

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS – UNISINOS  
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO PROFISSIONAL EM DIREITO DA EMPRESA E DOS NEGÓCIOS**

**JOÃO HENRIQUE CAETANO GÓES ULYSSÉA**

**AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR E FALHAS DE MERCADO:  
A Regulação dos Planos de Saúde Suplementar**

Porto Alegre

2018

**JOÃO HENRIQUE CAETANO GÓES ULYSSÉA**

**AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR E FALHAS DE MERCADO:  
A Regulação dos Planos de Saúde Suplementar**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito da Empresa, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS.

Orientador: Prof. Dr. Pedro Henrique Poli de Figueiredo

Porto Alegre

2018

U47a Ulysséa, João Henrique Caetano Góes.  
Agência Nacional de Saúde Suplementar e falhas de mercado: a regulação dos planos de saúde suplementar / por João Henrique Caetano Góes Ulysséa. – Porto Alegre, 2018.

93 f. : il. color. ; 30 cm.

Dissertação (mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito da Empresa e dos Negócios, Porto Alegre, RS, 2018.

Orientação: Prof. Dr. Pedro Henrique Poli de Figueiredo, Escola de Direito.

1.Direito à saúde – Brasil. 2.Agência Nacional de Saúde Suplementar (Brasil). 3.Operadoras de planos de saúde – Brasil. 4.Saúde suplementar – Legislação – Brasil. 5.Assistência médica – Brasil. I.Figueiredo, Pedro Henrique Poli de. II.Título.

CDU 34:614(81)  
614:658(81)

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS  
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA EMPRESA E DOS NEGÓCIOS  
NÍVEL MESTRADO PROFISSIONAL

O Trabalho de Conclusão de Curso intitulado: "AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR E FALHAS DE MERCADO: A REGULAÇÃO DOS PLANOS DE SAÚDE SUPLEMENTAR". Elaborado pelo mestrando João Henrique Caetano Góes Ulysséa, foi julgado adequado e aprovado por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO DA EMPRESA E DOS NEGÓCIOS - Profissional.

Porto Alegre, 19 de setembro de 2018.

  
Prof. Dr. **Wilson Engelmann**

Coordenador do Programa de Mestrado Profissional em  
Direito da Empresa e dos Negócios

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

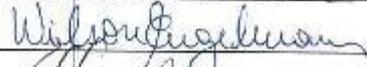
Presidente: Dr. Pedro Henrique Poli de Figueiredo

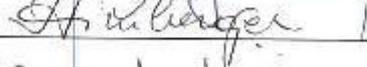
Membro: Dr. Wilson Engelmann

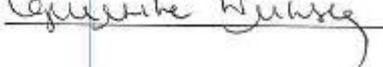
Membro: Dra. Têmis Limberger

Membro: Dr. Guilherme Wunsch









Aos meus pais João Batista Góes Ulysséa  
e Jacira Caetano Ulysséa.

## **AGRADECIMENTOS**

Aos Professores Pedro Henrique Poli de Figueiredo e Wilson Engelmann, pela orientação, por seus ensinamentos e pela amizade.

Aos membros da banca examinadora pela oportunidade e engrandecimento do trabalho.

A todos os professores do curso do Mestrado Profissional em Direito da Empresa e dos Negócios da Unisinos, pelo aprendizado, esforço e contribuição contínua para o aperfeiçoamento do curso.

Aos amigos e colegas da primeira turma do curso, pela compreensão, conselhos e por suas presenças em minha vida.

A Beatriz Christine Motta Beck, pelo amor, companheirismo em todos os momentos e pelas palavras de confiança.

Aos meus avós (in memorian), meus tios e primos, pelo carinho.

Enfim, a minha amada irmã, Renata Caetano Góes Ulysséa, e aos meus pais, João Batista Góes Ulysséa e Jacira Caetano Ulysséa, pelo amor incondicional, e por tornarem possível a realização de mais uma caminhada.

“De tanto ver triunfar as nulidades; de tanto ver prosperar a desonra, de tanto ver crescer a injustiça. De tanto ver agigantarem-se os poderes nas mãos dos maus, o homem chega a desanimar-se da virtude, a rir-se da honra e a ter vergonha de ser honesto.”

Ruy Barbosa

## RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo delinear o histórico do direito à saúde e a regulação deste mercado sob a ótica da análise econômica do direito, para definir ou para que se permita tirar conclusões acerca da eficiência da regulação frente aos índices de fraude. Para tanto, faz-se a análise dos conceitos históricos do direito à saúde, chegando-se, após, aos conceitos adotados no Brasil. Mostra-se, ainda, o direito à saúde na legislação brasileira, para oportuna compreensão de sua importância. Posteriormente, há uma comparação das formas de prestação do serviço à saúde, que podem ser feitas por meio de assistência pública ou privada; far-se-á análise dos princípios de maior relevância para o contexto deste trabalho; das fontes de financiamento assistência pública e privada; e de suas naturezas jurídicas. Após, passar-se-á para análises acerca do escopo das agências reguladoras e, mais especificamente da criação e atuação da Agência Nacional de Saúde Suplementar. Ao final, sob o manto de conceitos amplamente difundidos da análise econômica do direito, tal como a do mercado com informações imperfeitas e as ditas falhas de mercado, far-se-á uma análise empírica dos dados existentes em saúde, bem como dos percentuais gastos em fraudes e erros. As agências reguladoras possuem grande importância na manutenção do mercado, mas a excessiva regulação pode gerar incentivos negativos.

**Palavras-chave:** Direito à saúde. Direito regulatório. Análise econômica do Direito.

## **ABSTRACT**

This paper aims to delineate the history of the right to health and market regulation with concepts of the law and economics, to define or to allow conclusions about the efficiency of regulation against fraud rates. For this, an analysis of the historical concepts of the right to health is carried out, and then concepts adopted in Brazil. It is also shown the right to health in Brazilian legislation, in order to understand its importance. Subsequently, there is a comparison of the ways of providing the service to health, which can be done through public or private assistance; analysis of the substance of greater relevance for the context of this work; sources of public and private assistance; and their legal nature. Afterwards, we will analyze the scope of regulatory agencies and, more specifically, the creation and updating of the National Agency for Supplementary Health. In the end, under the umbrella of widely diffused concepts of law and economics, such as a market with imperfect information and market failures, an empirical analysis of existing health data, as well as spending on fraud and errors. Regulatory agencies have great importance in maintaining the market, but excessive regulation can generate negative incentives.

**Keywords:** Right to health. Regulatory law. Law and economics.

## LISTA DE FIGURAS

Figura 1 – Cadeia de participantes do mercado em saúde .....	73
Figura 2 – Resumo práticas adotadas contra a corrupção .....	84

## LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 – Gráfico com histórico de números de planos de saúde.....	16
Gráfico 2 – Gastos do governo federal com a compra de medicamentos por determinação judicial, 2010 à julho/2017.....	38
Gráfico 3 – Despesas com saúde e PIB segundo setores institucionais, 2010-201577	

## LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Tabela com número de planos de saúde.....	17
Tabela 2 – Gastos com fraude em relação aos gastos com saúde em 2015 .....	75

## LISTA DE SIGLAS

AED	Análise Econômica do Direito
ANS	Agência Nacional de Saúde Suplementar
CF	Constituição Federal
CPC	Código de Processo Civil
CPT	Cobertura Parcial Temporária
DLP	Doença ou Lesão Preexistente
NCPC	Novo Código de Processo Civil
OMS	Organização Mundial de Saúde
OPS	Operadora de Plano de Saúde
RN	Resolução Normativa
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUS	Sistema Único de Saúde
SUSEP	Superintendência de Seguros Privados
UNISINOS	Universidade do Vale do Rio dos Sinos

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>14</b>
1.1 DELIMITAÇÃO DO TEMA E FORMULAÇÃO DO PROBLEMA .....	14
1.2 JUSTIFICATIVA.....	16
1.3 HIPÓTESE.....	19
1.4 OBJETIVOS.....	19
1.4.1 Objetivo geral.....	19
1.4.2 Objetivos específicos .....	19
<b>2 METODOLOGIA UTILIZADA</b> .....	<b>20</b>
<b>3 DIREITO À SAÚDE E A REGULAÇÃO DO MERCADO</b> .....	<b>22</b>
3.1 O DIREITO À SAÚDE .....	22
3.1.1 Evolução da saúde no mundo .....	22
3.1.2 Direito à saúde nas constituições brasileiras.....	24
3.1.3 Classificação jurídica do direito à saúde .....	27
3.1.4 O direito à saúde e a seguridade social .....	29
3.1.5 O direito à saúde na legislação brasileira .....	32
3.1.6 Efetivação do direito à saúde: vontade política e poder judiciário.....	34
3.2 A ASSISTÊNCIA PÚBLICA À SAÚDE X A ASSISTÊNCIA PRIVADA .....	39
3.2.1 A assistência pública à saúde .....	39
3.2.1.1 Sistema Único de Saúde.....	40
3.2.1.2 Princípios informadores.....	42
3.2.1.3 Fontes de financiamento .....	43
3.2.1.3.1 Orçamento dos entes federados.....	44
3.2.1.3.2 Da seguridade social .....	46
3.2.1.3.3 Outras fontes de custeio .....	47
3.2.2 A assistência privada na Constituição de 1988.....	49
3.2.2.1 Saúde complementar.....	49
3.2.2.2 Saúde suplementar .....	50
3.2.2.3 Operadoras de planos privados de assistência à saúde .....	54
3.3 CONTRATOS E SAÚDE SUPLEMENTAR.....	56
3.4 REGULAÇÃO DO MERCADO EM SAÚDE SUPLEMENTAR .....	59
3.4.1 Considerações sobre as agências reguladoras .....	60
3.4.2 Agência Nacional de Saúde Suplementar .....	64

<b>4 MERCADO DE SAÚDE SUPLEMENTAR: REGULAÇÃO, DIREITO E ECONOMIA</b>	<b>66</b>
.....	
4.1 ASSIMETRIA INFORMACIONAL: RISCO MORAL E PROBLEMAS DE AGÊNCIA.....	66
4.2 BUROCRACIA, <i>LOBBY</i> E <i>RENT-SEEKING</i> .....	69
4.3 FRAUDE EM SAÚDE SUPLEMENTAR EM NÚMEROS x DIREITO E ECONOMIA.....	72
4.4 EXEMPLO PRÁTICO: A RESOLUÇÃO NORMATIVA Nº 162 DA ANS .....	79
<b>5 CONCLUSÃO .....</b>	<b>82</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>87</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A introdução ao presente trabalho de conclusão se faz por meio da apresentação da delimitação do tema e da formulação do seu problema, da justificativa, dos objetivos, do procedimento metodológico, além da exposição da estrutura dos capítulos.

### 1.1 DELIMITAÇÃO DO TEMA E FORMULAÇÃO DO PROBLEMA

A Constituição Federal vigente reconheceu a saúde como direito de todos e dever do Estado, direcionando a posição deste no sentido de amparar e adotar políticas sociais e econômicas que reduzam o risco de doenças e de outros agravos, sem distinção de qualquer natureza.<sup>1</sup> Essa situação evidencia relevância pública às ações e serviços de saúde, resguardando o acesso universal e de forma igualitária às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, inclusive conferindo competência ao Poder Público para dispor sobre sua regulamentação, fiscalização e controle. A propósito, tem-se viabilizada atuação estatal tanto de forma direta na execução nessa área, como através de terceiros, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Nessa linha, a Carta Maior traçou diretrizes às ações e serviços públicos de saúde integrantes de uma rede regionalizada e hierarquizada na constituição de um sistema único, com descentralização e participação comunitária, com financiamento com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.<sup>2</sup>

Todavia, concomitantemente à situação lançada ao Estado, também resguardou à iniciativa privada uma livre atuação visando assistência à saúde. Por

---

<sup>1</sup> Art. 196. “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 09 maio 2017.

<sup>2</sup> 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”. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 09 maio 2017.

consequência, foi acolhida a participação das instituições privadas 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. Ainda, a iniciativa privada pode prestar assistência à saúde na forma suplementar, mediante pessoas jurídicas de direito privado que prestam serviços em saúde a quem contratar, seja um hospital ou plano de saúde.

No entanto, embora a iniciativa privada tivesse uma efetiva atuação na área, entendeu a União que seria relevante regulamentar os planos e seguros privados de assistência à saúde e, assim, submeter as respectivas pessoas jurídicas de direito privado às disposições de lei específica.<sup>3</sup>

No que tange especificamente aos contratos em plano de saúde, os artigos 10 e 12<sup>4</sup> da Lei 9.656/98 contêm coberturas mínimas que estes devem ter para os beneficiários. Outrossim, a ANS emite normativos que regulam como as operadoras de planos de saúde devem tratar os contratos para os beneficiários.

Contudo, nem sempre a informação que os planos de saúde possuem sobre os beneficiários - ou o contrário - são completas, acarretando, por consequência, o aumento dos custos de transação. Ou seja, aumentam-se os gastos por falta de informações adequadas, gerando externalidades negativas.

Quanto maior a falta de fiscalização, transparência e regras claras de atuação, maior o número de fraudes praticados em determinado setor econômico. Na saúde não é diferente. Entre 2002 e 2015, a Controladoria Geral da União estima que R\$ 5,04 bilhões foram desviados da saúde pública. Na esfera privada, guardadas as devidas proporções, não é diferente, razão pela qual as práticas devem ser modificadas.<sup>5</sup>

<sup>3</sup> BRASIL. **Lei n° 9.656, de 03 de junho de 1998**. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9656.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9656.htm)>. Acesso em: 24 abr. 2017.

<sup>4</sup> 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. 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: [...]”. BRASIL. **Lei n° 9.656, de 03 de junho de 1998**. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9656.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9656.htm)>. Acesso em: 24 abr. 2017.

<sup>5</sup> LARA, Natalia Cairo. **Evidências de práticas fraudulentas em sistemas de saúde internacionais e no Brasil**. São Paulo: Instituto de Estudos de Saúde Suplementar, 2017. Disponível em: <[https://iess.org.br/?p=publicacoes&id=846&id\\_tipo=3](https://iess.org.br/?p=publicacoes&id=846&id_tipo=3)>. Acesso em: 03 fev. 2018.

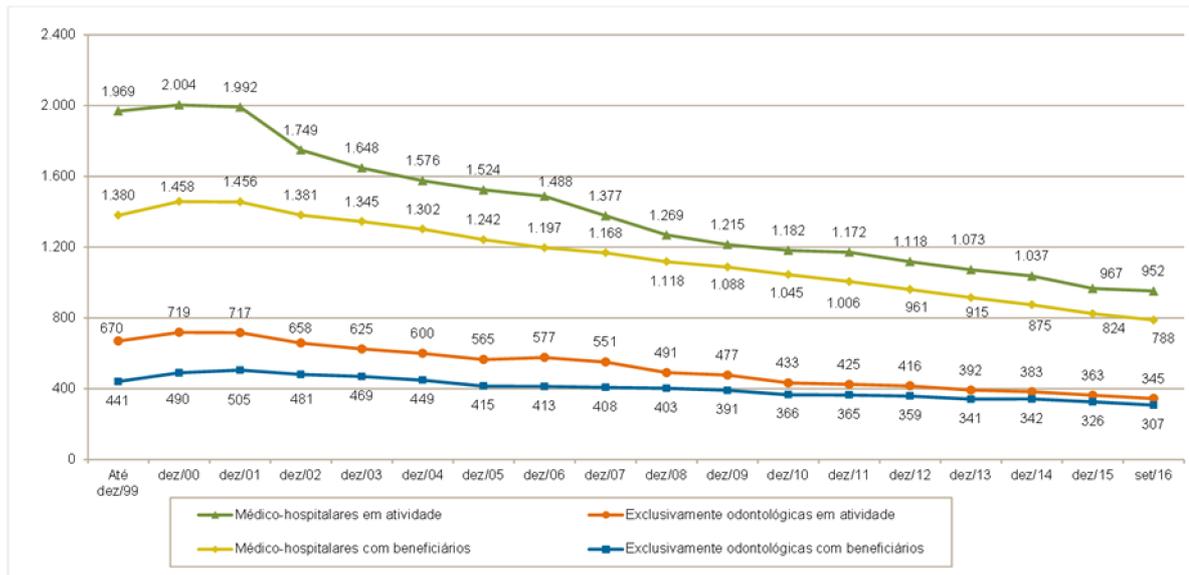
Numa relação de informações incompletas, onde está em jogo um serviço de utilidade pública - saúde, cabe à agência reguladora competente minimizar os custos para que o mercado não entre em colapso.

Desta feita, pretende-se com o presente trabalho verificar, através da análise econômica do Direito, num tipo específico de fraude constatada, se o mercado de saúde suplementar é regulado de forma eficiente, ou não, pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, em razão da assimetria de informações quando da contratação do plano de assistência à saúde pelo beneficiário.

## 1.2 JUSTIFICATIVA

Constata-se que as operadoras de planos de saúde estão diminuindo (informação retirada da ANS) e que estão sofrendo liquidação com transferência compulsória de suas carteiras de beneficiários.<sup>6</sup>

Gráfico 1 – Gráfico com histórico de números de planos de saúde



Fontes: CADOP/ANS/MS - 12/2016 e SIB/ANS/MS - 12/2016

Fonte: Caderno de Informações da saúde suplementar.<sup>7</sup>

<sup>6</sup> No primeiro gráfico, um demonstrativo histórico de 1999 até 2016; no segundo, os dados contabilizados apenas do ano de 2016.

<sup>7</sup> CADERNO DE INFORMAÇÕES DA SAÚDE SUPLEMENTAR: beneficiários, operadoras e planos. Rio de Janeiro: Agência Nacional de Saúde Suplementar, ano 10, n. 1, p. 23, jun. 2016. Disponível em: <[http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais\\_para\\_pesquisa/Perfil\\_setor/Cademo\\_informacao\\_saude\\_suplementar/caderno\\_JUNHO\\_2016\\_total.pdf](http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Perfil_setor/Cademo_informacao_saude_suplementar/caderno_JUNHO_2016_total.pdf)>. Acesso em: 03 fev. 2018.

Tabela 1 – Tabela com número de planos de saúde

Registro	Total	Operadoras médico-hospitalares	Operadoras exclusivamente odontológicas
Registros novos (1)	37	29	8
Registros cancelados (1)	70	44	26
Operadoras em atividade	1.297	952	345
Operadoras com beneficiários	1.095	788	307

Fontes: CADOP/ANS/MS - 12/2016 e SIB/ANS/MS - 12/2016

(1) Registros novos e cancelados no ano.

Fonte: Caderno de Informações da saúde suplementar.<sup>8</sup>

Diversos são os motivos do fechamento das operadoras. Dentre outros, identifica-se a fraude acometida no sistema de saúde como um todo, como um dos motivos dos aumentos dos custos em saúde suplementar, podendo, inclusive, levar ao término ou grande onerosidade dos planos. Aqui, a fraude deve ser visualizada por todos os envolvidos no sistema, tais como hospitais, consumidores, o governo e os próprios planos de saúde, como será visto com mais precisão adiante por tratar-se do tema deste trabalho.

Como outro serviço qualquer, a saúde, no âmbito privado, tem sua relação regida por contrato. Este pode ser entendido como uma garantia de troca de bens ou serviços entre duas ou mais pessoas. Ainda, serve como garantia da prestação de determinado serviço ou entrega de algum bem.

Quando alguma parte na relação contratual está em desvantagem econômica muito grande, faculta-se ao Estado, por meio do Poder Judiciário, realizar o chamado *dirigismo contratual*, que nada mais é do que a tentativa de reequilíbrio da relação contratual.<sup>9</sup>

As relações contratuais entre os beneficiários de planos de saúde e as operadoras de planos de saúde podem se tornar onerosa para ambas às partes. Por exemplo: pelo lado do beneficiário, quando uma informação não é muito clara para este; pelo lado das operadoras de plano de saúde, quando o beneficiário não repassa informações sobre seu estado de saúde no momento da assinatura do contrato.

Coase define o mercado como um instituto facilitador de troca de bens e/ou serviços, ou seja, um meio para que se reduzam os custos das transações para

<sup>8</sup> CADERNO DE INFORMAÇÕES DA SAÚDE SUPLEMENTAR: beneficiários, operadoras e planos. Rio de Janeiro: Agência Nacional de Saúde Suplementar, ano 10, n. 1, p. 23, jun. 2016. Disponível em: <[http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais\\_para\\_pesquisa/Perfil\\_setor/Caderno\\_informacao\\_saude\\_suplementar/caderno\\_JUNHO\\_2016\\_total.pdf](http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Perfil_setor/Caderno_informacao_saude_suplementar/caderno_JUNHO_2016_total.pdf)>. Acesso em: 03 fev. 2018.

<sup>9</sup> LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Curso completo de direito civil**. 3. ed. São Paulo: Método, 2010. p. 370.

efetivar uma determinada operação.<sup>10</sup> Contudo, quando as informações entre os *players* são assimétricas, os custos de transação aumentam.

Nestes casos, cabe à Agência Nacional de Saúde Suplementar, como reguladora do mercado, intervir por meio de resoluções normativas nos casos em que exista vantagens em demasia para uma parte. Porém, o que se observa, é que na maioria dos casos entre beneficiários e operadoras, a ANS toma partido em prol do consumidor, ou seja, a operadora de plano de saúde fica com o ônus resultante da assimetria de informação.

Uma das consequências mais sérias que isto pode gerar, além dos custos, é o fechamento. Segundo dados da própria ANS, o número de operadoras de plano de saúde está diminuindo, conforme gráficos acima colacionados.

É inegável o importante papel que as agências reguladoras desempenham para manter a economia em ordem. Contudo, estas devem cumprir seu papel que, nos dizeres de Figueiredo,<sup>11</sup>

[...] consiste no disciplinamento, na regulamentação, na fiscalização e no controle do serviço prestado [...] para a busca da adequação daquele serviço, do respeito às regras fixadoras da política tarifária, da harmonização, do equilíbrio e da composição dos interesses de todos os envolvidos [...].

Neste sentido, cabe às agências reguladoras observarem o equilíbrio na relação de todos os envolvidos no contexto mercadológico, porquanto a excessiva imposição de medidas para uma só parte gera custos altos e desincentivos ainda maiores.

Para o presente trabalho, necessário observar conceitos da regulação e os números identificáveis relacionados ao mercado, para verificar se o setor da saúde suplementar é bem regulado ou não, pois, num primeiro momento, identificam-se falhas de mercado pela assimetria informacional entre os diversos *players*, acarretando altos custos de transação.

Portanto, o estudo proposto é relevante para que haja maior fiscalização na área da saúde suplementar, tanto nas relações entre operadoras de planos de saúde e beneficiários, quanto na atuação dos demais *players* do mercado, pois os gastos desnecessários advindos de inúmeras fraudes no setor é extremamente alto.

---

<sup>10</sup> COASE, Ronald H. **The firm, the market and the law**. Chicago: University of Chicago Press, 1988. p. 7.

<sup>11</sup> FIGUEIREDO, Pedro Henrique Poli de. **A regulação do serviço público concedido**. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 40.

### 1.3 HIPÓTESE

A hipótese levantada com a análise inicial do problema é a de que o mercado de planos de saúde é mal regulado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, porquanto a existência de assimetria informacional entre os beneficiários, operadoras de plano de saúde e prestadores de serviços em saúde é enorme, capaz de gerar custos altos para o *players* do mercado.

Em um primeiro momento, o resultado observável desta falha de mercado, além da própria insegurança jurídica e o possível desequilíbrio contratual entre as partes que atuam neste seguimento, é o desperdício de altas quantias em dinheiro que poderiam ser empregadas para melhorar o serviço oferecido.

### 1.4 OBJETIVOS

#### 1.4.1 Objetivo geral

Analisar e compreender os números relacionados a fraude em saúde suplementar, bem como o papel de atuação da Agência Nacional de Saúde Suplementar sobre o mercado para, ao final, propor um ou mais métodos de prevenção à fraude causada ao mercado de saúde suplementar pela assimetria de informações entre beneficiários e operadoras de plano de saúde.

#### 1.4.2 Objetivos específicos

- a) Identificar os números relacionados a fraude em saúde suplementar;
- b) Analisar os limites de atuação de ANS e suas resoluções normativas;
- c) Observar a assimetria de informação existente entre os planos de saúde e os beneficiários;
- d) Constatar a existência, ou não, de falha de mercado de saúde suplementar;
- e) Verificar a eficácia da ANS no tratamento dos contratos de beneficiários perante às operadoras de planos de saúde.

## 2 METODOLOGIA UTILIZADA

O delineamento da pesquisa, segundo Gil,<sup>1</sup> “[...] refere-se ao planejamento da mesma em sua dimensão mais ampla”, ou seja, neste momento, o investigador estabelece os meios técnicos da investigação, prevendo-se os instrumentos e os procedimentos necessários utilizados.

Em relação ao método a ser utilizado em uma pesquisa, Bittar<sup>2</sup> ensina que este é um plano que envolve o manuseio de recursos, técnicas e meios para que, ao final, chegue-se à verdade sobre o objeto de estudo.

No presente trabalho, o estudo é feito com base no método dedutivo que, resumidamente, dedica-se à análise de premissas gerais para que posteriormente se obtenha uma conclusão específica.

Atualmente, é notória a importância em trazer dados empíricos para o campo jurídico. O espaço da mera retórica sem objetivos práticos perde espaço a cada dia. Imprescindível trazer ao presente trabalho os conceitos de direito e economia, bem como dados empíricos para colocar em prática as hipóteses aventadas.

Importante, para tanto, a análise de gráficos e levantamento de números trazidos ao longo do trabalho para averiguar de fato os valores gastos em saúde e qual a porcentagem destes valores é perdida por ineficiência de gestão ou fraude no setor.

Para que determinada pesquisa seja elaborada adequadamente, imprescindível se mostra a delimitação do tipo de pesquisa seja condizente com as formas de conhecimento que se pretende adquirir no decorrer do estudo.

No presente trabalho acadêmico, o tipo de pesquisa, quanto ao nível, é exploratória, o que, conforme Leonel e Motta,<sup>3</sup> objetiva proporcionar ao pesquisador uma visão ampla e geral de determinado fato, para que seja útil a elaboração de problemas mais destacados e dar azo a estudos futuros.

Quanto à abordagem, a pesquisa mostrar-se-á qualitativa, tendo em vista que se dedica a conhecer profundamente o problema apontado, objetivando a formação

---

<sup>1</sup> GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 70.

<sup>2</sup> BITTAR, Eduardo C. B. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática da monografia para os cursos de direito. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

<sup>3</sup> LEONEL, Vilson; MOTTA, Alexandre de Medeiros. **Ciência e pesquisa**: livro didático. 2. ed. rev. atual. Palhoça: UnisulVirtual, 2007.

de um conhecimento sólido acerca do tema, de onde oportunamente surgirão as conclusões que responderão ao problema delimitado.

Por fim, o presente estudo utilizar-se-á do procedimento bibliográfico, o qual, conforme ensinamento de Leonel e Motta,<sup>4</sup> “[...] é aquele que se desenvolve tentando explicar um problema a partir das teorias publicadas em diversos tipos de fontes: livros, artigos, manuais, enciclopédias, anais, meios eletrônicos, dentre outros”.

---

<sup>4</sup> LEONEL, Vilson; MOTTA, Alexandre de Medeiros. **Ciência e pesquisa**: livro didático. 2. ed. rev. atual. Palhoça: UnisulVirtual, 2007.

### 3 DIREITO À SAÚDE E A REGULAÇÃO DO MERCADO

#### 3.1 O DIREITO À SAÚDE

O presente capítulo pretende estudar a evolução do termo saúde e sua efetiva aplicabilidade no Brasil através de um estudo teórico do tema. Este assunto será tratado, pois entende-se como a mais adequada forma de atingir as finalidades desta monografia.

##### 3.1.1 Evolução da saúde no mundo

A saúde está intimamente ligada ao conceito de vida. Portanto, é algo que sempre se fez presente na humanidade e, nos dias atuais, é tema de suma importância a ser tratado com certa delicadeza.

A existência do ser humano está condicionada a uma boa saúde. Mas o conceito de saúde nem sempre foi o mesmo desde sua origem. Oriunda do latim *salus*, que significa ter um bom estado físico, percebe-se que o termo ficava restrito ao corpo humano, tendo um sentido de não haver problemas relacionados ao corpo.

Acreditava-se que os males lançados ao corpo humano eram provenientes de punições das divindades e que sua cura estava restrita à religião ou magias. Com o passar do tempo, na Grécia mais precisamente, passou o homem a ter a ciência como aliada para ir à busca da cura de doenças. Conforme Schwartz,<sup>16</sup> “Hipócrates foi o grande nome da medicina grega – uma medicina que afastava a religião do campo das doenças.” Surgem, então, os primeiros médicos.

Hipócrates, considerado o “pai da medicina”, modernizou a maneira de pensar sobre saúde; acreditava que o estilo de vida e as condições onde o povo vivia influenciavam sobremaneira no estado físico da pessoa. A saúde passa a ser entendida pelo lado científico e deixa de ser simplesmente a ausência de problemas relacionados ao corpo.

A tradição grega continuou junto ao Império Romano; porém, a estrutura das cidades foram drasticamente alteradas por conta do aumento populacional. Tais

---

<sup>16</sup> SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde**: efetivação de uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 30.

alterações proporcionaram uma melhora na qualidade de vida da população romana, muito por consequência de avanços na área da saúde.<sup>17</sup>

Por volta do ano 476 d.C., com a queda do Império Romano e crescente do regime feudal, a cultura urbana organizada que fora instalada anteriormente entrou em declínio, juntamente com a política de saúde. Por falta de reparos e manutenção, as instalações sanitárias foram arruinadas.<sup>18</sup>

Durante a Idade Média, ocorreu a grande ascensão da Igreja Católica, fator este que contribuiu em muito para o declínio da saúde por resgatar o pensamento de que forças superiores é que decidiam sobre quem iria ter doenças. O catolicismo ponderava por existir fortes relações entre a doença e o pecado, afirmando que as doenças eram punições advindas de Deus.

Há claramente um retrocesso nas questões relativas ao pensamento de Hipócrates.

Após grande período decadente em relação à saúde da sociedade, surge a Revolução Industrial que, acima de tudo, valorizava o trabalho, o capital e a saúde. Neste diapasão, é notório o valor que se dava à saúde, pois um trabalhador doente poderia comprometer a produção e o crescimento da indústria.

Motivados estritamente pelo interesse econômico, as indústrias investiam em formas de curar seus operários a fim de recolocá-los na linha de produção para não a comprometê-la. Assim, o Estado Liberal acabou por não se ater em meios de evitar as doenças, mas apenas formas de combatê-las.<sup>19</sup>

Com as mudanças políticas e sociais do século XX - a maioria delas provocadas pelas guerras mundiais - surgiram ideais sociais acerca da saúde no mundo. Se em um primeiro momento apenas os trabalhadores tinham acesso à saúde para poder voltar às linhas de produção, neste outro surgem ideias relacionadas com a prevenção de doenças e a universalidade do direito à saúde.

Morais assinala que a prevenção surge mediante implantação de serviços básicos de atividade sanitária pelo Estado, ou seja, a saúde pública passa a ser um direito coletivo.<sup>20</sup>

---

<sup>17</sup> SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde**: efetivação de uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 31.

<sup>18</sup> SCLIAR, Moacir. **Do mágico ao social**: a trajetória da saúde pública. Porto Alegre: L&PM, 1987. p. 20.

<sup>19</sup> COSTA, 1997, p. 132 *apud* SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde**: efetivação de uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 33.

<sup>20</sup> MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **A ideia de direito social**: o pluralismo jurídico de Georges Gurvich. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 188.

Mas apenas em 26 de julho de 1946 é que surgiu uma referência quanto ao conceito de saúde com o advento da Constituição da Organização Mundial de Saúde. Em seu preâmbulo, o órgão da ONU refere que saúde “[...] é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade.”<sup>21</sup>

Este conceito não é bem visto, pois trata a saúde com aspectos subjetivos deixando em dúvida quem o lê. Como pontua Schwartz, “[...] a partir do momento em que o Estado assume papel de destaque no cenário da saúde, a vontade política é instrumento de inaplicabilidade do conceito da OMS”,<sup>22</sup> pois as verbas destinadas à saúde podem não ser suficientes para cobrir o bem-estar físico, mental e social.

Findando um breve histórico do amplo conceito de saúde, passemos a tratar sobre a evolução que o direito à saúde sofreu nas constituições pátrias até ser expressamente previsto na atual Constituição da República.

### 3.1.2 Direito à saúde nas constituições brasileiras

Importante ressaltar a evolução do direito à saúde nas constituições brasileiras, verificando-se assim as mudanças sofridas nas políticas públicas a ele relacionadas, chegando-se a forma como a questão é tratada na atual constituição, como também na legislação pátria.

Como bem ressalta Schwartz,<sup>23</sup> “[...] o cotejo com a evolução da legislação sanitária internacional demonstra o atraso da adoção constitucional do direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro”. Percebe-se logo de início que a evolução no Brasil foi tardia.

Na época do Brasil Império, não havia qualquer regulamentação na esfera internacional. A Constituição do Império (1824) continha certas novidades quanto ao aspecto social direcionada aos direitos humanos da época, “embora ainda

---

<sup>21</sup> ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) - 1946**. São Paulo: USP, [2017?]. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

<sup>22</sup> SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde**: efetivação de uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 36.

<sup>23</sup> SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde**: efetivação de uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 43.

contivesse forte conteúdo liberal (próprio da época), e, também, estivesse impregnada de forte herança absolutista.”<sup>24</sup>

Em seu artigo 179, inciso XXIV, a Constituição Imperial não proibia qualquer tipo de trabalho, comércio, cultura ou indústria, salvo quando fosse de encontro com os costumes públicos, segurança ou saúde dos cidadãos.<sup>25</sup>

Com a proclamação da República em 1889, fora convocada Assembleia Constituinte que elaborou a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil a qual passou a vigorar em 1891. As mudanças relacionadas aos direitos individuais contidas nesta constituição foram significativas, sendo a principal delas o direito à liberdade.

Tangente à saúde, que se enquadra nos direitos sociais, nada foi escrito. A Constituição do Brasil República foi omissa quanto a este direito fundamental, havendo, assim, um retrocesso nesta questão social.

Em 1934, a Constituição da chamada Segunda República, os direitos sociais foram elevados e trazidos de uma forma melhorada e explícita.

Esta Constituição tem grandes traços getulistas das diretrizes sociais, tais como: direito aos trabalhadores, voto secreto e obrigatório aos maiores de 18 anos, direito de voto às mulheres e grande poder ao Governo Federal. Para o presente trabalho, destaca-se o que foi trazido no artigo 10, inciso II desta Constituição de 1934,<sup>26</sup> pois foi onde expressamente o Estado ficou incumbido de prezar pela saúde da sociedade com a seguinte redação:

---

<sup>24</sup> SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde**: efetivação de uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 43.

<sup>25</sup> Art. 179. “A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

[...]

XXIV. Nenhum genero de trabalho, de cultura, industria, ou commercio póde ser prohibido, uma vez que não se opponha aos costumes publicos, á segurança, e saude dos Cidadãos. IMPÉRIO DO BRAZIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brazil (de 25 de março de 1824)**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm)>. Acesso em: 09 maio 2017.

<sup>26</sup> Art 10 - Compete concorrentemente à União e aos Estados:

[...]

II - cuidar da saúde e assistência públicas. ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm)>. Acesso em: 09 maio 2017.

Contudo, a Constituição outorgada de 1937 apenas previa a competência da União em legislar sobre saúde, não prevendo-a como direito social.<sup>27</sup>

O mesmo ocorreu com a Constituição de 1946, que delegava competência para União legislar sobre saúde, mas que não era expressamente um direito social.<sup>28</sup>

Importante agora fazer referência à Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que fora um marco significativo quanto à saúde no mundo, pois em seu artigo 25, item 1, prevê que toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe saúde, dentre outros direitos.<sup>29</sup>

Mesmo após o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Brasil sendo um signatário desta, a Constituição da República de 1967 não avançou na questão concernente à saúde pública no país. Houve apenas menção em seu artigo 8º, inciso XVII, alínea “c”, que cabia à União legislar sobre defesa e proteção da saúde.

Apenas com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a chamada Constituição cidadã, é que o tema saúde foi de vez positivado. No artigo 6º, onde passa a tratar dos direitos sociais, a saúde é elencada como um destes. Ainda, para demonstrar a importância deste direito social, a saúde é expressamente destacada no artigo 196.<sup>30</sup>

Neste diapasão, verifica-se que além de demonstrada que a saúde é um direito de todos é, também, um dever do Estado provê-la em prol dos cidadãos, mediante políticas sociais que visem reduzir os índices de doenças, ou seja, uma

---

<sup>27</sup> ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm)>. Acesso em: 09 maio 2017.

<sup>28</sup> ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm)>. Acesso em: 09 maio 2017.

<sup>29</sup> Artigo XXV. “1. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle”. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração universal dos direitos humanos. (1948)**. São Paulo: Procuradoria Geral do Estado, [2017]. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/2decla.htm>>. Acesso em: 05 maio 2017.

<sup>30</sup> Art. 196. “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 09 maio 2017.

política sanitária eficiente como medida de proteção, além de acesso universal e igualitário para proteção e recuperação de quem for acometido a algum tipo de doença.

Em análise da própria Declaração dos Direitos Humanos de 1948, resta claro o atraso constitucional no Brasil referente às políticas de saúde e como este direito social demorou a ser regulado no país.

### **3.1.3 Classificação jurídica do direito à saúde**

Para melhor compreensão do direito à saúde previsto na Constituição de 1988, importante é a sua classificação jurídica. Tal direito fundamental está expressamente elencado no Título VIII, Capítulo II, Seção II da Constituição da República, onde é tratada a ordem social que tem como um de seus objetivos o bem-estar social.

Há, também, no Título II, onde previstos direitos e garantias fundamentais.

Portanto, a saúde é um direito fundamental da pessoa e é dever do Estado prover os meios para que todo cidadão possa usufruir deste direito. Deste modo, “[...] se trata de situações sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem sobrevive.”<sup>31</sup>

Sendo a saúde um direito fundamental, é de grande importância mencionar que se o indivíduo não puder exercer este direito social, terá ameaçado seu direito maior individual que é a vida. Sendo assim, trata-se de um direito indisponível e que a todos deve atingir.

Os direitos sociais enquadram-se como direitos fundamentais de segunda geração criados em meados do século XX. Como leciona Bonavides,<sup>32</sup> “[...] são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades.”

Quanto à aplicação das normas definidoras dos direitos fundamentais, esta é imediata. Então, vale mencionar que para os cidadãos exercerem seus direitos sociais fundamentais não é necessária a elaboração posterior de Lei específica,

---

<sup>31</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 182.

<sup>32</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 582.

cabendo apenas cobrar do Estado o que lhe é de direito. Esta é a redação do artigo 5º, parágrafo primeiro.<sup>33</sup>

Como a saúde é direito fundamental e cabe ao Estado provê-la, pode-se dizer que sua aplicação é imediata.

Os direitos sociais são poderes de exigir e não de agir como os direitos individuais. Alega Martins Neto:<sup>34</sup> “Têm como sujeito passivo o Estado, e seu objeto é, tipicamente, a prestação de um serviço escolar, ou uma prestação em dinheiro, como no caso do seguro-desemprego.”

Para finalizar o argumento de que é um direito fundamental, a Lei 8.080/90, em seu artigo 2º menciona de forma incontestável que a saúde é um direito fundamental e que é dever do Estado prover as condições para seu exercício.<sup>35</sup>

A saúde, além de ser um direito social é, também, um direito difuso. O é, pois não há forma plausível de se identificar quem são os titulares deste direito uma vez que garantido é a toda sociedade, sem distinção; Por isto, o Estado deve garantir seu acesso a todos.

Para ilustrar a importância do direito à saúde, com o advento do Código de Defesa do Consumidor assegurou-se, dentre outros direitos, que todos os consumidores terão proteção à saúde contra riscos provocados no fornecimento de serviços considerados perigosos ou nocivos.<sup>36</sup>

Para ocorrer a efetivação do direito à saúde, deve-se primeiro verificar se há um direito público subjetivo por força do artigo 196 da Constituição da República. Em havendo este direito, fica obrigado o Estado, sem que haja Lei posterior, de prestar assistência no que tange à saúde.

---

<sup>33</sup> Art. 5º “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 09 maio 2017.

<sup>34</sup> MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais: conceito, função e tipos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 175.

<sup>35</sup> BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm)>. Acesso em: 16 maio 2017.

<sup>36</sup> Art. 6º “São direitos básicos do consumidor:

I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos”. BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm)>. Acesso em: 16 maio 2017.

Por força do conteúdo já aventado até aqui, pode-se afirmar que a saúde é direito fundamental e, portanto, autoaplicável e de eficácia imediata, devendo as políticas de saúde ser executadas em primeiro plano e, posteriormente, caso não lhe seja concedido este direito por inércia estatal, via processo judicial.

Esta assistência à saúde, nas palavras de Schwartz,<sup>37</sup> “deve ser interpretada como um direito público subjetivo oponível contra o Estado, sempre: que o bem da vida esteja em jogo no caso concreto.”

Quando tiver o indivíduo seu direito à saúde não prestado por inércia do Estado, deverá esse socorrer-se à tutela jurisdicional para que possa ter atendida sua necessidade básica que é a saúde, sem que lhe comprometa seu sustento ou de sua família.

A ideia principal deste subcapítulo é identificar, portanto, que a saúde é um direito público subjetivo do Estado para que possa o cidadão, no caso de não cumprimento deste direito, buscar a tutela jurisdicional e ter resguardado o bem maior que é a vida.

### 3.1.4 O direito à saúde e a seguridade social

Previsto no artigo 196 da Constituição da República, a saúde é direito fundamental e um dever do Estado de prover por meio de políticas sociais e econômicas.<sup>38</sup>

Juntamente com a previdência social e a assistência social, a saúde compõe o conjunto o qual deve ser propiciado a todos, a seguridade social. Assim está definido no artigo 194 da Constituição da República.<sup>39</sup>

Conforme parágrafo único do supracitado artigo, a seguridade social será organizada por meio de Lei seguindo determinadas diretrizes. Referida Lei é a de nº

---

<sup>37</sup> SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde**: efetivação de uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 57.

<sup>38</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 09 maio 2017.

<sup>39</sup> Art. 194. “A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 09 maio 2017.

8.212/91,<sup>40</sup> que regulou, seguindo os ditames da Constituição da República, a seguridade social. Conforme Balera:<sup>41</sup> “Do ponto de vista especificamente jurídico, pode-se dizer que o sistema de seguridade social é instrumento de realização da justiça social.” A seguridade social busca, por meio de políticas sociais, atender necessidades básicas da sociedade.

O objetivo da seguridade social deve ser associado ao objetivo da Ordem Social, podendo, também, assemelhar-se ao objetivo da Ordem Econômica. Busca-se sempre a justiça social, cuja conceituação torna-se necessária para melhor compreensão dos argumentos a serem expostos no presente trabalho.

Definições a propósito vêm do século XIX, formuladas por discípulos de São Tomás de Aquino que, seguindo o pensamento deste filósofo e religioso, buscaram conceituar a ideia de justiça social.

Assim, em uma sociedade democrática todos os indivíduos possuem dignidade e importância sem distinção. Portanto, possuem direitos e deveres não apenas em aspectos econômicos, mas também em relação à saúde, educação, justiça, liberdade e educação. Deste modo, a justiça social como o objetivo da Ordem Social e da própria seguridade social nesta inserida, é poder dar direitos e deveres a todos sem distinção alguma.

Mas, para que se tenha acesso aos três direitos relativos à seguridade social, deve-se contribuir para isto, ou seja, alguém financia os custos advindos deste “seguro”, à exceção da assistência social que é assegurado a todos independentemente de contribuição social, conforme artigo 5º da Lei 8.212/91.<sup>42</sup>

A seguridade social será financiada pela sociedade, mediante recursos provenientes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios e de contribuições

---

<sup>40</sup> BRASIL. **Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8212cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm)>. Acesso em: 16 maio 2017.

<sup>41</sup> BALERA, Wagner. **Sistema de seguridade social**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2003. p. 18.

<sup>42</sup> BRASIL. **Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8212cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm)>. Acesso em: 16 maio 2017.

sociais, conforme preleciona os artigos 195<sup>43</sup> da Constituição da República e 10 da Lei 8.212/91.<sup>44</sup>

Com base no artigo 194,<sup>45</sup> parágrafo único, da Constituição da República, a seguridade social se organiza com os seguintes objetivos:

- I - universalidade da cobertura e do atendimento;
- II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;
- III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;
- IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;
- V - eqüidade na forma de participação no custeio;
- VI - diversidade da base de financiamento [...];
- VII - caráter democrático e descentralizado da administração [...].

Fica evidente que a seguridade social é suportada por toda a sociedade, através de contribuições sociais, receita tributária, receita de concursos de prognósticos – concurso de sorteio de números, símbolos, loterias etc - e, do importador de bens ou serviços do exterior.

Com intuito de garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, a Constituição de 1988, em seu artigo 195, parágrafo 4º, decretou que Lei poderá instituir outras fontes de custeio, obedecido o disposto no artigo 154, inciso do mesmo diploma legal.<sup>46</sup>

Portanto, poderá a União instituir novos impostos para financiar a seguridade social, mas conforme o artigo 154,<sup>47</sup> inciso da CR/88, isto deverá ser mediante Lei

---

<sup>43</sup> Art. 195. “A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:[...]”. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 09 maio 2017.

<sup>44</sup> Art. 10. “A Seguridade Social será financiada por toda sociedade, de forma direta e indireta, nos termos do art. 195 da Constituição Federal e desta Lei, mediante recursos provenientes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de contribuições sociais”. BRASIL. **Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8212cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm)>. Acesso em: 16 maio 2017.

<sup>45</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 09 maio 2017.

<sup>46</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 09 maio 2017.

<sup>47</sup> Art. 154. “A União poderá instituir:

I - mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição”. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 09 maio 2017.

Complementar, não podendo ser um imposto previsto anteriormente, que não seja cumulativo e não tenha fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados na Constituição.

### 3.1.5 O direito à saúde na legislação brasileira

Conforme demonstrado no item 3.1.2 do presente trabalho, a Constituição da República de 1988 foi a primeira a positivizar o direito à saúde no ordenamento jurídico pátrio.

As constituições que não foram omissas quanto ao direito à saúde, limitaram-se apenas em prever que a União possuía competência para legislar sobre saúde.

Por força do artigo 196<sup>48</sup> da Constituição da República de 1988, a saúde é um direito universal e que deve ser obrigatoriamente garantido pelo Estado, através de políticas sociais e econômicas objetivando, acima de tudo, reduzir o risco de doenças e outros agravos, além de garantir o acesso universal e igualitário das ações e serviços de saúde.

Em suma, as políticas de saúde a qual o Estado se submete, devem ter caráter preventivo e os serviços à saúde a todos atingir. As ações e serviços públicos de saúde prestados pelo Estado devem se dar por meio de uma rede regionalizada e hierarquizada constituindo, assim, um único sistema, qual seja, o Sistema Único de Saúde, conforme descrito no artigo 198 da CF/88.<sup>49</sup>

Este sistema deve, obrigatoriamente, seguir as diretrizes de descentralização, com direção única em cada esfera de governo; atendimento integral, com prioridade para atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais e participação da comunidade, conforme trata o artigo 7º da Lei 8.080/90<sup>50</sup> que será tratado adiante.

---

<sup>48</sup> Art. 196. “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 09 maio 2017.

<sup>49</sup> 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”. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 09 maio 2017.

<sup>50</sup> BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm)>. Acesso em: 16 maio 2017

Ainda, a Lei Orgânica de Saúde (Lei nº 8.080/90), que trata no título II apenas do Sistema Único de Saúde, traz objetivos deste sistema, sendo eles, em síntese, identificar fatores determinantes da saúde, formular políticas sociais a fim de promover a redução de riscos à saúde e assistência às pessoas por intermédio de ações integradas.<sup>51</sup>

A Constituição pátria de 1988 inovou e muito ao dar possibilidade à iniciativa privada de prestar assistência à saúde de forma complementar ou suplementar. Essa previsão é expressa no artigo 199<sup>52</sup> ao mencionar que a assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

Podem instituições privadas participar de forma complementar do Sistema Único de Saúde, preferencialmente por entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos. Por fazer parte da rede pública, são disciplinadas pela Lei 8.080 de 1990, a partir do título III<sup>53</sup> que trata dos serviços privados de assistência à saúde.

A prestação de serviços de saúde por rede particular pode, também, ser disponibilizada de forma adicional e facultativa aos serviços prestados pelo Estado, caracterizando, assim, uma forma suplementar de serviço à saúde.

Portanto, como leciona Figueiredo,<sup>54</sup> “[...] trata-se de atividade econômica em sentido estrito, regida por princípios e regras de direito privado.”

O sistema de saúde suplementar não é novidade no Brasil, porém, sua regulamentação só se deu em 1998, com a edição da Lei n. 9.656,<sup>55</sup> que regulamenta os Planos de Saúde.

Sem exaurir o tema, necessária é a compreensão básica do que é o direito à saúde suplementar, e aqui se colaciona uma definição detalhada dada por Figueiredo,<sup>56</sup> como sendo:

---

<sup>51</sup> BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm)>. Acesso em: 16 maio 2017.

<sup>52</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 09 maio 2017.

<sup>53</sup> BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm)>. Acesso em: 16 maio 2017.

<sup>54</sup> FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de direito de saúde suplementar**: manual jurídico de planos e seguros de saúde. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

<sup>55</sup> BRASIL. **Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998**. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9656.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9656.htm)>. Acesso em: 24 abr. 2017.

<sup>56</sup> FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de direito de saúde suplementar**: manual jurídico de planos e seguros de saúde. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 07.

O sub-ramo do direito econômico que disciplina tanto em caráter técnico, quanto em caráter financeiro, a atividade de prestação coletiva, empresarial ou liberal de assistência privada à saúde, bem como as relações jurídicas entre todos os segmentos sociais envolvidos no respectivo setor, a saber, governo, operadoras de mercado, prestadores de serviços médicos e consumidores, sob o jugo da regulação estatal.

A existência destes serviços privados se deve a previsão do artigo 197 da Constituição da República<sup>57</sup> que, em suma, conferiu competência para sua execução às pessoas físicas ou jurídicas de direito privado. Por esta razão é que existe, no Brasil, serviços públicos e serviços privados de assistência à saúde.

Para o presente trabalho, dar-se-á foco ao sistema de saúde público e ao sistema de saúde privado, onde se enquadram os planos e seguros privados de assistência à saúde.

O serviço público de saúde é regulado pela Lei n. 8.080 de 1990, chamada Lei Orgânica de Saúde,<sup>58</sup> dispondo sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes.

Já os planos de saúde e seguros privados de assistência à saúde são regulados pela Lei n. 8.656 de 1998, que sofreu mudanças substanciais pela Medida Provisória nº 2.177-44 de 2001, a qual passou a dispor, dentre outros assuntos, quais coberturas devem ser prestadas aos beneficiários.

### 3.1.6 Efetivação do direito à saúde: vontade política e poder judiciário

Previsto no artigo 196 da Carta Maior de 1988,<sup>59</sup> o direito à saúde sofre com a ineficiência dos Poderes para ser colocado em prática, pois é direito dependente de vontade de implantação de políticas à altura dos problemas sanitários e da saúde

---

<sup>57</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 09 maio 2017.

<sup>58</sup> BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm)>. Acesso em: 16 maio 2017.

<sup>59</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 09 maio 2017.

pública. O Estado possui um dever de proteger e promover a saúde aos cidadãos que dela fazem direito.<sup>60</sup>

O Poder Executivo, a quem incumbe o papel de promover a saúde para a sociedade, não o faz por motivos alheios à vontade do povo. É responsável por fiscalizar e liberar verbas para investimentos sanitários e, como pontua Schwartz,<sup>61</sup> “[...] o que se verifica é que a saúde é deixada em segundo plano, em detrimento de outras opções que a vontade política julgue premente.”

Verifica-se que a saúde pública é deixada de lado por não ser tratada como prioridade, o que desrespeita a Constituição. Diante disso, pode surgir, por parte do cidadão a necessidade de socorrer-se ao Poder Judiciário, provocando a ação do Estado-juiz para, frente a urgência de seu caso, obter o acesso à saúde que lhe é seu por direito.

Destaca-se aqui, o Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 822.882, de Relatoria do Ministro Luis Roberto Barroso,<sup>62</sup> de 10 junho 2014, bem como o ARE 744.170-AgR, Rel. Min. Marco Aurélio<sup>63</sup> e AI 824.946-ED, Rel. Min. Dias Toffoli,<sup>64</sup> onde destacam que não pode o Estado se eximir de seus deveres de prestação à saúde sob pena de incorrer em comportamento inconstitucional e reprovável.

Importante destacar que o direito a saúde, a todos é devido e, portanto, não deveria depender da mera vontade política para ser posto em prática; como prioridade deve ser tratado, independentemente do que preconiza quem está no comando do Poder Executivo.

A Carta Constitucional de 1988 consagra o princípio da dignidade humana como um fundamento do Estado Democrático de Direito ao fazer constar no artigo

---

<sup>60</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 4.166.

<sup>61</sup> SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde**: efetivação de uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

<sup>62</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 822.882**, 1ª Turma. Agravante: Município de Uberaba. Agravado: Luzia Lopes Faria. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 10 de junho de 2014. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3972254>>. Acesso em: 11 jan. 2018.

<sup>63</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo nº 744.170**, 1ª Turma. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Caroline Borges Duarte (Representada por Kátia Martina Vieira Borges). Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 01 abril de 2014. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4393511>>. Acesso em: 11 jan. 2018.

<sup>64</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento nº 824.946**, 1ª Turma. Agravante: Estado do Rio Grande do Sul. Agravado: Alice Machado Guilherme. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, DF, 25 de junho 2013. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3980425>>. Acesso em: 11 jan. 2018.

1º, ou seja, o Estado existe em razão da pessoa,<sup>65</sup> e quando o indivíduo tem um direito fundamental tolhido, tal como o direito à saúde, o princípio supracitado sofre severa violação.

Se o ser humano necessita de saúde básica para viver com dignidade, não pode este direito ficar no campo da teoria, das promessas e da política. Quando este direito lhe é tolhido, deve o Poder Judiciário, quando provocado, apreciar tal pedido, como garantia e cumprimento dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente.<sup>66</sup>

O cidadão que tem necessidades relacionadas à saúde busca judicialmente, por vias de seu procurador constituído, acesso a um medicamento e/ou tratamento que lhe tenha sido negado ou, que por insuficiência de recursos, não lhe seja posto à disposição pelo Estado. Contra planos de assistência privada de saúde não é diferente.

Analisando o caso em concreto, o magistrado deverá proferir uma decisão favorável ou contrária. Normalmente, a decisão é proferida em caráter de urgência, pois é o direito à vida do cidadão que está sendo tutelado.

Nestes específicos casos, há necessidade de nomear perito médico para avaliar a real necessidade dos medicamentos ou tratamentos requeridos, para que possa o magistrado avaliar e, possivelmente, conceder.

Ocorre que por diversas vezes os pedidos formulados são para atender um problema individual, como o dos que buscam por tratamentos ou medicamentos não regulamentados pela ANVISA e que são de alto custo para o Estado.

Um caso emblemático, é o do Recurso Especial nº 1.378.707/RJ,<sup>67</sup> aqui adotado como exemplo. O caso em tela trata de um litígio envolvendo um plano de saúde e um beneficiário que, por meio do Poder Judiciário, requer que seu tratamento seja continuado em casa, ou seja, o “*home-care*”. Uma passagem do corpo do acórdão merece atenção, conforme segue: “Como o predisponente teve a possibilidade de pré-

---

<sup>65</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 249-259.

<sup>66</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

<sup>67</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 1.378.70-RJ (2013/0099511-2)**, Terceira Turma. Recorrente: OMINT Serviços de Saúde LTDA. Recorrido: Octávio Franzim Stipp; Agravante: OMINT Serviços de Saúde LTDA. Agravado: Octávio Franzim Stipp. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, DF, 26 de maio de 2015. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=45493724&num\\_registro=201300995112&data=20150615&tipo=5&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=45493724&num_registro=201300995112&data=20150615&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 10 jan. 2018.

estabelecer todo o conteúdo do contrato, as imprecisões, dúvidas e ambiguidades das cláusulas predispostas interpretam-se contrariamente aos seus interesses”.<sup>68</sup> Este fora o argumento utilizado para justificar a concessão do tratamento *home care*, sem, contudo, haver previsão contratual no caso em comento.

Isto se torna recorrente no Poder Judiciário que está sendo abarrotado de processos que visam o bem-estar individual e potencializam o mau investimento feito pelo Estado em saúde. Quem paga por isto é a sociedade em geral.

Por isto, tem-se falado cada vez mais em judicialização da saúde, pois todo e qualquer procedimento está sendo levado à análise do Poder Judiciário, até mesmo aqueles que o Estado concede aos cidadãos, porém, não houve consulta na esfera administrativa por parte de quem o requer e, por força constitucional, o Judiciário não pode olvidar-se ao caso. Além disso, em caráter de urgência, as medidas que são em geral satisfativas, são deferidas pelo magistrado sem a oitiva do ente público, mesmo que se demonstre posteriormente sua ineficácia. Contudo, os cofres públicos já foram onerados.<sup>69</sup>

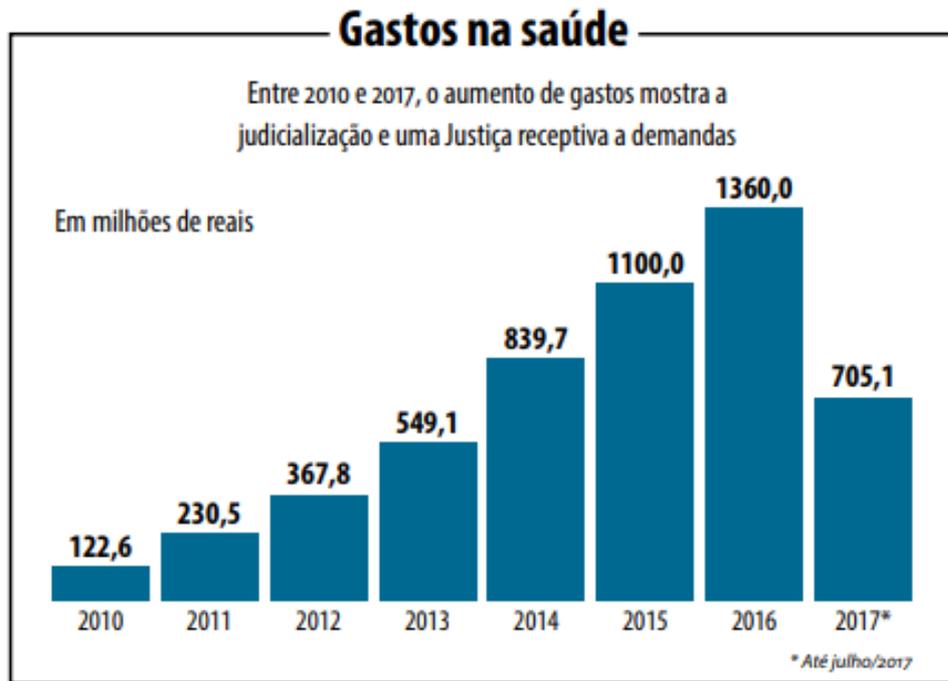
O Gráfico 2 se mostra preciso para ilustrar o cenário descrito, conforme traz os gastos (em milhões) de cada ano.

---

<sup>68</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 1.378.70-RJ (2013/0099511-2)**, Terceira Turma. Recorrente: OMINT Serviços de Saúde LTDA. Recorrido: Octávio Franzim Stipp; Agravante: OMINT Serviços de Saúde LTDA. Agravado: Octávio Franzim Stipp. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, DF, 26 de maio de 2015. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=45493724&num\\_registro=201300995112&data=20150615&tipo=5&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=45493724&num_registro=201300995112&data=20150615&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 10 jan. 2018.

<sup>69</sup> PACHECO, Pablo Viana; TEIXEIRA, Tatiana Cardoso. A judicialização do direito à saúde e o princípio da reversa do possível: necessidade de uma interpretação sistemática da Constituição. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, ano 14, n. 85, fev 2011. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-judicializacao-do-direito-a-saude-e-o-principio-da-reversa-do-possivel-necessidade-de-uma-interpretacao-sistemica-da-constituicao/#:~:text=0-%20judicializa%C3%A7%C3%A3o%20do%20direito%20%C3%A0%20sa%C3%BAde%20e%20o%20 princ%C3%ADpio%20da,uma%20interpreta%C3%A7%C3%A3o%20sistem%C3%A1tica%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o&text=3%20Participa%C3%A7%C3%A3o%20popular%20na%20formula%C3%A7%C3%A3o,das%20pol%C3%ADticas%20p%C3%BAblicas%20de%20sa%C3%BAde>>. Acesso em 19 dez. 2017.

Gráfico 2 – Gastos do governo federal com a compra de medicamentos por determinação judicial, 2010 à julho/2017



Fonte: Associação da Indústria Farmacêutica de Pesquisa (INTERFARMA) *apud* Oliveira<sup>70</sup>.

Neste sentido, vale ressaltar que não há interferência entre Poderes, uma vez que em casos como este, o Poder Judiciário está atuando de maneira a assegurar um direito fundamental – saúde pública – que deveria ser prestada pelo Estado. O que é diferente da esfera privada, pois o objeto da relação jurídica está contida no contrato.

A própria Constituição de 1988 garante a todos os cidadãos, no inciso XXXV do artigo 5º, que lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.<sup>71</sup> Este é o princípio da inafastabilidade da jurisdição. Vale mencionar que o princípio da harmonia dos Poderes não resta ferido, por estar o Poder Judiciário incumbido constitucionalmente de assegurar a todos os cidadãos o que lhes é de direito.

Não pode, portanto, o cidadão ser penalizado por negligência de quem tinha o dever de prestação do direito fundamental constitucionalmente previsto e não o

<sup>70</sup> OLIVEIRA, Nelson. País busca soluções para aumento de judicialização na saúde. **Senado Notícias**: especial cidadania, Brasília, DF, n. 634, 15 maio 2018. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/especial-cidadania/pais-busca-solucoes-para-aumento-de-judicializacao-na-saude>>. Acesso em: 20 maio 2018.

<sup>71</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 09 maio 2017.

cumpriu. Para estes casos, cabe ao cidadão provocar o Poder Judiciário e buscar, assim, que seu direito à saúde lhe seja assegurado.

### 3.2 A ASSISTÊNCIA PÚBLICA À SAÚDE X A ASSISTÊNCIA PRIVADA

Com a previsão expressa do direito à saúde à população, direito este garantido pelo Estado por meio do Sistema Único de Saúde, sendo este sistema de acesso universal, gratuito e integral, o próprio Estado mostrou-se “incapaz” de gerir de forma a atender toda população.

Ao mesmo tempo, abre oportunidade para a iniciativa privada poder atuar neste mercado com o fito de suprir necessidades essenciais da população, relacionadas à saúde.

Desta feita, necessário é distinguir as formas de acesso à saúde pela população e as diferenças existentes entre o sistema público e o sistema privado.

#### 3.2.1 A assistência pública à saúde

Dentro dos direitos sociais de segunda geração, o direito à saúde foi declinado ao Estado com o fito de gerir a crise social que se aninhava, intervindo diretamente nos serviços básicos essenciais à população. Busca-se o bem-estar social por intermédio de políticas públicas e sociais. Tais atos em prol da sociedade só se deram com o término da primeira grande guerra.

Como já mencionado, apenas em 1946 é que surgiu um conceito mundial de saúde por meio da Organização Mundial da Saúde – órgão especializado da ONU – que é o “[...] estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”.<sup>72</sup>

Somente com a Constituição da República de 1988 é que o direito à saúde ganhou status de direito social fundamental passando a ser realizado por meio de um sistema único de atendimento à população, o SUS – Sistema Único de Saúde, conforme será tratado a seguir.

---

<sup>72</sup> ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) - 1946**. São Paulo: USP, [2017?]. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

### 3.2.1.1 Sistema Único de Saúde

De forma expressa a Carta Constitucional de 1988 elaborou um sistema único de prestações de serviço à saúde público, delimitando as diretrizes, princípios e competências, conforme artigo 198.<sup>73</sup>

Ainda, a Lei 8.080/90, a chamada Lei Orgânica de Saúde, rege o Sistema Único de Saúde sob os ditames da própria Constituição da República, dispondo sobre todas as regras às quais seguirão os serviços do SUS.<sup>74</sup>

Portanto, constituem o Sistema Único de Saúde as ações e os serviços prestados por instituições dos entes federativos e por eles mantidos. Já o parágrafo 2º do supracitado artigo indica que poderá a iniciativa privada participar dos serviços públicos de assistência à saúde, em caráter complementar.<sup>75</sup> Quem o pode fazer são instituições privadas que serão regidas pelas diretrizes e princípios do Sistema Único de Saúde, dando-se preferência às que não têm escopo lucrativo. Serrano<sup>76</sup> afirma que

A regulamentação da Lei 8.080/90 só veio a se efetivar em 28 de junho de 2011, por meio do Decreto 7.508, que dispõe de forma detalhada sobre a organização do Sistema Único de Saúde – SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa.

Evidente a demora que ocorrera em regulamentar a Lei Orgânica de Saúde; contudo, houve alguns acréscimos peculiares, como tratamento diferenciado aos

---

<sup>73</sup> 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”. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 09 maio 2017.

<sup>74</sup> BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm)>. Acesso em: 16 maio 2017.

<sup>75</sup> BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm)>. Acesso em: 16 maio 2017.

<sup>76</sup> SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. **O Sistema Único de Saúde e suas diretrizes constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2012. p. 122.

indígenas. Há, também, ênfase no acesso universal à saúde e equidade e integralidade em sua prestação.

Com base na análise do artigo 198 da Constituição da República,<sup>77</sup> pode-se verificar as características impostas ao Sistema Único de Saúde, tais como, uma rede regionalizada e hierarquizada de prestação de serviços constituindo, assim, um único sistema.

Passando a trata-los individualmente, tem-se que o sistema é único, uma vez que o Estado unificou atividades assistencialistas e sanitárias com escopo de interligar os serviços e dar eficiência, ao menos no campo da ideia, ao sistema.

Quanto à hierarquização do sistema, é um objetivo de otimizar os recursos públicos, pois os atendimentos são elencados conforme o nível de complexidade que possuem. Por exemplo, os atendimentos menos complexos são mais baratos, porém, possuem uma grande demanda. Já os atendimentos mais complexos têm um alto custo e sua demanda é menor.<sup>78</sup>

Significa, basicamente, que os usuários do Sistema Único de Saúde deverão, primeiramente, passar por uma espécie de “triagem”, a fim de verificar o seu problema e, caso necessário, passar aos serviços de atendimentos superiores que, em tese, são especializados em determinados tratamentos.

A rede pública de prestações de serviços à saúde tem sua organização de forma regionalizada, com objetivo de atender melhor todo o território brasileiro que possui dimensões continentais. Isto mostra que em cada ente federativo da União, o serviço será prestado de acordo com os costumes da região e seguindo a cultura da sociedade da região.

O Sistema Único de Saúde pode, ainda, ter assistência da iniciativa privada que a prestará de forma complementar ao sistema público. Estas instituições devem seguir as diretrizes daquele, mediante contrato ou convênio, e com preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos, tudo conforme artigo 199, parágrafo primeiro,<sup>79</sup> da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

---

<sup>77</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 09 maio 2017.

<sup>78</sup> SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. **O Sistema Único de Saúde e suas diretrizes constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2012. p. 140.

<sup>79</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 09 maio 2017.

A Lei Orgânica de Saúde nº 8.080 de 1990, em seu artigo 7º,<sup>80</sup> definiu que o Sistema Único de Saúde deve seguir as diretrizes instituídas na CR/88 e, também, elenca um rol taxativo de princípios a serem obedecidos, que serão tratados no subitem seguinte.

### 3.2.1.2 Princípios informadores

Além de definir e regular as ações e serviços relacionados à saúde, a Lei 8.080/90 elenca os princípios informadores que o sistema deverá obedecer na efetivação do serviço prestado à sociedade.

Devem os serviços públicos e privados de saúde, segundo a norma supramencionada, garantir: a universalidade de acesso; integralidade de assistência; preservação da autonomia das pessoas; igualdade da assistência à saúde; direito à informação; divulgação de informações; estabelecimento de prioridades; participação da comunidade; descentralização; integração; conjugação dos recursos; capacidade de resolução dos serviços e organização dos serviços.

Para o presente trabalho, entretanto, mostra-se de maior relevância o estudo dos princípios que serão a seguir tratados, conforme extrai-se da redação dos incisos I, II e IV do artigo 7º da Lei 8.080/90.<sup>81</sup>

Quanto à *universalidade de acesso*, deve ser entendida como o acesso aos serviços de saúde por todos os cidadãos e em todos os níveis que poderão ser prestados, seja na prevenção ou cura, serão prestados de forma individual e coletiva, nos procedimentos de baixa, média e alta complexidade.

---

<sup>80</sup> BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm)>. Acesso em: 16 maio 2017.

<sup>81</sup> Art. 7º “As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:  
I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;  
II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;  
IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie”. BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm)>. Acesso em: 16 maio 2017.

Com características e princípios próprios, a saúde tem caráter universal e igualitário, devendo ser prestada a todos sem discriminação por poder aquisitivo ou por quantidade contributiva do cidadão ao Poder Público, pois o sistema não foi criado para atender a população carente ou a quem contribua de fato com a seguridade social, mas sim para prover saúde à população de um modo geral.

No tocante à *integralidade de assistência*, compreende-se em demonstrar que o sistema público deve considerar as particularidades de cada caso, atendendo às necessidades de cada um, mesmo que em sua minoria. Portanto, almejada é a assistência de forma especializada para cada nível de complexidade dos usuários, devendo ser prestada de forma cabal.

Desta maneira, conforme Serrano,<sup>82</sup> a “[...] assistência integral implica necessariamente o manejo de todos os recursos para a preservação ou restauração de tal estado de saúde.” Enfim, integrais devem ser tanto as atividades que visam a prevenção como as que objetivam a cura do enfermo, seja qual for o grau de complexidade.

Por fim, destaca-se a *igualdade da assistência à saúde*, onde todos têm o direito de ser atendidos sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie, pois se a todos é garantido o direito à saúde, não pode haver distinção no atendimento em função de religião, cor ou poder aquisitivo.

Em suma, a todos é garantido o direito à saúde e é dever do Estado prestá-la de forma igualitária e integral para que não haja privilégios a alguns em detrimento de outros. Sabido é que este sistema não atinge a perfeição preterida e que estes princípios não são seguidos à risca, mas o estudo destes se faz necessário para futuros esclarecimentos acerca do tema tratado neste trabalho.

### 3.2.1.3 Fontes de financiamento

Como o direito fundamental à saúde está integrado ao conjunto de ações de iniciativa do Poder Público, por consequência, faz parte da seguridade social e para definir suas fontes de custeio, deve obedecer a princípios elencados no artigo 194 da Constituição da República de 1988.<sup>83</sup>

---

<sup>82</sup> SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. **O Sistema Único de Saúde e suas diretrizes constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2012.

<sup>83</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 09 maio 2017.

Dentre outras previsões enumeradas naquele artigo, encontra-se no inciso “V” do parágrafo único o que interessa a este tema, que é a diversidade da base de financiamento; portanto, há um aumento no financiamento para se ter uma garantia de aplicação dos recursos.

Partindo disto, o artigo 198,<sup>84</sup> parágrafo primeiro do supramencionado diploma legal, que disciplina o direito à saúde, dita que “O sistema único de saúde será financiado, nos termos do artigo 195, com recursos do orçamento da seguridade social, União, Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.”

Deste modo, necessário analisar separadamente cada uma destas principais fontes de financiamento da saúde pública.

### 3.2.1.3.1 *Orçamento dos entes federados*

Dispõe a Constituição da República de 1988, em seu artigo 198, parágrafo segundo, que a União, Estados, Distrito Federal e os Municípios, deverão aplicar todo ano recursos mínimos relativos à saúde, derivados de aplicações de percentuais dos seus respectivos orçamentos.<sup>85</sup>

Vale mencionar que esta previsão só veio por meio da Emenda Constitucional n° 29 de 2000, sanando, assim, um problema quanto aos valores a serem investidos na saúde.<sup>86</sup>

A regulação efetiva deu-se pela entrada em vigor da Lei Complementar n° 141 de 2012,<sup>87</sup> a qual especificou a porcentagem mínima a ser investida em ações e serviços públicos de saúde.

---

<sup>84</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 09 maio 2017.

<sup>85</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 09 maio 2017.

<sup>86</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Emenda Constitucional nº 29, de 13 de setembro de 2000**. Altera os arts. 34, 35, 156, 160, 167 e 198 da Constituição Federal e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc29.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc29.htm)>. Acesso em: 09 maio 2017.

<sup>87</sup> BRASIL. **Lei complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012**. Regulamenta o § 3o do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo; revoga dispositivos das Leis nos 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.689, de 27 de julho de 1993; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp141.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp141.htm). Acesso em: 20 maio 2017.

Para a União, o montante a ser aplicado anualmente corresponde ao valor empenhado no exercício financeiro anterior, acrescido a este valor o percentual correspondente à variação nominal do Produto Interno Bruto do ano anterior ao da lei orçamentária anual. Caso a variação seja negativa, não poderá o valor se reduzido de um exercício financeiro para o outro. Esta regra está prevista no artigo 5º da supramencionada Lei Complementar.<sup>88</sup>

Já os Estados e o Distrito Federal, deverão aplicar anualmente nestes serviços no mínimo 12% da arrecadação dos impostos previstos no artigo 155 e dos recursos previstos no artigo 157, além dos contidos na alínea “a” do inciso “I” e o inciso “II” do artigo 159, os três da Constituição da República de 1988.<sup>89</sup>

Por fim, os Municípios e o Distrito Federal – aqui cabe mencionar que a verba destinada é proveniente dos impostos de competência dos municípios – deverão aplicar anualmente o montante mínimo de 15% da arrecadação dos impostos previstos no artigo 156 da CR/88, quais sejam, IPTU, ITBI e ISS; incidirá, também, sobre os recursos tratados no artigo 158 e a alínea “b” do inciso “I” do caput e parágrafo terceiro, todos da Constituição da República, conforme previsão do artigo 7º da Lei Complementar 141 de 2012.<sup>90</sup>

Estes, portanto, são os recursos mínimos que cada ente federativo deverá aplicar em ações e serviços relacionados à saúde.

---

<sup>88</sup> BRASIL. **Lei complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012**. Regulamenta o § 3º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo; revoga dispositivos das Leis nos 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.689, de 27 de julho de 1993; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp141.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp141.htm). Acesso em: 20 maio 2017.

<sup>89</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 09 maio 2017.

<sup>90</sup> BRASIL. **Lei complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012**. Regulamenta o § 3º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo; revoga dispositivos das Leis nos 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.689, de 27 de julho de 1993; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp141.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp141.htm). Acesso em: 20 maio 2017.

### 3.2.1.3.2 Da seguridade social

Ainda, o Sistema Único de Saúde é financiado por verbas oriundas do orçamento da Seguridade Social. Esta será financiada por toda a sociedade de forma direta e indireta, mediante recursos da União, Estados e Distrito Federal e Municípios. Além destas, será financiado por contribuições sociais e receitas oriundas de concursos de prognósticos.<sup>91-92</sup>

As regras acima estão contidas tanto na Constituição da República, no artigo 195, quanto na Lei de Organização da Seguridade Social, no seu artigo 10.

Como já mencionado no item 2.4 deste trabalho, a seguridade social divide-se em previdência social e assistência social e saúde. Deste modo, toda verba arrecadada pela seguridade social é dividida para atender todo sistema.

Modificado pela Emenda Constitucional nº 20 de 1998, o inciso XI do artigo 167 da Constituição da República proíbe a utilização dos recursos advindos das contribuições sociais do empregador que incidir sobre a folha salarial a quem lhe preste serviço e, das contribuições do trabalhador e demais segurados da previdência social, para fins diversos do pagamento de benefícios do regime geral de previdência social.<sup>93</sup>

Para a saúde, portanto, irão as contribuições que incidem sobre a receita ou faturamento do empregador, empresa ou entidade a ela equiparada e, sobre o lucro; há, também, a incidência sobre a receita de concursos de prognósticos e para o importador de bens ou serviços.

Sobre a receita ou faturamento, irá incidir a contribuição para financiamento da Seguridade Social – COFINS - que são devidas pelas pessoas jurídicas destinadas exclusivamente às despesas com atividades fins das áreas de saúde, previdência e assistência social, como preconiza o artigo 1º da Lei Complementar nº

---

<sup>91</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 09 maio 2017.

<sup>92</sup> BRASIL. **Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8212cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm)>. Acesso em: 16 maio 2017.

<sup>93</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998**. Modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc20.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc20.htm). Acesso em: 09 maio 2017.

70/91.<sup>94</sup> Ainda, há a incidência da contribuição para o Programa de Integração Social – PIS - instituído pela Lei Complementar nº 07/70.<sup>95</sup>

Em relação ao lucro das pessoas jurídicas, ficou instituída pela Lei nº 7.689/88, a contribuição social sobre o lucro das pessoas jurídicas que são destinadas ao financiamento da seguridade social, conforme artigo 1º da referida Lei.<sup>96</sup>

Outra contribuição para o financiamento da seguridade social, que deverá ser destinada à saúde, é a que incide sobre a receita de concursos de prognósticos previstos no artigo 26 da Lei 8.212/91,<sup>97</sup> onde parte da arrecadação de concursos de sorteio de números, loterias e apostas, serão repassadas à seguridade social.

Por fim, existe ainda a contribuição que incide sobre a importação de produtos e serviços estrangeiros que são executados no país ou, mesmo que executados no exterior, o resultado se verifique no País. Esta regra está contida no artigo 1º da Lei 10.865 de 2004.<sup>98</sup>

### 3.2.1.3.3 Outras fontes de custeio

Dentre as diversas receitas que o sistema único de saúde possui - as principais mencionadas no subitem anterior - a Lei nº 8.080 de 1990, em seu artigo 32, determina fontes de custeio diversas destinadas a financiar a seguridade social.

Art. 32. São considerados de outras fontes os recursos provenientes de:  
I - (Vetado)  
II - Serviços que possam ser prestados sem prejuízo da assistência à saúde;  
III - ajuda, contribuições, doações e donativos;

<sup>94</sup> BRASIL. **Lei complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991**. Institui contribuição para financiamento da Seguridade Social, eleva a alíquota da contribuição social sobre o lucro das instituições financeiras e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp70.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp70.htm)>. Acesso em: 16 maio 2017.

<sup>95</sup> BRASIL. **Lei complementar nº 7, de 7 de setembro de 1970**. Institui o Programa de Integração Social, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp07.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp07.htm)>. Acesso em: 16 maio 2017.

<sup>96</sup> BRASIL. **Lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1988**. Institui contribuição social sobre o lucro das pessoas jurídicas e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7689.htm)>. Acesso em: 16 maio 2017.

<sup>97</sup> BRASIL. **Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8212cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm)>. Acesso em: 16 maio 2017.

<sup>98</sup> BRASIL. **Lei nº 10.865, de 30 de abril de 2004**. Dispõe sobre a Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social incidentes sobre a importação de bens e serviços e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/l10.865.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.865.htm)>. Acesso em: 16 maio 2017.

- IV - alienações patrimoniais e rendimentos de capital;
- V - taxas, multas, emolumentos e preços públicos arrecadados no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS); e
- VI - rendas eventuais, inclusive comerciais e industriais.<sup>99</sup>

Ainda, o artigo 27 da Lei de Organização da Seguridade Social estabelece quais são as outras receitas da seguridade social:

Art. 27. Constituem outras receitas da Seguridade Social:

- I - as multas, a atualização monetária e os juros moratórios;
- II - a remuneração recebida por serviços de arrecadação, fiscalização e cobrança prestados a terceiros;
- III - as receitas provenientes de prestação de outros serviços e de fornecimento ou arrendamento de bens;
- IV - as demais receitas patrimoniais, industriais e financeiras;
- V - as doações, legados, subvenções e outras receitas eventuais;
- VI - 50% (cinquenta por cento) dos valores obtidos e aplicados na forma do parágrafo único do art. 243 da Constituição Federal;
- VII - 40% (quarenta por cento) do resultado dos leilões dos bens apreendidos pelo Departamento da Receita Federal;
- VIII - outras receitas previstas em legislação específica.

Parágrafo único. As companhias seguradoras que mantêm o seguro obrigatório de danos pessoais causados por veículos automotores de vias terrestres, de que trata a Lei nº 6.194, de dezembro de 1974, deverão repassar à Seguridade Social 50% (cinquenta por cento) do valor total do prêmio recolhido e destinado ao Sistema Único de Saúde-SUS, para custeio da assistência médico-hospitalar dos segurados vitimados em acidentes de trânsito.<sup>100</sup>

Faz-se importante destaque ao parágrafo único supramencionado o qual determina que 50% dos valores obtidos pela arrecadação dos seguros contra acidentes por veículos automotores terrestres deverão ser repassados à seguridade social, diretamente ao SUS, para custear os valores advindos de acidentes de trânsito sofrido por seus segurados.

Desta feita, fica demonstrado que as fontes de financiamento para a saúde pública são diversas para cobrir o princípio da universalidade de acesso. O financiamento para a seguridade social pode até ter sua base alargada, com diversas fontes de custeio, porém, o que se vê é que os recursos são mal aplicados e não cumprem, assim, seus princípios basilares.

<sup>99</sup> BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm)>. Acesso em: 16 maio 2017.

<sup>100</sup> BRASIL. **Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8212cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm)>. Acesso em: 16 maio 2017.

### 3.2.2 A assistência privada na Constituição de 1988

Como discorrido no capítulo anterior, a todos os cidadãos é garantido o direito à saúde, que deve ser prestado pelo Estado. Ainda, conforme artigo 197 da Constituição de 1988,<sup>101</sup> permitiu-se que este serviço fosse prestado por terceiros, pessoas físicas ou jurídicas de direito privado.

Resta inequívoca esta possibilidade por meio do artigo 199 da Constituição Federal de 1988, o qual preceitua que “A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.”<sup>102</sup>

A iniciativa privada referida no artigo poderá participar de forma complementar ao Sistema Único de Saúde obedecendo a diretrizes deste, nos moldes do artigo supracitado. Além disso, entidades privadas podem prestar serviços de assistência à saúde de forma suplementar custeadas por quem as contratar.

Deste modo, nota-se que os serviços prestados por particulares poderão ser caracterizados como assistência complementar ou suplementar à saúde, fazendo necessária sua distinção.

#### 3.2.2.1 Saúde complementar

O Sistema Único de Saúde será prestado de forma organizada e hierarquizada para que cumpra sua função social e será financiado pela sociedade através da seguridade social.

Quando da ineficiência ou indisponibilidade dos seus serviços, poderá o SUS, mediante convênio ou contrato público e visando suprir estas necessidades, recorrer à iniciativa privada para que o faça. Esse recurso disponibilizado ao Sistema Único de Saúde tem previsão expressa no artigo 199,<sup>103</sup> parágrafo primeiro da Constituição da República.

---

<sup>101</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 09 maio 2017.

<sup>102</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 09 maio 2017.

<sup>103</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 contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos”. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 09 maio 2017.

Participando de forma complementar, estas instituições privadas deverão obedecer às diretrizes do SUS elencadas no artigo 198 da CR/88, conforme estudado previamente.

Dar-se-á preferência às instituições sem fins lucrativos ou entidades filantrópicas mediante contrato ou convênio e seus diretores, proprietários ou administradores não poderão exercer cargo de chefia ou confiança no SUS. Isto é expressamente previsto nos artigos 24 e seguintes da Lei n° 8.080/90,<sup>104</sup> que regula as formas de promoção, proteção e recuperação da saúde pública.

As regras e diretrizes a serem seguidas pelas pessoas jurídicas de direito privado, que prestam assistência de forma complementar ao Sistema Único de Saúde, são as mesmas que regem o próprio SUS.

Portanto, não deve esta modalidade de iniciativa privada ser confundida com a forma suplementar de assistência à saúde que será tratada no item subsequente.

Destaca-se que a finalidade atribuída para o sistema complementar é a de que, caso o Estado não cumprisse seu dever de prestação universal, poderia recorrer à iniciativa privada.

### 3.2.2.2 Saúde suplementar

Resta inequívoca a possibilidade de prestação de serviços em saúde por particulares, nos termos do artigo 199 da CR de 1988, o qual preceitua que “A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.”<sup>105</sup>

Como já explanado, a iniciativa privada poderá participar de forma complementar ao Sistema Único de Saúde obedecendo a diretrizes deste. Terão preferência as entidades sem fins lucrativos e filantrópicas, tudo conforme dispõe parágrafo primeiro do artigo 199.<sup>106</sup>

Há, também, entidades privadas que podem prestar serviços de assistência à saúde de forma suplementar, porém, serão custeadas por particulares que a poderão contratar por livre vontade.

---

<sup>104</sup> BRASIL. **Lei n° 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm)>. Acesso em: 16 maio 2017.

<sup>105</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 09 maio 2017.

<sup>106</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 09 maio 2017.

Nota-se que os serviços prestados por particulares poderão ser caracterizados como assistência complementar ou suplementar à saúde. Para o presente estudo, manter-se-á o foco na saúde suplementar.

Deste modo, a prestação à saúde pode dar-se pela forma suplementar, conforme já exposto, qual seja, a que é feita por pessoas jurídicas de direito privado e financiadas por cidadãos que tenham interesse em contratá-las.

A Carta da República de 1988 prevê que a assistência à saúde dar-se-á por políticas públicas, sendo dever de o Estado prestá-la. Mas, a própria Carta Constitucional abre exceções para que empresas privadas possam prestar assistência à saúde. A exceção inserida é o artigo 199,<sup>107</sup> segundo o qual a assistência à saúde é livre à iniciativa privada, seja à pessoa física ou jurídica.

Portanto, além dos serviços prestados pelo Sistema Único de Saúde, particulares também poderão prestar serviços em prol da saúde. As pessoas jurídicas que poderão prestá-los são os hospitais, clínicas, cooperativas médicas, operadoras de plano de saúde de modo geral.

Os serviços serão prestados conforme contrato particular entabulado entre a pessoa jurídica e o beneficiário do serviço. Esta relação jurídica será regulada pelas normas de direito privado. Prestado de forma privada e particular, é acessível a todos àqueles que puder arcar financeiramente com os serviços postos à disposição de quem efetivamente os contratar.

Tais serviços serão prestados por operadoras de planos de saúde privados que se submetem ao crivo da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). As operadoras estão subordinadas à ANS para que haja controle na entrada e retirada de planos de saúde do sistema suplementar.

De fato isto é um expressivo avanço legislativo, posto que qualquer iniciativa clandestina ou irregular acabe por ser bloqueada. Outrossim, as responsabilidades quando do encerramento de operações restam resguardadas.<sup>108</sup>

Portanto, para que haja ingresso ou retirada de uma operadora do sistema de saúde suplementar é imprescindível que haja registro, autorização de funcionamento

---

<sup>107</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 09 maio 2017.

<sup>108</sup> ESMERALDI, Renata Maria Gil da Silva Lopes; LOPES, José Fernando da Silva. **Sistema suplementar de saúde**: anotações sistematizadas. São Paulo: Sincoomed, 2011. p. 40.

e autorização para encerramento de atividades, conforme artigo 8º da Lei 9.656/98.<sup>109</sup>

Resta claro que a assistência à saúde não é exclusividade do Estado, porém, trata-se de um direito fundamental de interesse social relevante e, quando prestados por entidade privada, deve submeter-se à fiscalização e controle do Poder Público.<sup>110</sup>

A suplementação da saúde é feita por particulares, sendo facultativo e opcional aderir ao contrato, com objetivo de ampliar o alcance dos serviços à saúde e suprir possíveis necessidades do sistema público.

Exemplo que se dá à saúde suplementar são as pessoas jurídicas que fornecem planos de saúde aos cidadãos que interesse têm em contratar. Estes planos de saúde são regulados pela Lei 9.656/98,<sup>111</sup> onde há previsão expressa do que os planos devem cobrir.

Somente no ano de 1998 é que as empresas que trabalhavam fornecendo planos de assistência à saúde foram reguladas e denominadas de Operadoras de Planos de Saúde, sendo a Lei 9.656/98 um marco no mercado de saúde suplementar.

Sofreu diversas modificações com o passar dos anos, mas a mais significativa foi com a Medida Provisória nº 2.177-44 de 2001 que alterou substancialmente a Lei que regula os Planos de Saúde. Introduziu diversas regras inovadoras e polêmicas, como obrigatoriedade do plano referência para cobrir todas as doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde; ressarcimento ao SUS quando beneficiário de plano privado de assistência à saúde utiliza-se do sistema público etc.<sup>112</sup>

---

<sup>109</sup> BRASIL. **Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998**. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9656.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9656.htm)>. Acesso em: 24 abr. 2017.

<sup>110</sup> Figueiredo traz uma esclarecedora definição de saúde suplementar: “Por saúde suplementar, destarte, entende-se o regime participativo do particular nos serviços de saúde, concomitantemente com os serviços públicos prestados pelo Estado, sob forma opcional e facultativa ao respectivo beneficiário, com o fim de ampliar o leque de serviços postos à disposição do cidadão, seja para servir de aditamento ou para suprir as deficiências do sistema público”. FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de direito de saúde suplementar**: manual jurídico de planos e seguros de saúde. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 98.

<sup>111</sup> BRASIL. **Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998**. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9656.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9656.htm)>. Acesso em: 24 abr. 2017.

<sup>112</sup> BRASIL. **Medida provisória nº 2.177-44, de 24 de agosto de 2001**. Altera a Lei no 9.656, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos privados de assistência à saúde e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/MPV/2177-44.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/2177-44.htm)>. Acesso em: 09 maio 2017.

Com a previsão constitucional de assistência privada à saúde, esta pode ser prestada, inclusive, por empresas particulares com finalidade lucrativa. Assim, além dos serviços a que todos têm direito, quem quiser um atendimento e prestação diferenciados poderá contratá-los com a rede particular.

O indivíduo que almejar a assistência privada à saúde deverá pagar pelos serviços prestados efetivamente pela pessoa física ou, no caso de uma operadora de planos de saúde, pagar conforme previsão contratual.

Tais serviços podem ser diretamente contratados com o ente privado prestador do atendimento médico, ou com entidade que lhe garanta atendimento preferencial em rede médica credenciada, com cobertura do respectivo ônus financeiro, mediante pagamento de contribuição pecuniária periódica, nos termos de contrato previamente estabelecido entre as partes, caracterizando a suplementação dos serviços de saúde pelo particular.<sup>113</sup>

Trata-se de claro exemplo de atividade econômica, uma vez que não é executada pelo Estado, seja por concessão, permissão ou diretamente. Portanto, o sistema suplementar à saúde será financiado pelo contratante do serviço, o qual será prestado por uma pessoa jurídica ou física, e esta relação será regulada pelas normas de direito privado.

Não há que se observar os princípios constitucionais da universalidade, pois apenas quem o contratar poderá usufruir do serviço, tampouco da integralidade, uma vez que o contratante só terá direito aos serviços previstos contratualmente.

Deste modo, não tendo o contratante direito a um serviço integral de forma gratuita, o objeto da relação jurídica da assistência à saúde privada é somente a assistência à saúde prevista contratualmente.

Tendo como base a utilização contratual para utilização dos serviços colocados à disposição da sociedade pelos planos de saúde, princípios inerentes aos contratos devem ser observados. A partir do momento que o contrato é observado, salvo os casos de claro abuso, as operadoras de plano de saúde terão segurança jurídica para atuar no mercado, os consumidores serão respeitados, e os órgãos reguladores/fiscalizadores terão suas normas devidamente cumpridas.

---

<sup>113</sup> FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de direito de saúde suplementar**: manual jurídico de planos e seguros de saúde. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 98.

### 3.2.2.3 Operadoras de planos privados de assistência à saúde

Segundo disposição do artigo 1º, inciso I, da Lei nº 9.656 de 1998,<sup>114</sup> plano privado de assistência à saúde pode ser compreendido como uma prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais, visando a assistência médica, hospitalar ou odontológica. Qualquer atividade que se diferencie de atividade exclusivamente financeira será regulada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, como se verifica no parágrafo primeiro do referido artigo.

§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.<sup>115</sup>

Objetivando regulamentar a segmentação do mercado de assistência privada à saúde, a Agência Nacional de Saúde Suplementar editou a RDC nº 39 de 27 de outubro de 2000,<sup>116</sup> a qual definiu a classificação das Operadoras de Planos Privados de Assistência à Saúde, encontrando-se atualmente no mercado as administradoras, cooperativas médicas e odontológicas, seguradoras, medicina de grupo, odontologia de grupo e filantropia.

*Administradoras:* empresas que administram planos ou serviços de assistência à saúde, em que não assumem o risco decorrente da operação do plano

---

<sup>114</sup> BRASIL. **Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998**. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19656.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19656.htm)>. Acesso em: 24 abr. 2017.

<sup>115</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 09 maio 2017.

<sup>116</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (ANS). **Resolução de Diretoria Colegiada – RDC nº 39, de 27 de outubro de 2000**. Dispõe sobre a definição, a segmentação e a classificação das Operadoras de Planos de Assistência à Saúde. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=PDFOriginal&format=raw&id=Mzgw>>. Acesso em: 16 maio 2017.

de saúde. Preceitua Figueiredo<sup>117</sup> “O risco de suportar a variabilidade do valor da remuneração do consumo dos serviços persiste como responsabilidade da empresa patrocinadora.”

*Cooperativas médicas e odontológicas:* são sociedades cooperativas sem fins lucrativos que, composta por pessoas físicas que se unem com obrigação de contribuir com bens ou serviços de proveito em comum, que operam planos privados de assistência à saúde. O conceito está contido no artigo 3º da Lei nº 5.764<sup>118</sup> de 1971.

*Autogestão:* caracterizam-se por ser um sistema fechado com público específico.

A autogestão em assistência à saúde é o sistema no qual a própria empresa ou outro tipo de organização institui e administra, sem finalidade lucrativa, o programa de assistência à saúde de seus beneficiários, reduzindo os gastos decorrentes com a intermediação das empresas de plano de saúde do mercado.<sup>119</sup>

Deste modo, é possível concluir que o sistema de autogestão tem caráter assistencial em razão de não possui caráter econômico e não estar ligado diretamente ao mercado de planos de saúde.

*Filantropia:* são operadoras que não tem finalidade lucrativa, mas que são caracterizadas pelas doações a outrem. São entidades “[...] que operam produtos de assistência à saúde e tenham obtido certificado de entidade filantrópica junto ao Conselho Nacional de Assistência Social – CNAS e declaração de utilidade pública.”<sup>120</sup>

*Medicina de grupo:* é caracterizado por ser um sistema de atendimento composto por serviços próprios e credenciados, atendendo a empresas com planos coletivos, ou planos individuais e, ainda, planos familiares.

*Odontologia de grupo:* empresas ou entidades que operam exclusivamente planos odontológicos que não se enquadram como cooperativas odontológicas.

*Seguradoras:* diferenciam-se dos planos de saúde por ter uma única finalidade, qual seja, o reembolso das despesas que o segurado teve. Não se

<sup>117</sup> FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de direito de saúde suplementar:** manual jurídico de planos e seguros de saúde. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 273.

<sup>118</sup> BRASIL. **Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971.** Define a política nacional de Cooperativismo. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5764.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5764.htm)>. Acesso em: 16 maio 2017.

<sup>119</sup> FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de direito de saúde suplementar:** manual jurídico de planos e seguros de saúde. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 290.

<sup>120</sup> FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de direito de saúde suplementar:** manual jurídico de planos e seguros de saúde. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 292.

antecipam os gastos. Será reembolsado o segurado conforme previsão contratual e de acordo com suas necessidades.

Os planos de saúde oferecidos por todas estas operadoras de planos privados informados acima, são oferecidos de maneira livre e espontânea a quem efetivamente quiser contratar o plano gerando, assim, direitos aos serviços de assistência à saúde por seus beneficiários ou segurados.

### 3.3 CONTRATOS E SAÚDE SUPLEMENTAR

Contrato nada mais é do que um instrumento de garantia de troca de bens ou serviços. Nas palavras de Timm e Guarisse,<sup>121</sup> é inviável que cada pessoa produza tudo o que é necessário para sua sobrevivência, daí porque existem os contratos, pois nenhum homem é autossuficiente.

Quando contratos são questionados judicialmente ou administrativamente, muito se fala na função social que o contrato deve preservar ao ser entabulado entre as partes. Porém, divergências sobre a aplicação e interpretação deste princípio não são raras.

Duas interpretações serão aqui abordadas. A primeira inserida no modelo “solidarista” ou constitucional do contrato; e, de outro lado, sob a ótica da análise econômica do direito, ou seja, a função social do contrato dentro da economia de mercado.

Acerca do modelo “solidarista” a função social do contrato tem como escopo contrabalancear uma possível desigualdade social havida na celebração deste, em que não importa os resultados no sistema econômico onde está inserido.<sup>122</sup>

Gagliano e Pamplona Filho, citando Arnoldo Wald, em uma busca para delimitar a definição da função social do contrato, traz que do momento em que a Constituição da República entendeu que a propriedade deveria atender uma função social, este princípio se estenderia, também, aos contratos.<sup>123</sup>

<sup>121</sup> TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. Análise econômica dos contratos. In: TIMM, Luciano Benetti (Org). **Direito e economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

<sup>122</sup> TIMM, Luciano Benetti. Direito, economia, e a função social do contrato: em busca dos verdadeiros interesses coletivos protegíveis no mercado do crédito. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, v. 9, n. 33, p. 20, jul./set. 2006.

<sup>123</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 4: contratos, t. 1: teoria geral, p. 94.

Indo adiante, Nery Júnior<sup>124</sup> traz, além do conceito de Miguel Reale – aquele da função social da propriedade, o calcado no “[...] fundamento da República do valor social da livre iniciativa (CF. 1º IV)”, citando Antônio Junqueira de Azevedo.

Ademais, Loureiro faz menção sobre o *dirigismo contratual* ou da *publicização do contrato*, em que se faculta ao Estado a interferência em relações contratuais tidas como exageradamente desvantajosas para a parte economicamente mais fraca, ou muito vantajosas para a mais forte.<sup>125</sup> Outrossim, este é o entendimento majoritário dos juristas, como menciona Timm<sup>126</sup> - ao trazer uma lista de renomados pesquisadores e doutrinadores. Ou seja, é feita uma interpretação extensiva acerca da propriedade aos contratos e, assim, entende-se que a função social deve atender aos anseios individuais dos contratantes.

Na perspectiva da análise econômica do direito há certo conflito com o solidarismo contratual; Para Timm,<sup>127</sup> “[...] não se rejeita que existam interesses coletivos dignos de tutela nas relações contratuais. Contudo a coletividade é identificável na estrutura do mercado que está por trás do contrato [...]”. Numa economia de mercado, portanto, temos que a função social do contrato deve atender a coletividade que está inserida naquele universo de indivíduos que se utilizaram da mesma forma de contrato.

Timm discorre que a função social do contrato numa economia de mercado, deve ser interpretada pelos tribunais não somente como uma interferência aos que são diretamente beneficiados com determinada decisão judicial, mas também àqueles que indiretamente são afetados.<sup>128</sup> Ainda nas palavras de Timm,<sup>129</sup> “[...] dentro do modelo econômico de contrato, necessita-se reconhecer a existência do mercado, espaço no qual os contratos ocorrem.”

---

<sup>124</sup> NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código civil comentado**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 531.

<sup>125</sup> LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Curso completo de direito civil**. 3. ed. São Paulo: Método, 2010. p. 370.

<sup>126</sup> TIMM, Luciano Benetti. **Ainda sobre a função social do direito contratual no código civil brasileiro**: justiça distributiva *versus* eficiência econômica. [Rio de Janeiro: FGV, 2009]. p. 13-14. Disponível em: <<http://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/file/Semin%C3%A1rios%20de%20Pesquisa%20-%20Luciano%20Timm.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

<sup>127</sup> TIMM, Luciano Benetti. Direito, economia e a função social do contrato: em busca dos verdadeiros interesses coletivos protegíveis no mercado do crédito. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, v. 9, n. 33, p. 21, jul./set. 2006.

<sup>128</sup> TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. Análise econômica dos contratos. In: TIMM, Luciano Benetti (Org). **Direito e economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 173.

<sup>129</sup> TIMM, Luciano Benetti. **Direito contratual brasileiro**: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico. São Paulo: Atlas, 2015. p. 198.

Coase define o mercado como um instituto facilitador de troca de bens e/ou serviços, ou seja, um meio para que se reduzam os custos das transações para efetivar uma determinada operação.<sup>130</sup>

Dessa forma, a função social que os contratos devem prezar é pela possibilidade de não prejudicar a comunidade que está inserida no mercado específico de determinados produtos ou serviços.

Em um caso hipotético, vamos supor que um determinado plano de saúde possua 1.000 (mil) beneficiários. Quinhentos destes possuem um plano básico, com determinadas exclusões contratuais; os outros possuem uma maior gama de serviços e tratamentos, pois pagam a mais por isto. Quando um usuário de plano básico ingressa no Poder Judiciário para requerer um tratamento não previsto ou excluído expressamente no contrato, dentre os argumentos utilizados pelos julgadores para conceder o pedido do beneficiário, é o da função social do contrato com base nos fundamentos do modelo “solidarista” acima explanado.

Ato contínuo, além de causar um desequilíbrio na cadeia de contratos de todos os beneficiários, posto que um usuário com um plano básico receberá igualmente a um usuário que de fato paga pelo tratamento, estas decisões acabam por incentivar aqueles outros 499 usuários a ingressar com ações semelhantes calcadas no princípio da função social do contrato. No exemplo em comento os resultados causariam, no mínimo, um desincentivo à iniciativa privada, bem como um desequilíbrio contratual muito grande.

Desta feita, com uma base de modelo econômico de contrato, vimos que o modelo “solidarista” ou constitucional não é capaz de suprir o almejado bem-estar de uma determinada coletividade, posto que as decisões calcadas em uma justiça-social podem trazer benefícios a algumas pessoas em detrimento de muitos outros.<sup>131</sup>

O resultado mais provável disto é que uma intervenção estatal no sentido de beneficiar a parte que ingressou ao Judiciário para desfrutar de um benefício não previsto contratualmente, irá causar externalidades negativas para todos os outros beneficiários que não se opuseram ao contrato firmado.

Com primazia, o Ministro Mello aduz:

---

<sup>130</sup> COASE, Ronald H. **The firm, the market and the law**. Chicago: University of Chicago Press, 1988. p. 7.

<sup>131</sup> TIMM, Luciano Benetti. **Direito contratual brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 204.

A segurança jurídica é essencial à manutenção do mercado de seguros de saúde. Por isso, cabe ao Poder Judiciário zelar pela aplicação das normas sobre direitos do consumidor, mas sem caminhar para o paternalismo jurídico ou a equiparação entre o Sistema Único de Saúde e o setor de saúde suplementar, segmentos que, embora atuantes na mesma seara, submetem-se a regimes jurídicos próprios.<sup>132</sup>

Portanto, é necessário que se haja um mínimo de segurança jurídica para que o mercado se mantenha estável. Quando a quebra de contratos pelo Poder Judiciário é recorrente para o lado economicamente mais fraco – utilizando-se da lógica paternalista, o mercado reagirá de forma negativa, causando consequências que não são interessantes para quem necessita utilizar serviços considerados importantes.

Arrematando a função social do contrato sob a análise econômica, Ronald Coase aduz que por existir o custo de transação, o ordenamento jurídico acaba por afetar a alocação de recursos da forma mais eficiente; não devendo o regramento contratual interferir na barganha – “isto é, cooperação” – porquanto esta traria a alocação eficiente de riquezas.<sup>133</sup>

Quando a função social é avocada por um indivíduo buscando uma proteção paternalista do Poder Judiciário – claro, excluídos os casos em que há de fato um excesso ou abuso do poder econômico, acaba por ferir a função precípua do contrato, qual seja, a de ser um instrumento de previsibilidade e garantia de cumprimento de operações no mercado.

Numa economia de mercado, mais precisamente o da saúde suplementar, acabar com a previsibilidade contratual gera enorme insegurança jurídica para todos que atuam neste mercado; até mesmo para as agências reguladoras.

### 3.4 REGULAÇÃO DO MERCADO EM SAÚDE SUPLEMENTAR

Como visto, o mercado de saúde é de relevância pública e por tal motivo, deve ser regulado pelo Poder Público. Nesse contexto, importante se faz a análise

---

<sup>132</sup> MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. Saúde suplementar, segurança jurídica e equilíbrio econômico-financeiro. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (coord.). **Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 15.

<sup>133</sup> COASE, Ronald H. **The firm, the market and the law**. Chicago: The University of Chicago Press, 1988. p. 07.

do meio de fiscalização e regulação deste mercado, assim como um breve relato histórico da criação e principal objetivos de uma agência reguladora.

### 3.4.1 Considerações sobre as agências reguladoras

Quando falamos de serviço de grande relevância pública no Brasil, este assunto está intimamente ligado a atuação estatal, seja direta ou indiretamente. Quando um serviço de alta importância não é prestado diretamente pelo Estado, concede-se a iniciativa privada a faculdade de fazê-lo.

Calcado no pilar da livre iniciativa, as atividades econômicas só poderão ser realizadas pelo Estado quando de grande interesse coletivo ou por motivos de segurança nacional. Do contrário, as atividades comerciais serão exploradas pela iniciativa privada. Este é o princípio inserido no artigo 173<sup>134</sup> da Constituição da República Federal de 1988.

Qualquer atividade econômica obedece a regra da livre-iniciativa e o contrário deve estar previsto expressamente na carta maior, sendo que restaria ao Estado o controle das atividades econômicas por meio de intervenção.<sup>135</sup>

Uma abordagem histórica das agências reguladoras mostra-se interessante para entendermos suas finalidades, e se estas estão sendo cumpridas por quem as controlam. Além disto, um comparativo quase que paradoxal com a criação das agências reguladoras nos Estados Unidos da América se faz necessário para melhor compreensão das agências reguladoras e papel que desempenham.

Primordial se faz a análise do conceito regulação. A língua portuguesa, por ser uma língua rica, pode-se encontrar diversos significados para uma só palavra conforme o sentido e contexto a qual é inserida. No dicionário, a palavra regular, no sentido de regulação feita por agências reguladoras, pode ser encontrada com o seguinte significado: administrar em harmonia com as regras ou leis; que está de acordo com as regras, as normas, o costume; normal; conter dentro de certos limites.

---

<sup>134</sup> Art. 173. "Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei". BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 09 maio 2017.

<sup>135</sup> FONTES, André. A dubiedade constitucional da ordem econômica. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.) **O poder normativo das agências reguladoras**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 17.

Em linhas gerais, o sentido de regular é, para o presente estudo, manter o mercado equilibrado utilizando as regras legais para tanto; corrigir as falhas existentes de forma a não causar um desequilíbrio na balança, ou seja, sem tomar partido e pender para determinado *player* do mercado.

Já Aragão traz o seguinte comentário acerca da atuação da regulação estatal:

A regulação estatal da economia é o conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-os em direções socialmente desejáveis.<sup>136</sup>

Fazendo um paralelo, os Estados Unidos da América possuem grande notoriedade por ser uma economia liberal. Ocorre que em determinado momento, por não existir qualquer controle na produção do mercado, esta produção se tornou tão exagerada que acabou por superar em muito a demanda, ocasionando, assim, a grande depressão de 1929.

Para evitar um colapso na economia, o Estado norte americano se viu obrigado a intervir no mercado de maneira mais contundente criando agências reguladoras com poderes para regular de fato o mercado. Mas a criação de agências reguladoras não foi novidade em 1929. Em 1887, a *Interstate Commerce Commission* fora criada com objetivo de regular tarifas ferroviárias, dentre outras demandas, mas sempre dentro do modelo liberal, ou seja, minimamente intervencionista.<sup>137</sup>

Esta Lei criada em 1887, impôs determinadas coordenadas para o setor de transporte ferroviário, tais como, estipular taxas justas, evitar cobranças arbitrárias para casos específicos, descontos para grandes usuários etc. A

---

<sup>136</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 37.

<sup>137</sup> Act of February 4, 1887 (Interstate Commerce Act), Public Law 49-41, February 4, 1887; Enrolled Acts and Resolutions of Congress, 1789-; General Records of the United States Government, 1778 - 1992; Record Group 11; National Archives. UNITED STATES. Senate. **The interstate commerce act is passed**: February 4, 1887. Washington, D.C., [2017]. Disponível em: <[https://www.senate.gov/artandhistory/history/minute/Interstate\\_Commerce\\_Act\\_Is\\_Passed.htm](https://www.senate.gov/artandhistory/history/minute/Interstate_Commerce_Act_Is_Passed.htm)>. Acesso em: 10 jan. 2018.

mesma Lei criou a acima referida comissão federal, a qual serviu de modelo para as demais.<sup>138</sup>

Já no Brasil, mais especificamente na década de 90, quando fora introduzido o modelo regulatório inspirado nas políticas adotadas nos Estados Unidos da América, os propósitos para introdução das agências reguladoras foram diversos dos que lá foram adotados.<sup>139</sup>

As agências reguladoras são autarquias sob regime especial, porquanto possuem independência administrativa, autonomia administrativa e financeira, autonomia funcional, patrimonial e de gestão de pessoas. Porém o que as

---

<sup>138</sup> O sítio eletrônico do Senado dos Estados Unidos da América traz um pequeno trecho da história: On February 4, 1887, both the Senate and House passed the Interstate Commerce Act, which “applied the Constitution’s “Commerce Clause”—granting Congress the power “to Regulate Commerce with foreign Nations, and among the several States”—to regulating railroad rates. Small businesses and farmers were protesting that the railroads charged them higher rates than larger corporations, and that the railroads were also setting higher rates for short hauls than for long-distance hauls. Although the railroads claimed economic justification for policies that favored big businesses, small shippers insisted that the railroads were gouging them.

It took years for Congress to respond to these protests, due to members’ reluctance to have the government interfere in any way with corporate policies. In 1874 legislation was introduced calling for a federal railroad commission. The bill passed the House, but not the Senate. When Congress failed to act, some states adopted their own railroad regulations. Those laws were struck down in 1886, when the Supreme Court ruled in *Wabash v. Illinois* that the state of Illinois could not restrict the rates that the Wabash Railroad was charging because its freight traffic moved between the states, and only the federal government could regulate interstate commerce. Continued public anger over unfair railroad rates prompted Illinois senator Shelby M. Cullom to hold the hearings that led to the enactment of the Interstate Commerce Act.

That law limited railroads to rates that were “reasonable and just,” forbade rebates to high-volume users, and made it illegal to charge higher rates for shorter hauls. To hear evidence and render decisions on individual cases, the act created the Interstate Commerce Commission. This was the first federal independent regulatory commission, and it served as a model for others that would follow, from the Federal Trade Commission to the Securities and Exchange Commission and the Consumer Product Safety Commission.

Evolving technology eventually made the purpose of the ICC obsolete, and in 1995 Congress abolished the commission, transferring its remaining functions to the Surface Transportation Board. But while the ICC has come and gone, its creation marked a significant turning point in federal policy. Before 1887, Congress had applied the Commerce Clause only on a limited basis, usually to remove barriers that the states tried to impose on interstate trade. The Interstate Commerce Act showed that Congress could apply the Commerce Clause more expansively to national issues if they involved commerce across state lines. After 1887, the national economy grew much more integrated, making almost all commerce interstate and international. The nation rather than the Constitution had changed. That development turned the Commerce Clause into a powerful legislative tool for addressing national problems”. UNITED STATES. Senate. **The interstate commerce act is passed**: February 4, 1887. Washington, D.C., [2017]. Disponível em: <[https://www.senate.gov/artandhistory/history/minute/Interstate\\_Commerce\\_Act\\_Is\\_Passed.htm](https://www.senate.gov/artandhistory/history/minute/Interstate_Commerce_Act_Is_Passed.htm)>.

Acesso em: 10 jan. 2018.

<sup>139</sup> Somente em 1996 a primeira agência reguladora brasileira surgiu a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL); e apenas em 2000 é que fora promulgada a Lei 9986, a qual dispõe sobre os planos de carreira e gestão de recursos humanos.

caracteriza sob o regime especial é, nos dizeres de Mello,<sup>140</sup> as “disposições atinentes à investidura e fixidez no mandato dos dirigentes.”

Veja-se, neste sentido, o comentário de Binjenbojm:<sup>141</sup>

Na verdade, mais do que um requisito, o chamado *compromisso regulatório* (*regulatory commitment*) era, na prática, verdadeira exigência do mercado para captação de investimentos. Em países cuja história recente foi marcada por movimentos nacionalistas autoritários (de esquerda e de direita), o risco de expropriação e de ruptura dos contratos é sempre um fantasma que assusta ou espanta os investidores estrangeiros. Assim, a implantação de um modelo que subtraísse o marco regulatório do processo político-eleitoral se erigiu em verdadeira *tour de force* da reforma do Estado. Daí a ideia da blindagem institucional de um modelo, que resistisse até a uma vitória da esquerda em eleição futura. (grifo do autor).

Portanto, pode-se observar quase que uma oposição aos motivos da criação das agências reguladoras nos Estados Unidos da América. Enquanto lá a sua criação estava atrelada o momento político e econômico vivido, visando a abertura do mercado numa forma de implementação da política liberal, no Brasil a criação das agências reguladoras tinham como primordial função a de garantir o cumprimento dos negócios e estabelecer regras claras do jogo com intuito de captação de investimentos externos.<sup>142</sup>

Ainda, é possível verificar um grande esforço em garantir a autonomia das agências reguladoras brasileiras para que não houvesse influência políticas a cada troca de governo, gerando, assim, grande segurança jurídica para os investidores externos.<sup>143</sup>

Claro, este não é um modelo perfeito, porquanto poder demais para determinado órgão podem gerar desequilíbrios por conta de diferenças nos

<sup>140</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 174.

<sup>141</sup> BINENBOJM, Gustavo. Agências reguladoras independentes, separação de poderes e processo democrático. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 60, p. 59-60, 2006. Disponível em: <[https://www.fauel.org.br/download/Agepar\\_2018\\_Texto\\_Complementar\\_2.pdf](https://www.fauel.org.br/download/Agepar_2018_Texto_Complementar_2.pdf)>. Acesso em:

<sup>142</sup> CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Função normativa regulatória e o novo princípio da legalidade. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). **O poder normativo das agências reguladoras**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 48-57.

<sup>143</sup> BINENBOJM, Gustavo. Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 152-153, ago./out. 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43622/44699>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

interesses pessoais. Problemas estes como burocracia em excesso, *lobby e rent seeking* que serão tratados em capítulo próprio.

Em que pese a função precípua das agências reguladoras, qual seja, de manter o mercado em equilíbrio; de evitar vantagens de um determinado *player* em detrimento de outro; ou em termos econômicos, acabar com as falhas de mercado, o que ocorre na prática pode não corresponder aos objetivos acima elencados.<sup>144</sup>

Como o foco do presente trabalho é o mercado de saúde suplementar, necessário se faz um breve relato sobre a criação e atuação da Agência Nacional de Saúde Suplementar.

### 3.4.2 Agência Nacional de Saúde Suplementar

Criada em 1998, a Lei nº 9.656 - que dispõe sobre os planos e seguros de assistência à saúde suplementar – não continha previsão sobre o órgão o qual era incumbido de regulamentar e fiscalizar as operadoras de planos de saúde. Isto ocorreu posteriormente com a edição da Lei nº 9.961 de 2000, a qual criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS.

A ANS tem *status* de autarquia sob regime especial, sendo pessoa jurídica de Direito Público integrante da Administração Indireta e vinculada ao Ministério da Saúde; é um órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde, atribuições expressamente contidas no artigo 1º da Lei nº 9.961 de 2000.<sup>145</sup>

Suas finalidades institucionais estão no artigo 3º do supramencionado diploma legal, como se vê abaixo:

Art. 3º A ANS terá por finalidade institucional promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com

---

<sup>144</sup> Em recente propaganda veiculada em canais abertos no de 2017, por exemplo, a Agência Nacional de Saúde Suplementar incentivava os consumidores a denunciar qualquer prática abusiva supostamente cometida pelo plano de saúde. Porém, nunca houve incentivo ao não cometimento de fraudes por parte dos consumidores, médicos e prestadores de serviço em saúde. Isto porque, qualquer denúncia para a ANS, gera uma Notificação de Intermediação Preliminar e, posteriormente, um processo administrativo precário e com altas multas aplicadas (RN 343/13), aumentando em muito os custos de transação. Pela autonomia financeira que possuem, torna-se um incentivo para esta agência multar deliberadamente as operadoras de planos de saúde.

<sup>145</sup> BRASIL. **Lei nº 9.961 de 28 de janeiro de 2000**. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19961.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19961.htm)>. Acesso em: 25 maio 2017.

prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País.<sup>146</sup>

Antes de entrar em vigor a Lei que regulamenta os planos de saúde, haviam outros órgãos responsáveis pela regulação dos plano de saúde; Superintendência de Seguros Privados – SUSEP, ligada ao Ministério da Saúde via Secretaria de Assistência à Saúde, além do Departamento de Saúde Suplementar. Aqui, vale a menção de que primeiro fora criado o sistema de saúde suplementar e, somente após dois anos de vigência da Lei, é que fora regulamentada e criada a Agência Nacional de Saúde Suplementar.

Cumpra ressaltar que, diferentemente de outros entes reguladores concebidos em virtude da quebra de monopólios estatais e da abertura dos respectivos mercados, a ANS foi criada para regular um mercado que sempre operou à margem da intervenção estatal, disciplinando e instituindo regramento para regular o setor, sem, contudo, poder dar-lhe solução de continuidade, ante os gritantes prejuízos que os consumidores e os agentes econômicos envolvidos iriam experimentar.<sup>147</sup>

Seguindo disposição legal, a ANS tem sua competência definida expressamente em um rol taxativo estabelecido no artigo 4º da Lei que a criou. Para este trabalho, interessante se faz a menção ao inciso XXX.

Tal inciso dispõe sobre a competência da ANS em aplicar as penalidades quando do descumprimento das disposições da Lei nº 9.656/98, além de sua regulamentação.

Deste modo, resta configurado que a Lei de criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar conferiu-lhe, também, competência para regular e penalizar as operadoras de planos privados de assistência à saúde.

---

<sup>146</sup> BRASIL. **Lei nº 9.961 de 28 de janeiro de 2000**. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9961.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9961.htm)>. Acesso em: 25 maio 2017.

<sup>147</sup> FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de direito de saúde suplementar**: manual jurídico de planos e seguros de saúde. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 128.

## 4 MERCADO DE SAÚDE SUPLEMENTAR: REGULAÇÃO, DIREITO E ECONOMIA

Nos capítulos anteriores, foi percorrido como funciona o mercado de saúde suplementar, com comparativos entre o direito à saúde, ou seja, a prestação de saúde pelo poder público em detrimento da iniciativa privada. Ainda, um relato da atuação do Poder Judiciário na questão da saúde, bem como um necessário apanhado histórico de como surgiram as agências reguladoras.

Uma contextualização importante para que se possa refletir sobre a atuação de todos inseridos no mercado de saúde: agência reguladora, planos de saúde, beneficiários, médicos, poder público etc.

Mas como o foco do presente trabalho é a atuação da agência reguladora sobre o mercado de saúde suplementar, mostra-se importante a reflexão de conceitos da microeconomia, bem como de dados empíricos, para uma análise acerca da eficiência da atuação da Agência Nacional de Saúde Suplementar.

### 4.1 ASSIMETRIA INFORMACIONAL: RISCO MORAL E PROBLEMAS DE AGÊNCIA

Em uma economia de mercado pautada na tentativa de melhor alocação de recursos escassos, as falhas de mercado são inerentes, pois o mercado em si não é capaz de resolver todos os problemas relativos a ele. Entra, portanto, a atuação do Estado para tentar corrigir as falhas e gerar a maximização dos resultados pretendidos. Vale ressaltar que nem sempre o Estado irá corrigir estas falhas, podendo, inclusive, aumentá-las ou gerar uma nova.

Os indivíduos que agem com base no seu interesse são, nos dizeres da teoria da racionalidade, por óbvio, racionais. A racionalidade comporta diversas formas mas, em se tratando de escolhas, decisões etc., a finalidade não é levada em consideração, contudo, o meio para o qual se atinge o objetivo o é.<sup>148</sup>

Sendo o Direito uma ciência que busca regular o comportamento humano e, a economia uma ciência que permite compreender e ajudar a tomada de decisões levando em consideração a escassez de recursos e a melhor forma de sua alocação, a análise econômica do direito vem para ajudar no desenvolvimento e aplicação de normas jurídicas, bem como suas consequências.

---

<sup>148</sup> CARVALHO, Cristiano. **Teoria da decisão da tributária**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 55.

Coase<sup>149</sup> e Calabresi<sup>150</sup> podem ser considerados os precursores da *Law and Economics*, quando em 1960 e 1961 respectivamente, publicaram seus célebres artigos “*The problem of social cost*” e “*Some thoughts on risk distribution and the law of torts*”, respectivamente. Independentemente da data de origem, o que importa mencionar é que este “movimento” tende a uma análise mais pragmática e realista, não só na aplicação das normas, mas, também, no processo de confecção das leis.

Segundo o teorema de Coase, se os custos de transação são iguais a zero, e os direitos de propriedade das partes estiverem bem definidos, a alocação final de recursos será a mesma independentemente de quem possui aqueles direitos. Portanto, uma alocação de recursos ótima significa a não intervenção estatal para corrigir as externalidades negativas do mercado.

Todas as decisões, segundo os economistas, visam a maximização de algo. Ou o lucro de uma empresa, os votos de um político, ou seja, sempre visando o aumento da utilidade de suas escolhas.<sup>151</sup> Ser auto interessado não significa necessariamente pensar somente em si, mas significa que, dentre as escolhas que se apresentam, o indivíduo escolherá a que melhor se encaixa em suas necessidades.

Nos dizeres de Gico Júnior,<sup>152</sup> “[...] toda vez que tiver de escolher entre duas opções, o indivíduo escolherá aquela que mais lhe traz utilidade, isto é, os agentes são racionais, maximizadores de utilidade.” Por utilidade, pode-se entender que seja qualquer valor que o indivíduo atribua como mais valioso ou vantajoso.

Por este motivo, empresas e órgãos públicos, geridos por pessoas com seus próprios interesses, estão sujeitas a problemas não apenas relacionados ao mercado, mas segundo conceitos econômicos, também a problemas de agência ou do agente-principal, inseridos no conceito de risco moral, que nos dizeres de

---

<sup>149</sup> COASE, Ronald H. The problem of social cost. **Journal of Law and Economics**, Chicago, v. 3, p. 1-44, 1960. Disponível em: <<https://www.law.uchicago.edu/files/file/coase-problem.pdf>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

<sup>150</sup> CALABRESI, Guido. Some thoughts on risk distribution and the law of torts. **The Yale Law Journal**, New Haven, Conn., v. 70, n. 4, p. 499-553, Mar. 1961. Disponível em: <[https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3035&context=fss\\_papers](https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3035&context=fss_papers)>. Acesso em: 03 ago. 2017.

<sup>151</sup> COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. **Direito e economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 36-37.

<sup>152</sup> GICO JÚNIOR, Ivo. Introdução ao direito e economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 25.

Timm,<sup>153</sup> “[...] significa que uma parte tem incentivos para alterar seu comportamento de forma prejudicial à outra parte, sem que esta possa saber ou impedir essa alteração.”

O problema do agente caracteriza-se, segundo Cavalli,<sup>154</sup> quando “[...] um sujeito, identificado como titular de um interesse (principal), delega a terceiro tarefas orientadas à consecução deste interesse (agente).” Como o agente é um indivíduo, que possui seus próprios interesses na busca de seu bem-estar, pode tomar decisões contrárias ao interesses do principal.

Para dirimir os problemas de agência, ou do agente-principal, deve-se investir e, portanto, aumentar os gastos; aqui definidos como custo de agência. Os custos de agência são inerentes para aquele que pretende minimizar o problema de agência, pois a perda residual pode tornar-se substancial.

O monitoramento do agente pelo principal é solução altamente eficaz para controle e fiscalização das atividades. E aqui, monitoramento não se traz no sentido literal. Significa a criação de mecanismos para que o agente atue em favor e nos interesses do principal, tais como, plano de remuneração adequado, intervenção, auditoria etc.

Os problemas de agência podem ser encontrados na esfera privada, como, por exemplo, numa sociedade anônima, em que o administrador age em seu próprio interesse, desfavorecendo os acionistas. Já na esfera pública, utilizando o exemplo de uma agência reguladora, pode ocorrer nos casos em que autoridades nomeiam terceiros para cargos diretivos. O problema de agência pode existir em qualquer relação em que haja uma pessoa delegada para fazer determinado serviço, porquanto os indivíduos são auto interessados e maximizadores de seu próprio bem-estar.

Por este ponto, importante destacar que os problemas entre agente e principal podem ser causados, também, pela assimetria de informações, em outras palavras, quando um indivíduo possui informações privilegiadas em detrimento de um terceiro, ele pode utilizá-las para maximizar seu bem-estar.

---

<sup>153</sup> TIMM, Luciano Benetti. **Direito contratual brasileiro**: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico. São Paulo: Atlas, 2015. p. 188.

<sup>154</sup> CAVALLI, Cássio. O direito e a economia da empresa. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 427.

A assimetria de informação nada mais é que uma falha de mercado que deve ser corrigida pelo Estado quando de grande relevância social, tal como a saúde, conforme já amplamente explanado acima.

Estas falhas de mercado podem ocorrer por motivos diversos e ocasionar altos custos de transação, pois a alocação de recursos para reduzir a assimetria informacional e, conseqüentemente, os custos de agência, serão altos.

#### 4.2 BUROCRACIA, *LOBBY RENT-SEEKING*

O problema de agência exposto por Posner<sup>155</sup> em seu célebre artigo *Agency Models in Law and Economics*, pode ser exemplificado no Poder Público (neste caso agência reguladora) como serviços burocráticos, existência de *Lobby Rent-Seeking*.

Os serviços públicos de alta relevância social são regulados para que não haja uma indevida exploração da sociedade, ou seja, as agências reguladoras existem para corrigir falhas de mercado. Contudo, como já explicado, as falhas de mercado nem sempre são extintas e, além disto, uma regulação excessiva pode gerar conseqüências ainda piores.

Isto porque, poder demais para os indivíduos criam oportunidades de corrupção – problema de agência.

Ao tratar de serviços públicos, imperioso tratar o termo burocracia. Em que pese a palavra ser constantemente utilizada para definir algo ineficiente, moroso, de má qualidade ou sem sentido, a origem da palavra veio para definir justamente o serviço público.

Na etimologia, a palavra latina *burrus* definia um padrão de tecido comumente utilizados em repartições públicas; palavra esta que é muito conhecida em sua denominação francesa *bureau*. Em conjunto com o termo grego *kratos*, cujo significado atribuído é para conjunto de normas ou regras, ou ainda, para definir uma atividade pública. Neste sentido, a origem da palavra burocracia é atribuída a Jean-Claude Marie Vincent com uso do termo *burocratie*; termo que já nasceu em sentido pejorativo.<sup>156</sup>

<sup>155</sup> POSNER, Eric A. **Agency models in law and economics**. Chicago: The University of Chicago. The Law School, 2000. Disponível em: <[https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1036&context=law\\_and\\_economics](https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1036&context=law_and_economics)>. Acesso em: 03 fev. 2018.

<sup>156</sup> GASPARETTO JUNIOR, Antonio. Burocracia. In: INFOESCOLA. [S. l.], c2017. Disponível em: <[https://www.infoescola.com/administracao/\\_burocracia/](https://www.infoescola.com/administracao/_burocracia/)>. Acesso em: 18 jan. 2018.

Ou seja, burocracia nada mais é do que o conjunto de regras e normas públicas inerentes ao funcionamento do próprio serviço público. Contudo, ao expandir os requisitos para funcionamento, os procedimentos, a divisão excessiva de tarefas, abre-se portas para as mais diversas oportunidades de corrupção e ineficiência de determinado serviço – problema de agência. Daí a utilização do termo burocracia para definir um trabalho público que, no sentir da população, é ineficiente; que determinado procedimento não faz sentido.

Deste modo, a própria atividade pública como serviço burocrático torna-se, muitas vezes ineficiente, oportunizando a atuação de agentes interessados em maximizar seu bem-estar em detrimento da sociedade, porquanto a sucessiva análise do mesmo assunto por diversos funcionários, por exemplo, pode fazer surgir uma oportunidade para atuação escusa. Diferente não é o campo da regulação quando esta se torna excessiva e extrapola seu campo de atuação.

Não é raro socorrer-se ao Poder Judiciário na busca de dirimir problemas relacionados aos atos administrativos operados por agências reguladoras. Além de toda insegurança causada, os custos de transação são altíssimos, pois neles estão inseridos o pagamento de custas, advogados, provisionamento de valores etc. Por este motivo, a excessiva regulação (burocracia em excesso) é capaz de gerar custos de transação elevados, bem como enorme insegurança ao mercado.

Diversos são os cuidados que devem ser mantidos para manter o mercado em harmonia. Uma regulação excessiva, ao contrário do que possa parecer, abre portas para comportamentos oportunistas como a atividade de *lobby*.

O *lobby* nada mais é do que exercer pressão, impor vontades na luta por um interesse. E de início, nada de errado ou irregular em trabalhar para expor suas vontades.<sup>157</sup> Segundo o inciso VI do Projeto de Lei 1202/2007,<sup>158</sup> pode-se classificar *lobby* como:

O esforço deliberado para influenciar a decisão administrativa ou legislativa em determinado sentido, favorável à entidade

---

<sup>157</sup> Aliás, a Constituição da República de 1988 assegura a liberdade de manifestação de pensamento, associação expressão, comunicação e informação, conforme artigo 5º e incisos.

<sup>158</sup> O Projeto de Lei 1202/2007 disciplina a atividade de *lobby* e a atuação de grupos de pressão ou de interesse no âmbito de órgãos da Administração Pública Federal. ZARATTINI, Carlos. **Projeto de lei nº 1202, de 2007**. Disciplina a atividade de “lobby” e a atuação dos grupos de pressão ou de interesse e assemelhados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=353631>>. Acesso em: 29 jan. 2018.

representativa de grupo de interesse, ou de alguém atuando em defesa de interesse próprio ou de terceiros, ou em sentido contrário ao interesse de terceiros.

O problema começa quando a atividade de *lobby* extrapola os limites éticos e legais; e isto se associa muito a políticos. Grupos com diferentes interesses vão agir para maximizar seu bem-estar, não medindo esforços para conseguir o que pretendem.

Realizar tráfico de influência, receber ou repassar propina para atingir o fim pretendido ou presentear diretores, políticos e familiares com o mesmo fim. Esta é a atividade ilegal e que foge à ética do *lobby*. Desnecessário mencionar que é esta parte da atividade que se condena no presente trabalho, perante os órgãos reguladores que não devem sofrer influências no âmbito individual/pessoal para promover políticas e resoluções não benéficas para o mercado.

Além disto, outros fenômenos contribuem para a fraude nos mercados. Na saúde suplementar não é diferente; o *rent seeking*,<sup>159</sup> fenômeno que pode ser caracterizado pela prática do *lobby*, caracteriza-se pelo emprego de esforço, dinheiro ou tempo, para benefício de um indivíduo ou grupo em detrimento do conjunto social. Aloca-se recursos em uma determinada ação para que haja um retorno melhor; porém, as perdas para a sociedade são mais significativas do que o ganho individual.

Importante distinguir que o *rent seeking* não é uma prática criminosa, porquanto, do momento em que não houver criação de riqueza, mas tão somente a transferência dela, de forma ilícita, caracteriza-se como roubo, fraude, entre outros crimes previstos legalmente.<sup>160</sup> Nos dizeres de Carvalho:<sup>161</sup>

Benefícios e subsídios acarretam distorções no sistema de preços do mercado, da mesma forma que a tributação. Como se isso não bastasse, grupos de interesse também pressionam os membros do Legislativo para aprovação de privilégios de todo tipo, incluindo os de natureza tributária. Em sua célebre teoria da ação coletiva, Mancur Olson (1965) demonstra que em sistemas democráticos não é a maioria que tiraniza a minoria, mas o oposto: minorias organizadas em grupos de interesse pressionam o Estado, principalmente o Legislativo e Executivo para aprovação de normas que lhes concedam vantagens. (grifo nosso)

<sup>159</sup> Busca por renda, em tradução literal.

<sup>160</sup> CARVALHO, Cristiano. **Teoria da decisão da tributária**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 233.

<sup>161</sup> CARVALHO, Cristiano. **Teoria da decisão da tributária**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 235.

Como visto, o *rent seeking* é causado por manifestações de grupos cada qual com seus interesses e objetivos, com vistas a ter vantagens econômicas em detrimento da sociedade a que estão inseridos. Curiosamente, um modo para conter esta prática são as próprias agências reguladoras. Contudo, a atuação destas de forma exagerada, com excessiva regulação, abre espaço para tal prática e, conseqüente, fraudes no mercado.

#### 4.3 FRAUDE EM SAÚDE SUPLEMENTAR EM NÚMEROS X DIREITO E ECONOMIA

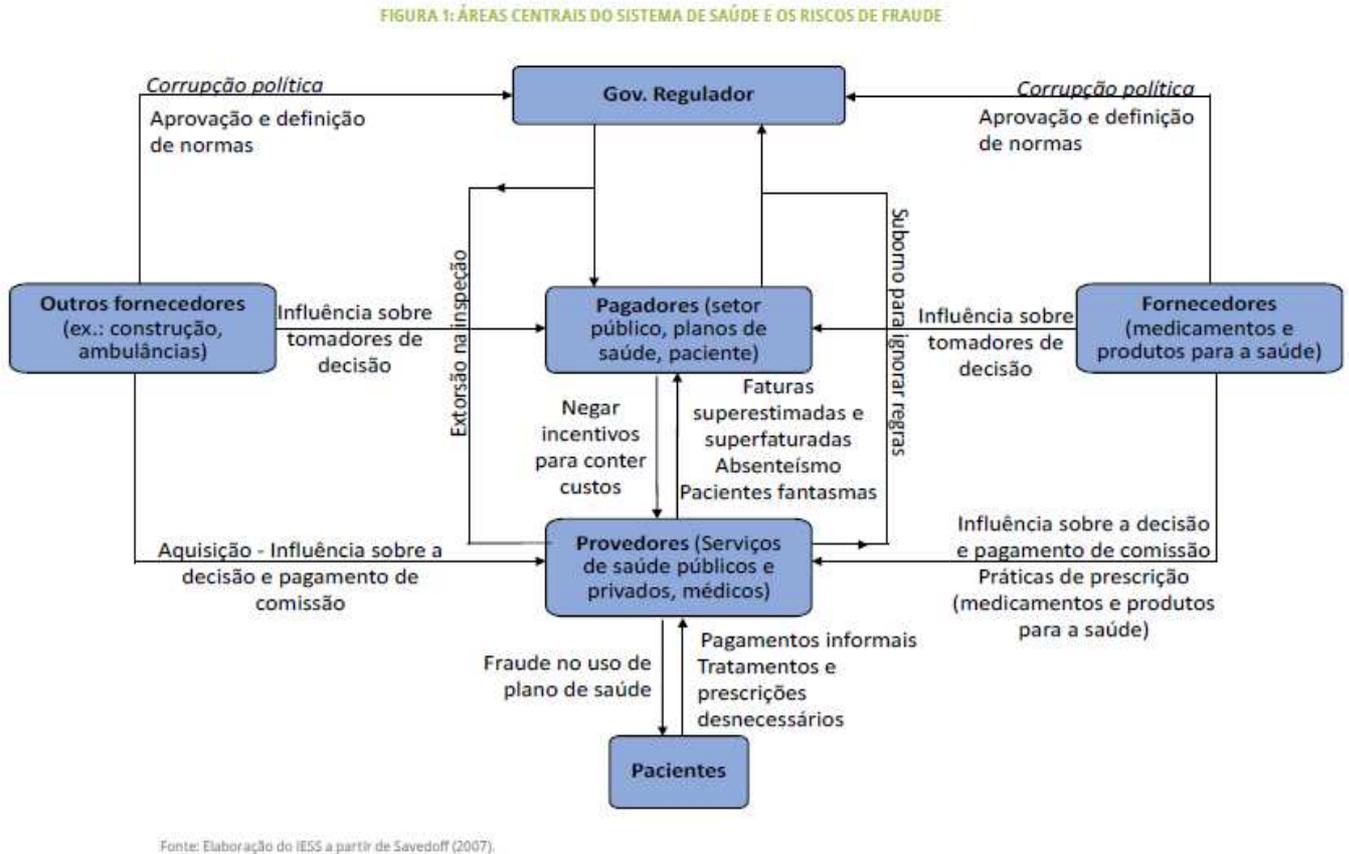
Tendo por base os conceitos acima, é possível imaginar a existência de fraude no mercado de saúde, ainda mais quando existe interesse de determinados grupos, bem como esforço, para almejar seus objetivos. E claro, a fraude ocorre tanto no âmbito particular quanto público.

A partir disto, o Instituto de Estudos em Saúde Suplementar,<sup>162</sup> através de conceitos e descrição feita por Savedoff, elaborou um diagrama para demonstrar como toda a cadeia participante do mercado em saúde é passível de corrupção e fraude, conforme Figura 1 a seguir.

---

<sup>162</sup> LARA, Natalia Cairo. **Evidências de práticas fraudulentas em sistemas de saúde internacionais e no Brasil**. São Paulo: Instituto de Estudos de Saúde Suplementar, 2017. Disponível em: <[https://iess.org.br/?p=publicacoes&id=846&id\\_tipo=3](https://iess.org.br/?p=publicacoes&id=846&id_tipo=3)>. Acesso em: 03 fev. 2018.

Figura 1 – Cadeia de participantes do mercado em saúde



Fonte: Lara<sup>163</sup>

Interessante (apenas para o estudo), observar que em qualquer posição do mercado em que esteja o *player*, a corrupção ou fraude existe. Para os conceitos econômicos, são verdadeiras falhas de mercado.

Resumindo um pouco a cadeia acima apresentada, destacam-se os seguintes:

- consumidor quando utiliza-se de plano de saúde de terceiros ou até mesmo quando solicita procedimentos não previstos em contrato pela via judicial;<sup>164</sup>

<sup>163</sup> LARA, Natalia Cairo. **Evidências de práticas fraudulentas em sistemas de saúde internacionais e no Brasil**. São Paulo: Instituto de Estudos de Saúde Suplementar, 2017. p. 4. Disponível em: <[https://iess.org.br/?p=publicacoes&id=846&id\\_tipo=3](https://iess.org.br/?p=publicacoes&id=846&id_tipo=3)>. Acesso em: 03 fev. 2018.

<sup>164</sup> Aqui o assunto nos leva para a judicialização da saúde, que não faz parte do presente tema, mas que é de grande relevância, porquanto o problema não está identificado somente naquele consumidor que faz o pedido pela via judicial, mas também encontra-se no próprio Poder Judiciário que concede algo não previsto em contrato, baseado na argumentação do direito à saúde, hipossuficiência do consumidor etc., não levando em consideração que isto penalizará de forma direta e indireta todos os outros consumidores inseridos naquela cadeia de contratos.

- b) prestadores de saúde, tal como hospitais e médicos, adulterando contas hospitalares e superfaturando-as, ou requisitando e prescrevendo exames, medicamentos e tratamentos desnecessários, respectivamente;
- c) planos de saúde subornando agentes administrativos para não aplicar multas ou estimulando o uso indiscriminado do plano;
- d) governo regulador extorquindo planos de saúde e prestadores de serviço na fiscalização, ou quando são corrompidos para aprovar alguma Lei ou medida normativa para beneficiar determinado grupo econômico;
- e) os fornecedores em geral corrompendo os outros *players* para beneficiarem economicamente.

Isto, claro, é apenas um apanhado geral para demonstrar a corrupção e fraude no setor da saúde, tanto pública quanto privada.

De acordo com estudos feitos em 2014 por The Centre For Counter Studies at University of Portsmouth, estima-se que entre os anos de 1997 e 2011, 6,99% da despesa anual global em saúde fora desperdiçada por erros ou fraude no mercado de saúde.<sup>165</sup> Aplicando o percentual com os gastos estimados com despesa global em saúde, qual seja de US \$ 6.97 trilhões, tem-se um valor desperdiçado em fraude ou erros girando em torno de US \$ 487 bilhões.

No Brasil, a Controladoria Geral da União estima que entre 2002 e 2016, os gastos com irregularidades (desvios) na saúde pública foram na ordem de R\$ 5,92 bilhões.<sup>166</sup>

Já no setor privado, segundo o Instituto de Estudos em Saúde Suplementar, utilizando dados fornecidos pela Associação Brasileira de Planos de Saúde (ABRAMGE), as fraudes em 2012 representaram 20% dos gastos. Conforme Tabela 2 feita pelo IESS, é possível resumir e perceber o impacto da fraude no mercado de saúde suplementar, conforme segue. Ainda, segundo dados da FUNENSEG, de 2006, de 10 a 15% dos reembolsos são indevidos; de 12% a 18% das contas

---

<sup>165</sup> GEE, Jim; BUTTONM, Mark. **The financial cost of healthcare fraud 2014**: what data from around the world shows. London: BDO, Mar. 2014. Disponível em: <<https://fullfact.org/wp-content/uploads/2014/03/The-Financial-Cost-of-Healthcare-Fraud-Report-2014-11.3.14a.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

<sup>166</sup> BRASIL. Controladoria-Geral da União (CGU). **Realizações na auditoria de tomada de contas especial**. Brasília, DF, 17 mar. 2013. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/auditoria-e-fiscalizacao/avaliacao-da-gestao-dos-administradores/tomadas-de-contas-especiais/realizacoes>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

hospitalares cobram itens indevidos; e 25% a 40% dos exames solicitados são desnecessários.<sup>167</sup>

Tabela 2 – Gastos com fraude em relação aos gastos com saúde em 2015

**TABELA 2 – CENÁRIOS DE GASTO COM FRAUDES EM RELAÇÃO AOS GASTOS EM SAÚDE, 2015 (R\$ BILHÕES).**

<b>CONTAS HOSPITALARES</b>	<b>2015</b>	<b>18% DOS GASTOS INDEVIDOS</b>
<b>CONSULTAS MÉDICAS EM PRONTO SOCORRO</b>	4.639.342.722	
<b>TERAPIAS</b>	6.865.482.083	
<b>INTERNAÇÕES</b>	51.973.049.555	
<b>DEMAIS DESPESAS MÉDICO-HOSPITALARES</b>	5.573.465.709	
<b>TOTAL</b>	<b>69.051.340.070</b>	<b>12.429.241.213</b>
	<b>2015</b>	<b>40% DOS GASTOS INDEVIDOS</b>
<b>EXAMES</b>	25.163.748.788	10.065.499.515

Fonte: Elaboração própria IESS a partir do Mapa Assistencial - ANS.

Fonte: Lara.<sup>168</sup>

Observando a Tabela 2 acima, é possível observar que, aplicando o percentual dos gastos considerados como indevidos no ano de 2015, tem-se um total aproximado de R\$ 22,5 bilhões gastos com fraude ou solicitações de procedimentos indevidos.

Portanto, desta rápida passada por estudos empíricos acerca de fraudes e gastos indevidos no mercado de saúde, verifica-se que os números desperdiçados são alarmantes.

Com base nos dados disponíveis por estudos especializados na área da saúde, é possível inferir que o impacto econômico advindo de atividades fraudulentas é grande. Nada mais interessante que aplicar os conceitos de direito e economia para abrir um caminho na tentativa de minimizar os gastos indevidos no setor da saúde.

<sup>167</sup> LARA, Natalia Cairo. **Evidências de práticas fraudulentas em sistemas de saúde internacionais e no Brasil**. São Paulo: Instituto de Estudos de Saúde Suplementar, 2017. p. 9. Disponível em: <[https://iess.org.br/?p=publicacoes&id=846&id\\_tipo=3](https://iess.org.br/?p=publicacoes&id=846&id_tipo=3)>. Acesso em: 03 fev. 2018.

<sup>168</sup> LARA, Natalia Cairo. **Evidências de práticas fraudulentas em sistemas de saúde internacionais e no Brasil**. São Paulo: Instituto de Estudos de Saúde Suplementar, 2017. p. 9. Disponível em: <[https://iess.org.br/?p=publicacoes&id=846&id\\_tipo=3](https://iess.org.br/?p=publicacoes&id=846&id_tipo=3)>. Acesso em: 03 fev. 2018.

Como todo indivíduo possui interesses em maximizar seu bem-estar, a análise econômica do direito é instrumento indispensável para análise destas tomadas de decisão.

Partindo deste ponto, importante mencionar que a análise econômica do direito possui duas formas de abordagem. Segundo Timm, “[...] o positivo - que trabalha com a tentativa de descrição da realidade - e o normativo - que vai além das descrições empíricas e passa a fazer julgamentos prescritivos.”<sup>169</sup> Portanto, a primeira tem por objetivo demonstrar os fenômenos jurídicos e sua evolução sob o viés econômico, e a segunda como proposta de alterar ou não determinada regra.

Como visto, alguns fatores podem alterar o nível ótimo de funcionamento do mercado, como o da assimetria de informação caracterizada pelo risco moral no chamado problema de agência, tal como a falta de informação de uma operadora de plano de saúde em detrimento das informações da própria saúde do beneficiário.

Partindo dos conceitos estudados e dos dados trazidos, é possível constatar certa ineficiência na alocação de recursos. Cumpre destacar, que o presente trabalho não tem intenção alguma de diminuir ou acabar com as agências reguladoras. As agências reguladoras exercem papel fundamental para a saúde da economia e segurança do mercado. O que se busca com o presente estudo é tentar contribuir com a melhora na atuação da Agência Nacional de Saúde Suplementar, fortalecendo o mercado e, com isso, gerando benefícios para a sociedade.

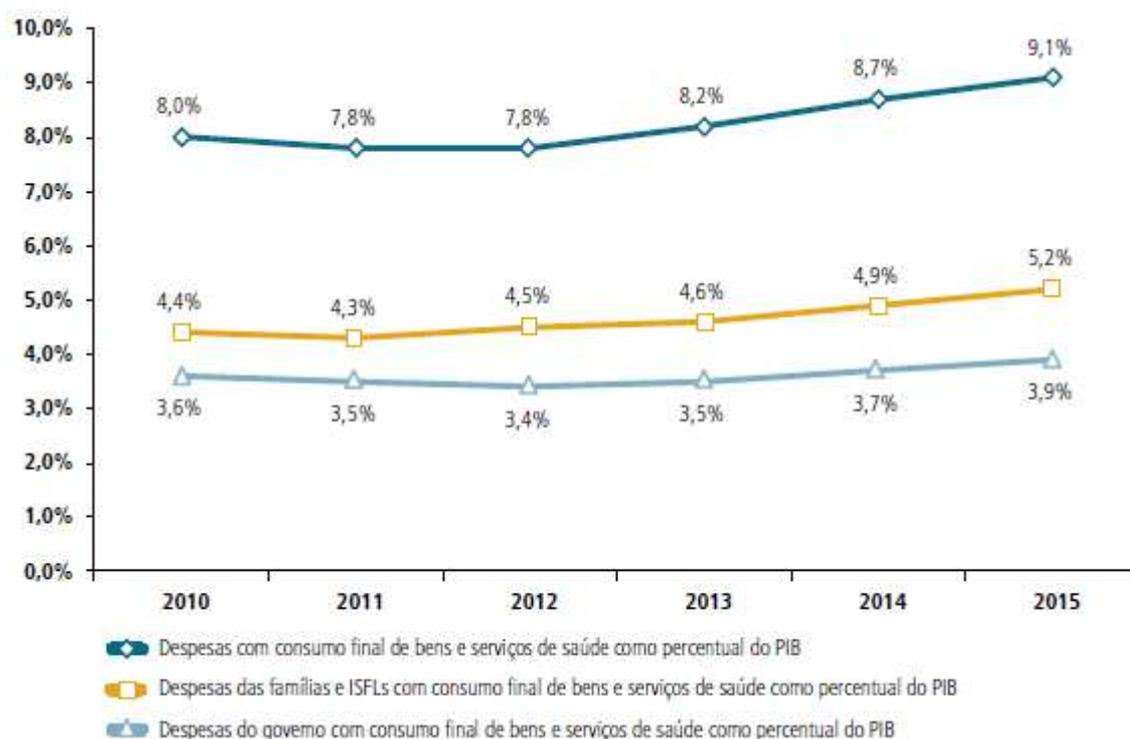
Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE),<sup>170</sup> em 2015 o consumo de bens e serviços relacionados a saúde no país foi de R\$ 546 bilhões de reais, o que perfaz um percentual de 9,1% do PIB. Deste montante, R\$ 231 bilhões foram gastos pelo governo e R\$ 315 bilhões por iniciativa privada, representados em percentual do PIB pelo Gráfico 3 a seguir.

---

<sup>169</sup> TIMM, Luciano Benetti. **Direito contratual brasileiro**: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico. São Paulo: Atlas, 2015. p. 178.

<sup>170</sup> INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Coordenação de Contas Nacionais. **Conta-satélite de saúde**: Brasil: 2010-2015. Rio de Janeiro, 2017. p. 24.

Gráfico 3 – Despesas com saúde e PIB segundo setores institucionais, 2010-2015



Fonte: IBGE.<sup>171</sup>

A Confederação Nacional das Indústrias (CNI),<sup>172</sup> em recente estudo sobre a temática da saúde suplementar no país, reuniu diversos dados para justificar suas preocupações com as políticas públicas a serem adotadas no âmbito político.

Dentre os dados reunidos, pode-se extrair o estudo realizado pelo Institute for Health Metrics and Evaluation, em que as despesas com saúde, seja pública ou privada, irão aumentar consideravelmente no Brasil. Projeta-se que os gastos atinjam 11,3% do PIB em 2040, uma média superior a 3,1% em relação a média global.<sup>173</sup> Ou seja, projeções consideráveis, porquanto os custos são elevados. O percentual do PIB é somente para fins de comparação, não significando que serão gastos determinado percentual do PIB do país.

Tratando de saúde suplementar, acredita-se que muitos dos problemas elencados acima podem ser evitados com a adoção de novas regras e uma reformulação na atuação a Agência Nacional de Saúde Suplementar.

<sup>171</sup> INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Coordenação de Contas Nacionais. **Conta-satélite de saúde**: Brasil: 2010-2015. Rio de Janeiro, 2017. p. 16.

<sup>172</sup> CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA (CNI). **Saúde suplementar**: uma agenda para melhores resultados. Brasília, DF, 2018.

<sup>173</sup> CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA (CNI). **Saúde suplementar**: uma agenda para melhores resultados. Brasília, DF, 2018. p. 14.

Podemos citar algumas recomendações realizadas pela CNI:<sup>174</sup>

- a) garantir dotação orçamentária à ANS para estruturar núcleos de apoio técnico à gestão de tecnologias em saúde suplementar;
- b) rever as diretrizes que norteiam a revisão do rol de procedimentos e eventos da ANS;
- c) condicionar a submissão de propostas de inclusão de procedimentos no rol da ANS à apresentação de estudos econômicos, elaborados de maneira análoga às diretrizes fixadas pelo Ministério da Saúde para o SUS;
- d) assegurar que as operadoras disponibilizem para as empresas contratantes dados coletivos consolidados sobre o uso de procedimentos de saúde e sobre seus prestadores de serviço;
- e) determinar, mediante regulação da ANS, que as operadoras enviem às empresas contratantes um extrato mensal detalhado que lhes permita: monitorar as condições de atenção à saúde; planejar e avaliar sua atuação em favor da saúde do trabalhador; analisar a gestão e a qualidade dos serviços oferecidos; entender a forma de utilização dos planos de saúde; selecionar prestadores de serviço; pactuar iniciativas com os planos de saúde; incentivar o uso mais racional do sistema; e negociar reajustes.

Tratando especificamente da relação entre beneficiários e Operadoras de Planos de Saúde, interessante a análise da Resolução Normativa 162 da ANS,<sup>175</sup> para ponderar acerca de casos de informação assimétrica e fraudes cometidas em âmbito particular.

---

<sup>174</sup> CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA (CNI). **Saúde suplementar**: uma agenda para melhores resultados. Brasília, DF, 2018. p. 41-44.

<sup>175</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (ANS). **Resolução normativa - RN nº 162, de 17 de outubro de 2007**. Estabelece a obrigatoriedade da Carta de Orientação ao Beneficiário; dispõe sobre Doenças ou Lesões Preexistentes (DLP); Cobertura Parcial Temporária (CPT); Declaração de Saúde e sobre o processo administrativo para comprovação do conhecimento prévio de DLP pelo beneficiário de plano privado de assistência à saúde no âmbito da Agência Nacional de Saúde Suplementar; revoga as Resoluções CONSU nº 2, de 4 de novembro de 1998, CONSU nº 17 de 23 de março de 1999, artigos 2º e 4º da Resolução CONSU nº 15 de 23 de março de 1999, a Resolução Normativa 20 de 12 de dezembro de 2002 e a Resolução Normativa RN nº 55, de 2 de novembro de 2003 e altera a Resolução Normativa - RN nº 124, de 30 de março de 2006. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=M1yMw==>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

#### 4.4 EXEMPLO PRÁTICO: A RESOLUÇÃO NORMATIVA Nº 162 DA ANS

Acerca da atuação específica da Agência Nacional de Saúde Suplementar sobre as operadoras de planos de saúde, faz-se importante mencionar para o presente estudo a Resolução Normativa nº 162 de 2007 editada pela ANS. Esta RN estabelece, entre outras coisas, a obrigatoriedade da Carta de Orientação ao Beneficiário; sobre doenças e lesões preexistentes; cobertura parcial temporária; declaração de saúde; e processo administrativo para comprovação de conhecimento prévio de doenças ou lesões preexistentes.<sup>176</sup>

Chama a atenção nesta RN, como as operadoras de planos de saúde devem agir em casos de suspeita de fraude quando um beneficiário omitir em sua declaração de saúde e lesões preexistentes, alguma informação sobre eventual problema anterior a data de contratação do plano de saúde.

E manifesta a conduta pró-consumidor eleita pela ANS, conforme já adiantado em capítulo próprio onde se comentou acerca de comerciais veiculados por esta agência ao incentivar beneficiários em denunciar seus planos de saúde.

Da leitura atenta desta Resolução Normativa, destaca-se o artigo 16 e seus parágrafos, dos quais se faz necessária transcrição integral:

Art. 16 Somente após a comunicação ao beneficiário de alegação de omissão de informação na Declaração de Saúde por ocasião da assinatura contratual ou da adesão ao plano privado de assistência à saúde, a operadora poderá encaminhar a documentação pertinente à Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, requerendo abertura de processo administrativo para verificação da sua procedência ou não.

§1º Nos casos em que houver acordo de CPT ou Agravo, a operadora não poderá solicitar abertura de processo administrativo com relação à respectiva doença que ensejou o oferecimento da CPT ou Agravo.

**§2º Somente serão deferidas solicitações de abertura de processos administrativos de alegação de DLP que possam**

<sup>176</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (ANS). **Resolução normativa - RN nº 162, de 17 de outubro de 2007**. Estabelece a obrigatoriedade da Carta de Orientação ao Beneficiário; dispõe sobre Doenças ou Lesões Preexistentes (DLP); Cobertura Parcial Temporária (CPT); Declaração de Saúde e sobre o processo administrativo para comprovação do conhecimento prévio de DLP pelo beneficiário de plano privado de assistência à saúde no âmbito da Agência Nacional de Saúde Suplementar; revoga as Resoluções CONSU nº 2, de 4 de novembro de 1998, CONSU nº 17 de 23 de março de 1999, artigos 2º e 4º da Resolução CONSU nº 15 de 23 de março de 1999, a Resolução Normativa 20 de 12 de dezembro de 2002 e a Resolução Normativa RN nº 55, de 2 de novembro de 2003 e altera a Resolução Normativa - RN nº 124, de 30 de março de 2006. Disponível em: <[http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=M TlyMw==](http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=M TlyMw==>)>. Acesso em: 20 jan. 2018..

**gerar necessidade de eventos cirúrgicos, uso de leitos de alta tecnologia e procedimentos de alta complexidade, de acordo com o definido no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS em vigor.**

**§3º Não será permitida, sob qualquer alegação, a negativa de cobertura assistencial, assim como a suspensão ou rescisão unilateral de contrato, até a publicação pela ANS do encerramento do processo administrativo, ficando a operadora sujeita às penalidades previstas na legislação em vigor.**

**§4º Cabe à operadora o ônus da prova, devendo comprovar o conhecimento prévio do beneficiário de DLP, não declaradas no momento da contratação ou adesão ao plano privado de assistência à saúde.**

§5º A solicitação de abertura de processo administrativo por alegação de DLP é prerrogativa exclusiva da operadora, por meio de seu representante legal junto à ANS ou de qualquer pessoa devidamente autorizada, com firma reconhecida, por instrumento de mandato e cópia autenticada da procuração.

§6º O processo administrativo é de característica individual, sendo vedada a abertura de processos administrativos onde conste mais de um beneficiário. (grifo nosso).<sup>177</sup>

Da leitura dos parágrafos 2º, 3º e 4º, é possível verificar que (1) as solicitações para abertura de processos administrativos só serão deferidas em casos de eventos cirúrgicos, uso de leitos de alta tecnologia e procedimentos de alta complexidade; (2) o plano de saúde não pode, em hipótese alguma, negar a cobertura assistencial, senão após encerramento do processo administrativo, ainda que tenha provas contundentes da fraude cometida pelo beneficiário; (3) a OPS deve provar suas alegações, ou seja, comprovar que o beneficiário fraudou a DLP, omitindo informações pessoais.

Acredita-se que a hipótese do parágrafo 3º seja a mais prejudicial para as Operadoras de Plano de saúde, porquanto serve de incentivo aos beneficiários cometerem fraudes ao omitir informações relevantes apenas para usufruir dos benefícios do plano de saúde sem cumprir o período de carência.

---

<sup>177</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (ANS). **Resolução normativa - RN nº 162, de 17 de outubro de 2007**. Estabelece a obrigatoriedade da Carta de Orientação ao Beneficiário; dispõe sobre Doenças ou Lesões Preexistentes (DLP); Cobertura Parcial Temporária (CPT); Declaração de Saúde e sobre o processo administrativo para comprovação do conhecimento prévio de DLP pelo beneficiário de plano privado de assistência à saúde no âmbito da Agência Nacional de Saúde Suplementar; revoga as Resoluções CONSU nº 2, de 4 de novembro de 1998, CONSU nº 17 de 23 de março de 1999, artigos 2º e 4º da Resolução CONSU nº 15 de 23 de março de 1999, a Resolução Normativa 20 de 12 de dezembro de 2002 e a Resolução Normativa RN nº 55, de 2 de novembro de 2003 e altera a Resolução Normativa - RN nº 124, de 30 de março de 2006. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTlyMw==>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

Importante a análise desta normativa, pois as multas geradas pelo descumprimento são altas, conforme Resolução Normativa nº 124 da própria Agência Nacional de Saúde Suplementar. Isto nos leva a um questionamento chave: isto resolve o problema ou a ANS possui finalidade meramente arrecadatória?

Tudo nos leva a crer que a segunda opção é mais correta.

## 5 CONCLUSÃO

A saúde, como estudado, pode ser conceituada como o bem estar físico, mental e social do indivíduo. Nesta premissa, para obter estas finalidades, exige-se, além de ausência de qualquer tipo de doença, qualidade de vida e políticas sanitárias eficientes para promover o bem-estar social.

Previsto no artigo 196 da Constituição da República de 1988, o que não ocorria nas constituições anteriores, o direito à saúde toca tanto às atividades relacionadas à cura quanto à prevenção, com intuito de promoção do bem-estar.

Dentre outras características, o direito à saúde se enquadra como direito fundamental e, portanto, não pode ser tolhido do cidadão. É um direito social que exige do Estado uma conduta positiva - a prestação da assistência à saúde a toda população. Por fim, é um direito subjetivo público, que impõe ao Estado o dever de prestar a assistência à saúde, e confere ao indivíduo o direito subjetivo de exigir do Estado o que lhe é devido.

Nos termos do art. 196 da CR/88, a saúde é um direito de todos e dever do Estado. A Constituição da República garante o acesso universal e gratuito aos serviços de saúde.

Serviços públicos de saúde regem-se por diversos princípios, mas neste estudo foram analisados, para melhor compreensão, o da *integralidade de assistência*, uma vez que o SUS executa atividades preventivas e curativas, abarcando o tratamento de toda espécie de enfermidade, das mais simples às mais complexas; da *universalidade do atendimento*, já que toda pessoa tem direito à assistência à saúde, independentemente de sua condição financeira; da *igualdade da assistência à saúde*, onde todos têm o direito de ser atendidos sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie, pois se a todos é garantido o direito à saúde, não pode haver distinção no atendimento em função de religião, cor ou poder aquisitivo.

Garantido a todos o direito à saúde e sendo dever do Estado concretizá-lo, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, por força do artigo 197, permitiu, ainda, que a iniciativa privada pudesse prestar serviços de assistência à saúde de forma complementar ou suplementar.

Os serviços prestados de forma complementar devem atender aos princípios e diretrizes adotados pelo Sistema Único de Saúde e serão regidos por regras do direito público. Já o sistema suplementar se dá por prestadoras de serviços privados

financiadas por seus contratantes, ou seja, suas relações regem-se pelo direito privado.

Não devem obedecer, portanto, os princípios inerentes ao SUS, como o da universalidade, pois apenas os contratantes e seus dependentes poderão usufruir dos serviços contratados, bem assim o da integralidade, uma vez que só terão direito aos serviços contratualmente previstos e efetivamente custeados.

Regidos pela Lei n° 9.656/98, os planos privados de assistência à saúde deverão obedecer aos normativos editados pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, a qual é a responsável por regular o setor em saúde suplementar, ressaltando que esta é vinculada ao Ministério da Saúde.

Dentre outros pontos, importante observar que as agências reguladoras exercem função de grande importância para o mercado em geral e, mais especificamente a ANS para o mercado em saúde. Contudo, uma exagerada regulação nem sempre traz benefícios esperados.

A Economia, aqui entendida como o estudo das ciências econômicas, mostra-se fundamental para entendermos as tomadas de decisão na esfera jurídica. Além disso, nos ajuda a entender melhor a criação de certas regras por parte do Legislativo, bem como atitudes tomadas pelo Executivo.

Como o ser humano é auto interessado e tem necessidades, acaba por agir de maneira a elevar seu bem-estar em detrimento de um conjunto maior, qual seja, a sociedade. Nem todos pensam no bem comum; no máximo uma quantidade identificável de pessoas. Para tanto, a análise comportamental através de incentivos econômicos é muito importante para determinar se os recursos são alocados de maneira eficiente.

No presente trabalho buscou-se entender melhor o papel da Agência Nacional de Saúde Suplementar sob o prisma da análise econômica do Direito, para definir se a sua atuação atinge a função precípua de uma agência reguladora ou não.

Pela análise dos dados coletados, foi possível verificar que o mercado de saúde sofre com fraudes e erros. Claro, muito passa pela ética e moral do indivíduo, porém, ao tratarmos de órgãos governamentais, tal como uma autarquia sob regime especial como a agência reguladora, espera-se que seus representantes ajam da maneira mais correta e nos interesses da sociedade.

Na esfera do governo, muito se deve pela atividade de grupos com seus próprios interesses em detrimento do interesse da sociedade. Outro ponto é a

própria atividade burocrática pelo Estado; com uma grande segmentação para a realização de um serviço, abre-se espaço para oportunistas utilizarem-se do sistema em benefício próprio.

Deste modo, considerando os gastos em saúde e, também, a porcentagem perdida pela atividade fraudulenta e erros, entende-se pela importância na readequação da atividade regulatória da Agência Nacional de Saúde Suplementar com a implementação de mecanismos para aumentar a transparência nos dados relativos à saúde.

Mas não só quanto aos planos de saúde e consumidor, e sim quanto a todos os demais *players* do mercado, tais como fornecedores, hospitais, médicos etc. Quanto mais informações e mecanismos de identificação de irregularidades, menores serão os índices fraudes.

Uma alternativa prática seria a criação de um sistema integrado de informações entre planos de saúde, médicos e consumidores, em que todos podem ter acesso, tal como prontuário eletrônico; fiscalização no setor financeiro de operadoras, hospitais e distribuidores etc.

É o que sugere o estudo feito pelo Instituto de Estudos em Saúde Suplementar, conforme a Figura 2 abaixo.

Figura 2 – Resumo práticas adotadas contra a corrupção

QUADRO 1 – RESUMO DAS PRINCIPAIS PRÁTICAS ADOTADAS NOS PAÍSES CONTRA A FRAUDE NA SAÚDE			
ÁREA	PROCESSO	TIPO DE CORRUPÇÃO	ESTRATÉGIAS ANTICORRUPÇÃO
Regulação	Políticas de Saúde	Influência política na definição da política de saúde, pacotes de benefícios para apenas um setor da saúde, políticas públicas voltadas apenas para hospitais, subornos para a criação de leis na área de medicamentos	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Aumentar a transparência e o acesso à informação no processo de decisão de leis e normas;</li> <li>• Fortalecer a participação de todos os setores de saúde (indústria, fornecedores, provedor, plano de saúde e beneficiários) na tomada de decisões de políticas de saúde;</li> <li>• Seguir normas de processo internacionais como: políticas de medicamento (na fabricação, e na precificação de preços);</li> <li>• Leis anticorrupção genérica e específica para a área da saúde;</li> </ul>
	Financiamento da saúde	Influência política e subornos na regulação de mercado	

Fonte: Lara<sup>178</sup>.

Destacou-se apenas a área da regulação, porquanto é o objeto do presente estudo. Este quadro resume as principais práticas adotadas em países estrangeiros no

<sup>178</sup> LARA, Natalia Cairo. **Evidências de práticas fraudulentas em sistemas de saúde internacionais e no Brasil**. São Paulo: Instituto de Estudos de Saúde Suplementar, 2017. p. 11. Disponível em: <[https://iess.org.br/?p=publicacoes&id=846&id\\_tipo=3](https://iess.org.br/?p=publicacoes&id=846&id_tipo=3)>. Acesso em: 03 fev. 2018.

combate à fraude. No setor regulatório, sugere-se o aumento da transparência e acesso às informações no processo de decisão de leis e normativos; o fortalecimento de todos os setores no mercado de saúde; lei ou normativo anticorrupção específico.

Outro ponto a se considerar, já mais na esfera legislativa, é a penalização mais severa para estas práticas relacionadas ao mercado de saúde, como, por exemplo, o cartel de órteses e próteses entre médicos e fornecedoras do produto; além de investimento em conscientização e boas práticas para todos os envolvidos no mercado.

Deste modo, busca-se o fomento ao debate acerca do modelo regulatório adotado no Brasil, para compreender que o mercado precisa de uma regulação eficaz para diminuir os custos de transação e as externalidades negativas. Para tanto, necessário se faz a análise empírica de dados econômicos. Outrossim, importante o debate sobre onde interferir: no mercado diretamente ou nas instituições que regulam o mercado?

Ponto importante e que deve ficar claro, é que o mercado em saúde suplementar sofre com fraudes e erros, e isto se deve a diversos fatores e é praticados por todos os elementos que constituem o mercado. Contudo, a partir do que foi estudado, é razoável defender que a realização de novos estudos empíricos anteriores a qualquer debate puramente jurídico sobre reformas no setor regulatório. Para tanto, deve-se quebrar esta resistência do meio jurídico em adotar outras matérias para estudo empírico.

Para o exemplo trazido (RN nº 162 de 2007), propõe-se uma alteração no texto deste normativo, no sentido de equilibrar as operadoras de planos de saúde frente aos beneficiários nos casos processos administrativos com escopo de discutir doenças e lesões preexistentes.

A alteração deve ser realizada no artigo 16 da RN nº 162 de 2007 e deve constar que:

- a) quando identificada doença ou lesão preexistente, a Operadora de Plano de saúde pode negar o procedimento requerido;
- b) junto a negativa de procedimento, a OPS deve encaminhar comunicado de que abriu processo administrativo junto a ANS ou oferecer ao beneficiário a Cobertura Parcial Temporária;

- c) o processo administrativo é de característica individual, porém, a decisão atinge todos os beneficiários.

Além da remediação específica acima, pode-se propor em conjunto a adoção de políticas de boas práticas; alto investimento na divulgação de informações para todos/e de todos os envolvidos (transparência para diminuir informação assimétrica); criação de leis específicas para potencializar as penas relativas à fraude em saúde; garantir dotação orçamentária à ANS para estruturar núcleos de apoio técnico à gestão de tecnologias em saúde suplementar; condicionar a submissão de propostas de inclusão de procedimentos no rol da ANS à apresentação de estudos econômicos, elaborados de maneira análoga às diretrizes fixadas pelo Ministério da Saúde para o SUS; assegurar que as operadoras disponibilizem para as empresas contratantes dados coletivos consolidados sobre o uso de procedimentos de saúde e sobre seus prestadores de serviço; dentre outras medidas já elencados no item 4.3 do presente trabalho.

Frisa-se, o ideal é que se tenham condições mínimas de se verificar onde realmente está o problema e qual a alternativa tenha mais condições de achar uma solução ótima sem gerar novas externalidades negativas.

## REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (ANS). **Resolução de Diretoria Colegiada – RDC nº 39, de 27 de outubro de 2000**. Dispõe sobre a definição, a segmentação e a classificação das Operadoras de Planos de Assistência à Saúde. Disponível em:

Disponível em:

<<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=PDFOriginal&format=raw&id=Mzgw>>. Acesso em: 16 maio 2017.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (ANS). **Resolução normativa - RN nº 162, de 17 de outubro de 2007**. Estabelece a obrigatoriedade da Carta de Orientação ao Beneficiário; dispõe sobre Doenças ou Lesões Preexistentes (DLP); Cobertura Parcial Temporária (CPT); Declaração de Saúde e sobre o processo administrativo para comprovação do conhecimento prévio de DLP pelo beneficiário de plano privado de assistência à saúde no âmbito da Agência Nacional de Saúde Suplementar; revoga as Resoluções CONSU nº 2, de 4 de novembro de 1998, CONSU nº 17 de 23 de março de 1999, artigos 2º e 4º da Resolução CONSU nº 15 de 23 de março de 1999, a Resolução Normativa 20 de 12 de dezembro de 2002 e a Resolução Normativa RN nº 55, de 2 de novembro de 2003 e altera a Resolução Normativa - RN nº 124, de 30 de março de 2006. Disponível em:

<<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTlyMw==>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BALERA, Wagner. **Sistema de seguridade social**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2003.

BINENBOJM, Gustavo. Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 147-165, ago./out. 2005. Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43622/44699>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

BINENBOJM, Gustavo. Agências reguladoras independentes, separação de poderes e processo democrático. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 60, p. 59-82, 2006. Disponível em:

<[https://www.fauel.org.br/download/Agepar\\_2018\\_Texto\\_Complementar\\_2.pdf](https://www.fauel.org.br/download/Agepar_2018_Texto_Complementar_2.pdf)>. Acesso em: 25 jan. 2018.

BITTAR, Eduardo C. B. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática da monografia para os cursos de direito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 09 maio 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998**. Modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc20.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc20.htm). Acesso em: 09 maio 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Emenda Constitucional nº 29, de 13 de setembro de 2000**. Altera os arts. 34, 35, 156, 160, 167 e 198 da Constituição Federal e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc29.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc29.htm). Acesso em: 09 maio 2017.

BRASIL. Controladoria-Geral da União (CGU). **Realizações na auditoria de tomada de contas especial**. Brasília, DF, 17 mar. 2013. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/assuntos/auditoria-e-fiscalizacao/avaliacao-da-gestao-dos-administradores/tomadas-de-contas-especiais/realizacoes>. Acesso em: 10 jan. 2018.

BRASIL. **Lei complementar nº 7, de 7 de setembro de 1970**. Institui o Programa de Integração Social, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp07.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp07.htm). Acesso em: 16 maio 2017.

BRASIL. **Lei complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991**. Institui contribuição para financiamento da Seguridade Social, eleva a alíquota da contribuição social sobre o lucro das instituições financeiras e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp70.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp70.htm). Acesso em: 16 maio 2017.

BRASIL. **Lei complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012**. Regulamenta o § 3º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo; revoga dispositivos das Leis nos 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.689, de 27 de julho de 1993; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp141.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp141.htm). Acesso em: 20 maio 2017.

BRASIL. **Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971**. Define a política nacional de Cooperativismo. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5764.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5764.htm). Acesso em: 16 maio 2017.

BRASIL. **Lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1988**. Institui contribuição social sobre o lucro das pessoas jurídicas e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7689.htm). Acesso em: 16 maio 2017.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm). Acesso em: 16 maio 2017.

BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm)>. Acesso em: 16 maio 2017.

BRASIL. **Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8212cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm)>. Acesso em: 16 maio 2017.

BRASIL. **Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998**. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9656.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9656.htm)>. Acesso em: 24 abr. 2017.

BRASIL. **Lei nº 9.961 de 28 de janeiro de 2000**. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9961.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9961.htm)>. Acesso em: 25 maio 2017.

BRASIL. **Lei nº 10.865, de 30 de abril de 2004**. Dispõe sobre a Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social incidentes sobre a importação de bens e serviços e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/l10.865.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.865.htm)>. Acesso em: 16 maio 2017.

BRASIL. **Medida provisória nº 2.177-44, de 24 de agosto de 2001**. Altera a Lei no 9.656, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos privados de assistência à saúde e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/MPV/2177-44.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/2177-44.htm)>. Acesso em: 09 maio 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 1.378.70-RJ (2013/0099511-2)**, Terceira Turma. Recorrente: OMINT Serviços de Saúde LTDA. Recorrido: Octávio Franzim Stipp; Agravante: OMINT Serviços de Saúde LTDA. Agravado: Octávio Franzim Stipp. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, DF, 26 de maio de 2015. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=45493724&num\\_registro=201300995112&data=20150615&tipo=5&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=45493724&num_registro=201300995112&data=20150615&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 10 jan. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento nº 824.946**, 1ª Turma. Agravante: Estado do Rio Grande do Sul. Agravado: Alice Machado Guilherme. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, DF, 25 de junho 2013. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3980425>>. Acesso em: 11 jan. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 822.882**, 1ª Turma. Agravante: Município de Uberaba. Agravado: Luzia Lopes Faria. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 10 de junho de 2014. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3972254>>. Acesso em: 11 jan. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo nº 744.170**, 1ª Turma. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Caroline Borges Duarte (Representada por Kátia Martina Vieira Borges). Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 01 abril de 2014. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4393511>>. Acesso em: 11 jan. 2018.

CADERNO DE INFORMAÇÕES DA SAÚDE SUPLEMENTAR: beneficiários, operadoras e planos. Rio de Janeiro: Agência Nacional de Saúde Suplementar, ano 10, n. 1, p. 23, jun. 2016. Disponível em: <[http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais\\_para\\_pesquisa/Perfil\\_setor/Cademo\\_informacao\\_saude\\_suplementar/caderno\\_JUNHO\\_2016\\_total.pdf](http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Perfil_setor/Cademo_informacao_saude_suplementar/caderno_JUNHO_2016_total.pdf)>. Acesso em: 03 fev. 2018.

CALABRESI, Guido. Some thoughts on risk distribution and the law of torts. **The Yale Law Journal**, New Haven, Conn., v. 70, n. 4, p. 499-553, Mar. 1961. Disponível em: <[https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3035&context=fss\\_papers](https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3035&context=fss_papers)>. Acesso em: 03 ago. 2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CARVALHO, Cristiano. **Teoria da decisão da tributária**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Função normativa regulatória e o novo princípio da legalidade. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). **O poder normativo das agências reguladoras**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 21-58.

CAVALLI, Cássio. O direito e a economia da empresa. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 417-432.

COASE, Ronald H. **The firm, the market and the law**. Chicago: The University of Chicago Press, 1988.

COASE, Ronald H. The problem of social cost. **Journal of Law and Economics**, Chicago, v. 3, p. 1-44, 1960. Disponível em: <<https://www.law.uchicago.edu/files/file/coase-problem.pdf>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA (CNI). **Saúde suplementar: uma agenda para melhores resultados**. Brasília, DF, 2018.

COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. **Direito e economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

ESMERALDI, Renata Maria Gil da Silva Lopes; LOPES, José Fernando da Silva. **Sistema suplementar de saúde: anotações sistematizadas**. São Paulo: Sincoomed, 2011.

ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm)>. Acesso em: 09 maio 2017.

ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm)>. Acesso em: 09 maio 2017.

ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm)>. Acesso em: 09 maio 2017.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de direito de saúde suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

FIGUEIREDO, Pedro Henrique Poli de. **A regulação do serviço público concedido**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

FONTES, André. A dubiedade constitucional da ordem econômica. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.) **O poder normativo das agências reguladoras**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 17-19.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 4: contratos, t. 1: teoria geral.

GASPARETTO JUNIOR, Antonio. Burocracia. In: INFOESCOLA. [S. l.], c2017. Disponível em: <[https://www.infoescola.com/administracao/\\_burocracia/](https://www.infoescola.com/administracao/_burocracia/)>. Acesso em: 18 jan. 2018.

GEE, Jim; BUTTONM, Mark. **The financial cost of healthcare fraud 2014: what data from around the world shows**. London: BDO, Mar. 2014. Disponível em: <<https://fullfact.org/wp-content/uploads/2014/03/The-Financial-Cost-of-Healthcare-Fraud-Report-2014-11.3.14a.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

GICO JÚNIOR, Ivo. Introdução ao direito e economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 1-33

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. São Paulo: Atlas, 2002.

IMPÉRIO DO BRAZIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824)**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm)>. Acesso em: 09 maio 2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Coordenação de Contas Nacionais. **Conta-satélite de saúde: Brasil: 2010-2015**. Rio de Janeiro, 2017.

LARA, Natalia Cairo. **Evidências de práticas fraudulentas em sistemas de saúde internacionais e no Brasil**. São Paulo: Instituto de Estudos de Saúde Suplementar, 2017. Disponível em: <[https://iess.org.br/?p=publicacoes&id=846&id\\_tipo=3](https://iess.org.br/?p=publicacoes&id=846&id_tipo=3)>. Acesso em: 03 fev. 2018.

LEONEL, Vilson; MOTTA, Alexandre de Medeiros. **Ciência e pesquisa: livro didático**. 2. ed. rev. atual. Palhoça: UnisulVirtual, 2007.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Curso completo de direito civil**. 3. ed. São Paulo: Método, 2010.

MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais**: conceito, função e tipos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. Saúde suplementar, segurança jurídica e equilíbrio econômico-financeiro. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Coord.). **Planos de saúde**: aspectos jurídicos e econômicos. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 3-15.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **A ideia de direito social**: o pluralismo jurídico de Georges Gurvich. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código civil comentado**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Nelson. País busca soluções para aumento de judicialização na saúde. **Senado Notícias**: especial cidadania, Brasília, DF, n. 634, 15 maio 2018. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/especial-cidadania/pais-busca-solucoes-para-aumento-de-judicializacao-na-saude>>. Acesso em: 20 maio 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração universal dos direitos humanos. (1948)**. São Paulo: Procuradoria Geral do Estado, [2017]. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/2decla.htm>>. Acesso em: 05 maio 2017.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) - 1946**. São Paulo: USP, [2017?]. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

PACHECO, Pablo Viana; TEIXEIRA, Tatiana Cardoso. A judicialização do direito à saúde e o princípio da reversa do possível: necessidade de uma interpretação sistemática da Constituição. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, ano 14, n. 85, fev 2011. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-judicializacao-do-direito-a-saude-e-o-principio-da-reversa-do-possivel-necessidade-de-uma-interpretacao-sistemica-da-constituicao/#:~:text=0-%20judicializa%C3%A7%C3%A3o%20do%20direito%20%C3%A0%20sa%C3%BAde%20e%20o%20princ%C3%ADpio%20da,uma%20interpreta%C3%A7%C3%A3o%20sistem%C3%A1tica%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o&text=3%20Participa%C3%A7%C3%A3o%20popular%20na%20formula%C3%A7%C3%A3o,das%20pol%C3%ADticas%20p%C3%BAblicas%20de%20sa%C3%BAde>>. Acesso em 19 dez. 2017.

POSNER, Eric A. **Agency models in law and economics**. Chicago: The University of Chicago. The Law School, 2000. Disponível em: <[https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1036&context=law\\_and\\_economics](https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1036&context=law_and_economics)>. Acesso em: 03 fev. 2018.

SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde**: efetivação de uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCLIAR, Moacir. **Do mágico ao social**: a trajetória da saúde pública. Porto Alegre: L&PM, 1987.

SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. **O Sistema Único de Saúde e suas diretrizes constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

TIMM, Luciano Benetti. **Ainda sobre a função social do direito contratual no código civil brasileiro**: justiça distributiva *versus* eficiência econômica. [Rio de Janeiro: FGV, 2009]. Disponível em: <<http://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/file/Semin%C3%A1rios%20de%20Pesquisa%20-%20Luciano%20Timm.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

TIMM, Luciano Benetti. **Direito contratual brasileiro**: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico. São Paulo: Atlas, 2015.

TIMM, Luciano Benetti. Direito, economia e a função social do contrato: em busca dos verdadeiros interesses coletivos protegíveis no mercado do crédito. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, v. 9, n. 33, p. 15-31, jul./set. 2006.

TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. Análise econômica dos contratos. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 158-179.

UNITED STATES. Senate. **The interstate commerce act is passed**: February 4, 1887. Washington, D.C., [2017]. Disponível em: <[https://www.senate.gov/artandhistory/history/minute/Interstate\\_Commerce\\_Act\\_Is\\_Passed.htm](https://www.senate.gov/artandhistory/history/minute/Interstate_Commerce_Act_Is_Passed.htm)>. Acesso em: 10 jan. 2018.

ZARATTINI, Carlos. **Projeto de lei nº 1202, de 2007**. Disciplina a atividade de “lobby” e a atuação dos grupos de pressão ou de interesse e assemelhados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=353631>>. Acesso em: 29 jan. 2018.