamento de qualquer disciplina legal nas relações privadas, mesmo as de caráter de maior intervencionismo como é o CDC. Isso porque deve ser reconhecido, no consumidor de serviços de saúde privada o mesmo déficit informacional que qualquer outro consumidor sofre (sem com isso afastar a noção de que, diferentemente da maioria de outros fornecedores, a operadora de planos de saúde também se vê diante de uma assimetria de informações).

Significa dizer que as relações entre consumidor e fornecedor de planos de saúde é uma relação assimétrica, que tem por objeto um bem jurídico de características especiais (noção que melhor desenvolveremos adiante), justificando-se um tratamento legal diferenciado nestas relações. Isto porque, o direito deve fornecer um ambiente estável, onde a liberdade deve redundar numa ordem espontaneamente criada, voltada ao bem comum.

Nesta perspectiva, o direito deve possibilitar o exercício da liberdade em condições de igualdade entre os contratantes. Deve, portanto, estar atenta as diferenças ontológicas existentes entre os indivíduos, tratando desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade, na definição clássica de Aristóteles.

São significativas as diferenças de pensamento entre Aristóteles e Hayek. Para ambos, o direito está a serviços de uma ordem, para o Filósofo, eterna e imutável, enquanto para Hayek mutável e criada espontaneamente nas relações entre homens livres; essa ordem, para o Estagirita, busca a justiça, o dar a cada um o que é seu,

enquanto ao Austríaco essa ordem visa assegurar a liberdade, para que os homens possam alcançar o que é seu por merecimento, sinônimo final de justiça.

Ora, entre eles, portanto, embora por caminhos diferentes, o direito visa à justiça, dando a cada um o que é seu, socialmente considerado, como em Aristóteles ou individualmente considerado, como em Hayek, mas fundamentalmente considerando aquilo que é próprio de cada um.

Neste sentido, Hayek (2013, p. 254):

“Dizer que qualquer lei deveria ser aplicada igualmente a todos significa mais do que dizer que deveria ser geral no sentido que definimos. Uma lei pode ser perfeitamente geral no que se refere apenas às características formais dos indivíduos afetados e, no entanto, criar cláusulas diferentes para diferentes classes de pessoas. Uma classificação desse tipo, mesmo no conjunto de cidadãos totalmente responsáveis, é claramente inevitável. [...]”

Nesse sentido, permitimo-nos afirmar a compatibilidade de aplicação do Estatuto do Consumidor mesmo em um ambiente da mais ampla liberdade contratual, baseado na necessidade de compatibilizar liberdade individual com as diferenças naturalmente existentes entre os contratantes.

## 2 TEORIAS NORMATIVAS E O DIREITO À SAÚDE

### 2.1 A TEORIA IGUALITÁRIA DE JOHN RAWLS E A CRÍTICA DE HAYEK

O pensamento de John Rawls sempre teve marcante influência na formação jurídica brasileira, gozando de enorme prestígio político e acadêmico, a partir da ideia, nem sempre bem compreendida de justiça distributiva.

Sendo privados os recursos e os interesses envolvidos na contratação de planos/seguros de saúde, as decisões de investimento deveriam ser pessoais, ressalvada a intervenção estatal por meio de incentivos institucionais e/ou por meio da regulação das atividades com a intenção de afastar as denominadas “falhas de mercado<sup>32</sup>”, atuando indiretamente na decisão de investimento dos atores privados.

Intervindo diretamente nas relações privadas, vez que as decisões judiciais determinam como, quando e onde os recursos devem ser aplicados, o Poder Judiciário passa a intervir na formulação de políticas públicas, transformando a questão do serviço privado de atendimento à saúde numa questão de justiça distributiva.

Se considerarmos ainda que existe um importante vaso comunicante entre os sistemas públicos e privados de atendimento à demanda da saúde, consistente no volume de recursos relativos à renúncia fiscal decorrente da permissão legal de abatimento dos valores pagos pelo contribuinte (e também de seus dependentes) do rendimento tributável para fins de pagamento do imposto de renda, tanto das pessoas jurídicas quanto das pessoas físicas, chegamos a uma situação que a questão dos sistemas público e privado de saúde, ganha a dimensão de verdadeira questão de justiça distributiva, nos termos já formulados por Posner (2010, p. XXI):

“Para nós o objeto primário da justiça é a estrutura básica da sociedade, ou mais exatamente, a maneira pela qual as instituições sociais mais importantes distribuem direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão de vantagens provenientes da cooperação social”.

---

<sup>32</sup> Falha de mercado é a situação econômica onde um mercado não consegue produzir uma **alocação natural** que seja eficiente. Ou seja, nesses casos, as transações do mercado acabam gerando mais efeitos negativos para todos do que satisfazendo individualmente os ofertantes e os demandantes. Tal noção é de alguma forma rejeitada pela Escola Austríaca, que vê a falha de mercado como uma oportunidade ainda não explorada pelo empreendedor.

Assim, de um lado da contabilidade pública, temos a alocação de recursos sendo determinada diretamente pelo Poder Judiciário, que obriga que recursos privados sejam aplicados como se políticas públicas fossem – mediante o custeio de tratamentos/medicamentos não previstos na equação econômico-financeira dos contratos, importando, portanto, em transferência de rendas – e de outro, temos o lado da origem de parte dos recursos alocados pelas referidas decisões, provenientes de renúncias fiscais, contudo, sem que esse trânsito de recursos, seja computado nos orçamentos públicos ou seja, sem controle político das ações estatais.

Este posicionamento ideológico parece obedecer à lógica decorrente da adoção da denominada teoria da “justiça como equidade” de John Rawls, que procura responder a questão de como se deve distribuir, numa sociedade justa, os bens essenciais e as oportunidades entre seus membros.

Para tanto, fixa dois princípios que denomina princípio da igualdade de oportunidades e princípio da diferença. O primeiro, que diz respeito à distribuição de bens primários sociais essenciais – por ele definidos como “coisas que todo o homem racional presumivelmente quer, independente dos planos de vida de cada um” –, o critério de distribuição deveria ser a distribuição igual de bens e de deveres básicos. Pelo segundo princípio, seriam compensadas as desigualdades injustas, em especial aquelas que atingissem os mais desfavorecidos, garantindo-se a todos igualdade nas oportunidades.

Pelo princípio da igualdade de oportunidades, cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para outras. Neste sentido, as diferenças sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam, ao mesmo tempo: a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável; e b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos (RAWLS, 2000, p. 65).

Para Rawls, o princípio da diferença tem um objetivo específico, qual seja, compensar as desigualdades e reduzir a distância social e econômica entre as pessoas.

A divisão acima é exatamente o que Hayek denominada “miragem da justiça social”, da qual elabora uma crítica ácida ao conceito de justiça distributiva em geral:

“Não basta reconhecer que a expressão ‘justiça social’ é vazia, sem conteúdo determinável. Ela se tornou uma poderosa fórmula cabalística a alimentar emoções profundamente arraigadas que ameaçam destruir a Grande

Sociedade. Infelizmente, não é verdade que a luta por algo inalcançável não pode gerar mal algum. Como a perseguição de qualquer miragem, ela tenderá a produzir resultados que muito se teria procurado evitar, se tivessem sido previstos. Um grande número de objetivos desejáveis será sacrificado na vã esperança de tornar possível o que sempre estará fora do nosso alcance.

Vivemos hoje sob o domínio de duas concepções diferentes e incompatíveis sobre o que é justo; e, após um período de ascendência de concepções que possibilitaram a visão de uma Sociedade Aberta, estamos retrocedendo rapidamente às concepções de uma sociedade tribal, da qual lentamente emergimos. Abrigávamos a esperança de ter banido, com a derrota dos ditadores europeus, a ameaça do estado totalitário; mas tudo que fizemos foi esmagar a primeira investida de uma reação que vem lentamente se alastrando por toda a parte. O socialismo nada mais é que uma reafirmação daquela ética tribal...(HAYEK, 1985, p. 159-160).

Isto porque, para Hayek (1985, p. 159-160): “a distribuição das riquezas sociais deve expressar de algum modo as escolhas das pessoas e que, portanto, uma distribuição idêntica de riquezas não é necessariamente uma distribuição justa ou igualitária” (FERRAZ, 2007).

Assim, segundo Hayek, a justiça só pode ser mantida dentro de um ambiente jurídico que assegure as regras do jogo. Para ele, ações específicas que visam corrigir determinadas situações de “injustiça” falharão na tentativa de mudar a situação e comprometerá o sistema jurídico.

A partir daí fórmula duas questões que serão os fios condutores de sua crítica às ideias da “justiça social”:

“O primeiro é o de apurar se, numa ordem econômica baseada no mercado, o conceito de ‘justiça social’, tem qualquer significado ou conteúdo.

O segundo é o de definir se é possível preservar uma ordem de mercado impondo-lhe ao mesmo tempo (em nome da ‘justiça social’ ou sob qualquer outro pretexto) algum padrão de remuneração baseado na avaliação de desempenho ou das necessidades de diferentes indivíduos ou grupos por uma autoridade dotada de poder de aplicá-lo (FERRAZ, 2007, p. 2).”

Evidente que sua resposta às questões é não.

Para isso, lança mão de duas ordens de argumentos. Do ponto de vista político sustenta ser incompatível a implantação de medidas à “justiça social”, com sua ideia de liberdade; do ponto de vista econômico, sustenta a inutilidade das tentativas de implementar a “justiça social” na medida que se baseiam em medidas que inviabilizam a livre iniciativa econômica, a melhor alternativa para gerar riqueza na sociedade. Necessário se faz uma incursão pela sua teoria econômica, apresentado, ainda que sucintamente, a sua revolucionária teoria do valor econômico, que lhe assegurou a láurea do Prêmio Nobel da área.

Para o autor, numa sociedade de mercado, os rendimentos auferidos pelos agentes econômicos não tem relação direta quer com a quantidade de trabalho despendido para a sua realização (o que coincide aproximadamente com uma noção marxiana da teoria do valor), nem com o mérito individual do vendedor (que corresponde ao esforço/talento do produtor), o que se aproximaria com as teorias de valor liberais clássicas. Para Hayek, a remuneração dos fatores de produção de produção e das mercadorias em geral é dado pelo reconhecimento dos compradores, ou seja, pelo preço que as partes não relacionadas aceitam pagar para a obtenção do produto ou serviço. Nas suas palavras:

“Os rendimentos auferidos no mercado por diferentes pessoas usualmente não corresponderão aos valores relativos que têm seus serviços para uma pessoa qualquer. Embora, na medida em que qualquer elemento de um dado grupo de diferentes mercadorias é consumido por uma pessoa qualquer, esta comprará tal quantidade de cada uma que os valores relativos para ela das últimas unidades compradas corresponderão a seus preços relativos, muitos pares de mercadorias nunca serão consumidos pela mesma pessoa: o preço relativo de artigos consumidos só por homens e de artigos consumidos só por mulheres não corresponderá aos preços relativos desses produtos para ninguém.

As remunerações que os indivíduos ou grupos recebem no mercado são, pois, determinadas pelo valor que têm esses serviços para quem os recebe (ou, estritamente falando, à última demanda premente por esses serviços que pode ainda ser satisfeita pela oferta disponível) e não por um fictício valor social” (HAYEK, 1985, p.96).

Percebam que se o agente econômico não possui, em geral, poder sobre a formação do preço de venda, vez que este depende, numa economia de mercado, da utilidade marginal atribuída pelo consumidor de seus produtos ou serviços, o agente somente auferirá renda positiva, se puder, de alguma forma, produzir pelo menor custo, trazendo Hayek (1945, p. 519-530) uma reflexão sobre o uso do conhecimento na sociedade e o sistema de preço.

Para o autor, não é possível reunir todo o conhecimento necessário em apenas uma única “mente”, de modo que é impossível ter total conhecimento das circunstâncias necessárias à solução de um problema econômico, materializado na necessidade de organização e coordenação das ações dos indivíduos e conjunto de indivíduos, bem como das decisões a serem tomadas e suas consequências. E, por óbvio, jamais o serão. Conforme o autor, “o problema é o da utilização de um conhecimento que não está disponível a ninguém em sua totalidade”.

Não há garantia concreta da utilização, da melhor forma possível, por qualquer membro da sociedade, dos recursos disponíveis, considerando o conhecimento limitado desse indivíduo. Nesse sentido, inexistente uma concentração e integração

do conhecimento dessas circunstâncias, limitada é a atuação do agente, na sua tarefa econômica primordial de coordenar os indivíduos. O conhecimento existente o é como “pedaços dispersos de conhecimento”, incompletos e fragmentados, distribuídos entre diversos indivíduos independentes.

Por mais que o pensamento econômico se apoie cada vez mais em dados estatísticos, no longo prazo esses mesmos dados tendem a passar uma falsa sensação de estabilidade, se comparados os movimentos diários especificamente. Ainda que possível concentrar volumosos dados estatísticos, não é salutar eliminar a importância dos pequenos ajustes constantes fruto das decisões tomadas diuturnamente frente às circunstâncias eventualmente desconhecidas até o dia anterior. Especialmente em se tratando de um conhecimento que, por força dessa sua própria natureza, não pode ser transformado em informação estatística, prejudicando qualquer análise que dessa ferramenta dependa.

Nas palavras do próprio autor austríaco:

“Cada pessoa tem sua própria ordem particular de classificação dos fins buscados. Essas classificações individuais podem ser conhecidas por poucos ou mesmo por ninguém [...]. Os esforços de milhões de indivíduos em diferentes situações, com diferentes posses e desejos, com acesso a diferentes informações sobre os recursos, conhecendo pouco ou nada sobre as necessidades específicas de outrem, e visando diferentes escalas e fins, são coordenados por meio de sistemas de intercâmbio. Enquanto os indivíduos se alinham reciprocamente uns com os outros nasce um sistema não planejado de uma ordem de complexidade maior, e cria-se um fluxo anônimo de bens e serviços que para um número totalmente elevado de elementos participantes, preenchem suas expectativas e os valores que os orientam” (HAYEK, 1983, p. 22).”

Importante destacar que a ordem de mercado, para Hayek é um processo despersonalizado e ao mesmo tempo não teleológico do ponto de vista social, ou seja, embora reconheça que cada indivíduo ou cada grupo seja motivado por suas próprias finalidades, não há fim ou objetivo **comum a ser alcançado**.

“Frequentemente se condena a Grande Sociedade e sua ordem de mercado por carecerem de uma coordenação consensual de fins. Este, no entanto, é de fato seu grande mérito, que torna possível a liberdade individual e todos os seus valores. A Grande Sociedade originou-se da descoberta de que os homens podem viver juntos em paz, beneficiando-se uns dos outros, sem entrar em acordo quanto aos fins específicos a que visam isoladamente. Em outras palavras, surgiu da descoberta de que a substituição de fins concretos obrigatórios por normas abstratas de conduta possibilitava ampliar a ordem de paz para além de pequenos grupos voltados aos mesmos fins, porque permitia a cada indivíduo beneficiar-se com a habilidade e o conhecimento de outros, cuja existência até mesmo podia ignorar e cujos objetivos podiam ser totalmente diversos dos seus” (HAYEK, 1985, 131).

Por tratar-se de uma ordem formada por pessoas indeterminadas, não reunidas sob um objetivo ou finalidades comuns é que Hayek afasta a possibilidade de uma “justiça social”.

Para o autor, o pensamento de que uma autoridade central pode ser considerada apta a arbitrar rendimentos dos indivíduos parte de um erro conceitual de que a sociedade pode ser funcionalizada, ou seja, possa ser colocada a serviço de um objetivo concreto em comum.

Para Hayek estará pavimentado o caminho da servidão.

“O postulado da igualdade material só seria um ponto de partida natural se as cotas dos diferentes indivíduos ou grupos fossem necessariamente assim determinadas por decisão humana deliberada [...]. Este no entanto não é a única e nem mesmo a principal razão porque um governo que vise assegurar a seus cidadãos posições materiais iguais (ou qualquer padrão específico de bem-estar material) teria de trata-los muito desigualmente. Seria obrigado a fazê-lo porque, num tal sistema, compete a ele dizer às pessoas o que fazer. Quando as recompensas que o indivíduo pode esperar já não constituem indicação apropriada de como dirigir seus esforços para os setores em que se fazem mais necessários, visto que correspondem não ao valor dado a seus serviços por seus semelhantes mas ao suposto mérito ou valor moral a que as pessoas fizeram jus, essas recompensas perdem, então, a função norteadora que têm na ordem de mercado e precisariam ser substituídas pelas determinações da autoridade dirigente [...]. Como se vem evidenciando em setores cada vez mais amplos da política do bem-estar social, uma autoridade incumbida de alcançar resultados específicos, em benefício de indivíduos, deve deter poderes essencialmente arbitrários para compelir esses indivíduos a fazerem o que parece necessário para se chegar ao resultado requerido. Completa igualdade para a maioria não pode significar senão a igual submissão das grandes massas ao comando de uma elite que administra suas atividades” (HAYEK, 1985, p. 102-104).

## 2.2 A FUNÇÃO DO DIREITO

Para Hayek a principal função do direito é servir como salvaguarda da liberdade individual.

A definição de liberdade de Hayek, que adota uma perspectiva negativa do conceito (BERLIN, 1981, p. 136-137), é assim formulada: “é o estado no qual o homem não está sujeito à coerção pela vontade arbitrária de outrem” (HAYEK, 1983, p. 4).

No campo político, o conceito de liberdade adotado por Hayek implica a necessidade de estabelecimento de um governo limitado e absoluto respeito à autonomia das decisões privadas – que não pode sofrer limitações quer de outras pessoas ou grupos – de forma que a liberdade de um não interfira na liberdade do outro, portanto o conceito de liberdade pode aceitar variação de grau, mas nunca de

gênero, não havendo liberdades (civis ou políticas), mas sim a liberdade, como conceito uno e indivisível.

O autor austríaco assim, define o conceito de coação: “A coerção ocorre quando um indivíduo é obrigado a colocar suas ações a serviço da vontade de outro, não para alcançar seus próprios objetivos, mas para buscar os da pessoa a quem serve” (HAYEK, 1983, p. 146).

Impende destacar que Hayek não é um libertário, aceitando a possibilidade do exercício de algum tipo de coação legítima. Defende que a função legítima do Estado é evitar a coerção exercitada entre os indivíduos, de modo a assegurar que vivam suas vidas em harmonia com seus semelhantes. O poder Estatal, portanto, deve ser restrito de forma que a ameaça de coerção por ele exercida seja impessoal e dependente de normas gerais e abstratas, que define como sendo: “um instrumento auxiliar do indivíduo na busca de seus próprios objetivos e não um meio a ser usado para alcançar objetivos de outrem” (HAYEK, 1985, p. 18).

A vida em sociedade, portanto, somente se torna possível se suas ações forem pautadas por alguma espécie de norma, que fixem limites onde possa existir segurança e liberdade.

Para Hayek, entretanto, essas normas não foram criadas deliberadamente visando um objetivo concreto, assim como outras instituições sociais, tais como o dinheiro, a linguagem e outros institutos sociais que se basearam nos usos e costumes. Trata-se de uma herança cultural que torna o homem “portador de normas” (HAYEK, 1985, p. 84), resultado de um processo de tentativa e erro, adotados a partir da experiência prática, que permitiu ao homem a vida em sociedade, beneficiando-se mutuamente os indivíduos com essa convivência.

Segundo Hayek (1985, p. 12), o que motiva o homem a viver em sociedade são os impulsos monetários particulares, mas embora aparentemente tenham desejos semelhantes, seus objetivos são diferentes. O que possibilita o convívio harmônico é o fato de que suas condutas são regidas segundo normas abstratas, tornando essa união uma soma de meios e não de finalidades.

“É evidente que se regulassem sua conduta [...] de acordo com um interesse especial, fosse ele público ou privado, os homens se veriam envolvidos numa infundável confusão e tornariam qualquer governo bastante ineficaz. O interesse de cada indivíduo é diferente; e o interesse público, embora seja em si sempre um só é o mesmo, tornar-se ainda fonte de grandes dissensões em razão das diferentes opiniões de pessoas específicas a seu respeito [...]. Se buscássemos ganhos idênticos atribuindo bens a determinadas pessoas, frustraríamos nosso objetivo e perpetuaríamos a confusão que essa mesma norma pretende evitar. Devemos,

pois, proceder segundo normas gerais e regular-nos por interesses gerais ao modificar a lei da natureza...” (HUME *apud* HAYEK, 1985, p. 1)

### 2.3 A ORDEM PÚBLICA E A PRIVADA: O DIREITO À SAÚDE ‘COMO UM BEM FORNECIDO PELO ESTADO

Cumprе esclarecer que para Hayek, ordem não se identifica com a ideia de ordenação orgânica de uma determinada sociedade, formada a partir de uma relação de mando e subserviência entre diversos extratos sociais, baseado no pensamento equivocado, de que a ordenação social somente se dá pela ação de uma força externa à própria coletividade.

Para Hayek (1985, p. 13), o conceito de ordem social decorre de que:

“em que múltiplos elementos de vários tipos se encontram de tal maneira relacionados entre si, e que, a partir de nosso contato com uma parte espacial ou temporal do todo, podemos aprender a formar expectativas corretas com relação ao restante ou, pelo menos, expectativas que tenham probabilidade de se revelarem corretas.”

A decorrência lógica da acepção hayekiana sugere que ordens muito complexas só podem ser produzidas por forças que induzam a formação de uma ordem espontânea, uma vez que inúmeros fatos particulares são insuscetíveis de serem apurados ou manipulados por qualquer cérebro humano.

A partir desta definição, Hayek estabelece duas diferentes ordens sociais, uma espontânea, decorrente da evolução de uma determinada sociedade (*kosmo*) e outra concebida a partir do planejamento humano. (*Taxis*).

Para Hayek (1985, p. 57), o *kosmo*:

Trata-se de uma ordem auto-organizada, “amadurecida pelo tempo”. Saída da prática, embora não necessariamente, o seu grau de complexidade não é limitado por aquilo que o espírito humano pode dominar. A sua existência não é necessariamente material, pode basearse em relações puramente abstractas que só se podem reconstituir mentalmente. Não tendo sido fabricada, ela não tem um objectivo específico. Está inacabada. Os elementos que a compõem vivem segundo certas regras e princípios abstractos e a estrutura dinâmica das relações que mantêm entre si confere à ordem uma relativa permanência.”

O pensador da escola austríaca fornece exemplos de ordens espontaneamente criadas, tais como a linguagem, o mercado, a moral social, o dinheiro, entre outros.

O conceito de *taxis* é assim formulado:

“Trata-se de uma ordem confeccionada, uma construção, uma ordem artificial. A sua estrutura é relativamente simples ou de uma complexidade moderada (de forma a que o seu autor a possa apreender com um olhar). Por norma, ela é concreta e está ao serviço de uma intenção. Geralmente, é

relativamente efémera. Os elementos de uma tal ordem são regidos por mandamentos e/ou podem receber funções.” (HAYEK, 1985, p. 58)

Quanto às ordens criadas, apresenta exemplos como os governos e as empresas. Trata-se de uma ordem artificialmente criada a partir da busca de uma finalidade específica.

Lei (*nomos*) é a norma que enquadra, mas não dirige o comportamento. É a norma que ordena o comportamento em uma ordem espontânea (*kosmos*). Constitui *nomos* as chamadas normas de justa conduta. Aquelas que estabelecem limites gerais e abstratos ao que deve ou não deve ser feito. Está estritamente relacionada à liberdade, regulando usos e costumes consolidados pelo tempo.

O *nomos*, como norma de justa conduta, não é norma criada, mas descoberta pelo juiz ou pelo legislador que a apenas a externaliza. A lei, na acepção de *nomos*, não se dirige a um propósito específico, mas possui a função de delimitar os domínios de proteção do indivíduo, formulando as condições gerais e abstratas de como os direitos podem ser resguardados ou adquiridos. Logo, é norma essencialmente negativa. Hayek fornece como exemplo de *nomos* as normas que regulamentam a propriedade, o direito à vida, as normas de direito penal e etc.

lorio (1997, p. 27), bem resume o pensamento do mestre austríaco:

“*Nomos* refere-se a regras que regulam a conduta dos indivíduos, aplicáveis a um número desconhecido de situações futuras, que consistem em decorrência dos direitos individuais e às quais todos os indivíduos, indistintamente, devem subordinar-se. É, em poucas palavras, a lei garantidora da liberdade, a autoridade da lei, que deve ser descoberta, no sentido de que sua fonte básica são os usos, costumes e tradições.”

Acerca do conceito de legislação (*thesis*), lorio (1997), novamente sintetiza o pensamento hayekiano:

“regras derivadas do conceito positivo de lei, ou seja, a comandos, aplicáveis de modo desigual sobre as pessoas e nem sempre de modo prospectivo<sup>3</sup>. É norma criada para atender a propósitos específicos, sendo por vezes instrumentalizadas para suprir demandas de grupos que detém o poder político ou gravita em torno dele. Impõe-se por sua coercitividade extrínseca, destituídas que estão da autoridade ínsita que caracteriza as normas de justa conduta (*nomos*).”

Para Hayek, a combinação de *kosmo/nomos* dá nascimento a uma sociedade, baseada numa economia de mercado e no estado de direito, enquanto a associação da *taxis/thesis* tende a fazer surgir um estado totalitário, onde a existência humana é instrumentalizada a partir de interesses externos à vontade do indivíduo.

Nogueira (2014) aponta a impossibilidade de criação de ordens híbridas a partir da conjugação de uma ordem espontânea e outra criada:

“Revela-se, então, a natureza não intercambiável dessas duas formas de organização político-social (kosmos-nomos/ taxis-thesis), a partir de uma condição conhecida como tertium non datur ou lei do terceiro excluído, uma condição em que se torna impossível conceber-se uma terceira alternativa. As formas mistas consubstanciaríamos os arranjos kosmos-thesis e taxis-nomos. Um arranjo kosmos-thesis caracteriza-se pela economia de mercado regida por comandos do tipo thesis. É o denominado liberalismo social; uma contradição em termos. Tal arranjo implica a inibição da competição pelas ordens pessoais - e, portanto, desiguais - dirigidas ao processo de mercado, nele interferindo via distorção nas informações geradas pelos preços. Resulta daí a desordem econômica que, na opinião corrente, demandaria mais intervenção estatal, convergindo o kosmos-thesis para o arranjo extremo característico dos regimes de intervencionismo econômico pleno (taxis-thesis).”

Ainda que se trate somente de uma hipótese de trabalho, parece que a crítica haykeana de que a tentativa de arranjos sociais na forma de ordens híbridas do tipo *kosmo/thesis* – exatamente o que indica a jurisprudência majoritária dos Tribunais – leva a uma crescente necessidade de maior intervencionismo, com mais regulação e mais controle, o que não contribui com a melhora do sistema público de saúde e, de outra sorte, acarreta ao sistema privado, os defeitos historicamente verificados no regime estatal.

A possibilidade de aplicação do conceito haykeano de ordem criada (*thesis*) ao sistema de saúde pública e de ordem espontânea (*kosmo*) ao sistema privado de saúde não parece desbordar da arquitetura constitucional adotado na seção II do título VIII da CF/88. Contra a proposição milita o fato da histórica resistência da escola austríaca à legitimação de qualquer intervenção estatal no domínio econômico (NOGUEIRA, 2014), do qual Hayek, discípulo direto de Mises, é destacado expoente.

Por outro lado, Hayek não divide com seu mestre a absoluta aversão à atuação estatal. Como dissemos alhures, admite a necessidade do uso da coerção legítima e vai buscar em Paine (1982, p. 11) o conceito do governo como mal necessário, *in verbis*:

A sociedade, em qualquer estado é uma benção, enquanto o governo, mesmo em seu melhor estado, não passa de um mal necessário; no seu pior estado, um mal intolerável, pois, quando sofremos ou somos expostos por ‘um governo’ às mesmas desgraças que poderíamos esperar num país ‘sem governo’, nossa calamidade é intensificada pela conclusão de termos sido nós quem fornecemos os meios pelos quais sofremos.

Apesar de aceitar o Estado como um “mal necessário” Hayek admite, de forma expressa a atuação estatal no fornecimento de bens e de serviços à margem da ordem

do mercado, quando tais serviços não podem ser limitados àqueles que dele se dispõem a pagar:

“Embora a manutenção de uma ordem social espontânea seja a condição primordial para o bem-estar geral de seus membros e dê significado a essas normas de conduta que constituem o foco de nossa atenção, devemos, antes de examinar com maior profundidade essas relações entre normas individuais de conduta e bem-estar, considerar brevemente um outro elemento de bem-estar geral que deve ser distinguido daquele que é nosso principal objeto. Há vários tipos de serviço que os homens desejam, mas que, se fornecidos, não poderão ser limitados aos que se dispõem a pagar por eles; assim, só podem ser fornecidos se os recursos forem compulsoriamente arrecadados. Desde que exista um aparelho de coerção, e em especial se lhe for dado o monopólio da coerção, é óbvio que também ele será incumbido de suprir meios para o fornecimento de tais ‘bens coletivos’... (PAINE, 1982, p. 11)

Em outra passagem, mais a frente, Hayek volta a admitir a intervenção da ordem estatal para o fornecimento de meios de sobrevivência aos mais necessitados, como imperativo moral da vida em sociedade, como reproduzimos abaixo:

“Não há razão para que, numa sociedade livre, o governo não garanta a todos proteções contra sérias privações sob a forma de uma renda mínima garantida, ou um nível abaixo do qual ninguém precisa descer. Participar desse seguro contra o extremo infortúnio pode ser do interesse de todos; ou pode-se considerar que todos têm o claro dever moral de assistir, no âmbito da sociedade organizada, os que não podem se manter. Na medida em que uma tal renda mínima uniforme é oferecida, à margem do mercado, a todos que, por qualquer razão, são incapazes de obter no mercado uma manutenção adequada, isso não implica necessariamente uma restrição da liberdade, ou conflito com o estado de direito.” (HAYEK, 1985, p. 107-108)”

Mesmo que Hayek nunca tenha se referido ao direito à saúde como uma dessas modalidades de serviços que podem ser oferecidos à margem da ordem do mercado, Prunes (2006) parece admitir que não é totalmente estranha, na sua obra, a hipótese que a saúde esteja entre os “bens fornecidos pelo estado” que admite alguma forma de planejamento, o que legitimaria sua inclusão entre aqueles a serem regidos pelo direito público.

“Exceto em termos físicos e biológicos não podemos antecipar nem limitar a série de necessidades humanas e sua ordem de prioridade. Por isso não temos base alguma para planejar um futuro perfeito ou tentar interromper o desenvolvimento do homem numa etapa dada.” (PRUNES, 2006, p. 27)

Nesse ponto, a pesquisa deverá afastar-se das doutrinas constitucionais tradicionais que enquadram o direito à saúde como direitos de segunda geração (os chamados direitos “sociais”, expressão que causa verdadeira ojeriza a Hayek), mas se ainda assim é possível considerar que possui um *status* moral diferenciado, que permita afirmar que se trata de um “bem a ser fornecido pelo Estado” à margem da ordem do mercado.

Inicialmente, é preciso apontar que não há exatamente um direito à saúde, no sentido de ser a saúde um bem jurídico, passível de ser objeto de uma posição jurídica ativa. Podemos, no máximo, falar no direito a não ser exposto a riscos de saúde (na medida que uma vida em sociedade permita) e o direito de acesso a tratamentos de saúde. Assim, o “direito à saúde” tem dois aspectos: uma face preventiva, voltada a evitar danos à saúde; e uma face reparadora, nas hipóteses que o dano à saúde já ocorreu.

No aspecto preventivo, o “direito à saúde” somente pode ser alcançado por meio da articulação de medidas que envolvem diversos outros direitos, p. ex. meio ambiente saudável, saneamento básico, direito e medicina do trabalho, lazer e etc.

Neste aspecto, o direito à saúde atua numa lógica de implicação e complementariedade (REALE, 1994) com estes direitos, ou seja, o direito à saúde é condição de possibilidade para o exercício dos direitos ao trabalho, ao lazer e etc., mas também o desfrute de uma vida saudável depende de que tais direitos sejam possíveis ao indivíduo.

Parafraseando Arendt (2012), o direito à saúde transcende o mero direito público subjetivo e, tal como o direito à vida, é um pressuposto: o direito a ter direitos. Isto porque é necessário perceber as suas características especiais. A saúde, como estado de fato, decorre de fatores diversos, alguns deles sem qualquer participação da vontade humana, individual ou coletiva, decorrente de fatores genéticos, biológicos ou da própria sorte.

Daniels (2008, p. 11) formula três questões fundamentais: a) “Teria a saúde um status moral especial?”; b) Quando são injustas as desigualdades em saúde?; c) Como distribuir de forma justa os recursos em saúde?”

À primeira pergunta, Daniels (2008) dá uma resposta positiva, afirmando que mesmo em países de longa tradição liberal, em que a desigualdade não somente é tolerada, mas particularmente incentivada, a questão da saúde recebe um tratamento mais igualitário. No caso brasileiro isto parece ser particularmente verdadeiro, tendo em mente o Sistema Único de Saúde, de caráter descentralizado, gratuito e universal, criado pela Constituição de 1988.

Aqui, é preciso destacar que para Daniels (2008) o direito à saúde não se restringe somente aos tratamentos médicos destinados a curar doenças, mas inclui também todas as “medidas de saúde” abrangendo todos os seus aspectos sociais, tais como moradia digna, saneamento básico etc.

Com essa observação, encaminha-se a resposta à segunda questão formulada por Daniels (2008, p. 22): se o conceito de saúde deve abranger todas as ações sociais que têm por fim garantir a integridade físico-psíquica da pessoa humana, injusta será a política que prive o ser humano do pleno exercício das oportunidades de conquistar uma vida saudável.

A resposta à terceira pergunta é a que traz maior dificuldade, não encontrando uma solução direta na obra de Daniels (2008). Como discípulo dedicado de Rawls, a pergunta poderia ser respondida a partir do princípio da diferença formulado pelo autor da teoria da justiça como equidade, ou seja, os recursos deveriam ser alocados aqueles menos favorecidos.

Ela não é tão simples. Em matéria de saúde, a necessidade nem sempre se encontra diretamente vinculada à necessidade, ou seja, pessoas muito pobres podem gozar de excelente saúde e pessoas extremamente ricas podem sofrer com problemas, nem mesmo se pode dizer que pessoas mais idosas tenham necessariamente maiores problemas e saúde.

Daniels não nos fornece uma solução definitiva, mas aponta condições para uma distribuição legítima dos recursos. A primeira condição que conferiria legitimidade aos agentes alocadores de recursos e suas decisões forçosamente limitadoras (por meio das quais sempre haverá ganhadores e perdedores) é a transparência. As regras, sejam quais forem, devem ser disponibilizadas publicamente. Em segundo lugar, tais regras devem ser razoáveis, ou seja, aceitas por todos os que sejam, eles próprios, pessoas razoáveis. A terceira condição é que sempre haja a possibilidade de se revisar ou mesmo questionar, por meio de recursos, as decisões tomadas, já que, seja lá qual for a regra escolhida, sempre pode ser circunstancialmente falha. Finalmente, tal regra precisa ter força regulatória para que as três condições anteriores aconteçam.

A questão é o fundamento moral para o tratamento dispensado ao direito à saúde diante da dualidade entre ordem de mercado e ordem pública. Silveira (2007), analisando a obra de Daniels, à luz do pensamento Rawlsiano, assim se pronuncia:

“...poderíamos ampliar a noção de oportunidades para incluir as instituições e serviços que listamos anteriormente como necessários à manutenção, ao restabelecimento e à provisão de equivalentes funcionais ao funcionamento normal – isto é, necessários à saúde – dos cidadãos? Esse parece ser um modo frutífero de conectar as preocupações de saúde com a perspectiva da justiça; As instituições vinculadas aos serviços, execução de políticas públicas, cuidados médicos, assistência à saúde, distribuição e fornecimento de bens e recursos associados às necessidades de saúde, que apresentamos

anteriormente, devem ser parte das instituições de fundo que visam garantir a igualdade equitativa de oportunidades exigidas pelos princípios de justiça formulados por Rawls.”

Embora estejamos de acordo que a ideia de que os serviços de atendimento à saúde, pelo menos em parte – sem dúvida a parte mais essencial, o que veremos a seguir –, devem ser regidos pelas normas do tipo *thesis*. Não há dúvida de que Hayek vai demonstrar profunda discordância com o fundamento desta afirmação estar assentada no princípio da oportunidade. São essas as suas palavras:

A reivindicação de igualdade de oportunidade, ou de iguais condições iniciais (*startgerechtigkeit*), atrai muitos que, em geral, são favoráveis ao sistema de livre mercado, tendo sido por eles apoiada [...]. Mas isto estaria muito longe da criação de real igualdade de oportunidade, mesmo para pessoas dotadas das mesmas habilidades. Para tanto, o governo teria que controlar todo o ambiente físico e humano da sociedade e esforçar-se por oferecer a cada um oportunidades pelo menos equivalentes; e quanto mais êxito tivesse em tais esforços, mais forte se tornaria a reivindicação legítima de que, com base no mesmo princípio, quaisquer desvantagens ainda remanescentes fossem eliminadas – ou compensadas pela imposição de um ônus especial àqueles ainda em melhores condições. Esse processo continuaria até que o governo controlasse literalmente todas as circunstâncias capazes de influir no bem-estar de qualquer pessoa. Por atraente que o lema da igualdade de oportunidade pareça à primeira vista, a idéia, quando se estende além das facilidades que, por outras razões, devem ser proporcionadas pelo governo, converte-se num ideal inteiramente ilusório, e qualquer tentativa de realizá-lo na prática acabará criando um pesadelo” (HAYEK, 1985, p. 105-106).

Embora Hayek não trate diretamente do tema relativo aos serviços de saúde, vamos buscar na obra de outros liberais da escola austríaca, referências onde podemos encontrar o fundamento moral para o tratamento diferenciado, dispensado ao tema. Nesse sentido, Stewart Jr. (1995, p. 57):

Há ainda os que alegam que em nome da igualdade de oportunidade, todos deveriam ter acesso ao mínimo de educação escolar e de saúde. Ora, isso é extremamente desejável, não por configurar uma maior igualdade de oportunidade, mas por aumentar a competição. Numa sociedade livre, a melhoria da qualidade do estoque humano aumenta a produção, a qualidade de vida, o respeito das regras.

Creemos que algum esclarecimento deve ser feito, vez que embora transmita uma ideia adequada do pensamento liberal, aparentemente o autor não foi exatamente feliz na escolha das palavras. A expressão “estoque humano”, parece transparecer o pensamento de que a pessoa humana, no pensamento liberal é tratada como um insumo produtivo, regido pelo mesmo princípio de eficiência paretiano que rege os demais.

Nada menos verdadeiro. Hayek sofre profunda influência da teoria moral de Kant, estando a noção do imperativo categórico entranhada na filosofia do direito de Hayek. No princípio, no meio e no fim de seu sistema jurídico está a ideia de que o

homem não pode ser meio para que outro homem possa atingir seu objetivo. Logo, não se compatibiliza com seu pensamento qualquer noção de que o homem possa ser objetificado.

Se, como afirma Hayek (1985, p. 131), a ordem de mercado é formada pela *catalaxia*, ou seja, um tipo especial de ordem espontânea, produzida pelo mercado, mediante a ação de pessoas dentro das normas jurídicas da propriedade, da responsabilidade civil e do contrato, visando o mútuo benefício dos participantes deste jogo, na forma de geração de riquezas a partir da contribuição de cada, sem a existência de objetivos comuns, somente poderemos atingir tal situação, com o respeito às diferenças entre os indivíduos, vez que cada um coopera com o todo a partir de suas habilidades específicas. Significa dizer, em última análise, que a contribuição de cada um, dentro do jogo da *catalaxia*, será naturalmente maior, na medida que cada indivíduo, guardadas suas particularidades, disponha do melhor nível físico e mental para o desempenho de seu papel.

Assim, parece-nos, que se de um lado, não encontrarmos impedimentos a que parcela do setor de serviços de saúde seja regido por uma ordem pública, do tipo *taxis*, regida por normas legais (leis) do tipo *thesis*, quer seja pelo relevante valor moral do direito de acesso aos serviços de saúde, quer seja pelo fato de que este arranjo se mostra mais eficiente; por outro nos parece de todo inconveniente a total submissão do setor a essa condição.

O Constituinte de 1988 pareceu ir na direção correta quando reservou à iniciativa privada a liberdade de atuação nessa área, sob o signo do *kosmo* e cujas atividades deveram ser regidas pelas normas do tipo *nomos*, em caráter suplementar, vez que as pessoas naturalmente têm recursos e necessidades diferenciadas, estando dispostas a assumir ou recusar riscos diferentes umas das outras e submetê-las, todas, aos mesmos critérios. Parece redundar numa limitação da liberdade em grau superior ao sistema constitucional.

Destaca-se a obra de Engelhardt Jr. (1998), para quem:

“...teremos fortes bases para condenar moralmente os sistemas que tentam impor um plano de assistência à saúde abrangente, que exigiria igualdade de assistência no sentido de evitar a criação de um sistema de variadas graduações, proporcionando assistência com base nas diferenças de necessidade, e não em características individuais ou grupos. Aqueles que são ricos tem liberdade moral secular para comprar mais e melhor assistência à saúde”.



### 3 A JURISPRUDÊNCIA SOBRE OS PLANOS DE SAÚDE E SUA ANÁLISE ECONÔMICA

#### 3.1 AS DECISÕES JUDICIAIS ACERCA DA MATÉRIA

É possível, a partir da análise das decisões paradigmáticas adotadas pelo STJ, vislumbrar uma correlação direta em o *decisum* de cada acórdão e um dos princípios adotados pela Constituição Federal de 1988 aplicáveis ao Sistema Único de Saúde.

Assim, as decisões judiciais nas demandas envolvendo de um lado as empresas de planos/seguros de saúde e de outro lado os consumidores, que determinam a cobertura de riscos contratuais não previstos ou mesmo expressamente excluídos, que levam à aplicação dos princípios da universalidade<sup>33</sup> e também da integralidade<sup>34</sup>.

Nesse sentido podemos fazer as seguintes associações, relativamente a decisões recentes do STJ:

#### **I - Versando sobre o princípio da universalidade**

A comunicação de mudança de endereço, ainda que seja para cidade não coberta pelo plano de saúde contratado, não tem o condão de gerar a rescisão contratual, pois não induz, obrigatoriamente, à conclusão de que os serviços não seriam mais necessários para o contratante (REsp 1595897/SP, DJe 16/06/2020).

É vedado às operadoras de planos de saúde efetuarem a majoração dos valores dos contratos celebrados antes da entrada em vigor da Lei 9.656/1998, cujos beneficiários, com vínculo há mais de 10 (dez) anos, ultrapassaram a idade de 60 (sessenta) anos (AgInt no REsp 1899296/SP, DJe 17/03/2021).

#### **II - Versando sobre o princípio da integralidade**

É abusiva a recusa de custeio do medicamento prescrito pelo médico responsável pelo tratamento do beneficiário, ainda que ministrado em ambiente domiciliar (AgInt no AREsp 1615038/RJ, DJe 01/10/2020);

É abusiva a cláusula contratual que exclui tratamento prescrito para garantir a saúde ou a vida do segurado, porque o plano de saúde pode estabelecer as doenças que terão cobertura, mas não o tipo de terapêutica indicada por profissional habilitado na busca da cura (AgInt no AREsp 1573618/GO, DJe 30/06/2020). Entende-se ser abusiva a cláusula contratual que exclui tratamento, medicamento ou procedimento imprescindível,

---

<sup>33</sup> Por todos, a Súmula 94 do TJSP: A falta de pagamento da mensalidade não opera, per si, a pronta rescisão unilateral do contrato de plano ou seguro de saúde, exigindo-se a prévia notificação do devedor com prazo mínimo de dez dias para purga da mora.

<sup>34</sup> Vide a Súmula 90 do TJSP: Havendo expressa indicação médica para a utilização dos serviços de “home care”, revela-se abusiva a cláusula de exclusão inserida na avença, que não pode prevalecer.

prescrito para garantir a saúde ou a vida do beneficiário (AgInt no AgInt no AREsp 1642079/SP, DJe 01/09/2020).

### III - Versando sobre o princípio da equidade

Não se admite a rescisão unilateral, mesmo em caso de inadimplência do consumidor, sem que antes a operadora do plano de saúde proceda à notificação prévia do usuário. Também deve ser exigido do usuário que não tem mais interesse na prestação do serviço que manifeste de forma inequívoca sua vontade de rescindir o contrato. A rescisão contratual não pode ser presumida e a exigência de que a manifestação da vontade seja expressa é uma decorrência direta dos princípios da boa-fé, da equidade e do equilíbrio da relação contratual, sobretudo no contrato de plano de saúde (REsp 1595897/SP, DJe 16/06/2020; AREsp 1440956/SP, DJe 30/09/2020). É facultada à operadora de plano de saúde substituir qualquer entidade hospitalar cujos serviços e produtos foram contratados, referenciados ou credenciados desde que o faça por outro equivalente e comunique, com 30 (trinta) dias de antecedência, aos consumidores e à Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), ainda que o descredenciamento tenha partido da clínica médica (AgInt nos EDcl no AREsp 1577135/SP, DJe 15/06/2020).

Tais decisões, por si, não se inserem na linha de causalidade dos problemas que se verificam em relação à gestão operacional dos planos de saúde, uma vez que nada mais são do que a aplicação, no caso concreto, da opção legislativa e regulatória tomada pelos detentores do poder político num determinado momento histórico e que, salvo um ou outro abuso que talvez não se mostre compatível com a CF/88, encontrava-se no âmbito da possibilidade normativa que a maioria pode tomar numa democracia eletiva.

As decisões judiciais passam a ser um fator a ser considerado na interferência do direito na economia (TIMM, 2019, p. 13-14), a partir do momento em que as decisões ultrapassam os limites das normas legais e regulamentares e passam a decidir a partir de uma determinada teoria moral adotada pelos Tribunais.

Percebe-se essa tendência, exemplificativamente no julgamento do Resp. 1.568.244/RJ (julgamento em 14/12/2016, publicado no DO de 19/12/2016), cujo acórdão é o seguinte:

“O reajuste de mensalidade de plano de saúde individual ou familiar fundado na mudança de faixa etária do beneficiário é válido desde que (i) haja previsão contratual, (ii) sejam observadas as normas expedidas pelos órgãos governamentais reguladores e (iii) não sejam aplicados percentuais desarrazoados ou aleatórios que, concretamente e sem base atuarial idônea, onerem excessivamente o consumidor ou discriminem o idoso.” (REsp 1568244/RJ, DJe 19/12/2016, Tema 952 e AgInt no REsp 1902493/SP, DJe 12/03/2021).

Nesta decisão, aplica-se só os princípios da universalização, equidade e da integralidade, expressamente previstos como reitores dos serviços públicos de atendimento à saúde, como, avançando ainda mais no intervencionismo estatal, passa a adotar o princípio da solidariedade entre gerações, sob o qual ancora-se o

sistema de seguridade social, do qual o sistema de atendimento à saúde é somente um capítulo.

Na referida decisão consta que os aumentos dos planos de saúde das pessoas legalmente idosas deve se dar a partir de 7 faixas etárias pré-estabelecidas, condicionados os reajustes das faixas superiores a um determinado percentual das faixas mais baixas. Ora, isso é, ao final e ao cabo, uma forma de “tabelamento de preços”, típica interferência estatal na economia que a prática na história econômica recente do país (MISES, 2010, p. 43-44):

“As medidas de controle de preços têm por objetivo estabelecer preços, salários e juros em valores diferentes daqueles que prevaleceriam se não tivesse havido a interferência. A autoridade ou o grupo a quem a autoridade atribuiu, expressa ou tacitamente, o poder de controlar preços irá fixá-los como máximos ou mínimos. O poder de polícia é usado para fazer cumprir essas determinações. O objetivo subjacente a esse tipo de interferência na estrutura de preços de mercado é ou privilegiar o vendedor (no caso de preços mínimos) ou privilegiar o comprador (no caso de preços máximos). O preço mínimo torna possível ao vendedor obter preços melhores para os seus produtos; o preço máximo permite ao comprador adquirir os bens que deseja por um preço menor. O grupo que a autoridade irá favorecer depende de condições políticas. [...]. Medidas de controle de preços paralisam o funcionamento do mercado. Destroem o mercado. Tiram da economia de mercado a sua força motora e o tornam inoperante. A estrutura de preços do mercado se caracteriza por sua tendência a equilibrar a oferta e a procura. Se a autoridade tenta estabelecer um preço diferente do de mercado, essa situação não consegue prevalecer. No caso de preços máximos, inúmeros compradores em potencial não conseguirão comprar, embora estejam dispostos a pagar o preço estabelecido pela autoridade ou até mesmo um preço maior. Ou, no caso de preços mínimos, inúmeros potenciais vendedores não conseguirão encontrar compradores, embora estejam dispostos a vender pelos preços estabelecidos pela autoridade ou por um preço ainda menor. O preço deixa de ser a forma de distinguir os potenciais compradores e vendedores que podem comprar ou vender dos que não o podem. Uma nova forma de seleção tem que ser estabelecida”.

Comparando-se a evolução do número de usuários de planos de saúde no período de tempo compreendido entre a referida decisão do STJ e o período imediatamente anterior à pandemia do novo Coronavírus, observa-se um decréscimo do número total de usuário em contraposição a um aumento de usuários nas faixas de idade mais elevada. Revela-se, portanto, que de alguma forma o aumento de preços nas faixas de idade mais baixa subsidiou o tabelamento de preço das faixas de idade mais altas. O efeito final da decisão judicial parece ser um estímulo ao risco da “seleção adversa”<sup>35</sup>.

---

<sup>35</sup> Recorremos mais uma vez às lições de Leonardo Martins Zanitelli: “... a seguradora estipula o prêmio com base no risco de vida médio da população à qual os contratos são oferecidos. Entre os moradores do vilarejo, é bastante provável que o seguro se mostre mais atrativo aos maus riscos, o que levará a população segurada a contar com um percentual maior desses indivíduos. Como resultado a

Tabela 2: Evolução do número de usuários de planos de saúde entre 2016 e 2019 por faixas etárias.

Faixa etária	Dez/2016	Jun/2019	Acréscimo/decréscimo
Total de usuários	47.643.524	47.104.169	(539.355)
15 a 19 anos	2.743.268	2.545.003	(198.265)
20 a 24 anos	3.363.023	3.168.917	(194.106)
25 a 29 anos	4.252.024	3.788.021	(464.003)
30 a 34 anos	4.966.663	4.661.205	(305.458)
60 a 64 anos	1.888.150	1.911.852	23.702
65 a 59 anos	1.425.271	1.527.716	102.445

Fonte: SIB/ANS/MS - 08/2019.

Com relação aos gastos das famílias brasileiras com planos de saúde, os dados coletados referentes aos períodos ocorridos entre 2002-2003 e 2008 – 2009, indicam um avanço destes valores sobre a renda, conforme a tabela abaixo, <sup>36</sup>, aumento os riscos de “manipulação de planos” (TIMM, 2008, p.215-216), tende a criar planos/seguros de saúde mais caros para os cidadãos de “risco mediano”, vez que os custos dos tratamentos mais complexos devem ser diluído nos custos totais de operadora/seguradora:

Tabela 3: Evolução dos gastos das famílias com o pagamento de planos de saúde entre 2002 e 2009.

02/03	02/03	08/09	08/09
%	R\$	\$	R\$
24,1	154,35	24,9	183,97

Fonte: Microdados da POFs 2002-2003 e 2008-2009

Podemos encontrar ainda um conjunto de decisões, mais ou menos pacificada – ainda que não tenham sido objeto de jurisprudência vinculante –, determinando que o rol de procedimentos da ANS tem caráter meramente exemplificativo, como reproduzimos abaixo:

**Processo**

AgInt no REsp 1937863 / DF  
 AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL  
 2021/0143548-3

seguradora terá de aumentar o prêmio para fazer frente a um total de indenização superior ao que seria pago a um grupo de segurados com risco médio (isto é, sem maior proporção de consumidores de alto risco). Essa elevação do prêmio fará com que alguns consumidores desistam do seguro. Tendencialmente os bons riscos, provocando nova subida do preço, e assim por diante, até que o número insuficiente de interessados induza a seguradora a se retirar do mercado.”. Op. Cit. p. 212.

<sup>36</sup> Disponível em <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/4147/3/Gastoscom.pdf>

**Relator(a)**

Ministra NANCY ANDRIGHI (1118)

**Órgão Julgador**

T3 - TERCEIRA TURMA

**Data do Julgamento**

11/10/2021

**Data da Publicação/Fonte**

DJe 15/10/2021

**Ementa**

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL.AÇÃO COMINATÓRIA CUMULADA COM COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE. **ROL** DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS EM SAÚDE DA **ANS**.NATUREZA EXEMPLIFICATIVA. TRATAMENTO DE TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA. LIMITAÇÃO DE SESSÕES DE TERAPIAS ESPECIALIZADAS. RECUSA DE COBERTURA INDEVIDA.

1. Ação de obrigação de fazer, na qual se imputa à operadora de plano de saúde a conduta abusiva de negar a cobertura de terapias especializadas prescritas para o tratamento da doença que acomete o beneficiário (transtorno do espectro autista).

2. A natureza do **rol** da **ANS** é meramente exemplificativa, reputando, no particular, abusiva a recusa de cobertura de procedimento cirúrgico prescrito para o tratamento de doença coberta pelo plano de saúde.3. Consoante jurisprudência desta Corte "é o médico ou o profissional habilitado - e não o plano de saúde - quem estabelece, na busca da cura, a orientação terapêutica a ser dada ao usuário acometido de doença coberta" (REsp 1.679.190/SP, 3ª Turma, DJe de 02/10/2017)4. Agravo interno no recurso especial não provido."

**Súmula 102 do TJSP**<sup>37</sup>: Havendo expressa indicação médica, é abusiva a negativa de cobertura de custeio de tratamento sob o argumento da sua natureza experimental ou por não estar previsto no rol de procedimentos da ANS.

Importante destacar que o referido rol da ANS regulamenta ou, mais precisamente, atualiza os dispositivos legais previstos no artigo 10 e 12 da Lei no. 9.656/98, comentados anteriormente, que implicam na interferência estatal acerca do conteúdo contratual dos planos de saúde.

A lei e seus regulamentos, impondo conteúdos mínimos do objeto contratual, muitas vezes não desejados pelas partes – novamente recorreremos ao caso da operadora Prevent Senior, majoritariamente composta por pessoas de mais de 50 anos e que devem arcar com os custos operacionais de estruturas voltadas ao pagamento de serviços de maternidade e puericultura –, mas que pelo menos são conhecidos pelos contratantes e, portanto, fazem parte do sinalagma contratual.

---

<sup>37</sup> Disponível em:

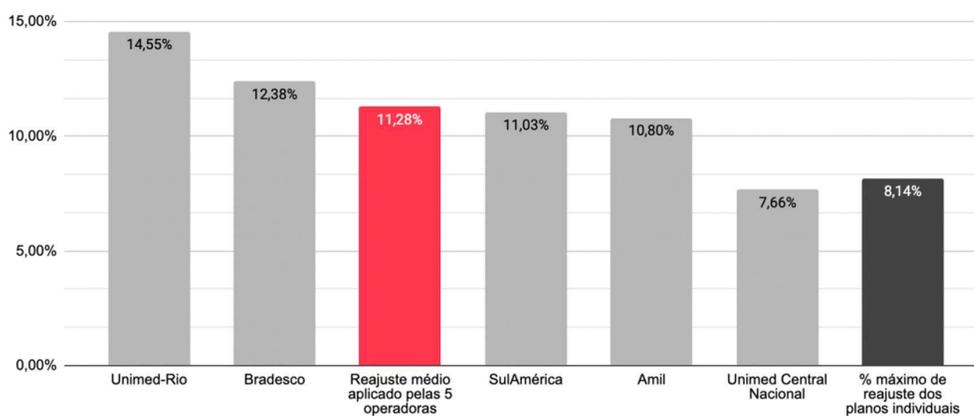
<https://www.tjsp.jus.br/Download/Portal/Biblioteca/Biblioteca/Legislacao/SumulasTJSP.pdf>. Acesso em 21 out. 2021.

Devem conviver o estado de insegurança de ver o contrato onerado pela obrigação imposta judicialmente de custos não previstos

Em que pese o fato de que não é correto afirmar-se que as decisões judiciais são a única causa eficiente do processo de encarecimento de preços/deterioração da qualidade, que decorrem mais de um ambiente de regulação hostil à livre iniciativa, não se nega que tenha contribuição no fenômeno (vez que existem decisões judiciais que determinam o custeio de tratamentos/medicamentos que sequer contam com a anuência/aprovação das agências reguladoras<sup>38</sup>.

O gráfico abaixo relaciona o aumento de preços das principais operadoras de planos de saúde, relativamente aos contratos coletivos com mais de 30 associados, ao reajuste de preço autorizado pela ANS em relação aos planos individuais.

Gráfico 1: Reajuste de preços dos principais planos de saúde coletivos em 2020.

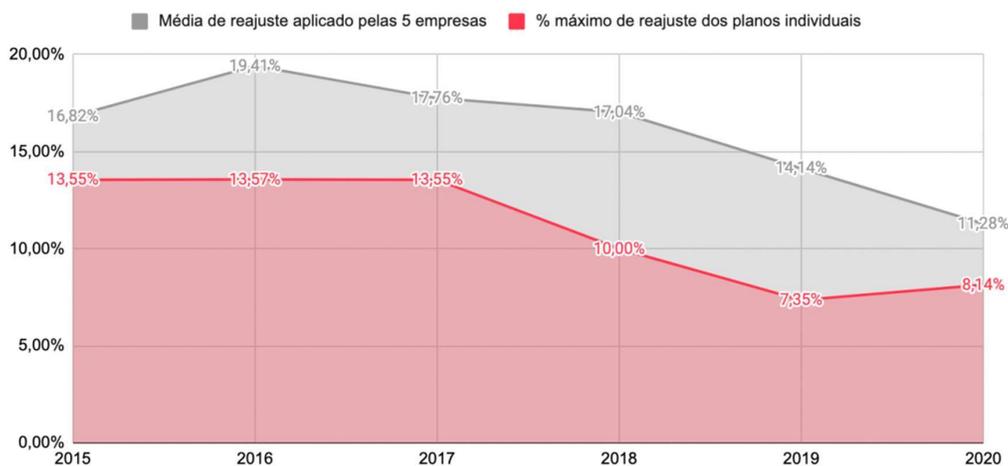


Fonte: Idec.

Importante destacar que o fenômeno verificado no ano de 2020 mantém a tendência de anos anteriores, conforme se pode verificar abaixo:

<sup>38</sup> Entende-se ser abusiva a cláusula contratual que exclui tratamento, medicamento ou procedimento imprescindível, prescrito para garantir a saúde ou a vida do beneficiário" (**AgInt no AgInt no AREsp 1642079/SP**, DJe 01/09/2020).

Gráfico 2: Comparativo entre o aumento de preço dos principais planos de saúde coletivos e individuais entre 2015 e 2020.



Fonte: Idec.

Comparando o aumento de preços de cinco dos principais planos de saúde, relativamente a contratos coletivos com mais de trinta beneficiários, com a inflação anual na cidade de São Paulo entre os anos acima apontados, temos a seguinte tabela:

Tabela 4: Comparativo do aumento de preços dos principais planos de saúde em comparação com a inflação na cidade de São Paulo.

Ano	Reajuste de preços dos planos de saúde <sup>39</sup>	Inflação medida pela FIPE <sup>40</sup>
2015	16,82%	11,07%
2016	19,41%	6,54%
2017	17,76%	2,27%
2018	17,04%	3,02%
2019	14,14%	4,40%
2020	11,28%	5,62%

Fonte: Elaborado pelo próprio autor.

De acordo com a regulamentação da ANS, o reajuste dos planos de saúde com mais de trinta beneficiários é feito por livre negociação entre os contratantes, contrariamente aos planos individuais e coletivos até trinta pessoas, cujos percentuais de majoração são estipulados pela agência reguladora, o que explica, em grande

<sup>39</sup> Disponível em <https://idec.org.br/release/aumento-em-planos-coletivos-e-385-maior-do-que-o-teto-de-reajuste-da-ans>. Acesso em: 21 out. 2021.

<sup>40</sup> Disponível em <http://www.yahii.com.br/ipcfipec.html>. Acesso em: 21 out. 2021.

medida, a inexistência, na prática, de planos deste tipo no mercado, com o surgimento de figuras contratuais bizarras tais como planos coletivos “por adesão”<sup>41</sup>.

### 3.2 ANÁLISE ECONÔMICA DO SETOR

É preciso enfrentar a questão se a opção política pela sobreposição dos sistemas público e privado, como forma de garantia de acesso ao direito subjetivo à saúde, de forma universal, equânime e igualitário, decorridos mais de vinte anos de sua implementação rendeu resultados positivos

Devem ser feitas algumas ressalvas introdutórias, entretanto, vez que as políticas públicas, até o final dos anos de 1990, no Brasil, carecessem de mecanismos gerenciais de controle dos resultados das políticas públicas.

De fato, somente a partir do governo Fernando Henrique, com as reformas administrativas – principalmente com a criação das agências reguladoras – e a “reforma do judiciário (por meio da EC 45), com a criação das agências reguladoras especialmente a ANS e o CNJ, foram adotadas medidas no sentido de se instituírem métricas qualitativas dos serviços públicos – no caso do Poder Judiciário, até mesmo a instituição de pesquisas quantitativas sobre as demandas judiciais no país.

Significa dizer que não são encontradas pesquisas anteriores aos anos 2000 como comparativos e, portanto, não há possibilidade de comparar a eficiência do modelo de gestão anterior, baseado num regime jurídico de maior liberdade contratual, com o modelo adotado a partir do final dos anos da década de 1990.

O que se pode fazer é uma comparação da evolução dos dados já dentro deste modelo de gestão, constatando se houve uma piora nos dados relativos à qualidade

---

<sup>41</sup> Segundo as regras da ANS, podem contratar planos coletivos nessa categoria: Os conselhos profissionais e as entidades de classe que exijam registro para o exercício da profissão; As associações profissionais legalmente constituídas, com pelo menos um ano de atuação; Os sindicatos, as centrais sindicais e as respectivas federações e confederações; As cooperativas de profissionais e empreendedores em profissões e áreas de atuação regulamentadas. Essas entidades podem contratar o plano de saúde diretamente com a operadora de saúde ou **por meio de uma administradora de benefícios, que auxilia a encontrar o melhor plano para a classe profissional em questão** e a negociar as melhores condições de reajuste. Assim, de acordo com as mesmas regras da ANS, podem aderir a um plano de saúde coletivo por adesão os **profissionais empregados, desempregados, autônomos ou aposentados que estejam legalmente vinculados a alguma entidade** que represente sua categoria profissional.

no atendimento, evolução dos preços, demanda dos usuários e judicialização da gestão dos planos de saúde.

Para a análise dos resultados qualitativos dos planos de saúde adotaremos o IDSS – Índice de Desempenho da Saúde Suplementar, calculado pela ANS desde 2006<sup>42</sup>. A pesquisa enfocará, como nos referimos alhures, o período entre 2016 e 2019.

É importante destacar, entretanto, que o IDSS é um índice que procura medir a aderência dos planos de saúde aos regulamentos da própria agência, ou seja, a melhoria do índice retrata exatamente a submissão dos contratos à regulação da agência e a interferência judicial à liberdade contratual, formado por um conjunto de indicadores aferidos pela autarquia, assim composto:

Quadro 3: Composição do IDSS.

Dimensão	Nome	Nome Fantasia das Dimensões
<b>IDQS</b>	Dimensão Qualidade em Atenção à Saúde	Qualidade da Assistência Médica Prestada
<b>IDGA</b>	Dimensão Garantia de Acesso	Qualidade e Acesso aos Hospitais, Laboratórios e Profissionais de Saúde
<b>IDSM</b>	Dimensão Sustentabilidade de Mercado	Satisfação do Cliente e Solidez do Plano de Saúde
<b>IDGR</b>	Dimensão Gestão de Processos e Regulação	Qualidade da Gestão Administrativa do Plano de Saúde

Fonte: ANS

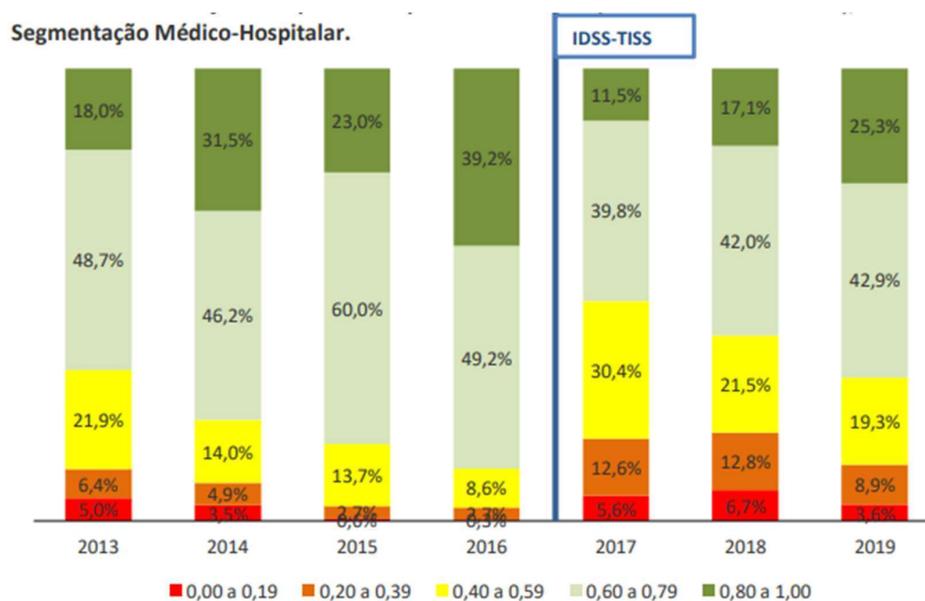
Parece claro que a tendência do índice de adequação é crescente no tempo, vez que a missão da autarquia é o incremento da interferência regulatória do setor.

Verificamos tal tendência no gráfico abaixo que indica a distribuição percentual dos beneficiários de planos médico-hospitalares por faixas de IDSS<sup>43</sup>.

<sup>42</sup> De acordo com a ANS: "O Programa de Qualificação de Operadoras (PQO) é uma iniciativa desenvolvida pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) para avaliação anual do desempenho das operadoras de planos de saúde. Tem como objetivos o estímulo da qualidade setorial e a redução da assimetria de informação, promovendo maior poder de escolha para o beneficiário e oferecendo subsídios para a melhoria da gestão das operadoras e das ações regulatórias da ANS." Disponível em <https://www.gov.br/ans/pt-br/assuntos/informacoes-e-avaliacoes-de-operadoras/qualificacao-ans>. Acesso em: 30 ago. 2021.

<sup>43</sup> Disponível em: [ans.gov.br](https://www.gov.br). Acesso em: 17 out. 2021.

Gráfico 3: Distribuição de Operadoras por faixas do IDSS (anos-base: 2013 a 2019), Segmentação Médico-Hospitalar



Analisando os dados acima demonstrados, nos parece claro que há uma aderência dos planos de saúde aos regulamentos da ANS, ou seja, os contratos cada vez estão mais adaptados e conforme a política instituída pelo sistema normativo da Lei no. 9.656/98 e os regulamentos administrativos da agência.

Se não se pode medir o grau de satisfação do consumidor antes da implementação destas políticas, podemos medi-la no período posterior, adotando a premissa que quanto maior a intervenção estatal nos contratos privados maior o bem-estar social e, em consequência, maior a satisfação do usuário com o sistema, deveria ser de esperar que o resultado maior aderência do público ao sistema, com aumento do número de usuários, menor índice de judicialização entre outros medidores. Ocorre que, para surpresa de nenhuma pessoa, não é esse o panorama que se pode verificar.

O número de usuários é decrescente ao longo dos últimos anos:

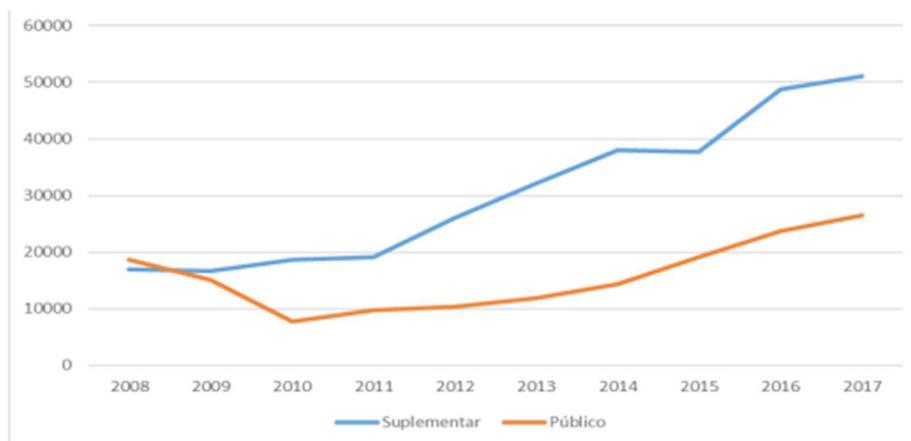
Tabela 5: Número de usuários dos planos de saúde por faixas etárias entre 2016 e 2019.

Faixa etária	Dez/2016	Jun/2019	Acréscimo/decréscimo
Total de usuários	47.643.524	47.104.169	(539.355)
15 a 19 anos	2.743.268	2.545.003	(198.265)
20 a 24 anos	3.363.023	3.168.917	(194.106)
25 a 29 anos	4.252.024	3.788.021	(464.003)
30 a 34 anos	4.966.663	4.661.205	(305.458)
60 a 64 anos	1.888.150	1.911.852	23.702
65 a 59 anos	1.425.271	1.527.716	102.445

Fonte: SIB/ANS/MS - 08/2019.

Verifica-se a explosão dos números de demanda judiciais envolvendo o atendimento dos planos de saúde, conforme dados do CNJ<sup>44</sup>:

Gráfico 4: Evolução da distribuição de processos por tipo – 1ª instância



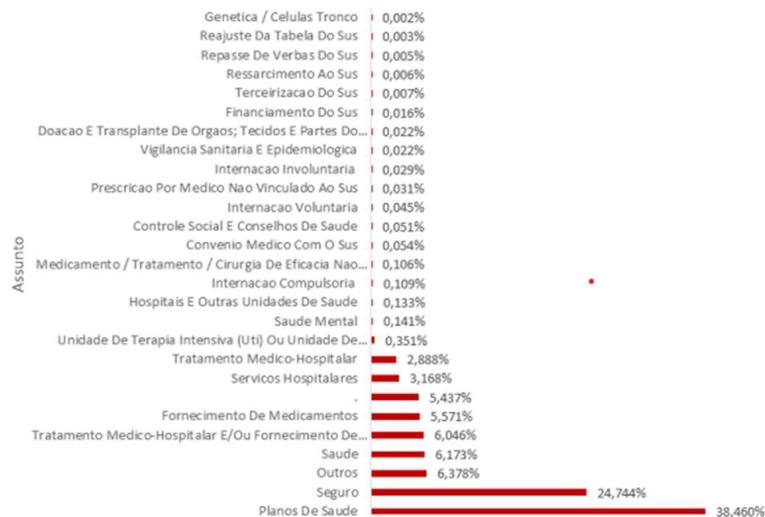
Fonte: Conselho Nacional de Justiça.

Chama a atenção que no início da série pesquisada pelo CNJ, em 2008 – portanto dez anos após a implementação da política de sobreposição dos sistemas –, a judicialização de demandas contra os planos de saúde era ligeiramente inferior (embora estatisticamente irrelevante) às ações contra os serviços públicos, passando a partir de 2010 a superá-lo por larga margem, tendência que se mantém nos anos seguintes.

<sup>44</sup> Conselho Nacional de Justiça. **Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e perspectiva**. Brasília. 2019. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/01/f74c66d46cfea933bf22005ca50ec915.pdf>. Acesso em: 21 out. 2021.

Interessante observar, ainda, no que consiste esta massa de demandas envolvendo questões de saúde e como os planos de saúde ganharam protagonismo nas ações propostas em primeira instância<sup>45</sup>:

Gráfico 5: Número de processos de saúde por assunto 2008-2018 (1ª instância)



Fonte: Conselho Nacional de Justiça.

Como desdobramento dos dados analisados anteriormente diz respeito aos assuntos que são discutidos nesses processos, a partir do levantamento feito dos temas tratados em antecipação de tutela jurisdicional<sup>46</sup>:

Tabela 6: Temas predominantes nas tutelas antecipadas.

TEMA	CLASSIFICADO COMO SISTEMA PÚBLICO?				TOTAL
	NÃO		SIM		
	N	%	N	%	
Dietas	23,194	60,57%	15,101	39,43%	38,295
Insumo ou materiais	23.298	59,63%	15.772	40,37%	39.070
Medicamento	14.885	25,95%	42.479	74,05%	57.364
Procedimentos	37.179	53,62%	32.159	46,38%	69.338
Exames	37.166	44,72%	45.948	55,28%	83.114
Leitos	51.740	59,49%	35.234	40,51%	86.974
Órteses e próteses	49.704	45,81%	58.785	54,19%	108.489

Fonte: Conselho Nacional de Justiça

Desde a Assembleia Constituinte na década de 1980, certa corrente de pensamento sanitaria no Brasil, prega a estatização do sistema de saúde ou pelo

<sup>45</sup> CNJ, *op. Cit.* p. 61.

<sup>46</sup> CNJ, *op. Cit.* p. 85.

menos, o controle rígido da atuação da iniciativa privada, sob a autoridade do Sistema Único de Saúde. Vimos que mesmo sendo tal pensamento derrotado na elaboração do texto final da Constituição, essa linha de pensamento nunca se conformou e desde a década de 1990 vem obrando no sentido de submeter o sistema privado aos ditames do poder público.

Nesta linha de pensamento surgiu o sistema normativo da Lei no. 9.656/98 e toda a extensa regulamentação da ANS. Aparentemente o mercado vem se moldando a este sistema, como mostram os dados que indicam o aumento do *compliance* no setor. Mas na mesma medida que aumenta a conformidade, aumenta a demanda contra os planos, tendo por objeto, majoritariamente, o fornecimento de tratamentos, medicamentos, exames e insumos, num percentual que passou a superar as queixas formuladas contra o serviço público. Ao contrário do que se pretendia, a unificação de princípios e a sobreposição dos sistemas não trouxeram bem-estar social aos usuários dos serviços privados e nem eficiência ao sistema como um todo.

Aparentemente o resultado, decorridos vinte anos, é que ambos os sistemas, públicos e privados apresentam as mesmas demandas e insatisfações, com repetidos pedidos de dietas, insumos, medicamentos e etc. que se somam aos milhares todos os anos.

### 3.3 ESBOÇO DE UM NOVO MODELO

Remanesce uma questão implícita na conclusão de que os serviços de atendimento à saúde deverão permanecer sujeito a duas ordens distintas, uma esfera pública (*taxis*), regida por leis de direito público (*thesis*), a partir de uma ordem criada; e uma esfera privada (*kosmo*), regida por normas de direito privado (*nomos*), a partir de uma ordem espontânea, qual seja, quais os limites de atuação entre elas.

É preciso honestidade intelectual para esclarecer que a resposta foge do escopo da pesquisa e necessitaria de um aprofundamento que dificilmente poderia ser alcançado no grau necessário para uma dissertação de mestrado. A questão não respondida na literatura que adota como referencial teórico o pensamento liberal trata do direito à saúde de forma bastante perfunctória.

As obras que aceitam o desafio de enfrentamento da questão ou adotam o pensamento das teorias da justiça distributiva (SILVEIRA, 2017) ou adotam um

pensamento quase abertamente socialista (OCKÉ REIS, 2012). Em ambos os casos, em nada contribuiriam para uma pesquisa com referências políticas, morais e econômicas tão distintas. A ausência de uma proposta clara de fronteiras entre o serviço público e o serviço privado de atendimento à saúde, entretanto, não impede algumas conclusões que decorrem da proposta de separação dos sistemas.

A primeira baliza é que o sistema de saúde, com a proposta de um atendimento universal, integral e gratuito não é e não será viável e tratá-lo, nestes termos, como se fosse um direito público subjetivo, oponível coercitivamente contra o Estado, só serve a interesses que não o bem-estar do indivíduo.

Não existe orçamento público que permita dar tudo a todos durante todo o tempo. Isto é algo sabido, mas raramente dito em público. O efeito colateral nefasto desta verdade não assumida é que os critérios para determinar quem receberá seu atendimento e quem será deixado à margem nem sempre são claros, objetivos e, digamos, republicanos.

Muitas vezes a prioridade na aplicação de verbas escassas é decidida judicialmente, ou seja, pela análise do caso concreto e isolado, sem a necessária visão do conjunto, prejudicando ainda mais a eficiência do sistema<sup>47</sup>.

Em outras situações, a aplicação dos recursos em saúde é feita pelo gestor público, mas escudado pela teoria da “reserva do possível”<sup>48</sup>, que permite que determinadas demandas sejam atendidas e outras não, por meio de critérios nem sempre transparentes e objetivos.

Um interessante ponto de partida dessa reformulação, poderia ter como parâmetro procedimental o que foi fixado para a atuação das operadoras dos planos

---

<sup>47</sup> Neste sentido: “Direito à saúde. Portador de doença grave. Determinação para que o Estado forneça fraldas descartáveis. Possibilidade. Caracterização da necessidade. (...) O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a administração pública adote medidas concretas, assecutorias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, como é o caso da saúde. A Corte de origem consignou ser necessária a aquisição das fraldas descartáveis, em razão da condição de saúde do agravado e da impossibilidade de seu representante legal de fazê-lo às suas expensas”. [RE 668.722 AgR, rel. min. Dias Toffoli, j. 27-8-2013, 1ª T, DJE de 25-10-2013.] Vide RE 271.286 AgR, rel. min. **Celso de Mello**, j. 12-9-2000, 2ª T, DJ de 24-11-2000.

<sup>48</sup> “Já no caso de demanda judicial por medicamento não incorporado pelo SUS, inclusive quando de alto custo, o Estado não pode ser, como regra geral, obrigado a fornecê-lo. Não há sistema de saúde que possa resistir a um modelo em que todos os remédios, independentemente de seu custo e impacto financeiro, devam ser oferecidos pelo Estado a todas as pessoas. É preciso, tanto quanto possível, reduzir e racionalizar a judicialização da saúde, bem como prestigiar as decisões dos órgãos técnicos, conferindo caráter excepcional à dispensação de medicamentos não incluídos na política pública.” (RE 566.471, rel. Min. Luis Barroso, jj. 11/03/2020, disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=2565078>. Acesso em 20 out. 2021.

de saúde (tal como se faz nos artigos 10 e 12 da Lei no. 9.656/98), com a fixação de balizas legais dos serviços obrigatórios, que se constituiriam em verdadeiros direitos públicos subjetivos do indivíduo e tais listas deveriam ser periodicamente atualizadas pelas agências reguladoras do setor. Os demais serviços poderiam ser oferecidos, quando e se possível do ponto de vista orçamentário, como instrumento de política pública e não como direito público subjetivo.

À margem desse sistema público<sup>49</sup>, atuando de forma suplementar, em regime de livre iniciativa, seria possível um sistema de gestão privada de saúde, operado no atendimento de riscos especializados e pré-definidos (talvez num modelo que se aproxime mais de seguros de saúde) ou de forma abrangente, porém no atendimento de serviços diferenciados pelos preços e elevado padrão de atendimento (num modelo mais próximo do que hoje atuam os planos de saúde).

A segunda baliza a ser fixada diz respeito as fontes de custeio desses sistemas.

Aqui não se pretende entrar na análise dos orçamentos públicos da saúde, mas sim voltar a atenção a duas distorções decorrentes do modelo de saúde sobreposto, criado pelo sistema da Lei no. 9.656/98.

Neste modelo, de equiparação principiológica e de procedimentos concorrentes e sobrepostos, foram criados dois meios de comunicação de recursos financeiros entre os sistemas público e privado de saúde.

O primeiro deles que permite a fluência de recursos do sistema privado ao sistema público, é a cobrança de serviços prestados na rede de atendimento público aos contratantes de planos de saúde, previsto no artigo 32 da Lei no. 9.656/98<sup>50</sup>. De fato, não é pequeno o número pessoas que, embora tenham contratado planos de saúde, buscam atendimento na rede pública de saúde, quer porque se trata de casos de emergência, quer porque certos hospitais públicos são verdadeiramente centros de excelência no atendimento, quer porque não é inusual que planos de saúde repetidamente neguem atendimento a determinadas demandas, especialmente as mais custosas.

---

<sup>49</sup> Vale destacar que quando se refere ao sistema público de saúde não se está afirmando, necessariamente, que a gestão deva ser pública, mas que o sistema deverá estar sujeito à normas de direito público.

<sup>50</sup> Art. 32. Serão ressarcidos pelas operadoras dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, de acordo com normas a serem definidas pela ANS, os serviços de atendimento à saúde previstos nos respectivos contratos, prestados a seus consumidores e respectivos dependentes, em instituições públicas ou privadas, conveniadas ou contratadas, integrantes do Sistema Único de Saúde - SUS.”

Segundo estimativas não oficiais, o valor dos serviços prestados e não pagos, entre 2001 e 2019 soma a quantia que supera dois bilhões de reais<sup>51</sup>.

Outro vaso comunicante financeiro entre os sistemas públicos e privados de saúde, mas que permite o transpasse de recursos em direção aos serviços privados, diz respeito às renúncias fiscais do imposto de renda – IR, tanto das pessoas físicas<sup>52</sup> quanto das pessoas jurídicas<sup>53</sup> relativamente aos pagamentos feitos em benefício de planos de saúde.

Dados da FENASAÚDE indicam que a renúncia fiscal, relativamente ao IRPF, IRPJ e contribuição social sobre o lucro líquido, somam a quantia de aproximadamente R\$ 7,7 bilhões de reais (Disponível em: <https://fenasaude.org.br/noticias/os-planos-de-saude-e-a-renuncia-fiscal.html>).

Embora o tema seja bastante polêmico e concordamos que existem sólidos argumentos contrários, entendemos, por dever de coerência, que quem defende um sistema privado de saúde operando com maior grau de liberdade operacional e menor regulação estatal de atividades, deve também defender o fim da renúncia fiscal e a destinação desses valores ao custeio do serviço público de saúde. Isso porque, a própria existência de um sistema público de saúde operando sobre bases realmente universais e equitativas, com uma cobertura realista e que realmente se constitua num direito público subjetivo do indivíduo, serve como regulador da atividade privada.

No país em que a quase totalidade das organizações **não** governamentais sobrevivem basicamente de recursos provenientes do poder público e não é raro

---

<sup>51</sup> Disponível em [https://www.femama.org.br/site/br/noticia/planos-de-saude-estao-em-divida-com-o-sus?t=1599419637&gclid=EAlaIQobChMI1dnrw6ro8wIVGe7jBx1bgglwEAAAYASAAEgLDo\\_D\\_BwE](https://www.femama.org.br/site/br/noticia/planos-de-saude-estao-em-divida-com-o-sus?t=1599419637&gclid=EAlaIQobChMI1dnrw6ro8wIVGe7jBx1bgglwEAAAYASAAEgLDo_D_BwE). Acesso em: 25 out. 2021.

<sup>52</sup> “Art. 73. Na determinação da base de cálculo do imposto sobre a renda devido na declaração de ajuste anual, poderão ser deduzidos os pagamentos efetuados, no ano-calendário, a médicos, dentistas, psicólogos, fisioterapeutas, fonoaudiólogos, terapeutas ocupacionais e hospitais, e as despesas com exames laboratoriais, serviços radiológicos, aparelhos ortopédicos e próteses ortopédicas e dentárias § 1º Para fins do disposto neste artigo I - aplica-se, também, aos pagamentos efetuados a empresas domiciliadas no País destinados à cobertura de despesas com hospitalização, médicas e odontológicas, e a entidades que assegurem direito de atendimento ou ressarcimento de despesas da mesma natureza.”(Regulamento do IR, aprovado pelo Decreto no. 3.000).

<sup>53</sup> “Art. 372. Consideram-se despesas operacionais os gastos realizados pelas empresas com seguros e planos de saúde, destinados indistintamente a todos os seus empregados e dirigentes. § 1º O disposto neste artigo se aplica aos serviços de assistência médica, odontológica, farmacêutica e social que sejam prestados diretamente pela empresa, por entidades afiliadas para esse fim constituídas com personalidade jurídica própria e sem fins lucrativos, ou, ainda, por terceiros especializados, como na hipótese da assistência médico-hospitalar.” (Regulamento do IR, aprovado pelo Decreto no. 3.000)

“liberais” a favor de restrições às liberdades individuais, pode parecer estranho que se defenda a possibilidade de um setor da economia desenvolver-se à margem de regulações excessivas e de favores fiscais. No entanto, entendemos que, tanto o poder público deve ser diligente na cobrança dos serviços prestados na rede pública pelos beneficiários de planos privados, como os recursos das diversas renúncias tributárias deveria ter destinação constitucional específica, na forma de custeio direito do sistema público de saúde.

Nesta quadra do trabalho, fundamental destacar que não defendemos a existência de uma ordem intermediária entre o *kosmo* e a *taxis* e muito menos o estímulo à estatização de atividades. Dizer que o sistema de saúde é público não significa sua prestação diretamente pelo poder público, mas sua submissão a uma legislação de direito público, com a adoção de princípios primariamente públicos. Particularmente nos agrada a gestão privada dos serviços públicos, mediante mecanismos de concessão ou parcerias, que tem apresentado resultados promissores ou, pelo menos, menos ruins que a gestão pública direta dos serviços.

## CONCLUSÃO

Sabemos que os modelos teóricos dificilmente um dia serão encontrados na vida em sociedade em sua inteireza, que apresenta sempre uma diversidade que ultrapassa a capacidade de qualquer pensador de formular cenários que respondam a toda a variada gama de possibilidades. Assim como nunca houve e provavelmente nunca haverá uma sociedade totalmente regida pelo pensamento liberal, também não houve ou haverá um modelo socialista puro ou distributivista de forma igualitária.

No caso brasileiro, sabemos da imensa dificuldade em defender qualquer proposta de mudança liberal, principalmente quando se refere a diminuição da interferência estatal na economia.

Uma rápida história pode exemplificar o que se está a dizer.

Cerca de dois anos atrás, ainda antes da pandemia, numa daquelas tardes em que nada havia a se fazer, estávamos “navegando” na internet, passando de notícia em notícia, quando me deparei com uma que chamou a atenção. Dizia que um estacionamento no estádio da Sociedade Esportiva Palmeiras cobrava o preço de cerca de R\$ 250,00 para estacionar um veículo de passeio, durante o show do cantor Roger Waters. Realmente um despropósito, se você não entende a função dos preços numa economia de mercado e achamos que os preços têm relação com “mérito” ou com a “quantidade de trabalho” empregada.

Mas o que chamou a atenção não foi exatamente a possibilidade de correlação entre a teoria econômica de Hayek e o show de rock, mas a reação das pessoas que comentava o “post” do noticiário. Contamos, sem rigor científico, cerca de trezentos comentários na página e aproximadamente duzentos e noventa e cinco diziam que tal fato era um absurdo e que **o governo** deveria tomar alguma providência.

No capítulo 1 do trabalho, procuramos demonstrar que o sistema de saúde colocado em prática a partir de 1998 não decorre de imposição do Constituinte Originário de 1988, senão de uma decisão política adotada pela maioria que se formou a partir da eleição de 1994 e que se manteve majoritária durante toda a década de 2000. Esse modelo, como se descreveu, tem como características principais o forte intervencionismo estatal no setor e a intervenção na liberdade contratual pelas partes, gerando, em consequência, uma duplicidade de prestação de serviços entre os serviços públicos e privados.

No capítulo 2 apresentamos primeiramente o marco teórico que orientou as alterações legais adotadas, a partir da teoria igualitária de John Rawls, que tanta aceitação tem granjeado nos meios intelectuais pátrios. Apresentamos também, como contraponto, a crítica de Hayek ao pensamento igualitário e os motivos pelos quais este tipo de interferência estatal prejudica a formação de preços numa sociedade livre, sendo fonte de ineficiências econômicas irrecuperáveis.

A partir desta constatação, Hayek apresente seu modelo de ordem jurídica justa, baseada no respeito à autonomia da vontade, na livre iniciativa e à propriedade privada, como garantia das condições necessárias ao desenvolvimento econômico. Encerramos o capítulo, apresentando o argumento de que mesmo no pensamento liberal de Hayek, não é estranho que se possa definir o direito à saúde como um bem fornecido pelo Estado, portanto sujeito a regência de uma ordem pública, como forma suprir uma lacuna onde o empresário não se interessa pela oportunidade existente no mercado (o que a teoria clássica denominaria como “falha de mercado”).

A partir desta constatação, Hayek apresenta seu modelo de ordem jurídica justa, baseada no respeito à autonomia da vontade, na livre iniciativa e à propriedade privada, como garantia das condições necessárias ao desenvolvimento econômico. Encerramos o capítulo, apresentando o argumento de que mesmo no pensamento liberal de Hayek não é estranho que se possa definir o direito à saúde como um bem coletivo, portanto sujeito a regência de uma ordem estatal, baseada em normas de direito público.

A partir desta constatação, formulamos uma proposta de enquadramento da prestação de serviços à saúde em duas diferentes ordens, baseado na teoria normativa de Hayek: o serviço público de saúde como uma ordem estatal (*taxis*), regido por normas de direito público (*thesis*); e o serviço privado, como uma ordem espontânea (*kosmo*), regido por normas de direito privado (*nomos*).

No capítulo 3, apresentamos as decisões paradigmáticas dos Tribunais, com especial destaque ao STJ, relativas às demandas contra os planos de saúde, correlacionado-as com os princípios legais que regem o funcionamento do SUS, demonstrando a aderência da jurisprudência à política de unificação dos planos de saúde a partir de 1998.

Procuramos demonstrar, também, que as decisões judiciais não se limitaram à aplicação dos dispositivos legais e a regulamentações administrativas acerca dos planos de saúde, mas foram além, impondo ao serviço privado obrigações típicas do

serviço público, tornando-se um dos fatores de maior ineficiência do sistema. Tratamos de estabelecer métricas para a análise econômica do setor dos planos de saúde, demonstrando que mesmo com a crescente aderência dos gestores de planos de saúde à extensão regulamentação estatal do setor, é crescente a judicialização de demandas por serviços, aumentos de preços acima da inflação e redução global do número de usuários.

Ousamos encerrar o capítulo com sugestões pontuais para a implementação de uma ordem espontânea para os serviços privados de saúde e de uma ordem estatal para os serviços públicos. Passa, segundo intentamos demonstrar, pelo reconhecimento da impossibilidade material de um serviço de saúde de abrangência universal e integral (prestar todos os serviços a todos os usuários durante todo o tempo) e a título gratuito. É preciso que se defina com maior clareza quais serviços serão de fato fornecidos, como direito público subjetivo dos usuários.

A existência de um serviço público eficiente é a melhor forma de regulação dos serviços privados. Seres economicamente racionais não pagarão por um serviço gratuito. Para o custeio deste modelo, urge que se carregiem ao serviço público recursos para sua atuação. Coerente com a proposta de que os serviços público e privado passem a integrar ordens distintas da sociedade, os mecanismos financeiros de permitem a fluência de recursos do setor público e privados devem ser revistos, com a efetiva cobrança dos atendimentos prestados aos usuários de planos de saúde na rede do SUS, bem com o final da renúncia fiscal, relativamente ao imposto de renda e da contribuição social.

Ainda que seja virtualmente impossível de enxergarmos, mesmo no longo prazo uma mudança legislativa que permita alguma alteração no cenário de um serviço público de saúde que ninguém aprecia – repetimos o que já dissemos na introdução deste trabalho, uma das primeiras aspirações das famílias brasileiras, vencidas a dificuldades de sobrevivência básica é a aquisição e manutenção de um plano de saúde<sup>54</sup>.

---

<sup>54</sup> Segundo Luciano Ferreira Fontenelle: “Considerando tanto os cartões de desconto quanto os planos de saúde, os motivos para cobertura mais frequentemente relatados foram “para a segurança” (36,7%, IC 95%: 28,6 – 45,7), “para ter melhor atendimento” (22,7%, IC 95%: 15,5 – 31,9) e “porque a empresa oferece” (9,6%, IC 95%: 5,1 – 17,3). Este último motivo foi mais frequente entre as pessoas cobertas por plano de saúde (15,6%; IC 95%: 7,8 – 29,0) do que entre as cobertas por cartão de desconto (5,0%; IC 95%: 1,8 – 13,0) (p = 0,016). De fato, a proporção de “planos de saúde” empresariais (oferecidos pelo empregador) foi maior entre os planos de saúde propriamente ditos (36,5%) do que entre os cartões de desconto (20,9%)”. *Op. Cit.* p. 91.

O slogan “Viva o SUS” não sobrevive a um breve passar de olhos pela realidade. As classes mais baixas ambicionam um plano de saúde que lhes livre do pesadelo das filas e do mau atendimento do serviço público e as classes mais altas – inclusive nossa elite política –, corre para os braços dos hospitais privados de referência. Antiga piada que circulava em Brasília, especialmente após o trágico falecimento de ex-Presidente Tancredo Neves afirmava que o melhor atendimento de saúde da capital federal era encontrado no aeroporto, num avião com destino a São Paulo, para se tratar no Hospital Albert Einstein ou no Sírio-Libanês.

Por isso fundamental a abertura do diálogo a partir do pensamento de Hayek, Mises e outros tantos autores liberais que apresentam a possibilidade de outro tipo de sociedade, dando à liberdade lugar de destaque entre os valores sociais e defendendo a ideia de que a redução das desigualdades só é possível com a criação de riquezas e que a economia não é um jogo de soma zero, onde só podem ganhar algo se alguém perder algo na mesma proporção.

Se mudanças são possíveis, passam inicialmente pela percepção, que se espera tenha sido demonstrada no presente estudo, que o modelo que hoje rege o sistema de saúde não foi fruto de uma decisão constitucional sobre a matéria<sup>55</sup>, mas uma opção política adotada a partir das majorias eleitorais dos anos 1990 e 2000.

Também esperamos ter demonstrado que o modelo adotado, sob a perspectiva da eficiência, não tem resultado em melhoras ao longo das décadas seguintes. É necessário mudanças, tanto no sistema público quanto no sistema privado.

Tais mudanças exigem alterações legislativas, tanto no sentido de que se estabeleça de forma realista o alcance da saúde pública, de forma universal e igualitária, algo que somente se alcança por meio de políticas públicas e não pela constante intervenção judicial, que por vocação, analisa as questões por meio de casos isolados, perdendo o sentido de conjunto inerente a um sistema.

Mas alterações devem atingir, também, a gestão privada da saúde, buscando garantir eficiência a partir de uma perspectiva que privilegie os princípios da livre iniciativa (e defesa do consumidor), como parece ter pretendido o Constituinte de 1988. Mesmo sem alterações legislativas, entendemos existir espaço para mudanças,

---

<sup>55</sup> Ainda assim, muito se tem debatido sobre a possibilidade da decisão constitucional de uma geração ter força vinculante para as gerações futuras, questão de desborda do escopo do presente trabalho.

a partir do entendimento de que o protagonismo judicial dos últimos anos deve ceder espaço à política, quando se trata de *taxis* e a eficiência quando se trata do *kosmo*.

Ainda sob uma perspectiva legal e regulatória extremamente rigorosa, como a atual, os Tribunais, valendo-se de uma retórica de proteção ao consumidor, têm avançado tanto nas políticas públicas, desarticulando-as, como na liberdade contratual, infringindo obrigações além daquelas estipuladas pelas autoridades regulatórias do setor, sem se atentar para os efeitos econômicos - e também sociais -, de tais decisões, sem se atentar para o fato de que o consequencialismo econômico das decisões judiciais encontra-se positivado na legislação brasileira<sup>56</sup>.

Uma história para encerrar esse trabalho com um olhar de esperança ao futuro. No final do mês de outubro de 2021, precisamente no dia 20, fomos a um evento na livraria Martins Fontes, na avenida Paulista, para uma noite de autógrafos de um livro chamado “Pensadores da Liberdade” de autoria do economista e jornalista Rodrigo Constantino. Chegando ao local, nos deparamos com uma fila de aproximadamente trezentas pessoas esperando para autografar a obra. Definitivamente algo começa a acontecer, quando vemos uma fila desse tamanho, numa quarta-feira à noite, para adquirir um livro que fala sobre Burk, Bastiat, Mises, Hayek, Ayn Rand, Friedman, Sowell e outros pensadores liberais.

---

<sup>56</sup> Dispõe o artigo 20 da LINDB: Art. 20: “Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.”

## REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Cia. das Letras, 2012.

BERLIN, Isaiah. **Quatro Ensaios sobre a Liberdade**. Trad. Wamberto Hudson Ferreira. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1981

BESSONE, Darcy. **Do contrato: teoria geral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. Trad. Marco Aurélio Garcia. São Paulo: Brasiliense, 2000.

BODRA, Maria Eugênia Ferraz do Amaral; DALLARI, Sueli Gandolfi. A saúde e a iniciativa privada na Constituição Federal de 1988: Princípios Jurídicos. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, nov.2019/mar.2020, v. 20, n. 3, p. 240 - 260, 2020. DOI <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v20i3p240-260>. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/180250>. Acesso em: 17 out. 2021.

CAMARGOS, Marco Antônio de. **Reflexões sobre o cenário econômico brasileiro na década de 90**. XXII Encontro Nacional de Engenharia de Produção. Curitiba – Pr, 2002. Disponível em: [abepro.org.br/biblioteca/ENEGEP2002\\_TR\\_30\\_0918.pdf](http://abepro.org.br/biblioteca/ENEGEP2002_TR_30_0918.pdf). Acesso em: 15 jul. 2020.

CECHIN, José (org.). **A história e os desafios da saúde suplementar: 10 anos de regulação**. São Paulo: Saraiva, 2008.

COASE, Ronald H. *The problem of social cost*. **Journal of Law and Economics**, Chicago, v. III, p. 1-44, out. 1960.

CONSELHO Nacional de Justiça. **Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e perspectiva**. Brasília, 2019. p. 15. Disponível em: [content/uploads/2018/01/f74c66d46cfea933bf22005ca50ec915.pdf](http://content/uploads/2018/01/f74c66d46cfea933bf22005ca50ec915.pdf). Acesso em 21 out. 2021.

DANIELS, Norman. **Just health: Meeting health needs fairly**. New York: Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ENGELHARDT JR., H. Tristram. **Fundamentos da bioética**. 2. ed. São Paulo: Loyola. 1998.

FERRAZ, Luiz Mota. Justiça distributiva para formigas e cigarras. *In: Novos Estudos CEBRAP*. São Paulo, n. 77, mar. 2007, p. 2.

- FLEISCHACKER, Samuel. **Uma breve história da justiça distributiva**. Trad. Álvaro de Vita. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- FONTENELLE, Luciano Ferreira. **Nível socioeconômico, cobertura por plano de saúde, e autoexclusão do Sistema Único de Saúde**. Tese (Doutorado em Ciências) – Programa de Pós-Graduação em Epidemiologia) – Universidade Federal de Pelotas, Pelotas, 2017. Disponível em: <http://www.epidemiologia.ufpel.org.br/uploads/teses/Tese%202017-10-23.pdf>. Acesso em: 20 jul.2020.
- FRIEDMAN, Laurence A., NEUMMAN, Bruce R. *The Effects of Opportunity Costs on Project Investment Decisions: A Replication and Extension*. **Journal of Accounting Research**, Chicago, v. 18, n. 2, 1980, p. 407–419, 1980. Disponível em: [www.jstor.org/stable/2490586](http://www.jstor.org/stable/2490586). Acesso em: 23 mai. 2020.
- GOMES, Orlando. **Contratos**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- HAYEK, Friedrich August von. O Uso do Conhecimento na Sociedade. **The American Economic Review**. 35:4, p. 519-530, set. 1945.
- \_\_\_\_\_. **Os Fundamentos da Liberdade**. Intr. Henry Maksoud. Trad. Anna Maria Capovilla e José Ítalo Stelle. Brasília: Universidade de Brasília; Visão, 1983.
- \_\_\_\_\_. **Arrogância Fatal: os Erros do Socialismo**. Trad. Ana Maria Capovilla e Candido Mendes Prunes. Brasília: Universidade de Brasília; São Paulo: Visão, 1983.
- \_\_\_\_\_. **Direito, Legislação e Liberdade**, v. II. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. São Paulo: Visão, 1985.
- IORIO, Ubiratan. **Economia e Liberdade: A Escola Austríaca e a Economia Brasileira**. São Paulo: Forense Universitária, 1997.
- JOHNSTON, David. **Breve história da justiça**. Trad. Fernando Santos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018.
- MAFFETONE, Sebastiano; VECA, Salvatore (org). **A idéia de justiça de Platão a Rawls**. Trad. Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais**. 6. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MISES, Ludwig Von. **Intervencionismo: Uma análise econômica**. Trad. Donald Stewart Jr. 1. ed. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2010.

NAVA, Pedro. **Capítulos da história da medicina no Brasil**. Cotia: Ateliê Editorial, 2003.

NOGUEIRA, Jorge Henrique de Saules. O Direito como Salvaguarda da Liberdade: Elementos da Teoria do Direito de F. A. Hayek. **MISES: Revista Interdisciplinar de Filosofia, Direito e Economia**, São Paulo, jul.-dez., n. 2, ed. 4, p. 513-537, 2014. Disponível em: [www.revistamises.org.br](http://www.revistamises.org.br). Acesso em: 04 mai. 2021.

NORTH, Douglas C. **Instituições, mudança institucional e desempenho econômico**. Trad. Alexandre Morales. 1. ed. São Paulo: Três Estrelas, 2018.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Método, 2012.

OCDE. **Proposal for taxonomy of health insurance**. Paris, 2004. *Organization for Economic Cooperation and Development (The OCDE Health Project)*. Disponível em: <http://www.ocde.org/els/health-systems/31916207.pdf>. Acesso em 05 ago. 2021.

OCKÉ-REIS, Carlos Octávio. **SUS: Desafio de ser único**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2012.

OLIVEIRA, Daniele Furtado. KORNIS, George Edward Machado. A política de qualificação da saúde suplementar no Brasil: uma revisão crítica do índice de desempenho da saúde suplementar. **Physis Revista de Saúde Coletiva**, [s. l.], jan.-mar., n. 17, 21 jan. 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/physis/a/T3wbvpj899FfbtRTsx6LH5w/?lang=pt#>. Acesso em: 30 ago. 2021.

PAINE, Thomas. **O Senso Comum e a Crise**. Trad. Vera Lúcia de Oliveira Sarmiento. Brasília: Universidade de Brasília, 1982.

PAVIANI, Jayme. Dialética e linguagem em Platão. **Veritas**, Porto Alegre, v. 40, n. 160, p. 729-739, 1995. Disponível em: [revistaseletronicas.pucrs.br](http://revistaseletronicas.pucrs.br). Acesso em: 11 maio 2021.

PORTO, Antônio Maristrello; Garoupa, Nuno. **Curso de análise econômica do direito**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

POSNER, Richard A. **Economia da justiça**. Trad. Evandro Ferreira e Silva. 1. ed. rev. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

\_\_\_\_\_. **Fronteiras da teoria do direito**. Trad. Evandro Ferreira e Silva *et al.* 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

PRUNES, Mendes Cândido. **Hayek no Brasil**. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 2006.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo, Martins Fontes, 2000.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ROBBINS, Lionel. *An Essay on the nature and significance of Economic Science. Journal of the Royal Statistical Society*, London, 1932.

SAMPAIO, Aurisvaldo. **Contratos de plano de saúde**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SANDEL, Michael J. **Justiça: O que é fazer a coisa certa**. Trad. Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 16. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

\_\_\_\_\_. **Liberalism and the limits of justice**. 9. ed. New York: Cambridge University Press, 1990.

SANTOS, Moacyr Amaral dos. **Primeiras Linhas do Direito Processual Civil: adaptadas ao novo Código de Processo Civil**. 12. ed. atual. v 1. São Paulo: Saraiva, 1985.

SHAPIRO, Ian. **Os fundamentos morais da política**. Trad. Fernando Santos. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVEIRA, Marcos Paulo de Lucca. **Justiça distributiva e saúde: uma abordagem igualitária**. 2017. Tese (Doutorado em Ciências Públicas) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-19122017-192826/pt-br.php#:~:text=Justi%C3%A7a%20distributiva%20e%20sa%C3%BAde%3A%20uma%20abordagem%20igualit%C3%A1ria&text=Esta%20tese%20tem%20o%20prop%C3%B3sito,sobre%20justi%C3%A7a%20distributiva%20e%20sa%C3%BAde.&text=P ara%20respondermos%20essas%20quest%C3%B5es%2C%20inicialmente,acess%C3%ADvel%20de%20necessidades%20de%20sa%C3%BAde>. Acesso em: 01 out. 2021.

SOUZA, Rodrigo Mendes Leal de. **O mercado de saúde suplementar no Brasil: regulação e resultados econômicos dos planos privados de saúde**. 2014. Tese (Doutorado no Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas, Estratégias e Desenvolvimento) - Instituto de Economia – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <https://www.ie.ufrj.br/images/IE/PPED/Teses/2014/RodrigoMendesLeal.pdf>. Acesso em: 07 ago. 2021.

STEWART JR., Donald. **O que é liberalismo**. 5. ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1995.

STOHRER, Camila M. S. Direitos fundamentais e tributação: a importância dos tributos na manutenção dos direitos. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 7, n. 3, 3º quadrimestre de 2012. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica). Acesso em: 18 mai. 2020.

TABAK, Benjamin M. A análise econômica do direito: proposições legislativas e políticas públicas. **RIL**, ano 52, n. 205, p. 321-345. Brasília, 2015.

TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito & Economia**. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008

\_\_\_\_\_. **Direito e Economia no Brasil**: Estudos sobre a análise econômica do direito. 3. ed. Indaiatuba: Foco, 2019.

VARELA, João de Matos Antunes, **Das Obrigações em Geral**. v. I, 6 ed., Coimbra: Almedina, 1989

VITA, Álvaro de. **A justiça igualitária e seus críticos**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

YEUNG, Luciana (org.). **Análise econômica do direito**: Temas contemporâneos. São Paulo: Almedina, 2020.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (org) **Direito & Economia — Análise Econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.