

Saúde Suplementar e Direitos do Consumidor

Renata de Lima Machado Amaral ¹

INTRODUÇÃO

No presente trabalho, pretende-se analisar pontos abordados ao longo do curso de aperfeiçoamento sobre saúde suplementar, no intuito de derivar algumas conclusões para o cotidiano do exercício da magistratura. No primeiro dia de palestras, o Prof. Luiz Augusto Carneiro (FEA/USP e IESS) tratou dos Fundamentos Econômicos e Atuariais e Seguros e Planos de Saúde, recordando que o contrato de seguro é financiado pelo sistema de mutualismo, no qual se compartilham os riscos por aqueles que o integram.

Sublinhou que, para Frank Knight, o “risco” significa probabilidade, sendo diverso, porém, da “incerteza”, vez que o primeiro constitui evento aleatório, porém passível de identificação e mensuração de probabilidade, enquanto a segunda é aleatória em relação ao qual se desconhece a distribuição de probabilidade. Daí porque conclui que “a incerteza é uma medida da nossa ignorância em relação ao evento aleatório”.

Segundo o palestrante, na natureza, há três tipos de eventos:

1 - Evento determinístico: acerca do qual se conhece quando ocorrerá, havendo certeza acerca de sua ocorrência;

2 – Risco;

3 – Incerteza.

Os eventos de risco são aqueles abrangidos pelo contrato de seguro.

O tempo tem relevância na avaliação do risco, pois, conforme pre-

¹Juíza de Direito do II Juizado Especial Cível - São Gonçalo.

ceitua Peter L. Bernstein, “o tempo é um fator dominante no jogo. O risco e o tempo são as 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 de tempo: o futuro é o campo do jogo” - *Desafio aos Deuses – A Fascinante História do Risco*.

Dessa forma, há atuários que já fazem seus cálculos considerando que em breve o homem viverá até 150 anos. Menciona o palestrante que, no Brasil, decidiu-se separar planos de saúde dos seguros-saúde, embora ambos se equivalham.

O mutualismo ocorre em grupos homogêneos em relação ao risco; isto é, que tem o mesmo perfil de risco, pois do contrário a chance de haver prejuízos para a seguradora é grande.

São, dentre outros, elementos do Financiamento do Seguro:

1) Mutualismo dentro de grupos homogêneos, aplicando-se a chamada “Lei dos Grandes Números”, segundo a qual o valor médio do sinistro (ocorrido) se aproxima cada vez mais do valor médio do sinistro esperado (previamente calculado e usado para definir o valor do prêmio), à medida que o número de segurados cresce.

2) Regime Financeiro de Capitalização, no qual o mutualismo ocorre ao longo dos anos e em que parte dos fundos daquele que não sobreviveu é usado para pagar gastos daqueles que sobreviveram mais, de forma que aqueles que não utilizam ou utilizaram menos o seguro financiam aqueles que o utilizaram mais.

Esse é regime distinto do regime financeiro de repartição simples, em que toda a receita de prêmio de um ano é utilizada para cobrir os sinistros daquele ano, sem acumulação das mensalidades para pagamento de benefícios futuros.

Segundo o palestrante, são condições necessárias para que o risco seja considerado segurável:

A) – o evento segurado (“evento coberto”) deve ser acidental e inesperado (aleatório);

B) – deve estar bem definida a indenização advinda pela ocorrência do evento segurado;

- C) – o evento segurado deve acarretar perdas;
- D) – o segurado não pode ter o poder de controlar a ocorrência do evento segurado;
- E) – deve haver grande número de segurados expostos ao risco;
- F) – o evento segurado não deve ocorrer com todos os segurados simultaneamente – na Flórida não se admite seguro por furacão (risco catastrófico não é admissível em seguros, assim como sinistro, ou terrorismo etc.)
- G) – o valor da indenização deve ser calculável e o custo do seguro para o segurado deve ser viável.

O palestrante também teceu considerações acerca da precificação do prêmio no contrato de seguro, que leva em consideração, dentre outros, o carregamento de risco, despesas administrativas, despesas comerciais, tributos e lucro, afirmando que a margem de lucro das seguradoras de saúde gira em torno de 4%.

Recordou que afetam o prêmio de risco: sexo, idade, hábitos de vida, abrangência geográfica da cobertura, padrão quarto/enfermaria/etc.

Após, o Desembargador Maury Angelo Bottesine, do TJSP, dissertou sobre o tema “Contratos de Plano e Seguros Privados de Assistência à Saúde”, subdividindo sua fala nos seguintes tópicos: Princípios da Atividade – Lei 9.656, CDC; Regime Associativo na Prestação de Serviços Médicos Hospitalares; O Cooperativismo Empresarial e O SUS como modelo de Assistência Oficial.

O Desembargador assinalou que, em Roma, a saúde da população era considerada bem supremo. Hodiernamente, no Brasil, a saúde é considerada direito social - art. 6º, CF, sendo o SUS seguro compulsório, admitindo, porém o regime empresarial para atender aos serviços de saúde com base no lucro – art. 199 CF;

Mas a atividade não é somente empresarial, pois também é exercida por entidades sem fins lucrativos.

Diversamente do mencionado na palestra anterior, entende o palestrante que os planos de saúde diferem dos seguros, inclusive nas consequências jurídicas.

Após, o Dr. Denys Zimmermann ressaltou a influência do tempo

nos contratos de seguro ou planos de saúde, com a seguinte citação: “Of all forms of insurance addressed in these materials, health insurance is the most certain to change significantly over the coming years” - Tom Baker. Ou, em tradução livre, no vernáculo: De todas as formas de seguro, o que mais deverá mudar ao longo dos anos é aquele referente à saúde. Conforme seu entendimento, os debates sobre *health insurance* são os mesmos aqui e nos EUA.

Segundo seu entendimento, a evolução do seguro-saúde abrange três aspectos:

A) Do ressarcimento financeiro passou-se à prestação do serviço, por meio de rede própria ou de rede referenciada;

B) Do consenso social a favor do controle absoluto do médico sobre o tratamento do segurado, surgiu o questionamento pelas seguradoras acerca do julgamento médico.

C) Incremento da tecnologia, com aumento da expectativa de vida, que acarretou maior cuidado no controle de custos.

No tocante à natureza dos contratos de plano de saúde e de seguro-saúde, acredita o professor que, independentemente de se considerar contratos atípicos ou variações de contrato de seguro, ambos compartilham a base técnica, científica e econômica, qual seja: o mutualismo como desintegração econômica do risco ou sua transformação de individual em coletivo.

Assim, o contrato de seguro deve ser entendido como mecanismo de alocação ou distribuição de riscos no interior da coletividade de segurados, eis que o risco individual transforma-se em coletivo; daí porque o risco só pode ser avaliado de modo completo quando analisado coletivamente.

Quando se observa se o risco deve ou não ser abrangido pelo plano de saúde, se está avaliando se o mesmo deve ser suportado pelo indivíduo ou se deve ser alocado ou distribuído para uma coletividade.

De outro giro, a obrigação da seguradora é de garantia: se ocorrer um sinistro, este estará coberto – a indenização é obrigação quase assessoria, pois o compromisso primário é de assegurar, dar garantia; isto é, proporcionar tranquilidade ao usuário.

No que tange ao contrato de seguro, (a) a boa-fé, (b) a assimetria de informações entre o segurado e a seguradora e (c) a seleção adversa de riscos trazem implicações ao mutualismo.

A mencionada seleção adversa de riscos é a situação na qual a contratação do seguro está relacionada à maior ou menor possibilidade de sua fruição, referindo-se à existência de maior ou menor risco de fruição do seguro, de tal forma que os indivíduos mais propensos à ocorrência de sinistros têm maior propensão a contratar seguros, em comparação com os demais.

No longo prazo, isso tende a gerar círculo vicioso, inviabilizando os seguros, pois acarreta maior ônus à cobertura.

A seleção adversa pode ser atenuada, pela maior ou menor propensão de determinados grupos de indivíduos ao risco, pela adoção de “statutory mandates”, e pela adoção de critérios de classificação de riscos que separem os segurados em subgrupos específicos, segundo variáveis que, atendendo a determinados “standards”, promovam maior “justiça tarifária”. A seleção adversa é o que se costuma chamar de “fraude”, de ausência de boa-fé na resposta ao questionário, como por exemplo, a omissão da existência de doença pré-existente.

Deve-se atentar, também, para o denominado “risco moral”, que respeita ao comportamento do segurado, que tende a ser menos cuidadoso quando contrata um seguro, em razão do que se criam vários mecanismos para regulação desse risco moral, como, por exemplo, a franquia. Tem-se o risco moral, quando o comportamento de um segurado se modifica, de modo a importar aumento de custos para o segurador, posto que a diluição de riscos, por via da contratação, cria incentivo a que o segurado utilize mais, ou requeira serviços mais sofisticados que, de outro modo, seriam tecnicamente necessários.

No 2º dia de palestras, discutiu-se acerca do ENVELHECIMENTO E REAJUSTE DAS MENSALIDADES DO PLANO DE SAÚDE POR MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. Como salientado, os estudos acerca do assunto revelam que se gasta mais com saúde quando se envelhece e a sociedade está envelhecendo em razão de dois fatores: diminuição da

taxa de fecundidade e envelhecimento de mais pessoas. O gasto realizado com a 1ª faixa etária dos planos de saúde é menor 6 ou 7 vezes do que o gasto realizado com a faixa etária maior.

Em razão do advento da tecnologia, do avanço da medicina, dos recursos de prevenção, entre outros, haverá gerações com maiores proporção de idosos e, por isso, com mais doenças crônicas e psiquiátricas, mas ainda assim em melhores condições do que aqueles que tinham a mesma idade no passado – com isso, há probabilidade concreta de mais pessoas alcançarem idades mais altas. Haverá, pois, uma fração maior de pessoas alcançando entre 80 e 100 anos do que atualmente.

Por outro lado, a variação de despesa *per capita* com saúde é superior à taxa de inflação e uma das razões para tanto é a incorporação de tecnologia à medicina, cujo maior exemplo, entre muitos outros, é a colocistectomia (extração de vesícula) por videolaparoscopia, deixando-se de lado o procedimento cirúrgico que se realizava com incisão no abdome.

Ademais, o avanço das sociedades, com saneamento, melhoria de alimentação, de diagnóstico, e similares, está praticamente erradicando as doenças infectocontagiosas, mas, ao mesmo tempo, depara-se com as doenças crônicas, pois na medida em que não se morre mais das primeiras, as crônicas se evidenciam.

Com a idade, estatisticamente, a renda cai, mas o valor da mensalidade do plano de saúde aumenta... É vedado discriminar os consumidores, exceto por questão de idade, admitindo-se diferença de preços por faixa etária.

Com o advento do Estatuto do Idoso, é proibido discriminar esse segmento da população nos preços de planos de saúde – art. 15, parágrafo 3º, o que provocou modificação de resolução pela ANS para cumprir o Estatuto do Idoso, mencionando que a última faixa etária em que se admite mudança no valor da mensalidade é aos 59 anos.

Todavia, considerando que, de 58 para 59 anos, o valor do risco dobra e o idoso já não tem renda, decidiu-se que não seria possível deixá-lo em desalento, razão pela qual o custo de seu plano de saúde deve ser subsidiado – o preço cobrado do idoso não pode ser maior do que 6 vezes o

custo da menor faixa etária – como preceitua a resolução da ANS.

Assim, o idoso paga menos do que seu custo e os demais pagam mais – sendo mais elevado o ônus àqueles que ainda não entraram na faixa de maior sinistralidade. A dificuldade neste esquema de solidariedade é que, com o envelhecimento da sociedade, no futuro, haverá poucos jovens para subsidiar os idosos – a futura geração não terá meios suficientes para exercer a solidariedade na quantidade necessária.

O Dr. Luiz Celso Dias Lopes (Instituto de Estudos de Saúde Suplementar – IESS), na sua palestra, destacou alguns pontos da Lei 9656: autorização para funcionar como operadora de plano de saúde; regras uniformes de operação; possibilidade de intervenção; garantias financeiras; assistência integral à saúde; proibição de seleção de risco; proibição de rescisão unilateral; definição e limitação de carências e controle de reajuste de preços; regras para variação do preço por faixa etária.

O palestrante recordou divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca da solução de casos relacionados a contratos de planos de saúde celebrados anteriormente à Lei 9.656:

O STF já teve oportunidade de se manifestar quando julgou assunto distinto no sentido de que qualquer norma, ainda que de ordem pública e de interesse social, não retroage para acolher contratos celebrados antes de seu advento. Assim, segundo tal corrente de pensamento, o Código de Defesa do Consumidor não deve ser aplicado para contratos celebrados antes de seu advento.

A Professora Claudia Lima Marques, por sua vez, defendeu a aplicação primária do Código de Defesa do Consumidor, por incidência do diálogo das fontes, posto que tal diploma legal é mais benéfico. Para a palestrante, todavia, o CDC não pode sobrepujar a aplicação da lei específica e os dispositivos desta devem estar em harmonia com o CDC.

Recordou que o STJ, recentemente, (RESP 866.840 – Min. Raul Araújo-ainda não publicada – 4ª Turma – IDEC) decidiu em demanda em que se questionava a legalidade do reajuste de faixa etária que “os reajustes implementados pelos planos de saúde em razão de mudança de faixa etária, por si sós, não constituem ilegalidade, e devem ser apreciados com respeito

às singularidade de cada caso, de modo a não ferir os direitos do idoso e nem desequilibrar as contas da seguradora”, havendo, porém, Voto Vencido do Ministro Luiz Felipe Salomão, que considerou predatória e abusiva a majoração de 78,03% na mensalidade do plano de saúde.

Em continuação ao tema, o Des. Carlos Augusto Guimarães e Souza Jr, do TJSP, apontou divergências dos Tribunais acerca do assunto, recordando que há fundamentos para aplicação do Estatuto do Idoso aos contratos antigos, sem que se fale em irretroatividade, haja vista que se cuida de relação de trato sucessivo, e a lei deve aplicar-se imediatamente, tratando-se, ainda, de norma cogente e de ordem pública, sendo neste sentido a jurisprudência majoritária.

Tal foi o posicionamento adotado pelo STJ, pela Min. Nancy Andrighi, no RESP 809.329 – 25 de março de 2008 – no qual se entendeu que se o implemento da idade realizou-se sob a égide do Estatuto do Idoso, não estará o consumidor sujeito ao reajuste estipulado no contrato por mudança de faixa etária, sob o argumento de que a previsão de reajuste contida no contrato depende de elementos futuros; isto é, quando satisfeita a condição, qual seja, implemento da idade. Enquanto não atingida a idade, os efeitos da cláusula permanecem condicionados a evento futuro e incerto, razão por que não há ofensa a ato jurídico perfeito; tampouco se pode falar em direito adquirido da empresa de plano de saúde – é o princípio da aplicação imediata da lei.

É a aplicação do pensamento de Roubier, segundo o qual os efeitos produzidos na vigência da lei anterior são intocados pela lei nova, enquanto que os efeitos que ocorrerão na vigência da lei nova são por ela regulados – efeitos imediatos da lei.

Restou no caso concreto vencido o Min. Castro Filho, para quem as normas de ordem pública devem ater-se às garantias constitucionais, que protegem o ato jurídico perfeito e o direito adquirido.

Já para um 2º posicionamento, é importante distinguir negócios jurídicos celebrados no passado e, portanto, consolidados, e que produzirão efeitos futuros, dos atos ou fatos jurídicos novos que nascem na vigência da lei nova – *factapraeteria, factapendentia e facta futura*.

Para tal entendimento, deve-ser adotar as explicações de Gabba, segundo as quais os efeitos futuros da lei não podem ser alcançados pela lei nova, haja vista que, com a vigência da lei ingressa no patrimônio de cada um o que foi adquirido, não podendo lei nova excluir tal aquisição.

Mencionou também o palestrante que, no Direito francês, a regra de irretroatividade da lei está em nome infraconstitucional, enquanto que, no Brasil, a previsão é de natureza constitucional, daí porque, segundo sua opinião, não se deve aplicar a teoria de Roubier.

No terceiro dia de palestras, o Dr. Franklin Padrão Junior tratou dos PRINCÍPIOS DOCTRINÁRIOS DO SUS, segundo os quais TODOS OS CIDADÃOS BRASILEIROS TERÃO ACESSO AO SUS (UNIVERSALIDADE); TERÃO ACESSO A TODOS OS PROCEDIMENTOS (EQUIDADE), PARA ATENDER SUAS EXIGÊNCIAS BIOPSISSOCIAIS (INTEGRALIDADE).

Apontou que a remuneração feita pelo SUS aos hospitais pelos serviços de saúde é realizada por doença, enquanto que a remuneração feita pelos planos de saúde é realizada por procedimentos, o que causa perversidade, porque, no segundo caso, há estímulo à utilização dos serviços de saúde, muitas vezes, sem necessidade, enquanto que, em relação ao SUS, pode ocorrer subatendimento.

Novamente chamado a palestrar, o Dr. LUIZ CELSO DIAS LOPES focou as funções da ANS.

No último dia de discussões, a Dra. ANGÉLICA CARLINI, advogada, historiadora e educadora descreveu que, no cenário jurídico brasileiro contemporâneo, é grande o avanço no que se refere às normas que regulam o setor de saúde: Constituição da República, Código de Defesa do Consumidor, Código Civil, Lei 9.656 etc.

Ela defendeu que o fenômeno recente da judicialização é necessário e preferível, em razão das deficiências das políticas públicas e em razão da corrupção no Poder Público, havendo verdadeira judicialização da própria política e das relações sociais, procedendo-se a uma espécie de deslocamento ou migração do poder do âmbito dos Poderes Executivo e Legislativo para o âmbito do Poder Judiciário, posto que aqueles ainda não se deram

conta do seu papel, havendo, por tal motivo, uma vacância nas funções que deveriam exercer. Dessa forma, o Poder Judiciário vem sendo o verdadeiro guardião da Constituição da República.

Por outro lado, o processo de judicialização provoca a despolitização da sociedade, pois, na medida em que o sujeito obtém ganho individual na justiça, buscando isoladamente o seu direito, ele não é estimulado à luta para defesa do mesmo direito no plano coletivo.

Em consonância com o moderno entendimento segundo o qual é necessária uma releitura da ordem constitucional pelos princípios da Constituição Federal, não há mais que se falar no juiz como a “boca da lei” de Montesquieu, mas entender o juiz como verdadeiro “criador da lei”, por aplicação da hermenêutica ou interpretação a cada caso concreto.

Assim, promove-se a superação da dogmática tradicional, havendo a introdução no ordenamento jurídico brasileiro de noções oriundas do direito alemão: “mínimo existencial”, “reserva do possível”, “proibição de retrocesso” etc.

Em conclusão, mencionou a palestrante ser mister a educação do consumidor, a fim de que encontre condições de discutir e concluir o que efetivamente deseja no setor de saúde, o que realmente lhe importa: tecnologia, hotelaria, prevenção etc. Somente com educação/conhecimento, o consumidor terá condições de participar de um debate crítico acerca do tema.

CONCLUSÃO

Os pontos de vista apresentados ao longo do curso são importantes para que o magistrado possa compreender a forma de pensar e agir das instituições que atuam com os planos ou seguros-saúde, seja na vertente da seguradora, do consumidor e dos órgãos regularizadores.

Acima de tudo, porém, é necessário que, não somente ao juiz, mas que todos esses sujeitos que se relacionam com o setor de plano de saúde tenham como vértice norteador máximo para suas condutas o **princípio da dignidade humana**, sob pena de não ser possível àquele que o desa-

tende enquadrar-se nas belas palavras do Dalai Lama, citadas pela Dra. Angelica Carlini em finalização ao seu discurso:

*“Existe outra fonte de valorização e dignidade a partir da qual podemos nos relacionar com outros seres humanos. **Podemos nos relacionar com eles porque ainda somos um ser humano, dentro da comunidade humana. Compartilhamos esse vínculo. E esse vínculo humano é suficiente para dar ensejo a uma sensação de valorização e dignidade. Esse vínculo pode tornar-se uma fonte de consolo na eventualidade de se perder tudo o mais**”.* ◆