XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO SUSTENTÁVEL

EVERTON DAS NEVES GONÇALVES

JONATHAN BARROS VITA

ESTEFÂNIA NAIARA DA SILVA LINO

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito, economia e desenvolvimento econômico sustentável [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP

Coordenadores: Everton Das Neves Gonçalves
Jonathan Barros Vita
Estefânia Naiara Da Silva Lino – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-801-1
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
ePós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br





de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO SUSTENTÁVEL

Apresentação

O XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito ocorreu em Goiânia entre os dias 19 e 21 de junho de 2019, sob o tema: “Constitucionalismo crítico, políticas públicas e desenvolvimento inclusivo”.

Dentre as diversas atividades acadêmicas empreendidas neste evento, tem-se os grupos de trabalho temáticos que produzem obras agregadas sob o tema comum do mesmo.

Neste sentido, para operacionalizar tal modelo, os coordenadores dos GTs são os responsáveis pela organização dos trabalhos em blocos temáticos, dando coerência à produção e estabelecendo um fio condutor evolutivo para os mesmos.

No caso concreto, assim aconteceu com o GT Direito, economia e desenvolvimento econômico sustentável I, Coordenado pelos professores Jonathan Barros Vita, Everton Das Neves Gonçalves e Estefânia Naiara Da Silva Lino, vez que o referido GT foi palco de profícuas discussões decorrentes dos trabalhos apresentados, os quais são publicados na presente obra.

O desenvolvimento econômico sustentável, estudado no plano do direito e da economia hoje vem ganhando espaço importante nas discussões acadêmicas, o que vem se refletindo no volume e qualidade de trabalhos apresentados, colocando esses ramos didaticamente autônomos do direito em posição de destaque nas discussões contemporâneas, vez que afetam fortemente os cidadãos.

Tendo como pano de fundo esses ramos didaticamente autônomos do direito, foi possível agrupar os 20 trabalhos apresentados em alguns grupos, os quais se seguem:

• Análise econômica do direito e direitos humanos, sendo uma mistura de trabalhos teóricos e práticos (artigos 1-4);

• Empresa e sustentabilidade, denotando várias facetas necessárias às empresas no contexto da modernidade (artigos 5-8);

• Temas relacionados com o meio ambiente de forma mais ampla (artigos 9-13);

• Urbanismo e sustentabilidade, com temas teórico-práticos (artigos 14-15);

• Análise econômica e direito à saúde (16-17); e

• Temas internacionais ligados à sustentabilidade (artigos 18-20).

É a partir do roteiro firmado, que teoria e prática se encontram tendo como pano de fundo a sustentabilidade, perfazendo uma publicação que se imagina que será de grande valia, dada a qualidade dos artigos, para a promoção e o incentivo da pesquisa jurídica no Brasil, consolidando o CONPEDI, cada vez mais, como um importante espaço para discussão e apresentação das pesquisas desenvolvidas nos ambientes acadêmicos da graduação e pós-graduação em direito.

Finalmente, deixa-se aos leitores um desejo de uma boa leitura, fruto da contribuição de um Grupo de trabalho que reuniu diversos textos e autores de todo o Brasil para servir como resultado de pesquisas científicas realizadas no âmbito dos cursos de Pós-Graduação Stricto Sensu de nosso país.

Prof. Dr. Jonathan Barros Vita – Unimar

Prof. Dr. Everton Das Neves Gonçalves – Universidade Federal de Santa Catarina

Profa. Dra. Estefânia Naiara Da Silva Lino – Universidade de Rio Verde

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O PODER ECONÔMICO DOS PLANOS DE SAÚDE NA PROFISSÃO MÉDICA: INTERFERÊNCIAS NO ATO MÉDICO

THE ECONOMIC POWER OF HEALTH PLANS IN THE MEDICAL PROFESSION: INTERFERENCE IN THE MEDICAL ACT

Lucas Coelho Nabut
Carlos Eduardo do Nascimento

Resumo

O trabalho analisa a poder econômico existente na saúde suplementar, principalmente na relação entre as operadoras dos planos de saúde e os prestadores de serviços médicos. Para tanto, primeiramente visa delinear o cenário em que essa relação se estabelece, traçando o contexto dos sistemas de saúde no Brasil, e a regulamentação estatal na saúde suplementar, abordando as falhas de mercado existentes. E, consequentemente, abordar como o poder econômico das operadoras é exercido, com interferências sobre o ato médico, prejudicando a autonomia do profissional e causando diversos prejuízos à parte vulnerável que é o usuário do sistema.

Palavras-chave: Poder econômico, Saúde, Interferência, Autonomia, Médica

Abstract/Resumen/Résumé

The paper analyzes the existing economic power in supplementary health, especially in the relationship between health plan operators and providers of medical services. To do so, it first aims to outline the scenario in which this relationship is established, tracing the context of health systems in Brazil, and state regulation in supplementary health, addressing the existing market failures. And, consequently, to address how the economic power of the operators is exercised, with interferences on the medical act, damaging the autonomy of the professional and causing diverse damages to the vulnerable part that is the user of the system.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Economic power, Health, Interference, Autonomy, Medical

1. Introdução

As relações jurídicas tratadas no presente trabalho possuem como objeto um direito reconhecido constitucionalmente como direito social, e que constitui o núcleo rígido de dignidade, e mais, que é elemento transformador da sociedade, mas que também atormenta nossa sociedade desde o surgimento do Estado Social, devido à precariedade da prestação estatal.

Muito embora prevista constitucionalmente a saúde como obrigação do Estado e direito de todos, a escassez de recursos aliada à deficiente gestão pública, acarretou na necessidade de que a prestação dos serviços de saúde seja compartilhada com a iniciativa privada, embora na Assembleia Constituinte uma corrente radical de esquerda defendia a estatização integral da medicina. Contudo, os altos custos da medicina inviabilizavam o custeio por parte do consumidor, surgindo assim os seguros saúde e planos de saúde, os quais compõe a denominada saúde suplementar, cuja difusão se deu justamente pela falência do sistema público e responsável por grande parte do provimento da saúde no Brasil, de modo que a pesquisa deve se debruçar em um aprofundamento nas estatísticas de abrangência do setor.

O fornecimento de saúde não foge à regra do mercado, havendo perfeita adequação ao sistema de produção capitalista, sendo possível encontrarmos "falhas de mercado" mediante a atuação dos fornecedores dessas novas tecnologias mediante seu poder econômico, se fazendo justificável a presença estatal.

Assim, a justificativa social é inequívoca, na medida que as prestações em estudo impactam a vida de todos cidadãos, sendo assim imprescindível a interferência estatal também nesse viés em prol de um convívio harmônico. Ademais, os contratos em questão têm por objeto o direito fundamental à saúde, a integridade física e psíquica do indivíduo, além do que assegurar o direito à saúde contribui para a redução das desigualdades regionais e sociais.

Por outro lado, a saúde integra a realidade social e nela está imersa de modo que com ela se relaciona, transformando-a e sendo transformada por ela. O equilíbrio do mercado de saúde suplementar é importante também ao SUS, tanto pela redução da demanda social sobre o sistema (principalmente na oferta de serviços), quanto pela maior alocação de recursos em saúde.

Outrossim, no momento em que o Brasil se apresenta com o sistema público de saúde falido é relevante a construção de um modelo privado capaz de se adequar às novas demandas criadas pela realidade econômica nacional.

Nesse cenário, a proposta do trabalho consiste em analisar o poder econômico dos planos de saúde e seus efeitos na profissão médica, mediante política remuneratória praticada e interferências no ato médico em relação aos pacientes.

Assim, a pesquisa se deu na perspectiva dos fenômenos que vêm modificando a essência do direito e o papel regulador do Estado, de acordo com as novas relações sociais em uma democracia de massas, estando inserida em um plano interdisciplinar, uma vez que da relação em estudo extrai-se elementos do direito constitucional, econômico, administrativo, civil, sanitário, empresarial e consumerista, além de outras ciências.

2. O direito fundamental à saúde e o sistema suplementar

Nossa atual Constituição segue a teoria do Estado social constando capítulo específico da Ordem Econômica e Social, devendo, portanto, todos os preceitos constitucionais se relacionarem com essa ordem. Assim, grande foi a preocupação do constituinte com o atendimento das necessidades da população, com o atendimento dos direitos fundamentais e com a intervenção na economia, as quais estão fundadas no Estado social ou de prestações.

Visando os indivíduos que não contam com recursos para uma existência digna, considera-se que os direitos sociais garantem a participação do cidadão na riqueza coletiva, na visão de Carvalho (2002). Considerados os direitos sociais como direitos fundamentais, conforme inclusive assim reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal[1], dentre todos que seu integram o seu núcleo, um dos mais importantes e que gera maiores discussões jurídicas é o direito à saúde.

Uma das razões dos direitos sociais consiste justamente na função de assegurar o gozo dos direitos individuais, os quais seriam mera utopia sem a efetivação dos direitos sociais. Como exemplo, como poderia se dar o pleno exercício da liberdade sem uma saúde adequada, ou ainda os direitos à intimidade sem uma moradia, os quais também não seriam possíveis sem uma educação adequada aos indivíduos.

[1] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5595 MC / DF** – Distrito Federal – Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade. Decisão monocrática do Relator Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento: 31/08/2017. Disponível em http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%285595%2ENUME%2E +OU+5595%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/ zkeurus. Acesso em: 19.12.18.

E dentre os direitos sociais previstos constitucionalmente, cabe-nos debruçar sobre aquele que constitui objeto deste trabalho, o direito à saúde, que somente no século XX passa a ter uma conotação social.

Simploriamente, saúde poderia ser entendida como ausência de doença, mas este conceito primário foi superado, pois insuficiente para satisfazer as inquietudes acadêmicas, pois em uma concepção jurídica envolve direitos e deveres, justamente por se enquadrar como direito social.

Desta forma, Dallari (2010) elabora uma conceituação de saúde como um bem jurídico que apresenta três diferentes dimensões: uma individual, outra coletiva e outra ainda desenvolvimentista, de modo que saúde seria o bem fundamental que por meio da integração dinâmica de aspectos individuais, coletivos e de desenvolvimento visa assegurar ao indivíduo o estado de completo bem-estar físico, psíquico e social.

Assim, saúde seria o resultado de condições objetivas e subjetivas para propiciar uma vida digna, e o reconhecimento internacional da saúde como direito ocorreu em 1948 com a Declaração Universal dos Direitos Humanos pela Organização das Nações Unidas, época em que a saúde apresentava uma conotação diferente da atual, pois era marcada apenas por característica curativa e eminentemente privatista, com poucos nuances de promoção de saúde.

A conceituação de saúde atualmente, se aproxima à qualidade de vida, com as condições necessárias para o indivíduo exercer uma vida plena, não se restringindo então, a apenas os cuidados de atenção e cuidados médicos e hospitalares, mas também a um universo multidisciplinar, como a demanda por moradia, saneamento básico, meio ambiente, educação, transporte, lazer e até mesmo meios se resolução de conflitos de qualidade.

Um patamar de importância ainda maior à saúde alcança quando passamos a enxergá-la como fonte de implicações diretas para o bem-estar do indivíduo, para a integridade da sociedade, e até mesmo para a produtividade da economia.

O direito à saúde foi previsto na Constituição Federal dentro do sistema de seguridade social, outorgando simultaneamente o dever de assegurá-lo ao Poder Público e à sociedade, preconizando ainda o acesso universal e igualitário, e como consequência foi criado o SUS, o Sistema Único de Saúde, por meio da Lei nº 8.080 de 1990.

Apesar da Constituição Federal não prever expressamente a gratuidade, como o faz em relação ao direito à educação, o caráter gratuito decorre justamente princípios da universalidade, igualdade e integralidade.

Para uma plena efetivação dos direitos sociais, a saúde se apresenta como uma de suas principais problemáticas, com um panorama ainda mais sombrio devido aos dados científicos

apresentados da qualidade de saúde da população brasileira e também os dados econômicos e financeiros brasileiros, de modo que a saúde suplementar surge como um importante gargalo para a atenção ao setor.

Mas a Constituição de 1988, inovando na seara dos direitos sociais e criando o Sistema Único de Saúde, abriu também a possibilidade de o setor privado atuar na prestação de serviços de saúde, de forma complementar. O Estado é o grande provedor dos serviços sociais de saúde, mas diante das deficiências de atendimento da rede pública, causadas por parcos recursos ou má gestão destes, milhares de usuários migraram para o atendimento particular, número de pessoas que, desde a década de 80, aumentava consideravelmente a cada ano, fenômeno que permaneceu inalterado até a crise econômica de 2014, conforme ainda será exposto.

Porém, a grande maioria das pessoas insatisfeitas com a prestação pública e que buscaram auxílio na iniciativa privada não possuíam condições econômicas para arcar com um tratamento particular, ocasionando então o crescimento da saúde suplementar.

Desta forma, podemos encontrar diversos grupos de prestadores de atenção em saúde, sendo todos voltados a tornar realidade o direito à saúde, como em Jairnilson et al (2011):

> O sistema de saúde brasileiro é formado por uma rede complexa de prestadores e compradores de serviços que competem entre si, possuindo três subsetores: o subsetor público, no qual os serviços são financiados e providos pelo Estado nos níveis federal, estadual e municipal, incluindo os serviços de saúde militares; o subsetor privado (com fins lucrativos ou não), no qual os serviços são financiados de diversas maneiras com recursos públicos ou privados; e, por último, o subsetor de saúde suplementar, com diferentes tipos de planos privados de saúde e apólices de seguro, além de subsídios fiscais. Os componentes público e privado do sistema são distintos, mas estão interconectados, e as pessoas podem utilizar os serviços de todos os três subsetores, dependendo da facilidade de acesso ou de sua capacidade de pagamento.

A lógica é simples, a única razão de existir dos planos de saúde é a precariedade do sistema público. Se ele melhorar, o cidadão não mais verá necessidade de pagar um sistema paralelo. O sistema privado permite acesso a tecnologias não disponíveis no SUS e evita longas esperas para acesso a outras.

Para um melhor entendimento da importância da saúde suplementar, necessário fazermos um aprofundamento nas estatísticas do setor, ressaltando que todos os dados apresentados se referem apenas a coberturas médico-hospitalares, área que sofre maior reflexos pelas novas tecnologias, sendo este um importante corte epistemológico da pesquisa, desprezando as operadoras que oferecem exclusivamente cobertura odontológica.

Mercado este que atualmente conta com 47,3 milhões de beneficiários, mas que atingiu seu ápice em 2014, com mais de 50 milhões de beneficiários. No início da regulamentação da

saúde suplementar, em 2000, o mercado contava com 31 milhões de beneficiários, números que se elevaram progressivamente até o ano de 2014 segundo a Agência Nacional de Saúde Suplementar (2018), época de intenso crescimento econômico no país, e a partir de então sofre queda em número de beneficiários.

Tal exposição, permite-nos algumas considerações, de modo que a Saúde Suplementar constitui importantíssimo instrumento para descarregar a demanda pela saúde pública. Em primeiro lugar, tomando o número atual de beneficiários, em uma população brasileira atualmente no patamar de 209 milhões, 23% da população encontra-se amparada por planos de saúde, ou seja, o tesouro público se desvincula de sua obrigação constitucional, no tocante a quase um quarto de população para custeio de saúde, transferido para a iniciativa particular. Sem dúvidas nenhuma, a saúde suplementar desafoga os gastos públicos trazendo uma importância social imensurável.

3. A regulação do setor

O liberalismo foi decisivo para mudanças na conjuntura do Estado, como a criação das liberdades individuais e o afastamento da intervenção do Estado na atividade econômica, de modo que a economia estaria sujeita a leis naturais que acarretaria em um equilíbrio entre aqueles que atuam no mercado.

No auge do liberalismo, Adam Smith, maior expressão do liberalismo econômico à época (1776), defendia que cada homem é o melhor juiz de seus interesses, em consonância com os interesses de grandes proprietários e comerciantes, sustentando que cada homem é o melhor juiz de seus interesses e deve ter a liberdade de promovê-lo segundo sua livre vontade segundo Dallari (2003), de modo que asseguraria a harmônica existência de todos os interesses envolvidos.

O rompimento do equilíbrio do mercado auto regulável culminou com fatídicos acontecimentos no início do século XX, como a quebra da bolsa de Nova Iorque em 1929, de modo que Bagnoli (2009) leciona:

> A economia de mercado, um sistema sem a atuação do Estado torna-se incontrolado e responsável pela devastação social, exige dos estudiosos pensarem numa grande transformação na reafirmação dos valores essenciais da vida humana, a partir da recriação, e não do simples abandono, do princípio da liberdade individual.

Obviamente existem ramos econômicos condizentes com o entendimento de Adam Smith, capazes de autorregular o mercado, resolvendo por meio das leis de mercado as aflições dos consumidores, oferecendo melhor qualidade a menor custo.

Por outro lado, uma série de atividades encontra-se vinculadas às determinações estatais, constituindo interferências estatais na atividade econômica, o que se dá por meio da regulação, tendo como causa a necessidade sanar as denominadas *falhas de mercado* que as leis de mercado não são capazes de suprir. Assim, a regulação não se justifica apenas por determinação constitucional, mas também por uma questão social.

E a saúde suplementar foi um destes setores em que o constituinte entendeu pela necessidade de regulamentação estatal. Porém, difere-se de outros setores também regulamentados por não ser resultado de privatização de antigos monopólios estatais, como ocorre nos campos da telefonia, energia elétrica e outros, sendo que essa inexperiência do Estado com o setor criou algumas dificuldades iniciais, mas já supridas.

Destacaremos diversas falhas de mercado existentes, de forma a justificar a necessidade de regulamentação no setor. Fundamental as noções do mercado que serão apresentadas para compreender o funcionamento desse cenário, como ele foi formado e as perspectivas futuras.

Em primeiro lugar a natureza contratual apresenta peculiaridades, como a demanda de serviços por saúde ser imprevisível e intensificando-se quando a pessoa adoece, bem como não ser uniforme ao longo da vida, sendo intensa a presença da álea em ambos os polos contratuais.

Um dos riscos mais danosos ao sistema é o risco moral, consiste no comportamento do segurado em razão de não ter que suportar o custo total do atendimento, usufruindo do sistema com maior frequência, na maioria das vezes de forma desnecessária., já que arca com custos independentemente do uso, gerando ineficiência econômica. Como consequência dessa distorção de comportamento, uma vez que os custos são compartilhados entre todos os segurados, se dá a elevação dos preços.

Mas de forma genérica, risco moral é utilizado para definir qualquer atitude realizada pelo segurado que ocasione aumento de custo para a seguradora, nos dizeres de Stefani (2010).

A seleção adversa também é inerente ao sistema de saúde, e se exterioriza como uma tendência das pessoas que procuram a contratação de planos de saúde, ou neles se mantém, sejam aquelas que mais necessitarão. As pessoas com problemas de saúde são as que mais gastarão, tendendo a estar mais propensos a adquirir o plano. Exemplificando, uma família com dois filhos, sendo que um deles possui problemas de saúde, e sem condições de contratar ou manter plano de saúde para todos, tende a manter somente aquele filho que mais necessitará.

E o círculo vicioso se formará, pois se a proporção no grupo segurado de indivíduos de maior risco aumentar, fatalmente o preço também aumentará, levando que parcela dos indivíduos com menor risco abandonem o plano, até o ponto que praticamente todos os usuários sejam considerados de alto risco, o que poderá até mesmo levar à extinção desse mercado.

E ainda podemos mencionar a indução de demanda, tão nociva quanto os anteriores, e analisada pela forma relação agente-principal. O agente seria a parte da relação mais informada e que realiza a ação, no caso os médicos, enquanto o principal os usuários, sendo a parte menos informada e incapazes de monitoras as ações do agente, sendo assim impossível o paciente monitorar os diagnósticos e tratamentos prescritos, dependendo daqueles para sua saúde.

Surge então a possibilidade de o agente atuar em benefício próprio ao invés de agir em benefício do principal. Enquanto o paciente almeja o melhor tratamento possível, o médico perseguiria a maior remuneração possível. E ainda há os interesses da operadora em que o médico reduzisse ao máximo os custos de assistência. Então, poderá o médico, por meio de sua informação privilegiada, induzir o paciente para que utilize mais serviços de assistência médica.

O marco regulatório nessa seara se deu com a promulgação da Constituição Federal de 1988, sendo praticamente inexistentes exigências estatais para o setor até então. Em seguida, importantes inovações ocorreram nessa regulação, como a Lei nº 9.656 de 1998, que dispõe sobre os planos de saúde, e a Lei nº 9.961 de 2000, que criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), autarquia de regime especial vinculada ao Ministério da Saúde, tendo como principal objetivo minimizar as falhas de mercado e garantir a assistência médica/hospitalar.

Desde o início a regulamentação foi objeto de transtornos, ocorrendo um fenômeno jurídico impensável e que causaria repugnância em qualquer jurista. A Lei 9.656/98 foi modificada por uma medida provisória no dia seguinte de sua publicação, e posteriormente a Medida Provisória 1.665 foi exaustivamente renovada.

Agências reguladoras são definidas por Justen Filho (2002) como:

> Uma autarquia especial, criada por lei para intervenção estatal no domínio econômico, dotada de competência para regulação de setor específico, inclusive com poderes de natureza regulamentar e para arbitramento de conflitos entre particulares, e sujeita a regime jurídico que assegure sua autonomia em face da Administração direta.

Com autonomia financeira, administrativa e gerencial, com independência decisória, sendo seus diretores nomeados pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado Federal para mandatos fixos e não contínuos, a ANS tem por função a regulamentação, fiscalização e controle do setor, devendo atuar como um instrumento agregador de eficiência a esse mercado.

O modelo regulatório no país foi adotado tendo como modelo o norte-americano, com as agências dotadas de plena autonomia, característica que encontra resistência frente ao sistema administrativo brasileiro, de forte centralização e hierarquia, decorrente da influência do direito francês, de modo que os órgãos brasileiros dificilmente alcançarão a autonomia de suas congêneres estadunidenses, de acordo com Lehfeld (2008 apud Tavares Neto 2008).

Possuindo as funções de regular, normatizar, fiscalizar e incentivar o setor regulado, a ANS atua ainda em conjunto com o Conselho Nacional de Saúde Suplementar e Câmara de Saúde Suplementar.

O Conselho Nacional de Saúde Suplementar, crido pelo artigo 35-A da Lei 9656/98, é composto pelos ministros da Casa Civil, sendo este o seu presidente, da Saúde, da Justiça, da Fazenda e do Planejamento, e integrante da estrutura regimental do Ministério da Saúde, tendo por atribuições estabelecer e supervisionar a execução de políticas e diretrizes gerais do setor de saúde suplementar; aprovar o contrato de gestão da ANS; supervisionar e acompanhar ações e funcionamento da ANS; e fixar diretrizes gerais para implementação no setor sobre aspectos econômico-financeiros, normas contábeis, capital e patrimônio líquido das operadoras, critérios de constituição de garantias de manutenção do equilíbrio, criação de fundo, contratação de seguro garantidor ou outros instrumentos que julgar necessários com o objetivo de proteger o consumidor em caso de insolvência das empresas.

Já a Câmara de Saúde Suplementar é um órgão de participação institucionalizada na ANS, de caráter consultivo para auxiliar nas discussões, competindo-lhe: acompanhar a elaboração de políticas no âmbito da saúde suplementar; discutir, analisar e sugerir medidas que possam melhorar as relações entre os diversos segmentos que compõem o setor; colaborar para as discussões e para os resultados das câmaras técnicas; auxiliar a Diretoria Colegiada a aperfeiçoar o mercado de saúde suplementar, proporcionando à ANS condições de exercer, com maior eficiência, sua função de regular as atividades que garantam a assistência suplementar à saúde no país; e indicar representantes para compor grupos técnicos temáticos, sugeridos pela Diretoria Colegiada.

Tarefa árdua a regulamentação no setor, pois, além da complexidade, o sistema de saúde suplementar vive em um constante dilema. Consumidores, prestadores de serviços e fontes pagadoras reclamam respectivamente do atendimento e das mensalidades, da remuneração e das regras de mercado, ninguém está satisfeito, cabendo à ANS harmonizar tais interesses coordenando esse conjunto de relações.

Dentre as dificuldades destacam-se a construção de um diálogo qualificado que leve em conta todos os interesses legítimos do setor e também consolidar-se como interlocutor coletivo para incentivar o combate a soluções individualizadas segundo Carlini (2011).

Diante de tamanhos riscos, as atribuições da agência são desafiadoras, devendo sempre primar pelo bom funcionamento do setor, coibindo práticas indesejadas dos prestadores de serviço, proteger os envolvidos do intenso poderio econômico no setor, mas ponderando os interesses da iniciativa privada, que somente com a preservação destes interesses naturais o sistema se manterá.

4. Interferências dos planos nas condutas médicas

As relações existentes entre os atores integrantes da Saúde Suplementar são extremamente conflituosas e marcadas pela prática de poderio econômico, destacando-se a Agência Nacional de Saúde Suplementar, as operadoras de planos de saúde, os prestadores de serviços médicos e o consumidor, de modo que todos se relacionam entre si e havendo conflituosidade e exercício de poder em praticamente todas elas, sendo tais exercícios de poder também considerados *falhas de mercado*, e portanto devendo ser repelidos pela regulação.

A relação entre saúde e poder pode ser explicada conforme afirmação de Fernando Aith, onde antes de ser um saber, a saúde pública é um exercício de poder Carvalho (2007), justificando o quase sempre êxito dos prestadores de serviços.

Nas lições de Foucault (1979), encontramos que este exercício de poder na medicina já vem de séculos, pois:

> A medicina como técnica geral de saúde, mais do que como serviço das doenças e a arte das curas, assume um lugar cada vez mais importante nas estruturas administrativas e nesta maquinaria de poder que, durante o século XVIII, não cessa de se estender e de afirmar. O médico penetra em diferentes instâncias de poder. A administração serve de ponto de apoio e, por vezes, de ponto de partida aos grandes inquéritos médicos sobre a saúde das populações; por outro lado, os médicos consagram uma parte cada vez maior de suas atividades a tarefas tanto gerais quanto administrativas que lhe foram fixadas pelo poder. Acerca da sociedade, de sua saúde e suas doenças, de sua condição de vida, de sua habitação e de seus hábitos, começa a se formar um saber médico-administrativo que serviu de núcleo originário à "economia social" e à sociologia do século XIX. E constitui-se. Igualmente, uma ascendência político-médica sobre a uma população que se enquadra com uma série de prescrições que dizem respeito não só à doença, mas às formas gerais da existência e do comportamento (a alimentação e a bebida, a sexualidade e a fecundidade, a maneira de se vestir, a disposição geral do *habitat*).

Já o poder econômico ocorre facilmente em uma economia de mercado, onde existem diversas relações econômicas (trocas), sendo o poder manifestado condicionado ao fator econômico que subordina quem não detém o elemento econômico, nos dizeres de Bagnoli (2009), nascendo a necessidade da fiscalização e regulação da livre iniciativa pelo Estado, sob pena de estipulação de preços e condições de oferta estipulados unicamente em prol do detentor do poder .

E esse controle do poder econômico é resumido por Bagnoli (2009) mediante a ocorrência de duas proposições diversas sendo apoiadas com grande empenho por grupos minoritários que encontram oposição pouco coesa por parte de uma maioria menos combativa, estando assim diante do que chama de teoria da captura ou da cooptação, pela qual a agência reguladora podem ser capturados pelos agentes privados e cooptados por interesses individuais de uma minoria em prejuízo aos interesses da coletividade.

Na relação com os prestadores médicos, unicamente no intuito de diminuir os custos, o exercício de poder das operadoras se dá mediante a restrição da autonomia médica na escolha de procedimentos e materiais médicos a serem utilizados, redução de honorários, ameaças de descredenciamento e glosas de faturas de serviços prestados nos dizeres de Bagnoli (2009).

A presente investigação não aborda as recusas de coberturas por outros motivos, como ausência de previsão contratual ou ausência de previsão no rol da ANS, mas sim quando o procedimento encontra-se coberto mas as operadoras adotam os instrumentos citados.

As falhas de mercado já mencionadas, como a demanda induzida e o risco moral, levaram as operadoras à justa e necessária de realização de auditorias nos procedimentos já realizados ou ainda a serem, podendo acarretar ou não na glosa de procedimentos, vocábulo rotineiro na atividade médica e que consiste na recusa de pagamento ou estorno de algum procedimento realizado onde tenha sido identificada qualquer irregularidade.

Mas pareceres emitidos por profissionais médicos auditores, que na maioria dos casos sequer possuem a *expertise* necessária para aquele caso concreto, refutam um determinado tratamento ou procedimento indicado pelo profissional que é responsável pelo tratamento. Apesar da auditoria e glosa ser direito da operadora, e necessidade para preservação de sua solvência, não pode ser realizada de forma indiscriminada como vem ocorrendo, devem ser justificadas, fundamentadas, a irregularidade constatada no procedimento deve ser devidamente discriminada na glosa.

Tais interferências são totalmente inadmissíveis, abusivas e lesivas aos direitos dos consumidores e também à melhor atenção à saúde. O médico tem total autonomia para

prescrever os procedimentos e materiais a serem utilizados no tratamento, considerando as reais necessidades do paciente.

Algumas vezes a operadora tenta afastar a lesão aos direitos do consumidor mas enriquecendo-se ilicitamente e causando prejuízos ao profissional, consistente em verdadeiro absurdo, onde a operadora autorizou previamente a realização de procedimentos, visando evitar qualquer sanção a ser aplicada pela agência reguladora, de modo que a autorização significa a concordância com a necessidade do paciente e com cobertura do procedimento pelo plano, mas posteriormente o pagamento ao médico prestador foi glosado sem qualquer justificativa, com o único intuito de economizar custos.

Salutar em qualquer setor econômico são os objetivos de racionalização e redução dos custos operacionais, mas devendo ser realizado de forma ética e dentro dos parâmetros legais, e de modo que não vislumbre unicamente a redução de valores, mas sim agregar valor à atenção dispensada, almejando o melhor resultado possível ao tratamento.

O ato médico, de exclusividade e plena autonomia do profissional médico, está delimitado por um núcleo conceitual que inclui a propedêutica e a terapêutica médica como nos ensina França (2014). De tal forma que, ao longo de todo o conjunto de utilização de estratégias e recursos a plena autonomia se efetiva, sendo vedada qualquer interferência, mesmo que por parte daquele responsável pela cobertura dos custos.

O Código de Ética Médica nos ajuda à solução da problemática, uma vez que dispor em seu artigo 16, que nenhuma disposição estatutária ou regimental de instituição pública ou privada, incluindo portanto as normas e procedimentos das operadoras, poderá limitar a escolha por parte do médico, dos meios a serem postos em prática para o estabelecimento do diagnóstico e para execução do tratamento.

O mesmo estatuto prevê em seu artigo 2º que o alvo de toda atenção do médico deve ser a saúde do ser humano, em benefício do qual deverá agir com o máximo de zelo, bem como não poderá, em qualquer circunstância ou sob qualquer pretexto, renunciar à sua liberdade profissional, devendo evitar quaisquer restrições que possam prejudicar a eficácia e correção de seu trabalho, conforme consta no artigo 8º.

Incontestável não ser competência das entidades de classe ingerência sobre decisões administrativas e financeiras das operadoras, razão pela qual, a princípio, poderia ser afastada a aplicabilidade dos mencionados dispositivos. Mas mesmo atuando como gestores, as interferências são fundamentadas por médicos vinculados às operadoras, de modo que o artigo 17 do CEM confere efetividade das normas éticas, pois o médico investido em função de

direção tem o dever de assegurar as condições mínimas para o desempenho ético profissional da medicina.

Assim, tanto o diretor técnico da operadora quanto o médico auditor sujeitam-se a punições por infrações éticas na ocorrência das situações apontadas.

O Conselho Federal de Medicina também já se debruçou sobre a questão, sendo emitida a Resolução nº 1642 de 2002, onde em seu artigo 1º:

> As empresas de seguro-saúde, de medicina de grupo, cooperativas de trabalho médico, empresas de autogestão ou outras que atuem sob a forma de prestação direta ou intermediação dos serviços médico-hospitalares devem seguir os seguintes princípios em seu relacionamento com os médicos e usuários: (a) respeitar a autonomia do médico e do paciente em relação à escolha de métodos diagnósticos e terapêuticos.

E até mesmo no Judiciário o entendimento parece ser consoante com o aqui exposto, conforme trecho extraído o voto da Ministra Relatoria Nancy Andrighi no Recurso Especial nº 1.053.810/SP, abaixo transcrito[2]:

> Somente ao médico que acompanha o caso é dado estabelecer qual o tratamento adequado para alcançar a cura ou amenizar os efeitos da enfermidade que acometeu o paciente; a seguradora não está habilitada, tampouco autorizada a limitar as alternativas possíveis para o restabelecimento da saúde do segurado, sob pena de colocar em risco a vida do consumidor.

Além dos preceitos éticos da profissão já citados, toda uma gama jurídica ainda veda as interferências, como a interpretação mais favorável ao consumidor das cláusulas contratuais e a boa-fé objetiva, que acarretam justamente na precisa cobertura do que fora indicado pelo responsável pelo tratamento, levando à defesa do surgimento de um novo princípio, o da não intervenção em orientação terapêutica a informar a relação jurídica existente entre a operadora e segurado, limitando a ingerência daquela no tratamento indicado pelo médico de confiança, conforme Marques (2015).

Porém, ao contrário de alguns doutrinadores, entendemos que citado princípio só tem aplicabilidade dentre as hipóteses do rol de cobertura mínima de procedimentos elaborado pela ANS, não podendo extrapolá-lo.

Em relação às rotineiras interferências ao material indicado pelo médico, há comprovações científicas atestando que alguns materiais estrangeiros possuem durabilidade muito superior aos nacionais, ou também é comum no meio que alguns profissionais já estejam familiarizados com determinado material em seus procedimentos, o que também possui

[2] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.053.810/SP. Relatora Ministra Nancy Andrighi. 3ª Turma. **DJE,** Brasília, 15 de mar. 2010.

relevância para o sucesso terapêutico. Mas as operadoras insistem em obrigar o médico a utilizar o material mais conveniente a elas, ou seja, o mais econômico.

A questão de utilização de materiais importados, ressalte-se apenas que se faz necessário que o material seja nacionalizado, ou seja, com registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

Com vistas a atenuar a questão, a ANS editou a Resolução nº 211/10, onde o profissional requisitante deve, quando assim solicitado pela operadora de plano privado de assistência à saúde, justificar clinicamente a indicação, e oferecer pelo menos três marcas de fabricantes diferentes, quando disponíveis, em uma conciliação de interesses que nos parece razoável.

Nos parece lícito, porém, as solicitações de relatórios para evidenciar as razões clínicas que justifiquem o procedimento solicitado, por não constituir cerceamento do ato médico, mesmo que possa parecer para alguns medida desestimulatória para determinados atos.

Redução de honorários e ameaças de descredenciamento dirigidas a médicos que se recusam a atender os interesses das operadoras em suas condutas também são costumeiras, criando mecanismos de punição para desestimular comportamentos indutivos. Ressaltamos que devido `peculiaridade do sistema de cooperativa, quando a operadora for de natureza da cooperativa médica essa prática resta mais difícil de ser executada, pois os prestadores de serviços não são meros credenciados, mas sim cooperados.

Dessa forma, o hoje o largamente discutido fenômeno da judicialização da saúde, deve-se às disfunções na relação usuário/operadora, que exerce seu poder econômico, consistente na omissão imprudente e premeditada das próprias operadoras, na intenção de enriquecer-se ilicitamente. Na tentativa de cortar custos, indeferem procedimentos solicitados pelos médicos responsáveis de forma arbitrária e ilegal, mesmo infringindo a lei, regulamentação e contrato. Técnicas de marketing das operadoras tentam ludibriar a sociedade civil com o argumento de que na medicina não se pode utilizar o termo economia, mas sim o termo racionalidade, tentando dar aparência de licitude a tais abusos.

Os planos de saúde lucram recusando-se a cobrir procedimentos e restringindo os médicos nas escolhas do tipo e intensidade do tratamento, aumentando ainda mais a judicialização.

Identificamos ainda nesses conflitos, que cada envolvido exerce a tentativa de criar rótulos ao ator rival para que recebam o apoio dos demais atores nessa *guerra de forças*. As operadoras tentam associar a figura do médico ao exclusivo interesse financeiro, diminuindo sua imagem de agente humanitário que cura e salva vidas, enquanto que estes tentam associar

às operadoras a figura do capitalista interessado tão somente nos lucros advindos da prestação de serviços de saúde, insensíveis ao seu componente social, como leciona Vieira e Vilarinho (2004).

Portanto, o médico deve exercer seu ofício com autonomia e independência, com vistas ao melhor interesse de seu paciente.

Dessa forma, o Estado por meio de sua agência reguladora não pode se privar de atuar em todas as relações travadas pelos envolvidos, não devendo assim restringir os debates aos custos, sinistralidades, aos reajustes e às coberturas oferecidas ou negadas.

Sua atribuição deve ir além, deve mediar as divergências e falhas do mercado, encontrando formar de sustentabilidade, se fundamentando em critério palpáveis, como por exemplo os indicadores de qualidade. Cabe assim à Agência Nacional de Saúde Suplementar fazer com que as operadoras invistam para alcançarem objetivos diferentes, com a promessa de melhores resultados, ao invés de maiores investimentos indiferentes aos resultados.

Conclusão

Compreender o setor de saúde no Brasil continua sendo uma tarefa interdisciplinar e complexa, cabendo esse atributo às ciências jurídicas, políticas, econômicas, contábeis e de gestão pública, mas sendo facilmente perceptível que o âmbito privado teve uma expansão quantitativa e qualitativa assumindo posição de destaque na atenção à saúde

E nesse cenário a agência reguladora deve primar pelo convívio harmônico de todos os envolvidos no setor, pois impactam na vida de toda sociedade, inclusive na vida daqueles que nunca pensaram em contratar um plano, se tornando instrumento eficaz para o combate às mazelas existentes na saúde suplementar. O setor é por demais complexo, abrangendo um grande número de interesses, dos quais a maioria conflitantes, e com intenso exercício de poder econômico.

O Poder Judiciário é uma outra importante variável para o funcionamento do setor, em virtude do fenômeno judicialização da saúde. Embora necessária, para suprir as abusividades no exercício de seu poder por parte das operadoras quanto às negativas de coberturas previstas contratual e legalmente, não deve extrapolar os limites das coberturas previstas, sob pena de inviabilizar o sistema.

A promoção da saúde depende da mais ampla cooperação de indivíduos, um esforço conjunto da sociedade civil e da administração pública, primando pela prevalência dos princípios informativos de proteção ao consumidor e da dignidade da pessoa humana, surgindo um novo princípio, o da não intervenção e orientação terapêutica, de modo que os planos superem a cultura de recusa para uma cultura de saúde.

Referências bibliográficas

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. **Caderno de informação da Saúde Suplementar**. Rio de Janeiro: ANS, dez/2018.

AITH, Fernando. **Curso de direito sanitário:** a proteção do direito à saúde no Brasil. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2007.

BAGNOLI, Vicente. **Direito e poder econômico:** os limites jurídicos do imperialismo frente aos limites econômicos da soberania. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.053.810/SP. Relatora Ministra Nancy Andrighi. 3ª Turma. **DJE,** Brasília, 15 de mar. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5595 MC / DF** – Distrito Federal – Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade. Decisão monocrática do Relator Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento: 31/08/2017. Disponível em http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%285595%2ENUME%2E+OU+5595%2EDMS %2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base =baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/ zkeurus. Acesso em 19.03.19.

CARLINI, Angélia. A ANS e a efetividade de sua missão – dificuldades, perspectivas, controle eficaz. In NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias (coords). **O CNJ e dos desafios da efetivação do direito à saúde.** 1ª ed. e. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CARVALHO, José Murilo. **A cidadania no Brasil:** O longo caminho. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado.** 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DALLARI, Sueli Gandolfi. **Direito sanitário.** São Paulo: Verbatim, 2010.

DATA FOLHA. **Avaliação dos Planos de Saúde Brasil**. Disponível em http://www.apm.org.br/pdf/Apresentação%20Brasil_impprensa_30_11.pdf. Acesso em 15 mar. 2019.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

FRANÇA, Genival Veloso. **Direito médico.** 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014

JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladora independentes**. São Paulo: Dinâmica, 2002.

LEHFELD, Lucas de Souza; LEHFELD, Neide Aparecida de Souza. Estado regulador contemporâneo brasileiro e a participação-cidadã como instrumento de controle da autonomia das agências reguladoras. In VIDOTTE, Adriana; TARREGA, Maria Cristina Blanco; TAVARES NETO, José Querino (org). **Estado, empresa e desenvolvimento econômico.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

MARQUES, Elmer da Silva. Planos de saúde e relação de consumo: sobre o princípio da não intervenção em orientação terapêutica. **Revista Espaço Jurídico/ Universidade do Oeste de Santa Catarina**. Joaçaba, v. 16, n. 2, jul/dez 2015. p. 545.

PAIM, Jairnilson et al. O sistema de saúde brasileiro: história, avanços e desafios. **The Lancet,** [s.1.], v. 377, n. 9779, p. 1-31, mai. 2011. Disponível em: http://www.cpgss.pucgoias.edu.br/

ArquivosUpload/31/file/O%20SISTEMA% 20DE% 20SAUDE20BRASILEIRO.pdf. Acesso em: 15.03.2019.

STEFANI, Stephen Doral. Avaliação de tecnologias em saúde no contexto da saúde suplementar. NITA, Marcelo Eidi... [et al.]. **Avaliação de tecnologias em saúde**: evidência clínica, análise econômica e análise de decisão. Porto Alegre: Artmed, 2010.