

# Planos de saúde em tempos de pandemia: a necessidade de um marco regulatório

*Juan Biazevic<sup>1</sup>*

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

**Sumário:** Introdução; 1. Contratos relacionais; 1.1. Características relacionais dos contratos de plano de saúde; 2. Regulação no mercado de saúde suplementar; 3. Pandemia e a necessidade de um marco regulatório; 3.1. Alternativas regulatórias: acertamento e equilíbrio; 3.2. Optando por não regular; 4. Conclusões; Referências.

## Introdução

Esta obra coletiva busca destacar parte dos desafios que a pandemia da Covid-19 impõe à regulação da vida em sociedade, em especial na esfera das relações de consumo. Nesse contexto, o presente trabalho tem dois objetivos. O primeiro é descrever parte dos fundamentos de teoria geral dos contratos que fornecem sentido aos planos de saúde. O segundo busca, a partir da descrição anterior, defender a necessidade de editar regulação capaz de articular, a partir de critérios racionais e universalizáveis, alguma forma de correção dos desequilíbrios econômicos causados a ambas as partes do contrato. As possibilidades regulatórias são múltiplas e não é meu objetivo sugerir um modelo regulatório. Minha intenção é mais modesta, qual seja, a de destacar a necessidade de interferir no mercado de saúde suplementar para, dentro dos valores que conferem sentido ao contrato, garantir um

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito, Mestre e Doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Professor Convidado dos cursos de Pós-Graduação da Escola Paulista da Magistratura e da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

desenho institucional substantivamente capaz de assegurar seus múltiplos objetivos: a eficiência econômica do setor, a proteção da saúde dos usuários e a manutenção dos vínculos de solidariedade na socialização dos infortúnios.

Uma pequena ressalva deve ser feita. Ainda estamos em período de pandemia e seus efeitos para a economia como um todo, em especial para a saúde suplementar, ainda não são claros. Aqui trabalharei com a premissa de que o enfrentamento da doença, pelas razões que explicitarei adiante, aumentou os custos de funcionamento das operadoras, os quais, em razão da excepcionalidade da situação, não estavam precificados quando da composição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Esse fato, embora provável no atual contexto, exige demonstração contábil concreta por cada operadora para que ela possa postular aumento nas contraprestações. Ao mesmo tempo, outra premissa relevante é a de que os efeitos de retração da economia causados pela pandemia reduziram a capacidade de pagamento dos usuários. Ambas as premissas me parecem, neste momento histórico, corretas, mas podem ser falseadas pelo desenvolvimento futuro das consequências da pandemia.

## 1. Contratos relacionais

O contrato de plano de saúde pode ser considerado como uma espécie de contrato relacional. Essa afirmação impõe apresentar a categoria normativa “contrato relacional” e o que a distingue dos demais tipos de contratos. O grande responsável pela formulação foi Ian Macneil.<sup>2</sup> Esse é um conceito que ele começou a desenvolver a partir da década de 1960, através de pesquisas empíricas sobre a forma cooperativa pela qual alguns vínculos contratuais operavam na prática. Seus estudos foram responsáveis pela constatação de que as teorias contratuais então disponíveis não se ajustavam a alguns contratos relevantes que existiam no mundo real. Para Macneil, era errado

---

<sup>2</sup> Para uma reconstrução da maneira pela qual as ideias centrais da teoria evoluíram no pensamento de Macneil, veja: CAMPBELL, David. Ian Macneil and the relational theory of contract. In: *The relational theory of contract: selected works of Ian Macneil*. London: Thomson Reuters, 2001, p. 3-58.

pensar em contratos sem levar em consideração a completa análise de seu contexto, que inclui todos os fundamentos normativos socialmente determinados e, também, os custos econômicos envolvidos em cada uma das transações.<sup>3</sup> O conceito de contrato deveria ser construído socialmente, a partir de suas próprias relações internas e externas, quais sejam, o vínculo entre os contratantes e o papel do contrato como uma ferramenta socioeconômica básica da sociedade.<sup>4</sup> É exatamente esse ponto que desafia as teorias tradicionais, pois Macneil condiciona a análise do sentido da prática contratual à ideia de cooperação socialmente concebida.<sup>5</sup>

A formulação do conceito de contrato relacional foi feita em oposição ao modelo contratual tradicional, que ele chamou de contrato descontínuo (*discrete*). Tornou-se um lugar-comum entre os autores que se dedicaram a distinguir essas duas categorias normativas a afirmação de que essa é uma tarefa complexa, notadamente porque contratos descontínuos também possuem uma função cooperativa e, ainda, porque os relacionamentos se apresentam das mais variadas formas e graus.<sup>6</sup> Contudo, comparar duas de suas instâncias paradigmáticas dilui parte dessas dificuldades. A compra e venda de produtos perecíveis para consumo imediato pode ser tomada como um paradigma de contrato descontínuo. Nela, cada acordo celebrado é considerado como uma realidade autônoma. O consenso dos contratantes se dirige para a integral determinação de todos os termos relevantes do negócio: o comprador entrega o preço convencionado e o vendedor entrega a coisa vendida. Com o cumprimento de cada uma das parcelas, o contrato se extingue e as partes, pretendendo negociar novamente, deverão celebrar novos contratos. O mesmo não ocorre nos chamados contratos relacionais. Os contratos para o desenvolvimento de novas

---

<sup>3</sup> Como Macneil esclareceu no prefácio à edição brasileira de *O novo contrato social*, não se teoriza sobre contratos sem perceber o contexto no qual se inserem as transações e as relações relevantes para o vínculo, sendo certo que “uma análise contextual combinada das relações e transações é mais eficiente e produz um resultado analítico final mais completo e certo do que o obtido quando se começa por uma análise não-contextual das transações” (MACNEIL, Ian R. *O novo contrato social: uma análise das relações contratuais modernas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. xiv.).

<sup>4</sup> MACNEIL, Ian R, op. cit., p. xxxiv.

<sup>5</sup> CAMPBELL, David, op. cit., p. 11-15.

<sup>6</sup> KIMEL, Dori. The choice of paradigm for theory of contract: reflections on the relational model. *Oxford Journal of Legal Studies*, Orforx, v. 27, n. 2, p. 233-255, 2007.

tecnologias na área da eletrônica podem ser tomados como paradigma de contrato relacional. Não se imagina que um vínculo desse tipo possa definir, dentro de um instrumento contratual, *ex ante* e por completo, exatamente a maneira pela qual o contrato se desenvolverá e como deverá se modificar em função de eventos futuros incertos. Afinal, não é possível definir previamente todas as dificuldades que a produção de um novo tipo de conhecimento exigirá ou, ainda, como os parceiros deverão reagir à evolução do mesmo conhecimento gerado por empresas concorrentes. O que o vínculo gera, portanto, é um tipo de relacionamento cooperativo que, a partir de suas próprias normas internas, normas fluidas que são criadas pelas expectativas do relacionamento, se altera para alcançar o objetivo inicialmente estabelecido.

Agora já é possível apresentar as características paradigmáticas do funcionamento dos contratos descontínuos. Na lógica descontínua, cada negócio caracteriza uma entidade única, pois cada vínculo representa uma transação separada de quaisquer outras firmadas entre as partes. Cada ato contratual é considerado como um ato isolado, independente e autônomo, com seus próprios elementos essenciais constitutivos. São quatro as características básicas desses vínculos. Eles são: (a) impessoais; (b) presentificadores; (c) envolvem uma barganha entre partes instrumentalmente orientadas; e (d) requerem o mútuo consentimento. O contrato é (a) impessoal, porque define a transação em termos de simples troca de mercadoria. Nele não se confere nenhuma importância à qualidade das partes contratantes, bastando sua simples subsunção ao conceito geral de sujeito de direitos. O contrato é (b) presentificador, pois busca planejar no presente imediato os comportamentos futuros das partes, prevalecendo a ideia de que ele deve ser mantido dentro do contexto consagrado do *pacta sunt servanda*. A concepção de (c) barganha instrumental busca refletir a presunção de que as partes agiram, durante as negociações, de forma egoísta e individualista na busca da realização de seus próprios interesses econômicos, excluindo-se a premissa de que as partes atuavam de forma cooperativa ou solidária. Finalmente, (d) a ideia de mútuo consentimento recorda que a autonomia da vontade é a fonte criadora desses vínculos.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Contrato previdenciário como contrato relacional. In: *Ensaios de direito privado e social: contratos, meio ambiente e tutela coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 81-99.

Os contratos relacionais possuem uma lógica de operação distinta. Os vínculos criados tendem a gerar relacionamentos contínuos e duradouros, nos quais os termos de troca são cada vez mais abertos e as cláusulas substantivas são substituídas por cláusulas constitutivas ou de regulação de um processo de contínua renegociação. São diversas as características que afastam esse tipo de contrato da lógica tradicional dos contratos típicos das reconstruções liberalistas. Cinco são as principais: (a) os elementos constitutivos dos contratos se tornam mais flexíveis, pois questões como preço, quantidade, qualidade e entrega sofrem mutação constante; (b) essa mutabilidade torna impossível prever todas as contingências contratuais, colocando em xeque a própria utilidade das cláusulas gerais nas quais as teorias contratuais se fiam para a solução desses imprevistos; (c) o contrato adquire uma dimensão processual, na forma de um jogo reflexionante que produz *in fieri* a medida de sua razoabilidade e justiça contratual; (d) os termos do contrato ficam sujeitos a readequações constantes durante a vigência, através da previsão de processos institucionais pelos quais os termos da troca e do ajuste serão especificados no curso do adimplemento; finalmente, (e) os contratos não mais se limitam a estabelecer trocas entre sujeitos de direito, mas a estabelecer complexos processos de cooperação, solidariedade e confiança.<sup>8</sup>

O dito acima permite criar uma dicotomia. De um lado, temos algumas práticas contratuais que devem ser consideradas descontínuas, tradicionalmente contratos relacionados aos modelos de produção manufatureiro e de massa. De outro, temos um conjunto de práticas contratuais que deve ser considerado relacional, normalmente relativo a modelos de produção que se protraem no tempo e que possuem como característica central a existência de algum tipo de atividade cooperativa. Isso permite criar um espectro tomando por base o comportamento dos contratantes. No primeiro dos extremos, temos os comportamentos altamente competitivos, que se relacionam com um modelo descontínuo. No outro, temos o máximo de cooperação, comportamentos que reclamam um modelo relacional. Isso permite criar dois tipos ideais. O tipo ideal do contrato descontínuo é aquele no qual a relação entre as

---

<sup>8</sup> MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto, op. cit., p. 87-89.

partes se limita à troca: uma parte entrega um produto ou serviço especializado, enquanto a outra entrega normalmente o seu equivalente em dinheiro.<sup>9</sup> O tipo ideal do contrato relacional é aquele no qual as partes, tal como ocorre em um casamento, decidem estabelecer um projeto de relacionamento. Elas acordam que cooperarão para o sucesso do empreendimento conjunto, mas não serão capazes de antever, desde o início, as contingências que enfrentarão. O consenso aqui não é capaz de definir os pormenores do contrato, mas apenas as bases sobre as quais o relacionamento se desenvolverá. A importância do espectro está em perceber que contratos reais poderão ocupar, dependendo de suas características e das expectativas sociais neles envolvidas, lugares distintos. É o que ocorre também com os planos de saúde, como se verá na próxima subseção.

### 1.1. Características relacionais dos contratos de plano de saúde

O que nos permite afirmar que os contratos de planos de saúde são do tipo relacional? Dito de outra forma, quais características paradigmáticas do funcionamento desse contrato nos autorizam imputar-lhe o rótulo? A primeira deve ser localizada no papel do consenso na formação do vínculo. A presentificação característica dos contratos descontínuos está ausente no plano de saúde. Quando da assinatura do contrato, embora as partes possam debater diversos pontos – tais como rede credenciada, reembolso, tipo de acomodação e valores –, o consenso manifestado possui um papel de desencadeador de relacionamento e não de determinação integral das obrigações reciprocamente assumidas. O contrato firmado possui um nível de incompletude endêmico invencível, pois não é possível, na data da assinatura, determinar por completo o conceito futuro de adimplemento perfeito. Por um lado, o usuário desconhece como evoluirá a sua saúde pessoal e não sabe se precisará do auxílio da operadora e, em caso positivo, em quais

---

<sup>9</sup> Há de se recordar que mesmo comportamentos altamente competitivos também se desenvolvem no interior de relações sociais. Assim, é equivocado imaginar que a competição entre dois agentes econômicos é um tipo de vale-tudo sem regras. Os limites legítimos da competição também são normativamente mediados e construídos pela sociedade.

termos. Ademais, o conceito de adimplemento perfeito está sujeito a modificações na economia, no conhecimento científico, na tecnologia e, até mesmo, a pandemias não antevistas. Aquilo que aparenta ser adequado hoje, que guarda uma boa relação entre o preço pago e o serviço disponível, pode se alterar por completo amanhã<sup>10</sup>. Essas são contingências imprevisíveis que afetam diretamente as expectativas de todos os envolvidos no relacionamento. A manutenção e o desenvolvimento do vínculo pressupõem, portanto, compreender esses contratos por uma lógica mais flexível.

As expectativas legítimas das partes também desempenham um papel importante na caracterização do rótulo relacional. O usuário tem como propósito contratar serviços de saúde para utilizar na eventualidade de algum infortúnio. A operadora tem como propósito auferir lucro através da exploração dessa atividade econômica. O contexto social no qual esse vínculo se estabelece reconhece a importância que a socialização dos infortúnios possui para a melhora da qualidade de vida de seus membros, da mesma forma que reconhece o livre mercado como uma forma eficiente para a prestação de serviços e para o desenvolvimento econômico. As operadoras normalmente oferecem seus serviços prometendo que cuidarão da saúde do usuário e de seus familiares. Ao contrário do que ocorre com o contrato descontínuo, no qual as obrigações assumidas são muito claras, no plano de saúde a expectativa de cuidar da vida do usuário impõe uma determinação muito mais fluida do conceito de adimplemento contratual.

O comportamento legitimamente esperado dos contratantes também difere. Enquanto a competição é a característica central dos contratos descontínuos, a cooperação entre usuário e operadora é o padrão socialmente imposto ao contrato relacional. Usuário e operadora não estão em competição por uma barganha que aumente os resultados de ambos, mas em cooperação para prestar e receber serviços de saúde. O ponto de vista do participante da prática, mediado pelos valores de filosofia política que conferem sentido ao contrato, não pode ser

---

<sup>10</sup> MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Regulação no setor de telecomunicações e o direito do consumidor. In: *Ensaio de direito privado e social: contratos, meio ambiente e tutela coletiva*. São Paulo: Sarai-va, 2015, p. 203.

ignorado. A expectativa legítima do usuário é uma espécie de comportamento cooperativo por parte da operadora, para que ela o ajude, na eventualidade de um infortúnio, a superar o problema de saúde. A cooperação se faz presente para ambas as partes. A iniciativa privada explora o mercado de saúde suplementar em troca de lucro e é justo que o obtenha, desde que o faça cumprindo por completo tudo aquilo que é devido ao usuário. Note-se que o comportamento cooperativo não depende de qualquer tipo de anuência subjetiva dos contratantes. Ele é um padrão de comportamento socialmente imposto que integra os contratos mesmo se ambos os contratantes, no momento da assinatura ou durante a execução do vínculo, decidirem se comportar de maneira egoísta e oportunista.

O dito acima naturalmente coloca a seguinte pergunta: considerando o espectro de comportamentos possíveis das partes, dentro dos tipos ideais do máximo de competição e do máximo de cooperação, onde se deve localizar o contrato de planos de saúde? Um ponto que merece destaque é uma relação de disparidade de forças entre as partes. A operadora possui superioridade econômica, técnica e informacional que a coloca em situação de vantagem em qualquer tipo de negociação com os usuários, mesmo quando eles contratam de forma coletiva. Isso retira a possibilidade de pretender localizar o contrato no máximo da cooperação, pois o conceito de cooperação plena pressupõe igualdade substantiva entre as partes para alcançar objetivos comuns. Alguns poderão afirmar que a esfera cooperativa imposta externamente ao contrato não possui a profundidade suficiente para classificar esse contrato como relacional. Aqui duas observações são importantes para justificar a classificação: (a) a fluidez que deve reger a redefinição constante dos termos do contrato e as expectativas socialmente imputadas ao vínculo impõem um tratamento cooperativo ao contrato que, embora não se possa localizar no máximo da cooperação espontânea, impõe externamente um dever cooperativo; (b) a determinação do preço devido certamente é o instante menos cooperativo do relacionamento, pois a disparidade de forças permite que a operadora cobre o preço que entender devido e ao consumidor resta aceitar ou rejeitar o valor. Contudo, defendi em outro texto que o dever de cooperação é a fonte da ampliação dos limites de cobertura para além daquilo que foi regulamentado pela ANS, desde que presentes alguns requisitos de custo-efetividade dos



procedimentos.<sup>11</sup> Portanto, se, por um lado, existe disparidade de forças na determinação do preço, por outro, há deveres cooperativos que ingressam no contrato a despeito da disparidade e de eventual recusa de qualquer das partes do contrato. Assim, o contrato, embora não possa ser localizado no extremo da cooperação, possui características cooperativas que não permitem reconduzi-lo à ideia de contrato descontínuo.

## 2. Regulação no mercado de saúde suplementar

Quando uma das partes exerce uma posição de poder muito dispar, isso permite que ela imponha unilateralmente regras no relacionamento capazes de sujeitar a outra a situações não totalmente desejadas. É por esses motivos que o contrato de plano de saúde é simultaneamente relacional e regulamentado pelo Estado. Não houvesse a disparidade de forças e, ainda, não fosse a saúde suplementar uma área tão importante socialmente, a proteção através da regulação não seria exigida. O tema da proteção regulatória encerra dois conjuntos de conduta por parte do Estado: (a) a edição de regulação, que interfere nos limites de liberdade de conduta individual; e (b) o exercício do poder de polícia, que encerra as condutas de fiscalizar, corrigir e, em alguns contextos, sancionar a conduta em desacordo com o padrão estabelecido. Para os limites deste trabalho, interessa-me o primeiro aspecto protetivo.

A regulação da atividade privada pode ser justificada pela necessidade da realização de algum valor tido como importante pela comunidade política, gerando um tipo de proteção especial. Existe um paralelo importante entre a atividade regulatória e a implementação de políticas públicas por parte do Estado. A possibilidade de reconduzir o conteúdo da regulação a algum tipo de justificativa considerada valiosa pelos membros da comunidade é pressuposto para o reconhecimento de sua juridicidade e para sua aceitação pelos destinatários. Prosser

---

<sup>11</sup> BIAZEVIC, Juan Paulo Haye. *Interpretação dos contratos: os limites de cobertura dos planos de saúde*. 2020. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

articulou quatro tipos ideais de racionalidade regulatória que buscam justificar a regulação: (a) regulação para garantir a eficiência econômica e o direito de escolha do consumidor; (b) regulação para proteger direitos individuais básicos; (c) regulação para garantia da solidariedade social; e (d) regulação como deliberação.<sup>12</sup> A regulação editada pela ANS pode ser compreendida através desses quatro tipos ideais.

As (a) abordagens econômicas defendem que a regulação deve agir para corrigir falhas de mercado, partindo da premissa de que esse tipo de correção aumenta o bem-estar da comunidade. A regulação adquire um papel de instrumento de maximização da eficiência alocativa dos recursos, objetivo que tem por fundamento uma concepção utilitarista de moral política. Embora os economistas não analisem o modelo a partir de uma concepção filosófica, seus modelos podem ser compreendidos como fundados na premissa de que a comunidade estará melhor sempre que os recursos forem distribuídos de maneira mais eficiente, de tal forma a potencializar a maximização da riqueza. Alguns autores ampliam o papel da regulação para incluir a defesa da escolha do consumidor como outro objetivo desse modelo. O argumento é que a correção das falhas do mercado gera efeitos positivos para os consumidores, pois um mercado com maior concorrência garante um número maior de opções de qualidade.<sup>13</sup>

As demais justificativas buscam enfrentar uma limitação relevante da justificativa anterior, tal seja, o fato de ela ser articulada a partir do valor eficiência dentro de um modelo utilitarista de maximização de riqueza. Isso não equivale a dizer que o modelo não está centrado na realização de alguma concepção de valor ou na realização de alguma concepção de interesse público. A eficiência é um valor, mas não é o

---

<sup>12</sup> PROSSER, Tony. *The regulatory enterprise: government, regulation, and legitimacy*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 18-19.

<sup>13</sup> PROSSER, Tony, op. cit., p. 12-13. O rol de coberturas obrigatórias mínimas nos planos de saúde, por exemplo, corrige uma falha de mercado importante referente ao déficit de informação entre operadora e usuário de planos de saúde, evitando algum tipo de comportamento oportunista por parte daquela. Não fosse a existência desse rol de procedimentos, elaborado por pessoas que presumidamente possuem conhecimento em áreas como a epidemiologia, saúde pública e tantas outras, o consumidor não teria condições de aferir se as coberturas contratadas, entre outros aspectos relevantes, são justas para o preço contratado e para as enfermidades mais comuns para seu perfil. Para uma versão completa do argumento e, ainda, sobre como essa falha tende a gerar retração de mercado, veja: BIAZEVIC, Juan Paulo Haye, op. cit., p. 168-171.

único valor digno de tutela em todos os contextos sociais. O que as justificativas não econômicas buscam demonstrar é que outros valores também podem ser utilizados para justificar o conteúdo da regulação. É certo que elas podem gerar ineficiências econômicas, mas se justificam a partir dos valores que os participantes da prática consideram importantes para viver uma vida digna coletivamente. O papel do sistema político se torna o de definir um acordo coletivo sobre aquilo que se considera um bem na vida política, social e econômica.<sup>14</sup> Não existe alocação moralmente neutra ou naturalmente obrigatória. Todas as escolhas alocativas refletem um tipo de decisão de natureza moral acerca da melhor maneira pela qual as pessoas irão viver suas vidas. Duas são as principais justificativas não econômicas: a proteção de direitos básicos e a garantia da solidariedade social.

A regulação para a (b) proteção de direitos básicos está baseada na ideia de que algumas pessoas possuem direitos incondicionais a certos níveis de proteção, ou seja, de que alguns riscos são inaceitáveis quaisquer que sejam os benefícios alcançados.<sup>15</sup> A criação de padrões mínimos de cobertura e o monitoramento exercido pela ANS são concreções dessa justificativa.

A regulação também pode ser justificada como mecanismo de garantia da (c) solidariedade social. Pode-se dizer que a regulação tem vocação para impedir ou limitar o potencial fragmentador dos mercados, garantindo amplas formas de acesso a serviços essenciais.<sup>16</sup> O valor solidariedade fornece sentido à gramática de funcionamento do contrato, porquanto a saúde suplementar deve ser compreendida como mais um componente da rede de proteção social disponível à população. Não é possível compreender a gramática da regulação desse setor de forma apartada das políticas gerais de atenção

---

<sup>14</sup> MORGAN, Bronwen; YEUNG, Karen. *An introduction to law and regulation: text and materials*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 36.

<sup>15</sup> PROSSER, Tony, op. cit., p. 13-14. Nos exemplos citados por Sunstein, o Congresso Americano, a partir do chamado *New Deal*, criou diversos tipos de regulação para proteger os indivíduos e a coletividade dos múltiplos riscos da sociedade industrializada. Eram regulações que reconheciam o direito à liberdade de riscos no ambiente de trabalho e do consumo de produtos, do risco da pobreza, das longas horas de trabalho e dos baixos salários, da fraude e engano, da dominação por empregadores e contra a poluição do ar, da água e de substâncias tóxicas (SUNSTEIN, Cass R. *After the rights revolution: reconceiving the regulatory state*. Cambridge: Harvard University Press, 1993, p. 12-13).

<sup>16</sup> PROSSER, Tony, op. cit., p. 15-16.

à saúde, ainda que se trate de atividade prestada por particulares. É inegável o interesse público em desenvolver um mercado capaz de dar conta de três pretensões ideais: (i) agregar o maior número possível de pessoas, (ii) pagando preços acessíveis e (iii) com o mais amplo acesso possível aos tratamentos recomendados pela ciência médica. Assim, embora financiados com recursos particulares, os planos de saúde devem ser considerados como parte da rede de proteção social disponível à população.

Finalmente, o último modelo regulatório é o (d) deliberativo. Todos os valores acima invocados (eficiência econômica, direitos básicos e solidariedade social) são essencialmente controversos. Embora importantes, pessoas razoáveis sempre irão divergir acerca do que constitui a melhor concreção ou articulação desses valores em casos específicos. O desacordo moral sobre qual valor deve ser privilegiado em cada contexto permanecerá presente e é exatamente por esse motivo que as soluções procedimentais têm sido utilizadas como instrumento de solução prática. A vantagem desse tipo de modelo é a possibilidade de argumentar que o diálogo entre os envolvidos, criado e mantido pelo espaço regulatório, é o instrumento para alcançar a determinação do interesse público. O procedimento não terá o poder de solucionar o desacordo moral, mas é uma saída prática importante quando há de se tomar alguma decisão endemicamente controversa.

O que os parágrafos acima revelam é que a justificação dos atos de regulação da Agência Nacional de Saúde, dada a complexidade do setor de saúde suplementar, não admite um conjunto único de argumentos de defesa. Como ocorre normalmente com nossas práticas linguísticas de justificação de sistemas complexos, também na saúde suplementar a diversidade dos valores e dos interesses envolvidos comporta e permite a apresentação de diversas alegações nem sempre coincidentes. Nada impede, por exemplo, que o mesmo ato regulatório receba justificativas de natureza econômica, baseadas no aumento da eficiência na alocação dos recursos disponíveis, e também de interesse público, articuladas em torno de valores de solidariedade e de proteção de direitos básicos dos usuários de planos de saúde.

### 3. Pandemia e a necessidade de um marco regulatório

Existe grande semelhança entre os planos de saúde e o contrato de seguro, notadamente em seus aspectos técnicos, atuariais e financeiros. A semelhança entre ambos permite analisar a questão dos valores que conferem sentido ao plano de saúde através do contrato de seguro. Como esclarece Ewald, a fonte da moralidade do seguro nasce de um tipo de racionalidade fundada na probabilidade dos infortúnios. A criação de um seguro transforma um obstáculo – o medo da perda – em uma possibilidade objetivamente quantificada. Isso liberta o indivíduo, permitindo que ele possa agir ciente de que, no caso do infortúnio, será ressarcido.<sup>17</sup> A moralidade do contrato de seguro está construída em torno de quatro valores básicos, que Ewald identificou como sendo: responsabilidade, solidariedade, justiça e verdade.<sup>18</sup> Esses são valores interdependentes e autorreferentes. Eles adquirem um significado especial no contexto dos seguros, permitindo compreender o contrato como um tipo especial de parceria. Eles possuem uma dimensão política, pois são o resultado de uma escolha social. Uma sociedade fundada em seguros, longe de ser uma sociedade sem valores, é uma sociedade extremamente rígida e virtuosa, que não ignora os riscos que naturalmente decorrem de sua existência.<sup>19</sup>

Como é feito o cálculo do valor cobrado dos usuários dos planos? Esse é um tema que se relaciona diretamente com a questão do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, em especial com a precificação do risco coberto. A legislação permite que as contraprestações devidas variem de acordo com a idade do beneficiário. O cálculo inicial do prêmio, embora sofra modificação regulatória por conta do pacto intergeracional, é definido a partir do custo para a prestação dos serviços para cada usuário. Sobre esses valores são acrescidas quantias para fazer frente a despesas administrativas, comerciais, tributárias e, finalmente, para incluir o lucro da operação. Embora contrair doenças seja um evento futuro e imprevisível para cada indivíduo, a incidência de doenças em uma população pode ser estatisticamente determinada

---

<sup>17</sup> EWALD, François. *The values of insurance*. Grey Room, Cambridge, v. 74, p. 120-145, 2019, p. 129.

<sup>18</sup> Para uma análise completa de cada um desses valores básicos, veja: EWALD, François, op. cit.

<sup>19</sup> EWALD, François, op. cit., p. 140-141.

com boa precisão para cada patologia.<sup>20</sup> A possibilidade de quantificar o risco global é o que torna possível a existência do contrato, pois permite o cálculo do montante necessário que se deve reunir para fazer frente aos eventos.

Em suma, dois são os pontos básicos da gramática de funcionamento dos contratos de planos de saúde: (a) ele é valioso para os participantes da prática porque permite transferir onerosamente um determinado risco, fornecendo um mecanismo de socorro no caso de infortúnio e, simultaneamente, liberando parte dos recursos do usuário para outras finalidades; e (b) a assunção do risco pressupõe clareza naquilo que a operadora está assumindo, clareza que permite, através de cálculos atuariais, a precificação daquilo que os usuários utilizarão dos valores arrecadados pelo grupo.

Nesses termos, há de se colocar a seguinte pergunta: como a ocorrência da pandemia é capaz de abalar o equilíbrio atuarial do plano? De início, não se pode ignorar que esse é um ponto que exige demonstração concreta de aumento de gastos por parte das operadoras e, ainda, que não existem estudos empíricos apontando com clareza a monta desses aumentos. Contudo, a partir daquilo que é noticiado pelos diversos meios de comunicação, pode-se aceitar a hipótese de que a pandemia foi responsável pelo aumento nos gastos ordinários em virtude da maior ocupação de leitos de terapia intensiva e, também, pela realização dos diversos exames em todos os pacientes que procuraram a rede privada para o diagnóstico da enfermidade. A pandemia tem o potencial de afetar o equilíbrio do contrato exatamente porque é um fato imprevisível cujas consequências não foram devida e previamente determinadas com base estatística. Assim, os gastos que as operadoras são obrigadas a enfrentar não foram precificados e a provisão técnica existente para o enfrentamento das despesas não está totalmente formada. Note-se que ao fato da vida pandemia somam-se todos os demais infortúnios aos quais a comunidade dos segurados está estatisticamente sujeita pelo simples fato de serem seres humanos.

A pandemia também tem o potencial de gerar desequilíbrio na outra ponta do contrato, no polo dos usuários de planos de saúde. As

---

<sup>20</sup> CECHIN, José. Fatos da vida e o contorno dos planos de saúde. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (org.). *Planos de saúde: aspecto jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 199.

previsões de retração da economia, perda de renda e do emprego são, neste momento, extremamente pessimistas. Pode-se aceitar a hipótese de que muitos usuários, em razão do isolamento social e da paralisação de setores relevantes da economia, tiveram sua renda amplamente comprometida e assim permanecerão por prazo razoável. Em suma, a pandemia gerou perda de riqueza e de capacidade de pagamento. O que é mais preocupante para o contrato, portanto, é que a pandemia tem o potencial de majorar os custos para a prestação dos serviços por parte das prestadoras e, simultaneamente, reduzir a capacidade de pagamento por parte dos usuários dos serviços. Como reencontrar o equilíbrio em um contrato regido pelos deveres mútuos de cooperação?

### **3.1. Alternativas regulatórias: acertamento e equilíbrio**

Parece-me que a melhor saída disponível para o problema deve se dar na esfera da proteção regulatória. Recorde o leitor que a regulação da ANS comporta compreensão e justificação a partir de múltiplos argumentos de moral política. Ela pode servir para alocar de forma mais eficiente os recursos disponíveis, aumentando a eficiência, a competição e ampliando o mercado para o consumidor. Ela pode, também, agir como instrumento para a defesa do direito básico à saúde dos usuários e para a manutenção de nossa rede de solidariedade social, através da criação de estruturas institucionais que criem incentivos para a manutenção dos usuários no interior dessa rede de proteção, a despeito de sua momentânea perda de poder aquisitivo. Essa pluralidade de propósitos revela a preocupação de nossas práticas regulatórias com ambos os polos do contrato relacional. De nada adiantaria permitir a majoração dos preços, ainda que negociada na esfera dos contratos coletivos, ignorando por completo a redução da capacidade de pagamento. Da mesma forma, seria temerário ignorar os aumentos dos custos, pois operadoras em ruína financeira não serão capazes de prestar os seus serviços e deixarão seus usuários sem a cobertura necessária. Encontrar o ponto de equilíbrio aqui, portanto, é delicado, mas necessário.

A busca por um reequilíbrio deve ser compreendida a partir das ideias de acertamento e equilíbrio, ideias típicas do direito social.

A partir das lições de François Ewald, pode-se dizer que o acertamento reflete a ideia de que as disputas entre os diversos grupos de interesse devem ser solucionadas através de sacrifícios mútuos, enquanto o equilíbrio pretende criar uma regra de julgamento normativo e contextual que introduz um tipo de dever de compensar o desequilíbrio através da distribuição coletiva do ônus.<sup>21</sup> Na prática, embora a vagueza desses conceitos autorize a articulação de inúmeros arranjos alocativos, podemos considerar alguns cenários possíveis para a solução regulatória. Aqui considerarei duas possibilidades quanto à duração e aos efeitos da pandemia: (a) pandemia de curta duração e de pequenos efeitos econômicos e (b) pandemia de longa duração e de grandes efeitos econômicos. Parece-me que elas ilustram de forma razoável algumas das consequências possíveis que devem ser consideradas na solução regulatória. Ambas, contudo, devem levar em consideração o aumento dos custos para cada operadora de forma individualizada, inclusive distinguindo bases territoriais de atuação e exigindo a efetiva demonstração contábil da monta do impacto causado pela pandemia. Essa é uma precaução indispensável para evitar comportamentos oportunistas das operadoras, que poderiam utilizar a pandemia como mero pretexto para aumentar seus resultados financeiros.

No primeiro cenário, o desafio regulatório é mais simples. A rigor, uma pandemia de curta duração alcançaria negativamente apenas os usuários dos planos, em razão da provável lentidão de recuperação da economia, mas não representaria um aumento de custo de operação em grande proporção para as operadoras. Nesses termos, o maior cuidado da regulação seria o de não permitir o repasse integral e imediato desses custos. Essas quantias, embora não tão elevadas para as operadoras, seriam exigidas de pessoas que estão suportando queda de poder aquisitivo. Os aumentos, então, teriam o potencial de excluir os consumidores do acesso aos planos de saúde, em especial os de menor renda e os de mais idade. A alternativa viável é a diluição no tempo da recomposição patrimonial das operadoras. Uma possibilidade é a redução temporária do capital que as operadoras são obrigadas a provisionar a título de margem de solvência, aumentando a liquidez do setor sem repassar imediata e integralmente os custos do aumento para o

---

<sup>21</sup> EWALD, François. A concept of social law. In: TEUBNER, Gunther (org.). *Dilemmas of law in the Welfare State*. Berlin: European University Institute, 1988, p. 40-75.



usuário final. Uma vez custeadas as despesas causadas pela pandemia e, ainda, retomada a atividade econômica ordinária, o contrato reencontraria o equilíbrio perdido, voltando a operar com as probabilidades estatísticas ordinárias anteriores.

O segundo cenário é extremamente complexo. Uma pandemia longa e com grandes impactos para os custos de operação é algo que desafia a própria manutenção da existência de um sistema de saúde suplementar, ao menos de um sistema de saúde suplementar não concentrado em poucos grandes agentes. Diversos são os aspectos que devem ser levados em consideração. Além do já mencionado quanto à demonstração contábil concreta da monta dos custos suportados, a regulação também deverá impor a correção do desequilíbrio atuarial em um prazo elástico o suficiente para não excluir os usuários do acesso aos planos e, simultaneamente, curto o suficiente para não excluir do mercado de prestação de serviços as operadoras de menor porte. Ademais, para agregar maiores complexidades, a definição desse prazo deve ser responsiva à presença dos efeitos da pandemia na economia. A própria redução temporária das margens de lucro, considerando a necessidade de sobrevivência de um mercado plural e competitivo, pode ser considerada como uma alternativa.

Não existem respostas fáceis para o reequilíbrio do contrato, mas as diversas alternativas no nível da regulação possuem uma vantagem importante: elas terão algum tipo de racionalidade minimamente universalizável na determinação dos critérios de distribuição dos ônus financeiros da pandemia. Um bom marco regulatório, capaz de levar em conta todas as complexidades que ambas as partes do contrato estão sujeitas, em especial a parte de menor capacidade econômica, é instrumento imprescindível para a execução de uma boa política de acesso à saúde e de socialização dos infortúnios. Ele seria capaz de afastar parte das críticas, algumas delas apressadas e superficiais, de que as agências reguladoras no país laboram quase que exclusivamente no interesse dos agentes econômicos. Ele também seria um mecanismo adequado para afastar outro tipo de irracionalidade: alguma forma de populismo legislativo que proíba por completo reajustes ou a suspensão dos planos para pessoas inadimplentes. Soluções simplistas, que desconsiderem a complexidade do setor da saúde suplementar, longe de apontar um caminho adequado, apenas agregarão elementos de desequilíbrio para o vínculo relacional.

### 3.2. Optando por não regular

Deixar de regular nesse período excepcional é optar, por um lado, pela irracionalidade da judicialização nos planos de saúde e, por outro, por colocar as operadoras em uma posição de vantagem no momento da renegociação do contrato. Vejamos cada uma das hipóteses.

O usuário que se considerar achacado pelo aumento de seu plano de saúde procurará o Judiciário para a redução da contraprestação a valores “razoáveis”, mas não terá a capacidade técnica de indicar critérios objetivos indiciários da razoabilidade. Como tantas demandas que tramitam pelo país, as petições iniciais se limitarão a apontar os valores anteriores à pandemia, os valores posteriores e, em alguns casos, a destacar a redução da capacidade de pagamento em razão da retração da economia. Algumas farão juntar notícias de jornais adrede selecionadas para denunciar as grandes margens de lucro de algumas das maiores operadoras no país, na esperança de que esse conjunto de fatos seja suficiente para sensibilizar o magistrado para afastar a injustiça cometida. A situação é, de fato, injusta. Contudo, correções de injustiça demandam critérios de justiça distributiva que não estão ao alcance de profissionais que são versados em direito, mas leigos em saúde suplementar. É possível encontrar na gramática cooperativa do vínculo relacional um argumento para tentar redistribuir os ônus financeiros da pandemia, mas o argumento perderá persuasão no momento de indicar os critérios adequados para repartir os prejuízos suportados por ambas as partes do contrato.<sup>22</sup> Ao final, ainda que o Judiciário, em uma demanda específica, interfira no conteúdo do contrato e modifique o arranjo alocativo, essa decisão será precificada pela operadora e redistribuída entre os demais usuários que não judicializaram a questão. A coletividade dos usuários pagará um pouco mais caro para que uma pessoa tenha acesso a planos mais baratos.

Note-se que optar por não regular também é uma decisão, mas é uma decisão que mantém os debates sobre a recomposição dos planos

---

<sup>22</sup> Esse é um óbice intransponível que se verifica tanto em demandas individuais como em demandas coletivas. A falta de racionalidade decorre não do tipo de demanda judicial, mas do fato de o local da tomada da decisão estar deslocado do interior da agência de regulação.

na atual sistemática regulatória, ou seja, naquilo que for livremente pactuado entre operadoras e grupos de usuários. Recorde-se que a imensa maioria dos planos de saúde em vigor no país é do tipo coletivo, modalidade que determina que os reajustes na contraprestação devida devem ser objeto de negociação entre as partes do contrato.<sup>23</sup> Esse tipo de debate tende a ser danoso para a comunidade dos usuários, em especial pela disparidade de forças no momento da renegociação.

#### 4. Conclusões

Podemos optar, portanto, entre dois modelos. O primeiro enfrenta a complexidade técnica imposta pela pandemia e assume o ônus de regular nesses tempos, desenvolvendo critérios de justiça distributiva universalizáveis. O segundo é a escolha pela irracionalidade da decisão do caso concreto ou, em outra leitura, a sujeição da comunidade dos usuários de planos de saúde a uma posição de renegociação em um contexto de disparidade de forças. Aqui não existe alternativa moralmente neutra, mas dois caminhos possíveis para uma questão importante que se relaciona com a conservação de nossos laços de solidariedade social. Decidir por regular ou por silenciar exige a apresentação das melhores razões de moral política para explicar porque estaremos melhor, como comunidade, com ou sem a edição da regulação. Espero que os diversos motivos articulados durante este trabalho tenham deixado claras as razões pelas quais entendo necessária a edição de nova regulação.

---

<sup>23</sup> As grandes operadoras não mais oferecem planos individuais, pois neles o reajuste nos preços depende de autorização da ANS. Essa menor flexibilidade desequilibrou o mercado de planos em favor das diversas modalidades de planos coletivos, que respondem por 81,59% dos planos ativos. Segundo a ANS, entre os planos adaptados à Lei nº 9.656/1998, existiam, em março de 2020, 35.537.946 planos coletivos (81,59%) e 8.019.987 planos individuais (18,41%). Disponível em: <https://bit.ly/3i-99KUK>. Acesso em: 12 jun. 2020.

## Referências

BIAZEVIC, Juan Paulo Haye. *Interpretação dos contratos: os limites de cobertura dos planos de saúde*. 2020. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

CAMPBELL, David. Ian Macneil and the relational theory of contract. *In: The relational theory of contract: selected works of Ian Macneil*. London: Thomson Reuters, 2001. p. 3-58.

CECHIN, José. Fatos da vida e o contorno dos planos de saúde. *In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (org.). Planos de saúde: aspecto jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 195-225.

EWALD, François. A concept of social law. *In: TEUBNER, Gunther (org.). Dilemmas of Law in the Welfare State*. Berlin: European University Institute, 1988, p. 40-75.

EWALD, François. *The values of insurance*. Grey Room, Cambridge, v. 74, p. 120-145, 2019.

KIMEL, Dori. The choice of paradigm for theory of contract: reflections on the relational model. *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, v. 27, n. 2, p. 233-255, 2007.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Contrato previdenciário como contrato relacional. *In: Ensaios de direito privado e social: contratos, meio ambiente e tutela coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 81-99.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Regulação no setor de telecomunicações e o direito do consumidor. *In: Ensaios de direito privado e social: contratos, meio ambiente e tutela coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 197-206.

MACNEIL, Ian R. *O novo contrato social: uma análise das relações contratuais modernas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

MORGAN, Bronwen; YEUNG, Karen. *An introduction to law and regulation: text and materials*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

PROSSER, Tony. *The regulatory enterprise: government, regulation, and legitimacy*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

SUNSTEIN, Cass R. *After the rights revolution: reconceiving the regulatory state*. Cambridge: Harvard University Press, 1993.