

FACULDADES INTEGRADAS DO BRASIL
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEMOCRACIA

LUIZ CARLOS DA ROCHA

O DIREITO À SAÚDE E O SISTEMA SUPLEMENTAR

CURITIBA

2015

LUIZ CARLOS DA ROCHA

O DIREITO À SAÚDE E O SISTEMA SUPLEMENTAR

Dissertação apresentada como requisito parcial
à obtenção do título de Mestre, ao Programa de
Mestrado em Direitos Fundamentais e
Democracia, Faculdades Integradas do Brasil.
Orientador: Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier

CURITIBA

2015

TERMO DE APROVAÇÃO

LUIZ CARLOS DA ROCHA

O DIREITO À SAÚDE E O SISTEMA SUPLEMENTAR

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre, pelo Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia, das Faculdades Integradas do Brasil, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier
Faculdades Integradas do Brasil

Banca: Prof. Dra. Adriana Schier

Prof. Dra. Estefânia Maria de Queiroz Barboza

Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier

Curitiba, 29 de fevereiro de 2015

RESUMO

O modelo de assistência à saúde anterior a nova ordem constitucional de 1988 era individual, baseado em especialidades e mercantilista. Não havia de direito à saúde. O novo modelo de assistência à saúde da nova ordem constitucional é público, universal e gratuito, um direito do cidadão e dever do Estado, superando o velho modelo de especialidades. O novo modelo de assistência à saúde no Brasil passa a ser misto, público e privado. Surge o Sistema Único de Saúde, totalmente público, para oferecer e garantir saúde gratuita para todos. O novo ordenamento constitucional também garante a participação da iniciativa privada na assistência à saúde, dentro e fora do sistema público. Consolidação de dois sistemas de assistência à saúde: público e privado. Surgimento e evolução dos planos de saúde no Brasil. A assistência à saúde é direito fundamental nos sistemas público e privado. No sistema público o Estado tem o dever de prover a saúde como direito fundamental. Artigos 3º, inciso III, 6º, 23, inciso II, e 199, caput e parágrafo 2º, da Constituição Federal. No sistema privado o Estado é regulador e protetor dos interesses do cidadão. Artigos 174 e 197, da Constituição Federal. Normas constitucionais com plena eficácia normativa assegurando direito subjetivo ao cidadão. A assistência à saúde privada é faculdade do cidadão consumidor. Saúde suplementar é atividade econômica e o Estado o seu regulador, atuando por meio da Agência Nacional de Saúde Suplementar, pois trata-se atividade de relevância pública. A relevância pública decorre também de que os recursos administrados pelas operadoras de planos privados de saúde constituem um fundo comum pertencente aos consumidores a elas associados e, como regulador da atividade, o Estado tem o dever de zelar pela sua integridade. A carteira de clientes da operadora é o conjunto de consumidores a ela associados e que concretiza o processo de mutualismo mediante o pagamento das mensalidades. A operadora paga as despesas por conta e ordem do consumidor. Artigo 1º, inciso I, da Lei 9.656/98. O uso da saúde suplementar pelo cidadão retira ou mitiga o direito à saúde pública, universal e gratuita? O cidadão tem o direito de estabelecer a extensão das coberturas que deseja contratar com o plano de saúde? O Estado usa a regulação para aumentar as coberturas obrigatórias e transferir cada vez mais para o cidadão a responsabilidade de prover sua própria saúde? Com o aumento das coberturas obrigatórias impostas pela ANS, o Estado se desonera cada vez mais de prover a saúde do consumidor dos planos de saúde? O equilíbrio

econômico-financeiro das operadoras é afetado pelo aumento das coberturas obrigatórias? O aumento das coberturas obrigatórias, a impossibilidade de reajustes dos planos individuais e a liberdade para negociar os reajustes nos coletivos, produz aumento dessa modalidade de contratação? Esse processo onera os trabalhadores que estão nos planos coletivos e provoca o fenômeno da concentração no setor? Em que medida a judicialização da saúde contribui para isso? O objetivo é desvendar se está em curso um processo de desoneração do Estado e de oneração do cidadão, com a consequente sonegação do seu direito à saúde. Nesse contexto, o art. 32, da Lei n.º 9.656/98, é apenas uma das formas de oneração do cidadão. Ocorre que o Estado deve proteger os interesses dos consumidores.

Palavras-chave: Direito à saúde. Plano de Saúde. Atividade econômica. Regulação. Desoneração do Estado.

ABSTRACT

The health care model previous to the new constitutional order of 1988 was individual, based on specialties and mercantilist. There was no right to health. The new health care model of the new constitutional order is public, universal and free, a citizen's right and duty of the state, surpassing the old model of specialties. The new health care model in Brazil has become mixed, public and private. Comes the Unified Health System, fully public, to offer and guarantee free health for all. The new constitutional framework also ensures the participation of private initiative in health care, in and out of the public system. Consolidation of two health care systems: public and private. Emergence and evolution of health plans in Brazil. Health care is a fundamental right to either public and private systems. In the public system the state has the duty to provide health as a fundamental right. Articles 3, section III, 6, 23, section II, and 199, heading and paragraph 2, of the Federal Constitution. In the private system the state is a regulator and protector of the interests of the citizen. Articles 174 and 197 of the Federal Constitution. Constitutional requirements, with full legal effectiveness ensuring subjective rights to citizens. Assistance to private healthcare is the citizen's responsibility. Additional health insurance is an economic activity and the State its regulator, acting through the National Additional Health Insurance Agency, as it is an activity of public importance. The public importance also elapses that the resources administered by the private health insurance providers are a common fund belonging to consumers associated with them and, as a regulator of the activity, the State has the duty to ensure its integrity. The operator's customer base is the consumers set associated with it and embodying mutualism process upon payment of fees. The operator pays the expenses for the costumer's account and order. Article 1, section I, Law 9,656 / 98. Does the use of supplementary health by citizen removes or mitigates the right to public health, universal and free? Does the citizen have the right to establish the extent of the coverage he wishes to contract with the health plan? Does the state uses the regulation to increase the mandatory coverage and increasingly transfer to citizens the responsibility to provide their own health? With the increase of mandatory coverage imposed by ANS, does the State increasingly exempts to provide the consumer health care plans? Is the economic and financial balance of operators affected by the increase of mandatory coverage? Does the increase for compulsory coverage, the impossibility of adjustment of individual plans and freedom to negotiate adjustments in the collective produces increase in this type of contract? Does this process affect the workers who are in the corporate segment and does it cause the phenomenon of concentration in the sector? To what extent does the legalization of health contributes to it? The aim is to discover whether there is an ongoing relief process of the state and encumbrance of citizens with the consequent evasion of their right to

health. In this context, art. 32 of Law 9.656 / 98, is just a way of encumbrance of the citizen. It turns out that the state should protect the interests of consumer

Keywords: Public. Universal. Free. Model. Private Initiative. Healthcare. Economic activity. Regulatory state. Insurance companies. Economic and financial balance. Exemption of the State. Unconstitutionality of article 32 of Law No. 9656/98.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	8
2	BREVE RETROSPECTIVA DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL.....	10
3	A SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL.....	21
4	A NATUREZA DOS SERVIÇOS DA SAÚDE SUPLEMENTAR.....	27
5	A NATUREZA JURÍDICA DOS PLANOS PRIVADOS DE SAÚDE	38
6	REGULAÇÃO DOS PLANOS DE SAÚDE.....	49
7	O CIDADÃO NA SAÚDE SUPLEMENTAR	58
8	O CONSUMIDOR E A SONEGAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE.....	63
9	CASO CONCRETO: O ARTIGO 32, DA LEI N.º 9.656/98.....	78
10	CONSIDERAÇÕES FINAIS	89
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	90

1 INTRODUÇÃO

No âmbito normativo do artigo 197, da Carta de 1988, o legislador constituinte garantiu a participação da iniciativa privada na assistência à saúde apenas como coadjuvante do sistema público estatal de saúde.

Para o Estado a saúde é um dever que decorre de um direito fundamental do cidadão, que, ao mesmo tempo, tem na assistência privada à saúde uma faculdade.

As portas da saúde para a ampla participação da iniciativa privada foram abertas no texto do artigo 199, onde, singelamente, o constituinte garantiu que a "assistência à saúde é livre à iniciativa privada".

Assim, estabeleceu duas formas distintas de participação da iniciativa privada na assistência à saúde. Uma complementar ao sistema público, integrada e em cooperação com ele. A outra completamente fora, sendo proibida qualquer forma de cooperação estatal, eis que "vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos" (§ 2.º, do artigo 199).

Dessa forma, parte da assistência privada à saúde e o sistema público de saúde, onde está agasalhado o direito fundamental à saúde, foram condenados à eterna separação.

É assim que deve viver o chamado sistema suplementar de saúde, operação inteiramente privada em que o cidadão está autorizado a se associar para, por meio de um processo de mutualismo, na forma do regramento estabelecido pela Lei n.º 9.656/98, constituir fundos financeiros para prover sua própria assistência à saúde.

Veio também a possibilidade de instituição do poder regulatório do Estado sobre a atividade dos planos de saúde, que já atuavam antes mesmo do novo ordenamento constitucional, mas sem qualquer fiscalização e controle estatal.

Além das virtudes do equilíbrio econômico-financeiro, segurança jurídica e transparência, a regulação da saúde suplementar tornou-se um mecanismo pelo qual, silenciosamente, o Estado passou a se desonerar e transferir para o cidadão obrigações que inegavelmente o constituinte, pelo comando do artigo 196 da Carta, lhe atribuiu e das quais não pode se desobrigar.

Uma boa compreensão da natureza e da complexidade das atividades dos planos privados de assistência à saúde, como atividade econômica que opera com recursos que pertencem ao consumidor, é o modo mais singelo de impedir que o Estado/devedor se desonere das obrigações que tem para com o cidadão/credor no âmbito do programa constitucional e transfira para ele o ônus da assistência à saúde.

Nesse contexto, inevitável a análise da constitucionalidade do artigo 32, da Lei n.º 9.656/98, que atribuiu o direito ao Estado de cobrar pela assistência à saúde prestada aos consumidores associados aos planos de saúde.

2 BREVE RETROSPECTIVA DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

Até o advento da Constituição de 1988, a assistência à saúde se desenvolveu no Brasil orientada por uma visão mercantilista que priorizava o desenvolvimento de uma medicina privada e de especialidades.

Tratava-se de

uma concepção estreita e individualista, que reduzia os cuidados de saúde ao oferecimento de serviços médico-hospitalares, que os mais ricos deveriam comprar e os mais pobres receberiam precariamente, como um favor do Estado e na dependência de sobras orçamentárias.¹

Essa modalidade de assistência à saúde individual só era oferecida gratuitamente mediante a situação de pobreza do cidadão. Uma filantropia. Não se tratava de um direito.

Nos anos 1980, década da grande mudança constitucional no Brasil, o tema era tratado na Constituição apenas com um sentido de organização administrativa de combate a endemias e epidemias², que se colocavam como os grandes desafios do Estado e relevando a assistência à saúde ao trabalho da filantropia ou de clínicas privadas, cujo acesso dependia sempre do poder aquisitivo do cidadão.

Dessa forma, a "Carta Magna apenas enunciava a saúde como direito do cidadão, reduzindo-a, porém, ao conceito de 'assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva' (art. 165, XV, da Constituição de 67/69)"³.

Nesse contexto, a assistência à saúde era oferecida pelo Estado apenas como uma contraprestação devida aos trabalhadores que contribuíam para o sistema de previdência social, completamente destituída, portanto, da gratuidade.

Embora já fosse objeto de dura crítica de diversos setores da sociedade já na década de 1970, a velha concepção de medicina só começou a encontrar resistência dentro do aparelho estatal brasileiro a partir de janeiro de 1983, pois,

¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. Apresentação. In: CARVALHO, Guido Ivan; SANTOS, Lenir. **Sistema único de saúde**. São Paulo: Hucitec, 1992. p. 9-11

² SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 311-312.

"apenas com a saída dos militares do poder os sanitaristas puderam efetivamente ocupar posições-chave nas instituições que gerenciavam a política de saúde no país"⁴.

Os sanitaristas tinham uma visão multidisciplinar e coletiva da saúde, entendendo-a não só como uma ferramenta para tratar as consequências da patologia, mas como um conjunto integrado de ações capazes de promover a saúde da população em diversas frentes, com atenção especial ao aspecto preventivo.

De fato, a redemocratização do país, que deu largos passos no início da década de 1980, permitiu a ampla convocação e a realização da Oitava Conferência Nacional de Saúde, a trincheira em que os sanitaristas se postaram durante a ditadura na luta para a busca de um modelo de saúde coletiva que atendesse às baixas camadas da população.

O evento mobilizou a sociedade brasileira que, por meio das suas associações de profissionais liberais, sindicatos de trabalhadores, conselhos profissionais, associações de moradores, foi capaz de expressar nele, razoavelmente, toda a sua diversidade.

Tornou-se o

marco histórico mais importante no processo de constituição de uma plataforma e de estratégias a favor da democratização da saúde. Ali foram lançados os princípios da Reforma Sanitária e a aprovação da criação de um sistema único de saúde, que configurasse um novo arcabouço institucional, com a separação total da saúde e da previdência social. Dos postos do Executivo para a Assembleia Constituinte, grande parte das propostas do movimento sanitário foi debatida e aprovada através da Constituição de 1988. Ficaram estabelecidos os princípios e diretrizes do SUS.⁵

Não é nenhum exagero afirmar que esse novo horizonte democrático também já foi resultado da necessidade de superação do isolamento que as especialidades produziram entre as ciências.

Um movimento que envolvia praticamente todos os profissionais da medicina (do médico ao farmacêutico) com os de outras áreas (como engenharia, arquitetura, direito, ciências sociais e outras) implicava na reaproximação das ciências naturais com

³ CARVALHO, Guido Ivan; SANTOS, Lenir. **Sistema único de saúde**: comentários à Lei Orgânica da Saúde. (Lei 8.080/90 e Lei 8.142/90). São Paulo: Hucitec, 1992. p. 21.

⁴ DALLARI, 1992, p. 10-11.

⁵ SOUZA, Jessé. **A ralé brasileira, como é e como vive**: quem é e como vive. Belo Horizonte: UFMG, 2009. p. 309-310.

as ciências sociais, apontando para um novo paradigma social, que Boaventura chamou de paradigma de uma vida decente, o fim da distinção entre as ciências, que também já se fazia presente no ideário do movimento sanitaria brasileiro, plenamente integrado à luta pela redemocratização do Brasil e por um novo ordenamento constitucional que espelhasse seus ideais.⁶

Então não se pode desconhecer que esse novo "*paradigma social*", nos horizontes que a conjuntura nacional permitia, já estava no contexto do objetivo da luta pela superação da velha concepção de medicina mercantilista de especialidades.

Como resultado direto disso, e que interessa destacar aqui, é que os artigos 6.º e 196, da Constituição Federal de 88, elevaram a saúde à condição de dever do Estado, que, como se extrai do texto, deve ser 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".

Num só tempo, a assistência à saúde também foi elevada à condição de direito social e subjetivo do cidadão, um princípio com força normativa suficientemente eficaz para garantir sua postulação em juízo e sujeitar o Estado ao dever de provê-lo.

O artigo 198 da Constituição apontou o caminho para a concretização ao impor que as ações e os serviços públicos de saúde deveriam "integrar uma rede regionalizada e hierarquizada", constituindo um sistema único, organizado de acordo com as diretrizes nela estabelecidas.

Assim, abriu-se o caminho para que o legislador ordinário, por meio da Lei n.º 8.080/90, dar vida ao SUS, Sistema Único de Saúde, instrumento concebido pelo constituinte para concretizar o acesso universal à saúde, consagrando finalmente a nova concepção para orientar as ações do Estado na saúde.

Já foi, indubitavelmente, fruto do

encontro e a interligação das áreas da Saúde e do Direito em nível teórico e prático. O mundo inteiro já percebeu que o isolamento rigoroso de áreas científicas em compartimentos estanques, bem ao gosto do positivismo do século dezenove, é altamente prejudicial, impedindo um intercâmbio

⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre ciências**. 8. ed. Porto: Afrontamento, 1996.

sempre benéfico e que as últimas conquistas da ciência e da tecnologia tornaram necessário.⁷

Assim, a concepção que orientou a criação do sistema único foi fruto de um inequívoco reencontro da diversidade da sociedade brasileira para o qual conspirou o pensamento de que ela deveria ser vista a partir de diferentes olhares, do médico, mas também do cientista social, do filósofo, das ciências exatas e do direito.

O mesmo Boaventura descreve bem esse processo ao anotar que: “A concepção humanística das ciências sociais enquanto agente catalisador da progressiva fusão das ciências naturais e ciências sociais coloca a pessoa, enquanto autor e sujeito do mundo, no centro do conhecimento, mas, ao contrário das humanidades tradicionais, coloca o que hoje designamos por natureza no centro da pessoa. Não há natureza humana porque toda a natureza é humana. É pois necessário descobrir categorias de inteligibilidade globais, conceitos quentes que derretam a realidade. A ciência pós-moderna é uma ciência assumidamente analógica que conhece o que conhece pior através do que conhece melhor. Já se mencionou a analogia textual e julgo que tanto a analogia lúdica como a analogia dramática, como ainda a analogia biográfica, figurarão entre as categorias matriciais do paradigma emergente: o mundo, que hoje é natural ou social e amanhã será ambos, visto como um texto, como um jogo, como um palco ou ainda como uma biografia”.⁸

⁷ DALLARI, 1992, p. 10-11.

⁸ Ibid., p. 44.

De fato, já havia

a preocupação com trabalhos interdisciplinares, muito vivo nas universidades [...] Nas discussões travadas antes e durante a constituinte de 1987/1988 houve substancial mudança de atitudes dos especialistas de ambas as áreas. Disso resultou a inclusão de um capítulo extremamente importante na Constituição brasileira de 1988, a par da preocupação com a previsão dos meios para efetivação do direito à saúde. A interferência de grupos representativos de interesses econômicos e de outros ainda apegados a uma visão exageradamente individualista e médico-hospitalar da saúde prejudicou, em parte, o avanço no sentido da efetiva garantia do direito à saúde para todos, sem qualquer discriminação ou marginalização.⁹

A nova concepção emergiu com o novo ordenamento constitucional, cujo programa comprometeu toda a administração pública brasileira, em todas as suas esferas, que, por seu turno, passou a atuar, com maior ou menor intensidade, na busca da concretização do programa constitucional do direito à saúde.

A atenção com todos esses aspectos estava presente no horizonte dos que se dedicaram aos estudos para elaboração e também na interpretação do novo ordenamento legal da saúde.

Esse aspecto é retratado com felicidade por Guido Ivan de Carvalho ao recomendar "aos interessados no conhecimento da LOS os elementos que não podem ficar de fora da reflexão do intérprete e do aplicador da norma", invocando as lições de Carlos Maximiliano.¹⁰

Esse espírito de compreensão da norma e da realidade, voltado para o objetivo de concretizá-la, tinha todo sentido porque o novo nasceu sem que o velho

⁹ DALLARI, 1992, p. 10-11.

¹⁰ CARVALHO; SANTOS, 1992, p. 21: "A lei não brota do cérebro do seu elaborador, completa, perfeita, como um ato de vontade independente, espontâneo. Em primeiro lugar, a própria vontade humana é condicionada, determinada; livre na aparência apenas [...] A base de todo trabalho do exegeta seria uma ficção: buscaria uma vontade possível, agente, ativa no passado e as conclusões logicamente decorrentes desse intento primitivo. Não se trata apenas dos tempos imediatamente posteriores à lei, quando é menos difícil estudar e compreender o meio, o ambiente em que foi o texto elaborado, as ideias dominantes, as divisões das assembleias, as vitórias parciais de um grupo, as transigências da maioria com este ou aquele pendor dos contrários. A tarefa, nesse caso, ainda seria pesada, porém em grande parte realizável. Entretanto, a letra perdura, e ávida continua; surgem novas ideias; aplicam-se os mesmos princípios a condições sociais diferentes; a lei enfrenta imprevistas criações econômicas, aspirações triunfantes, generalizadas no país, ou no mundo civilizado; há desejo mais veemente de autonomia de um lado, e maior necessidade de garantia por outro, em consequência da extensão das relações e das necessidades do crédito. Força é adaptar o Direito a esse mundo novo aos fenômenos sociais e econômicos em transformação constante, sob pena de não ser efetivamente justo – das richtige Recht, na expressão feliz dos tudesocos".

tivesse ainda morrido e tampouco tinha disposição para tanto¹¹. Assim, comparativamente, o velho e o novo,

são dois sistemas de saúde diametralmente opostos, destacando-se, no novo sistema, de um lado o reconhecimento de que a saúde é um direito fundamental do ser humano e, de outro, o conceito abrangente de saúde. Saúde não significa mais assistência médico-hospitalar, curativa ou preventiva. Saúde é o resultado de políticas públicas do Governo.¹²

Disso decorreu que o resultado final do grande debate que marcou o tema do direito à saúde na Assembleia Nacional Constituinte, a luta entre o velho e o novo, foi o de um inevitável consenso em que o novo nasceu e o velho, embora derrotado, também preservou sem espaço, mas não mais como o protagonista, que passou a ser o público.

O constituinte preservou o espaço para a iniciativa privada, mostrando assim a forte presença daquele velho modelo de saúde em parcela expressiva da Assembleia Constituinte, tal como se extrai do texto do artigo 199, da nova Carta: "assistência à saúde é livre à iniciativa privada".

Assim, é importante anotar que esse resultado nasceu em razão da rejeição da concepção que, entre os constituintes, lutava por um sistema exclusivamente estatal, sem nenhuma presença da iniciativa privada, sob o pressuposto de que

a segmentação de clientela entre a assistência pública e a privada, esta última formalizada pela regulamentação da assistência supletiva no final da década de 1990, evidencia a inviabilidade do ideal da saúde como um direito de todos e um dever do Estado.¹³

A incompreensão entre o público e o privado, sobre a possibilidade de traçarem objetivos comuns, seguiu presente em toda a produção legislativa na área da saúde nos 25 anos que se seguiram de história do novo ordenamento constitucional.

¹¹ A menção a Carlos Maximiliano tem aqui apenas a finalidade de retratar que, de fato, havia o empenho de estabelecer um diálogo multidisciplinar que houve na elaboração no marco histórico do Sistema Único de Saúde.

¹² CARVALHO; SANTOS, 1992, p. 21.

¹³ SOUZA, Jessé; LUNA, Lara . Fazer viver e deixar morrer: a má-fé da saúde pública no Brasil. In: SOUZA, Jessé. (Org.). **A ralé brasileira**: quem é e como vive. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2009. p. 306.

Essa incompreensão conduz a

muitas duplicidades e ineficiências na convivência dos dois setores. A Constituição vigente estipula que a saúde é um dever do Estado, mas afirma que a assistência à saúde é livre à iniciativa privada. O sistema de saúde brasileiro é atípico, pois tanto o setor público quanto o privado são importantes; na maioria dos países um setor predomina (o setor público nos países europeus e Canadá, o setor privado nos EUA e na maioria dos países de baixa renda). Na falta de um marco regulatório adequado que defina os papéis de cada um de maneira mais clara, a relação entre os dois setores no Brasil torna-se conflituosa.¹⁴

O fato é que o novo e o velho persistiram e seguiram caminhos que se entrelaçam, mas que se recusam a dialogar. Assim, o sistema que emergiu foi híbrido.

Um sistema público alçado pelo constituinte como o grande protagonista e coexistindo com um sistema privado que pode servi-lo de maneira complementar, ora atuando dentro do sistema público, ora prestando serviços fora dele e, nesse caso, nas duas situações como atividade econômica, como se verá adiante.

Note-se que foi assegurada a faculdade de a iniciativa privada atuar totalmente fora do público, de maneiras variadas e, no que importa aqui, por meio do sistema suplementar de saúde, com conceito de sistema de mutualismo pelo qual, como se verá, a empresa operadora de planos privados de saúde oferece ao cidadão "coberturas facultativas para bens e serviços não cobertos ou inadequadamente cobertos pelo sistema principal [...] essa cobertura pode inclusive duplicar a cobertura do sistema principal"¹⁵, compreendendo-se aqui como principal o sistema público.

A concepção construída pelo constituinte, portanto, é de que ambos, público e privado, juntos ou separadamente, deveriam atuar de modo a maximizar a assistência à saúde do cidadão na medida em que ele sempre terá o direito a extrair de um o que o outro não tem, ou, sempre e ao mesmo tempo, o que ambos podem dar de melhor.

Também não se pode deixar de referir que a dura realidade do orçamento público acabou impondo, ao longo desses 25 anos, a forçada coexistência do público com o privado que, paradoxalmente (pois, como visto, se rejeitam), puderam contribuir para concretizar o imperativo constitucional.

¹⁴ CECHIN, José (Coord. e Org.). **A história e os desafios da saúde suplementar: 10 anos de regulação**. São Paulo: Saraiva, 2008..p. 62.

¹⁵ Ibid., p. 60.

Sob o aspecto político, é forçoso reconhecer que o mercado de saúde suplementar atua como um elemento de desoneração do SUS, eis que a incapacidade orçamentária e de gestão deste tornou-se um elemento que contribui para o inevitável crescimento do mercado privado de saúde.

É sabido que, embora a dogmática constitucional tenha elevado a saúde à condição de direito fundamental, o

SUS, em construção há quase um quarto de século (desde a Constituição Federal de 1988), ainda não logrou êxito completo em sua meta de universalidade e integralidade. Se o SUS estivesse em condições de cumprir satisfatoriamente com seu dever constitucional, garantindo às pessoas o efetivo acesso tempestivo aos serviços de assistência médica, não haveria por que as pessoas contratarem planos ou seguros de saúde, pois já estariam cobertas pelo sistema público. Apenas aquelas que desejassem serviços diferenciados de hotelaria hospitalar necessitariam de um seguro saúde adicional.¹⁶

No entanto, apesar da sua importância, persiste em amplos setores da doutrina, da administração pública no âmbito do SUS, do Ministério Público, dos parlamentos e do Judiciário, aquele velho preconceito ideológico contra a iniciativa privada na saúde.

Criou-se uma espécie de senso comum de que a atividade privada na saúde constitui um ramo empresarial bem-sucedido que explora a saúde dos incautos como fonte para os grandes lucros que experimentam.

Lamentavelmente, o espírito da cooperação ainda não chegou aos ideólogos e gestores do sistema público de saúde a ponto de estabelecer modos de relacionamento que pudessem disponibilizar ao cidadão o que os dois têm de melhor.

Já se tem ampla compreensão na doutrina jurídica das possibilidades de cooperação material no plano interno¹⁷, cuja concretização já trouxe para o ambiente jurídico as sociedades organizadas da sociedade civil (OSIPs) e as parcerias públicas privadas (PPPs), mas não ao ponto de produzir efeitos que possam transformar a realidade da saúde pública e também privada.

¹⁶ CECHIN, José (Coord. e Org.). Fatos da vida e o contorno dos planos de saúde. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coord.). **Planos de saúde, aspectos jurídicos e econômicos**. Rio de Janeiro: Forense. 2012. p. 197.

¹⁷ MALISKA, Marcos Augusto. **Fundamentos da constituição: abertura – cooperação – integração**. Curitiba: Juruá, 2013.

Quiçá seja necessário que o tempo ainda demonstre que há mais de uma verdade nesse importante segmento da vida brasileira e que a falta de uma boa compreensão de toda a sua complexidade tem levado a um crescente e preocupante processo de sonegação de direitos à saúde do cidadão.

Sempre como uma atividade econômica, o seguro saúde existe no Brasil desde a primeira metade do século XX¹⁸ e ganhou corpo a partir da congregação de médicos de diversas especialidades para prestar atendimento de maneira articulada e como modo de cobrar preços melhores diretamente na venda dos serviços aos pacientes, de modo mais completo, com uma cobertura envolvendo o maior número de especialidades possível, de modo que "acabaram comprando, arrendando ou alugando as instalações hospitalares e de clínicas já existentes em sua área geográfica de atuação, tornando-se grandes operadoras de planos e seguros privados de assistência à saúde"¹⁹.

Antes do novo ordenamento constitucional os planos de saúde atuavam sem o elemento regulador, sem as garantias que vieram com a Lei n.º 9.656/98 e depois com a Lei n.º 9.961/2000.

Antes, como se poderá compreender, expondo o cidadão que participava do sistema a toda sorte de risco.

Assim, o novo regramento criou uma nova cena de proteção aos direitos do cidadão usuário do sistema, exigindo que as antigas operadoras se adaptassem no prazo de cento e oitenta dias²⁰, de modo a ordenar todo o serviço e a preservar os direitos de todos os cidadãos que se encontravam utilizando o antigo sistema.

¹⁸ Lei Eloi Chaves em 1923 e o Decreto-lei n.º 73/1966.

¹⁹ BOTTESINI, Maury Ângelo. Contratos de planos e seguros privados de assistência à saúde: princípios básicos da atividade: suporte jurídico-legal e constitucional. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coord.). **Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos**. Rio de Janeiro: Forense 2012. p. 53.

²⁰ "Art. 1.º Submetem-se às disposições desta Lei as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de saúde ou seguros privados de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade adotando-se, para fins de aplicação das normas aqui estabelecidas, as seguintes definições [...]"

"Art. 8.º Para obter a autorização de funcionamento, as operadoras de planos privados de assistência à saúde devem satisfazer os seguintes requisitos, independentemente de outros que venham a ser determinados pela ANS: I – registro nos Conselhos Regionais de Medicina e Odontologia, conforme o caso, em cumprimento ao disposto no art. 1.º da Lei n.º 6.839, de 30 de outubro de 1980; II – descrição pormenorizada dos serviços de saúde próprios oferecidos e daqueles a serem prestados por terceiros; III – descrição de suas instalações e equipamentos destinados à prestação de serviços; IV - especificação dos recursos humanos qualificados e habilitados, com responsabilidade técnica de acordo com as leis que regem a matéria; V – demonstração da capacidade de atendimento em razão

A relevância pública do segmento da saúde suplementar no Brasil está estampada no fato de que, entre 1987 e 1992, particularmente a partir da regulamentação da Lei n.º 9.656/98, dotou-se o sistema de maior segurança jurídica.

A partir daí, o número de beneficiários em planos individuais cresceu cerca de 19,7% e atingiu 10,0 milhões de vínculos segundo o Caderno de Informações em Saúde Suplementar.

De outro lado, os planos coletivos por adesão cresceram 4,3% e os planos coletivos empresariais cresceram 106,6%, alcançando 6,1 milhões e 33,1 milhões de vínculos, respectivamente.

O atendimento prestado a esses cidadãos beneficiários gerou uma despesa de R\$ 23,3 bilhões em assistência à saúde entre janeiro e março de 2014, representando 81,1% dos R\$ 28,7 bilhões em contraprestações pagas às 1.260 operadoras de planos privados de saúde com beneficiários no trimestre.²¹

No ano de 2015, segundo dados do Portal da ANS, o contingente de usuários dos planos de saúde já atingiu a casa de 50 milhões de brasileiros²², contingente que expressa a relevância pública do serviço, sua importância econômica e financeira para a sociedade e para o sistema público, pois estes cidadãos que

dos serviços a serem prestados; VI – demonstração da viabilidade econômico-financeira dos planos privados de assistência à saúde oferecidos, respeitadas as peculiaridades operacionais de cada uma das respectivas operadoras; VII – especificação da área geográfica coberta pelo plano privado de assistência à saúde."

"Art. 9.º Após decorridos cento e oitenta dias de vigência desta Lei, para as operadoras, e duzentos e quarenta dias, para as administradoras de planos de assistência à saúde, e até que sejam definidas pela ANS, as normas gerais de registro, as pessoas jurídicas que operam os produtos de que tratam o inciso I e o § 1.º do art. 1.º desta lei, e observado o que dispõe o art. 19, só poderão comercializar estes produtos se: I – as operadoras e administradoras estiverem provisoriamente cadastradas na ANS; e II – os produtos a serem comercializados estiverem registrados na ANS."

"Art. 19 Para requerer autorização definitiva de funcionamento, as pessoas jurídicas que já atuavam como operadoras ou administradoras dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1.º do art. 1.º desta Lei, terão prazo de cento e oitenta dias, a partir da publicação da regulamentação específica pela ANS."

²¹ MINISTÉRIO DA SAÚDE/AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (ANS). **Caderno de informação de saúde suplementar**: beneficiários, operadoras e planos. Rio de Janeiro: ANS, jun. 2014.

²² Segundo os dados do setor de planos de saúde (com ou sem odontologia), até setembro de 2014, a ANS atingiu o número de 50.619.350 milhões de beneficiários de assistência médica. Os dados dos planos de saúde coletivos atualizados até setembro de 2014, segundo o site da ANS, são os seguintes: Plano Coletivo empresarial: **33.638.025** milhões; Coletivo por adesão: **6.679.014** milhões; Coletivo não identificado: **13.077** mil; Não informado: **398.105** mil; Individual ou familiar: **9.891.129** milhões.

Os dados obtidos em consulta realizada no site da ANS em 23.02.2015, às 14:30 horas: www.ans.gov.br, link perfil do setor, dados gerais.

provêm sua própria assistência à saúde deixam de buscar essa providência no âmbito do sistema público. Uma inegável desoneração do sistema público.

Hoje o segmento de planos e seguros de saúde no Brasil é um dos maiores sistemas privados de saúde do mundo e que convive com o maior sistema de saúde pública do mundo.

No entanto, as posições ideológicas extremadas turvam a visão e impedem que se coloque no primeiro plano, acima de qualquer outro interesse, o cidadão que investe recursos próprios para fazer frente às suas necessidades de assistência à saúde.

A Lei n.º 9.656/98, como se verá, veio para regulamentar a atividade privada de saúde suplementar dando ao seu setor um grau de disciplina, idoneidade e organização que não tinha, o que Januario Montone denominou de a *travessia da selva*.²³

Estabeleceu limites para a ação empresarial e instrumentos para o Estado proteger os interesses do cidadão e, como tal, um novo mundo para os que dependem, de algum modo, do sistema suplementar.

A compreensão dessa complexidade é o passo necessário para constatar, sem preconceitos, que tanto o sistema público como protagonista, quanto o privado como coadjuvante, foram os instrumentos que o legislador constituinte concebeu para permitir empreender a execução do programa constitucional que elegeu a saúde como um direito fundamental.

Disso resulta que é inarredável compreender que para o Estado, tanto na atividade de saúde pública quanto na iniciativa privada, seja executor direto das ações ou agente regulador, a saúde sempre estará como um direito fundamental.

Na saúde pública o Estado é devedor/provedor e na saúde privada o Estado é regulador/protetor dos interesses do cidadão.

²³ MONTONE, Januario. **10 anos da lei geral dos planos de saúde**. Rio de Janeiro: Medbook, 2009a. p. 19.

3 A SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

À guisa de introdução, Gilmar Mendes, Inocêncio Mártires e Paulo Gustavo Gonet Branco ensinam que os

chamados direitos a prestações materiais recebem o rótulo de direitos a prestações em sentido estrito. Resultam da concepção social do Estado. São tidos como os direitos sociais por excelência. Estão concebidos com o propósito de atenuar desigualdades de fato na sociedade, visando ensejar que a libertação das necessidades aproveite ao gozo da liberdade efetiva por um maior número de indivíduos. O seu objetivo consiste numa utilidade concreta (bem ou serviço).²⁴

É nesse contexto que se insere o direito à saúde que, ainda que tardiamente, veio incrustado na Constituição brasileira de 1988 como um direito fundamental: "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 igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação" (artigo 196, da Constituição).

Antes de chegar ao art. 199, no entanto, o constituinte consignou no inciso III, do artigo 3.º, impondo como fundamento da República a dignidade da pessoa humana e, no artigo 6.º, a saúde como um direito social, dando a dimensão da importância e da atenção que o tema deveria merecer do Estado e da sociedade dali em diante.

E o constituinte fez mais ao comprometer todos os níveis da administração pública na empreitada de suprir a assistência à saúde ao dispor, no inciso II, do artigo 23, que é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, "cuidar da saúde".

²⁴ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 259.

Após a promulgação do novo texto constitucional, José Afonso Silva veio a anotar com espanto que

como um bem extraordinariamente relevante à vida humana só agora é elevado à condição de direito fundamental do homem. E há de informar-se pelo princípio de que o direito igual à vida de todos os seres humanos significa também que, nos casos de doença, cada um tem o direito a um tratamento condigno de acordo com o estado atual da ciência médica, independentemente de sua situação econômica, sob pena de não ter muito valor sua consignação em normas constitucionais.²⁵

O espanto não era sem razão. A noção de direitos fundamentais que acabou consagrada na Constituição de 1988 foi concebida imediatamente após a II Grande Guerra e como resultado da passagem do nazismo e de outros regimes supressores de direitos humanos pelo continente europeu.

Concebeu-se a necessidade de se dotar as democracias ocidentais de regimes constitucionais que fossem suficientemente fortes para evitar que as violações de direitos fundamentais, que ocorreram em larga escala antes e durante aquele conflito, voltassem a se repetir no futuro.²⁶

Assim é que surgiram e se tornaram realidade as constituições que positivaram os direitos fundamentais, com eficácia normativa e atribuindo aos tribunais força para concretizá-las.

Nesse novo modelo, como demonstra Canotilho²⁷, a Constituição deveria assumir a condição de um compromisso, justo e desejado, cujo conteúdo deve ter eficácia e permanência. Para isso era preciso também que as novas normas constitucionais fossem consideradas com um todo, cuja interpretação deveria trabalhar como um elemento integrador para a obtenção de sua máxima efetividade e como resultado da sua força normativa. A ideia de unidade atua para que a interpretação das leis se opere sempre em conformidade com a constituição e de modo que o texto constitucional não possa ser contrariado, submetendo todo o ordenamento infraconstitucional.

²⁵ SILVA, José Afonso. **Comentário contextual à constituição**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 767.

²⁶ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 78.

Mas o Brasil, das décadas de 1970 e 1980, como toda a América Latina, no entanto, permaneceu sob um discurso teórico-crítico que tratava o Direito como um fenômeno secundário que, segundo Schier²⁸, operava como um instrumento ideológico de dominação e legitimador dos interesses do regime, agindo como instrumento de ocultação das desigualdades sociais e, ao mesmo tempo, como obstáculo a qualquer transformação social.

E só com a nova Constituição de 1988 foi possível a releitura emancipatória da teoria jurídica – que haveria de ser crítica o suficiente para não permitir a acomodação dos direitos apenas nos textos legais – que foi acontecendo, então, através do que o autor chama de filtragem constitucional que, sob a força normativa das normas constitucionais, opera para que todo o ordenamento jurídico estatal passe a ser lido sob a ótica da axiologia, da materialidade e juridicidade constitucional, exatamente com o objetivo de transformar para tornar efetiva a realização dos valores estabelecidos naquele pacto fundador, afinal a concretização do programa constitucional.

Era uma nova etapa da luta que, no final dos anos 1980, com o novo ordenamento constitucional e a democracia reconquistada, em boa escala, a América Latina ainda se deparava com o receio de retrocessos e também muita esperança no futuro.

O que ansiava era

democracia, autogoverno, autonomia pública e privada, Democracia como modo legítimo de resolução e conflitos. Democracia como meio de participação e de controle do poder. Quer-se democracia como forma de gestão do espaço público e, mais do que isso, como espaço de afirmação dos direitos do homem. Em suma, a mudança na América Latina se opera a partir dos direitos humanos. Estes, não enquanto complemento de um tipo de organização do poder político, mas como pano de fundo, base necessária a partir da qual um dado tipo de governo – e não outro – é indispensável. Mas, reclamar por direitos significa também compreendê-los, elucidá-los, ou seja, indicar certo conteúdo mínimo para o seu território de significação. Pressupõe, pois, uma leitura sobre a matéria, sob pena de a reivindicação se identificar com o vazio.²⁹

²⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**: estruturas metódicas: sentidos e conceitos básicos. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

²⁸ SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional**: construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

²⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Temas de direito constitucional**. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 21-22.

A preocupação expressada no texto de Clèmerson Clève retratava que, conquistada a democracia e um novo marco institucional que consagrava direitos, a tarefa que se colocava pela frente era a sua plena concretização, em todas as instâncias do Estado e da sociedade.

Na mente dos que lutaram pela nova ordem constitucional estava o período virtuoso de democracia e avanços sociais que toda a Europa passou a experimentar no pós-guerra, cujo retrato era o Estado do Bem-Estar Social, um capitalismo com justiça social, mas na de muitos deles, que lutavam pela saúde exclusivamente pública, também as conquistas sociais que os regimes socialistas lograram empreender até a primeira metade do século XX.

A Constituição brasileira é resultado desses sonhos, tal como anota Ingo Wolfgang Sarlet³⁰ ao referir que o constituinte de 1988 orientou-se pelos modelos das constituições da Itália de 1947, pela lei fundamental na Alemanha de 1949, de Portugal de 1976 e da Espanha de 1978.

Para o autor, merece destaque a posição inicial no texto dos direitos fundamentais, prova da adoção da melhor tradição constitucionalista, uma vez que, além de positivados, mostram relevância e exuberância hermenêutica sobre os demais direitos cravados na Carta.

Na mesma esteira, José Afonso Silva também anota que

foi a Constituição italiana a primeira a reconhecer a saúde como fundamental direito do indivíduo e interesse da coletividade (art. 32). Depois, a Constituição portuguesa lhe deu uma formulação universal mais precisa (art. 64), melhor do que a espanhola (art. 43) e a da Guatemala (arts. 93-100).³¹

De fato, já nos artigos primeiro e terceiro, a Constituição de 1988 anuncia que dentre os seus mais relevantes fundamentos está a dignidade da pessoa humana e a solidariedade, alçando, no artigo 199, a saúde como uma garantia fundamental.

José Afonso Silva diz que o direito à saúde é direito subjetivo fundamental do cidadão, que, assim, pode postular por "medidas e prestações estaduais visando

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

³¹ SILVA, 2000, p. 312.

a prevenção das doenças e o tratamento delas"³², esclarecendo que a expressão "prestações estaduais" utilizada pelos citados autores significa "prestações estatais" em nossa língua.

Mas o reconhecimento da saúde como direito fundamental subjetivo, encartado no texto constitucional com eficácia normativa, não foi tarefa fácil.

Não faltaram aqueles que, impregnados por aquele discurso teórico que tratava o direito como fenômeno secundário e tratavam a norma constitucional como meramente programática e sem nenhuma eficácia normativa, insistiam em sonegar o direito à saúde.³³

O resultado final da luta, nas ruas e nos tribunais, foi o da afirmação da saúde como direito fundamental que está assegurado pela eficácia normativa de que está impregnado o texto constitucional.³⁴

O que está acima de quaisquer dúvidas no Brasil contemporâneo é que o direito à saúde foi alçado à condição de direito fundamental e que a sua concretização requer esforço constante e permanente, sobretudo das camadas da população que mais necessita dele, pois o retrocesso, nas suas mais variadas formas, como se verá adiante, está sempre de plantão e pronto para suprimir direitos.

³² SILVA, 2000, p. 312.

³³ "Normas constitucionais meramente programáticas – ad exemplum, o direito à saúde – protegem um interesse geral, todavia, não conferem, aos beneficiários desse interesse, o poder de exigir essa satisfação – pela via do *mandamus* – eis que não delimitado o seu objeto, nem fixada a sua extensão, antes que o legislador exerça o múnus de contemplá-las através da legislação integrativa. Essas normas (arts. 195, 196, 204 e 227 da CF são de eficácia limitada ou, em outras palavras, não têm força suficiente para desenvolver-se integralmente, 'ou não dispõem de eficácia plena', posto que dependem, para ter incidência sobre os interesses tutelados, de legislação complementar. Na regra jurídico-constitucional que dispõe 'todos têm o direito e o Estado o dever' – dever de saúde – como afixam os constitucionalistas, 'na realidade todos não têm direito, porque a relação jurídica entre o cidadão e o Estado não se fundamenta num *vinculum juris* gerador de obrigações, pelo que falta ao cidadão o direito subjetivo público, oponível ao Estado, de exigir em juízo, as prestações prometidas a que o Estado se obriga por proposição ineficaz dos constituintes'. No sistema jurídico pátrio, a nenhum órgão ou autoridade é permitido realizar despesas sem a devida previsão, orçamentária, sob pena de incorrer no desvio de verbas" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **ROMS 6.564-RS**. Relator: Min. Demócrito Reinaldo. Publicação: DJU 17.6.96, p.21448).

³⁴ "O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RE (AgRg) 271.286-RS**. Relator: Min. Celso de Mello. Publicação: DJU 24.11.00, p.101).

A dificuldade de alocar recursos na saúde e o fato de a classe política não dar ao tema a mesma importância que lhe atribuiu o constituinte tornam a luta para a concretização do direito fundamental um objetivo permanente.

4 A NATUREZA DOS SERVIÇOS DA SAÚDE SUPLEMENTAR

Como se viu, apesar de obrigar o Estado (artigos 23, II, e 196, da Constituição) a estabelecer absoluta prioridade para o sistema único de saúde público estatal, universal e gratuito, o legislador constituinte facultou a ampla atuação da iniciativa privada de mais de uma forma, dentro e fora dos limites do sistema público.

É o que se extrai singelamente da dogmática do artigo 197 da Constituição:

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

Na interpretação de José Afonso Silva, "a execução das ações e serviços de saúde pode ser feita pela Administração direta (Ministério etc.), por entidades da Administração indireta e outros serviços autônomos a que seja delegada e, também, por pessoas físicas e jurídicas de direito privado"³⁵.

O Estado, portanto, está obrigado a ofertar assistência à saúde. No entanto, não está obrigado a fazê-lo diretamente, ou seja, só de uma forma e, assim, mantendo toda uma infraestrutura de serviço puramente estatal para concretizar o princípio constitucional que assegurou o direito fundamental à saúde ao cidadão. O Estado pode valer-se de prestadores privados de serviços que atuam no setor da saúde, por meio de contrato de direito público ou convênio instrumento contratual de Direito Público, como preconiza o § 2.º, do art. 199, da Constituição.

Assim, indubitável que o Estado, por imperativo constitucional, é obrigado a executar as "ações e serviços públicos" de assistência à saúde diretamente e com seus próprios meios (por exemplo, nos serviços próprios das Unidades Básicas de Saúde e dos Hospitais Públicos), podendo fazê-lo também por meio de parceiros privados (por exemplo, clínicas e hospitais privados, com ou sem fins lucrativos, preferencialmente estes), que são incorporados ao *serviço público* por meio de "contrato público ou convênio" (parágrafo primeiro, do artigo 199), participando dele, portanto, *de forma complementar*.

O texto do artigo 197 da Constituição estipula que a execução das ações e dos serviços públicos de saúde podem ser realizados "diretamente ou através de terceiros", ambos compondo, Estado e particular a ele associado, ao cabo e ao fim, "uma rede regionalizada e hierarquizada" que constitui o Sistema Único de Saúde, universalizado, público e sempre gratuito.

Está claro então que, para o Estado, a Constituição impõe um dever. Para o particular criou uma faculdade para atuar na saúde, dentro ou fora do sistema público.

Mas se cuida aqui de examinar qual é a natureza da iniciativa privada na assistência à saúde fora dos limites do Sistema Único de Saúde.

Isso em razão de que a atuação da iniciativa privada, fora do sistema único, na modalidade de atividade econômica com objetivo de lucro, ainda é um aspecto nem sempre bem compreendido.

A identificação dessa atuação privada como atividade econômica é de suma importância para compreender que o constituinte conferiu ao cidadão a possibilidade de prover a sua assistência à saúde com recursos próprios, no âmbito privado e completamente apartado do sistema público, e sem que isso significasse qualquer forma de mitigação do direito fundamental à saúde assegurado em face do Estado.

A saúde suplementar, como se verá adiante, é apenas uma das formas que o cidadão tem ao seu alcance para, com seus próprios recursos, obter assistência à saúde na iniciativa privada fora do sistema único.

É conhecida a divergência doutrinária sobre o conceito de serviço público e atividade econômica, tema que demandaria outro estudo até de maior envergadura e importância dada a extensão de situações que abarca e da sua complexidade teórica.

O objetivo aqui, no entanto, é desvendar a natureza jurídica da atuação da iniciativa privada na saúde suplementar, que ocorre fora do âmbito do sistema único público de saúde.

Então, inevitavelmente, é necessário descartar se a saúde suplementar é um serviço público e uma atividade econômica com o objetivo de obtenção de lucro.

Eros Grau, na 5.^a edição da sua obra, distinguiu serviço público privativo de serviço público não privativo, de modo que os primeiros são aqueles serviços em que a prestação é privativa do Estado, podendo, no entanto, valer-se do particular

³⁵ SILVA, 2009, p. 769.

por meio de concessão, permissão ou autorização, na esteira daquelas hipóteses mencionadas no art. 21 e também diante do que estabelece o artigo 175, ambos da Constituição Federal.

Para ele, os serviços não privativos são

aqueles que têm por substrato atividade econômica que tanto pode ser desenvolvida pelo Estado, enquanto serviço público, quanto pelo setor privado, caracterizando-se tal desenvolvimento, então, como modalidade de atividade econômica em sentido estrito. Exemplos típicos de serviços públicos não privativos temos nas hipóteses de prestação dos serviços de educação e saúde. Quando sejam eles prestados pelo setor privado – arts. 209 e 199 da Constituição de 1988 – atuará este exercendo atividade econômica em sentido estrito. De outra parte, tanto a União quanto os Estados membros e os Municípios poderão (deverão) prestá-los, exercendo, então, atividade de serviço público.³⁶

Já na 14.^a edição, o mesmo autor retrata a mesma distinção mas já sem fazer menção à atividade econômica:

o que torna os chamados serviços públicos não privativos distintos dos privativos é a circunstância de os primeiros poderem ser prestados pelo setor privado independentemente de concessão, permissão ou autorização, ao passo que os últimos apenas poderão ser prestados pelo setor privado sob um desses regimes. Há, portanto, serviço público mesmo nas hipóteses de prestação dos serviços de educação e saúde pelo setor privado. Por isso mesmo é que os arts. 209 e 199 declaram expressamente serem livres à iniciativa privada a assistência à saúde e o ensino – não se tratassem, saúde e ensino, de serviço público razão não haveria para as afirmações dos preceitos constitucionais.³⁷

A importância de definir tal e qual serviço é público tem o objetivo de saber a qual regime jurídico se submete. Sendo serviço público o regime jurídico é o do Direito Público com todos os princípios que orientam a administração pública, particularmente o princípio da continuidade do serviço.³⁸

³⁶ GRAU, Eros Roberto. **Ordem econômica na Constituição de 1988**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 146.

³⁷ *Ibid.*, p. 123.

³⁸ Acima de tudo está o interesse público, no caso, a necessidade imperativa de que a coletividade não pode deixar de receber o serviço, não pode sofrer interrupção. A sua paralisação total ou parcial traria danos à coletividade que faz uso do serviço. A obrigatoriedade da continuidade induz que os danos daí decorrentes da paralisação, que serão causados ao cidadão, deverão ser suportados pelo Estado.

A continuidade não é de toda estranha à saúde suplementar e pode ser identificada no princípio da portabilidade, por meio do qual o usuário pode migrar de uma operadora para outra levando consigo direitos adquiridos naquela em que estava associado, como também nos casos de liquidação extrajudicial.³⁹

O fato do segundo texto de Eros Grau não fazer mais referência à atividade econômica apenas realça que esse aspecto já não era tão relevante, dado não existir dúvida de que, num e noutro caso, se trata sempre de atividade econômica.

Nesse sentido, anota ele que a

distinção entre atividades econômicas que são obrigatoriamente serviços públicos (serviços públicos privativos), atividades econômicas que podem ser serviços públicos (serviços públicos são privativos) e atividades econômicas que não podem ser serviços públicos (atividade econômica em sentido estrito) não é nova, tendo sido originariamente, entre nós, postulada por Celso Antônio Bandeira de Mello. Devo, parenteticamente, enfatizar a circunstância de, a meu juízo, ser outra, distinta da concebida por Celso Antônio, a característica dos serviços públicos não privativos.⁴⁰

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, no entanto, a

separação entre os dois campos – serviço público, como setor pertencente ao Estado, e domínio econômico, como campo reservado aos particulares – é indubitosa e tem sido objeto de atenção doutrinária, notadamente para fins de separar empresas estatais prestadoras de serviço público das exploradoras da atividade econômica, ante a diversidade de seus regimes jurídicos.⁴¹

O autor sustenta que o Estado não tem total liberdade legislativa nessa seara e somente poderá colocar sob o regime Direito Público, ou seja, serviço público, aqueles serviços que a própria Constituição definiu como tal, *alguns deles*

³⁹ A operadora que pode deixar de oferecer o serviço e a portabilidade especial de carências permite ao usuário de plano de saúde que escolha, em outra operadora, um plano de saúde compatível ao que possui. A portabilidade extraordinária existe para atender a situações excepcionais, decorrentes da intervenção da ANS na operadora em que está associado para garantir que migre para outra operadora. As hipóteses estão nas RNs 186 e 252, da ANS. Nos artigos 23 e 34 da Lei 9.656/98, estão previstos casos de liquidação e alienação de carteira como modo de assegurar a continuidade do serviço.

⁴⁰ GRAU, Eros Roberto. **Ordem econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 125.

⁴¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 708-709.

em todo e qualquer caso e outros deles apenas quando prestados pelo Estado, e uma segunda categoria é a que consta do art. 173, da Constituição.

Para ele,

o tratamento dado pela Constituição aos serviços públicos nela mencionados, podem ser distinguidas as seguintes hipóteses: a) serviços de prestação obrigatória e exclusiva do Estado; b) serviços de prestação obrigatória do Estado e em que é também obrigatório outorgar concessão a terceiros; c) serviços de prestação obrigatória pelo Estado, mas sem exclusividade; e d) serviços de prestação não obrigatória pelo Estado, mas não os prestando é obrigado a promover-lhes a prestação, tendo, pois que outorgá-los em concessão ou permissão a terceiros.⁴²

Na sequência, exemplifica como hipótese da letra "a" os serviços postal e do correio aéreo nacional (art. 21, X, da Constituição), da letra "b" os serviços de radiodifusão sonora ou de sons e imagens, eis que o artigo 223 da Constituição impõe o princípio da complementariedade.⁴³

Para os casos da letra "c", Celso Antônio indica que são serviços que o Estado não pode permitir que sejam prestados exclusivamente pelos privados na medida em que está obrigado a também fazê-lo por imperativo constitucional. São justamente os casos dos serviços de educação, saúde, previdência, assistência social e radiodifusão de sons e imagens.

Nessa lógica, a saúde suplementar estaria entre os *serviços de atividade privada livre*, pois não se exige que seja contratado com o Estado por meio de concessão, autorização ou permissão.

Sobre os serviços mencionados na letra "d", o mestre afirma que são todos os demais serviços, especialmente aqueles alinhados no art. 21, XI e XII, da Constituição, que o Estado está obrigado a prestar e pode fazê-lo diretamente ou delegando a terceiros.

O Estado está obrigado a prestar esses serviços e se não o faz, pelos meios que a Constituição o obriga, o cidadão tem o direito subjetivo de exigir judicialmente que sejam contratados com fornecedores privados enquanto a administração pública não os instituir.

⁴² MELLO, 2001. p. 704-706.

⁴³ Deverão coexistir, necessariamente, os serviços privado, público e o das TVs e rádios estatais, de modo que o Estado deve explorar e deve permitir que o privado atue também.

A esse respeito, Ana Paula Barcellos lembra decisão judicial que, comprovada a omissão, obrigou o poder público a prestar assistência à saúde da população por entidades privadas:

Quanto à saúde, a precariedade do sistema público na maior parte do país é bastante conhecida. Um recente decisão, proferida pela 10.^a Vara de Fazenda Pública do Rio de Janeiro, ilustra o quadro. Atendendo pedido do Ministério Público, e diante da precariedade de hospital público municipal, determinou-se que as pessoas que não pudessem ser atendidas pelo hospital deveriam ser encaminhadas a instituições privadas de saúde, devidamente cadastradas, para que ali lhes fosse fornecido o atendimento médico-hospitalar. A decisão condenou ainda o Município a pagar às instituições privadas pela prestação de tais serviços à população.⁴⁴

O fato dá a dimensão do direito subjetivo à saúde que o constituinte assegurou ao cidadão, como já referido antes.

Assim, naquelas hipóteses em que, por qualquer razão, a administração pública ainda não oferece determinado tipo de assistência médica, exame ou remédio, o cidadão pode postular por ele, judicialmente, para obrigar que o Estado o faça, das formas que a conjuntura permitir.

A singularidade da atividade de saúde suplementar é que não necessita das formas de concessão, permissão ou autorização para que possa ser desenvolvida pelo particular, sendo, portanto, espécie de *serviço público não privativo* ou *serviços de atividade privada livre*.

Não significa que não possa ter acesso a essa forma de contratação com o Estado, pois uma operadora de planos privados de saúde, atendendo aos requisitos específicos, pode sagrar-se vencedora em um certame licitatório e obter o direito de administrar um hospital estatal, por exemplo. Obviamente, o mesmo podem outras pessoas privadas, com ou sem fins lucrativos. Nesse caso, o regime a que iria se submeter a pessoa jurídica privada seria o do Direito Público.

Mas o fato é que a saúde suplementar é um ramo de atividade que foi concebido para atuar à margem do Estado e é válido realçar que a atividade econômica está nesse contexto como princípio constitucional, na dicção do parágrafo único do

⁴⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs). **Direitos fundamentais**: orçamento e "reserva do possível". 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p.103-104.

artigo 170: "É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei".

Para Leonardo Figueiredo a saúde suplementar se orienta,

exclusivamente, por normas e regras de direito privado, não havendo como considerá-los modalidade de serviço público, em que pese a essencialidade da atividade para a coletividade [...] Portanto, tanto a saúde complementar quanto a suplementar são prestadas por entidades privadas; aquela, entretanto, segue as mesmas diretrizes e princípios do SUS; esta, a seu turno, rege-se por princípios de direitos privado.⁴⁵

Disso se extrai que, quando a iniciativa privada atua dentro dos limites do Sistema Único de Saúde, com base no referido permissivo constitucional, o faz sempre como modalidade de serviço público e, como tal, sujeitando-se ao regime jurídico do serviço público e aos princípios que o orientam.

Quando, no entanto, atua fora do sistema único, como no caso do sistema suplementar, não se trata de serviço público.

Não demanda maior esforço constatar que posição de Eros Grau não resolve plenamente a questão quando se trata de identificar o serviço executado pelo particular na área da saúde.

Levado ao extremo o raciocínio de que todo e qualquer serviço de saúde, executado por pessoa física ou jurídica, dentro ou fora do sistema único, seria espécie de serviço público, ter-se-iam situações absolutamente exóticas.

A atividade isolada do médico no seu consultório particular, a atividade de uma clínica privada de radiologia, do psicólogo ou do cirurgião dentista em seu consultório, enfim, um extenso rol de atividades privadas na área da saúde não credenciadas no SUS, sem qualquer relação com a administração pública, totalmente fora dela, são serviços públicos e, portanto, sujeitos ao regramento do Direito Público e sempre ao princípio da continuidade?

A realidade denuncia que a iniciativa privada tem presença fundamental na assistência à saúde e isso pela singela razão de que é composta por uma imensa quantidade de consultórios, clínicas, hospitais, é fornecedora de uma gama incontável

⁴⁵ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de direito de saúde suplementar: manual jurídico e seguros saúde**. São Paulo: MP, 2006. p. 120-121.

de serviços através de seus laboratórios e clínicas de exames diversos, fornecimento de medicamentos e insumos para os serviços de saúde.

Então, se parece mesmo exagerada a noção de que todo serviço de saúde que atua fora do sistema estatal de saúde seja também serviço público, é inteiramente pertinente crer que são atividades que devem ser fiscalizadas e se submeter a algum grau de controle como, aliás, já o são.

O próprio legislador constituinte parece ter se deparado com essa dificuldade e, para superá-la, impôs que: "São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre regulamentação, fiscalização e controle [...]" (artigo 197 da Constituição).

No artigo 197, a Constituição também refere expressamente que os serviços poderão ser executados "por pessoa física ou jurídica de direito privado" e, logo em seguida, distingue o serviço público do privado ao dispor, no artigo 198, de modo taxativo, como devem se organizar as "as ações e serviços públicos", que passam a constituir um "sistema único", público, que se integra por meio de uma rede regionalizada e hierarquizada.

O serviço público de saúde, segundo a própria Constituição, é o sistema único e se organiza por meio de uma rede regionalizada e hierarquizada, enquanto o privado, fora dessa rede e do sistema único, se organiza de acordo com sua conveniência.

O Poder Público determina onde, como e quando a rede pública deve atuar, quais especialidades, quais exames, quais procedimentos, quais remédios, quais doenças as unidades do sistema único vão atender e dispor, mas não poderá fazer o mesmo com todo o sistema privado.

Isso porque o parágrafo segundo, do artigo 199, da Constituição, não deixa a menor dúvida de que há um serviço privado que está inteiramente fora do âmbito do serviço público de saúde, a ponto de ser "vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos".

Assim é que Saulo Ramos assevera de maneira inequívoca que a iniciativa privada pode "participar do SUS, mediante celebração de 'contrato de direito público

ou convênio' ou cumprir sua atividade independente de tal participação nos serviços públicos"⁴⁶.

Se a iniciativa privada que atua complementarmente no sistema público pode ser caracterizada como um serviço público e, assim, submeter-se ao regime próprio, Celso Antônio demonstra que a atuação privada na saúde, fora do sistema público, apenas ficaria submetida a "um tratamento normativo mais estrito do que o aplicável ao conjunto das atividades privadas. Assim, o Poder Público, dada a grande relevância social que possuem, os disciplina com um rigor especial"⁴⁷.

A atividade suplementar de saúde, que é o que interessa aqui, depende apenas de registro perante o órgão estatal competente para iniciar suas atividades se se submete apenas ao poder regulatório do Estado, eis que a liberdade de iniciativa privada econômica privada ingressou no ordenamento constitucional também como um "direito fundamental, enquanto exercido no interesse da realização da justiça social, da valorização do trabalho e do desenvolvimento nacional"⁴⁸, tal como orienta o artigo 174 da Constituição.

O segmento privado da saúde suplementar se tornou de vital importância na saúde porque é composto pela imensa quantidade de planos de saúde, que já atuavam no país antes da Constituição de 1988, que atende a milhões de pessoas em todo o país.

Sendo serviço público ou não, o que interessa é que se trata de

atividade econômica stricto sensu, regendo-se, exclusivamente, por normas e regras de direito privado, não havendo como considerá-los modalidade de serviço público, em que pese a essencialidade da atividade para a coletividade [...] Portanto, tanto a saúde complementar quanto a suplementar são prestadas por entidades privadas; aquela, entretanto, segue as mesmas diretrizes e princípios do SUS; esta, a seu turno, rege-se por princípios de direito privado.⁴⁹

⁴⁶ RAMOS, José Saulo. Serviços de saúde prestados pela iniciativa privada e o contrato de seguro-saúde. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, v. 3, n. 12, p. 285, jul./set. 1995.

⁴⁷ MELLO, 2001, p. 704.

⁴⁸ SILVA, 2000, p. 774.

⁴⁹ FIGUEIREDO, 2006, p. 120-121.

Sendo assim, as relações são estabelecidas no âmbito da saúde suplementar,

em decorrência de contrato privado, firmado entre a pessoa interessada (individual ou coletivamente) e a operadora de plano ou seguro de saúde, não se submetem ao mesmo regramento sem quaisquer restrições [...] já que incidem princípios como a autonomia das partes, inclusive para justificar, contrario sensu, o reconhecimento de uma liberdade (fundamental) de não contratação, no sentido de que ninguém possa ser obrigado a filiar-se ao sistema de saúde suplementar, assim como uma liberdade de exercício profissional.⁵⁰

A conclusão a que se pode chegar, portanto, é que o sistema suplementar de saúde, privado e que atua fora do sistema único, é uma atividade econômica com objetivo de lucro e mesmo Eros Grau não diverge disso ao assentar que há serviço público que pode ser caracterizado como "atividade econômica em sentido estrito"⁵¹.

O objetivo de identificar serviço público em determinada atividade tem a finalidade de saber qual é o regime jurídico e impor a observância do princípio da continuidade do serviço⁵², que só se aplica a atividade privada quando ela está a serviço do sistema público de saúde.

É importante observar que a saúde suplementar não é serviço público e, mesmo que fosse, utilizando o conceito daqueles que assim querem, a atividade econômica é um aspecto de fundamental importância para o que se está a demonstrar aqui, como se verá.

Como se viu, o legislador constituinte entendeu que a "assistência à saúde é livre à iniciativa privada", criando uma atividade econômica com objetivo de lucro.

Por outro lado, está claro também, como já se viu, que o constituinte teve a cautela de impor que todas as ações e serviços de saúde executados pela iniciativa privada na saúde são de "relevância pública" e, como tal, cabe "ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle", na forma dos artigos 174 e 197 da Constituição.

⁵⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coord. científica); LEONCY, Léo Ferreira (Coord. executiva). **Comentários à Constituição do Brasil**. 1. ed., 4. tir. São Paulo: Saraiva; Portugal: Almedina, 2014. (Série IDP). p. 1943.

⁵¹ GRAU, 2010, p. 122.

⁵² Ibid., p.134-138.

O texto do citado artigo 197, ao dispor sobre o papel do Poder Público em relação à atividade econômica desempenhada pela iniciativa privada na saúde, impôs, expressamente, a regulação, a fiscalização e o controle estatal, cujos contornos serão abordados adiante, sem, no entanto, retirar-se a natureza de atividade econômica com objetivo de lucro.

Embora não se sujeite ao regime jurídico do Direito Público e, como tal, não está submetido ao princípio da continuidade, a saúde suplementar está sob o controle e a fiscalização do Estado, que ocorre por meio da regulação.

Essa forma de controle estatal se faz necessária no caso da atividade da saúde suplementar pelo claro interesse público que há nela, que a Constituição rotulou de *relevância pública*, resultado direto do grande contingente de cidadãos que são diretamente por ela atingidos e cujos interesses, tal como estão dispostos, merecem especial atenção do Estado.

Mas é importante observar que a atividade não é de relevância pública só pelo fato de prestar assistência à saúde a uma grande massa de brasileiros, mas também porque os recursos que estão depositados nas mãos das operadoras de planos de saúde e são por elas administrados pertencem aos seus usuários, e uma das tarefas do Estado regulador é zelar pela integridade desse patrimônio do cidadão.

5 A NATUREZA JURÍDICA DOS PLANOS PRIVADOS DE SAÚDE

Como já bastante salientado, a Lei n.º 9.656/98 atribuiu ao instituto do plano de saúde o conceito de uma operação coletiva de poupança através da qual se associam inúmeros consumidores por meio de contratos privados para a formação dos fundos que irão financiar sua assistência à saúde fora do âmbito do Sistema Único de Saúde.

Trata-se, portanto, de um processo de mutualismo que tem como objetivo a constituição de um fundo comum, pertencente aos consumidores, a ser gerido por uma empresa denominada pela lei de operadora, conceituada como "pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de que trata o inciso I, deste artigo".

De fato, o referido inciso I, do art. 1.º, da Lei n.º 9.656/98, estabeleceu o seguinte conceito:

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

Assim, a atribuição da empresa operadora é a de atuar como administrador do fundo comum constituído a partir das contribuições mensais, que se constitui na carteira formada pelo conjunto de pessoas que a ela adere.⁵³

O fundo comum mantido pela carteira tem a finalidade de pagar as despesas médico-hospitalares apresentadas pela rede de prestadores de serviços (clínicas, hospitais, médicos, profissionais de saúde, etc.) em razão dos serviços de assistência à saúde que prestou aos associados ao plano de saúde.

Disso resulta que não se pode confundir, nem jurídica e nem contabilmente, a figura jurídica do fundo do plano privado de saúde com a figura jurídica da sua operadora, pois os recursos que compõem esse fundo comum, repita-se à exaustão, pertencem ao consumidor e não à sua operadora.

Para não deixar dúvidas quanto a isso, a Lei n.º 9.656/98 refere expressamente que o plano de saúde visa à "assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser pago integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor" (inciso I, art. 1.º).

Guilherme Mathias demonstra que "os planos de saúde, dentre diversas classificações, podem ser divididos, quanto à formação do preço, em duas espécies: (a) os planos de saúde de pré-pagamento; e (b) os planos de saúde de pós-pagamento ou por administração"⁵⁴.

Orienta o autor que nos

planos de saúde de pré-pagamento, a situação se assemelha à do seguro, uma vez que a mensalidade é calculada em moldes semelhantes ao do prêmio do contrato de seguro. O montante devido é fixado com base atuarial, levando-se em consideração as séries históricas. Examina-se a probabilidade dos riscos segurados virem a se verificar, bem como a magnitude dos custos envolvidos. Apura-se, assim, o montante necessário a custear as despesas médicas e hospitalares do grupo segurado como um todo. Esse valor, então, é rateado por todos os segurados, com bases nos critérios fixados na lei e nos diversos contratos. Desse modo, o risco de cada um dos segurados de vir a adoecer e de arcar com as despesas de seu tratamento é disperso no fundo mutual formado pelas contribuições dos usuários. É, pois, inegável a presença do mutualismo nos planos de pré-pagamento.⁵⁵

Quanto ao mutualismo, aspecto de fundamental importância para compreender como o Estado está agindo para mitigar o direito fundamental do cidadão, o autor argumenta que:

⁵³ "Carteira: o conjunto de contratos de cobertura de custos assistenciais ou de serviços de assistência à saúde em qualquer das modalidades de que tratam o inciso I e o § 1.º deste artigo, com todos os direitos e obrigações nele contidos." (inciso III, do art. 1.º, da Lei n.º 9.656/98).

⁵⁴ MATHIAS, Guilherme Valderato. O código civil e o código do consumidor na saúde suplementar. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coord.). **Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 111.

⁵⁵ MATHIAS, loc. cit.

Da mesma forma, será indubitável a presença do mutualismo nos planos de pós-pagamento. Nos planos de pós-pagamento ou por administração, a operadora recebe exatamente o que gastou com todas as intervenções realizadas pela coletividade de usuários. Entretanto, cada usuário não paga pelo que efetivamente gastou, mas sim um percentual da totalidade das despesas realizadas por todos os segurados, fixado com base na lei e no contrato. Nesta hipótese, os valores das mensalidades não são fixados com base atuarial, pois ela reflete o somatório dos sinistros efetivos, e não uma expectativa de despesas. Apesar disso, o mutualismo se mostra com todos os seus contornos, já que os riscos e as despesas efetivas de cada usuário são arcadas pelo conjunto de usuários. Também aqui os efeitos econômicos do risco individual são arcados por toda a coletividade. Fica, pois, evidente que, pouco importa a natureza do contrato celebrado entre usuário e operadora de plano de saúde, o mutualismo será sempre uma peça essencial. Será, invariavelmente, o seu fundamento técnico e o elemento delimitador do equilíbrio do contrato.⁵⁶

O conceito de carteira, de fundo e de mutualismo, como um bem administrado pela operadora do plano e cujo montante, embora possa ser por ela transferido a outra operadora – voluntariamente ou por intervenção do ente regulador –, pertence aos consumidores, está bem estampado na dogmática da letra a, do § 3.º, do artigo 8.º, e no § 5.º, do artigo 24, da Lei n.º 9.656/98.

Disso resulta que o que se transfere é o direito de operar a carteira, o fundo, e não a propriedade do seu conteúdo, ou seja, o montante de recursos nele depositado.

O regramento tributário também distingue os recursos do fundo, que pertencem ao consumidor, ou seja, a carteira, daqueles próprios da operadora, utilizados por ela para as suas despesas operacionais, ao excluir da receita tributada pelo PIS e pela COFINS as despesas havidas pela operadora com as contas hospitalares decorrentes da assistência à saúde dos associados ao plano de saúde.

Como se sabe, como regra tributária geral, a base de cálculo do PIS e da COFINS é o faturamento da empresa e, no caso das operadoras de planos de saúde, há essa regra de exceção importante.

Assim, é permitido às operadoras excluir da receita tributada todas as despesas pagas com eventos (Sinistros), ou seja, as contas médico/hospitalares propriamente ditas.⁵⁷

⁵⁶ MATHIAS, Guilherme Valderato. O código civil e o código do consumidor na saúde suplementar. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coord.). **Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 111.

⁵⁷ Como disciplinado na Lei n.º 9.718, de 27 de novembro de 1998, na MP n.º 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, nas Lei n.º 10.637, de 30 de dezembro de 2002, n.º 10.833, de 29 de dezembro de

A base de cálculo dos impostos que incidem na operação envolve o total das receitas da operadora, independentemente da denominação ou classificação contábil, admitindo deduções que também informam o conceito de mutualismo.⁵⁸

Assim, compreender que se trata de mutualismo é de fundamental importância para também concluir que os recursos administrados pelas operadoras de planos de saúde pertencem aos seus usuários.

Sob tal aspecto, o judiciário tem reiteradamente decidido que a operadora é apenas a gestora desses fundos⁵⁹.

2003, e no Decreto n.º 4.524, de 17 de dezembro de 2002, bem como na Instrução Normativa SRF n.º 404, de 12 de março de 2004.

⁵⁸ 1) deduções gerais a todas as empresas, que são: a) descontos incondicionais concedidos e consideram-se como tais as parcelas redutoras do preço de venda, quando constarem na nota fiscal de venda dos bens ou da fatura de serviços e não dependerem de evento posterior à emissão desses documentos (Solução de Consulta n.º 177, emanada pela Superintendência Regional da Receita Federal da 6.ª Região Fiscal); b) Venda de Ativo Permanente; 2) admite deduções específicas às operadoras, que são: a) Provisões técnicas, entendendo-se assim todas aquelas descritas na RN n.º 160/07; b) *Indenizações com eventos ocorridos, efetivamente pagos*, entendendo-se assim, repita-se, os valores de despesas com médicos, dentistas, enfermeiros, medicamentos, salários, entre outros, que não integrem o custo próprio da operadora, mas que sejam efetivamente pagos a uma terceira pessoa jurídica (Tal como se extrai da Solução de Consulta n.º 04, de 05 de fevereiro de 2004, emanada pela Superintendência Regional da Receita Federal da 4.ª Região Fiscal); c) as chamadas corresponsabilidades cedidas.

⁵⁹ **CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE. ART. 22, INCS. III E IV DA LEI 8.212, DE 1991.**

De acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, não incide contribuição previdenciária sobre os valores repassados aos médicos pelas operadoras de plano de saúde (RECURSO ESPECIAL Nº 987.342 - PR, Primeira Turma, DJe 20-05-2013).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE. VALORES REPASSADOS AOS MÉDICOS CREDENCIADOS. NÃO INCIDÊNCIA. ACÓRDÃO OBJURGADO EM CONSONÂNCIA COM O ENTENDIMENTO DESSA CORTE SUPERIOR. PRECEDENTES: AGRG NO RESP. 1.129.306/RJ, REL. MIN. CASTRO MEIRA, DJE 08.09.2010 E RESP. 874.179/RJ, REL. MIN. HERMAN BENJAMIN, DJE 14.09.2010. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

Precedentes: 2a. Turma, AgRg no REsp. 1.264.924/RS, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 09.09.2011; 1a. Turma, EDcl no AgRg no REsp. 1.232.712/RS, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 26.09.2011.

3. Agravo Regimental desprovido.

(AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 176.420 - MG, Primeira Turma, DJe 22-12-2012)

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. OPERADORAS DE PLANO DE SAÚDE. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA.

1. Aplica-se a Súmula 211/STJ, ante a falta de prequestionamento da tese recursal que sustentava que a Lei 9.656/98 equiparava as operadoras de plano de saúde à cooperativa, o que não autorizaria a Corte de origem a diferenciá-la, para efeito de recolhimento da contribuição previdenciária.

2. Não cabe às operadoras de planos de saúde o recolhimento das contribuições previdenciárias referentes aos valores repassados aos médicos que prestam serviços a seus clientes Precedentes: REsp 1.106176/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 17.06.10; AgRg no AgRg no REsp 1.150.168/RJ, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 21.05.10; EDcl nos EDcl nos EDcl no REsp 442.829/MG, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 26.05.04; REsp 633.134/PR, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 16.09.08; AgRg no REsp 874.179/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 18.03.10.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1129306 / RJ, Segunda Turma, DJe 08-09-2010).

É descabida a cobrança de contribuição previdenciária, no caso, na medida em que as empresas que **operacionalizam planos de saúde repassam a remuneração do profissional médico que foi contratado pelo plano e age como substituta dos planos de saúde negociados por ela, sem qualquer outra intermediação entre cliente e serviços médico-hospitalares. Nesse caso, não incide a contribuição previdenciária'** (REsp 633.134/PR, Segunda Turma, DJe 16-09-2008).

AgRg no REsp 1427532 / SP

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL.

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA (REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL). OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE. VALORES REPASSADOS AOS MÉDICOS CREDENCIADOS. NÃO INCIDÊNCIA. PRECEDENTES.

1. A orientação das Turmas que integram a Primeira Seção/STJ firmou-se no sentido **de que não incide contribuição previdenciária sobre as verbas pagas pelas seguradoras de saúde aos médicos credenciados que prestam serviços a pacientes segurados.** Nesse sentido: REsp 1.259.034/SC, 2ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 9.12.2011; REsp 987.342/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe de 20.5.2013.

2. Agravo regimental não provido.

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. OPERADORAS DE PLANO DE SAÚDE. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA.

.....
2. Não cabe às operadoras de planos de saúde o recolhimento das contribuições previdenciárias referentes aos valores repassados aos médicos que prestam serviços a seus clientes

Precedentes: REsp 1.106176/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 17.06.10; AgRg no AgRg no REsp 1.150.168/RJ, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 21.05.10; EDcl nos EDcl nos EDcl no REsp 442.829/MG, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 26.05.04; REsp 633.134/PR, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 16.09.08; AgRg no REsp 874.179/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 18.03.10.

3. Agravo regimental não provido.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - 23/04/2014

Recurso extraordinário. Tributário. Contribuição Previdenciária. Artigo 22, inciso IV, da Lei nº 8.212/91, com a redação dada pela Lei nº 9.876/99. Sujeição passiva. Empresas tomadoras de serviços. Prestação de serviços de cooperados por meio de cooperativas de Trabalho. Base de cálculo. Valor Bruto da nota fiscal ou fatura. **Tributação do faturamento.**

Bis in idem. Nova fonte de custeio. Artigo 195, § 4º, CF.

1. O fato gerador que origina a obrigação de recolher a contribuição previdenciária, na forma do art. 22, inciso IV da Lei nº 8.212/91, na redação da Lei 9.876/99, não se origina nas remunerações pagas ou creditadas ao cooperado, mas na relação contratual estabelecida entre a pessoa jurídica da cooperativa e a do contratante de seus serviços.

2. A empresa tomadora dos serviços não opera como fonte somente para fins de retenção.

A empresa ou entidade a ela equiparada é o próprio sujeito passivo da relação tributária, logo, típico "contribuinte" da contribuição.

3. Os pagamentos efetuados por terceiros às cooperativas de trabalho, em face de serviços prestados por seus cooperados, não se confundem com os valores efetivamente pagos ou creditados aos cooperados.

4. O art. 22, IV da Lei nº 8.212/91, com a redação da Lei nº 9.876/99, ao instituir contribuição previdenciária incidente sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura, extrapolou a norma do art. 195, inciso I, a, da Constituição, descaracterizando a contribuição hipoteticamente incidente sobre os rendimentos do trabalho dos cooperados, tributando o faturamento da cooperativa, com evidente bis in idem. Representa, assim, nova fonte de custeio, a qual somente poderia ser instituída por lei complementar, com base no art. 195, § 4º - com a remissão feita ao art. 154, I, da Constituição.

Toda essa regulamentação tributária constitui prova contundente de que a carteira, ou seja, o fundo arrecadado a partir do conjunto de contratos mantidos pelos associados, cuja finalidade é fazer frente a pagamento das despesas tidas com a assistência dos consumidores, não caracteriza receita própria da operadora.

Nem poderia ser diferente, pois o Estado não poderia e nem deveria tributar aqueles que resolvem desonerá-lo de prestar-lhes assistência à saúde.

O que se deve compreender de modo inequívoco é que a operadora atua como mero repassador de recursos de terceiros, eis que os pagamentos efetuados por ela são realizados *por conta e ordem do consumidor* (inciso I, do artigo 1.º, da Lei n.º 9.656/98).

Então, também é importante compreender que, ao fazer uso da saúde suplementar, o cidadão está deixando de usar o sistema público, o que é até intuitivo, uma reflexão contábil sem qualquer complexidade, a conclusão de que o cidadão está desonerando o sistema público de saúde.

Num outro olhar, também é de fácil constatação que, quando o cidadão não usa o sistema público, também está deixando de gerar custo para ele e, de forma oblíqua, está contribuindo para o financiamento da saúde pública porque deixa de usá-la.

Além disso, o zelo do legislador com esses recursos também está estampado no artigo 22, da Lei n.º 9.656/98, que criou a obrigatoriedade do controle contábil externo ao dispor que:

As operadoras de planos privados de assistência à saúde submeterão suas contas a auditores independentes, registrados no respectivo Conselho Regional de Contabilidade e na Comissão de Valores Mobiliários – CVM, publicando, anualmente, o parecer respectivo, juntamente com as demonstrações financeiras determinadas pela Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

5. *Recurso extraordinário provido para declarar a inconstitucionalidade do inciso IV do art. 22 da Lei nº 8.212/91, com a redação dada pela Lei nº 9.876/99.*

Brasília, 23 de abril de 2014.

MINISTRO DIAS TOFFOLI

Relator

O artigo 24-A, parágrafo 6.º, da mesma lei, por seu turno, impôs a solidariedade dos gestores pelas obrigações por eles assumidas durante a sua gestão até o montante dos prejuízos que causarem, independentemente de qualquer nexo de causalidade, e para a hipótese de regime de intervenção, como prevê o caput, que se consubstancia com a chamada Direção Fiscal, seus bens pessoais tornam-se indisponíveis, além de sujeitarem-se a uma série de sanções se agirem de modo temerário, medidas que tipicamente se impõem a administradores de recursos de terceiros.

Assim, sem embargo do direito que lhe é assegurado no artigo 196, da Constituição Federal, ou seja, o acesso universal e gratuito à saúde, o legislador assegurou ao cidadão a faculdade de financiar, por meio do plano de saúde ao qual aderiu livremente, com seus recursos, a sua assistência à saúde, conforme os termos do contrato privado.

Inequivoco, então, que o sistema público que tem o dever de prover assistência à saúde cidadão convive com um sistema privado totalmente apartado dele, cuja existência é uma faculdade conferida pelo constituinte à iniciativa privada.

No entanto, embora o conceito de mutualismo empregado na lei leve à conclusão de que os custos decorrentes das despesas com a assistência à saúde suportados pelo fundo do plano de saúde sejam pagos pelo cidadão que dele participa, nem sempre esse conceito está claro e é bem empregado.

Com muita frequência, na maioria das vezes por descuido técnico, emprega-se um conceito no qual

a operadora do plano de saúde é responsável por arcar com o ônus financeiro relacionado ao evento coberto pelo plano de saúde. E, em contrapartida, há o valor pago pelo consumidor à operadora para ter sua saúde protegida por meio da cobertura do plano. Esse valor, geralmente pago por mês, é a contraprestação pecuniária do plano ou o prêmio do seguro e é sempre pago antecipadamente à ocorrência do risco.⁶⁰

⁶⁰ CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org.). Princípios básicos de seguros e planos de saúde. In: _____ (Org. e Coord.). **Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 81.

Assim, não raro, apregoa-se que a

atividade meio das operadoras de planos de saúde e seguros privados de assistência à saúde, como define o art. 1.º da lei n.º 9.656, de 1998, é a exploração com lucro, empresarial, como diz a Constituição. E isto transforma a atividade própria dos seguros e planos de saúde em comercial porque ela se resume na aquisição prévia dos serviços médicos-hospitalares, para revenda aos titulares dos planos privados de assistência à saúde, ou assunção do risco saúde pela seguradora. É uma venda especial, esta, estipulada em um contrato que deve obedecer a princípios fixados em lei, e porque o adquirente pensa em não utilizar aquilo que adquiriu, na maioria das vezes, em especial o 'produto' ou 'mercadoria' internação hospitalar, quase sempre em razão de moléstia mais grave ou de acidentes que comprometem a higidez do comprador.⁶¹

Esse conceito era praticado antes da instituição da regulação pela Lei n.º 9.656/98, e com ela não há mais lugar para ele.

Mas, aqui e ali, isso ainda tem sido veiculado, contrastando claramente com aquele inserido no texto legal pelo qual a operadora paga os procedimentos "por conta e ordem do consumidor", pois a função dos recursos formados na carteira é, segundo Reinaldo Lopes, justamente a constituição de

um fundo comum, cuja distribuição se faz por meio de contratos individualizados ou por meio de grupos constituídos. Logo, o que está em jogo em primeiro lugar é a constituição desses fundos e sua distribuição. Ao contrário de uma empresa comercial comum, a empresa de saúde não oferece a venda de mercadorias a um público que tem como ela relações episódicas. As relações são oneshot, como diz de modo feliz a expressão inglesa.⁶²

Para o mesmo autor, não pode haver dúvida de que uma "empresa que ofereça planos de saúde é uma organização que constitui um fundo comum, cuja distribuição se faz por meio de contratos individualizados ou por meio de grupos constituídos"⁶³.

Assim, segue argumentando que se trata de compreender que

uma administradora de planos de saúde em primeiro lugar deve ser percebida como uma intermediária e uma gestora. Trata-se de gerir recursos captados do público em geral. Ao lado do aspecto financeiro que a atividade adquire,

⁶¹ CARLINI, Angélica Lúcia. Judicialização da saúde pública no Brasil. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coord.). **Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 48-49.

⁶² LOPES, José Reinaldo de Lima. **Saúde e responsabilidade**. São Paulo: RT, 1999. p. 31.

⁶³ *Ibid.*, p. 30.

sua função é nitidamente distributiva, ou seja, alocar a cada segurado ou participante do plano, segundo as cláusulas de adesão ao fundo, parte suficiente da receita capaz de cobrir os riscos contratados. Isto dá ao seguro o caráter de mutualidade.⁶⁴

Para ele, então, a

mutualidade, neste sentido de 'solidariedade' em fundo comum, é também destacada por Pedro Alvim: 'O mutualismo constitui, portanto, a base do seguro' [...] Os segurados, diz ele, 'reúnem-se em torno do segurador para formar o fundo comum, de modo que ninguém perde mais do que o prêmio pago, isto é, a sua contribuição para o fundo'. Vê-se, portanto, que uma empresa de saúde e uma seguradora têm que constituir um fundo comum com recursos alheios.

Não é outra a razão pela qual o legislador ordinário concebeu na regra do artigo 1.º, I, da Lei n.º 9.656/98, que, repita-se à exaustão, as despesas decorrentes dos procedimentos da assistência à saúde são pagas pela operadora "por conta e ordem do consumidor".

Também em razão dessa motivação, a mesma lei, no seu artigo 35-A, estipulou diretrizes para a operação das receitas oriundas das contraprestações recebidas pela operadora dos seus consumidores de modo a, em linguagem bastante elementar, impor a formação de Reserva Técnica.

A Reserva Técnica é constituída obrigatoriamente por dar cobertura aos Eventos Ocorridos (contas com despesas médico/hospitalares) pagos mensalmente pela operadora, sempre em nome do beneficiário do plano, e também a instituição de ativos e investimentos para garantir a saúde da operação (aquisição de imóveis, ações, aplicações financeiras e outros), cobrir as despesas operacionais, administrativas e tributos envolvendo a operação do plano e o lucro da operadora.

Há também um padrão de contabilidade nas operadoras de planos privados de saúde no qual as receitas advindas das mensalidades pagas pelos consumidores destinam-se ao pagamento dos procedimentos previsíveis e imprevisíveis havidos no mês, para a formação das provisões financeiras compatíveis com o faturamento do plano de saúde e, finalmente, a parte relacionada com as despesas operacionais e a apropriação do lucro da empresa operadora.

⁶⁴ LOPES, 1999, p. 30.

No movimento contábil das operadoras os custos com atividade meio, tais como despesas com pessoal, material de escritório, publicidade, combustível, aluguel, serviços de manutenção em geral, não se confundem com os custos da atividade fim, tais como os custos diretos com a assistência à saúde do segurado.

Os custos diretos com essa assistência à saúde do cidadão associado se constituem nas despesas da conta hospitalar, honorários médicos e os recursos destinados à formação das reservas técnicas a que a operadora está obrigada legalmente, que também dizem respeito à assistência à saúde dos consumidores propriamente dita, e, ainda, aos recursos destinados à formação das garantias através da formação de ativos e investimentos.

O substancial das receitas oriundas das contraprestações recebidas pela operadora dos seus consumidores se destina ao pagamento das contas médico/hospitalares, destinando-se o restante à formação da Reserva Técnica, constituição das garantias, ao custo operacional, ou seja, aos custos da atividade fim e à remuneração da operadora, de modo tal que quanto maior for a eficiência na gestão dos recursos, maior será o tamanho desse último item.

A própria Agência Nacional Saúde Suplementar, no exercício da atividade regulatória que lhe foi atribuída pela Lei n.º 9.656/98, também cuidou de dispor sobre a obrigatoriedade de formação e manutenção das Provisões Técnicas pelas Operadoras de Plano de Saúde, através da RN n.º 160/2007.⁶⁵

Então, singelamente, as provisões técnicas são aplicações financeiras e recursos depositados nas contas da operadora para fazer frente aos riscos imediatos – dia a dia, mês a mês – criados pelos compromissos assumidos pelo fundo junto aos

⁶⁵ Nos seguintes termos:

I - Provisão de Risco, para garantia da parcela das contraprestações cuja vigência do risco ainda não tenha findado;

II - Provisão para Remissão, para garantia das obrigações decorrentes das cláusulas contratuais de remissão das contraprestações pecuniárias referentes à cobertura de assistência à saúde, quando existentes;

III - Provisão para Eventos Ocorridos e Não Avisados – PEONA, estimada atuarialmente para fazer frente ao pagamento dos eventos que já tenham ocorrido e que não tenham sido registrados contabilmente pela OPS;

IV - Outras provisões técnicas que a OPS julgue necessárias visando à manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro, desde que consubstanciadas em Nota Técnica Atuarial de Provisões – NTAP e aprovadas previamente pela DIOPE, sendo de constituição obrigatória a partir da data da efetiva aprovação."

seus associados, que são as despesas médico e hospitalares que vão sendo pagas mensalmente junto aos prestadores.

Através do art. 14, da Resolução Normativa n.º 160/2007, a ANS também determinou que: "A totalidade do valor constituído das provisões técnicas de que trata esta Resolução deverá, obrigatoriamente, ser lastreada por ativos garantidores nos termos da legislação vigente".

Esses ativos garantidores são, pois, verdadeiras cauções para garantir a saúde da operação em situações excepcionais, com a despesa superando as previsões (exemplo: um mês em que surgiram 20 cirurgias cardíacas e a despesa da operação, então, vai a patamares totalmente atípicos, fora da média mensal, ultrapassando a própria receita daquele mês, criando uma situação de desequilíbrio e *déficit* que é socorrida pelo uso das garantias), que se constituem em imóveis, ações e outras modalidades de investimentos.

E para tornar efetivo o controle sobre os recursos dos fundos, que, repita-se, pertence aos consumidores e não à empresa operadora, através do art. 5.º, da RN n.º 159/2007, a ANS impôs que:

Os ativos garantidores registrados na ANS não poderão ser alienados, prometidos à alienação ou de qualquer forma gravados, sem prévia e expressa autorização da ANS, sendo nulas de pleno direito as alienações ou os gravames porventura constituídos em descumprimento ao disposto nesta resolução.

A indisponibilidade dos ativos garantidores é também prova cabal e eloquente de que os recursos destinados ao pagamento dos procedimentos de assistência à saúde, previstos e imprevistos, havidos mensalmente pelos consumidores, do plano de saúde não pertencem a operadora.

Fácil ver que o legislador atribuiu à Agência Nacional um papel de grande relevância na proteção dos interesses do cidadão, que é a atividade de regulação, fiscalização e de controle a que se referem os artigos 174 e 197, da Constituição Federal, devendo, portanto, fiscalizar, incentivar, planejar e controlar.

A questão é saber como vem desempenhando esse importante papel.

6 REGULAÇÃO DOS PLANOS DE SAÚDE

O artigo 170, da Constituição de 1988, impôs que a ordem econômica, "fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social".

Como se viu, a saúde suplementar é uma atividade econômica privada de relevância pública e sua fiscalização e o controle pelo Estado se inserem na forma preconizada pelo artigo 174 da Constituição, observados, portanto, o interesse público, decorrente da natureza de relevância pública da atividade, a autonomia e a liberdade assegurados no artigo 170.

A Agência Nacional de Saúde Suplementar, criada pela Lei n.º 9.961/2000⁶⁶, que instituiu uma autarquia sob regime especial, com autonomia administrativa, financeira, patrimonial, de gestão e também política, na medida em que seus dirigentes são detentores de mandatos com prazo determinado, com o objetivo de promover a regulação da saúde suplementar.

Bruno Miragem observa que a

atividade regulatória do Estado envolve múltiplas funções: de regulamentação, propriamente dita, consistente na produção de normas jurídicas que ordenem as condutas dos agentes regulados; do exercício de poder de polícia, consistente no controle e fiscalização de condutas; de planejamento, envolvendo a atuação estatal e dos particulares no desenvolvimento do setor regulado; e de mediação das posições e interesses envolvidos em vista da realização do interesse público.⁶⁷

⁶⁶ "Art. 1.º É criada a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, autarquia sob o regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, com sede e foro na cidade do Rio de Janeiro - RJ, prazo de duração indeterminado e atuação em todo o território nacional, como órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde. Parágrafo único. A natureza de autarquia especial conferida à ANS é caracterizada por autonomia administrativa, financeira, patrimonial e de gestão de recursos humanos, autonomia nas suas decisões técnicas e mandato fixo de seus dirigentes.

Art. 2.º Caberá ao Poder Executivo instalar a ANS, devendo o seu regulamento, aprovado por decreto do Presidente da República, fixar-lhe a estrutura organizacional básica. Parágrafo único. Constituída a ANS, com a publicação de seu regimento interno, pela diretoria colegiada, ficará a autarquia, automaticamente, investida no exercício de suas atribuições.

Art. 3.º 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 prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País."

⁶⁷ MIRAGEM, Bruno. **A nova administração pública e o direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 62.

O interesse público na saúde suplementar ganha relevo em razão do imenso contingente de brasileiros que estão associados às operadoras privadas de planos de saúde e provendo, em alguma medida, a sua assistência à saúde com recursos próprios.

O que se vê é que Estado entra para atuar como agente regulador de uma atividade de assistência à saúde em que ele próprio está obrigado a atuar, por força do programa constitucional, para prover a assistência à saúde do cidadão.

Nesse aspecto, merece especial atenção o modo como a regulação foi inserida no ordenamento jurídico. Para Tercio Sampaio Ferraz, sem

muita reflexão teórica, mas na esteira de uma fundamentação constitucional não muito consciente, elas começaram a proliferar. Com efeito, a CF, no art. 174, vê no Estado 'um agente normativo e regular da atividade econômica'. Trata-se, nesse âmbito, do exercício das funções de fiscalização, incentivo e planejamento, esta última apenas indicativa para o setor privado. A noção de agente normativo e regulador parece dar supedâneo tanto à competência para baixar normas quanto para intervenções reguladoras no sentido de evitar distorções no comportamento do mercado por meio de imposições de ordem técnica [...] No entanto, a criação de agências com atribuições técnicas, de suposta neutralidade política, mas voltadas para a eficiência das regulações e, necessariamente, independentes, com poderes quase legislativos: problema da reserva da lei; quase regulamentares: problema da competência privativa do Presidente da República, e quase judiciais: problema dos limites do contencioso administrativo esbarra em conhecidos óbices constitucionais, a começar do disposto no art. 25 do ADCT.⁶⁸

O órgão regulador da saúde suplementar veio a se somar a outros que já atuavam na área da saúde, como a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, seus congêneres nos estados e municípios, e os conselhos de fiscalização e regulação dos profissionais de saúde, mas suas características, aumentando o protagonismo estatal.

⁶⁸ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Direito constitucional**. Barueri: Manole, 2007. p. 483-484.

A lei trouxe um extenso rol de atribuições⁶⁹ para o agente regulador, que vai desde o estabelecimento das características gerais dos contratos a serem firmados

⁶⁹Art. 4.º Compete à ANS: I - propor políticas e diretrizes gerais ao Conselho Nacional de Saúde Suplementar - Consu para a regulação do setor de saúde suplementar; II - estabelecer as características gerais dos instrumentos contratuais utilizados na atividade das operadoras; III - elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde, que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei 9.656, de 3 de junho de 1998, e suas excepcionalidades; IV - fixar critérios para os procedimentos de credenciamento e descredenciamento de prestadores de serviço às operadoras; V - estabelecer parâmetros e indicadores de qualidade e de cobertura em assistência à saúde para os serviços próprios e de terceiros oferecidos pelas operadoras; VI - estabelecer normas para ressarcimento ao Sistema Único de Saúde - SUS; VII - estabelecer normas relativas à adoção e utilização, pelas operadoras de planos de assistência à saúde, de mecanismos de regulação do uso dos serviços de saúde; VIII - deliberar sobre a criação de câmaras técnicas, de caráter consultivo, de forma a subsidiar suas decisões; IX - normatizar os conceitos de doença e lesão preexistentes; X - definir, para fins de aplicação da Lei 9.656, de 3 de junho de 1998, a segmentação das operadoras e administradoras de planos privados de assistência à saúde, observando as suas peculiaridades; XI - estabelecer critérios, responsabilidades, obrigações e normas de procedimento para garantia dos direitos assegurados nos arts. 30 e 31 da Lei 9.656, de 1998; XII - estabelecer normas para registro dos produtos definidos no inciso I e no § 1.º do art. 1, da Lei 9.656/98; XIII - decidir sobre o estabelecimento de sub-segmentações aos tipos de planos definidos nos incisos I a IV do art. 12 da Lei 9.656/98; XIV - estabelecer critérios gerais para o exercício de cargos diretivos das operadoras de planos privados de assistência à saúde; XV - estabelecer critérios de aferição e controle da qualidade dos serviços oferecidos pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde, sejam eles próprios, referenciados, contratados ou conveniados; XVI - estabelecer normas, rotinas e procedimentos para concessão, manutenção e cancelamento de registro dos produtos das operadoras de planos privados de assistência à saúde; XVII - autorizar reajustes e revisões das contraprestações pecuniárias dos planos privados de assistência à saúde, ouvido o Ministério da Fazenda; XVIII - expedir normas e padrões para o envio de informações de natureza econômico-financeira pelas operadoras, com vistas à homologação de reajustes e revisões; XIX - proceder à integração de informações com os bancos de dados do Sistema Único de Saúde; XX - autorizar o registro dos planos privados de assistência à saúde; XXI - monitorar a evolução dos preços de planos de assistência à saúde, seus prestadores de serviços, e respectivos componentes e insumos; XXII - autorizar o registro e o funcionamento das operadoras de planos privados de assistência à saúde, bem assim sua cisão, fusão, incorporação, alteração ou transferência do controle societário, sem prejuízo do disposto na Lei 8.884 de 11 de junho de 1994; XXIII - fiscalizar as atividades das operadoras de planos privados de assistência à saúde e zelar pelo cumprimento das normas atinentes ao seu funcionamento; XXIV - exercer o controle e a avaliação dos aspectos concernentes à garantia de acesso, manutenção e qualidade dos serviços prestados, direta ou indiretamente, pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde; XXV - avaliar a capacidade técnico-operacional das operadoras de planos privados de assistência à saúde para garantir a compatibilidade da cobertura oferecida com os recursos disponíveis na área geográfica de abrangência; XXVI - fiscalizar a atuação das operadoras e prestadores de serviços de saúde com relação à abrangência das coberturas de patologias e procedimentos; XXVII - fiscalizar aspectos concernentes às coberturas e o cumprimento da legislação referente aos aspectos sanitários e epidemiológicos, relativos à prestação de serviços médicos e hospitalares no âmbito da saúde suplementar; XXVIII - avaliar os mecanismos de regulação utilizados pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde; XXIX - fiscalizar o cumprimento das disposições da Lei 9.656/98, e de sua regulamentação; XXX - aplicar as penalidades pelo descumprimento da Lei 9.656/98, e de sua regulamentação; XXXI - requisitar o fornecimento de informações às operadoras de planos privados de assistência à saúde, bem como da rede prestadora de serviços a elas credenciadas; XXXII - adotar as medidas necessárias para estimular a competição no setor de planos privados de assistência à saúde; XXXIII - instituir o regime de direção fiscal ou técnica nas operadoras; XXXIV - proceder à liquidação extrajudicial e autorizar o liquidante a requerer a falência ou insolvência civil das operadoras de planos privados de assistência à saúde; XXXV - determinar ou promover a alienação da carteira de planos privados de assistência à saúde das operadoras; XXXVI - articular-se com os órgãos de defesa do consumidor

entre as operadoras e os usuários dos planos por elas administrados, fiscalizar, controlar, sancionar, registrar as operadoras e todos os produtos por elas oferecidos no mercado aos usuários, autorizar incorporações, fusões, cisões, alteração e transferência de controle acionário, intervir e proceder a liquidação extrajudicial das operadoras, até propor as políticas e diretrizes gerais a serem seguidas pelo setor, um regramento tão rígido como se a atividade fosse fruto de concessão, permissão e autorização.

No caso da atividade privada na saúde, como visto, singularmente, o próprio constituinte já havia preconizado a necessidade da regulamentação, fiscalização e controle no texto do artigo 197, elevando todas as ações e serviços de saúde, público e privados, à condição de relevância pública.

A partir daí a regulação tornou-se imperativo constitucional para um segmento que já atuava na sociedade brasileira e sem os regramentos necessários à proteção do cidadão usuário do serviço.

Os ventos da reforma administrativa foram inseridos no ordenamento jurídico com a Emenda 19, em 4 de junho 1998, que introduziu os mecanismos de regulação na forma como hoje são conhecidos no Brasil, que, por sua vez, foram concretizados pela Lei n.º 9.661, em 28 de janeiro de 2000, que criou o órgão regulador da saúde suplementa imbuída daquele espírito neoliberal em que o estado regulador cobra quando o particular não entrega as prestações com as quais se obrigou.

A finalidade da agência reguladora é a de promover o interesse público no segmento de saúde suplementar, tal como expressamente determina o artigo 3.º da

visando a eficácia da proteção e defesa do consumidor de serviços privados de assistência à saúde, observado o disposto na Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990; XXXVII - zelar pela qualidade dos serviços de assistência à saúde no âmbito da assistência à saúde suplementar; XXXVIII - administrar e arrecadar as taxas instituídas por esta Lei; XXXIX - celebrar, nas condições que estabelecer, termo de compromisso de ajuste de conduta e termo de compromisso e fiscalizar os seus cumprimentos; XL - definir as atribuições e competências do diretor técnico, diretor fiscal, do liquidante e do responsável pela alienação de carteira; XLI - fixar as normas para constituição, organização, funcionamento e fiscalização das operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o § 1.º do art. 1.º da Lei 9.656/98 incluindo: a) conteúdos e modelos assistenciais; b) adequação e utilização de tecnologias em saúde; c) direção fiscal ou técnica; d) liquidação extrajudicial; e) procedimentos de recuperação financeira das operadoras; f) normas de aplicação de penalidades; g) garantias assistenciais, para cobertura dos planos ou produtos comercializados ou disponibilizados; XLII - estipular índices e demais condições técnicas sobre investimentos e outras relações patrimoniais a serem observadas pelas operadoras de planos de assistência à saúde. § 1º A recusa, a omissão, a falsidade ou o retardamento injustificado de informações ou documentos solicitados pela ANS constitui infração punível com multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), podendo ser aumentada em até vinte vezes, se necessário, para garantir a sua eficácia em razão da situação econômica da operadora ou prestadora de serviços. § 2º As normas previstas neste artigo obedecerão às características específicas da operadora, especialmente no que concerne à natureza jurídica de seus atos constitutivos."

referida lei, o que "importa reconhecer os princípios gerais da livre iniciativa e da livre empresa, reservando-se ao Estado o instrumento da regulação como meio de orientar a atuação dos particulares à realização de valores fundamentais"⁷⁰.

O interesse público na saúde suplementar, como já dito, não se resume tão só ao fato de as operadoras prestarem a assistência à saúde, mas também em razão do contingente de cidadãos que fazem uso dos seus serviços.

Então, desde logo, é importante compreender que a regulação também foi concebida para impedir o monopólio no setor, controlar e planejar o segmento de modo a proteger o interesse do cidadão que se associa aos planos de saúde.

Como se viu, para

atingir esse desiderado, a respectiva legislação ordinária concedeu a tais agências poderes regulatórios específicos para atuar de forma a regular os determinados mercados que lhes foram destinados. Para tanto, cabe a tais entidades os deveres de: (a) manusear as informações, que agora assumem um valor tão relevante que leva o Estado a criar um maquinário específico para o seu controle e gerenciamento; b) cuidar dos anseios, muitas vezes exagerados (assim, irregulares), das multinacionais pela busca da operacionalização privada e aproveitamento das informações recebidas pelo Estado; (c) controlar os interesses normalmente exaltados dos envolvidos nesse jogo de informações preciosas (Estado – empresa – cidadão); (d) proteger o cidadão, que se encontra em situação hipossuficiente perante dois outros partícipes desse jogo (Estado e empresa prestadora do serviço público).⁷¹

Ocorre que, como já observou Tércio Sampaio Ferraz, quando os modelos ideais gestados para as economias do norte são transpostos para economias tropicais nem sempre se leva em consideração um elemento fundamental que é o papel que o Estado desempenha nas economias do sul.

Nos países do Sul, sobretudo da América Latina, o grau de subdesenvolvimento confere ao Estado um status de grande força indutora de desenvolvimento, com enormes tarefas nas áreas da saúde, da educação, de saneamento básico, redução da miséria e das desigualdades que marcam essas sociedades.

Então, aquele modelo ideal preconizado para as agências reguladoras sofre injunções de uma gama variada de interesses.

⁷⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p.21.

⁷¹ FRANÇA, Phillip Gil. **O controle da administração pública**. São Paulo: RT, 2008. p. 25-26.

Interesses políticos e econômicos que atuam, ora se transformando em braço do governo nos seus esforços de manter sob controle economias envolvidas com problemas de inflação alta, instabilidade cambial, desemprego alto e desigualdades sociais não existentes nos mercados do norte, ora sendo objeto de apropriação pelos interesses empresariais envolvidos nos setores objeto da regulação.

Assim, se o modelo construído no Brasil "é claramente influenciado pelo norte-americano, em que a importância das agências segue o mesmo rumo que o progresso desse país", não se pode descuidar que

em função da diferente conjuntura político-econômica e da evidente diversidade de sistemas jurídicos, a estrutura das agências reguladoras desenvolvidas no Brasil vem recebendo delineamento diferenciado das agências internacionais. Nos EUA e países da união Europeia encontram-se entidades regulatórias como verdadeiras gerentes dos setores que atuam, detendo uma autonomia suficiente que as permite se especializarem e, conseqüentemente, evoluírem junto com a esfera que operam. Tal característica, de intensa autonomia, ainda não retrata o modelo nacional, porém este é o rumo almejado pelo Estado nacional, com a reestruturação da Administração Pública que está sendo empregada.⁷²

Nesse contexto, a falta de clareza no emprego da natureza jurídica das operadoras e da sua atividade tem sido responsável direta para que ocorra a mitigação do direito à saúde do cidadão, e, como se verá, tem interesse de vários elementos que interagem na atividade.

Outro aspecto a não perder de vista e vale reiterar é que a saúde no Brasil foi concebida para uma atuação protagonista da saúde pública estatal, sendo reservada para a iniciativa privada a atividade complementar ao sistema público e também fora dele, como é o caso da saúde suplementar.

Em razão disso, é que se afirma que a dogmática do artigo 196 da Constituição confere claramente esse protagonismo ao Estado ao lhe atribuir o dever de ofertar acesso universal igualitário à saúde ao cidadão, em todo o território nacional e comprometendo rigorosamente todas as esferas da administração pública, conforme se extrai do comando do artigo 198.

⁷² FRANÇA, 2008, p. 133-134.

Aqui impera a máxima capitalista de que a atividade econômica privada só comparece onde há viabilidade econômica-financeira, eis que não pode atuar com prejuízo.

Assim, o Estado é que vai a todos os lugares, inclusive àqueles em que a atividade econômica privada jamais irá.

Por outro lado, o artigo 196 da Constituição confere ao cidadão o direito fundamental à saúde, num círculo em que o Estado tem a obrigação e o cidadão é seu credor.

Fora do círculo está a atuação da iniciativa privada como uma faculdade e, portanto, atuando somente se as condições econômicas se mostrarem favoráveis.

Nesse contexto, é que se afirma que a saúde suplementar não foi concebida para suplantar o principal, o sistema público estatal de saúde, e uma das tarefas que se colocam para a sociedade é justamente a de evitar que esse processo, que induz a um crescimento desmesurado da saúde privada no país, desonerando o Estado, venha a se tornar realidade.

Vale dizer, se o sistema público de saúde funcionasse em patamares suficientemente necessários para satisfação do cidadão, pouco provável que a quantidade de cidadãos que hoje recorrem ao sistema suplementar recorresse a ele do mesmo modo.

A sociedade pode, se quiser e desejar, construir um sistema privado maior e mais importante que o público, mas isso não pode ser uma consequência da omissão do Estado quanto ao dever que lhe impôs o art. 196 da Constituição.

Se for como consequência da omissão, como é, o Estado estará, flagrantemente, sonhando um direito fundamental e deixando, portanto, de concretizar o programa constitucional que o constituinte idealizou para a saúde no Brasil.

Por outro lado, como se viu, mesmo na saúde suplementar o Estado não perde o protagonismo, pois a ANS tem a atribuição de controlar os preços justamente porque se inserem em sua missão institucional⁷³ de planejar e assegurar a vigência do interesse público, e para isso foi dotada da estrutura administrativa.

⁷³ BARROSO, Luís Roberto. Direito intertemporal, competências funcionais e regime jurídico dos planos de saúde e seguros saúde. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira. **Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 259.

A saúde suplementar não é uma atividade estatal concedida para exploração privada. Não é serviço público. É uma atividade econômica. É uma atividade privada que, embora de interesse público, dada a sua relevância ressaltada na própria Constituição, é executada e desfrutada por entes privados, mas fiscalizada, regulada e controlada por entes públicos.

É um contexto complexo em que a atuação do contingente de empresas operadoras nem sempre vão coincidir com os interesses do Estado e do cidadão que é associado aos planos de saúde.

Exatamente por isso, o legislador ordinário impôs, dentre as atribuições da ANS, o dever de avaliar o equilíbrio econômico-financeiro das operações e de modo a assegurar que os recursos que pertencem ao cidadão tenham a melhor destinação.⁷⁴

Assim, indubitável que o Estado regulador tem a tarefa de proteger a massa de recursos financeiros geridos pelas operadoras e isso, inequivocamente, pelo fato de constituírem propriedade dos usuários do sistema, tal como está posto na dogmática do artigo 1.º, inciso I, da Lei n.º 9.656/98⁷⁵, dispondo que as operadoras pagam as contas médico/hospitalares, os exames laboratoriais e todas despesas com a assistência à saúde, repita-se à exaustão, "por conta e ordem do consumidor".

Por outro lado, tendo em ordem de consideração que o Estado está obrigado a prover assistência à saúde para todos os brasileiros, de modo universal e gratuito, e nem sempre os recursos orçamentários estão à altura desse desafio, passou ele também a ter interesse na ampliação da rede de cobertura das operadoras e no aumento das patologias por elas atendidas.

O que pode parecer, num primeiro olhar, uma bondade, é, na verdade, uma esperteza do Estado, pois assim se vai desonerando-o do encargo de colocar à

⁷⁴ Lei n.º 9.661/2000, art. 4.º: "XXV – avaliar a capacidade técnica-operacional das operadoras de planos privados de assistência à saúde para garantir a compatibilidade da cobertura oferecida com os recursos disponíveis na área geográfica de abrangência; XLII – estipular índices e demais condições técnicas sobre investimentos e outras relações patrimoniais a serem observadas pelas operadoras de planos de assistência à saúde."

⁷⁵ "I – Plano privado de Assistência à Saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós-estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando à assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor."

disposição de uma boa quantidade de cidadãos os serviços que as operadoras de planos privados de saúde estão, cada vez mais, obrigadas a ofertar.

Tudo isso é apenas parte da singularidade de um setor integrado por entes com interesses marcadamente distintos, mas que foi concebido para atender primordialmente a assistência à saúde do cidadão, que decidiu financiá-la com seus próprios recursos, mas que também segue sendo detentor de um direito fundamental.

Isso porque, como se viu, o cidadão que resolve prover a sua assistência à saúde com recursos próprios, no caso, através da saúde suplementar, não perde a garantia do direito fundamental à saúde que é credor e pode exigir do Estado.

O Estado é que passa a ter mais um ônus, que é o de zelar pelo patrimônio do cidadão que se encontra depositado nas mãos das operadoras de planos privados de saúde.

7 O CIDADÃO NA SAÚDE SUPLEMENTAR

A opção de financiar a assistência à saúde com recursos próprios é, portanto, como se viu, uma faculdade que o legislador constituinte assegurou ao cidadão no artigo 199, da Constituição Federal, sem prejuízo, no entanto, da garantia à assistência universal e gratuita garantida no seu art. 196, que lhe é devida pelo Estado.

De um lado, o cidadão tem o direito subjetivo que a Carta lhe assegura, o acesso gratuito e universalizado aos serviços públicos de saúde, e de outro lado, há o direito que lhe confere a faculdade de contratar a assistência à saúde com recursos próprios, integrando-se a uma atividade econômica privada sobre a qual pairam os regramentos da Lei n.º 9.656/98 e do Código de Defesa do Consumidor.

Vale repetir sempre que, ao aderir a um plano de saúde, o cidadão não deixa ser credor do direito fundamental de que o Estado lhe é devedor. Ao contrário, passa ele a ser credor de ambos, nas formas estipuladas em cada sistema.

Como já se viu, não se pode perder de vista que a relação contratual que o cidadão estabelece com o plano de saúde trata de um ato de associação a uma operação de mutualismo, cuja adesão e a permanência são regradas, primordialmente, pelo direito que está assegurado na própria Constituição, no artigo 5.º, inciso XX:

A liberdade de associação presta a satisfazer necessidades várias pessoas, que podem associar-se para alcançar metas econômicas, para mútuo apoio, para fins religiosos, para promover interesses gerais ou da coletividade, ou para se fazerem ouvir, conferindo maior ímpeto à democracia participativa.⁷⁶

Os cidadãos associam à operadora de planos privados de saúde que tem atribuição de gerir a massa de recursos constituída pela contribuição continuada de todos e, em nome deles (inciso, I, do artigo 1.º, da Lei n.º 8.656/98), pagar as despesas decorrentes da assistência à saúde a eles entregue pelos prestadores de serviços credenciados ou não ao plano, conforme o regime da adesão.

⁷⁶ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Liberdade de associação. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coord. científica); LEONCY, Léo Ferreira (Coord. executiva). **Comentários à Constituição do Brasil**. 1. ed., 4. tir. São Paulo: Saraiva; Portugal: Almedina, 2014. (Série IDP). p. 308.

Isso, então, como consequência do fato de o cidadão depositar recursos para constituir um fundo comum, formado pela carteira, com o objetivo de fazer frente à sua própria assistência à saúde, utilizando ou não, conforme a modalidade do contrato, da rede de prestadores de serviços credenciados ao seu plano de saúde.

De outro vértice, se, por um lado, o Estado, ele próprio como provedor, está obrigado assegurar o acesso universal e gratuito do cidadão nos serviços públicos de saúde, por outro lado, está também obrigado a promover a proteção e a defesa da atividade econômica em que está ligado o cidadão, bem como os seus interesses particulares na mesma e é precisamente esse o conceito que está estampado no ordenamento jurídico.⁷⁷

O cidadão se associa ao fundo privado do plano de saúde pela via de contrato privado, aderindo ao processo de mutualismo, cuja adesão pode se dar por meio de contrato individual e coletivo.⁷⁸

As formas de contratação entre o cidadão e a operadora, segundo José Luiz Toro da Silva⁷⁹, podem ser nas modalidades individual, com ou sem os dependentes, em que a contratação é a pessoa física titular, e a coletiva, na qual quem contrata com a operadora é a pessoa jurídica, com a adesão ocorrendo como consequência

⁷⁷ Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90).

⁷⁸ Lei n.º 9.656/98: "VII; a) o plano individual ou familiar é o que decorre do contrato firmado diretamente entre o consumidor e a operadora do plano de saúde destinado a prover a assistência individual e ou familiar. O chamado plano coletivo empresarial caracteriza-se por um contrato que assegura cobertura de assistência à saúde a um grupo delimitado de consumidores, com ou sem dependentes, que se vinculam automática e obrigatoriamente ao plano de saúde em razão da relação que estabelecem com uma determinada pessoa jurídica em razão de contrato de trabalho, filiação associativa ou sindical, que, por sua vez, mantém o contrato com o fundo gerido pela operadora; b) o chamado plano coletivo empresarial caracteriza-se por um contrato que assegura cobertura de assistência à saúde a um grupo delimitado de consumidores, com ou sem dependentes, que se vinculam automática e obrigatoriamente ao plano de saúde em razão da relação que estabelecem com uma determinada pessoa jurídica em razão de contrato de trabalho, filiação associativa ou sindical, que, por sua vez, mantém o contrato com o fundo gerido pela operadora; c) o plano coletivo por adesão o vínculo não é obrigatório, eis que depende de adesão opcional;"

⁷⁹ A individual é aquela "oferecida no mercado para a livre adesão de consumidores, pessoas físicas, com ou sem grupo familiar [...]", a coletiva empresarial é aquela que "oferece cobertura à população delimitada e vinculada à pessoa jurídica, devendo este vínculo ser de natureza empregatícia, associativa ou sindical, podendo prever a inclusão de dependentes legais da massa populacional vinculada [...] a adesão dos beneficiários da empresa, associação ou sindicato contratante será automática", e a coletiva por adesão é aquele em que, "embora oferecida por pessoa jurídica (empresa, associação ou sindicato) para massa delimitada de beneficiários, tem adesão espontânea e opcional de funcionários, associados ou sindicalizados, com ou sem a opção de inclusão do grupo familiar ou dependentes". (SILVA, José Luiz Toro da. **Manual de direito da saúde suplementar: a iniciativa privada e os planos de saúde**. São Paulo: M. A. Pontes, 2005. p.104-105).

do vínculo empregatício, associação a entidade ou sindicato contratante ou por adesão opcional do empregado, associado ou sindicalizado.

No novo ordenamento constitucional, os direitos do consumidor se traduzem elemento importante para a promoção do primado da dignidade da pessoa humana e recebem tratamento particular já no inciso XXXII, do artigo 5.º, e no inciso V, do artigo 170, ambos da Carta.⁸⁰

Com isso, o cidadão assume a condição de consumidor, e incidem nessa relação, como ensina Ingo Wolfgang Sarlet,

as normas consumeristas (protetivas) que asseguram o direito (e dever) de informação, a inversão do ônus da prova, a proteção contra cláusulas abusivas, a vigência da boa-fé objetiva como standard de conduta das partes, a proteção contra a lesão enorme e contra a alteração da base do negócio jurídico, inclusive pela aplicação da cláusula rebus sic stantibus, quando necessário.⁸¹

Para ele, há também o

caráter duplamente indisponível do direito em casa, donde os imperativos constitucionais de tutela protetiva específica de proteção do consumidor (CF, art. 5.º, XXXII), assim como a proteção da saúde, individual e coletiva (CF, art. 196), ainda embasa a atuação do Ministério Público, das associações de classe e de entidades da sociedade civil na defesa dos interesses coletivos e difusos que a partir daí se configuram.⁸²

Segue orientando que

os serviços de saúde, ainda que prestados pela iniciativa privada, guardam a natureza pública e indisponível que lhe atribuiu a CF (art. 197), a determinar que a interpretação das cláusulas contratuais e o exame da responsabilidade pela execução adequada dos serviços de saúde devem submeter-se à dupla incidência da proteção fundamental do consumidor e do titular do direito à saúde. De qualquer sorte, é perceptível a tendência da jurisprudência no sentido de mitigar a autonomia contratual em favor da tutela do usuário-consumidor-paciente, impondo às operadoras de planos e seguros de

⁸⁰ NUNES, Rizzato. Aspectos históricos. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coord. científica); LEONCY, Léo Ferreira (Coord. executiva). **Comentários à Constituição do Brasil**. 1. ed., 4. tir. São Paulo: Saraiva; Portugal: Almedina, 2014. (Série IDP). p. 346-350.

⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Saúde suplementar. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coord. científica); LEONCY, Léo Ferreira (Coord. executiva). **Comentários à Constituição do Brasil**. 1. ed., 4. tir. São Paulo: Saraiva; Portugal: Almedina, 2014. (Série IDP). p. 1944.

⁸² SARLET, loc. cit.

saúde uma série de deveres voltados à plena assistência à saúde dos segurados, como questões relacionadas à extensão da cobertura dos contratos, aos períodos de carência, à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro (especialmente quanto ao reajuste das mensalidades), entre outros, inclusive com a anulação judicial por abusividade (Lei n.º 8.078/90, art. 51), de cláusulas contratuais.⁸³

Não há qualquer dúvida quanto à proteção individual do cidadão no âmbito das suas relações com a operadora do plano de saúde que, como já se viu, também é fortemente fiscalizada pela Agência Nacional de Saúde, e do próprio Estado, que tem interesses bem definidos e específicos com relação a saúde suplementar.

Mas esse âmbito de proteção não se dirige somente à operadora, que administra os recursos do consumidor, pois atinge também todos os segmentos que, de um modo ou de outro, interagem com e no plano de saúde e o Estado tem interesses econômicos bastante evidentes nessa atividade econômica.

Um dos primeiros aspectos que salta aos olhos dá à Agência Nacional de Saúde Suplementar a prerrogativa de elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde e que constitui a referência básica de cada modalidade contratual instituída nos planos de saúde.

O inciso III, do art. 4.º, da Lei n.º 9.961/2000, conferiu atribuição a ANS para aumentar, sempre que entender seja o caso, as coberturas contratuais do plano de saúde, obrigando, como se verá adiante, as operadoras a incluir nos produtos comercializados um rol cada vez maior de procedimentos, estipulando uma espécie de "*carta branca*".

Se o fundo gerido pelas operadoras é quem financia a assistência à saúde entregue aos seus associados, na exata dicção da dogmática contida no inciso I do artigo 1.º da Lei n.º 9.656/98, a extensão compulsória das coberturas onera o fundo mantido pelo cidadão e desonera o Estado.

O interesse econômico e financeiro do Estado em relação aos fundos mantidos pelo cidadão sob os cuidados das operadoras não se resume a esse processo de desoneração.

Há também um procedimento, previsto no artigo 32, da Lei n.º 9.656/98, denominado ressarcimento, através do qual o Estado, como se verá em capítulo

⁸³ SARLET, 2014, p. 1944.

próprio, não mais pela via oblíqua do sistemático processo de extensão das coberturas, avança diretamente sobre esses recursos pertencentes ao cidadão.⁸⁴

A regra prevê que quem estabelece os valores do ressarcimento é a ANS, ou seja, em última análise, quem arbitra os valores é o próprio Estado e quem paga é o cidadão, pois a operadora o faz por conta e ordem do consumidor.

Ao inserir os consumidores no âmbito de proteção da dignidade da pessoa humana, o constituinte criou para o Estado o dever de proteção dos seus interesses, nos quais, inequivocamente, se incluem os fundos por eles mantidos nas operadoras de planos privados de saúde.

A questão é saber como proteger o fundo mantido pelos consumidores das investidas das operadoras, da ANS, do Judiciário, dos interesses empresariais que permeiam o negócio e do poder Executivo.

⁸⁴ Serão ressarcidos pelas operadoras dos produtos de que tratam o inciso e o § 1.º do art. 1.º desta Lei, de acordo com as normas definidas pela ANS, os serviços de atendimento à saúde previstos nos respectivos contratos, prestados a seus consumidores e respectivos dependentes, em instituições públicas ou privadas, conveniadas ou contratadas, integrantes do Sistema Único de Saúde – SUS.

8 O CONSUMIDOR E A SONEGAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

É necessário expor as várias maneiras por meio das quais os vários agentes dos estatais e privados, que interagem com o segmento do sistema suplementar de saúde, produzem danos aos interesses dos consumidores associados aos planos de saúde.

A partir daí, será possível propor soluções que ofereçam mais segurança aos usuários do sistema suplementar.

Já o texto dos artigos 10, da Lei n.º 9.656/98⁸⁵, instituiu o chamado plano-referência, que consiste num rol mínimo de coberturas que o contrato deve

⁸⁵ "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:

I - tratamento clínico ou cirúrgico experimental; II - procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, bem como órteses e próteses para o mesmo fim; III - inseminação artificial; IV - tratamento de rejuvenescimento ou de emagrecimento com finalidade estética; V - fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados; VI - fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar, ressalvado o disposto nas alíneas 'c' do inciso I e 'g' do inciso II do art. 12; VII - fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico; IX - tratamentos ilícitos ou antiéticos, assim definidos sob o aspecto médico, ou não reconhecidos pelas autoridades competentes; X - casos de cataclismos, guerras e comoções internas, quando declarados pela autoridade competente.

§ 1.º As exceções constantes dos incisos deste artigo serão objeto de regulamentação pela ANS.

§ 2.º As pessoas jurídicas que comercializam produtos de que tratam o inciso I e o § 1.º do art. 1.º desta Lei oferecerão, obrigatoriamente, a partir de 3 de dezembro de 1999, o plano-referência de que trata este artigo a todos os seus atuais e futuros consumidores.

§ 3.º Excluem-se da obrigatoriedade a que se refere o § 2.º deste artigo as pessoas jurídicas que mantêm sistemas de assistência à saúde pela modalidade de autogestão e as pessoas jurídicas que operem exclusivamente planos odontológicos.

§ 4.º A amplitude das coberturas, inclusive de transplantes e de procedimentos de alta complexidade, será definida por normas editadas pela ANS.

Art. 10-A. Cabe às operadoras definidas nos incisos I e II do § 1º do art. 1º desta Lei, por meio de sua rede de unidades conveniadas, prestar serviço de cirurgia plástica reconstrutiva de mama, utilizando-se de todos os meios e técnicas necessárias, para o tratamento de mutilação decorrente de utilização de técnica de tratamento de câncer.

Art. 10-B. Cabe às operadoras dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1.º do art. 1.º, por meio de rede própria, credenciada, contratada ou referenciada, ou mediante reembolso, fornecer bolsas de colostomia, ileostomia e urostomia, sonda vesical de demora e coletor de urina com conector, para uso hospitalar, ambulatorial ou domiciliar, vedada a limitação de prazo, valor máximo e quantidade.

Art. 11. É vedada a exclusão de cobertura às doenças e lesões preexistentes à data de contratação dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1.º do art. 1.º desta Lei após vinte e quatro meses de vigência do aludido instrumento contratual, cabendo à respectiva operadora o ônus da prova e da demonstração do conhecimento prévio do consumidor ou beneficiário.

veicular para o cidadão que adere ao plano de saúde. Nenhum contrato ou "produto", na dicção da Lei, pode ser contratado sem que estejam contempladas as coberturas do plano-referência.

Os artigos 10-A e 11, da mesma Lei, fixam outros serviços de cobertura obrigatória para as operadoras de planos privados de saúde.⁸⁶

A liberdade relativa para a contratação de coberturas mais amplas está prevista no artigo 12, da Lei n.º 9.656/98, facultando a oferta e a contratação de produtos que foram expressamente excluídos nos incisos I a IV, do artigo 1.º.

O primeiro aspecto que sobressai, como já se referiu, é a forma acintosa como o Estado brasileiro vem utilizando o Congresso Nacional e a atividade da Agência Nacional de Saúde Suplementar para transferir ao consumidor os encargos relacionados ao financiamento da assistência à saúde que, a teor do citado artigo 196, deveriam estar sendo providos pelo próprio Estado.

Inúmeras foram as iniciativas legislativas⁸⁷ que ampliaram o rol obrigatório de cobertura (novas cirurgias, tratamentos, remédios, exames), demonstrando uma grande disposição do legislador ordinário para criar obrigações ao cidadão associado aos planos de saúde e, com isso, contribuindo para desonerar o Estado.

Do mesmo modo, como já mencionado, a Lei n.º 9.961/2000⁸⁸ atribuiu à ANS competência para ampliar as obrigações assumidas pelas operadoras nos contratos de assistência suplementar, criando um processo em que se expandiram as obrigações privadas em prol da desoneração do público.

Frequentemente a ANS edita Resoluções Normativas⁸⁹ em que também aumentam o rol dos chamados procedimentos obrigatórios obrigando os planos de saúde a pagarem mais procedimentos, mais exames, mais medicamentos e, na grande maioria das vezes, sem dotar a operadora das condições para que possa

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

⁸⁶ Cirurgia plástica reconstrutiva de mama para tratamento de câncer e hipóteses de lesões preexistentes na data da contratação.

⁸⁷ Por exemplo: MP 2.177-44/2001, Leis 10.223/2001, 12.738/2012, 12.764/2012 e 12.880.

⁸⁸ Compete à ANS: "elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde, que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei 9.656/98, e suas excepcionalidades".

⁸⁹ SILVA, 2005, p. 247-568.

recompor o impacto que os custos que tais aumentos de cobertura causam na operação.

Esse processo ocorre sem que os usuários tenham a necessária ciência de que participam compulsoriamente de um processo em que vão sendo onerados.

Os fundos financeiros dos planos de saúde se fragilizam com o aumento das coberturas sem o aumento das contraprestações mensais pagas pelos usuários e que seriam necessárias para fazer frente aos novos encargos.

Quando o aumento da contraprestação é autorizado, contabilmente, há o aumento dos níveis de gastos dos usuários com a saúde.

Sabe-se que o tributo é considerado forma de contribuição privada destinada à manutenção da esfera pública que, por seu turno, constitui as formas de organização governamental criadas para financiar a concretização dos direitos fundamentais e de um modo que o cidadão tenha consciência dos seus deveres como contribuinte.⁹⁰

No caso da saúde suplementar, o usuário é levado a acreditar que a expansão das coberturas do seu plano de saúde o beneficia porque dele não será exigido mais do que já contribui mensalmente.

Tivesse o usuário a noção clara de que está desonerando o Estado com o expansão das coberturas obrigatórias do seu plano de saúde, certamente teria uma postura mais crítica a respeito do tema.

No entanto, o cidadão é induzido a crer que o sistema público não tem relação com o privado, o que constitui uma noção falsa do problema:

Os setores público e privado no setor de saúde brasileiro, apesar de desintegrados e descoordenados, na verdade, são extremamente interdependentes, e os limites entre ambos vão se tornando cada vez menos nítidos [...] nenhum dos setores tem capacidade ou condições, no curto prazo, de absorver a demanda atendida pelo outro, e uma crise séria em um deles geraria efeitos importantes – ainda que distintos – sobre outro. Um colapso da saúde suplementar levaria imediatamente a um aumento considerável das demandas para o SUS, pela garantia de acesso universal

⁹⁰ CALIENTO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais, orçamento e "reserva do possível"**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 176.

[...] no Brasil, à diferença de vários outros países, os dois sistemas são excludentes ou substitutivos, pelo caráter universal do SUS.⁹¹

Então, aquilo que parece ser uma iniciativa que beneficia os consumidores, ao fim e ao cabo, é um expediente que onera o fundo financeiro que pertence ao cidadão, criando mais obrigações sobre ele, como é inerente a todo processo de mutualismo, e, no outro lado, desonera o Estado da sua obrigação constitucional de prover a saúde gratuita e universal.

Ao analisar o texto do inciso I, do artigo 1º, da Lei 9.656/98, Leonardo Vizeu Figueiredo demonstra que o contrato privado de assistência à saúde tem uma função social e não só porque se trata de saúde, mas porque resulta de um processo de mutualismo, que consiste na prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós-estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde⁹².

É singelo constatar que, assim, o Estado repassa para o cidadão a obrigação que lhe impôs o legislador constituinte e o faz de modo compulsório por meio das medidas normativas da ANS, em total descompasso com o programa constitucional.

Então, de um lado o Estado transfere, por meio das resoluções da ANS, um volume cada vez maior de ônus para os planos de saúde e de outro não impõe também o aumento das contraprestações para a captação dos recursos que seriam necessários para fazer frente à expansão das coberturas do plano de saúde.

É sabido que a intermitente falta de recursos no sistema público de saúde, responsável pela qualidade sofrível de alguns dos serviços públicos, quando não pela sua completa ausência, induzem o cidadão a procurar solução com seus próprios recursos, fazendo crescer o mercado de saúde suplementar no país, como constata Fernanda Schaefer, em interessante abordagem sobre o tema⁹³, num processo em que o Estado tira com as duas mãos.

⁹¹ CECHIN, 2008, p. 72.

⁹² FIGUEIREDO, 2006, p.176-177.

⁹³ SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade civil dos planos e seguros de saúde**. Curitiba: Juruá, 2003.

A irresponsabilidade com o equilíbrio econômico-financeiro que deve orientar a gestão dos fundos financeiros dos usuários nos planos de saúde também induzirá a uma inevitável incapacidade de prestar bons serviços.

Outra intervenção da ANS que tem causado preocupante desequilíbrio no sistema de saúde suplementar é a que está relacionada com o impacto inflacionário sobre os fundos mantidos pelas operadoras.

Habitualmente, como ocorre com preços controlados no Brasil, não são autorizados reajustes das contraprestações pagas pelos usuários para recompor o desgaste decorrente do fenômeno inflacionário.

No entanto, como acentua Luiz Augusto Carneiro,

nos termos da própria lei, o controle e a regulamentação dos reajustes a serem aplicados pelas operadoras de saúde às mensalidades dos consumidores envolvem matéria eminentemente atuarial. Vale dizer: calcular, aprovar e autorizar determinado índice de reajuste no âmbito de um contrato privado é tarefa que envolve conhecimentos técnicos, a ser executado tendo em vista as circunstâncias de cada caso concreto. Note-se que não se cuida aqui de uma tarifa pública, que o Poder Público eventualmente poderá decidir subsidiar com recursos orçamentários para atingir fins políticos (e.g., baratear e ampliar o acesso ao serviço). Os contratos de planos e seguros de saúde são firmados entre partes privadas e têm natureza sinalagmática, como se sabe. As competências de reajustes foram atribuídas à ANS pela legislação porque justamente se inserem em sua missão institucional e sua realização demanda a estrutura técnica que foi concedida, afinal, à agência.⁹⁴

A Lei n.º 9.656/98 dispôs que nos

contratos individuais de produtos de que tratam o inciso I e o § 1.º do art. 1.º desta Lei, independentemente da data de sua celebração, a aplicação de cláusula de reajuste das contraprestações pecuniárias dependerá de prévia aprovação da ANS.⁹⁵

A partir desse comando legal, a pretexto de proteger os interesses do consumidor, a ANS desencadeou um processo de contenção da incidência dos reajustes das mensalidades nos contratos individuais e necessários à reposição

⁹⁴ CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org.). **Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 259.

⁹⁵ § 2.º, art. 35-E.

do desgaste produzido pelo fenômeno inflacionário, induzindo a uma outra consequência séria.

É que os contratos coletivos foram dotados de uma maior liberdade de contratação e de negociação dos reajustes de reposição do desgaste da inflação, ao fundamento de que as empresas, ao contrário das pessoas que contratam individualmente, têm mais capacidade de negociar os termos dos seus contratos com as operadoras.

A consequência disso é que as operadoras reduziram a contratação dos chamados planos individuais para dar prioridade aos planos coletivos, pois naqueles o controle do reajuste das mensalidades é muito mais rigoroso do que nestes, enquanto nestes, há maior liberdade de promover esses reajustes.

Para Januario Montone,

o controle dos reajustes de mensalidades dos planos individuais provocou como efeito colateral uma redução da oferta no mercado. Se em dezembro de 2000 essa modalidade de contratação reunia 29,5% dos beneficiários de planos regulados, em dezembro de 2007 essa participação reduziu-se para 22,5%.⁹⁶

Pode parecer sem importância, mas a seriedade do problema está em que há uma enorme massa de trabalhadores que compõem o universo dos planos coletivos de saúde suplementar, ou seja, trata-se de um processo que estimula o plano coletivo, e a adesão a ele, de um público que potencialmente poderia estar utilizando o sistema público se ofertasse saúde de boa qualidade gratuitamente.

Enquanto os planos coletivos ganharam maior liberdade de negociação na reposição do desgaste provocado pelo fenômeno inflacionário sobre as mensalidades pagas pelos consumidores nos planos coletivos, os planos individuais, a pretexto de proteger o consumidor contra aumentos abusivos, tiveram a reposição inflacionária mais contida.

Com isso, as operadoras foram estimuladas a dar preferência à contratação dos planos coletivos, que são mantidos por pessoas jurídicas, empresas, associações, sindicatos, entes públicos, que, como dito, passaram a congrega uma

⁹⁶ MONTONE, Januario. **Planos de saúde, passado e futuro**. Rio de Janeiro: Medbook, 2009b. p. 57.

grande massa de trabalhadores que, na concepção do constituinte, deveriam estar sendo assistidos pelo Sistema Único de Saúde.

Assim, salta aos olhos que o reiterado aumento do rol dos procedimentos obrigatórios nada mais é que a flagrante transferência para a massa de trabalhadores alojados nos planos coletivos privados de saúde de obrigações que o Estado deveria estar dando conta, por expressa imposição do programa constitucional.

Não é preciso esforço para entender o desequilíbrio que esse expediente produz sobre o fundo, pois essas ações geram um impacto econômico financeiro cujo custo recai sobre os fundos geridos pelas operadoras, fragilizando-os flagrantemente.

Consequência mais nefasta se dá sobre as pequenas e médias operadoras que sabidamente têm mais dificuldades em suportar a expansão das coberturas obrigatórias, o que resulta num processo de concentração no setor por meio do qual as grandes passam a absorver as médias e pequenas operadoras.

Sob tal aspecto, o Estado está deixando de concretizar, como deveria, o programa constitucional de estimular a concorrência (art. 170, IV, da CF) e de proteger o consumidor (art. 170, V, da CF).

Tudo compõe um claro processo de sonegação de direitos que se torna mais significativo e dramático quando se verifica que o contingente que utiliza a saúde suplementar em planos coletivos já atinge a incrível marca de cerca de 38 milhões de indivíduos, representando cerca de 70% dos contratos, sendo que de 2000 a 2006 essa modalidade de contratação experimentou um crescimento de 184% em relação a individual, ou seja, é evidente a franca expansão dos trabalhadores nesse segmento.⁹⁷

No outro lado da moeda, como já se viu, ocorre silenciosamente um outro fenômeno que resulta diretamente da soma reiterada da edição de RNs aumentando o número de coberturas obrigatórias que os planos privados de saúde devem oferecer aos seus consumidores e da contenção da reposição do desgaste provocado pelo fenômeno inflacionário, que se dá com muito mais intensidade nos planos individuais.

⁹⁷ Site IDEC, Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, link plano coletivo.

E isso também interessa às grandes operadoras em razão da sua maior capacidade econômica e financeira de suportar os impactos de todas essas intervenções desastradas – tendo em vista que administram fundos financeiros maiores, tendem a enxergar esse processo como uma oportunidade para imprimir mais concentração no setor.

De certo modo, a própria introdução da regulação

trouxe mudanças significativas, principalmente quanto a: autorização de funcionamento, regras uniformes de operação, possibilidade de intervenção do poder regulatório (inclusive para liquidação), exigência de garantias financeiras (reservas mínimas), exigência de assistência integral à saúde, proibição de seleção de riscos, proibição de rescisão unilateral, definição e limitação das carências e controle sobre reajustes de preços (ANS, 2003).⁹⁸

As pequenas e médias operadoras, que fazem a gestão de fundos pequenos e médios, passaram a não suportar a incidência simultânea desses dois fatores e o que se vê é um preocupante processo de concentração no setor da saúde suplementar, de modo que já em 2010 apenas 32 das operadoras concentravam mais de 50% dos consumidores, embora a ANS acusasse o registro formal de mais de 1.000 operadoras.⁹⁹

Como o plano de saúde é formado a partir de um processo de mutualismo em que os consumidores constituem um fundo destinado a financiar a assistência à saúde dos seus associados, cuja gestão é responsabilidade da operadora, é fato que esse processo de aumento compulsório das coberturas e a não reposição da inflação, por um lado, oneram ainda mais os fundos mantidos pelo consumidor que, com menos recursos, passa a financiar ainda mais intensamente a sua assistência à saúde, desonerando o Estado e induzindo a concentração no setor.

Está bem desenhado que, obviamente, esse processo não interessa somente ao Estado, que evidentemente se desonera com essa transferência de responsabilidade, mas também às grandes operadoras.

Isso porque, inequívoco que os grandes fundos, operados por grandes operadoras, não só suportam com mais facilidade o processo de aumento das coberturas obrigatórias, mas também ganham com eles pela absorção dos fundos

⁹⁸ CECHIN, 2008, p. 214.

⁹⁹ Site: SIB/ANS/MS, CADOP/ANS/MS. 03/201. Número de operadoras. Acesso em: 6 ago. 2014.

menores, não raro por intervenção direta da ANS, e também ganham mais poder de negociação no repasse de custos para os contratos coletivos.

O programa constitucional de proteção do consumidor está sendo agredido na medida em que a atividade regulatória no setor foi concebida para assegurar a higidez econômico-financeira dos planos de saúde, cujos fundos pertencem aos seus associados, de modo que sua intervenção deveria se voltar para a eficiência do serviço e de modo a não onerar os consumidores, como vem ocorrendo.

Assim, paradoxalmente, as frequentes intervenções da atividade regulatória que, a pretexto de criar e ampliar direitos, aumentam sobremaneira o rol das coberturas obrigatórias dos planos de saúde, produzem uma flagrante sonegação dos direitos que são assegurados pelo artigo 196 da Constituição Federal, onerando os consumidores e induzindo a fragilização dos recursos dos fundos que lhes pertencem e são geridos pelas operadoras.

A atividade regulatória na saúde suplementar deve ter como objetivo fundamental a preservação dos interesses do consumidor frente ao interesse do Estado em se desonerar da sua obrigação constitucional – o dever de prover a saúde universal e gratuita.

Do mesmo modo, a intervenção da atividade regulatória no setor deveria prevenir o processo de concentração, que fragiliza os pequenos e médios fundos e induz a um processo de precarização dos direitos dos consumidores.

Em outro viés, os órgãos de proteção do consumidor, o Ministério Público e o Poder Judiciário, levados pelo conceito de que os planos de saúde constituem uma operação privada e lucrativa das empresas operadoras, bem como assentados no desejo de concretizar a proteção do consumidor, rompem com frequência as disposições contratuais para conceder individualmente mais do que é devido.

Com frequência as decisões desses órgãos, sob o fundamento de que o direito à saúde está acima das limitações contratuais, impõem as operadoras o pagamento de procedimentos, remédios, próteses e outros direitos que os contratos não asseguram, onerando o fundo em evidente prejuízo do processo de mutualismo que necessariamente tem que reger a saúde suplementar.

A completa incompreensão sobre a lógica do processo de mutualismo que deve orientar a constituição e a manutenção dos fundos geridos pelas operadoras de planos de saúde também está presente nas pretensões das entidades sindicais

que representam os profissionais liberais que prestam serviços aos usuários, desde que credenciados pelas operadoras.

As entidades sindicais médicas estão recorrendo à Justiça do Trabalho para impedir o credenciamento dos médicos com as operadoras por meio de pessoas jurídicas e, assim, obter compulsoriamente para as pessoas físicas dos profissionais o repasse dos reajustes autorizados pela ANS nas contraprestações pagas pelos usuários para manutenção dos planos de saúde.

Em uma das medidas a entidade sindical postulou a aplicação de um aumento sobre os honorários pagos aos médicos credenciados junto aos seus planos de saúde, de 2000 a 2010, em percentual correspondente ao IPCA acumulado, sobre a soma dos honorários pagos no respectivo ano e, como consequência, o pagamento da diferença entre o valor devido, após a incidência do reajuste indicado no item anterior e o valor efetivamente pago.

Outro pleito aviado pelas entidades sindicais dos médicos é para que a Justiça do Trabalho determine que haja a inclusão em todos os contratos firmados com os médicos (pessoas físicas ou pessoas jurídicas) de uma cláusula prevendo o reajuste anual do valor dos preços pagos, estipulados em tabela própria, pelos serviços prestados aos usuários dos planos, que deve atender, no mínimo, ao percentual da inflação anual.

É como se fosse uma conta de padaria onde, uma vez autorizados aumentos pela ANS nas contraprestações pagas pelos usuários, os honorários médicos seriam aumentados na mesma proporção, desconhecendo-se completamente toda a complexidade e os riscos que caracterizam o processo de associação por mutualismo e, mais uma vez, que quem paga a conta é sempre o cidadão e não a empresa operadora, que é mera repassadora dos recursos, na forma do inciso I do artigo 1.º da Lei n.º 9.656/98.

Embora as medidas judiciais aforadas pelas entidades sindicais ainda não tenham decisões das cortes superiores quando ao mérito, já se tem preocupante decisão reconhecendo a suposta competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar litígios decorrentes de contratos de credenciamento de profissionais liberais com

as operadoras de planos privados de saúde¹⁰⁰, cuja prestação de serviço decorre de um pacto comercial que não se amolda aos requisitos de uma relação de trabalho.

Outro fantasma que ronda os fundos mantidos pelos usuários de planos de saúde é a chamada judicialização da saúde.

Segundo Angélica Lúcia Carlini, um dos elementos propulsores dessa judicialização decorre "de que as inovações tecnológicas quase sempre são de alto custo, o que impacta os orçamentos da saúde pública e privada"¹⁰¹.

Isto porque, segundo a autora,

a opinião médica adquire na atualidade outra dimensão quase desconhecida durante a trajetória histórica da prática médica: são decisões médicas que irão determinar os custos dos tratamentos de saúde. É a indicação médica para o uso de um medicamento ou para a realização de um exame específico de imagem que irá decretar a viabilidade econômica do serviço público ou privado [...] Quando apoiado em seu conhecimento, experiência clínica e autoridade da qual a profissão é revestida socialmente, o médico determina que somente um determinado produto medicamentoso deva ser utilizado por um paciente; ou, que somente a utilização de uma prótese poderá ser benéfica para outro paciente; ou, ainda, que somente um determinado equipamento fabricado por um produtor claramente identificado poderá ser utilizado no transplante do paciente, o médico transfere sua credibilidade historicamente construída para o produto ou o equipamento indicado que se torna, a partir de então, o único a merecer confiança do paciente, de seus familiares e por extensão, da sociedade.¹⁰²

Isso ocorre porque, primeiro, inequivocamente, não há relação de subordinação entre o médico e o seu credenciador, público ou privado, e em segundo lugar a opinião do médico nem sempre está de acordo com a opinião do credenciador e essa divergência dá azo à judicialização.

¹⁰⁰ AÇÃO CIVIL PÚBLICA - PROFISSIONAIS LIBERAIS AUTÔNOMOS E OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE - PEDIDO DE REVISÃO DOS VALORES DOS HONORÁRIOS MÉDICOS - COMPETÊNCIA MATERIAL - JUSTIÇA DO TRABALHO. A controvérsia estabelecida entre médicos e operadoras de plano de saúde acerca do valor pago a título de honorários médicos é oriunda de uma relação de trabalho, estabelecida entre o médico e o plano de saúde, o que atrai a competência material da Justiça do Trabalho, nos termos do art. 114, I, da CF/88. O médico presta o serviço, ou seja, o atendimento do paciente, e em face deste trabalho recebe o pagamento da operadora do plano de saúde. A relação entre o médico e a operadora, diversamente daquela que ocorre entre um médico e o paciente, ou o cliente e seu advogado, não tem como cerne do contrato um bem de consumo, ou seja, um resultado esperado diante de um contrato realizado entre as partes, mas a própria execução do trabalho. O médico recebe diretamente da operadora pelo trabalho realizado, não sendo a operadora a destinatária final dos serviços executados. A relação de consumo, no caso, se estabelece entre o paciente e a operadora, mantendo esta com o médico uma relação de trabalho. (TRT/PR, 9.^a Região. 5.^a Turma. 00123-2011-016-09-00-8 (RO)).

¹⁰¹ CARLINI, 2012, p. 27.

As operadoras de planos privados de saúde não podem determinar aos médicos quais procedimentos, exames, atos cirúrgicos, remédios, próteses e tratamentos devem ser instituídos, pois se trata de prerrogativa do médico que só pode ser questionada por meio de reunião de junta médica, nem sempre viável na conjuntura da situação posta.

O fato é que a judicialização chegou ao seu extremo, cujo melhor exemplo é a posição do Tribunal de São Paulo que foi convertida em Súmula: "Havendo expressa indicação médica, é abusiva a negativa de cobertura de custeio de tratamento sob o argumento da sua natureza experimental ou por não estar prevista no rol de procedimentos da ANS"¹⁰³.

Não se deve desconhecer os abusos cometidos pelas operadoras, cuja abordagem demandaria um outro estudo, quiçá até mais relevante que este, mas o objeto aqui são os processos de transferência de responsabilidades do público para o privado.

Um dos desdobramentos que emergiu do aumento dos custos da saúde pública, em virtude da judicialização, foi a orientação do Conselho Nacional de Justiça para a criação câmara de suporte técnico para que os magistrados pudessem ter acesso a uma segunda opinião antes de decidir.¹⁰⁴

Os efeitos da judicialização sobre o orçamento público de SUS, União, Estados, Distrito Federal e Municípios também levaram o Supremo Tribunal Federal a realizar audiências públicas para, a partir do caso concreto¹⁰⁵, estabelecer critérios orientadores das decisões judiciais em face dos gestores da saúde pública.

Sob a presidência do Ministro Gilmar Mendes, foram ouvidos diversos especialistas para uma abordagem multiprofissional em que foi possível conhecer todas as facetas do tema, desde os argumentos relacionados com a necessidade de concretização dos direitos fundamentais, levando em consideração que se traduzem em direitos subjetivos do cidadão em face do Estado, até o meandros econômicos e

¹⁰² CARLINI, 2012, p. 27.

¹⁰³ Súmula 102 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

¹⁰⁴ Resolução 31, do Conselho Nacional de Justiça.

¹⁰⁵ No pedido de Suspensão de Tutela Antecipada n.º 175, formulado pela União, (que contém apenas a Suspensão de Tutela Antecipada n.º 178, de idêntico conteúdo, formulada pelo Município de Fortaleza), contra acórdão proferido pela 1.ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5.ª Região, nos autos da Apelação Cível no 408729/CE (2006.81.00.003148-1).

financeiros que expuseram os limites orçamentários da administração pública, que foram alinhavados pelo Ministro Gilmar Mendes em sua decisão.

A decisão enfrenta o tema do direito à saúde, estabelecido no artigo 196 da Constituição Federal, sob todos os seus aspectos: (1) "direito de todos" e (2) "dever do Estado", (3) garantido mediante "políticas sociais e econômicas" (4) "que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos", (5) regido pelo princípio do "acesso universal e igualitário" (6) "às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação".

A decisão estabelece um protocolo com dois pressupostos orientadores das decisões judiciais: primeiro, verificar a existência de política estatal na prestação de saúde pleiteada pela parte – existindo a política, o direito subjetivo público à saúde deve ser protegido judicialmente; segundo, em não existindo a política, observa-se o próximo passo para se aferir se a não-prestação de saúde pleiteada decorre de omissão legislativa ou administrativa ou mesmo de uma decisão administrativa de não fornecê-la.

O objetivo é evitar decisões patronizadas que levem em consideração as singularidades de cada caso, tornando o sistema público de saúde refém de uma única opinião médica em situações que comportam mais de uma solução, sendo uma delas menos onerosa para o orçamento público.

O fato é que, quando se estende a cobertura da assistência à saúde, seja no ambiente público seja no privado, há repercussão sobre os custos dos sistemas, sendo que no caso do sistema público o ônus recairá sobre o orçamento público, e no caso do sistema privado, sobre o cidadão que mantém os fundos geridos pelas operadoras.

O tema da judicialização da saúde no Brasil tem sido objeto de inesgotáveis estudos e, embora seja o objetivo aqui proposto, merece referência na medida em que impacta enormemente também o orçamento dos fundos mantidos pelas operadoras de planos privados de saúde e já são inúmeras as súmulas editadas em diversos tribunais de segundo grau.¹⁰⁶

¹⁰⁶ Por exemplo, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: Súmulas 90 a 105, todas ampliando coberturas dos usuários de planos privados de saúde. Do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: Súmulas 209, 210, 211, 214, 258, 293, todas ampliando coberturas dos usuários de planos privados de saúde.

Até aqui os debates travados nas decisões judiciais não foram ao ponto de examinar o impacto econômico financeiro que cada uma delas, em cada processo, deve ter sobre a prestação que o usuário litigante deveria pagar a partir da ampliação da sua cobertura a partir da respectiva decisão, mas é bem provável que em algum momento o Judiciário seja chamado a enfrentar a questão sob esse viés.

Aqui importa constatar que o mutualismo que impregna a lógica do funcionamento dos planos privados de saúde tem sido ignorada em larga escala na judicialização da saúde e, além de ameaçar a saúde financeira dos fundos, está em completo descompasso com o princípio constitucional da segurança jurídica.

O Ministro Marco Aurélio também chega à conclusão de que o Estado deveria prestar prioritariamente a assistência à saúde pela via do serviço público, aquela universal e gratuita a que se refere o artigo 196 da Constituição Federal, mas o orçamento público nem sempre suporta as exigências da universalização.

Ao transpor essa situação para os planos privados de saúde, o Ministro invoca o princípio da segurança jurídica e assinala que a

higidez financeira dessas empresas está diretamente ligada ao conceito de equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de seguro-saúde. A noção de seguro – um contrato aleatório – pressupõe o justo equilíbrio entre o prêmio pago pelos beneficiários e a taxa de verificação de sinistros. É um cálculo de cunho atuarial que ajuda a evitar o distanciamento entre eles, sendo certo que o volume de recursos arrecadados deve ser superior aos custos decorrentes do pagamento de serviços médicos, sob pena de inviabilidade econômica da operadora e do respectivo plano. Para tanto, faz-se necessário, de um lado, que o prêmio pago pelos beneficiários seja suficiente ao funcionamento do sistema e, de outro, no caso das operadoras que exploram tal aspecto de modo lucrativo, que proporcionem algum retorno na realização do empreendimento empresarial.¹⁰⁷

O fato é que as decisões judiciais devem levar em ordem de consideração que o aumento desmesurado das coberturas contratuais, ignorando o fator do mutualismo, cria privilégios entre os participantes do mesmo grupo, pois entrega para uns mais do que foi contratado e gera ônus para outros.

¹⁰⁷ MELLO, Marco Aurélio. Saúde suplementar, segurança jurídica e equilíbrio econômico financeiro. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coord.). **Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 13.

Inegável que, ao gerar benefício, nem sempre devido, para um cidadão que participa do grupo que mantém o fundo, ao mesmo tempo gera sacrifício e ameaça para o direito de todos os outros.

Tudo a conspirar, como já se disse, a favor ao processo de concentração do setor, na medida em que tais intervenções produzem ônus com os quais as pequenas e médias operadoras não conseguem suportar.

O que se tem até aqui é a ação da ANS que contém o reajuste dos efeitos inflacionários sobre as mensalidades dos consumidores, aumenta as coberturas, controla os preços, onera os fundos com o ressarcimento de um lado, e de o Judiciário ampliar as coberturas contratuais, tudo sob o pretexto de atender aos interesses do consumidor e sem se dar conta de que tais ações vão produzir um processo de concentração no setor, produzindo custos que serão sempre suportados pelo consumidor, num claro processo de desoneração das obrigações que a Constituição Federal impôs ao Estado Brasileiro.

9 CASO CONCRETO: O ARTIGO 32, DA LEI N.º 9.656/98

O exemplo mais flagrante do processo de transferência de violação do direito fundamental à saúde pública universal e gratuita está estampado no artigo 32 da Lei n.º 9656/98, que criou a figura do chamado ressarcimento ao SUS:

Serão ressarcidos pelas operadoras dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1.º do art. 1.º desta lei, de acordo com as normas a serem definidas pela ANS, os serviços de atendimento à saúde previstos nos respectivos contratos, prestados a seus consumidores e respectivos dependentes, em instituições públicas ou privadas, conveniadas ou contratadas, integrantes do Sistema Único de Saúde – SUS (redação dada pela Medida Provisória n.º 2.177-44, de 2001).

A partir daí a União, por meio da ANS, passou a estipular os valores (§ 1.º, do art. 31, da Lei n.º 9.656/98) a serem objeto de ressarcimento e o procedimento da cobrança do ressarcimento pelos serviços de assistência à saúde prestados ao usuário do plano de saúde que fez uso da rede pública de saúde.

No entanto, a hipótese de que a União Federal pode cobrar pelos serviços que presta na sua rede credenciada de saúde soa totalmente estranho ao texto dos artigos 175 e 196 da Constituição Federal, que lhe impõe o dever de prestar a assistência à saúde de modo universalizado e gratuito, pois, se é assim, não pode exigir contraprestação alguma de quem quer que seja.

De outro vértice, não é menos estranho que o fundo mantido pelos cidadãos de determinado plano de saúde tenha lançado contra si uma fatura para cobrança de serviços que o SUS prestou a um dos seus associados.

Inequivocamente, através da figura do ressarcimento, o Estado está sequestrando recursos que pertencem ao cidadão e o faz para remunerar serviços que deveria prestar gratuitamente, emergindo daí uma afronta grave ao art. 196 da Constituição, que veda ao Estado qualquer cobrança pelos serviços que presta a todo e qualquer cidadão, sendo ele detentor ou não de direito à assistência à saúde suplementar.

Isso só seria possível se os recursos administrados pelas operadoras de planos de saúde tivessem saído da esfera de propriedade dos consumidores e passado à esfera de propriedade da empresa, situação que contrasta totalmente com a regra

contida na lei no sentido de que os pagamentos são realizados "por conta e ordem do consumidor".

A confusão conceitual criada em torno da natureza jurídica desses fundos tem origem no embate ideológico que marcou a discussão do tema nos trabalhos da constituinte – de um lado os defensores de uma saúde totalmente estatal e sem espaço para a participação da iniciativa privada e, de outro, os beneficiários do sistema que existia até então, no qual o privado era beneficiado com recursos públicos para implementar seus projetos que concebiam a saúde como mercadoria, figura que foi eliminada pela Constituição ao vedar a transferência de recursos públicos para entes privados, na forma do art. 199, § 2º.

O artigo 32 da Lei 9.656/98 é fruto, de um lado, da ideia ideologicamente equivocada de que as operadoras são unicamente balcões que comercializam saúde ou, de outro lado, da noção empresarial de acalenta o sonho de atribuir-lhes institucionalmente a posição de proprietárias dos fundos por elas administrados, em ambos os casos em flagrante prejuízo dos consumidores que são os verdadeiros proprietários dos recursos.

O Estado, por seu turno, passa a enxergar o expediente como mais uma fonte de financiamento da saúde pública, visão que se torna mais evidente na ação da ANS que tende, cada vez mais, a aumentar continuamente o rol das coberturas obrigatórias nos contratos de planos de saúde, ou seja, transferindo continuamente o ônus da assistência à saúde para o consumidor dos planos de saúde.

Se consciente desse exotismo, o cidadão certamente não concordaria que os seus recursos fossem destinados para financiar o sistema público, para o qual há expressa vedação de qualquer tipo de contrapartida, a não ser a institucionalmente estabelecida no sistema tributário e com a finalidade de arrecadar recursos para a concretização do programa constitucional no qual está contemplado o direito fundamental à saúde universal e gratuita e a vedação que o Estado possa cobrar por ela.

Isso porque, segundo Nabais¹⁰⁸, o imposto não pode ser tido apenas como um mecanismo de poder do Estado para arrecadar e tampouco um sacrifício do cidadão, mas uma contribuição insubstituível e indispensável para a organização da sociedade, uma vida digna e um estado racional.

¹⁰⁸ NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Almedina, 2009.

Segundo o autor, para isso é necessário que o cidadão possa confiar de que o Estado vai realizar seu mister e o primeiro passo para isso é que saiba transparentemente com quais encargos deve assumir e, no caso da saúde suplementar, o Estado cobra sem informar claramente que está cobrando. Ao contrário, induz que não está.

A situação torna-se mais perturbadora quando se constata que houve uma crescente ação das operadoras para diminuir as contratações de planos individuais, preocupadas com o equilíbrio econômico-financeiro por elas administrados, e um crescente aumento dos planos coletivos, dos quais participam uma imensa massa de trabalhadores, incrementada a partir dos ganhos reais que decorrem do método de correção do salário mínimo em vigor nos últimos anos em que o país viveu estabilidade da política econômica com uma situação de pleno emprego.

O mais curioso é que, como parte importante desse processo, criou-se nos meios de comunicação um senso comum de que o uso da rede pública pelos consumidores dos planos de saúde gera ônus indevido para o SUS.

Trata-se, no entanto, de um "ouro de tolo" a ludibriar os setores de esquerda, sempre mais mobilizados e atuantes no segmento da saúde, em defesa dos avanços consignados na nova Carta, sobretudo pelo preconceito com que enxerga a atividade privada na saúde.

A manobra tem funcionado na medida em que existe uma continuada rejeição a qualquer cooperação com a iniciativa privada que atua fora do sistema único, como se o § 2º do artigo 199 da Constituição tivesse sido consignado nela para impedir qualquer tipo de parceria com o privado.

O que o constituinte estabeleceu foi o repasse de recursos públicos para "auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos", o que parece tem induzido o equívoco de que houve a completa proibição da cooperação entre o sistema público e as instituições privadas com fins lucrativos.

De qualquer modo, é impossível superar a premissa de que o cidadão que adquire um plano de saúde não renuncia à assistência gratuita a quem tem direito junto ao Estado (artigo 196, da Constituição Federal). Uma obviedade. Como também não é possível, furtivamente, como pretendem alguns, transferir todo o patrimônio que compõem os fundos que pertencem aos consumidores para a esfera de propriedade das operadoras, ao arrepio do conceito que o texto legal lhes imprime.

O argumento de que o uso das unidades do SUS, por consumidores de planos de saúde, onera o sistema público, por tudo o que já se disse, não suporta a crítica política mais superficial.

Não é difícil imaginar os efeitos orçamentários e políticos que adviriam da cena em que os milhões de consumidores que hoje utilizam os planos de saúde simplesmente abandonassem essa possibilidade e passassem a utilizar o SUS.

Fácil ver que, ao contrário de onerar o SUS, os planos de saúde constituem um extraordinário espaço de desoneração, e pela singela e óbvia razão de que os cerca de 50 milhões de consumidores que recorrem a um procedimento pago pelo plano de saúde deixam de onerar essa despesa com o SUS.

Então, disso resulta que quando o SUS lança uma fatura para cobrar o valor de uma conta hospitalar referente ao uso da rede pública pelo consumidor está, na verdade, pela via oblíqua, cobrando do cidadão pela assistência à saúde que deveria estar prestando gratuitamente.

Assim, a ideia de que a operadora de plano de saúde está tendo ganho indevido com o uso da rede pública é um equívoco ideológico e uma farsa contábil.

Sob o aspecto político, financeiro e econômico, o ressarcimento pretendido pelo art. 32, como referido, é um erro grosseiro.

Isso na medida em que as atividades dos planos de saúde funcionam inegavelmente como um grande duto de desoneração do SUS, pois ao se associar a um plano de saúde o consumidor está assumindo para si o ônus de financiar sua própria assistência, embora continue tendo o direito à assistência universal que lhe assegura o art. 196 da Constituição Federal.

Essa premissa equivocada do artigo 32, de que quem paga o ressarcimento ao Estado é a pessoa jurídica da operadora e não a pessoa física do beneficiário do plano contratado, está claramente estampada nos fundamentos do voto do Ministro Maurício Correa para indeferir a liminar postulada na Ação Direta de Inconstitucionalidade¹⁰⁹, cujo julgamento ainda está em curso no Supremo Tribunal Federal, que questiona, no que interessa aqui, a constitucionalidade do artigo 32, que está a merecer análise mais detida.

¹⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI-MC 1931 DF**. Relator: Maurício Corrêa. Julgamento: 21/08/2003. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 28-05-2004 pp-00003 ement vol-02153-02 pp-00266.

Ali, efetivamente, o STF se posicionou no sentido de que:

Prestação de serviço médico pela rede do SUS e instituições conveniadas, em virtude da impossibilidade de atendimento pela operadora de Plano de Saúde. Ressarcimento à Administração Pública mediante condições preestabelecidas em resoluções internas da Câmara de Saúde Complementar. Ofensa ao devido processo legal. Alegação improcedente. Norma programática pertinente à realização de políticas públicas. Conveniência da manutenção da vigência da norma impugnada [...].

Ao proferir seu voto contrário à concessão da liminar, o Ministro Maurício Corrêa orientou-se por informações que solicitou ao Ministério da Saúde¹¹⁰, em que é flagrante o preconceito ideológico contra a atividade privada na saúde suplementar e o completo desconhecimento da natureza de mutualismo que orienta a atividade.

Na Nota Técnica que o Ministério da Saúde enviou ao Ministro está consignado, sem rodeios, que "cada vez que o consumidor se interna em um hospital público tendo direito a um produto que dava direito a internação em hospital particular [...] todo o custo dessa internação desaparece da balança de pagamentos da empresa". Está mais que evidente que o equívoco decorre da crença de que quem paga a conta hospitalar é a empresa, como decorrência da crença de que os recursos utilizados para o pagamento da conta pertencem a ela.

Obviamente que quando a ANS lançar uma fatura para cobrar o atendimento prestado ao cidadão usuário do plano de saúde o custo vai reaparecer na balança de pagamentos da empresa, mas se trata de claro equívoco concluir que quem paga

¹¹⁰ A Nota Técnica do Diretor do Departamento de Saúde Suplementar do Ministério da Saúde, Dr. João Luiz Barroca de Andréa, especificamente em relação ao ressarcimento, veiculou o seguinte conceito: "Neste trecho fala-se do devido ressarcimento ao Sistema Único de Saúde (SUS). Pretendem os autores obstruir a verdade com o exposto. Na regulamentação da matéria (Resolução CONSU n.º 9 em anexo) já permanece claro que o ressarcimento é devido dentro dos limites de cobertura contratuais. E significa somente que os estabelecimentos hospitalares com financiamento público poderão cobrir gastos com os eventos relacionados aos usuários de planos e seguros. Não se está falando de discriminação de usuários, ou de limitação de direitos de cidadania, estamos sim apontando a necessidade da empresa honrar seus compromissos consignados em contrato. Pois a cada vez que o consumidor se interna em um hospital público tendo direito a um produto que dava direito a internação em hospital particular, podemos afirmar que estão acontecendo dois fenômenos: a operadora não honrou com seu compromisso contratual e não disponibilizou leito hospitalar em clínica privada, e todo o custo dessa internação desaparece da balança de pagamentos da empresa. 58. De forma mais direta: o consumidor é logrado e a empresa lucra de forma abusiva, mais uma vez. Trata-se, portanto, de fazer com que as operadoras apenas honrem seus compromissos, independentemente da natureza jurídica do prestador de serviço, se público ou privado. Certamente a máxima de parte – cada vez menos, acreditamos – do empresário brasileiro que afirma: 'o lucro é privado, e o prejuízo é do estado', no caso em tela se aplicaria de forma pouco adaptada: 'a receita é do empresário e a despesa do estado'."

é a empresa, pois ela, na verdade, como mera gestora dos recursos, realizará o ressarcimento ao SUS na exata forma do inciso I, do art. 1.º, da Lei n.º 9.656/98, ou seja, "por conta e ordem do consumidor".

O ressarcimento, a toda vista, é uma figura que está em total descompasso com o mutualismo, com a lei e com os interesses do consumidor.

É o mesmo espírito que orienta a regra do referido artigo 32, da referida lei, é o mesmo que leva a ANS a aumentar continuamente o rol das coberturas obrigatórias, ou seja, a transferência do ônus da assistência à saúde para o consumidor dos planos de saúde, com a crença de que quem arca com esse ônus é a empresa.

Como parte importante desse processo, criou-se, nos meios de comunicação o dogma de que o uso da rede pública pelos consumidores dos planos de saúde gera ônus indevido para o SUS.

Como dito, o cidadão que adquire um plano de saúde não renuncia à assistência gratuita a quem tem direito junto ao Estado (artigo 196 da Constituição Federal). Uma obviedade.

Imagine-se que o cidadão, por opção, resolveu utilizar os serviços do SUS em razão de sua excelência – e há muitos serviços públicos, próprios e credenciados, de excelência. Nesse caso não se faz presente a premissa de que o plano de saúde "não honrou com seu compromisso contratual". Logo, não estaria presente um dos requisitos postos na Nota Técnica a ensejar o ressarcimento. Mas a dogmática do artigo 32 não permite nem mesmo essa digressão.

Assim, o desarranjo hermenêutico que orienta a tese da constitucionalidade do artigo 32 é flagrante, pois o texto constitucional proíbe a cobrança pelo Estado de qualquer tipo de assistência que vier a prestar ao cidadão, com ou sem plano de saúde.

A ideia de que a operadora de plano de saúde está tendo ganho indevido com o uso da rede pública é um equívoco ideológico e uma farsa contábil, pois o beneficiado direto é o cidadão que verá o fundo privado a ele pertencente não dispende recursos com a sua assistência à saúde porque o Estado cumpriu o seu mister constitucional.

Os consumidores dos planos de saúde, na sua imensa maioria, também pagam impostos e, como tal, contribuem para a formação do caixa que mantém o

Sistema Único de Saúde, sendo que, além disso e independentemente disso, também estão sob o manto do art. 196 da Constituição Federal, que lhes confere o direito à saúde gratuita mantida pelo SUS.

Assim, a exegese que o Supremo fez provisoriamente do artigo 32, que parte da premissa totalmente equivocada de que as operadoras são empresas privadas no sentido clássico, ou seja, um empreendimento em que o capitalista investe e trabalha com o seu próprio capital, podendo dispor dele da forma como bem entende, submetendo-o aos riscos que quiser, auferindo os lucros que emergem da atividade, é insustentável frente ao conceito de mutualismo que orienta a atividade.

A conclusão inevitável é de que a operadora é uma pessoa jurídica de direito privado, mas sua atividade é notadamente de relevância pública em face da atividade de assistência à saúde, que, em razão disso, atua sob forte regulação, e os recursos que administra não lhe pertencem, pois é apenas a gestora de poupança popular, o que já a torna diferente da empresa privada clássica.

A própria atividade fim também é notadamente de relevância pública na medida em que as operadoras prestam assistência à saúde a milhões de pessoas, razão pela qual o legislador, inteligentemente, estabeleceu forte fiscalização e controle estatal (ver os arts. 3.º, 8.º, 20, 21, 22, 23 e 24, da Lei n.º 9.656/98).

É exatamente esse forte controle estatal sobre todos os aspectos da atividade a marca mais proeminente dessa atividade, eis que se trata de uma atividade que se distingue pelo seu interesse público, por não comercializar produtos típicos de mercancia e manter com os seus consumidores uma relação que depende da ocorrência de determinado episódio de infortúnio.

Então, não há como afirmar que as operadoras constituem-se típicos empreendimentos privados, como querem alguns.

A operadora trabalha com recursos alheios e constitui ingenuidade ou ignorância contábil imaginar que o ressarcimento ao SUS será retirado do lucro da operadora e não do fundo pertencente aos consumidores.

Quando muito, em decorrência do ressarcimento, o lucro da operação poderá ser menor, mas quem pagará o ressarcimento é sempre o fundo mantido pelos consumidores.

Essa esquizofrenia é fruto do preconceito ideológico orientou o debate em torno da disputa entre a tese do sistema estatal – de um lado, que vedava toda e

qualquer participação privada na saúde, um sonho *esquerdismo* inexecutável no Brasil – e de outro os que queriam a manutenção da mercantilização.

Prevaleceu a tese da participação suplementar da iniciativa privada nas ações de saúde –, consenso construído pela junção de alguns setores de *esquerda* e de *centro*. Foi esse mesmo preconceito que impediu ao legislador ordinário enxergar a total incompatibilidade entre a regra do artigo 32 e a que está no inciso I, do art. 1.º, da Lei n.º 9.656/98.

A rigor, dada a sua simplicidade contábil e financeira, o debate sobre o tema nem deveria demandar tanto esforço.

Mas quando o equívoco ganhou a chancela do Supremo Tribunal Federal – eis que os ministros foram induzidos a crer que os recursos da operadora dos planos de saúde são do empresário e não dos consumidores –, uma cortina de fumaça envolveu a questão e tornou inevitável um exame mais acurado do tema.

Quiçá a absurda quantidade de questões postas na ADI tenha contribuído para que o tema não tenha sido objeto da necessária reflexão.

Mas está claro que, ao contrário de se constituir num ônus para a sociedade, como se fosse uma atividade reprovável, moralmente censurável, eis que *vende* assistência à saúde, a ação das operadoras representa um extraordinário alívio ao SUS, desonerando da prestação de uma incrível quantidade de serviços a que está constitucionalmente obrigado.

O constituinte permitiu a exploração privada dos serviços de saúde diante da evidente e histórica incapacidade do sistema público de saúde de garantir tal direito a todos e o que se espera é cooperação para que a população possa ser melhor atendida nos dois sistemas.

Os consumidores que estão albergados nas carteiras administradas pelas operadoras de planos privados não podem ser responsabilizadas pela deficiência estatal, uma vez que a própria Constituição Federal resguarda o direito à saúde a todos os cidadãos, de modo igualitário, e o impõe como uma obrigação do Estado.

A situação é exótica na medida em que o Estado não oferta assistência à saúde o suficiente para concretizar o princípio constitucional da universalidade (art. 196 da Constituição) e induz o cidadão a participar de um plano de saúde para prover sua assistência à saúde com recursos próprios e quando, por qualquer razão, recorre aos serviços públicos de saúde mantidos pelo Estado ainda é cobrado.

Assim, inafastável que através do ressarcimento o Estado está transferindo para o cidadão que se associa ao plano privado uma obrigação que é exclusividade sua, violando frontalmente o disposto no artigo 196, da CF/88, que prevê:

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.

Ora, não é a operadora que se beneficiaria com o não ressarcimento ao SUS, mas o próprio consumidor que veria o fundo ser incrementado pelo não lançamento dessa despesa.

Além disso, da forma como foi imposto, as operadoras, ao firmar contratos de planos de assistência à saúde, passam a assumir a total responsabilidade pela saúde de seus beneficiários, como verdadeiras substitutas do Estado.

Nada disso foi objeto de exame por ocasião do julgamento da ADI 1.931, o que instiga e autoriza que se reflita sobre o tema para que se possa corrigir a absurda distorção que se apresenta no supracitado art. 32, afastando a violência que o ressarcimento vem desferindo contra os recursos pertencentes aos consumidores.

Embora a inconstitucionalidade do artigo 32 seja evidente, no curso de duas ações ordinárias ajuizadas em face da ANS, cujo objeto foi o ressarcimento ao SUS, foram produzidos dois laudos periciais nos quais os peritos foram instados a responder a quem pertencem os recursos geridos pela operadora do plano de saúde e quem paga pelos procedimentos empregados para a assistência à saúde dos seus consumidores.

No primeiro caso, a conclusão do laudo pericial foi no sentido de que a operadora paga aos prestadores de serviços que entregaram a assistência à saúde dos seus associados por conta e ordem deles, de modo que o papel dela é o de gestora de recursos a que pertencem aos consumidores.¹¹¹

¹¹¹ SIQUEIRA, Oswaldo Bacellar. **Laudo Pericial nos autos de Ação Ordinária n.º 2007.70.00.025350-6**. Vara Ambiental de Curitiba, 2008.

Outra não foi a conclusão em novo trabalho pericial onde a expert deixou também claro, diante do quadro contábil de um plano de saúde, que é absolutamente correta a assertiva de que quem paga os custos da assistência à saúde é o consumidor, por meio do fundo ao qual se associou para essa finalidade, eis que a operadora sempre o faz por conta e ordem do consumidor.¹¹²

Trata-se, portanto, embora desnecessário, de uma inconstitucionalidade demonstrada contabilmente e que está subsistindo equivocadamente em claro dano aos interesses do consumidor.

Os valores que o Estado, por meio da ANS, está retirando e ainda pretende retirar dos consumidores é estratosférico. Segundo a ANS a arrecadação do ressarcimento cresceu em 82% entre 2013 e 2014.

Segundo a agência, em 2014 foram ressarcidos R\$ 335,74 milhões, e entre 2011 a novembro de 2014, o valor do ressarcimento chegou a R\$ 673,66 milhões.

Dos valores não pagos pelas operadoras que ainda aguardam o desfecho da questão no STF, é da ordem de R\$ 189,64 milhões e de mais R\$ 510,71 milhões que já

Conclusão do laudo: "os pagamentos dos eventos indenizáveis ocorridos são efetuados pela operadora em nome dos beneficiários e nesse aspecto é possível afirmar que o quando a operadora paga a conta hospitalar, os honorários médicos, medicamentos e exames, ela atua como gestora dos recursos utilizados para o pagamento dessas despesas, ou seja, efetua os pagamentos 'por conta e ordem do consumidor', conforme dispõe o inciso I, do art. 1, da Lei 9656/98" e que "ao tratar o ressarcimento ao SUS como um evento indenizável ocorrido e promover o seu pagamento com os recursos dessa rubrica, pode-se entender como correta a assertiva de que quem está indiretamente pagando a despesa é o usuário do plano de saúde, pois a operadora é apenas a gestora desses recursos, que não compõem o seu custo operacional", arrematando que, ao contrário do que o senso comum tem sustentado, "é correto afirmar que os planos de saúde desoneram o SUS – Sistema Único de Saúde sob o aspecto orçamentário, ainda, desafoga significativamente a quantidade de atendimentos realizados pelo sistema público".

¹¹² CHAURAS, Vera Lúcia Artigas. **Laudo pericial nos autos de Ação Ordinária n.º 2005.70.00.028080-0**. Segunda Vara Federal da Seção Judiciária de Curitiba, 2009. Conclusão do laudo: "deduz-se que o recebimento das mensalidades dos beneficiários do PLANO DE SAÚDE é reconhecido como receita operacional – CONTRAPRESTAÇÕES LÍQUIDAS/PRÊMIO RETIDO (311) – e a contraprestação dos serviços médico-hospitalares e ambulatoriais é reconhecido como gastos/despesas operacionais – EVENTOS/SINISTROS INDENIZÁVEIS RETIDOS (411). Assim, pelo que se pode observar, a operadora paga as despesas médicas-hospitalares realizadas pelos beneficiários, em contraprestação ao contrato firmado entre eles. Se considerarmos que as parcelas pagas ao plano pelos beneficiários seriam a antecipação do pagamento de despesas médicas-hospitalares a serem realizadas em um futuro, e que quando o montante pago for menor que a despesa incorrida, presumindo-se a continuidade do plano, a operadora virá a se ressarcir das despesas pagas, pode-se dizer que a operadora paga os eventos indenizáveis ocorridos por conta e ordem do consumidor/beneficiário" e que, assim, "é correta a assertiva de que quem paga os eventos indenizáveis ocorridos é o consumidor".

havam sido encaminhados para a dívida ativa no período 2011 a novembro de 2014.¹¹³

¹¹³ Fonte: <www.ans.gov.br>, link Integração com o SUS. Nota da ANS de 09.02.2015. Acesso em: 23 fev. 2015.

10 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os recursos financeiros sob a gestão das operadoras pertencem inequivocamente aos seus usuários, conclusão que resulta da dogmática do inciso I, do artigo 1.º, da Lei n.º 9.656/98.

Quando busca prover a sua assistência à saúde por seus próprios meios o cidadão não deixa de ser credor da saúde pública, universalizada e gratuita de que lhe é devedor o Estado, tal qual a dogmática do artigo 196 da Constituição Federal.

O cidadão não está obrigado a pagar e o Estado não pode cobrir, de modo que qualquer ação nesse sentido é flagrantemente inconstitucional, sendo a regra do artigo 32 da Lei n.º 9.656/98 uma flagrante ofensa ao programa constitucional.

No caso da saúde suplementar o Estado não tem sido o melhor interlocutor e tampouco o melhor defensor dos interesses do consumidor, dado o interesse em se desonerar das suas obrigações, embora não devesse agir assim, e de arrecadar parte dos recursos geridos pelas operadoras e pertencentes ao cidadão associado aos planos de saúde.

A ANS age como braço do Estado em clara afronta à tarefa que o Constituinte quis estabelecer para o Estado regulador e para atuação privada na saúde, resultando que sua ação transfere para o consumidor, por meio do aumento das coberturas, obrigações que seriam do Estado, onerando os fundos que pertencem aos consumidores e contribuindo para um perverso processo de concentração no setor.

Quando atua para aumentar as coberturas de modo desmesurado e com medidas que oneram os fundos pertencentes aos consumidores, sob o pressuposto da defesa do consumidor, na verdade, o Judiciário atua para mitigar os direitos do consumidor.

O melhor remédio é olhar os planos de saúde como possibilidade de cooperação para que o cidadão possa retirar dos dois sistemas, público e privado, o que eles podem oferecer de melhor.

A adoção de medidas legislativas seria um bom caminho para tornar mais claras as funções de cada um dos agentes e de modo a proteger o patrimônio do consumidor.

REFERÊNCIAS

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs). **Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 101-132.

BARROSO, Luís Roberto. Direito intertemporal, competências funcionais e regime jurídico dos planos de saúde e seguros saúde. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira. **Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 227-263.

BOTTESINI, Maury Ângelo. Contratos de planos e seguros privados de assistência à saúde: princípios básicos da atividade: suporte jurídico-legal e constitucional. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coord.). **Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos**. Rio de Janeiro: Forense 2012. p. 47-65.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Liberdade de associação. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coord. científica); LEONCY, Léo Ferreira (Coord. executiva). **Comentários à Constituição do Brasil**. 1. ed., 4. tir. São Paulo: Saraiva; Portugal: Almedina, 2014. (Série IDP). p. 304-312.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 fev. 2015.

_____. Lei n.º 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>. Acesso em: 23 fev. 2015.

_____. Lei n.º 9.656, de 3 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>. Acesso em: 23 fev. 2015.

BRASIL. Lei n.º 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>. Acesso em: 23 fev. 2015.

CALIENTO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais, orçamento e "reserva do possível"**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 175-186.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional: estruturas metódicas: sentidos e conceitos básicos**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coord. científica); LEONCY, Léo Ferreira (Coord. executiva). **Comentários à Constituição do Brasil**. 1. ed., 4. tir. São Paulo: Saraiva; Portugal: Almedina, 2014. (Série IDP).

CARLINI, Angélica Lúcia. Judicialização da saúde pública no Brasil. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coord.). **Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 17-46.

CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org.). **Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. Princípios básicos de seguros e planos de saúde. In: _____ (Org. e Coord.). **Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 67-93.

CARVALHO, Guido Ivan; SANTOS, Lenir. **Sistema único de saúde: comentários à Lei Orgânica da Saúde**. (Lei 8.080/90 e Lei 8.142/90). São Paulo: Hucitec, 1992.

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

_____. Fatos da vida e o contorno dos planos de saúde. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coord.). **Planos de saúde, aspectos jurídicos e econômicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 195-224.

CHAURAI, Vera Lúcia Artigas. **Laudo pericial nos autos de Ação Ordinária n.º 2005.70.00.028080-0**. Segunda Vara Federal da Seção Judiciária de Curitiba, 2009.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Temas de direito constitucional**. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Apresentação. In: CARVALHO, Guido Ivan; SANTOS, Lenir. **Sistema único de saúde**. São Paulo: Hucitec, 1992. p. 09-11.

DUARTE, Élcio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. São Paulo: Landy, 2006.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Direito constitucional**. Barueri: Manole, 2007.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de direito de saúde suplementar**: manual jurídico e seguros saúde. São Paulo: MP, 2006.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**: de la antigüedad a nuestros días. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

FRANÇA, Phillip Gil. **O controle da administração pública**. São Paulo: RT, 2008.

GRAU, Eros Roberto. **Ordem econômica na Constituição de 1988**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Ordem econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo (Coords.). **Estudos de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2003.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The Cost of Rights**: Why Liberty Depends on Taxes. W. W. Norton & Company: Nova Iorque, 1999.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Saúde e responsabilidade**. São Paulo: RT, 1999.

MALISKA, Marcos Augusto. **Fundamentos da constituição: abertura – cooperação – integração**. Curitiba: Juruá, 2013.

MARQUES, Claudia Lima. **Saúde e responsabilidade**. São Paulo: RT, 1999.

MATHIAS, Guilherme Valderato. O código civil e o código do consumidor na saúde suplementar. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coord.). **Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 95-117.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Marco Aurélio. Saúde suplementar, segurança jurídica e equilíbrio econômico financeiro. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coord.). **Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 3-14.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MINISTÉRIO DA SAÚDE/AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (ANS). **Caderno de informação de saúde suplementar: beneficiários, operadoras e planos**. Rio de Janeiro: ANS, jun. 2014.

MIRAGEM, Bruno. **A nova administração pública e o direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MONTONE, Januario. **10 anos da lei geral dos planos de saúde**. Rio de Janeiro: Medbook, 2009.

_____. **Planos de saúde, passado e futuro**. Rio de Janeiro: Medbook, 2009.

NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Almedina, 2009.

NUNES, Rizzatto. Aspectos históricos. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coord. científica); LEONCY, Léo Ferreira (Coord. executiva). **Comentários à Constituição do Brasil**. 1. ed., 4. tir. São Paulo: Saraiva; Portugal: Almedina, 2014. (Série IDP). p. 346-350.

PORTER, E. Michel; TEISBERG, Elizabeth Olmsted. **Repensando a saúde**. Porto Alegre: Bookman, 2008.

RAMOS, José Saulo. Serviços de saúde prestados pela iniciativa privada e o contrato de seguro-saúde. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, v. 3, n. 12, p. 280-305, jul./set. 1995.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre ciências**. 8. ed. Porto: Afrontamento, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. Saúde suplementar. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coord. científica); LEONCY, Léo Ferreira (Coord. executiva). **Comentários à Constituição do Brasil**. 1. ed., 4. tir. São Paulo: Saraiva; Portugal: Almedina, 2014. (Série IDP). p. 1942-1944.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade civil dos planos e seguros de saúde**. Curitiba: Juruá, 2003.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional**: construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

SCHULMAN, Gabriel. **Planos de saúde**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

SIQUEIRA, Oswaldo Bacellar. **Laudo Pericial nos autos de Ação Ordinária n.º 2007.70.00.025350-6**. Vara Ambiental de Curitiba, 2008.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Comentário contextual à constituição**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, José Luiz Toro da. **Manual de direito da saúde suplementar: a iniciativa privada e os planos de saúde**. São Paulo: M. A. Pontes, 2005.

SILVEIRA, Mário Magalhães. **Política Nacional de Saúde Pública**. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

SOUZA, Jessé; LUNA, Lara . Fazer viver e deixar morrer: a má-fé da saúde pública no Brasil. In: SOUZA, Jessé. (Org.). **A ralé brasileira: quem é e como vive**. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2009. p. 305-327.

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

SOUZA, Jessé. **A ralé brasileira, como é e como vive: quem é e como vive**. Belo Horizonte: UFMG, 2009.