

# Esboço sobre a Saúde Suplementar no Brasil

Patricia Rodriguez Whately<sup>1</sup>

## BREVE HISTÓRICO LEGISLATIVO

A Constituição da República Federativa do Brasil define a saúde como direito fundamental, de acesso universal e igualitário, cujas promoção, proteção e recuperação devem ocorrer através de políticas sociais e econômicas, lideradas e coordenadas pelo Estado. Em seu artigo 198, a Constituição dispõe sobre o Sistema Único de Saúde (SUS), que deve ser descentralizado e financiado pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos dos §§2º e 3º da citada norma. Já no artigo 199, a Carta Magna confere à iniciativa privada a participação complementar no Sistema Único de Saúde e livre exercício da assistência à saúde.

Antes do advento da Constituição, vigia a Lei 6.229/75, que constituiu o Sistema Nacional de Saúde, dando início ao processo em que as atividades de promoção, proteção e recuperação da saúde passaram a ser obrigação do Estado.

Em se tratando de antecedentes, cumpre recordar que, em 1º de setembro de 1977, pela Lei 6.439, foi criado o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS), autarquia federal e vinculada ao Ministério da Saúde, a quem competia coordenar os programas de assistência médica aos trabalhadores urbanos, os programas de assistência médica aos servidores do Estado, devidos aos funcionários públicos civis da União e de suas autarquias e do Distrito Federal (e respectivos dependentes), os programas de assistência médica aos trabalhadores e aos empre-

---

<sup>1</sup>Juíza de Direito da 6ª Vara Cível - Capital.

gadores rurais, e programas especiais de assistência médica, abrangendo os serviços médicos atualmente mantidos pela Fundação Legião Brasileira de Assistência – LBA, bem como aqueles prestados em determinadas regiões à população carente, beneficiária da previdência social (ou não), mediante convênios com instituições públicas que assegurem ao INAMPS os necessários recursos.

O INAMPS dispunha de estabelecimentos próprios, mas a maior parte do atendimento permanecia na esfera da iniciativa privada e os convênios estabeleciam a remuneração por procedimento.

Após a promulgação da Constituição em 1988, que instituiu o SUS, veio a lume a Lei Orgânica da Saúde de nº 8.080/90, que visava a regular, no território nacional, as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito público ou privado.

A Lei 8.080/90 regulamenta em seu Título III os serviços privados de assistência à saúde, conferindo a órgão de direção nacional do Sistema Único de Saúde (SUS), o controle das atividades que forem desenvolvidas pela iniciativa privada e os instrumentos que forem firmados.

O Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS) foi extinto pela Lei 8.689/93, que dispôs que as funções, competências, atividades e atribuições do INAMPS seriam absorvidas pelas instâncias federal, estadual e municipal gestoras do Sistema Único de Saúde, de acordo com as respectivas competências.

Até a promulgação da Lei 9.656/98 não havia regulamentação própria para o setor de saúde, salvo resoluções expedidas pela SUSEP para os contratos de seguro de saúde e da Associação Brasileira de Medicina de Grupo para os demais. Com o advento da Lei 9.656/98, que passou a regulamentar o exercício da saúde suplementar no país, foi criada a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), passando a existir um único órgão para regular o setor de saúde.

A ANS foi criada pela Medida Provisória nº 2.012-2 de 30/12/1999, posteriormente convertida na Lei nº 9.961/2000. Trata-se de autarquia sob regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, com prazo de dura-

ção 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.

A ANS está subordinada ao CONSU (Conselho de Saúde Suplementar) e possui autonomia em relação ao Poder Executivo, sua gestão é exercida por uma diretoria colegiada, composta por até cinco diretores, sendo um deles o seu diretor-presidente, que será designado pelo Presidente da República, dentre os membros da diretoria colegiada, investido na função por três anos, ou pelo prazo restante do mandato, admitida uma única recondução por três anos.

Esse órgão colegiado, integrante da estrutura regimental do Ministério da Saúde, composto pelo Ministro da Justiça - que o preside - pelo Ministro da Saúde, pelo Ministro da Fazenda e Ministro do Planejamento, Orçamento e Gestão, além do Presidente da ANS, que atua como secretário das reuniões, foi criado pela Lei 9.656/1998, e posteriormente alterado pelo Decreto nº 4.044/2001. Cabe-lhe supervisionar e acompanhar as ações e o funcionamento da ANS, fixar diretrizes gerais para a constituição, organização, funcionamento e fiscalização das empresas operadoras de produtos de que tratar a Lei 9.656/1998, entre outras atividades.

### **PLANOS DE ASSISTÊNCIA MÉDICO-HOSPITALAR X SEGURO SAÚDE**

A diferença entre ambos os contratos reside basicamente no fato de que, nas operações de seguro saúde, é vedado às seguradoras prestar diretamente assistência à saúde (Art. 133, do DL 73/66). Enquanto determinados planos somente permitem atendimento em instalações ou estabelecimentos pertencentes à entidade operadora, outros permitem a prestação dos cuidados em estabelecimentos não credenciados, reembolsando o consumidor pelos gastos havidos fora da rede credenciada.

Os contratos de plano de assistência à saúde e seguro saúde podem prever cobertura odontológica, ambulatorial (atendimentos em consultório ou ambulatório e exames) ou hospitalar (internação), sendo que, no último caso, também é possível optar pela inclusão de cobertura obstetrícia.

O plano de referência constitui o padrão de assistência médico-hospitalar, porque conjuga a cobertura ambulatorial, hospitalar e obstétrica e, por imposição legal, deve ser oferecido obrigatoriamente aos consumidores.

### **REGIME FINANCEIRO DOS PLANOS DE ASSISTÊNCIA MÉDICO-HOSPITALAR E DOS SEGUROS DE SAÚDE E IMPACTO NO VALOR DO PRÊMIO/MENSALIDADE DOS PLANOS E SEGUROS DE SAÚDE**

Os seguros diferem entre si, pelo regime financeiro; ou seja, pela técnica atuarial que determina a forma de financiamento das indenizações e benefícios integrantes do contrato. Os regimes se dividem em repartição e capitalização, sendo que o primeiro abarca repartição simples e repartição de capitais de cobertura.

Por seu turno, o regime de capitalização determina a contribuição necessária, para atender determinado fluxo de pagamento de benefícios, estabelecendo que o valor da série de contribuições efetuadas ao longo do tempo seja igual ao valor da série de pagamentos de benefícios no futuro.

Esse modelo de financiamento constitui reservas, tanto para os participantes assistidos, como para os ativos e, obviamente, pressupõe a aplicação das contribuições nos mercados financeiros, de capitais e imobiliários, a fim de adicionar valor à reserva que se está constituindo. A legislação vigente torna obrigatória a utilização do regime financeiro de capitalização para os benefícios de pagamento em prestações programadas e continuadas, como nos casos de previdência complementar.

No regime de repartição simples, todos os prêmios pagos pelos segurados em determinado período formam um fundo que se destina ao custeio de indenizações a serem pagas por todos os sinistros ocorridos no próprio período (e às demais despesas da seguradora). O mutualismo é diverso de repartição simples, pois para que o contrato de seguro mantenha o equilíbrio econômico-financeiro, é necessário que o mutualismo se dê em grupos com o mesmo perfil de risco; isto é, que apresentam riscos homogêneos.

No sistema de repartição, o prêmio cobrado é calculado de forma

que corresponda à importância necessária, para cobrir o valor das indenizações relativas aos sinistros esperados; isto é, impera o mutualismo, em que todos contribuem para propiciar o benefício apenas àqueles acometidos pelo infortúnio (partilha dos riscos entre pessoas com mesmo perfil de risco), tornando os custos, portanto, menos onerosos do que seria atribuído a cada um, em eventual planejamento de proteção individual.

O teorema de Bernoulli, mais conhecido como a “Lei dos Grandes Números”, parte do pressuposto de que, numa série imensa de experimentos, a frequência relativa de um evento se aproxima cada vez mais da sua probabilidade. Aplicada aos contratos de seguro saúde significa que valor médio do sinistro se aproxima cada vez mais do valor médio do sinistro esperado, à medida que o número de segurados aumenta.

A citada lei, aplicada em associação com o instrumental da Matemática Atuarial, permite o cálculo do custeio do seguro saúde e dos planos de saúde, com relativa margem de segurança, possibilitando equação de equilíbrio entre as mensalidades pagas pelos participantes dos planos e as coberturas oferecidas.

O prêmio/mensalidade é composto de prêmio de risco (despesa *per capita*), carregamento de risco (margem de segurança), despesas administrativas e comerciais, tributos e lucro. Seu reajuste somente é legítimo, quando ocorrer o aumento de eventos (sinistros) ou do valor médio de eventos, ou dos custos administrativos, comerciais e fiscais.

#### **POLÊMICAS ACERCA DA APLICAÇÃO DA LEI NO TEMPO NO QUE SE REFERE A CONTRATOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE E SEGURO DE SAÚDE**

##### **Planos antigos, novos, adaptados, considerando o marco regulatório estabelecido pela Lei 9.656/98**

Há caloroso debate no meio doutrinário e no jurisprudencial acerca da aplicação da Lei 9.656/98 aos planos antigos, contratados antes da vigência da referida lei. Para alguns pensadores, a cobertura é exatamente aquela que consta no contrato; inclusive quanto às exclusões previstas, em

função do princípio da irretroatividade das leis.

Porém, outros estudiosos entendem que a Lei 9.656/98 se aplica, tanto aos contratos realizados após sua vigência, quanto aos anteriores, eis que se trata de relação de trato sucessivo e a norma em comento é de ordem pública. Prevalece tal entendimento na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

O Superior Tribunal de Justiça, no entanto, não comunga do mesmo entendimento do TJRJ e rejeita a aplicação da Lei 9.656/98 aos contratos firmados antes de seu advento e que não foram a ela adaptados, como se denota dos acórdãos proferidos no REsp 735168 / RJ e REsp 889406 / RJ, julgados em 11/03/2008 e 20/11/2007, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi (3ª Turma do STJ) e Ministro Massami Uyeda (4ª Turma do STJ), respectivamente.

Entretanto, o STJ aplica o Código de Defesa do Consumidor a tais contratos, pois sustenta que a legislação consumerista regula os efeitos presentes de contratos de trato sucessivo e que, como os contratos celebrados antes da vigência da Lei 9.656/98 foram renovados já no período de sua vigência, não há retroatividade da lei nova.

Seguindo tal premissa, ressalta que a cláusula geral de boa-fé objetiva impõe deveres de conduta leal aos contratantes e funciona como limite ao exercício abusivo de direitos, garantindo que o direito subjetivo assegurado em contrato não pode ser exercido de forma a subtrair do negócio sua finalidade precípua. Por exemplo, no caso das próteses excluídas da cobertura do contrato por cláusula expressa, o STJ entendeu que tal cláusula é abusiva, pois se determinado procedimento cirúrgico está incluído na cobertura securitária, não é legítimo exigir que o segurado se submeta a ele, mas não instale as próteses necessárias para a plena recuperação de sua saúde.

### **Vedação ao aumento do valor do prêmio em decorrência de alteração de faixa etária para os idosos**

Inicialmente, cumpre estabelecer o que é risco, eis que se trata de um dos fatores que influenciam no valor do prêmio. Basicamente, pode-se



afirmar que risco é o evento aleatório com possibilidade de se estimar sua ocorrência.

O processo de subscrição do risco é realizado em duas etapas: primeiro deve ser verificado se o risco é segurável a fim de ser aceito e, depois, o risco segurável é precificado, de acordo com o perfil do risco. O risco segurável exige:

- (a) que o evento segurado seja acidental e inesperado (segurado não pode controlar a ocorrência do evento);
- (b) que a indenização seja bem definida, se ocorrer o evento segurado;
- (c) evento segurado deve acarretar perdas;
- (d) deve existir grande número de segurados expostos ao risco (quanto maior o número de segurados, mais próximo se torna o valor médio do sinistro em relação ao valor médio esperado, garantindo o equilíbrio entre o valor da mensalidade/prêmio pago pelo participante e o serviço de assistência médico-hospitalar que a empresa se propõe a prestar);
- (e) que o evento segurado não ocorra com todos os segurados simultaneamente;
- (f) o valor da indenização deve ser calculável e o custo do seguro p o segurado deve ser viável.

O prêmio de risco anual é estabelecido pelo valor médio de eventos multiplicado por sua frequência. A precificação leva em conta o período de exposição e aumenta à proporção do aumento do valor médio, ou da frequência dos eventos, ou de ambos. Os fatores que afetam o prêmio de risco são sexo, idade, hábitos de vida, abrangência geográfica da cobertura, padrão quarto\enfermaria, entre outros; contudo, no Brasil a diferenciação de preço não pode considerar o fator sexo, só a faixa etária.

No que pertine à faixa etária, é notório que, quanto mais se envelhece, maior a probabilidade de gastos com saúde, e, diante da longevidade decorrente dos avanços tecnológicos, o custo com saúde tende a aumentar entre a população idosa, à medida que a renda obtida através do trabalho diminui. Como indicam estudiosos do tema, esta tende a aumentar entre 30 e 50 anos e depois começa a decrescer.

Devido ao mutualismo adotado no país, nos planos de assistência à saúde e seguro saúde, cada grupo etário é solidário entre si e a cláusula que permite o reajuste por faixa etária visa a garantir o equilíbrio financeiro-econômico de cada faixa de idade.

A Lei 9.656/98 veda a discriminação de preço, salvo por idade; contudo, a Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) veda a discriminação de preço por faixa etária aos idosos, que abarca pessoas com idade igual ou superior a 60 anos.

Em função da promulgação do Estatuto do Idoso, a ANS estabeleceu na Resolução 63 de 2003 que são 10 as faixas etárias e que a última faixa etária, para que se altere o valor da mensalidade, é a de 59 anos, de modo que os menores de 59 anos subsidiam os demais.

A 4ª Turma do STJ, no Resp nº 866.840-SP, julgado em 07/06/2011, decidiu que a norma disposta na Lei 10.471.

*“não autoriza uma interpretação literal que determine, abstratamente, que se repute abusivo todo e qualquer reajuste baseado em mudança de faixa etária do idoso. Somente o reajuste desarrazoado, injustificado, que, em concreto, vise de forma perceptível a dificultar ou impedir a permanência do segurado idoso no plano de saúde implica na vedada discriminação, violadora da garantia da isonomia”.*

No mesmo julgado, foram estabelecidas condições para que se admita a validade de reajustes em razão da mudança de faixa etária, quais sejam: a) previsão no instrumento negocial; b) respeito aos limites e demais requisitos estabelecidos na Lei Federal nº 9.656/98; e c) observância ao princípio da boa-fé objetiva, que veda índices de reajuste desarrazoados ou aleatórios, que onerem em demasia o segurado.

Já a 3ª Turma, no AgRg no REsp 1219965 / SP, julgado em 09/08/2011, entendeu que não pode ser reajustado o plano de saúde do idoso, mesmo quando ele tenha completado 60 anos antes da vigência do Estatuto do Idoso.



No referido acórdão, contudo, não consta fundamentação expressa, mas referência ao julgado proferido no REsp 809.329/RJ, de relatoria da Min. Nancy Andrighi, publicado no DJU de 11/04/2008, *verbis*:

*“a previsão de reajuste contida na cláusula depende de um elemento básico prescrito na lei e o contrato só poderá operar seus efeitos no tocante à majoração das mensalidades do plano de saúde, quando satisfeita a condição contratual e legal, qual seja, o implemento da idade de 60 anos. Enquanto o contratante não atinge o patamar etário preestabelecido, os efeitos da cláusula permanecem condicionados a evento futuro e incerto, não se caracterizando o ato jurídico perfeito, tampouco se configurando o direito adquirido da empresa seguradora, qual seja, de receber os valores de acordo com o reajuste predefinido. Apenas como reforço argumentativo, porquanto não prequestionada a matéria jurídica, ressalte-se que o art. 15 da Lei n.º 9.656/98 faculta a variação das contraprestações pecuniárias estabelecidas nos contratos de planos de saúde em razão da idade do consumidor, desde que estejam previstas no contrato inicial as faixas etárias e os percentuais de reajuste incidentes em cada uma delas, conforme normas expedidas pela ANS. No entanto, o próprio parágrafo único do aludido dispositivo legal veda tal variação para consumidores com idade superior a 60 anos. - E mesmo para os contratos celebrados anteriormente à vigência da Lei n.º 9.656/98, qualquer variação na contraprestação pecuniária para consumidores com mais de 60 anos de idade está sujeita à autorização prévia da ANS (art. 35-E da Lei n.º 9.656/98). - Sob tal encadeamento lógico, o consumidor que atingiu a idade de 60 anos, quer seja antes da vigência do Estatuto do Idoso, quer seja a partir de sua vigência (1º de janeiro de 2004), está sempre amparado contra a abusividade de reajustes das mensalidades com base exclusivamente no alçar da idade de 60 anos, pela própria proteção oferecida pela Lei dos Planos de Saúde e, ainda, por efeito reflexo da Consti-*

*tuição Federal que estabelece norma de defesa do idoso no art. 230. A abusividade na variação das contraprestações pecuniárias deverá ser aferida em cada caso concreto, diante dos elementos que o Tribunal de origem dispuser. Por fim, destaque-se que não se está aqui alçando o idoso a condição que o coloque à margem do sistema privado de planos de assistência à saúde, porquanto estará ele sujeito a todo o regramento emanado em lei e decorrente das estipulações em contratos que entabular, ressalvada a constatação de abusividade que, como em qualquer contrato de consumo que busca primordialmente o equilíbrio entre as partes, restará afastada por norma de ordem pública”.*

## CONCLUSÃO

Há crescente discussão judicial acerca da validade de cláusulas restritivas de direito estipuladas nos contratos de assistência à saúde e seguro de saúde, precipuamente daquelas que estipulam o reajuste das mensalidades/prêmios (judicialização do atendimento à saúde).

Não obstante o debate, cabe ao Poder Judiciário, pela função constitucional que lhe foi outorgada, dirimir tais conflitos, sem perder de vista a complexidade do tema, que envolve, não somente a ciência jurídica e suas normas, como ciência atuarial e estatística. Note-se que, de acordo com dados estatísticos, a tendência no país é que haja aumento da população idosa no futuro, quando não haverá jovens suficientes para subsidiar os idosos, como ocorre atualmente.

Diante dessa discrepância, cabe aos operadores do Direito buscar soluções que garantam o exercício do direito à saúde pelos consumidores – evitando demasiada elevação das mensalidades/prêmios, de modo a viabilizar a contratação de planos de assistência à saúde, os quais também assegurem o equilíbrio financeiro-econômico do contrato e consequente solvabilidade da seguradora/operadora de planos de assistência à saúde. ♦