

Economic Analysis of Law Review

Judicialização e Sustentabilidade no Setor de Saúde Suplementar: Os Direitos da Personalidade do Consumidor e a Análise Econômica do Direito nos Contratos de Seguros e Planos de Saúde

Judicialization And Sustainability In The Private Health Sector: Consumer Personality Rights And The Economic Analysis Of Law In Insurance Contracts And Health

Oscar Ivan Prux¹

Centro Universitário de Maringá – UNICESUMAR

Fausto Santos de Moraes²

Escola de Direito e PPGD do IMED - Passo Fundo

Olavo Augusto Vianna Ferreira³

UNAERP

RESUMO

Os contratos de seguros e planos de saúde são dos mais numerosos dentre os existentes na realidade brasileira e muito sujeitos a intensa regulação direcionada para a saúde suplementar. Todavia, trata-se de um setor problemático caracterizado por elevado número de conflitos, inclusive com alto índice de judicialização. Seus contratos suscitam a análise de aspectos dos direitos da personalidade (incluindo dignidade humana), da economia e do direito do consumidor, tudo como forma de poderem ser bem equacionados em termos de justiça contratual pautada no equilíbrio e a harmonia nessas relações de consumo. O sistema atual é disfuncional e essa condição faz sobressair a importância das decisões judiciais, principalmente pela necessária condição de terem de aliar a justiça para o caso individual, sem deixar de serem também adequadas para a proteção dos demais consumidores com esse tipo de contrato. E mais, sendo construtivas para a sustentabilidade do setor, pois se ele desaparecer será prejudicial para todos os envolvidos e indiretamente para a sociedade, pois sobrecarregará a saúde pública.

Palavras-chave: Seguros e Planos de Saúde. Relação de consumo. Direitos da Personalidade. Direito e Economia. Proteção do Consumidor. Sustentabilidade da Saúde Suplementar.

JEL:

ABSTRACT

Insurance and health insurance contracts are among the most numerous in the Brazilian reality and are the subject to intense regulation. However, it is a problematic sector with a high number of conflicts, including a high rate of judicialization. In these issues, the importance of the economic analysis of law emerges as an appropriate instrument to contribute to the legal area regarding to the protection of the rights of consumers, especially their personality (including human dignity). This condition underscores the relevance of court rulings which not only observe these factors (law and the economy) but also provides legal certainty over the issues surrounding these consumer relations, so that they are well balanced in terms of contractual justice, balance and harmony (Consumer Protection Code - CPC article 4), besides being constructive for the private health sector.

Keywords: Insurance and Health Plans. Consumer Relationship. Rights of the personality. Law and Economics. Consumer Protection. Sustainability of Supplemental Health.

R: 30/09/19 **A:** 16/11/19 **P:** 31/12/19

¹ E-mail: prux@uol.com.br

² E-mail: faustosmoraes@gmail.com

³ E-mail: olavoferreira@hotmail.com

1. Considerações Introdutórias

Os seguros e planos de saúde envolvem bem capital para a qualidade de vida dos consumidores contratantes. Por si só, o tema saúde costuma remeter de imediato para considerações relacionadas aos direitos humanos, direitos fundamentais, direitos da personalidade e proteção do consumidor. Ainda mais que se está a tratar de um tipo de relação de consumo na qual é frequente estar envolvido o respeito ao princípio constitucional da proteção a dignidade humana (CF, art. 1º, III). Em paralelo, essa relevância também se destaca sob o ponto de vista quantitativo, na medida em que 46.999.473 beneficiários/consumidores (dados de abril de 2019)⁴ têm algum tipo de seguro ou plano de saúde, ou seja, mais de 20% de nossa população. E como é notório no cenário brasileiro, a saúde pública é insuficiente para atender a todas as pessoas em tempo hábil e com qualidade, e tal como em sistema de “vasos comunicantes”, nos termos dos arts. 197 e 199 da Constituição Federal, a saúde praticada pela iniciativa privada é que tem sido a alternativa para suprir a demanda crescente por atendimentos. Assim, se esse setor suplementar deixar de existir haverá um verdadeiro caos na saúde pública.

Apesar dessa relevante dimensão, é inescandível que o segmento de seguros e planos de saúde⁵ - que integra a saúde suplementar brasileira - passa por uma grave crise, inclusive com potencial para inviabilização no médio/longo prazo. Isso faz sobressair à importância desses contratos que deveriam estar recebendo mais atenção das autoridades que podem influir para que esse mercado seja equilibrado, harmônico e sustentável (art. 4º, do CDC). Todavia, o que se constata é tácita inércia enquanto ocorre um elevado índice de insatisfação envolvendo operadoras, prestadores diretos dos serviços (médicos, hospitais, clínicas e outros profissionais integrantes da cadeia de fornecimento) e consumidores (se constituem em exceção apenas os fabricantes de fármacos e de OPME, no caso, órteses, próteses e outros materiais que parecem satisfeitos). E a razão desses problemas transparece quando se examina os aspectos relacionados a esse segmento de mercado que é composto por cadeias de fornecimentos e contratos caracterizadamente complexos. No desenrolar dessas atividades dessa teia de relações percebem-se problemas estruturais que causam grande número de conflitos, elevado índice de judicialização e riscos a sustentabilidade do setor. O número de reclamações na ANS e de processos judiciais estampam indicativos da quantidade de pessoas que se sente prejudicada e busca amparo para a solução de seus problemas nessas prestações de serviços, destacando-se as queixas quanto aos elevados reajustes nos contratos (quanto aos preços dos novos contratos o consumidor não tem como buscar a Justiça) e as negativas de atendimentos (que as operadoras alegam serem indevidos, além de representarem custos que não precisam ser suportado por elas). Enfim, um ambiente adversarial e no âmago desses problemas estão envolvidos os direitos da personalidade dos consumidores, as questões econômicas atinentes a essa conjuntura e como já mencionamos, os direitos humanos, os direitos fundamentais e os direitos da personalidade.

Transparece que nesse tipo de negócio jurídico, a lei, o direito, a justiça e as práticas de mercado não estão completamente sincronizados/integrados, colocando em risco a eficácia e a sustentabilidade do sistema. Isso descortina a urgência de uma reformulação profunda e radical nessa área, saindo do imobilismo pelo qual, apesar do elevado número de projetos de lei tramitando

⁴ BRASIL. ANS. **Dados e indicadores do setor**. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/numeros-do-setor/5009-ans-disponibiliza-numeros-de-abril-do-setor-de-planos-de-saude>. Acesso em: 09 set. 2019a.

⁵ Nesse contexto, por limitação prévia, informa-se que serão abordados neste estudo os seguros e planos de saúde comercializados no Brasil. Não farão parte, os contratos que estão incluídos no mercado suplementar de planos e seguros odontológicos, os decorrentes de relações contratuais esporádicas como os seguros de viagem ou outros negócios ditos de vantagens (que asseguram descontos em serviços médicos e/ou hospitalares), os planos funerários ou outras formas de benefícios para atendimentos (exemplo: contratos envolvendo compra e venda de um número “x” de consultas médicas por um preço menor, convênios de descontos etc.).

no Congresso Nacional brasileiro, adequadas medidas legislativas não surgiram nos últimos anos. Igualmente, a regulação praticada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, com sua centena de normas que deveriam organizar e direcionar positivamente o funcionamento do setor tem sido cada vez mais objeto de críticas⁶ e, isoladamente, a judicialização das questões - um fenômeno que cresce a cada dia -, embora institua soluções para casos individuais, não têm induzido resultados coletivos para evolução do sistema. A razão é simples, nenhum desses fatores, ou todos eles somados, foi até agora capaz de provocar um efeito disruptivo e provocar uma evolução. E mais, conjuntura atual está demonstrado não ter acontecido uma compatibilização entre a legislação regulatória (incluindo-se a Lei nº 9656/98) e a Lei nº 8.078/90 (CDC)⁷, tudo com a necessária estabilização na jurisprudência. Tanto é que somente em 2019, quase 20 (vinte) anos depois da aprovação da Lei nº 9961/2000 (que criou a ANS e em seu art. 4º, III, lhe deu competência para elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde que constituem a referência básica para as coberturas obrigatórias por parte das operadoras), é que o Supremo Tribunal Federal pretende definir se o referido rol revisto e editado pela Agência vale impositivamente ou não (e sendo taxativo ou exemplificativo).

Assim, enquanto esse cenário deteriora, não estão surgindo alternativas capazes de provocar uma reformulação no sistema⁸, principalmente quanto aos graves problemas relacionados à sua funcionalidade. Precisamos muito de um novo modelo apto a, paralela e concomitantemente, preservar o interesse social e, em termos individuais, garantir a viabilização dos interesses legítimos dos contratantes partícipes nesse mercado. Na prática, caso se prossiga no estilo atual, não

⁶ Mencione-se que no sentido de resolver efetivamente os problemas, de pouco ou nada tem valido a Agência Reguladora ter promovido audiências públicas, dentre outras, como as direcionadas para discutir questões melindrosas relacionadas ao rol de procedimentos, a sistemática de reajustes e aos mecanismos financeiros de regulação, seja por conta de que, segundo vários dos que participam, as sugestões não são levadas em consideração (seria uma “fala sem voz”), seja devido à atuação da própria Agência estar permanentemente sob questionamentos quanto a sua real independência dos interesses políticos partidários (na nomeação de dirigentes, o denominado “aparelhamento”) e/ou de captura pelos regulados. Detalhe: na forma como as instituições funcionam, quando em oposição a qualquer norma da ANS, algum dos legitimados para a defesa dos interesses dos consumidores em questões coletivas ingressa em Juízo, forma-se uma situação peculiar em que é a própria Agência que defende sua regulação perante o Judiciário. Desta forma, por exemplo, antecipando discussão quanto ao elevado índice de reajuste que a Agência resolveu estabelecer para contratos de planos individuais e familiares em 2018 (liberado até 10% pela ANS), no processo judicial movido pelo Instituto brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC), processo ajuizado perante a 22ª Vara Cível Federal de São Paulo, após concedida uma liminar suspendendo o aumento e estabelecendo índice menor (5,72% correspondente ao IPCA para o segmento saúde e cuidados pessoais), foi a própria Agência quem recorreu junto ao Superior Tribunal de Justiça e veio defender sua regulação para que prevalecesse o aumento por ela estabelecido em patamar maior, tendo conseguido sucesso na suspensão da liminar. Ou seja, as operadoras beneficiárias desse aumento maior nem precisaram lutar judicialmente pelo pleito, tarefa que a ANS foi se encarregando de realizar ao defender a regulação que adota. Esse mesmo tipo de procedimento também foi observado na ação judicial direcionada a questionar a Resolução Normativa nº 433 (editada e depois revogada pela Agência), resolução esta tratando de mecanismos financeiros em novos contratos, no caso quanto a permitir franquias e coparticipações significativamente mais elevadas/maiores a serem pagas pelos consumidores. Chama a atenção, portanto, que nos últimos tempos, em se tratando de questões sistemáticas de ordem macro, não são as operadoras que em Juízo mais se destacam na defesa de seus próprios interesses, mas sim a Agência Reguladora que ao defender sua cada vez mais questionada forma de regulação, direta ou indiretamente, tem protegido os interesses dessas empresas.

⁷ Enquanto o modelo brasileiro prosseguir na linha até agora adotada, essa constatação pessimista independe das medidas pontuais que a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) vem tomando e têm produzido muito mais polêmicas do que soluções, sendo que quanto mais aumenta a quantidade de normas e a regulação se aprofunda, menos surgem sinais de melhora nesse mercado. E sentenças judiciais não têm se revelado suficientes para reformular um sistema mal estruturado e impelir para a diminuição de conflitos.

⁸ Anote-se que nem mesmo as grandes operadoras que já dominam mais de ¾ do mercado têm se interessado em uma reformulação em prol da sustentabilidade do setor no médio/longo prazo, seja pelo incremento dos contratos coletivos em que os reajustes são livres, seja por conta de que ainda estão obtendo ganhos de escala ao receber novos clientes, devido ao desaparecimento de empresas menores ou deficientemente administradas.

demorará muito para o sistema ficar inviável⁹ (fazendo uma analogia: esse modelo é “autofágico” e se encaminhará para uma previsível “implosão”, não se sustentando nos objetivos para os quais foi criado). Outro detalhe: cada vez mais ficará aquém do potencial de abrangência esperada.

Considerando ser evidente de que no curto prazo não será possível aperfeiçoar suficientemente o atendimento pelo SUS, de modo que toda população seja tempestiva e adequadamente atendida com elevada qualidade e ainda que, por questão cultural, também não se implementará no país um modelo europeu (como o de Portugal) em que a existência de saúde pública de melhor qualidade permite que na área dos contratos de seguros de saúde sejam muito respeitados os princípios da autonomia da vontade e do *pacta sunt servanda*, somente resta a busca por encetar uma verdadeira revolução nessa área; e utilizando de todos os instrumentos válidos disponíveis.

2. Saúde: Direito da Personalidade, Direito Fundamental, Direito Humano e Direito do Homem

No Brasil vem se consolidando na doutrina e na jurisprudência a concepção de eficácia dos direitos da personalidade, humanos e fundamentais, inclusive nas relações entre particulares. É o caso das relações de consumo envolvendo seguros e planos de saúde em que é fundamental o respeito aos **direitos da personalidade** (focados na pessoa¹⁰), dos **direitos fundamentais** (positivados em especial na Constituição), dos **direitos humanos** (constantes de normas internacionais) e dos **direitos do homem** (expressão de linguagem tradicional que inclui as mulheres, e se refere aos direitos aproximados do direito natural, os quais surgem antes do direito convencional e como fundamento dele)¹¹. A proteção à saúde está no rol de todos eles, independente de detalhes dessas categorizações/classificações escolhidas como forma de expor os seus respectivos elementos (aproveitando a clássica conceituação de Miguel Reale: os fatos, as normas e os valores)¹², sendo que princípios e preceitos destes nelas se aplicam. Como referiu Fernanda Martins Simões¹³ quando expressou, tacitamente sinalizando as coincidências, que os direitos da personalidade são absolutos (oponíveis *erga omnes*), genéricos (outorgados para todas as pessoas simplesmente por existirem), extrapatrimoniais, intransmissíveis, indisponíveis, irrenunciáveis, imprescritíveis, inexpropriáveis e ilimitados (sendo que eventual rol positivado tem

⁹ Assim, o fato é que apenas com mudanças tópicas, norma após norma, ter-se-á somente a postergação e o agravamento dessa crise. E não será mediante decisões judiciais suspendendo/vetando esse padrão de normas ou as liberando, que esse cenário tenderá a mudar substancialmente, vez que carece de uma radical reformulação em termos gerais. O setor está contaminado pela desorganização estrutural, impraticabilidade econômico-financeira (devido aos custos envolvidos e às políticas de reajustes) e pela evidente disfuncionalidade e elevado número conflitos entre consumidores e operadoras.

¹⁰ Traçando os contornos do direito da personalidade, Rabindranath V. A. Capelo de Souza aponta a ideia de *pessoa* para o direito e afirma: “*Dir-se-á que a pessoa é homem (3), que este constitui necessariamente o fundo básico da emergência da tutela geral de personalidade e que, mesmo de um ponto de vista jurídico (4), é dele que deve partir o pensar jurídico da tutela geral de personalidade, é nele que se deverá basear a juridicidade e o sentido de uma tutela geral da personalidade*”. SOUZA, Rabindranath V. A. Capelo de. **O direito geral da personalidade**. Coimbra (Portugal): Coimbra, 2011. p. 15.

¹¹ No dizer do ex-ministro do Supremo Tribunal Federal Carlos Ayres Britto, que, repassando a mensagem de Protágoras – “o homem é a medida de todas as coisas” –, entende o ser humano como um microcosmo. Desta forma, lhe devem ser asseguradas condições para a felicidade (e naturalmente a saúde faz parte), o que caracteriza a existência de um humanismo como categoria constitucional. BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria** constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 20.

¹² REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 64-65.

¹³ POMIN, Andryelle Vanessa Camilo; BUENO, João Bruno Dacome; FRACALOSSO, William (Orgs.). **Teoria geral dos direitos da personalidade**. Maringá (Paraná): Vivens, 2012. p. 47-69.

caráter exemplificativo – *numerus apertus* – e não representa uma relação fechada e taxativa), no que também se assemelham com os demais direitos recém-citados. E note-se que os seguros e planos de saúde possuem certas peculiaridades devido ao fornecimento em relações de consumo. A principiar pela aplicação de legislação específica protetiva inscrita na Constituição Federal (seja no art. 5º, inc. XXXII, dedicado a direitos que são exercidos substancialmente na esfera privada, quanto no art. 170, inc. V, de viés eminentemente público) e, expressamente, na Lei nº 8.078/90 (Código de Proteção e Defesa do Consumidor), que além de sua raiz constitucional, é norma de ordem pública e interesse social, com obrigatória intervenção estatal conforme seu art. 4º que fixa a Política Nacional das Relações de Consumo, incluindo a presença do Estado no mercado de consumo e a ação governamental (até por eventual iniciativa direta) para a garantia de produtos e serviços (inclusos os fornecidos pela iniciativa privada) com padrões de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho. E perceba-se como elemento da intervenção estatal, a volumosa e incisiva atuação da Agência Nacional de Saúde Suplementar, que evidentemente interfere decisivamente no funcionamento do setor¹⁴.

Em síntese, o direito a vida¹⁵ é a principal razão de existência e manutenção de toda a estrutura e atividade estatal, sendo natural que aspectos relacionados à sua proteção - e nisso há papel decisivo para a conservação da higidez física e mental da pessoa -, tenha destaque exponencial. É como diz Adriano De Cupis¹⁶, quando menciona que são arrolados dentre os direitos da personalidade, o direito à vida e à integridade física (à qual se acresce a integridade psíquica, considerando o princípio da integralidade do ser humano), merecedores da melhor proteção.

Todavia, na prática cotidiana esses direitos podem encontrar óbices quando na cadeia de fornecimento ligada aos seguros e planos de saúde, os atendimentos não acontecerem com a devida qualidade. Inclusive, reforça-se essa argumentação apontando que no sistema estampado pela Lei nº 8.078/90 (CDC) e pelo Decreto nº 2.181/97, a regra geral é de presunção de (hiper)vulnerabilidade do consumidor, adotando-se como paradigma um esforço denodado para tentar equilibrar as forças dos contratantes na relação de consumo¹⁷ e, na prática, viabilizar a denominada igualdade isonômica, substancial, real (não apenas formal) em todo o fornecimento do serviço.

¹⁴ Saliente-se que no Brasil os contratos de planos de saúde são praticamente “ditados” pela regulação estatal, que estabelece para todos os contratos o rol de procedimentos de cobertura obrigatória, rol este que é atualizado a cada dois anos e entra em vigor mesmo com os contratos em andamento. E mais, em específico, nos contratos individuais e familiares, no tocante desde o prazo de vigência (indeterminado) até os índices dos reajustes estabelecidos pela regulação, que inclusive exige registro de cada tipo de instrumento (contratual), sendo que suspende a comercialização de algum deles quando julga que naqueles a operadora não está cumprindo as normas vigentes.

¹⁵ E conforme afirma Napoleão Casado Filho, devido à sua magnitude, este direito humano fundamental possui dentre suas características: a universalidade, a indisponibilidade, a inalienabilidade, a irrenunciabilidade, a imprescritibilidade, a indivisibilidade, a interdependência, a complementaridade, a historicidade e proibição de retrocesso, a aplicabilidade imediata e o caráter declaratório. CASADO FILHO, Napoleão; BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Gomes (Coords.). **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012. (Saberes do Direito, 57). p. 17-20.

¹⁶ DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Campinas: Romana, 2004. p. 71.

¹⁷ Note-se que o Brasil tem um Código de Proteção e Defesa do Consumidor e não um Código das Relações de Consumo, o que denota desde logo, o intuito primordial de proteger aos direitos dos consumidores partindo do princípio que estes são vulneráveis. Então, enquanto o Código Civil pressupõe reger relações negociais entre iguais (os fornecedores), ao CDC estão afetadas relações negociais entre partes desiguais (fornecedores e consumidores).

Nesse sentido, os doutrinadores como Bruno Miragem e Cláudia Lima Marques¹⁸ expressam que:

A noção de vulnerabilidade no direito associa-se à identificação de fraqueza ou debilidade de um dos sujeitos da relação jurídica em razão de determinadas condições ou qualidades que lhe são inerentes ou, ainda, de uma posição de força que pode ser identificada no outro sujeito da relação jurídica. Nesse sentido, há possibilidade de sua identificação ou determinação a priori, in abstracto, ou ao contrário, sua verificação a posteriori, in concreto, dependendo, neste último caso, da demonstração da situação de vulnerabilidade. A opção do legislador brasileiro, como referimos, foi pelo estabelecimento de uma presunção de vulnerabilidade do consumidor, de modo que todos os consumidores sejam considerados vulneráveis, uma vez que a princípio não possuem o poder de direção da relação de consumo, estando expostos às práticas comerciais dos fornecedores no mercado.

Convém mencionar que essa presumida vulnerabilidade (por vezes, hipervulnerabilidade) do consumidor pode ser técnica, jurídica ou fática e, acrescentamos, até emocional em se tratando de doente que busca atendimento em cumprimento ao contrato de seguro ou plano de saúde¹⁹.

Em paralelo, integrando esse contexto considere-se que essas relações de consumo se perfazem mediante contratos denominados de “*cativos de longa duração*”²⁰, sendo recomendadas cautelas e proteções especiais em prol do aderente, já que são contratos com expectativa de relações duradouras, nas quais o consumidor ingressa com a intenção de manter-se enquanto tiver recursos para pagar.

Cláudia Lima Marques²¹ expressa bem que:

O objeto principal desses contratos muitas vezes é um evento futuro, certo ou incerto, é a transferência (onerosa e contratual) de riscos referentes a futura necessidade, por exemplo, de assistência médica ou hospitalar, pensão para a viúva, formação escolar para os filhos do falecido, crédito imediato para consumo. Para atingir o objetivo contratual, os consumidores manterão relações de convivência e dependência com os fornecedores

¹⁸ MARQUES, Claudia; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 162.

¹⁹ E, na realidade brasileira em que a saúde pública tem situações de circunstâncias precárias e até calamitosas, eventual descumprimento de obrigação contratual por parte do fornecedor de seguro ou plano de saúde privado é capaz de fazer emergir uma vulnerabilidade emocional, posto que pelo atendimento deficiente ou não atendimento, o consumidor já normalmente abalado pela doença, será ainda mais afetado sob o ponto de vista psicológico.

²⁰ Veja-se na doutrina: “*Trata-se de uma série de novos contratos ou relações contratuais que utilizam os métodos de contratação de massa (através de contratos de adesão ou de condições gerais dos contratos) para fornecer serviços especiais no mercado, criando relações jurídicas complexas de longa duração, envolvendo uma cadeia de fornecedores organizados entre si e com uma característica determinante: a posição de ‘catividade’ ou ‘dependência’ dos clientes, consumidores. Esta posição de dependência ou, como aqui estamos denominando, de ‘catividade’ só pode ser no exame do contexto das relações atuais, onde determinados serviços prestados no mercado asseguram (ou prometem), ao consumidor e sua família, status, ‘segurança’, ‘crédito renovado’, ‘escola ou formação universitária certa e qualificada’, ‘moradia assegurada’ ou mesmo ‘saúde’ no futuro. A catividade há de ser entendida no contexto do mundo atual, de indução ao consumo de bens materiais e imateriais, de publicidade massiva e métodos agressivos de marketing, de graves e renovados riscos na vida em sociedade e de grande insegurança quanto ao futuro. Os exemplos principais desses contratos cativos de longa duração são as novas relações banco-cliente, os contratos de seguro-saúde e de assistência médico-hospitalar, os contratos de previdência privada, os contratos de uso de cartão de crédito, os seguros em geral, os serviços de organização e aproximação de interessados (como os exercidos pelas empresas de consórcio e imobiliárias), os serviços de transmissão de informações e lazer por cabo, telefone, televisão, computadores, assim como os conhecidos serviços públicos básicos, de fornecimento de água, luz e telefone por entes públicos ou privados*”. MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 97-98. (destaque nosso).

²¹ *Ibidem*, p. 107.

desses serviços por anos, pagando mensalmente suas contribuições, seguindo as instruções (por vezes, exigentes, burocráticas e mais impeditivas do que) regulamentadoras dos fornecedores, usufruindo ou não dos serviços, a depender da ocorrência ou não do evento contratualmente previsto.

Nestes contratos de trato sucessivo a relação é movida pela busca de uma segurança, pela busca de uma futura prestação, de um status ou de determinada qualidade nos serviços, o que reduz o consumidor a uma posição de 'cativo-cliente' do fornecedor e de seu grupo de colaboradores ou agentes econômicos. Após anos de convivência, da atuação da publicidade massiva identificando o status de segurado, de cliente ou de conveniado a determinada segurança para o futuro, de determinada qualidade de serviços, após anos de contribuição, após atingir determinada idade e cumprir todos os requisitos exigidos, não interessa mais ao consumidor desvencilhar-se do contrato.

Reconhece-se, então, que tanto a operadora deseja continuar no mercado (e nisso se inclui sua sustentabilidade e cumprimento do princípio da preservação da empresa)²², quanto o consumidor normalmente tem expectativa de se manter na contratação que firmou visando o longo prazo. Assim, há que se considerar essa vulnerabilidade do consumidor nesses contratos cativos de longa duração e buscar-se que lhe seja assegurado o respeito aos direitos da personalidade, fundamentais, humanos (e do ser humano) em contratações que devem possuir uma faceta relacional caracterizando-se pela justa repartição entre as partes, tanto dos ônus, quanto dos benefícios do contrato de seguro e plano de saúde.

3. Principais Problemas Envolvendo Os Contratos De Seguros E Planos De Saúde E O Envolvimento De Aspectos Econômicos

Nos últimos anos a sociedade brasileira passou a conviver com o fenômeno do crescimento acentuado de conflitos envolvendo seguros e planos de saúde, conflitos estes que geram uma preocupante quantidade de reclamações extrajudiciais e de processos judiciais. Em 2018, consideradas apenas as ouvidorias das operadoras que prestaram informações à ANS, foram registradas 219.233 reclamações²³. E a mesma sinalização manteve-se no primeiro trimestre de 2019, como atesta o relatório de atividades da Agência²⁴, que acusou o recebimento direto de 19.411 reclamações. Já na esfera judicial, segundo avaliação do Superior Tribunal de Justiça, nos últimos dez anos, o número de ações desse tipo cresceu 1.600%²⁵. Igual sinalização vem da pesquisa do Instituto de Ensino e Pesquisa – INSPER encomendada pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ e publicada em 2019, a qual aponta que em 2017 estavam ajuizadas por consumidores um total de 564.090 ações judiciais contra operadoras²⁶. É um número altíssimo que se repete nos Estados, como revela o levantamento do Observatório da Judicialização da Saúde Suplementar do Departamento de Medicina Preventiva da Universidade de São Paulo, que constatou terem sido

²² Note-se que dentro dessa concepção, a sustentabilidade da empresa deve ser concebida considerando esse elemento econômico-financeiro advindo da continuidade de determinados contratos, implicando em planejamento mais eficiente e eficaz e, sobretudo, de longo prazo.

²³ BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Relatório das ouvidorias 2018**. [recurso eletrônico]. Rio de Janeiro: ANS, 2018.

²⁴ BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Página ANS Consumidor**. [recurso eletrônico]. Rio de Janeiro: ANS, 2019b.

²⁵ NÚMERO de Ações Judiciais contra Planos de Saúde é o maior da História. Disponível em: <https://setorsau.de.com.br/numero-de-aco-es-judiciais-contr-a-planos-de-sau-de-e-o-mai-or-da-historia>. Acesso em: 30 ago. 2017.

²⁶ LIMA JR., Arnaldo Hossepian Salles; SCHULZE, Clenio Jair . **Os números do CNJ sobre a judicialização da saúde em 2018**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-nov-10/opinio-ao-numeros-judicializacao-sau-de-2018>. Acesso em: 20 jun.2019.

ajuizadas em São Paulo, de janeiro a julho de 2017, um total de 17.114 novos processos contra as operadoras. Trata-se de uma conjuntura quase caótica a clamar por solução.

Quando se analisa essas reclamações extrajudiciais e os processos judiciais, observa-se que os autores, na busca do que consideram seus direitos, naturalmente manejam argumentos jurídicos, mas que incidem substancialmente sobre matéria de ordem econômica²⁷. E isso é simples de perceber quando se constata que o problema com maior número de queixas diz respeito aos aumentos nos preços dos seguros e planos de saúde, um fator financeiro a desequilibrar orçamentos pelo comprometimento cada vez maior da renda da pessoa/família. Já em segundo lugar, aparecem as negativas de coberturas de serviços que os usuários afirmam integrarem as obrigações contratuais da operadora fornecedora e esta alega não haver tal previsão (legal ou contratual), razão pela se nega a arcar com esses custos.

Em meio a essa problemática existe a premissa de que no mercado de consumo existe o fenômeno denominado de “*internalização*”, pelo qual todo gasto é sempre repassado nos preços dos produtos e serviços. Deste modo, todo acréscimo em custos/despesas acaba sendo pago pelos consumidores, seja por via direta, seja por via indireta; senão a espécie de contrato desaparece do mercado. Desta forma, se os atendimentos extrapolarem as obrigações contratuais previstas, seus custos, nem sempre recairão primordialmente sobre os beneficiários diretos do serviço, pois é comum acontecer que, numa seleção adversa, a operadora opte por priorizar a comercialização de planos coletivos com mais liberdade de negociação em termos de preços (cujo reajuste não é estabelecido pela ANS) ou acabe por estabelecer preço maior para os novos contratos, fazendo disso sua estratégia de equilíbrio de contas.

No mercado, todo negócio jurídico depende de um elemento anímico composto pela conjugação da disposição de oferta por parte de fornecedor (ou até de uma cadeia de fornecimento) e do desejo de aquisição por parte do consumidor. E para sua boa consecução, além desse interesse recíproco, o negócio precisa ser viável sob os pontos de vista, fático, jurídico, econômico e social como um todo, caso contrário não acontece ou não se sustenta.

Nesse sentido, existe muita sabedoria nas palavras do eminente Enzo Roppo, que expressou:

<<Contrato>> é um conceito jurídico: uma construção da ciência jurídica elaborada (além do mais) com o fim de dotar a linguagem jurídica de um termo capaz de resumir, designando-os de forma sintética, uma série de princípios e regras de direito, uma disciplina jurídica complexa. Mas como acontece com todos os conceitos jurídicos, também o conceito de contrato não pode ser entendido a fundo, na sua essência íntima, se nos limitarmos a considerá-lo numa dimensão exclusivamente jurídica – como se tal constituísse uma realidade autônoma, dotada de autônoma existência nos textos legais e nos livros de direito. Bem pelo contrário, os conceitos jurídicos – e entre estes, em primeiro lugar, o de contrato – reflectem sempre uma realidade exterior a si próprio, uma realidade de interesses, de relações, de situações económico-sociais, relativamente aos quais cumprem, de diversas maneiras, uma função instrumental. Daí que, para conhecer verdadeiramente o conceito do qual nos ocupamos, se torne necessário tomar em atenta consideração a realidade económico-social que lhe subjaz e da qual ele representa a tradução científico jurídica: todas aquelas situações, aquelas relações, aqueles interesses reais que estão em jogo, onde quer que se fale de “contrato” (o qual, nesta sequência, já se nos não afigura identificável com um conceito pura e exclusivamente jurídico)²⁸.

²⁷ São raras as reclamações administrativas ou as ações judiciais contra operadoras a respeito de casos de erros médicos ou de deficiência no atendimento praticado.

²⁸ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra (Portugal): Almedina, 1988. p. 7-8.

Há fatores de várias ordens a influenciar esse contexto, razão pela qual não é apropriado entender-se que, isoladamente, seja o direito, seja a economia, possa deter o domínio exclusivo dos negócios jurídicos e/ou da dinâmica social (como numa concepção marxista se poderia cogitar), mas sim que, especificamente no tipo de contrato que estamos examinando, exista uma interação com elementos dessas duas ciências. Objetivamente, que tais elementos precisam ser levados em consideração, numa conjugação que possa gerar contratos justos para as partes, bem como, laborar para a sustentabilidade do setor em um ambiente socialmente construtivo.

Essa constatação impõe que para esses contratos exista separação entre o ideal de garantir cobertura para atender ao máximo o consumidor em seus problemas de saúde e o que efetivamente constitui o cumprimento dos deveres contratuais do fornecedor, relação em que não há condições para superar ao que esteja nos limites da viabilidade jurídica e econômica.

Por elementar, observe-se que o custeio desses contratos tem uma sistemática, em parte complexa, em parte simples. Na parte complexa, estão as previsões de sinistralidade (já que nem todos os contratantes ficarão doentes durante o período do contrato) obtidas mediante cálculos atuariais entabulados para tentar prever com a maior precisão possível (a total é impossível), riscos e gastos que o fundo mutual deverá suportar no custeio dos tratamentos, sendo que a partir disso é que podem ser encontrados os preços suficientes para sustentar esses contratos. Embora com números não detidamente auditados, informam às operadoras que apesar da crise que se instaurou a partir de 2014 e provocou uma redução de aproximadamente três milhões de usuários de seguros e planos de saúde, mesmo assim, o nível de utilização cresceu 6,4%²⁹, uma desproporcionalidade desarrazoada que também revela forte suspeita de, em parte, estar havendo utilização pouco responsável, a contribuir para desequilíbrio econômico nos contratos, algo que deve preocupar a todos os envolvidos, pois lhes cabe laborar para a sustentabilidade do setor, senão todos sairão prejudicados.

Já na parte simples, é fácil entender que os valores recebidos dos consumidores são inseridos nesse fundo mutual onde estarão os recursos direcionados para suportar os pagamentos dos atendimentos que tiverem de acontecer durante a vigência dos contratos. Sobras constituem lucro ou ganho da empresa fornecedora, já o desequilíbrio com falta de recursos é rumo para circunstâncias como a insolvência, dificuldades em cumprir deveres contratuais (ou inadimplemento destes), transferência de clientes da empresa para outra sólida, ou possível encerramento de atividades da que esteja em dificuldades, com prejuízos para os envolvidos.

Na Europa (exemplo: Portugal), as seguradoras estão escudadas na segurança jurídica conferida ao inscrito nos contratos, posição essa inclusive manifestada pela regulação e decisões judiciais (salvo raríssimas exceções de terem alguma cláusula desrespeitando a legislação). Ou seja, o arcabouço jurídico apoia que as condições econômicas dos contratos sejam equacionadas pelas seguradoras em bases pouco direcionadas pela regulação e mesmo raramente contestadas socialmente. Assim, do ponto de vista empresarial, uma vez estampada à fórmula jurídica permitida, depois de formatado o contrato com vistas à sua viabilidade e equilíbrio sob viés econômico, basta haver boa gestão da seguradora na racionalização dos serviços (evitar atendimentos desnecessários ou outros desperdícios), no competente gerenciamento dos eventuais custos crescentes em razão de maior número de atendimentos e na questão do surgimento de novas tecnologias mais caras (uma realidade até mundial).

²⁹ BRASIL. ANS. **Mapa Assistencial**: Publicação informa número de procedimentos realizados pelos planos. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/numeros-do-setor/3956-mapa-assistencial-ans-disponibiliza-numero-de-procedimentos-realizados-pelos-planos?highlight=WyJtYXBhIiwibWFWYXMiLCJtYXAiLCJtYXBwaW5nIiwibWFWcyIsImFzc2lzdGVuY2IhbCIIsIm1hcGEgYXNzaXN0ZW5jaWFsIl0=>. Acesso em: 26 jun. 2017a.

No Brasil, já há quem entenda que a realidade jurídica precisa se integrar a esse tipo de concepção da visão europeia, mas ainda estamos longe disso. Em contraposição, existem aqueles que se perfilam na concepção de um direito à saúde que pelo princípio da dignidade humana seja pleno também na esfera suplementar praticada pela iniciativa privada. Assim, enquanto há os que defendem ardorosamente os pleitos dos usuários, de outro lado, as empresas fornecedoras (operadoras) clamam pelo restrito cumprimento ao que consideram como direitos e deveres inscritos nos instrumentos contratuais e manejam argumentos econômicos. Estas últimas, justificam que já não estão mais conseguindo suportar os gastos decorrentes do aumento de utilização dos serviços e mesmo do cumprimento de decisões judiciais que determinam o pagamento de atendimentos antes não previstos na regulação ou mesmo excluídos de cobertura nos instrumentos contratuais assinados com os contratantes consumidores. E, em adendo, queixam-se das sucessivas inclusões de novas coberturas obrigatórias que são determinadas pela ANS em cada atualização de seu rol de procedimentos. Referem como exemplo, que na revisão bi-anual que entrou em vigência em 02/01/2018, se tornaram de cobertura obrigatória mais 21 novos procedimentos³⁰, inclusões que não vieram acompanhadas de cálculo formal de avaliação dos reflexos desses novos custos ou de alguma autorização específica para correspondente modificação de preços. Por isso, tem sido voz corrente entre as operadoras haver um descontrole econômico no setor, o que, segundo elas, tem provocado o desaparecimento de muitas fornecedoras de seguros e planos de saúde (antes da Lei nº 9656/98 calculava-se serem mais de 8.000 empresas, tendo desaparecido mais de 90% delas). Mesmo que se afaste esse último argumento apontando-se que o setor era muito desorganizado e caracterizado pela pouca eficiência, sendo que basicamente desapareceram empresas que não apresentavam condições mínimas indispensáveis para atuar neste segmento, o fato é que ainda estão atuando em torno de mais de 700 empresas (número que varia), o que não é desprezível, mesmo se considerando que nem todas atendem nacionalmente e que o país possui tamanho continental.

Na prática, a razão pode não estar integralmente com um lado ou com o outro. O que precisam é se solidarizar na solução dos problemas, pois está cada dia mais difícil equacionar esses problemas de modo a atender e contentar os objetivos de todos os envolvidos. A saúde suplementar não se confunde com a saúde pública de atendimento universal e nesses contratos deve acontecer o respeito ao princípio da mutualidade característico desta área. Porém, a mutualidade não deve ser vista apenas no sentido individual, mas sim levando em conta a soma da carteira de clientes e a quantidade de utilizações por partes destes como coletividade (e tudo em horizonte que não se restrinja ao curto prazo). Afinal, isso é basilar para que os cálculos atuariais não restem inúteis, comprometendo a possibilidade da realização de uma gestão eficiente por parte da empresa fornecedora; tudo no sentido de evitar percalços nos atendimentos. A incerteza nunca traz vantagens para quem quer que seja, como se pode concluir segundo a explanação do jurista Fernando Araujo³¹:

Uma variante mais moderna da concepção dos contratos como jogos de <<de soma zero>> sustenta, pelo menos implicitamente, que os contratos não devem servir para modificar a distribuição de riqueza existente ex ante entre as partes, sob pena de haver enriquecimento ilegítimo, um enriquecimento de uma das partes que só pode fazer-se à custa da <<lesão>> da outra – tendo-se celebrado à sombra do conceito lockeano de valor, que, sendo todo o valor originado em trabalho, todo o desequilíbrio de resultados

³⁰ BRASIL. ANS. **Novas coberturas para planos de saúde entram em vigor em 2/1/2016**. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/sala-de-imprensa/releases/consumidor/3153-novas-coberturas-para-planos-de-saude-entram-em-vigor-em-2-1-2016?highlight=WyJldm9sdVx1MDBlN1x1MDBlM28iLCJkbyIsInJvbCIsImRlIiwicHJvY2VkaW1lbnRvcyIsInByb2NlZGltZW50byIsInByb2NlZGVyIiwicHJvY2VkaW5kbyIsInByb2NlZGEiLCJwcm9jZWRlIiwicXZybHVcdTAwZTdcdTAwZTNvIGRvIiwic2ZG8cm9sliwiZG8cm9sIGRlIiwicm9sIGRlIiwicm9sIGRlIHByb2NlZGltZW50b3MiLCJkZSBwcm9jZWRpbWVudG9zIl0=>. Acesso em: 22 jun. 2017b.

³¹ ARAUJO, Fernando. **Teoria económica do contrato**. Lisboa (Portugal): Almedina, 2007. p. 456.

num contrato não pode se senão uma apropriação não-compensada de trabalho alheio, equivalendo assim a uma escravidão parcial da contraparte.

Nessa análise, quando se contrapõem as posições dos consumidores e as das operadoras, é fundamental atentar para o lado humano envolvido e individualmente amparado, seja pelos direitos da personalidade e direitos dos consumidores, seja pela ordem econômica constitucional que tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (CF, art. 170). Mas é igualmente importante manter-se atenção para com a realidade presente no dilema clássico da economia (necessidades imensas e recursos finitos), analisando a questão com lentes amplas o suficiente para perceber as consequências sociais, caso, ou o consumidor acabe desatendido, ou sejam impingidos inapropriados prejuízos que possam comprometer a solvência das operadoras, provocando custos de transação que farão com que estas tenham de diminuir o número de contratações, atendam menos ou até mesmo deixem de existir. Objetivamente: atender-se aos usuários e manter-se a viabilidade da empresa fornecedora para o exercício da livre iniciativa.

Mesmo que num viés um tanto voltado para uma ótica pública mais coletiva³², Stephen Holmes e Cass Susteins afirmam: “diz-se habitualmente que os direitos são invioláveis, conclusivos e têm caráter preventivo, mas essas palavras são meros floreios retóricos. Nada que custa dinheiro pode ser absoluto”.³³

O cumprimento da legislação impõe que sejam protegidos os direitos dos consumidores, mas os seguros e planos de saúde não podem ser espécie de SUS privado, com acesso ilimitado e ditadura do médico assistente abrindo portas - com a chancela do Judiciário - para que sem qualquer restrição, acabe sendo objeto de cobertura contratual todo e qualquer tipo de tratamento, senão o sistema se tornará insustentável. E essa precaução também é forma de se proteger aos interesses dos consumidores que almejam manter seu seguro ou plano de saúde.

Nesse tipo de relação de consumo, mesmo existindo um vulnerável (elo mais fraco da cadeia que vai produção ao consumo) e uma empresa fornecedora, fica explícita a indispensabilidade de haver parceria contratual entre eles, levando em conta a interação envolvendo os elementos jurídicos e os de ordem econômica, pois nesse equilíbrio é que residirá a justiça contratual e o futuro do setor de seguros e planos de saúde.

4. A Importância da Economia na Gestão Empresarial

No ambiente interno da operadora, naturalmente deve existir preocupação com sua conformidade empresarial e, principalmente, com a legalidade dos termos de seus contratos. Entretanto, essas atividades demandam pouca criatividade, pois a regulação praticada pela ANS é tão detalhista que não deixa espaço para formulações baseadas em maior exercício da autonomia da vontade. Relembre-se, inclusive, que para conferir se estão atendidas todas as determinações legais, cada tipo de contrato de consumo elaborado pela operadora precisa ser antecipadamente submetido à Agência e somente pode ser comercializado depois de aprovado e devidamente registrado.

Nesse diapasão, uma vez atendidas às prescrições quanto à regularidade da empresa e dos contratos, de parte de muitas operadoras tem sido rotineiro um comportamento deveras passivo em relação à verdadeira gestão empresarial. Há elevado número daquelas que, primordialmente, se

³² Refira-se que o CDC também é de ordem pública e interesse social conforme seu art. 1º.

³³ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos**: por que a liberdade depende dos impostos. [livro eletrônico]. São Paulo: M. Fontes, 2019. [Kindle].

preocupam mais em reclamar dos aumentos de custos e buscam sofregamente o simples repasse destes gastos mediante incorporação nos reajustes (e preços dos contratos novos)³⁴, tudo sem considerar haver espaço para melhoras internas. Um exemplo está na questão da forma de remuneração dos procedimentos, um problema detectado por especialistas como a doutrinadora Angélica Carlini³⁵, que menciona:

Uma das propostas já experimentadas nos Estados Unidos é a substituição do pagamento retrospectivo pelo pagamento prospectivo. No retrospectivo, o hospital submetia sua conta para o agente pagador (governo ou operadora de saúde privada) após a realização dos atos necessários para o atendimento ao paciente. No sistema prospectivo, estabelece os valores a serem reembolsados aos hospitais antes do tratamento ser realizado, ou seja, quando o diagnóstico e a perspectiva do tratamento são definidos pelo médico ou pela equipe. Follemam, Goodman e Stano avaliam que o pagamento prospectivo estabelece os valores a serem reembolsados antes de a assistência ser prestada. Estabelecendo um nível de reembolso fixo por internação, o pagamento prospectivo proporciona incentivos econômicos para que o hospital seja criterioso no uso de insumos. Os hospitais que usarem recurso cujos custos superem o valor da taxa fixa terão de arcar com a diferença. Os que tiverem custos abaixo da taxa fixa paga reterão para si a diferença. Porter e Teisberg são defensores da competição como forma de alcançar redução de custos e maior qualidade para os usuários de saúde privada. A ideia é aparentemente antagônica, ou seja, aumentar a qualidade com redução de custos, mas é desenvolvida de forma muito clara na obra que se tornou referencial teórico de grande importância para os estudos de saúde privada. Eles partem do pressuposto de que a atividade em saúde privada é um negócio que deve ser gerenciado pelo agente que arrecada os valores dos usuários e os administra em benefício do acesso aos serviços de saúde desses mesmos usuários. Portanto, a exemplo de qualquer outro negócio, o agente que administra os recursos deve escolher como prestador e enviar maior quantidade de atendimento para aquele que apresentar maior eficiência na relação custo baixo com alta performance em benefício do usuário. Destacam os autores, também, que deve ser incentivada a concorrência entre os prestadores como em qualquer outro setor da livre economia, porque a concorrência funcionará como incentivo a melhores performances, a resultados de maior qualidade para o usuário com custos mais reduzidos.

Podem-se levantar óbices a essa sistemática, sob o argumento de que esse modelo somente tem condições de funcionar em grandes cidades onde existam vários hospitais com estrutura completa e que, inclusive, possam concorrer entre si. Ou seja, várias casas de saúde que consigam oferecer todos os recursos para o atendimento. Também há que considerar o fato de, muitas vezes, não haver tempo para demoras com a feitura de orçamento enquanto o paciente necessita de atendimento imediato. Entretanto, nada impede que existam softwares com protocolos elaborados antecipadamente, ferramentas com poucas e rápidas providências que

³⁴ Tem sido muito comum a utilização do argumento de que os consumidores nada têm com a gestão. Por isso, a conjuntura atual mostra que o ponto de encontro entre estes e as operadoras tem sido no conflito; ao invés de haver união para enfrentar os aumentos de custos. As operadoras podem buscar estratégias para equacionar essa questão (ao invés do simples repasse) e os consumidores mediante educação para o consumo, podem contribuir para não aconteça utilização indevida e desperdícios. Entretanto, no Brasil tem se instaurado um “diálogo de surdos”, com cada lado reclamando do outro, sem que se evolua para uma solução sistêmica (é oportuno o dito popular: “Em casa que não tem pão, todo mundo briga e ninguém tem razão!”). Como premissa: é fundamental existir competente gestão de custos por parte da operadora (e isso não reside em negar liberação de atendimentos inadimplindo deveres contratuais) e também haver participação dos consumidores em ações que possam redundar em um consumo racional. E nesse sentido, às convenções coletivas de consumo que firmarem poderão ser bem vindas.

³⁵ CARLINI, Angélica. **Judicialização da saúde pública e privada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 98-99.

permitam orçar o atendimento de patologias mais comuns e sem grande variação dos procedimentos de tratamento³⁶.

O setor de seguros e planos de saúde merece um modelo pelo qual sejam incentivadas e premiadas as boas práticas das operadoras e dos consumidores. O fazer surgir motivação para que sejam adotadas as melhores técnicas por parte dos prestadores efetivos dos serviços, de modo a trazer ganhos de qualidade aos pacientes (sem gerar procedimentos desnecessários ou desperdícios). Inclusive, fazendo um adendo, será valioso que na legislação brasileira venham a serem tipificados como crimes, os desvios e fraudes na área da saúde (inclusive privada).

Está evidente a importância em diminuir as anomalias existentes no setor e instaurar um processo ganha-ganha, benéfico para todos os envolvidos. Uma das sugestões é haver mudança na forma pela qual a operadora remunera os prestadores diretos dos atendimentos (hospitais, clínicas, laboratórios de exames, médicos e outros profissionais). Objetivamente: o abandono do sistema **Fee For Service** (em tradução livre: pagamento por serviço) o qual, em razão de pagar por ato, induz desconexão entre os prestadores e, frequentemente, um certo descompromisso de todos com o resultado final. Isso costuma gerar procedimentos desnecessários ou desperdícios, como as estatísticas apontam. À guisa de exemplo, observe-se que conforme informou a ANS³⁷, enquanto a média de exames de ressonância magnética nos países componentes da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE é de 52 (cinquenta e dois) para cada mil habitantes, na saúde suplementar do Brasil, em 2013 esse número foi de 132 (cento e trinta e dois), indicando a certeza de necessidade de mudança do sistema.

Em países desenvolvidos são apresentados diversos sistemas³⁸, sendo que na presente oportunidade vamos destacar o modelo **Bundled Service** (em tradução livre: pagamento por “pacote”, no caso, pelo conjunto de procedimentos). Ocorre que o tratamento de patologias mais complicadas e que geram custos mais elevados, normalmente demandam os mesmos procedimentos e se o pagamento for previsto antecipadamente, todo o conjunto de prestadores procurará racionalizar o atendimento evitando atos desnecessários e desperdícios. E mais, são componentes importantíssimos do citado sistema, remunerar adequadamente levando em conta o risco, as circunstâncias alheias às possibilidades de tratamento, as condições do paciente (idade, estado de saúde) e, principalmente, propiciar maior remuneração para aqueles prestadores que atendem melhor, o que é aferido pela qualidade que conseguem agregar à saúde dos pacientes. Nenhum sistema é perfeito, mas é importante atentar para os aspectos negativos do sistema **Fee**

³⁶ Se com a utilização de um software, em poucos minutos uma locadora de veículos consegue orçar o conserto de danos no veículo que o consumidor está devolvendo após ter alugado. De modo assemelhado, conclui-se que é possível na área da saúde, com a inserção de alguns dados, o médico delinear o tratamento que será realizado, nada impedindo que a evolução do caso possa resultar na alteração do contexto inicial, mas também seguindo forma previamente existente no formulário.

³⁷ BRASIL. ANS. **Projeto sua saúde**. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/planos-de-saude-e-operadoras/espaco-do-consumidor/projeto-sua-saude>. Acesso em: 11 abr. 2017c.

³⁸ Com base no mercado de saúde dos EUA e da Alemanha, se constata ainda a existência de três modelos: - a) o denominado *Capitation*, de orçamento fixo em que o prestador recebe por ano, por vida coberta, modalidade que costuma provocar filas, pois desconectada do fluxo de necessidades dos pacientes durante o ano, sendo que gera pressão por aumentos. E mais, é um modelo que não se recomenda por, na prática, acabar desatendendo a direitos básicos dos consumidores; - b) o denominado *Cost-Plus*, fórmula que remunera o custo mais um percentual de lucro, mas que não transparece viável para seguros e planos de saúde, pois estes não tem como aferir efetivamente o valor dos custos do prestador segundo a maior ou menor qualidade; - c) e, o sistema denominado DRG (*Diagnosis Related Groups*) pelo qual são classificados os procedimentos (exemplo: cirurgia de apendicite, pneumonia sem complicações, etc.) e é pago ao hospital um valor fixo e para os médicos e outros prestadores o pagamento é pelo modelo *Fee For Service*, ou seja, um sistema misto que incorpora vantagens, mas com certa limitação no incentivo a redução de gastos. HARVARD BUSINESS REVIEW, v. 94, n. 8, p. 36-45, ago., 2016.

*For Service*³⁹, tais como: - recompensar igualmente, tanto os resultados bons, quanto os ruins; - devido a falta de coordenação entre os profissionais, poder gerar duplicidade de procedimentos para solucionar o mesmo problema (e até motivação para a generalidade e superficialidade na investigação), além de dispersão da responsabilidade pelo resultado; - permitir subvenções cruzadas não benéficas (exemplo: hospital que ganha pouco com um exame feito em aparelho de sua propriedade, pode buscar compensar aumentando o período de internação e por consequência o número de diárias hospitalares ou vice-versa, ou até mesmo remanejando o paciente de um quarto comum para a unidade ou centro de terapia intensiva); - e, no que é mais pernicioso, dá espaço para o médico desonesto conseguir aumentar a própria renda mediante os procedimentos que recomenda em excesso. De outro modo, o sistema *Bundled Service* tende para a integração entre os membros da cadeia de prestadores diretos dos serviços e a gerar comprometimento de cada um, induzindo à racionalização dos tratamentos (desencorajando a duplicidade ou desperdícios) para que sobreem ganhos maiores para esses profissionais. E o pagamento adicional pela qualidade do atendimento proporcionada para o paciente, incentiva o aperfeiçoamento para a prática de técnicas mais aprimoradas e a aquisição/utilização de equipamentos mais avançados (e até mesmo estimula a concorrência).

Assim, com essas providências, sem ferir os ditames do direito e aproveitando o auxílio da gestão econômica poderá ser dado um avanço para diminuir a quantidade de problemas e laborar no sentido da estabilização do setor.

5. As Decisões Judiciais Dissonantes e a Segurança Jurídica: Implicações Jurídicas e Econômicas

Em se tratando de contratos onerosos, as empresas precisam de dados concretos, dotados de certa segurança. Por si só, os contratos de seguros e planos de saúde possuem uma *alea* que lhe é típica e inafastável (o risco), posto que quando da celebração da avença, de regra⁴⁰, a operadora e o consumidor não sabem se este último será ou não acometido por doença (essa a razão da feitura dos cálculos atuariais direcionados com base na média, a tentar prever com maior precisão possível os gastos que terão de ser suportados). No mais, entretanto, é esperado um elevado grau de certeza sobre aquilo que cada parte tem como obrigação contratual. E nesse ponto ingressa a questão da judicialização dos conflitos envolvendo contratos de seguros e planos de saúde, e a sinalização do Poder Judiciário em termos de segurança jurídica para o consumidor e o fornecedor. Mais objetivamente: tanto os reflexos jurídicos, quanto as consequências econômicas para a consecução desses contratos. Ou seja, consequências diretas para as partes envolvidas nos processos; e mesmo indiretas para o conjunto composto pelos demais consumidores envolvidos com esse tipo de contratação. Decisões judiciais dissonantes (uma concedendo e outra negando) frente ao mesma espécie de pleito geram instabilidade, seja sob o ponto de vista jurídico, seja no contexto econômico envolvido na contratação (e como reflexo, aumento dos custos de transação). A falta de certeza quanto aos posicionamentos do Judiciário, faz com que o usuário de boa-fé se sinta inseguro e o

³⁹ Em artigo assinado com o título “Eficiência é o antídoto para a saúde”, o médico Yussif Ali Mere Jr., Presidente da Federação e do Sindicato de Hospitais, Clínicas e Laboratórios do Estado de São Paulo, menciona que o Banco Mundial estima que, no Brasil, 30% das internações poderiam ser evitadas com tratamento ambulatoriais (economia de 10 bilhões de reais). Acrescenta ainda, a importância de implantar-se um sistema organizado e eficiente de informações para auxiliar a tomada de decisões, sistema este que integre as redes de prestação dos serviços viabilizando a agilização dos atendimentos e que sejam evitados desperdícios, provocando padronização de processos, diminuição de erros e valorização dos recursos humanos, tudo com vistas a investir na qualidade (só 5% dos hospitais brasileiros são certificados). Logo, percebe-se quanto espaço existe para melhoras na qualidade da gestão em saúde. JORNAL FOLHA DE SÃO PAULO, seção opinião, p. A3, 09 abr., 2017.

⁴⁰ Salvo em contratações com pré-existência já reconhecida e equacionada no contrato.

que litiga de má-fé aventure (inclusive buscando justiça gratuita, onerando a sociedade). Já o fornecedor não tem segurança sobre o que terá de arcar como obrigação contratual, tem inviabilizada sua previsão empresarial e se previne praticando por vias diretas ou indiretas, aumentos e outras precauções normalmente superdimensionadas tentando se proteger. E a ninguém deve interessar a insegurança jurídica, que prejudica ao mercado e aos contratantes, além de incentivar o aumento da judicialização, mesmo o Judiciário já estando assoberbado com quase 80 milhões de processos para julgar.

À guisa de exemplo focado nas consequências econômicas dos contratos, tomemos como base o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul⁴¹, mencionando-se duas decisões judiciais que negaram a obrigação da operadora pagar determinados procedimentos e duas que decidiram pela obrigatoriedade desses tipos de pagamentos, tudo para que fiquem mais evidentes os elementos dessa disparidade e as consequências a repercutir nesse mercado, seja quanto aos custos de transação causados pela insegurança jurídica, seja em termos de sustentabilidade da atividade.

Obrigando a operadora a pagar procedimento de transplante de pulmão:

► TRANSPLANTE DE PULMÃO. NEGATIVA DE COBERTURA. Não estando o procedimento de realização de transplante de pulmão previsto nas hipóteses de exclusão de cobertura do art. 10 da Lei nº 9.656/98, deve ser mantido o deferimento da antecipação de tutela. Agravo de Instrumento parcialmente provido, por maioria. (Agravo de Instrumento Nº 70070778253, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rinez da Trindade, Julgado em 27/10/2016)⁴².

Em sentido contrário, negando a obrigação da operadora em arcar com as despesas de um procedimento de transplante de pulmão:

► Planos de saúde. Cobertura de transplante pulmonar. A Lei 9.656/98, em seu art. 10, § 4º, estabelece que a amplitude das coberturas, inclusive de transplantes e de procedimentos de alta complexidade, será definida por normas editadas pela ANS, sendo que a agência reguladora do setor estabelece a obrigatoriedade de cobertura tão somente para transplante de córneas, rins e medula óssea. Expressa exclusão contratual. Tratando-se de transplante pulmonar a ser realizado na Santa Casa de Misericórdia, a realização do procedimento com maior ou menor brevidade está condicionada tão somente à disponibilização do órgão a ser transplantado e não há disponibilização ou não de cobertura pelo plano de saúde. Procedimento realizado pelo Sistema Único de Saúde. Agravo de instrumento provido. (Agravo de Instrumento Nº 70073574139, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ney Wiedemann Neto, Julgado em 29/06/2017)⁴³.

Em relação a custeio do fornecimento de remédios, concedendo o direito ao consumidor contratante do plano de saúde:

► AÇÃO DE FORNECIMENTO DE MEDICAÇÃO. PLANO DE SAÚDE. Os contratos de planos de saúde estão submetidos às normas do Código de Defesa do Consumidor, na forma da Súmula 469, do STJ, devendo ser interpretados de maneira mais favorável à parte mais fraca nesta relação. De outro lado, os planos de saúde apenas podem estabelecer para quais doenças oferecerão cobertura, não lhes cabendo limitar o tipo de tratamento que será prescrito, incumbência essa que pertence ao profissional da medicina que assiste o paciente. Igualmente, é descabida a alegação de não fornecimento do medicamento em questão por se tratar de medicação "off label", pois, como mencionado, incumbe ao médico prescrever o tratamento indicado. (Apelação Cível Nº

⁴¹ RIO GRANDE DO SUL. Poder Judiciário. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.** Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site/>. Acesso em: 04 ago. 2017.

⁴² *Ibidem.*

⁴³ *Ibid.*

70072456346, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge André Pereira Gailhard, Julgado em 31/05/2017)⁴⁴.

E decisão judicial negando esse mesmo tipo de pedido:

► Agravado de instrumento. Seguros. Plano de saúde. Negativa de cobertura. Pedido de fornecimento de medicação para uso domiciliar não equiparada a antineoplásicos. Sofosbuvir e Simeprivir. Medicamentos para tratamento de hepatite C, não previstos no rol de coberturas mínimas da ANS. Contrato que expressamente prevê a limitação de cobertura aos eventos constantes no referido rol. Enfermidade de notificação compulsória. Questão de saúde pública que impõe uma política pública pela União e não a cobertura pelo plano de saúde. Antecipação de tutela revogada. Agravado de instrumento provido. (Agravado de Instrumento Nº 70068196476, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ney Wiedemann Neto, Julgado em 28/04/2016)⁴⁵.

Independente da justiça ou injustiça contida em cada uma das decisões (perceba-se que elas são completamente divergentes e inconciliáveis), o fato é que circunstâncias assim provocam consequências que, como já frisamos, afetam aos litigantes nos autos, mas normalmente ultrapassam as figuras destes e atingem os demais envolvidos nesse mercado. E por isso, as interpretações judiciais, ao representarem escolhas, devem levar em conta a amplitude dos reflexos pessoais para as partes que litigam no processo e também reflexos jurídicos e econômicos para demais que possuem contratos idênticos, tudo sem olvidar os efeitos sociais que naturalmente advêm.

Com visão de magistrado, o Ministro do STF Luiz Fuz⁴⁶, ao tratar da análise econômica do direito foi perspicaz ao referir que:

Uma das principais características da análise econômica do Direito, portanto, é concentrar o exame das normas jurídicas exclusivamente nas suas consequências. Leis e decisões judiciais são importantes não por possuírem um valor em si, mas pelos efeitos causados em relação ao grupo que pretendem atingir – ou que atingem não intencionalmente.

Então, além da consideração para com aspectos jurídicos e econômicos dos contratos em si, se faz necessário ingressar na questão polêmica relacionada ao ativismo judicial nesse tipo de processo. Para uns decisões judiciais desse estilo representam a maneira adequada para alcançar justiça no caso concreto. Já para outros, estampam uma forma de, fazendo uso inapropriado de princípios jurídicos, realizar interpretações que extrapolam o melhor uso dos poderes judiciais; na prática, gerando repercussões atinentes a inviabilização de contratos e ao sacrifício da justiça em sentido macro.

Os leigos concebem o ativismo judicial como sendo a situação em que o juiz não utiliza o contido na lei ou a interpreta forçando uma moldagem que se adapte ao resultado que pretende segundo suas convicções pessoais ou ideologia.

Numa visão técnica, veja-se na doutrina:

Consideradas as múltiplas definições de ativismo judicial, Keenan Kmiec, em conceituado trabalho sobre o tema – The origin and current meanings of judicial activism – nelas identifica cinco sentidos ou dimensões do conceito: (1) invalidação judicial de atos legislativos cuja constitucionalidade é sustentável, vale dizer, o julgador deixa de aplicar as regras legais com fundamento em princípios constitucionais ou em noções de

⁴⁴ RIO GRANDE DO SUL, 2017.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ FUX, Luiz. **Processo Civil e Análise Econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. [Kindle]. p. 2.

equidade e justiça (em contraposição à autolimitação judicial – ‘judicial self restraint’); (2) desrespeito aos precedentes judiciais (horizontais e verticais); (3) criação da ‘legislação judicial’ (‘legislation from the bench’), ou atuação do julgador como legislador positivo; (4) desvio da metodologia interpretativa; (5) julgamentos direcionados pelos resultados (‘result-oriented judging’), ou seja, a busca por objetivos ‘não oficiais’, não vislumbrados ou pretendidos pelo legislador e pelas políticas públicas⁴⁷.

Não se pode negar que no Brasil está candente o debate sobre o denominado ativismo judicial (às vezes, também classificado como “paternalismo” judicial ou “assistencialismo” judicial⁴⁸), sinal de que ele se faz notar na jurisprudência relacionada a fornecimento de saúde privada. E como parte desta polêmica, mencione-se que esse tipo de protecionismo ao consumidor não costuma ser negado por aqueles que advogam apoio às decisões nessa linha e justificam como meritórias as interpretações pessoais que utilizam os princípios segundo critérios que o Julgador classifica como de justiça. Acrescentam: o juiz deve ser imparcial, mas não neutro, devendo tomar partido pelo que considera a melhor justiça.

Sem ingressar em mais detidas considerações que constituam análise do mérito (justiça ou injustiça), apresenta-se um exemplo de decisão na qual o Magistrado expressou estar a sopesar as obrigações contratuais específicas da operadora, sob uma ótica do direito à vida em geral:

► AGRADO – TUTELA ANTECIPADA – MANUTENÇÃO – PROTEÇÃO À VIDA – Presentes os requisitos que autorizam a concessão de tutela antecipada, em virtude do risco de vida, prudente a concessão da medida pelo Juiz primevo, para que se mantenha o fornecimento do medicamento pelo plano de saúde, até decisão final da causa. – Considerando que há conflito entre o direito à vida do associado e o direito patrimonial da ora Agravante, é de rigor prestigiar aquele em detrimento deste, pois o direito à vida, assegurado pela Constituição da República (art. 1º, inciso III; art. 3º, IV; e art. 5º, caput), merece proteção especial. (TJ-MG – AI: 10024133637538001 MG, Relator: Luiz Carlos Gomes da Mata, Data de Julgamento: 27/02/2014, Câmaras Cíveis / 13ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 12/03/2014⁴⁹.

Este estilo de decisão frequentemente repetida no Judiciário brasileiro utiliza discurso que antepõe direito à saúde e direito patrimonial, como se esse dilema fosse inevitável e restrito simplesmente a uma escolha ética factível mediante mera vontade do Julgador, tudo sem considerar os elementos da contratação. Advogando pela justiça desse tipo de concepção, ao entendimento de que esse decisões desse teor não são a real causa da judicialização da saúde, o jurista Walter José Faiad de Moura⁵⁰, expressou:

O novo Judiciário deve estar atento aos fatores externos que ensejam macrolitígios decorrentes da atuação de agentes econômicos que tendem a desconsiderar regras de

⁴⁷ REGO, Werson. Protagonismo judicial, segurança jurídica e reflexos nas relações de consumo. In: REGO, Werson (Coord.). **Segurança jurídica e protagonismo judicial: desafios em tempos de incertezas** – estudos jurídicos em homenagem ao Ministro Carlos Mário da Silva Veloso. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2017. p. 1066.

⁴⁸ Repetem-se, por oportuno, as já citadas considerações de Maria Stela Gregori, que afirmou: “Os magistrados nas demandas relativas aos planos de saúde acabam muitas vezes assumindo um papel proativo e paternal, no intuito de garantir aos consumidores, com fulcro nos preceitos constitucionais da dignidade humana e do direito à saúde, algo não previsto no contrato ou na legislação vigente, e deixam de observar os impactos que suas decisões podem ter no âmbito social e econômico, expandindo o seu sentido e alcance”. GREGORI *apud* REGO, 2017, p. 694-695.

⁴⁹ MINAS GERAIS. **TJ-MG - Agravo de Instrumento Cv: AI 10024133637538001 MG**. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/119599818/agravo-de-instrumento-cv-ai-10024133637538001-mg>. Acesso em: 26 ago. 2017.

⁵⁰ MOURA, Walter José Faiad de. “Jurisdição em conflitos de consumo massificados: paternalismo ou adequação do mercado a marcos legais de convívio equilibrado com sujeitos vulneráveis”. In: REGO, Werson (Coord.). **Segurança jurídica e protagonismo judicial: desafios em tempos de incertezas** – estudos jurídicos em homenagem ao Ministro Carlos Mário da Silva Veloso. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2017. p. 1046.

proteção à vulnerabilidade dos consumidores e historicamente calcularam (mal) que o comportamento torto, assim como sua judicialização posterior, se ajustam economicamente ao modelo de negócio praticado. Admitir o distanciamento do Judiciário a tais fenômenos e, a um só tempo, atribuir exclusivamente a juízes o aumento de litígios, impedindo-os da função-chave de efetivar direitos garantidos in abstracto aos cidadãos que se veem impedidos de exercê-los. Nesse sentido, deve-se afastar a ideia de insegurança jurídica decorrente de consequências econômicas que possam advir de interpretações protecionistas adotadas pelo Judiciário relativamente a normas abertas destinadas a proteção dos hipossuficientes.

Toda pessoa com sentimento de humanidade é tendente a procurar amparar aqueles afligidos pelas enfermidades, ainda mais quando são contrapostos no processo judicial, de um lado, interesses de um ser humano e, de outro, uma pessoa jurídica que é ente abstrato (a visualização primeira não remete ao fato de que a pessoa jurídica é composta e envolve interesses de outras pessoas físicas, não apenas dos *shareholders*, mas também dos *stakeholders*).

Entretanto, há que se considerar que havendo equilíbrio econômico dentro da contratação, realmente não apenas se trata de uma escolha ética, como juridicamente faz parte da justiça contratual. Se o contrato (e até o setor) não correr o risco de ser inviabilizado, assim como, não forem penalizados os demais consumidores do mesmo tipo de contratação (via repercussão indireta nos custos de seus contratos), não se deve ter dúvida em apoiar esses argumentos jurídicos de proteção ampliada aos pleitos do consumidor, mas sem olvidar que o mundo ideal sob o ponto de vista ético, nem sempre pode ser reproduzido exatamente no mundo real. Há limitações de viabilidade, mesmo em contrato envolvendo saúde cujo dever de atendimento amplo é restrito ao Estado.

E nessa conjuntura, cabe refletir a respeito de uma afirmação constante da fundamentação inserta na já mencionada sentença proferida na Ação Civil Pública nº 0009452-86.2016.403.6100, da 25ª Vara Federal da Subseção Judiciária de São Paulo (Justiça Federal), ação esta que declarou nula a Resolução nº 387/2015 (que substituiu a Resolução nº 338/2013) da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) com permissão para que nos contratos exista limite (no rol de procedimentos de 2016, em 18 anuais como mínimo) no número de sessões de psicoterapia que a operadora tem de cobrir em seus planos de saúde. Na oportunidade, em nome do princípio da dignidade humana e amparando-se em sua interpretação do disposto no Código de Proteção e Defesa do Consumidor, o Magistrado fez afirmação que não é singular no Judiciário brasileiro, mas é preocupante em termos de equilíbrio nesses contratos e sustentabilidade no setor se for ampliada para todas as patologias:

Vale dizer, ao oferecer ao consumidor um Plano de Saúde, a operadora já se dispõe, COMO REGRA GERAL, a garantir-lhe assistência financeira, **SEM LIMITES FINANCEIROS**.

É o **risco do negócio**.

E esse princípio – da amplitude da garantia – vem delineado no art. 10, de modo a não deixar dúvida de que a cobertura das situações, digamos "normais", de saúde, isto é, as que não se distingam pela excepcionalidade ou pela extrema complexidade, deve ser **ILIMITADA**.⁵¹ (grifos nossos).

Cabe proteger aos consumidores em seus direitos contratuais, mas também, incluindo no tocante a esse mercado não desaparecer. Por isso, importante aferir se a legislação prescreve o que constou da decisão, e se será possível haver sustentabilidade nesse setor com concepções desse teor, simplistas assim do ponto de vista econômico, praticamente igualando a saúde fornecida pela

⁵¹ SÃO PAULO. Poder Judiciário. Justiça Federal. 25ª Vara Cível Federal da Subseção Judiciária de São Paulo. **Ação Civil Pública nº 0009452-86.2016.403.6100**. Disponível em: http://publicador.jota.info/wp-content/uploads/2017/07/Sentenca_psicoterapia.pdf. Acesso em: 01 de ago. 2017.

iniciativa privada, à obrigação constitucional de fornecimento de saúde de forma ampla e irrestrita, como o estabelecido para o Estado através do Serviço Único de Saúde.

E especificamente, é oportuno perquirir se nesse tipo de negócio jurídico, o risco do negócio que constitui a *alea*, ou seja, o elemento imprevisível está limitado à possibilidade de o consumidor ficar ou não doente e o plano ter de cobrir aquilo que está previsto na legislação regulatória e nos instrumentos contratuais. Ou, de outra forma significativamente ampliada, se existe uma garantia em assegurar o custeio de todo e qualquer tratamento para toda e qualquer enfermidade, tal como na saúde pública baseada na solidariedade social. E nesse contexto, importante sopesar o equilíbrio contratual, a harmonia e a justiça nas decisões exaradas nos processos, tudo naturalmente contando com uma detida ponderação quanto as vantagens por eles existirem e as desvantagens se desaparecerem; e tudo inclusive com vistas ao curto, médio e longo prazo.

Advindas de juristas conceituados, há várias advertências nesse sentido, como se transcreve:

Ademais disso, é sempre oportuno recordar e alertar que o ativismo judicial, em que pese ter também como objetivo a concretização de direitos fundamentais, pode trazer sérios danos à coletividade, quando se dá sem ponderações e proporcionalidade, especialmente para os consumidores não visíveis na capa dos autos do processo sob apreciação e julgamento. E isso ocorre quando: (i) desconhecem os julgadores (ou não atentam para) a necessidade de se proceder a uma análise econômica do direito em berlinda; (ii) quando deixam de se preocupar com os efeitos externos de suas decisões [para além dos efeitos do caso concreto], ou; (iii) quando esquecem que suas decisões influem nas ações futuras dos agentes econômicos, ao se adotar uma ou outra forma de interpretar a lei.

Amanda Flávio de Oliveira pondera que o julgador deve se preocupar ‘Em fazer com que sua decisão possa, a partir dessa capacidade de influenciar condutas, permitir o acesso ao consumo, alcançando o maior número de pessoas à condição de consumidoras e controlando a concentração de riquezas, auxiliando no difícil processo de distribuição equânime delas’.

E citando Richard Posner, sentencia a prefalada autora:

‘Os julgadores passam, assim, a atentar para as consequências econômicas de suas decisões, percebendo o contexto global dos conflitos, não devendo se ater apenas ao que postulam as partes no litígio, mas verificando qual das soluções conduz à maximização da riqueza social.’⁵²

Indubitavelmente, esse tipo de contrato é jurídico, mas seu conteúdo econômico precisa ser levado em consideração⁵³, devido aos custos de transação e demais consequências quando a questão dos recursos financeiros é menosprezada ou ignorada, seja extra ou judicialmente. E a segurança jurídica presente nas decisões judiciais deve incutir na sociedade um grau de confiabilidade. Afinal, Justiça é serviço público custeado basicamente com recursos da população

⁵² REGO *apud* REGO, 2017, p. 1065-1066.

⁵³ “E não há de ser diferente em um sistema capitalista como o nosso, onde fornecedor e consumidor, por razões notórias, dependem um do outro. A posição de vulnerabilidade encontra limites nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, não se permitindo um estímulo à indústria do enriquecimento excessivo e indevido do consumidor, nem um entrave ao desenvolvimento econômico e tecnológico das empresas e, consequentemente, do próprio País, sob o risco de irreparável retrocesso. Paternalismo exacerbado, como já dito, não conduz à verdadeira justiça”. GOMES FILHO, Luiz Roldão de Freitas. Justiça, segurança jurídica e paternalismo moderado nas relações de consumo. In: REGO, Werson (Coord.). **Segurança jurídica e protagonismo judicial: desafios em tempos de incertezas** – estudos jurídicos em homenagem ao Ministro Carlos Mário da Silva Veloso. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2017. p. 602.

(quem houvesse a consideração de ser relação de consumo de serviço essencial) e precisa ser praticado com qualidade⁵⁴.

Assim, a afirmativa comum na doutrina e nos Tribunais brasileiros de que direitos humanos não podem ser superados por interesses comerciais/empresariais, traz uma mensagem “politicamente correta”, idealista, simpática aos ouvidos da população, mas que não é apta a englobar e adequar-se a toda realidade contratual dependente de viabilidade e sustentabilidade. O agasalhamento de direitos fundamentais como o da saúde, pressupõe proporcionalidade e razoabilidade quando da interpretação da legislação e das cláusulas contratuais que concedem amparo ao universo de interessados, incluindo os integrantes da ação judicial como partes (fornecedora e consumidor), daqueles alheios ao processo judicial, mas que possuem essa espécie de contrato com a mesma operadora e nas prestações de serviços dependem das condições dela (e não se deve esquecer que os índices de reajuste autorizados pela ANS são calculados por fórmula que leva em conta o grau de utilização, afetando também quem não é cliente daquela operadora que tem de cumprir a decisão judicial).

É interessante observar que, principalmente na modernidade, tem sido tradicional haver constante análise jurídica da economia, posto que o empreendedorismo aliado às novas tecnologias se antecipa na criação de novos produtos e serviços, e somente depois o direito vem regrar. No mesmo sentido, contemporaneamente, revela-se muito válida a utilização da análise econômica do direito (conhecida pela sigla AED), como uma das ferramentas úteis no sentido de encontrar a melhor opção social para determinado problema que afeta algum setor.

Como a respeito, afirmou Eric Posner⁵⁵, “mesmo que a análise econômica não possa determinar a magnitude desses custos e benefícios e a extensão na qual eles se compensam ou interagem um com o outro, o juiz que sabe sobre isso tende mais a tomar uma decisão inteligente do que o juiz que não sabe”.

E vale lembrar que, ainda que considere o futuro, mesmo assim a jurisprudência é apenas reativa, laborando substancialmente com problemas em fatos já ocorridos. Já a análise econômica do direito reconhece o passado, mas mira antecipar o futuro, tentando prever consequências e induzir para as melhores escolhas.

Deste modo, no que refere aos contratos de seguros e planos de saúde, percebe-se que se harmoniza com essa lógica incluir-se a ponderação da análise econômica do direito (AED) como um dos elementos a serem considerados visando encontrar-se o equilíbrio, a harmonia, a justiça contratual e a sustentabilidade (em sentido amplo) para os contratos e para o setor, tal como a sociedade almeja. E tudo com a indispensável segurança jurídica própria de um grau de desenvolvimento compatível com o Século XXI.

6. Conclusões

Ao longo deste texto demonstramos a importância da AED como instrumento apto a contribuir para soluções melhores na área de seguros e planos de saúde, seja para sob o ponto de

⁵⁴ Conforme já afirmamos anteriormente neste texto, a previsibilidade que representa segurança jurídica é essencial para esses negócios jurídicos, sendo inadmissível, por exemplo, a rotina de casos com decisões diametralmente opostas, ou a demora de duas décadas para os Tribunais definirem se, na prática, há real validade no rol de coberturas obrigatórias editado pela ANS.

⁵⁵ POSNER, Eric. [Fundação Getúlio Vargas]. **Análise Econômica do Direito Contratual: Sucesso ou Fracasso?** São Paulo: Saraiva, 2010. (Coleção direito, desenvolvimento e justiça. Série direito em debate). [Kindle].

vista individual dos contratantes, seja sob ângulo coletivo. E tudo com segurança jurídica assegurando à cada parte, exata definição de seus direitos e obrigações.

Para enfeixar vamos acrescentar mais um exemplo de como a economia (e nesse contexto a AED) ingressa nessa conjuntura de forma inevitável. Os seguros e planos de saúde possuem um modelo juridicamente “engessado” pela regulação disposta para o bom funcionamento desse mercado, isso não impediu que nos últimos anos o setor perdesse contratos que atendiam em torno de 3 milhões de pessoas. Diante dessa conjuntura, agentes econômicos encontraram outros caminhos legais, independentes do que está nas normas editadas pela ANS. Observe-se que surgiram na esfera privada diversas iniciativas para explorar o nicho composto por aqueles que não desejam atendimento pelo SUS, mas não conseguem contratar um seguro ou plano de saúde. Essas pessoas encontram no mercado, modalidades de prestações de serviços, como o Sistema Nacional de Atendimento Médico (SINAM) das Associações Médicas do Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul, assim como, aplicativos em que clínicas, médicos, laboratórios e farmácias se cadastram para oferecer serviços e produtos a preços menores, mediante programas de fidelização e/ou inúmeros tipos de cartões (pré-pagos ou não) de desconto para consultas, exames e/ou compra de medicamentos. Esses profissionais (pessoas físicas e empresas) não se instituem como operadoras e não estão sujeitos a regulação da ANS, mas atuam no mercado fazendo em parte (mesmo que atuando de forma limitada) exatamente o que é objeto dos seguros e planos de saúde. O Ministério da Saúde já se rendeu a essa evidência e enviou para a ANS uma proposta do que denominou de Plano de Saúde Acessível⁵⁶, sendo que a Agência criou um grupo de trabalho (Portaria nº 8.851 publicada no Diário Oficial da União de 24/03/17) para avaliação da proposta. Esse é mais um exemplo de como a AED é importante, pois não se pode ficar preso a um sistema que represente uma espécie de enigma insolúvel.

Naturalmente, todas essas considerações não devem nos levar a concepções meramente utilitaristas ou para aquelas que laboram com o valor de uma vida estatística⁵⁷. Considerando o elevado número de pessoas envolvidas no mercado de seguros e planos de saúde e, em especial, a essencialidade desses serviços para a vida com qualidade, há de se observar que nesses negócios jurídicos estão envolvidos seres humanos, cujos direitos da personalidade e enquanto consumidores precisam ser agasalhados. E para que isso possa acontecer cabem esforços para fazer surgir um novo modelo pelo qual esses contratos realmente cumpram a função social que lhes é impositiva, inclusive mantendo a sustentabilidade do segmento também no médio e longo prazo. Essa condição, não apenas favorecerá o cumprimento de princípios e objetivos da ordem econômica constitucional, mas principalmente repercutirá positivamente no respeito a

⁵⁶ Na informação de *Théra van Swaay De Marchi e Luciana Mayumi Sakamoto*: “O projeto de plano de saúde acessível apresentado pelo Ministério da Saúde à ANS propõe alguns norteadores que deverão ser observados como, por exemplo, (i) o incentivo ao cuidado primário com acesso inicial obrigatório via médico da família ou de atenção primária escolhido pelo beneficiário entre os designados pela operadora, (ii) aumento da coparticipação a fim de que o consumidor participe mais ativamente das decisões que envolvem a sua saúde, (sendo necessário, para tanto, a revisão da normativa pela ANS); (iii) a regra de reajuste do plano de saúde acessível individual deve ser diversa dos índices fixados pela ANS para os planos individuais; (iv) obrigatoriedade de segunda opinião médica nos casos de alta complexidade; (v) revisão dos prazos de atendimento; (vi) canal digital de comunicação a fim de reduzir o desperdício com processos administrativos e operacionais, sendo a venda, pagamento e orientação disponível via internet; dentre outros. Assim, o projeto prevê 3 tipos de planos: (i) plano simplificado; (ii) plano ambulatorial + hospitalar; e (iii) plano em regime misto de pagamento. A diferença entre essas modalidades reside na inclusão ou não de previsão de internação, no atendimento de urgência e emergência e na limitação de abrangência geográfica”. DE MARCHI, Théra Van Swaay; SAKAMOTO, Luciana Mayumi. **Projeto de planos de saúde acessíveis**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI256340,71043-Projeto+de+planos+de+saude+acessiveis>. Acesso em: 31 mar. 2017.

⁵⁷ BARROS, Pedro Pita. **Economia da saúde: conceitos e comportamentos**. 2. ed. Coimbra (Portugal): Almedina, 2013. (Olhares sobre a saúde). p. 52.

direitos fundamentais em relações privadas (nos limites destas), gerando benéficas contribuições para a construção de uma sociedade melhor. E nesse sentido, se reitera que essa transformação demandará a participação intensa de todos os atores sociais envolvidos direta ou indiretamente nesse contexto (Poderes da República, incluindo agências reguladoras, integrantes da cadeia de fornecimento, consumidores, etc.), todos impregnados da mentalidade de parceiros contratuais e sociais integrados em ações para essa positiva transformação.

Crítico da aplicação da AED em razão da complexidade nela envolvida e desta apegar-se menos a teoria jurídica e adotar mais ao que preconiza como “*o bom senso daquilo que funciona*”, Ronaldo Porto Macedo Junior⁵⁸, depois de repassar a doutrina de importantes pensadores como Ronald Coase, Richard Posner e Ronald Dworking, questionou: “*Funciona para quê? Para garantir direitos? Para a realização da Justiça?*”

A resposta pode ser encontrada no dizer de Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau quando a esse respeito lecionam:

Reconhecer o perigo de recorrer às ciências sociais não quer dizer renunciar a elas. É preciso que as escolhas garantam justiça e solidez para as teorias às quais nos propusemos a aderir. Seria, portanto, insensato privar-se de sua colaboração. As ciências podem oferecer ao jurista um mínimo de conhecimento sobre a ação humana de forma, a sutilmente, refinar sua intuição.⁵⁹

De nossa parte afirmamos que, com certeza, opções econômicas podem ser escolhas éticas e juridicamente corretas e de muita utilidade prática.

Como já havia antecipado Flávio Galdino⁶⁰, “o Direito pode ser o caminho para conjugar soluções moralmente justificadas e economicamente eficientes”.

Assim, considerada a relevância que os seguros e planos de saúde apresentam de forma direta para 46.999.473 de brasileiros (e de forma indireta para suas famílias, pois familiar doente é motivo de intranquilidade⁶¹), conclui-se que somente com a adoção de novos paradigmas informadores e o encetamento das providências que foram mencionadas, será possível fazer surgir um sistema reformulado que seja mais apto ao cumprimento das suas finalidades. O objetivo primordial é a proteção dos direitos legítimos dos contratantes e a sustentabilidade do setor (atualmente em risco de desaparecimento ou redução substancial). Se essa utopia se realizar, o Brasil ingressará em outro patamar no processo civilizatório, afinal, nesse setor tão complexo e que envolve interesses tão significativos, está à saúde, um direito humano fundamental.

7. Referências

ARAUJO, Fernando. **Teoria económica do contrato**. Lisboa (Portugal): Almedina, 2007.

⁵⁸ LIMA, Maria Lúcia L. M. (Coord.). **Agenda contemporânea: direito e economia: trinta anos de Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2012. Tomo I. (Série GVlaw). p. 279.

⁵⁹ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 7.

⁶⁰ GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 346.

⁶¹ E no sentido de serem espécie de desafogo para a demanda que recairia na saúde pública, prejudicando a todos que procurassem o SUS.

- BARROS, Pedro Pita. **Economia da saúde: conceitos e comportamentos**. 2. ed. Coimbra (Portugal): Almedina, 2013. (Olhares sobre a saúde).
- BRASIL. ANS. **Mapa Assistencial**: Publicação informa número de procedimentos realizados pelos planos. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/numeros-do-setor/3956-mapa-assistencial-ans-disponibiliza-numero-de-procedimentos-realizados-pelos-planos?highlight=WyJtYXBhIiwibWFwYXMiLCJtYXAiLCJtYXBwaW5nIiwibWFwcyIsImFzc2lzdGVuY2lhbCIsIm1hcGEgYXNzaXN0ZW5jaWFsIl0=>. Acesso em: 26 jun. 2017a.
- BRASIL. ANS. **Novas coberturas para planos de saúde entram em vigor em 2/1/2016**. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/sala-de-imprensa/releases/consumidor/3153-novas-coberturas-para-planos-de-saude-entram-em-vigor-em-2-1-2016?highlight=WyJldm9sdVx1MDBIN1x1MDBIM28iLCJkbyIsInJvbCIsImRlIiwicHJvY2VkaW1lbnRvcyIsInByb2NlZGltZW50byIsInByb2NlZGVyIiwicHJvY2VkaW5kbyIsInByb2NlZGEiLCJwcm9jZWRIIiwicXZvbnVHcdTAwZTdcTAAwZTNvIGRvIiwicXZG8gcml9sIiwicXZG8gcml9IGRIIiwicm9sIGRIIiwicm9sIGRIIHByb2NlZGltZW50b3MiLCJkZSBwcm9jZWRRpbWVudG9zIl0=>. Acesso em: 22 jun. 2017b.
- BRASIL. ANS. **Projeto sua saúde**. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/planos-de-saude-e-operadoras/espaco-do-consumidor/projeto-sua-saude>. Acesso em: 11 abr. 2017c.
- BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Relatório das ouvidorias 2018**. [recurso eletrônico]. Rio de Janeiro: ANS, 2018.
- BRASIL. ANS. **Dados e indicadores do setor**. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/numeros-do-setor/5009-ans-disponibiliza-numeros-de-abril-do-setor-de-planos-de-saude>. Acesso em: 09 set. 2019a.
- BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Página ANS Consumidor**. [recurso eletrônico]. Rio de Janeiro: ANS, 2019b.
- BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- CARLINI, Angélica. **Judicialização da saúde pública e privada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- CASADO FILHO, Napoleão; BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Gomes (Coords.). **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012. (Saberes do Direito, 57).
- DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Campinas: Romana, 2004.
- DE MARCHI, Théra Van Swaay; SAKAMOTO, Luciana Mayumi. **Projeto de planos de saúde acessíveis**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI256340,71043-Projeto+de+planos+de+saude+acessiveis>. Acesso em: 31 mar. 2017.
- FLORIANI NETO, Antonio Bazilio; ROCHA, Lara Bonemer Azevedo. As regras consumeristas: uma análise sob o enfoque dos custos de transação. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas**, Bebedouro, v. 3, n. 1, 2015.
- FUX, Luiz. **Processo Civil e Análise Econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. [Kindle].

- GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- GOMES FILHO, Luiz Roldão de Freitas. Justiça, segurança jurídica e paternalismo moderado nas relações de consumo. In: REGO, Werson (Coord.). **Segurança jurídica e protagonismo judicial**: desafios em tempos de incertezas – estudos jurídicos em homenagem ao Ministro Carlos Mário da Silva Veloso. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2017. p. 602.
- HARVARD BUSINESS REVIEW, v. 94, n. 8, p. 36-45, ago., 2016.
- HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos**: por que a liberdade depende dos impostos. [livro eletrônico]. São Paulo: M. Fontes, 2019. [Kindle].
- JORNAL FOLHA DE SÃO PAULO, secção opinião, p. A3, 9 abr., 2017.
- LIMA, Maria Lúcia L. M. (Coord.). **Agenda contemporânea**: direito e economia: trinta anos de Brasil. São Paulo: Saraiva, 2012. Tomo I. (Série GVlaw).
- LIMA JR., Arnaldo Hossepian Salles; SCHULZE, Clenio Jair. **Os números do CNJ sobre a judicialização da saúde em 2018**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-nov-10/opiniao-numeros-judicializacao-saude-2018>. Acesso em: 20 jun. 2019.
- MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MARQUES, Claudia; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- MINAS GERAIS. **TJ-MG - Agravo de Instrumento Cv** : AI 10024133637538001 MG. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/119599818/agravo-de-instrumento-cv-ai-10024133637538001-mg>. Acesso em: 26 ago. 2017.
- MOURA, Walter José Faiad de. “Jurisdição em conflitos de consumo massificados: paternalismo ou adequação do mercado a marcos legais de convívio equilibrado com sujeitos vulneráveis”. In: REGO, Werson (Coord.). **Segurança jurídica e protagonismo judicial**: desafios em tempos de incertezas – estudos jurídicos em homenagem ao Ministro Carlos Mário da Silva Veloso. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2017. p.1046.
- NÚMERO de Ações Judiciais contra Planos de Saúde é o maior da História. Disponível em: <https://setorsaude.com.br/numero-de-acoes-judiciais-contra-planos-de-saude-e-o-maior-da-historia>. Acesso em: 30 ago. 2017.
- OLIVEIRA, Cleberson Cardoso de. O direito à saúde aos pacientes conforme a Constituição da República de 1988. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas - Unifafibe**. v. 3, n. 1, 2015.
- POMIN, Andryelle Vanessa Camilo; BUENO, João Bruno Dacome; FRACALOSSI, William (Orgs.). **Teoria geral dos direitos da personalidade**. Maringá (Paraná): Vivens, 2012.

- POSNER, Eric. [Fundação Getúlio Vargas]. **Análise Econômica do Direito Contratual: Sucesso ou Fracasso?** São Paulo: Saraiva, 2010. (Coleção direito, desenvolvimento e justiça. Série direito em debate). [Kindle].
- REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- REGO, Werson. Protagonismo judicial, segurança jurídica e reflexos nas relações de consumo. In: REGO, Werson (Coord.). **Segurança jurídica e protagonismo judicial: desafios em tempos de incertezas – estudos jurídicos em homenagem ao Ministro Carlos Mário da Silva Veloso**. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2017. p. 1066.
- RIO GRANDE DO SUL. Poder Judiciário. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site/>. Acesso em: 04 ago. 2017.
- ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra (Portugal): Almedina, 1988.
- SÃO PAULO. Poder Judiciário. Justiça Federal. 25ª Vara Cível Federal da Subseção Judiciária de São Paulo. **Ação Civil Pública nº 000945z-86.zoí6.4o3.6too**. Disponível em: http://publicador.jota.info/wp-content/uploads/2017/07/Sentenca_psicoterapia.pdf. Acesso em: 01 de ago. 2017.
- SIQUEIRA, Dirceu Pereira; FERRARI, Caroline Clariano. O direito à informação como direito fundamental ao estado democrático. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe**. V. 4, N. 2, 2016.
- SIQUEIRA, Dirceu Pereira; CASTRO, Lorena Roberta Barbosa. Minorias e grupos vulneráveis: a questão terminológica como fator preponderante para uma real inclusão social. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe**. V. 5, N. 1, 2017.
- SIQUEIRA, Dirceu Pereira; GOTTEMS, Claudinei J. **Direitos fundamentais: da normatização à efetividade nos 20 anos de Constituição brasileira**. Birigui: Boreal, 2008.
- SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILO, Miguel Belinati. **Inclusão social e direitos fundamentais**. Birigui: Boreal, 2009.
- SIQUEIRA, Dirceu Pereira; JÚNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa Leão (Orgs.). **Direitos sociais: uma abordagem quanto à (in)efetividade desses direitos – a Constituição de 1988 e suas previsões sociais**. Birigui: Boreal, 2011.
- SOUZA, Rabindranath V. A. Capelo de. **O direito geral da personalidade**. Coimbra (Portugal): Coimbra, 2011.