

# Direito em Saúde Suplementar

**Jussara Maria de Abreu Guimarães**<sup>1</sup>

Inicialmente, no decorrer do Curso sobre Saúde Suplementar, foram tratados os princípios básicos da atividade, notadamente, sobre os fundamentos econômicos e atuariais de seguros e planos de saúde. Sob esse enfoque, o funcionamento do seguro se apoia no mutualismo; ou seja, no compartilhamento do risco (*risk pooling*), sendo certo que apenas após a criação da Teoria da Probabilidade, no século XVIII, criou-se o fundamento que daria base ao seguro.

Acerca da palavra risco, pontua-se que possui diversos conceitos próximos, mas diferenciados, tais como:

- ◆ Probabilidade: qual o risco disto acontecer?
- ◆ Evento: o seguro indeniza o segurado em caso de ocorrência do risco coberto.
- ◆ Risco X Incerteza (Frank Knight)

Risco, na visão de Frank Knight, seria um evento aleatório, possível de identificar e mensurar a probabilidade de ocorrência, enquanto na incerteza haveria o desconhecimento da distribuição da probabilidade. Exemplificando, em tal acepção, o risco relaciona-se à conhecida probabilidade de 1/6 de sair qualquer dos lados de um dado lançado.

O resseguro consiste no repasse de um risco grande para uma resseguradora.

Exemplos na visão de Frank Knight:

---

<sup>1</sup> Juíza de Direito do Juizado Especial Cível de Itaboraí.

- ◆ Evento determinístico. Ex.: Data e hora de eclipse.
- ◆ Risco. Ex. número médio de consultas nos próximos doze meses para pessoas entre 30 e 34 anos.
- ◆ Incerteza. Ex. número médio de consultas num intervalo de doze meses daqui a dez anos para pessoas entre 30 a 34 anos. Não é possível saber a prevalência de doenças, mesmo com conhecimento estatístico.

A seguinte citação esclarece a diferença entre os termos citados, *litteris*: *O tempo é o fator predominante do jogo. O risco e o tempo são faces opostas da mesma moeda, pois sem amanhã não haveria risco. O tempo transforma o risco e a natureza do risco é moldada pelo horizonte do tempo: o futuro é o campo do jogo* (“Desafio aos Deuses - A fascinante história do risco”, de Peter L. Bernstein).

Retornando ao tema inicial, o funcionamento do seguro depende do mutualismo, dentro de grupos homogêneos em relação ao mesmo perfil de risco. Todos os segurados de determinada classe de risco pagam o mesmo valor de prêmio (contraprestação). O valor total dos prêmios será utilizado para pagar os sinistros deste grupo de segurados, durante a vigência da apólice, tal como ocorre no seguro de vida em grupo.

Merece destaque a ponderação acerca da saúde, interpretada de produto a direito à assistência. O seguro saúde tem sido envolvido no debate de distribuição de justiça e método de prover subsidiários para assegurar a cobertura.

A evolução do direito à saúde passou da fase do ressarcimento financeiro (SES) à prestação do serviço por rede própria ou referenciada (OPS). Por muito tempo, o sistema de ressarcimento se manteve, mas houve crescimento de tecnologia e inflação. Nesse contexto, buscou-se um sistema em que as operadoras possuiriam maior controle de custos, através da rede referenciada, estabelecendo procedimentos médicos e administrativos.

Antigamente, havia consenso da supremacia da decisão médica; mas, com o tempo, passou-se a avaliar se o tratamento eleito pelo médico responsável era o adequado ao caso; são perspectivas diferentes, pois o mé-

dico responsável não analisa o custo, enquanto a empresa o faz.

Os contratos de planos de saúde são contratos de seguro?

Independente de considerá-los atípicos ou variações/subtipos dos contratos de seguro, eles partilham a mesma base técnica-econômica. Assim sendo, ambos se fundam no mutualismo, consistente na desintegração econômica do risco, ou sua transformação de individual para coletivo. O segurado transfere o risco para o segurador, que pratica um negócio empresarial, no qual dilui o risco, transformando o risco individual em coletivo. Por isso, o seguro somente pode ser analisado segundo a perspectiva do coletivo.

O segurador estima despesas com a maior precisão possível e dilui em uma massa grande de segurados, encontrando o prêmio puro, no qual insere a margem de risco, as despesas de administração, os tributos e a corretagem.

A obrigação do segurador nasce no momento da contratação, consistindo na garantia de que, caso ocorra o sinistro, o segurado estará coberto. A prestação primária do segurador consiste em garantir que gerenciará os recursos obtidos, para que possa fazer frente às despesas. O segurador possui obrigação de constituir recursos mínimos e provisões técnicas adequadas e suficientes à cobertura dos riscos cobertos no contrato, bem como de administrar os recursos e provisões de modo a assegurar a solvabilidade da empresa.

Nesse sentido, merecem relevo implicações do mutualismo: a boa-fé; a assimetria de informações; a seleção adversa de riscos.

A seleção adversa de riscos significa situação na qual a maior ou menor contratação do seguro é correlacionada à maior ou menor possibilidade de sua fruição (maior ou menor risco) e o segurador não está capacitado a precificá-la. Exemplificando, citamos os fumantes, propensos a contratar seguro diante de sua condição.

A seleção adversa é atenuada:

- ◆ pela maior ou menos propensão dos indivíduos a riscos;
- ◆ pela adoção de *statutory mandates*;
- ◆ pela adoção de critérios de classificação de riscos, separando segu-

rados em sub-grupos específicos e promovendo justiça tarifária.

A exclusão/limitação de doença preexistente se inclui como método de combate à seleção adversa, ou meio neutro de identificar perdas que não deflagram a cobertura conferida pelo contrato? A doença preexistente tem que ser conferida. Caso o segurado possua conhecimento da doença, praticou seleção adversa, razão pela qual, contratualmente, não faz jus à cobertura. As carências também se destinam a combater a seleção adversa, razão pela qual estão excluídas nos procedimentos de urgência e emergência.

Nos planos coletivos, não há seleção adversa, realizada pelo empregador, havendo benefícios, tais como, a ausência de despesas comerciais e administrativas.

O risco moral qualifica-se como o comportamento do segurado após o contrato, tendendo a ser menos cuidadoso e incentivando a ocorrência do sinistro, seja para maior utilização do seguro, seja para utilização de serviços mais sofisticados.

Posteriormente, no curso restou exposta a evolução do seguro saúde, destacando-se o histórico legislativo do setor público e o do setor privado. Primeiro, cuidando do setor público, descreveu-se a seguinte linha temporal:

1. 1923 – Lei n.º 46782 (Lei Eloi Chaves);
2. 1930/1940 – Int. de Aposentaria e Pensão.  
Ex.: IAP, Iaserj;
3. 1960 – Lei n.º 3.807 – Lei Orgânica da Previdência Social e Convênio Empresarial;
4. 1966 – INPS – Unificação dos IAPs;
5. 1974 – INPS – Desmembramento em INSS e INAMPS;
6. 1987 – Criação do Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde (SUDs), gerido pelo INAMPS;
7. 1988 – art. 196 da Constituição da República – Criação do SUS;
8. 1990 – Leis n.º 8080 e 8142 – Efetivação e Regulação do SUS.

São princípios doutrinários do SUS a universalidade (todos os cidadãos terão direito a atendimento), a equidade (atendimento igualitário) e a integralidade (atendimento às necessidades de condições).

Segundo, em se tratando do setor privado, foram elencados:

1. 1930 – Autogestão;
2. 1956 – Medicina de Grupo;
3. 1967 – Cooperativa Médica;
4. 1980 – Seguro Saúde;
5. 1990 – Unidas.

A legislação aplicável consiste na Lei n.º 9.656/98, na Lei n.º 9.961/00 e na Lei n.º 10.192/01.

Cuidando-se especificamente do tema Direito Contratual em Saúde Suplementar, foram destacados os princípios da quantificação e previsão do risco e que os serviços efetuam-se de forma plurilateral: operadoras; hospitais; laboratórios; médicos; fornecedores; e institutos de pesquisa.

Segundo as pesquisas realizadas pelo Setor, os usuários se encontram satisfeitos, havendo um percentual de demandas judiciais de 0,6%; ou seja, de 06 ações para cada 1.000 clientes.

Hoje o rol de procedimentos da ANS está baseado na lista de doenças especificada pela OMS, atualizada a cada dois anos. O rol de procedimentos ostenta previsão no art. 10, § 4º, da Lei de Regência, a ser regulamentado pela ANS, assim como as limitações (art. 1º, da Lei n.º 9.961/00). Ex.: Res. Normativa n.º 211.

No caso de doenças preexistentes, a cobertura é parcial, pois são excluídos os procedimentos e internações no período de carência (24 meses). A carência objetiva limitar comportamentos oportunistas, que violam o mutualismo.

A segmentação dos planos acha-se prevista nos arts. 10 a 12 da Lei de Regência, sendo os planos de referência: a) Ambulatorial – em que há cobertura de consultas e exames, mas não de internação; b) Hospitalar – em que há cobertura de internação; c) Hospitalar com Obstetrícia; d) Odontológico. Ressalve-se que a grande maioria dos planos consiste em uma combinação entre as modalidades descritas.

As exclusões, previstas na Lei de Regência, em seu art. 10º contemplam: I) medicamentos, produtos e técnicas classificados como experimentais pelo CFM; II) procedimento estético; III) inseminação artificial; IV) emagrecimento estético; V) produtos e/ou medicamentos não nacionalizados (importados e sem registro na ANVISA); VI) medicamento para tratamento domiciliar, salvo internação domiciliar (que não se confunde com *home care*); VII) medicamento com efetividade reprovada; VIII) prótese ou órtese não ligada ao ato cirúrgico; IX) tratamentos reputados ilícitos; X) em caso de guerras e etc.; XI) acolhimento de idosos.

A partir de 2009, a pessoa tinha a prerrogativa de transferir-se para outra operadora, podendo para tanto portar a carência. Antes da Res. n.º 254 da ANS, a portabilidade somente era possível aos planos novos e individuais, possuindo como requisitos: a adimplência do cliente; e o período de dois anos de manutenção no plano para a primeira portabilidade e de um ano, para a segunda. Após a mencionada resolução, a norma foi estendida para os planos coletivos por adesão (entidade representativa de classe contratou o plano e o indivíduo a ele adere).

Indagou-se acerca dos limites para a prática do ato médico, quando foi noticiado que o CFM reconhece o procedimento de auditoria médica e disciplina a prescrição das OPME's, e arbitragem de especialistas, quando houver conflito (Res. n.º 1614/01 e 1956/10).

O CFM veda ao médico assistente a exigência de fornecedor ou marca comercial exclusiva; ele poderá recusar produto inapropriado, devendo oferecer, pelo menos, três marcas de produtos, de diferentes fornecedores, aprovados pela ANVISA.

A medicina pública e privada está vinculada a protocolos médicos em todo mundo, regulamentados pelos órgãos competentes. Esses protocolos devem ser observados, uma vez que a operadora de plano de saúde consiste em gestora de recurso de terceiros, devendo fazê-lo de forma eficiente. O procedimento de divergência médica qualifica-se como ferramenta importante para impedir fraude relacionada a preço e quantidade de prótese ou medicamento.

No tema Direito Contratual e do Consumidor, merece ser frisado



que a Constituição da República de 1988 significou um marco da Democracia e dos Direitos Humanos, prevendo, dentre os direitos extrapatrimoniais, a dignidade da pessoa humana. O art. 6º da Constituição da República preconizou dentre os direitos sociais, o direito à saúde.

A Defesa do Consumidor viu-se exposta na Constituição da República, assumindo *status* de microssistema, ou seja, de um subsistema do Direito protetivo a esse sujeito vulnerável. A saúde foi tratada como direito de todos e dever do Estado, possibilitando a Constituição da República que a saúde fosse livre à iniciativa privada.

O subsistema de saúde privado encontra-se regulado e fiscalizado pela ANS, conceituando-se o usuário como consumidor. A legislação aplicável consiste no Código de Defesa do Consumidor, na Lei n.º 9.656/98 e nos Regulamentos específicos.

O Código de Defesa do Consumidor possui fincas na Constituição da República, razão pela qual todas as leis que tratam de relação de consumo a ele se subordinam. Apesar do texto do art. 35-G da Lei de Regência, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor não é subsidiária, mas sim complementar à lei específica, devendo ambos os estatutos se orientar pelos mesmos princípios.

Os contratos, na concepção clássica e liberal, consagravam a autonomia da vontade, considerando-se que todos eram livres para celebrar o contrato e manifestar a sua vontade. Na concepção contemporânea, o Estado passou a interferir na manifestação da vontade de contratar, para proteger determinados interesses sociais, o que é nomeado de dirigismo contratual.

Os contratos anteriores à Lei de Regência são regidos pelo Código de Defesa do Consumidor e pelo Dec. N.º 73/66, enquanto os contratos posteriores e os adaptados são regidos pela Lei n.º 8.078/90, pela Lei n.º 9.565/98 e pelos Regulamentos da ANS. Consistem em formas de contratar, individual e coletivo, esse empresarial e por adesão.

O estudo ora procedido revelou a importância dos temas abarcados pelo curso “Direito em Saúde Suplementar” para o exercício da atividade judicante, conferindo instrumental prático ao Magistrado e conduzindo ao debate acerca de matéria, de extrema relevância no cenário jurídico atual. ♦