

ROTEIRO DE ATUAÇÃO

PLANOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE

3ª Câmara de Coordenação e Revisão

V

PLANOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Procurador-Geral da República

Antônio Augusto Brandão de Aras

Vice-Procurador-Geral da República

José Bonifácio Borges de Andrada

Vice-Procurador-Geral Eleitoral

Humberto Jacques de Medeiros

Ouvidor-Geral do Ministério Público Federal

Juliano Baiocchi Villa-Verde de Carvalho

Corregedora-Geral do Ministério Público Federal

Elizeta Maria de Paiva Ramos

Secretário-Geral

Eitel Santiago de Brito Pereira



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
3ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO

ROTEIRO DE ATUAÇÃO

**PLANOS DE
ASSISTÊNCIA À SAÚDE**

Volume 5

© 2019 – MPF

Todos os direitos reservados ao Ministério Público Federal

Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr3/publicacoes>

	Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)	
B823r		
	Brasil. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão, 3. Roteiro de atuação : planos de assistência à saúde – Brasília : MPF, 2019. 63 p. – (Roteiros de atuação ; v. 5)	
	Disponível em: www.mpf.mp.br	
	1. Plano de saúde – fiscalização – Brasil. 2. Assistência à saúde – Brasil. 3. Saúde suplementar – Brasil. 4. Proteção e defesa do consumidor – Brasil. 4. Ministério Público Federal – atuação. I. Título. II. Série.	
	CDD 363.72	

Elaborado por Isabella de Oliveira e Nóbrega – CRB 1/3131

3ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO

Titulares:

Coordenador – Luiz Augusto Santos Lima
Subprocurador-Geral da República

Alcides Martins
Subprocurador-Geral da República

Brasilino Pereira dos Santos
Subprocurador-Geral da República

Suplentes:

Maria Emília Moraes de Araújo
Procuradora Regional da República,
PRR 3ª Região/São Paulo

Lafayette Josue Petter
Procurador Regional da República,
PRR 4ª Região/Rio Grande do Sul

Marcus Vinícius Aguiar Macedo
Procurador Regional da República,
PRR 4ª Região/Porto Alegre

Autores:

Fabiano de Moraes
Coordenador do GT
Procurador da República no Município de Caxias do Sul/RS

Niedja Gorete de Almeida Rocha Kaspary
Substituta
Procuradora da República na PR/AL/União dos Palmares

Marcus Vinícius Aguiar Macedo
Procurador Regional da República – PRR 4ª Região/Porto Alegre

Planejamento visual e diagramação:
Héber Peixoto Sabino / Secretaria de Comunicação Social (Secom)

Revisão de texto:
Ana Paula Rodrigues de Azevedo / Secom
Fernanda Gomes Teixeira de Souza / Secom

Normalização Bibliográfica:
Coordenadoria de Biblioteca e Pesquisa (Cobip)

Procuradoria-Geral da República
SAF Sul, Quadra 4, Conjunto C
Fone (61) 3105-5100
70050-900 – Brasília – DF

www.mpf.mp.br

Sumário

APRESENTAÇÃO	7
1 PLANOS DE SAÚDE NO BRASIL	9
1.1 Termo saúde suplementar	10
1.2 Origem	11
2 A AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (ANS)	14
3 OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE	18
3.1 Classificação quanto a sua forma de constituição	18
3.2 Intervenção e liquidação extrajudicial	20
4 PLANO PRIVADO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE	22
4.1 Do contrato	22
4.2 Classificação dos contratos	24
4.2.1 Data da contratação	25
4.2.2 Regime de contratação	25
4.2.3 Segmentação da cobertura	26
4.2.4 Área geográfica de abrangência	28
4.3 Rescisão do contrato	28
5 DA PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR	30
5.1 Oferta e publicidade	31
6 CARÊNCIA	32
6.1 Doença ou lesão preexistente	32
6.2 Portabilidade de carências	33
7 CONTRAPRESTAÇÃO PECUNIÁRIA (MENSALIDADE)	35
7.1 Coparticipação e franquia	35
7.2 Revisão e reajuste da contraprestação pecuniária	37
7.2.1 Revisão	37
7.2.2 Reajustes	38
8 ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS EM SAÚDE	46
9 OUTRAS QUESTÕES RELEVANTES ENVOLVENDO PLANOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE	53
9.1 Ressarcimento ao SUS	53
9.2 Prazos de atendimento	53
9.3 Ex-empregados e aposentados	54
9.4 Taxa de disponibilidade obstétrica	55
9.5 Mercado e concorrência	56
9.5.1 Tabelas médicas e cooperativas de especialidades médicas	57
9.5.2 Unimilitância	57

9.6 Relação entre operadoras e prestadores 58

10 ATRIBUIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL NA SAÚDE SUPLEMENTAR 61

APRESENTAÇÃO

O presente roteiro de atuação foi produzido pelo Grupo de Trabalho Planos de Saúde, vinculado à 3ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, consolidando as experiências do grupo, e tem por finalidade apresentar uma visão do mercado de saúde suplementar, com o objetivo de auxiliar os colegas nos temas que envolvam a temática em procedimentos e inquéritos civis.

Foi estabelecido um panorama das principais questões relativas à conflituosa relação entre consumidores, operadoras de saúde e prestadores de serviços, apontando questões que podem ser objeto de dúvida ante a extensa regulamentação produzida pela agência reguladora do setor (ANS) e a constante judicialização da temática, destacando alguns pontos em que já houve a consolidação do entendimento do Poder Judiciário.

O roteiro foi dividido em tópicos para facilitar o entendimento, e deve ser considerado uma obra em construção, uma vez que os temas mais discutidos judicialmente referente aos planos de saúde hoje podem não ser os mais relevantes no futuro, inclusive ante a possibilidade de alterações em relação à abrangência de cobertura dos planos – que não raro volta à pauta de discussão dos Poderes Legislativo e Executivo a criação de “planos de saúde simplificados” –, o que alteraria significativamente a regulação existente.

Assim, serve o roteiro como uma referência, ainda que diminuta na complexidade do tema, permanecendo os membros do Grupo de Trabalho disponíveis para compartilhar o conhecimento ou, pelo menos, para dividir as dúvidas que surgem nos casos concretos enfrentados pelos colegas que atuam na matéria Consumidor e Ordem Econômica.

1 PLANOS DE SAÚDE NO BRASIL

O mais elementar dos direitos fundamentais é o direito à saúde, correlacionado ao direito à vida, que contou com especial preocupação do constituinte pátrio. Entretanto, tornar efetivo esse direito, em quantidade e qualidade suficiente, é uma das tarefas mais complexas.

A Constituição da República Federativa do Brasil estabelece que a saúde é direito de todos e dever do Estado, sendo garantido o acesso universal (art. 196) por meio do Sistema Único de Saúde (SUS). Embora possua o dever de regulamentar, fiscalizar e controlar o sistema de saúde (art. 197), a execução não necessariamente é feita diretamente pelo Poder Público, sendo a assistência à saúde livre à iniciativa privada (art. 199).

Tornar os direitos fundamentais efetivos, portanto, muito mais do que uma obrigação do Estado, é um direito e um dever de todos. A saúde é um direito indispensável, sem o qual os demais direitos fundamentais ficam esvaziados e com pouco sentido.

O Estado, entretanto, nem sempre é eficiente e capaz de atender a todas as demandas dos cidadãos e as mazelas do sistema público de saúde não são uma exclusividade brasileira. Os altos custos do tratamento de saúde sobrepõem-se à capacidade do Estado e o SUS presta serviços em que se verifica – ou se pressupõe – uma carência qualitativa, sendo uma constante a falta de leitos e a espera, às vezes por meses, por atendimento especializado.

Assim, a prestação integral dos serviços de saúde se revela inviável – de maneira inteiramente satisfatória – para os limites orçamentários dos entes públicos. Ante a tensão existente entre o legítimo desejo da sociedade de ter sua necessidade de atendimentos em saúde provida de modo universal e os insuperáveis limites que restringem o acesso e a disponibilização dos recursos técnicos, econômicos e humanos, verifica-se a indispensabilidade da atuação das entidades privadas.

Assim, a Constituição, ao conceder permissão para a iniciativa privada, também contribui para verdadeira efetivação da saúde, prevendo uma suplementação aos serviços diretamente prestados pelo Estado.

O cidadão hoje, desde que possua recursos suficiente, pode ter acesso à saúde por meio:

(I) do acesso universal e gratuito à rede pública, com financiamento compartilhado entre as três esferas de governo, prestado diretamente ou por intermédio da rede credenciada;

(II) da rede particular financiada, indiretamente, mediante renúncia fiscal e, diretamente, pelo pagamento dos serviços utilizados, sendo uma realidade apenas para uma parcela ínfima da população que tem condição de arcar com os altos custos médico-hospitalares sem prejuízo de sua subsistência; e

(III) do sistema de saúde suplementar mediante a contratação de um plano de saúde, para usufruir de uma rede de atendimento em saúde previamente definida. Seu acesso é garantido apenas a uma parcela da população (atualmente cerca de 25% da população brasileira possui um plano de saúde), em virtude da necessidade de renda suficiente para encontrar uma mensalidade que se ajuste ao orçamento.

Ainda que com características diferentes, os componentes públicos e privados estão interconectados na prestação dos serviços, não sendo incomum, especialmente em se tratando de rede hospitalar, que um estabelecimento atenda concomitantemente aos pacientes do SUS, da saúde suplementar e particulares.

1.1 Termo saúde suplementar

A designação mais usual, e adotada pela legislação, para designar o microssistema que engloba os planos de assistência à saúde no Brasil é saúde suplementar, embora etimologicamente seja inadequada sua utilização. O termo suplementar pressupõe preencher, inteirar o que está incompleto, o que não é o caso do Brasil, que possui um sistema de saúde público de atendimento integral e universal.

A Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) divide os sistemas privados de saúde em suplementar, complementar, duplicado e principal. A classificação é feita levando em consideração o desenvolvimento do setor público de saúde e da política governamental para o setor de saúde. Uma categoria não exclui a outra, podendo o setor de assistência à saúde ter características de mais de uma categoria no mesmo país.

Por essa classificação, o Brasil não possui um sistema privado de saúde suplementar – o que pressupõe a cobertura de serviços não disponibilizados pelo sistema público –, mas sim um sistema duplicado, em que os serviços são semelhantes aos ofertados pelo setor público, mas com acesso a diferentes profissionais e prestadores de saúde, ou com uma maior liberdade na escolha deles. Em um arranjo duplicado, os optantes pela contratação de um plano privado de saúde não ficam

dispensados das contribuições necessárias à manutenção do sistema público.

Como se trata de sistemas que funcionam paralelamente, em que o acesso se dá, via de regra, pela escolha do beneficiário, existe a previsão de ressarcimento ao SUS quando o atendimento na rede pública era previsto em cobertura assistencial contratada pelo consumidor de plano de saúde.

Para fins deste manual, será adotada a nomenclatura saúde suplementar, termo consagrado na legislação brasileira.

1.2 Origem

A saúde suplementar no Brasil tem sua origem por volta de 1930, confundindo-se no início com a própria história da previdência, com o surgimento dos fundos e caixas de pensão criados para assegurar aposentadoria e tratamento de saúde aos seus associados. Com o passar dos anos, outros tipos de prestadores foram se incorporando (seguradoras, medicinas de grupo, cooperativas etc.), havendo por longo período regulações esparsas e sem uma normatização específica e uniforme.

Após o advento do Código de Defesa do Consumidor, no início dos anos 1990, abusos praticados pelos planos privados de atenção à saúde começaram a ficar mais evidentes e foram explicitados nos índices de reclamação nos órgãos criados para a defesa do consumidor, despontando um sem-número de demandas quanto a reajustes indevidos e cláusulas abusivas e obscuras nos contratos, permitindo às operadoras exclusão de procedimentos, negativas de cobertura, limitação temporal em internações etc.

Visando regulamentar o sistema de saúde suplementar e, por outro lado, fiscalizar mais efetivamente e dar maior proteção aos consumidores, foi promulgada a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, que regula os planos e seguros privados de assistência à saúde. Entre a aprovação do projeto na Câmara e o início de sua discussão no Senado, houve a mudança do entendimento do governo em relação à saúde suplementar.

No Senado Federal, o senador José Serra, então ministro da Saúde, propôs a aprovação integral do Projeto de Lei Substitutivo, assumindo a responsabilidade de editar medida provisória para tratar dos tópicos polêmicos ou omissos, entre eles a criação de órgão específico para a regulação do setor vinculado ao Ministério da Saúde. Assim, o projeto foi sancionado e promulgado, e no dia seguinte foi editada a Medida Provisória nº 1.665/1998, alterando substancialmente o texto original, tendo posteriormente 44 reedições (até a última, por meio da MP 2177-44, de 24 de

agosto de 2001, em vigor por força do art. 2º da Emenda Constitucional nº 32, embora ainda, formalmente, tramite no Congresso Nacional).

Um dos grandes problemas que a Lei sobre Planos de Saúde enfrentou foi a busca de regulação de uma gama de situações já existentes, com atores totalmente diversos. Moldar em um único sistema situações jurídicas díspares, como as que envolvem, por exemplo, a forma de constituição e de tributação de cada operadora (filantrópicas, cooperativas e seguradoras, por exemplo) e sem prejudicar os serviços anteriormente prestados não é uma tarefa das mais simples.

Entretanto, a partir do advento da Lei nº 9.656/1998, diversas práticas encontradas nos contratos – como a limitação temporal em internação hospitalar – passaram a ser vedadas, em evidente proteção aos consumidores, bem como as operadoras passaram a ter de garantir a seus usuários uma cobertura mínima, prevista em um rol de procedimentos em saúde.

Nesse novo cenário, as exigências são de ordem econômico-financeira, e somente pessoas jurídicas com condições financeiras de se manter no mercado passam a atuar. As exigências estão vinculadas ao fato de que as operadoras prestam um serviço de relevância social e captam recursos dos beneficiários, por meio de cobrança de mensalidades, que são destinadas ao pagamento de sua rede de assistência à saúde. Daí a necessidade da demonstração de capacidade econômica e financeira para operar no mercado, sem maiores riscos aos consumidores.

Hoje em dia, longe de ser um serviço de excelência, os planos privados de saúde suplementar recebem reclamações não muito diferentes daquelas ouvidas em relação ao SUS. Com aproximadamente 47 milhões de consumidores (julho de 2019), a garantia de atendimento eficiente e célere é uma ilusão ante a insuficiência da rede e os altos custos da saúde. Entretanto, sua indispensabilidade é inequívoca, ante a impossibilidade de o sistema público suprir integralmente a demanda existente.

O setor da saúde suplementar é formado por uma intrincada relação entre diversos agentes, e reclamações são constantes de todas as partes: consumidores em relação a reajustes abusivos e à negativa de cobertura; prestadores de serviços de saúde quanto as suas remunerações, que não acompanham o aumento dos custos dos serviços prestados; e operadoras, em razão de não possuírem condições de manter o serviço de qualidade sem a possibilidade de ajustar livremente a mensalidade e em virtude do excesso de exigências regulatórias do setor.

É premente uma discussão mais aprofundada sobre qual modelo de saúde suplementar se deseja para os próximos anos: um que efetivamente abranja cobertura plena em relação a todo e qualquer procedimento de saúde, mas com preços que podem reduzir significativamente o número de usuários, surgindo, à margem da

regulação, alternativas que limitam os direitos do consumidor (como a oferta de “cartões de desconto” em saúde ou produtos similares) ou a possibilidade de maior segmentação, com coberturas limitadas, mas que necessariamente demandaria uma informação muito maior ao consumidor dos produtos ofertados e suas limitações, o que somente seria possível após um grande aprimoramento na interoperacionalidade entre o Sistema de Saúde Suplementar e o Sistema Único de Saúde, hoje praticamente inexistente.

Nesse cenário em que direitos dos consumidores são violados e no qual há incertezas quanto ao melhor modelo de saúde suplementar é que se aporta a atuação do MPF.

2 A AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (ANS)

O Estado assume perante a iniciativa privada nos serviços em saúde um papel regulador, necessidade que ocorre pelo fato de a iniciativa privada sozinha não ser capaz de atuar sem cometer excessos.

Ante a necessidade de regular o mercado de uma forma mais harmônica e de uma melhor aplicação da Lei de Planos de Saúde, foi criada a Agência Nacional de Saúde Suplementar (por meio da Medida Provisória nº 1.928, de 25 de novembro de 1999, convertida na Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000), autarquia sob regime especial, que atua como órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que envolvem a assistência suplementar à saúde.

As ações regulatórias geram consequências para a sociedade e a economia, e podem ter um efeito positivo (resolução de conflitos sociais) ou negativo (custos desnecessários). Para atenuar os possíveis efeitos negativos, estabelece-se a necessidade de a tomada de decisão nesse campo ser pautada em análise racional, e não política. É nesse contexto que se inclui a Análise de Impacto Regulatório (AIR), prevista no art. 5º da Medida Provisória nº 881/2019, considerado um instrumento que visa à melhoria da qualidade regulatória. A AIR pressupõe uma análise dos benefícios, custos e impactos, reais ou potenciais, de medidas regulatórias, sendo utilizada para melhorar a qualidade da tomada de decisão sobre tais medidas. É um processo que questiona propostas regulatórias e justifica as opções a serem tomadas pelos órgãos.

Não há dúvidas da necessidade de haver uma regulação mais rígida do setor de saúde suplementar tanto por se tratar de um mercado que envolve direito fundamental quanto pela existência de assimetria de informação.

A assimetria de informação abrange os diversos vértices da relação: consumidores, operadoras e prestadores de serviços em saúde. E sem a perfeita informação, a qualidade dos produtos ofertados e os preços por eles exigidos afastam-se do ótimo.

Os consumidores possuem informações (ou indicativos relevantes) sobre suas condições de saúde, mas cabe aos profissionais de saúde prescrever os tratamentos mais adequados. As operadoras têm dificuldades em precisar os riscos de determinado beneficiário adoecer e, em certo grau, de avaliar se os procedimentos prescri-

tos pelos prestadores em saúde são os necessários e adequados ao caso concreto. Os consumidores, em maioria, também não têm capacidade técnica para compreender todas as cláusulas contratuais, nem para avaliar se o plano poderá suprir suas reais necessidades de atendimento.

Assim, há espaço para comportamentos que distorcem o sistema, como a seleção adversa (consumidores que potencialmente utilizam os serviços com mais frequência tendem a aderir aos planos de saúde, o que leva à entrada de pacientes de maior risco, não servindo a população em geral como referência para mapear o perfil de beneficiários) e o risco moral (em que prestadores de serviço em saúde, dependendo dos incentivos oferecidos e da forma de remuneração, solicitam a utilização de serviços nem sempre necessários).

Tais circunstâncias causam um sobrepreço para a entrada no sistema, assim, uma parcela dos potenciais beneficiários deixa de adquirir um plano de assistência à saúde tanto pela ausência de recursos quanto por considerarem que o custo-benefício não lhe é favorável.

As operadoras, por sua vez, buscam criar mecanismos de seleção de risco e monitoramento de utilização dos planos para tentar limitar o uso dos procedimentos em saúde.

Ou seja, os efeitos da assimetria de informação pressionam o preço do produto, sendo imprescindível a regulação para trazer melhor equilíbrio e reduzir o conflito existente entre os atores envolvidos no sistema de saúde suplementar.

A criação da ANS coincide com o momento histórico da criação de grande parte das agências regulatórias brasileiras visando dar maior independência e poderes para regular, fiscalizar e aplicar sanções a determinado serviço que por sua especificidade possui especial interesse do Estado em sua regulamentação e bom funcionamento:

1) de 1996 a 1997 foram criadas agências reguladoras relacionadas à área de infraestrutura, ao contexto de privatização e à quebra do monopólio do Estado nesses setores (Agência Nacional de Energia Elétrica, Agência Nacional de Telecomunicações, Agência Nacional do Petróleo, Gás e Biocombustíveis);

2) de 1999 a 2000 foram criadas a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) e a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), com o propósito de melhorar a eficiência dos respectivos setores, modernizar o aparelho do Estado e resguardar o interesse do cidadão e;

3) após 2001, o período foi marcado pela criação de várias agências com diferentes finalidades e áreas de atuação, como a Agência Nacional do Cinema (Ancine).

A ANS não foi criada para regular um serviço decorrente das privatizações do Poder Público, mas sim um mercado relevante e complexo, já aberto à iniciativa

privada, em que se tinha pouca ou nenhuma regulação, com exceção das seguradoras de saúde, já reguladas anteriormente pela Superintendência de Seguros Privados (Susep).

Trata-se de uma autarquia, vinculada ao Ministério da Saúde e constituída sob o regime especial, que possui autonomia administrativa, financeira, patrimonial e de gestão de recursos humanos, além de autonomia nas decisões técnicas e mandato fixo de seus dirigentes. Tem como finalidade precípua promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras, inclusive quanto à relação destas com prestadores e consumidores, possuindo sede na cidade do Rio de Janeiro/RJ.

Cabe à ANS, como órgão regulador, definir o tratamento regulatório a ser dado às operadoras e atuar na manutenção do equilíbrio econômico do mercado. Embora não se trate de órgão direto de defesa do consumidor, compete a ela agir para que o consumidor não seja prejudicado em suas relações contratuais com as operadoras, devendo, inclusive, manter canais abertos de atendimento para registrar as reclamações dos usuários de planos de saúde.

É dirigida por uma Diretoria Colegiada, composta de até cinco diretores, sendo um deles o seu diretor-presidente, com mandato de três anos, indicados e nomeados pelo presidente da República, após aprovação prévia pelo Senado Federal, tendo como suas principais atribuições: exercer a administração e editar normas sobre matérias de competência da ANS; propor os termos do Contrato de Gestão ao Ministério da Saúde; e promover a articulação com os órgãos e entidades integrantes do Sistema Brasileiro de Defesa do Consumidor.

A ANS está organizada, internamente, em cinco áreas, sendo cada diretor responsável por uma delas: Diretoria de Normas e Habilitação das Operadoras (Diope); Diretoria de Normas e Habilitação de Produtos (Dipro); Diretoria de Fiscalização (Difis); Diretoria de Desenvolvimento Setorial (Dides); e Diretoria de Gestão (Diges). O diretor-presidente é também designado pelo presidente da República entre um dos diretores que compõem a Diretoria Colegiada.

Além da Diretoria Colegiada, a ANS instituiu a Câmara de Saúde Suplementar (Camss), órgão de participação institucionalizada da sociedade, de caráter permanente e consultivo, que tem por finalidade auxiliar nas discussões da Diretoria Colegiada e que se reúne ordinariamente quatro vezes por ano, uma a cada trimestre. O Ministério Público Federal possui participação efetiva nesse Colegiado.

Ressalte a importância da Camss ao debater os efeitos de determinada ação regulatória com a sociedade, fazendo análise constante dos erros e dos acertos ocorridos durante o processo, o que auxilia na elaboração das novas ações e no

aprimoramento das já existentes. Esse processo resulta em maior transparência e legitimidade às decisões das políticas regulatórias.

Não obstante a reclamação de determinados setores acerca do excesso de regulamentação por parte da ANS, as normas regulamentadoras trouxeram maior segurança para o mercado e para os consumidores, e grande parte dos dados da saúde suplementar possui acesso público no sítio eletrônico da agência (www.ans.gov.br).

3 OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE

As operadoras de planos de saúde, obrigatoriamente, necessitam de registro perante a agência reguladora para seu funcionamento.

A autorização de funcionamento é a permissão emitida pela ANS às pessoas jurídicas devidamente registradas, para realizarem operações no setor de saúde suplementar. Também devem obter registro individualizado para cada produto oferecido.

Para obter a autorização de funcionamento, as operadoras de planos de saúde devem demonstrar a sua capacidade de atendimento e a constituição de garantias financeiras, além da necessidade de publicidade dos balanços.

As garantias financeiras são o conjunto de exigências a serem observadas pelas operadoras de planos de saúde para manutenção do seu equilíbrio econômico-financeiro, minimizando os riscos de insolvência.

3.1 Classificação quanto a sua forma de constituição

Autogestão – modalidade na qual a pessoa jurídica opera planos privados de assistência à saúde a um grupo fechado de pessoas, que obrigatoriamente devem pertencer à mesma classe profissional ou ter vínculo com a empresa instituidora e/ou patrocinadora e/ou mantenedora da operadora de planos de assistência à saúde.

O que caracteriza as autogestões é o atendimento de um público restrito, de pessoas vinculadas, ou que tenham sido vinculadas, e a ausência de finalidade lucrativa, razão pela qual o STJ afastou a aplicação do CDC da relação contratual entre a operadora e os beneficiários (Súmula 608).

As operadoras de autogestão podem ser subdivididas em: autogestão por recursos humanos (RH) (operam o plano, por intermédio de seu departamento de recursos humanos ou órgão assemelhado); autogestão com mantenedor (vinculada a uma entidade pública ou privada mantenedora que garante os riscos decorrentes da operação de planos privados de assistência à saúde por meio da apresentação de termo de garantia financeira); e autogestão sem mantenedor (que garante os

riscos decorrentes da operação de planos privados de assistência à saúde por meio da constituição das garantias financeiras próprias exigidas pela regulamentação em vigor).

Filantrópicas – modalidade na qual é classificada uma operadora que se constitui como pessoa jurídica, sem fins lucrativos, de utilidade pública e detentora de certificado de entidade beneficente de assistência social, emitida pelos órgãos competentes (no caso, o Ministério da Saúde).

Cooperativas médicas ou odontológicas – modalidade na qual é classificada uma operadora que se constitui como associação sem fins lucrativos, nos termos da Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971, formada por médicos e que opera planos de assistência à saúde ou odontólogos, bem como que opera planos de assistência à saúde exclusivamente odontológicos.

Seguradoras especializadas em saúde – sociedade seguradora que atua no setor de saúde suplementar, mediante comercialização de seguro-saúde, sendo vedada atuação em outros ramos ou modalidades de seguro, nos termos da Lei nº 10.185, de 12 de fevereiro de 2001.

Medicinas ou odontologias de grupo – modalidade na qual é classificada uma operadora que se constitui em sociedade que opera planos privados de assistência à saúde, excetuando-se as classificadas nas demais modalidades.

Observação: A administradora de benefícios é uma pessoa jurídica que propõe a contratação de plano privado coletivo na condição de estipulante ou que presta serviços para pessoas jurídicas contratantes de planos privados coletivos de assistência à saúde, e desenvolve atividades previstas em regulamentação específica (RN nº 196/2009).

A administradora de benefícios não se confunde com uma operadora sendo que lhe é vedado:

- a. atuar como representante, mandatária ou prestadora de serviço da operadora de plano de assistência à saúde;
- b. executar quaisquer atividades típicas da operação de planos privados de assistência à saúde;
- c. impedir ou restringir a participação de consumidor no plano privado de assistência à saúde, mediante seleção de risco; e
- d. impor barreiras assistenciais, obstaculizando o acesso do beneficiário às coberturas previstas em lei ou em contrato.

3.2 Intervenção e liquidação extrajudicial

Do mesmo modo que as instituições financeiras e seguradoras, as operadoras de planos de assistência à saúde, em caso de graves dificuldades financeiras, são submetidas a um regime de execução concursal extrajudicial, sendo expressamente excluídas do procedimento previsto na Lei de Falências.

Conforme a Lei de Planos de Saúde, sempre que detectadas nas operadoras insuficiência de garantia do equilíbrio financeiro, anormalidades econômico-financeiras ou administrativas graves que coloquem em risco a continuidade ou a qualidade do atendimento à saúde dos beneficiários, a ANS poderá determinar a alienação da carteira, o regime de direção fiscal ou técnica, por prazo não superior a um ano, ou a liquidação extrajudicial, conforme a gravidade do caso (art. 24).

Alienação da carteira é a transferência de parte ou da totalidade da carteira de planos de assistência à saúde de uma operadora à outra. Na operação deverão ser mantidas integralmente as condições vigentes dos contratos adquiridos, sem restrições de direitos ou prejuízos para os beneficiários, sendo permitido somente alterar o nome dos planos ou a rede de prestadores. Pode ser feito de forma voluntária ou compulsória, em caso de as anormalidades detectadas pela ANS justificarem essa opção.

O regime de direção técnica e fiscal é o procedimento administrativo, de caráter interveniente, instaurado pela ANS em operadora de planos de saúde com a finalidade de corrigir anormalidades administrativas e/ou econômico-financeiras de natureza grave que possam vir a colocar em risco a qualidade e a continuidade do atendimento à saúde ou, no caso da liquidação extrajudicial, encerrar as suas atividades.

Pode ser instaurado apenas o regime de direção fiscal ou de direção técnica, ou ainda ter a instauração cumulativa, podendo ser encerrado por afastamento da anormalidade ou do conjunto de anormalidades que lhe deram origem, pela decretação da liquidação extrajudicial da operadora ou pelo cancelamento do registro de operadora na ANS.

Os regimes de direção técnica e fiscal são soluções intermediárias, com vistas a preservar o funcionamento da operadora e a segurança de suas relações com os consumidores e prestadores de serviço de saúde, sendo o profissional que exercerá o cargo de diretor fiscal ou técnico nomeado pela Diretoria Colegiada da ANS.

Regime especial de liquidação extrajudicial é o instaurado para a dissolução compulsória de operadora, decretado em face da existência, em caráter irreversível, de anormalidades administrativas ou econômico-financeiras graves que in-

viabilizem a continuidade da operadora. É processada por liquidante nomeado em portaria específica da ANS, com amplos poderes de administração e liquidação.

A questão dos consumidores vinculados aos planos de saúde de operadoras em grave situação econômico-financeira em parte é resolvida pela portabilidade especial, concedida segundo critério da Diretoria Colegiada da ANS. Nesses casos é permitida a portabilidade do plano de saúde, independentemente do tipo de contratação e da data de assinatura do contrato em que se efetivou a mudança de operadora sem cumprir novos períodos de carências, nos termos do art. 12 da Resolução Normativa nº 438/2018 da ANS. Ainda assim, caso não seja possível a aplicabilidade da portabilidade ou da portabilidade especial, em razão do interesse público, poderá ser decretada a possibilidade de portabilidade extraordinária, com regras específicas compatíveis com a situação.

A portabilidade acaba sendo a solução mais viável para o consumidor, pois a alienação compulsória da carteira não costuma atrair interessados, haja vista que as dificuldades financeiras da operadora em liquidação, não raro, está ligada à oferta de planos em que o valor da mensalidade não suporta o custo assistencial do produto e não existe possibilidade de transferência impositiva da carteira para outra operadora.

4 PLANO PRIVADO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE

O acesso aos serviços de saúde suplementar pressupõe a existência de um contrato que vincula o consumidor (individual ou coletivamente) a uma operadora de planos de saúde.

Assim, o plano privado de assistência à saúde é o contrato de prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós-estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde livremente escolhidos mediante pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor, às expensas da operadora ou mediante reembolso.

A essência dos planos de saúde, portanto, é a cobertura contratual financeira das despesas associadas a doenças e a acidentes pessoais que afetem a saúde do beneficiário, os quais são, por sua vez, eventos indesejados, imprevisíveis e de natureza aleatória, ou seja, assemelham-se aos contratos de seguros, seguindo os mesmos princípios técnicos, econômicos, financeiros e atuariais.

Os profissionais e os prestadores de serviços em saúde são livremente escolhidos pelo consumidor entre os integrantes de uma rede credenciada, contratada ou referenciada pela própria operadora, entretanto, de acordo com a forma de contratação, podem existir planos em que a escolha seja mais ampla (caso dos seguros saúde que, em regra, trabalham com sistema de reembolso ao consumidor). O valor coberto pela operadora não necessariamente será integral ao da despesa realizada pelo consumidor, podendo ser estabelecidas franquia ou coparticipação para o uso dos serviços.

4.1 Do contrato

O contrato de plano de saúde é típico contrato de adesão, não tendo o consumidor qualquer ingerência nas cláusulas elaboradas pelas operadoras de saúde. Entretanto, a liberdade da operadora em definir os termos do contrato não é ampla, na

medida em que, para comercializarem os produtos, deve haver um conteúdo mínimo, previsto na regulação da ANS.

A lei define determinados direitos e obrigações, e a operadora somente possui uma margem maior no estabelecimento de cláusulas quando ofertar serviços mais abrangentes do que o plano-referência.

Conforme a Lei nº 9.656/1998, os contratos devem indicar com clareza: (a) as condições de admissão; (b) o início da vigência; (c) os períodos de carência; (d) os eventos cobertos e excluídos; (e) o regime de contratação; (f) a franquia, os limites financeiros ou a coparticipação; (g) os bônus, descontos ou o agravamento da prestação; (h) a área de abrangência geográfica; (i) os critérios de reajuste e revisão da prestação e o número de registro da ANS. Também deve ser entregue ao consumidor material explicativo em linguagem simples e precisa de todas as características, obrigações e direitos previstos (art. 16).

O prazo de duração do plano de saúde é indeterminado. Os planos têm renovação automática a partir do vencimento do prazo inicial de vigência, não cabendo a cobrança de taxas ou qualquer outro valor pela renovação.

Para comercializar um novo plano de assistência à saúde (produto), é necessário o registro perante a ANS, demonstrando a existência de plano-referência ativo para comercialização e o encaminhamento da Nota Técnica de Registro de Produtos (NTPR), documento que justifica a formação inicial do preço por meio de cálculos atuariais. Esse cálculo envolve método probabilístico, formado pela avaliação do preço das coberturas ofertadas, da idade do usuário e dos custos e efeitos dos sinistros.

Por sua natureza, os contratos de plano de saúde possuem um trato sucessivo e contínuo, não raro, mantendo entre as partes um vínculo por muitos anos, e têm por finalidade assegurar ao contratante a cobertura em saúde prevista, mediante o pagamento de um preço fixo (ao qual pode haver acréscimos em razão da coparticipação), sendo os serviços prestados por uma rede de assistência em saúde (própria, contratada, cooperada etc.).

Trata-se também de um contrato bilateral, comutativo, oneroso e aleatório, na medida em que não se pode afirmar se as partes obterão a vantagem econômica que almejam no contrato. Os valores iniciais são definidos atuarialmente e o contrato pressupõe uma solidariedade entre seus usuários, apesar de ser uma relação direta entre consumidor e operadora, ligados pelo mutualismo para garantir que os custos dos cuidados com a saúde poderão ser suportados pela operadora.

Assim, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato é estabelecido pela relação estabelecida entre a cobertura de serviços ofertada pela operadora e a retri-

buição paga pelo contratante, a qual deve ser mantida durante toda sua existência.

O mutualismo, por sua vez, permite a pulverização dos riscos de assistência à saúde entre os consumidores vinculados à operadora, mediante a formação de um fundo comum que suportará o ônus financeiro advindo da ocorrência dos eventos cobertos.

Os fundos, são administrados no sentido de garantir os resultados econômicos atuais da operadora e também como garantia da prestação futura dos serviços. Por esse motivo, a ANS exerce um controle sobre as reservas financeiras das operadoras, obrigando-as a criar um fundo garantidor.

As relações existentes para o cumprimento do plano de assistência à saúde são mais abrangentes envolvendo, além do consumidor (beneficiário) e das operadoras de planos de saúde, os prestadores de serviços de saúde. Assim temos três vértices principais:

1. O consumidor ou beneficiário, ou seja, a pessoa física, titular ou dependente, que possui direitos e deveres com a operadora. Não existe impedimento para que se contrate mais de uma operadora e/ou para que se adquira mais de um produto da mesma operadora, cada qual constituindo um vínculo distinto.
2. As operadoras de planos de saúde, ou seja, a pessoa jurídica de natureza privada constituída sob a modalidade empresarial, de associação, fundação, cooperativa ou entidade de autogestão, que opera ou comercializa planos privados de assistência à saúde, e registradas perante a ANS.
3. Os prestadores de serviços em saúde, que formam a rede de atendimento ao beneficiário, abrangendo hospitais, clínicas, laboratórios e demais profissionais de saúde.

4.2 Classificação dos contratos

Para melhor análise de algumas questões relevantes quanto à aplicação das normas jurídicas, os contratos de planos de saúde podem ser classificados de acordo com (a) data de contratação; (b) o regime ou tipo de contratação; (c) o tipo de segmentação; e (d) a área de abrangência.

4.2.1 Data da contratação

Os contratos podem ser classificados como anteriores à vigência da Lei nº 9.656/1998 (contratos não regulamentados) ou posteriores à vigência dela (contratos regulamentados). Aos primeiros não se aplica a regulação da Lei de Planos de Saúde, em razão da ADI nº 1931-8 do STF, assim, estes são regidos pelas previsões estabelecidas no contrato, entretanto, sem prejuízo da incidência do Código de Defesa do Consumidor, especialmente no que diz respeito às cláusulas consideradas abusivas.

Somente é aplicável a regulamentação específica de planos de saúde aos contratos não regulamentados, caso tenha ocorrido sua adaptação (aditamento ao contrato) ou migração (celebração de um novo contrato em substituição ao antigo com a mesma operadora).

Na ADI 1.931-8/DF, julgada em definitivo em 7 de fevereiro de 2018 (a medida cautelar havia sido concedida ainda em 1999), o Supremo Tribunal Federal entendeu pela impossibilidade de incidir as regras da Lei de Planos de Saúde sobre cláusulas contratuais preexistentes, por afronta ao ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI, da Constituição), privilegiando, no caso, a segurança jurídica, ainda que se trate de relação jurídica de trato sucessivo, ficando consignado no acórdão, de relatoria do ministro Marco Aurélio, que “os planos de saúde submetem-se aos ditames constitucionais, à legislação da época em que contratados e às cláusulas deles constantes”.

4.2.2 Regime de contratação

Os planos de saúde podem ser classificados de acordo com o tipo de contratação, como individual ou coletivo:

a) individual ou familiar, quando o contrato é realizado entre uma operadora de plano de saúde e uma pessoa física para assistência à saúde de um indivíduo ou de um grupo familiar;

b.1) coletivo empresarial, quando firmado por pessoa jurídica, que oferece cobertura da atenção à saúde prestada à população delimitada e a ela vinculada por relação empregatícia ou estatutária;

O vínculo à pessoa jurídica contratante poderá abranger ainda, desde que estipulado contratualmente, os sócios; os administradores; os agentes políticos; os trabalhadores temporários; os estagiários e menores aprendizes; os aposentados ou demitidos; e o grupo familiar até o terceiro grau de parentesco consanguíneo,

até o segundo grau de parentesco por afinidade, cônjuge ou companheiro dos empregados e servidores públicos, bem como dos demais vínculos citados.

b.2) coletivo por adesão, quando firmado por pessoa jurídica de caráter profissional, classista ou setorial, que oferece cobertura da atenção à saúde para população que com ela mantenha vínculo.

A pessoa jurídica deve se enquadrar em uma das seguintes categorias: conselho profissional e entidade de classe, nos quais seja necessário o registro para o exercício da profissão; sindicato, central sindical e respectivas federações e confederações; associação profissional legalmente constituída; cooperativa que congregue membros de categorias ou classes de profissões regulamentadas; caixa de assistência e fundação de direito privado; entidades estudantis (UNE, DCE etc.).

Uma característica comum a ambas as modalidades de planos de assistência à saúde coletivos é que podem ser contratados com ou sem patrocinador. No plano coletivo com patrocinador, as contraprestações pecuniárias são suportadas, total ou parcialmente, pela pessoa jurídica contratante.

Nos últimos anos, ocorreu um processo de coletivização dos beneficiários aos planos de saúde, sendo esse processo decorrente da maior regulação e do risco assistencial dos planos individuais, o que traz menor governabilidade sobre a margem de lucro, a impossibilidade de interrupção unilateral e o controle do reajuste anual. Os planos coletivos possuem os reajustes estabelecidos por meio da livre negociação entre as partes, possibilitam a rescisão unilateral por parte da operadora, referem-se, via de regra, a uma população inserida no mercado de trabalho – consequentemente com menor risco assistencial, razão pela qual são comercializados a preços mais baixos que os planos individuais.

Em razão disso, hoje muitas operadoras não ofertam planos individuais restringindo sua atuação aos planos coletivos, o que causa um desequilíbrio na oferta para as pessoas que não possuem vínculo com empresas ou entidades de classe, tendo como única opção aderir a um plano individual, sensivelmente mais caro e com reduzida concorrência.

4.2.3 Segmentação da cobertura

Refere-se à cobertura do plano de saúde, ou seja, à segmentação assistencial que garante a prestação de serviços à saúde e que compreende os procedimentos clínicos, cirúrgicos, obstétricos, odontológicos, atendimentos de urgência e emergência determinados no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde e em contrato. A

cobertura assistencial mínima para os contratos celebrados a partir da vigência da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, é aquela estabelecida no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde.

O Plano referência é a segmentação de plano de saúde com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar com obstetrícia e acomodação em enfermaria, de oferecimento obrigatório por todas operadoras de planos privados de saúde.

A assistência hospitalar compreende: partos e tratamentos realizados no Brasil, com padrão de enfermaria, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária, para todas as doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (CID 10), da Organização Mundial da Saúde.

A cobertura mínima está estabelecida pela Lei nº 9.656/1998 e garante atendimento integral às urgências e emergências que ocorrerem após 24 horas da contratação.

Além do plano-referência, a segmentação contratada pode abranger apenas um tipo de segmentação ou uma combinação entre elas:

- a. **ambulatorial** – é a segmentação assistencial de plano de saúde que garante a prestação de serviços com cobertura assistencial médico-ambulatorial, o que compreende consultas médicas em clínicas básicas e especializadas, apoio diagnóstico, tratamento e demais procedimentos ambulatoriais determinados no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde e referidos em contrato.
- b. **hospitalar** (com ou sem obstetrícia) – é a segmentação assistencial de plano de saúde que garante a prestação de serviços, em regime de internação hospitalar, compreendendo ou não a atenção ao parto, às doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (CID10), da Organização Mundial da Saúde, bem como aos procedimentos determinados no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde e em contrato. Não há limite de tempo de internação, sendo garantida a cobertura assistencial ao recém-nascido filho natural ou adotivo do contratante, ou de seu dependente, durante os primeiros 30 dias após o parto ou a adoção.
- c. **odontológico** – é a segmentação assistencial de plano de saúde que garante assistência odontológica, compreendendo procedimentos realizados em ambiente ambulatorial determinados no Rol de Procedimentos Odontológicos e no contrato.

4.2.4 Área geográfica de abrangência

Dividem-se de acordo com o território em que a operadora fica obrigada a garantir todas as coberturas de assistência à saúde contratadas pelo beneficiário, podendo ser: (a) nacional; (b) estadual; (c) por grupo de estados; (d) municipal; ou (e) por grupo de municípios.

Na área geográfica de abrangência nacional, a cobertura ocorre em todo o território nacional; na estadual, em todos os municípios do estado; na por grupo de estados, em todos os municípios dos estados que compõem o grupo, sendo que este deve conter, pelo menos, dois estados; na municipal, em um município; na por grupo de municípios, em mais de um município, de um ou mais estados, desde que não ultrapasse o limite de 50% dos municípios de cada estado.

4.3 Rescisão do contrato

Os planos individuais devem ter vigência mínima de um ano, sendo defeso às operadoras a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato, salvo por fraude ou não pagamento da mensalidade por período superior a sessenta dias, consecutivos ou não, nos últimos doze meses de vigência do contrato. A suspensão ou a rescisão unilateral do contrato é vedada, em qualquer hipótese, durante a ocorrência de internação do titular.

A rescisão unilateral e imotivada dos planos de saúde coletivos, autorizada pelo art. 17 da RN 195/2009 da ANS, tem se mostrado geradora de inúmeros conflitos entre consumidores e operadoras, os quais parecem se sustentar em causas de duas ordens: I) falta de informação ao consumidor sobre a possibilidade de rescisão unilateral e imotivada após o decurso de 12 meses quando da contratação do plano de saúde coletivo; e II) o possível desvirtuamento da rescisão unilateral para a discriminação de contratos específicos geradores da ampliação dos custos médico-hospitalares.

Essa situação costuma ocorrer devido a um aumento inesperado da sinistralidade, especialmente nos contratos que envolvem poucas vidas e mais sujeitos aos seus efeitos, além de possuir reduzido poder de barganha. Entretanto, a rescisão unilateral pelas operadoras em contratos de trato sucessivos e aleatórios, como são os de planos de saúde, desfigura a natureza contratual.

É recorrente o entendimento jurisprudencial de que, por se tratar de uma espécie de contrato de seguro, o argumento de inviabilidade de manutenção não se sustenta, já que se sinistros acima do esperado ocorreram, não é o consumidor que

deve responder por isso, uma vez que o contrato visava à proteção desses riscos. Não seria admissível considerar que a causa de ruptura de um contrato de seguro foi justamente a ocorrência dos sinistros por ele protegidos.

Um plano coletivo pode se tornar, por razões comprovadas (mediante cálculos atuariais, estatísticas, contas discriminadas) substancialmente desequilibrado, entretanto a rescisão do contrato, embora seja a solução mais fácil para operadora, somente poderia ocorrer se demonstrada a impossibilidade de reequilibrá-lo financeiramente e se sua manutenção impactar a operadora como um todo, criando riscos à continuidade de sua atividade financeira ou ainda, se eventual desequilíbrio do produto específico não se dilui em relação aos demais produtos ofertados pela operadora.

5 DA PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR

A proteção ao consumidor foi expressamente considerada pela Constituição da República como um direito fundamental (art. 5º, XXXII), visando evitar o desequilíbrio e a desigualdade existentes nas relações entre consumidores e fornecedores.

O contrato de plano de saúde, ainda que objeto de controle pela agência reguladora, independentemente da modalidade, enquadra-se em uma típica relação de consumo, sendo, portanto, aplicáveis as regras gerais previstas no Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Embora isso pareça uma obviedade, por muitos anos se discutiu perante o Judiciário se haveria a aplicação do CDC, e esse entendimento apenas se consolidou com a edição da Súmula 469 do STJ, que esclarece: “aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de planos de saúde”, posteriormente substituída pela Súmula 608, que excluiu a aplicação do CDC em relação às entidades de autogestão, em virtude de sua administração, forma de associação – cuja adesão é restrita aos seus beneficiários –, obtenção e repartição de receitas que são diversos dos contratos firmados com as demais operadoras.

Entretanto, as obrigações previstas quanto ao cumprimento da Lei nº 9.656/1998 permanecem idênticas, independente da natureza jurídica da operadora.

Dessa forma, as operadoras estão obrigadas aos deveres de prestar informação adequada e clara, de não promover publicidade enganosa, de não praticar métodos comerciais coercitivos ou desleais e de não utilizar práticas e cláusulas abusivas.

Importante destacar que os votos que consolidaram esse entendimento determinam a aplicação do CDC inclusive aos contratos firmados anteriormente à sua vigência, não devido à retroatividade, mas em razão da natureza do trato sucessivo dos contratos. Esse entendimento difere do que ocorre com a Lei de Planos de Saúde, que conforme decidido pelo STF, na ADI 1.931-8/DF, aplica-se apenas aos planos contratados posteriormente à vigência desta.

Observa-se, entretanto que a aplicação do CDC a um contrato firmado anteriormente à sua vigência, gera, indiretamente, a aplicação da Lei de Planos de Saúde. Portanto, há um pouco de incerteza jurisprudencial sobre a aplicabilidade ou não de determinada norma a um contrato firmado anteriormente à sua vigência.

O principal obstáculo para as operadoras de plano de saúde é a falta de previsão acerca dos custos que deverão suportar relativamente aos contratos firmados an-

teriormente à Lei nº 9.656/1998, eis que, ao menos em tese, os serviços ofertados têm a prestação calculada atuarialmente de acordo com os riscos contratados.

Entretanto, muitas cláusulas abusivas são encontradas nos contratos antigos fazendo com que nas decisões favoráveis ao consumidor tenham por fundamento a aplicação direta da Constituição, de forma que sob essa perspectiva a operadora de plano de saúde viola os direitos fundamentais do usuário. Como as cláusulas expressas que excluem cobertura a determinada doença ou que impõem limitações ao tempo de internação hospitalar.

Hoje o número de ações envolvendo questões relacionadas aos planos de saúde, o que não é diferente em relação a SUS, é extremamente elevado corroborando a ideia de que a judicialização da saúde é uma das questões mais complexas e de difícil equalização, devendo as decisões sopesar o custo e a efetividade dos novos procedimentos em saúde.

Como qualquer agente econômico, as operadoras possuem recursos financeiros limitados, os quais são provenientes primacialmente das prestações pagas pelos beneficiários. Impor a obrigação das operadoras de disponibilizar a seus usuários todo e qualquer tratamento pode, a médio prazo, inviabilizar o seu funcionamento e diminuir o acesso de novos beneficiários uma vez que o cálculo atuarial que determina o valor da mensalidade inicial é feito com base na cobertura ofertada.

O Superior Tribunal de Justiça tem entendido como abusivas algumas cláusulas nos contratos independentemente da época de contratação ou de existência de cláusula contratual, como a que limita no tempo a internação hospitalar do segurado (Súmula 302).

5.1 Oferta e publicidade

Grande preocupação incide também sobre a oferta e a publicidade dos planos de saúde. Uma melhor regulação por parte da ANS dos requisitos básicos relacionados à oferta e à publicidade de planos de saúde realizadas pelas operadoras e administradoras de benefícios evitaria grande parte dos conflitos decorrentes do desconhecimento do beneficiário sobre o produto que adquiriu – especialmente os referentes a limites de cobertura e forma de reajustes –, bem como auxiliaria em uma melhor concorrência do mercado, a partir do momento em que se permitiria uma melhor escolha dos consumidores sobre os diversos produtos oferecidos no mercado.

6 CARÊNCIA

Carência é o período ininterrupto, determinado em contrato, contado a partir da data de início da vigência do contrato do plano privado de assistência à saúde, durante o qual as mensalidades são pagas, mas em que ainda não se tem acesso a determinadas coberturas previstas no contrato.

Segundo a Lei nº 9.656/1998, os prazos máximos de carência são (art. 12, V):

- a. urgência e emergência: 24 horas;
- b. parto, a partir da 38ª semana de gravidez: 300 dias (o parto que ocorre antes dessa semana gestacional é tratado como um procedimento de urgência);
- c. demais casos (consultas, exames, internações, cirurgias): 180 dias.

A carência já cumprida, entretanto, pode ser levada em caso de portabilidade do plano de saúde.

Em relação aos contratos, a cláusula contratual de plano de saúde que prevê carência para utilização dos serviços de assistência médica nas situações de emergência ou de urgência é considerada abusiva se ultrapassado o prazo máximo de 24 horas contado da data da contratação (Súmula 597, Segunda Seção, julgado em 8 de novembro de 2017, DJe, 20 nov. 2017).

6.1 Doença ou lesão preexistente

É a doença ou lesão que o beneficiário tinha conhecimento de que era acometido no momento da contratação ou da adesão ao plano de saúde. Ele é obrigado a informar na declaração de saúde à operadora, no momento da contratação do plano, caso lhe seja expressamente solicitado. A omissão da informação pode caracterizar fraude e, consequentemente, a rescisão do contrato.

Para que a exclusão seja reconhecida como válida, a operadora deve comprovar de forma inequívoca que o consumidor agiu com má-fé no sentido de omitir a doença no momento da contratação. Para tanto, cabe à operadora comprovar de forma inequívoca: (I) a realização de exame pré-admissional; (II) o conhecimento pelo usuário da patologia preexistente; e (III) a má-fé em omitir a doença. Entre-

tanto, as operadoras não costumam exigir a declaração de saúde de todos os consumidores que contratam plano de saúde.

Esse entendimento se encontra consolidado pelo STJ por meio da Súmula 609: “A recusa de cobertura securitária, sob a alegação de doença preexistente, é ilícita se não houve a exigência de exames médicos prévios à contratação ou a demonstração de má-fé do segurado.”

É possível, porém, a realização de um acréscimo temporário no valor da contraprestação pecuniária do plano de saúde, caso declarada doenças ou lesões preexistentes, para que se tenha direito integral à cobertura, como alternativa à adoção de cláusula de cobertura parcial temporária (que prevê suspensão da cobertura de procedimentos de alta complexidade relacionados exclusivamente às doenças ou lesões preexistentes).

Entretanto, a questão acerca da negativa de cobertura sob o fundamento de doença ou lesão preexistente é, frequentemente, enfrentada em situações em que o consumidor sustenta que o tratamento é necessário em razão de urgência ou emergência, hipóteses em que o litígio passa a ser tratado com o prazo de carência de 24 horas.

Nesse caso, incide a Súmula 597, do STJ:

A cláusula contratual de plano de saúde que prevê carência para utilização dos serviços de assistência médica nas situações de emergência ou de urgência é considerada abusiva se ultrapassado o prazo máximo de 24 horas contado da data da contratação.

6.2 Portabilidade de carências

É direito do consumidor, quando cumpridos determinados requisitos, mudar de plano de assistência à saúde, dispensado dos períodos de carência ou de cobertura parcial temporária relativos às coberturas previstas no plano de origem.

A partir da Resolução Normativa nº 438/2018 da ANS, possibilitou-se também a migração de planos coletivos, empresariais ou por adesão, mediante o atendimento de certos requisitos. Até então a portabilidade era restrita aos planos individuais, abrangendo atualmente todos os consumidores.

Em relação aos prazos de permanência no plano de origem é necessário para a primeira portabilidade o mínimo de dois anos (três se houve cobertura parcial temporária) e um ano de permanência para as portabilidades seguintes (mantendo

o prazo de dois anos, caso haja coberturas não previstas no plano original).

A mudança deve ser realizada entre planos de uma mesma faixa de preço, exceto em relação aos planos empresariais em que já existe a restrição natural de acesso referente ao vínculo empresarial ou estatutário.

Além disso, atualmente com a ampliação da portabilidade de carências, muitos problemas advindos da rescisão de contrato empresarial (entre a empresa contratante e a operadora) ou do vínculo empregatício são solucionados pela portabilidade, cumprindo eventuais prazos remanescentes de carência no novo plano.

Também é possível a portabilidade especial de carências, dispensando a necessidade do cumprimento dos requisitos anteriores, na hipótese de cancelamento do registro ou da liquidação extrajudicial da operadora do plano de origem do consumidor, o que ameniza os graves problemas decorrentes da incapacidade financeira da operadora em cumprir suas obrigações com os seus beneficiários.

Em hipóteses mais restritas, a critério da Diretoria Colegiada da ANS, ainda pode ser estabelecida a portabilidade extraordinária de carências visando resolver situações de consumidores vinculados a planos de saúde de operadoras em processo de liquidação extrajudicial, que não se enquadravam nas demais regras de portabilidade.

7 CONTRAPRESTAÇÃO PECUNIÁRIA (MENSALIDADE)

É a contraprestação paga pelo consumidor contratante de plano de saúde e consiste no pagamento de uma importância à operadora para garantir a prestação continuada dos serviços contratados (pode ter seu valor fixado prévia ou posteriormente à utilização dos serviços em saúde).

Para fixação do preço de entrada, é necessário que as operadoras apresentem a Nota Técnica de Registro de Produtos (NTRP), documento em que se justifica a formação inicial dos preços dos planos de saúde por meio de cálculos atuariais.

A NTRP deve acompanhar a solicitação de registro do produto, ficando vigente até que seja efetuada sua atualização. A atualização representa a reavaliação dos preços estabelecidos anteriormente, e será válida apenas para as vendas efetuadas a partir da data do seu recebimento na ANS, desde que aprovada.

A NTRP aplica-se aos planos individuais/familiares e coletivos com menos de 30 vidas, exceto odontológicos ou com preço pós-estabelecido, e consiste em estudo técnico atuarial que deve indicar se os valores estabelecidos para a mensalidade é suficiente para cobrir os custos de assistência à saúde oferecidos e as despesas não assistenciais da operadora.

O equilíbrio financeiro dos planos de saúde reflete-se na relação existente entre serviços ofertados e a retribuição paga pelo consumidor. O valor da mensalidade deve ser aferido mediante cálculo atuarial, uma vez que a oferta de um serviço por preço inferior ao calculado traria, a curto ou médio prazo, a impossibilidade de cumprimento das obrigações contratuais pela operadora.

7.1 Coparticipação e franquia

Coparticipação e franquia são mecanismos de regulação financeira utilizados pelas operadoras e previstos na Lei nº 9.656/1998.

Coparticipação é o valor pago pelo consumidor à operadora em razão da realização de um procedimento ou evento em saúde.

Franquia é o valor estabelecido no contrato até o qual a operadora não tem responsabilidade de cobertura.

A regulamentação existente é extremamente precária, ainda prevista na antiga Resolução Consu nº 8/1998, com regras pouco precisas e claras, podendo ser incidente sobre qualquer procedimento, em qualquer percentual – desde que não caracterize o financiamento integral pelo consumidor – e sem limite de cobrança mensal ou anual.

Em 2018, a ANS visando à melhor regulação do tema, publicou a Resolução Normativa nº 433/2018, limitando em 40% o percentual máximo a ser cobrado, estabelecendo parâmetros máximos devidos mensal e anualmente pelo consumidor; procedimentos que seriam isentos de franquia ou coparticipação; obrigatoriedade de valor fixo e único para internação ou pronto-socorro, ou seja, garantindo uma maior uniformidade aos produtos ofertados.

Entretanto, foi proposta pela OAB a ADPF nº 532-DF alegando a usurpação de matéria de competência dos Poderes Executivo e Legislativo pela ANS, bem como que se estaria impondo um ônus ao consumidor.

A questão foi objeto de muita desinformação na mídia, como se a nova regulamentação houvesse autorizado, ampla e irrestritamente, a exigência de coparticipação de 40% a todos os planos de saúde, independente do contrato existente. A existência de coparticipação há muito é uma realidade na quase totalidade dos contratos de planos de saúde e atualmente são estabelecidos sem maiores critérios pelas operadoras, por vezes causando excessivo ônus aos consumidores.

Na decisão da Medida Cautelar da ADPF, a ministra Cármen Lúcia durante o recesso do STF, suspendeu a norma, em uma decisão confusa, sob o argumento de segurança jurídica das contratações, pois a resolução estaria inovando a ordem jurídica e os contratos deveriam se adequar à norma quando de sua renovação (ainda que não existisse essa previsão no texto da Resolução Normativa).

Assim, a ANS decidiu revogar a RN nº 433/2018, o que fez a ADPF perder seu objeto, e houve o retorno ao status quo ante, ou seja, franquias e coparticipações podem ser livremente estabelecidas nos contratos de plano de saúde com base na Resolução Consu nº 8/98, sem maiores restrições quanto ao seu alcance e conteúdo.

7.2 Revisão e reajuste da contraprestação pecuniária

Os custos com os serviços de assistência à saúde tendem a ter uma variação maior do que os índices gerais de preço ao consumidor. Isso não é uma peculiaridade do Brasil, mas acontece em todo o mundo.

Essa variação a maior possui basicamente três motivos: o envelhecimento populacional (a pirâmide etária vem se invertendo a cada ano, com mais idosos do que jovens); a incorporação de tecnologias (que, via de regra, possuem um custo de entrada maior, mesmo que no médio prazo possam sofrer uma diminuição); e o desperdício (que ocorre de forma sistêmica).

Para a manutenção do equilíbrio econômico do contrato é estabelecida a possibilidade de revisão e de reajuste – anual e por faixa etária – das mensalidades.

7.2.1 Revisão

A revisão técnica pode ocorrer apenas em situação excepcional, não acontecendo com frequência. É um procedimento necessário para eliminar ou corrigir algum grave desequilíbrio em determinado plano de saúde.

A ANS pode autorizar uma revisão técnica se concluir que eventual desequilíbrio econômico no preço do produto traz alguma ameaça à continuidade de prestação dos serviços de saúde aos consumidores, devendo a operadora seguir estritamente as regras definidas pela Agência.

Primeiramente, é obrigatório que a operadora ofereça ao consumidor pelo menos duas opções que levem ao reequilíbrio do plano. Uma das opções necessariamente deve prever que o plano de saúde não sofra aumento de mensalidade. As opções devem ser aprovadas pela ANS antes de serem propostas ao consumidor e os ajustes precisam ser oferecidos como opção e não como obrigação.

Para que uma revisão técnica seja autorizada, a ANS pode exigir da operadora a assinatura de um “Termo de Adesão” no qual deve assumir os compromissos de alcançar as metas predefinidas com a ANS; de respeitar os prazos estipulados para o cumprimento das metas estabelecidas; e apresentar relatórios sobre sua gestão à agência reguladora.

Os contratos de planos de saúde são sustentados pelo mutualismo, pela solidariedade e pela cooperação. O grupo de consumidores está exposto aos mesmos riscos e une-se solidariamente para formar uma espécie de fundo, gerido pela operadora, que remunera a cadeia de prestadores de serviço em saúde.

Assim, permite-se que qualquer tipo de revisão ou aumento em razão da sinistralidade não contrarie os princípios básicos da mutualidade e da solidariedade nos quais se baseia o sistema. A ideia é justamente possibilitar que a alteração do preço, necessária à manutenção do plano, possa ser suportada sem um ônus exagerado ao consumidor.

7.2.2 Reajustes

A legitimidade dos aumentos nas mensalidades de planos de saúde não decorre do mero acordo de vontades estabelecido pelas partes, mas dos requisitos legais e regulamentares que visam manter o equilíbrio econômico do contrato através do tempo.

Ainda que os critérios possam ser estabelecidos pelas operadoras, os limites de reajuste – pelo menos no que se refere aos planos individuais – possuem parâmetros fixados pela ANS.

O reajuste é um dos principais causadores de conflitos, especialmente em cenário de crise econômica, que também afetam as operadoras de planos de saúde, diminuindo o número de consumidores e elevando os riscos do sistema.

Basicamente existem dois tipos de reajuste nos planos de saúde individual: (a) o reajuste anual; e (b) o reajuste por variação de faixa etária.

7.2.2.1 Reajuste anual

É o aumento da mensalidade visando à manutenção do equilíbrio no plano de assistência à saúde em função da variação dos custos médico-hospitalares ocorridos no período de um ano.

A partir da nova sistemática trazida pela legislação, o índice para esta atualização varia de acordo com a modalidade do contrato de plano de saúde, se coletivo (firmado por pessoas jurídicas) ou se individual/familiar (firmado por pessoas físicas). Enquanto no primeiro o índice é obtido mediante livre negociação das partes, no segundo é estipulado pela ANS.

A Lei nº 9.658/1998 estabeleceu que, nos contratos individuais, a aplicação do reajuste das contraprestações pecuniárias dependerá de prévia aprovação da ANS (art. 35-E, § 2º). Por muito anos, a ANS calculou o índice de reajuste anual dos planos individuais, fazendo uso da média ponderada dos reajustes dos planos cole-

tivos (incluindo em alguns anos um índice de variação dos custos decorrente da atualização do rol de procedimentos).

Em relação ao reajuste anual dos planos coletivos, a Lei de Planos de Saúde não determinou seu estabelecimento pela Agência Reguladora. Entretanto, ao contrário do posicionamento da ANS, isso seria possível diante da liberdade concedida pelo legislador para autorizar, homologar ou monitorar os reajustes dos planos coletivos.

Assim se tem uma opção regulatória, e não uma vedação legal, em não fixar o reajuste anual dos planos coletivos. A ANS optou por permitir que as operadoras definam os percentuais de reajuste anuais dos planos coletivos e restringiu sua atuação reguladora ao monitoramento da evolução dos preços.

A Agência fundamenta sua opção no poder de negociação que as pessoas jurídicas contratantes de planos de saúde coletivo, em tese, teriam perante as operadoras de planos de saúde, o que levaria à obtenção de percentuais de reajuste mais vantajosos.

O Tribunal de Contas da União (Acórdão 679/2018-TCU-Plenário, 28/3/18) realizou auditoria com o objetivo de avaliar as ações da Agência Reguladora em relação aos reajustes anuais dos planos de saúde individuais e coletivos e constataram que:

- a. a ANS não dispõe de mecanismos para prevenção, identificação e correção de reajustes abusivos nos planos coletivos, não havendo padrões de referência adequadamente construídos;
- b. não possui mecanismos suficientes de validação das informações inseridas pelas operadoras ao informarem os valores de reajuste dos planos coletivos;
- c. as operadoras de planos de saúde não são obrigadas a descrever com suficiência de detalhes a memória de cálculo do percentual de reajuste anual aplicado nos planos coletivos. A inclusão de um percentual de reajuste referente à atualização do rol de procedimentos pode impactar em duplicidade os reajustes dos planos individuais, uma vez que a atualização do rol também impacta na definição dos percentuais de reajuste dos planos de saúde coletivos, visto que acarreta o crescimento das despesas assistenciais das operadoras.

Em razão disso, no acórdão de relatoria do ministro Benjamin Zylmer, expediu as seguintes determinações e recomendações à ANS:

- instituição de mecanismos de atuação que permitam a efetiva aferição da fidedignidade e a análise crítica das informações comunicadas à Agência Reguladora pelas operadoras de planos de saúde;
- reavaliação da metodologia utilizada para definição do índice máximo

de reajuste anual dos planos de saúde individuais, de modo a prevenir, com segurança, os efeitos de possível cômputo em duplicidade da variação associada à atualização do rol de procedimentos e eventos em saúde, haja vista tal variação, presumivelmente, já ser levada em conta pelas operadoras na definição dos reajustes dos planos coletivos;

- avaliação da conveniência e da oportunidade de passar a exigir das operadoras de planos de saúde, por ocasião dos reajustes de preços, a disponibilização, aos respectivos contratantes, de informações que permitam a aferição do correspondente índice de sinistralidade verificado no período anterior, como a discriminação e os quantitativos de procedimentos efetivamente demandados pelos beneficiários e os valores pagos aos prestadores de serviços.

Um dos efeitos imediatos da decisão do TCU foi a alteração do reajuste anual dos planos individuais ou coletivos com o estabelecimento de uma nova fórmula de reajuste.

A Resolução Normativa nº 441/2018, da ANS, estabeleceu o Índice Máximo de Reajuste Anual das Contraprestações Pecuniárias dos Planos Privados de Assistência à Saúde, Individuais ou Familiares (IRPI), calculado com base em 80% no Índice de Valor das Despesas Assistenciais (IVDA), índice criado para apurar a variação do custo assistencial da operadoras, e 20% com base no IPCA expurgado, visando à correção do custo não assistencial. O primeiro reajuste com a nova metodologia foi aplicado aos planos com aniversário a partir de maio de 2019 e foi estabelecido em 7,35%.

Entretanto, os reajustes anuais dos planos coletivos praticados pelas operadoras em planos de contratação coletiva continuam sendo apenas acompanhados pela ANS.

A única distinção se refere aos planos coletivos com menos de 30 beneficiários que devem ser agrupados para o cálculo de um percentual de reajuste único (Resolução Normativa nº 309/2012), visando evitar flutuações inesperadas em razão da sinistralidade e o menor poder de negociação dos contratantes. Entretanto, seria de todo conveniente a ampliação do número de vidas pelo agrupamento de contratos (pool de risco) ou a fixação de um reajuste máximo equivalente aos planos individuais para esses contratos coletivos, visando evitar abusos ao consumidor.

Inúmeros conflitos decorrem da falta de informação quanto ao critério de reajuste dos planos de saúde coletivos. Ainda que não haja uma regulação do reajuste pela ANS, outras medidas são capazes de evitar a abusividade, como a necessidade de o contrato coletivo fixar índices claros e auditáveis para os reajustes.

7.2.2.2 Reajuste por variação de faixa etária

É o aumento da contraprestação pecuniária do plano em função do deslocamento do beneficiário de uma faixa etária para outra.

Existe uma justificativa na fixação de preços diferenciados em razão da idade. As despesas assistenciais das operadoras de planos de saúde são maiores devido ao risco inerente ao avanço etário e, caso não houvesse valores menores para as faixas de risco menor, o ingresso de consumidores jovens nos planos de saúde acabaria se inviabilizando.

Quanto à legalidade da previsão de faixas etárias, a Lei nº 9.656/1998 prevê a variação da prestação desde que haja expressa previsão contratual nas faixas etárias e os percentuais de reajustes incidentes em cada uma delas (art. 15, *caput*). Exclui-se a variação da mensalidade apenas aos consumidores com mais de 60 anos que estivessem vinculado ao plano contratado por mais de dez anos (art. 15, parágrafo único) e a partir do Estatuto do Idoso, vigente a partir de janeiro de 2014, qualquer variação ao consumidor que atingiu a idade de 60 anos.

Os planos anteriores à Lei de Planos de Saúde têm suas faixas estabelecidas livremente no contrato e os assinados em sua vigência, mas anteriores à vigência do Estatuto do Idoso, tiveram as faixas etárias previstas na Resolução Consu nº 06/1998, e necessariamente os percentuais de variação deveriam estar previstos nos contratos, considerando 7 faixas de variação:

- a. 0 a 17 anos;
- b. 18 a 29 anos;
- c. 30 a 39 anos;
- d. 40 a 49 anos;
- e. 50 a 59 anos;
- f. 60 a 69 anos; e
- g. 70 anos ou mais.

O único limite previsto para a variação na Resolução Consu nº 06/1998 era que a última faixa etária (70 anos ou mais) não poderia ser superior a seis vezes o preço da faixa inicial.

O sistema previsto trazia algumas distorções ao não estabelecer qualquer parâmetro para o reajuste entre todas as faixas etárias, fazendo com que muitas operadoras acabassem concentrando os aumentos quando o consumidor chegava a uma idade avançada como forma de “incentivo” a abandonar o plano de saúde justa-

mente quando dele mais necessitava e, por consequência, trazia maiores custos à operadora. Contratos com previsão de aumento apenas nas duas últimas faixas etárias não eram incomuns.

Exemplificando, não seria irregular, analisando exclusivamente a Resolução Consu nº 06/1998, um plano de saúde que estabelecesse o reajuste da seguinte forma:

Faixa etária	Varição do reajuste	Valor da prestação
0 a 17 anos		500,00
18 a 29 anos		500,00
30 a 39 anos		500,00
40 a 49 anos		500,00
50 a 59 anos		500,00
60 a 69 anos	100%	1.000,00
70 anos ou mais	200%	3.000,00

Embora o valor da prestação seja hipotético, o exemplo de variação de reajuste utilizado não é fictício e era encontrado, de forma idêntica ou similar, em produtos de muitas operadoras que tinham por claro objetivo a exclusão de idoso do plano de saúde o que acarretava inúmeras ações judiciais, as quais reconheciam a abusividade, por colocarem o consumidor em desvantagem exagerada, nos termos do art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor.

Com o advento do Estatuto do Idoso, não apenas os consumidores com mais de 60 anos que estivessem há dez anos vinculados ao plano deixaram de ter a variação por faixa etária, mas todo e qualquer consumidor que completasse essa idade, considerando que a cobrança de valores diferenciados foi considerada pela lei como uma forma de discriminação (art. 15, § 3º da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003).

Considerando que todas as pessoas vinculadas aos planos de saúde regulamentados estão há mais de dez anos com o produto, haja vista a data de vigência do Estatuto do Idoso, não há, a partir de 2014, qualquer variação por faixa etária, nos planos regulamentados, a partir dos 59 anos.

Com o advento do Estatuto do Idoso, a ANS, visando adequar o reajuste de faixa etária, em substituição à Resolução Consu nº 06/1998, editou a Resolução Normativa nº 63/2003, ampliando para dez faixas etárias os contratos firmados a partir de 1º de janeiro de 2014:

- I. o (zero) a 18 (dezoito) anos;
- II. 19 (dezenove) a 23 (vinte e três) anos;

- III. 24 (vinte e quatro) a 28 (vinte e oito) anos;
- IV. 29 (vinte e nove) a 33 (trinta e três) anos;
- V. 34 (trinta e quatro) a 38 (trinta e oito) anos;
- VI. 39 (trinta e nove) a 43 (quarenta e três) anos;
- VII. 44 (quarenta e quatro) a 48 (quarenta e oito) anos;
- VIII. 49 (quarenta e nove) a 53 (cinquenta e três) anos;
- IX. 54 (cinquenta e quatro) a 58 (cinquenta e oito) anos;
- X. 59 (cinquenta e nove) anos ou mais.

Além do aumento do número de faixas de idade (de 7 para 10) houve a colocação de novas regras: a variação acumulada entre a sétima e a décima faixa não poderá ser superior à variação acumulada entre a primeira e a sétima, e não pode haver percentuais negativos, mantendo-se ainda o limite de seis vezes entre o valor da primeira e a última faixa etária.

Para melhor ilustrar, utilizamos um exemplo de possíveis reajustes de acordo com as regras previstas pela ANS, buscando deixar os reajustes de maneira similar de acordo com cada faixa etária e possibilidade de reajuste:

Faixa etária	Variação do reajuste	Valor da prestação	Variação acumulada
0 a 18 anos	-	500,00	145%
19 a 23 anos	16,1%	580,50	
24 a 28 anos	16,1%	673,96	
29 a 33 anos	16,1%	782,47	
34 a 38 anos	16,1%	908,45	
39 a 43 anos	16,1%	1.054,70	
44 a 48 anos	16,1%	1.225,00	
49 a 53 anos	34,8%	1.651,30	145%
54 a 58 anos	34,8%	2.225,96	

Explorando as possibilidades previstas na Resolução nº 63/2003 da ANS, sem infringir a norma, os valores dos aumentos nas últimas três faixas etárias serão em média de 34,8% e um consumidor que tenha hoje 48 anos poderá ter um aumento de até 145%.

Aliás, poderia um consumidor, não ter qualquer aumento na alteração de idade pelas faixas 8 (49 a 53 anos) e 9 (54 a 58 anos) e ter o aumento concentrado na faixa 10, sendo surpreendido aos 59 anos com um aumento de 145% (cento e quarenta e cinco por cento) sem que com isso tivesse qualquer vedação na Resolução nº 63/2003 da ANS.

A situação se mostra abusiva do ponto de vista da defesa do consumidor em um contrato de trato sucessivo, pois ainda que houvesse um pagamento maior ao longo do prazo pelo consumidor (com aumento nas faixas anteriores) a concentração do aumento psicologicamente causa um maior impacto, influenciando em uma possível saída do usuário de plano de saúde, justamente no momento em que completasse 59 anos.

Assim, as regras atuais da ANS ainda possibilitam uma abusividade nas cláusulas por parte das operadoras, o que já ocorria de forma mais clara na Resolução Consu nº 06/1998, ao deixar margem para o aumento em índices desarrazoados especialmente quando o consumidor mais necessitaria estar resguardado, uma vez que estaria em uma idade mais avançada e com menores possibilidades de incremento em sua renda para adimplir sua obrigação.

Interpretando as normas à luz do Código de Defesa do Consumidor, a fixação de um limite percentual na alteração de cada uma das faixas etárias, deve ser inferior a 100% (cem por cento) sob pena de claramente inviabilizar a continuidade do contrato para o consumidor, ao dobrar bruscamente sua mensalidade.

A distribuição do reajuste nas faixas anteriores não traria qualquer desequilíbrio às operadoras, ao contrário, pois anteciparia parte do aumento nas mensalidades em faixas anteriores, o que pode até onerar previamente o consumidor, mas, em contrapartida, não o penaliza de forma desarrazoada quando este atinge a última faixa de reajuste.

A partir da alteração legislativa trazida pelo Estatuto do Idoso, outra questão foi colocada. Se não mais é possível o aumento a partir dos 60 anos, por considerar discriminatório em relação ao idoso, a norma poderia ser aplicada aos contratos firmados anteriormente a sua vigência?

A jurisprudência vinha admitindo a aplicabilidade da norma do art. 15, § 3º, também aos contratos anteriores. Se o consumidor atingiu a idade de 60 anos já na vigência do Estatuto, faz jus à regra protetiva porque a cláusula de reajuste por faixa etária é de caráter aleatório, cujo aperfeiçoamento se condiciona a evento futuro e incerto. Assim, enquanto o contratante não atinge o patamar etário predeterminado, os efeitos da cláusula permanecem condicionados a evento futuro e incerto, não se caracterizando o ato jurídico perfeito, tampouco se configurando o direito adquirido da operadora em receber os valores de acordo com o reajuste predefinido.

O Recurso Especial 1.568.244-RJ (Rel. ministro Ricardo Villas Boas Cueva) foi destacado pelo STJ como representativo da controvérsia sobre reajuste nas mudanças de faixas etárias (Tema/Repetitivo 952) para apurar a legalidade de aumentos substanciais que ocorrem entre elas, especialmente quando da mudança para a

última faixa, quando os consumidores completam 59 anos de idade.

A controvérsia posta em discussão no Recurso Especial se limitou ao reajuste por variação de faixa etária e, analisou de forma mais minuciosa os contratos posteriores à vigência da Lei dos Planos de Saúde (Lei nº 9.656/1998) e ao Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003).

Assim, ao final, foi fixada a tese, para fins do art. 1040 do CPC de que o reajuste de mensalidade de plano de saúde individual ou familiar, fundado na mudança de faixa etária do beneficiário é válido desde que (I) haja previsão contratual; (II) sejam observadas as normas expedidas pelos órgãos governamentais reguladores; e (III) não sejam aplicados percentuais desarrazoados ou aleatórios que, concretamente e sem base atuarial idônea, onerem excessivamente o consumidor ou discriminem o idoso.

Para os contratos antigos e não adaptados, ou seja, anteriores e não regulados pela Lei nº 9.656/1998, deve-se seguir o que consta no contrato, respeitadas, quanto à abusividade dos percentuais de aumento, as normas da legislação consumerista.

Por fim, estabelece o acórdão que a abusividade em razão do aumento da prestação por alteração da faixa etária deve ser verificada no caso concreto. É razoável e adequado o reajuste justificado atuarialmente, a permitir a continuidade contratual tanto de jovens quanto de idosos, bem como a sobrevivência do próprio fundo mútuo e da operadora, que visa comumente ao lucro, o qual não pode ser predatório, haja vista a natureza da atividade econômica explorada. Caso reconhecida a abusividade, para não haver desequilíbrio contratual, a apuração do percentual que deverá ser aplicado em substituição deve ser aferida por meio de cálculos atuariais na fase de cumprimento da sentença.

Em relação aos planos coletivos, a decisão foi omissa, uma vez que a decisão anterior expressamente menciona que se refere a planos individuais ou familiares, razão pela qual houve a afetação do Recurso Especial 1.716.113/DF (Tema Repetitivo 1016) para que se decida duas questões ainda pendentes: (a) validade de cláusula contratual de plano de saúde coletivo que prevê reajuste por faixa etária; e (b) ônus da prova da base atuarial do reajuste, encontrando-se ainda pendente de julgamento.

Além disso, a questão da aplicação do Estatuto do Idoso aos contratos de planos de saúde firmados anteriormente a sua vigência, no que diz respeito ao reajuste da contraprestação em razão de alteração da faixa etária, ainda não se encontra totalmente pacificada, uma vez que se teve reconhecida a repercussão geral (Tema 381) no Recurso Extraordinário 630.502, autuado no STF ainda em 2010, e atualmente com relatoria da ministra Rosa Weber, e pendente de julgamento.

8 ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS EM SAÚDE

O Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde é a cobertura mínima obrigatória de procedimentos e eventos em saúde que deve ser garantida por operadora de plano de saúde de acordo com a segmentação do plano de saúde contratado.

Além disso, ele prevê Diretrizes de Utilização (DUT), definida como o conjunto de critérios, clínicos ou não, que condicionam a obrigatoriedade de cobertura, pela operadora de determinados procedimentos ou eventos em saúde com a finalidade de estabelecer a melhor indicação para sua execução, estando a obrigatoriedade da cobertura condicionada à presença dos seus critérios atestada em declaração do profissional de saúde.

Atualmente o processo de atualização periódica do rol é previsto na Resolução Normativa nº 439/2018, que prevê um ciclo de dois anos para cada revisão.

Encontra fundamento legal na Lei de Planos de Saúde (art. 10) que define o chamado plano-referência, cuja cobertura deve abranger todas as doenças previstas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde (CID).

A própria Lei nº 9.656/1998 traz os procedimentos que não possuem cobertura obrigatória pelos planos de saúde:

- I. tratamento clínico ou cirúrgico experimental;
- II. procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, bem como órteses e próteses para o mesmo fim;
- III. inseminação artificial;
- IV. tratamento de rejuvenescimento ou de emagrecimento com finalidade estética;
- V. fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados;
- VI. fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar (exceto tratamentos antineoplásicos ambulatoriais e domiciliares de uso oral, procedimentos radioterápicos para tratamento de câncer e hemoterapia);
- VII. fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico;

- VIII. tratamentos ilícitos ou antiéticos, assim definidos sob o aspecto médico, ou não reconhecidos pelas autoridades competentes; e
- IX. casos de cataclismos, guerras e comoções internas, quando declarados pela autoridade competente.

Por sua vez a Lei também deixa expresso que a amplitude das coberturas será definida pela regulamentação da ANS (art. 10, § 4º). A Lei nº 9.961/2000 também atribuiu à ANS a competência para fixar o rol de procedimentos obrigatórios de cobertura para as operadoras.

É inegável que, em virtude do contínuo avanço da ciência e da tecnologia, diversos procedimentos são criados ou melhorados. Os custos, em regra, são sempre majorados e, nesse contexto, são comuns ações judiciais em que o consumidor requer algum procedimento ainda não previsto e que, justamente por essa razão, foi negada a cobertura administrativamente.

A majoritária jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça considera que o rol não pode ser entendido como exaustivo, mas meramente exemplificativo, já que todas as doenças constantes do CID e todas as ações necessárias à prevenção da doenças e à recuperação, manutenção e reabilitação da saúde devem estar abrangidas pela cobertura do plano.

Um exemplo recente é o Agravo Interno no REsp 1760883/CE, julgado em 12/8/2019, pelo ministro Marco Aurélio Belizze do STJ, que no acórdão refere que “é abusiva aquela [cláusula] que exclui o custeio dos meios e materiais necessários ao melhor desempenho do tratamento indicado pelo médico, voltado à cura de doença com cobertura contratual” e que “não se pode excluir um tratamento simplesmente por não constar da lista de procedimentos da ANS, haja vista se tratar de rol meramente exemplificativo e que, por isso, não afasta o dever de cobertura do plano de saúde.”

Entretanto, ao mesmo tempo que garante a cobertura de todas as doenças, a lei também garante à ANS fixar a cobertura mínima obrigatória. Todos os segmentos de planos de saúde são obrigados a prover assistência para quaisquer doenças previstas na CID, nos limites das respectivas cobertura e segmentação.

Ao desconsiderar o rol de procedimentos, baseando-se no fundamento de que não seria taxativo, leva-se à conclusão lógica de que se pode, judicialmente, ampliar a cobertura. A regulação exercida pelo Poder Judiciário, sem considerar a regulação já realizada pela ANS, autarquia especialmente criada para tal fim, pode trazer riscos para a higidez do mercado de saúde suplementar. Com o objetivo de promover justiça ao caso concreto, existe o risco de que o equilíbrio das relações entre a operadora de plano de saúde e seus consumidores seja abalado.

É necessário enfrentar os problemas da escassez e da eficiência. Mesmo o Estado, com sua amplitude de recursos, e com uma obrigação constitucional de atendimento universal, possui dificuldades para garantir os custos de manutenção de saúde de maneira ampla e irrestrita, o que se dirá de uma empresa privada.

Os conceitos econômicos são fundamentais para se chegar a uma decisão justa, eis que parte do problema está relacionada à escassez e à alocação de recursos, já que as operadoras dependem da contraprestação pecuniária que recebem de seus usuários, cujo cálculo atuarial tem por base, especialmente, a idade do consumidor e a cobertura ofertada.

Logo, pode-se afirmar que qualquer intenção, por melhor que seja, de oferecer um direito à saúde de forma ampla e irrestrita traz um custo praticamente insustentável. O pensamento simplista – ainda que plenamente defensável – de que quando a saúde e a vida estão em jogo qualquer referência a custo é imoral tem impactos sobre aquele que se vê obrigado a pagar ou ressarcir o procedimento e sobre a coletividade que se encontra sob sua responsabilidade, uma vez que buscará redistribuir o custo aos demais consumidores.

O aparecimento de novas tecnologias e a pressão pelo aumento da remuneração dos profissionais de saúde, por si só, são questões que têm contribuído para a majoração dos custos da saúde suplementar e se somarmos a isso a ampliação judicial da cobertura prevista no Rol, ter-se-á como consequência mediata a previsão de mecanismo para revisão do reequilíbrio financeiro.

A solicitação de intervenção judicial em contratos de plano de saúde sempre deve ser analisada antes de ser realizada, uma vez que possuem bases coletivas impactadas. Nos contratos de plano de saúde o consumidor tem obtido êxito maior do que as operadoras, pelo menos no que se refere a ações individuais.

O mesmo problema se verifica em relação aos contratos firmados anteriormente à vigência da Lei dos Planos de Saúde. O consumidor, apesar de possuir um contrato com cobertura limitada, e por consequência preferir a não adaptação ou migração em razão de possuir uma mensalidade inferior aos novos contratos, busca pela via judicial a ampliação da cobertura, e normalmente tem conseguido êxito.

As decisões judiciais, mesmo em casos individuais, acabam criando efeitos diretos ou indiretos sobre um feixe de contratos que não foram postos sob exame. Muitas vezes, ao buscar o equilíbrio de custos para o requerente individual, pode-se gerar um custo não previsto inicialmente e de grandes proporções, que será suportado pelos demais consumidores vinculados à operadora.

A regulação, em tese, diminuiria os custos de transação no mercado trazendo maior previsibilidade. Nesse sentido a atuação do Poder Judiciário poderia trazer

impactos indesejáveis ao mercado de saúde suplementar, podendo, inclusive, promover custos indesejáveis, os quais seriam suportados por todos aqueles envolvidos na cadeia de negócios.

Porém, ainda que os atos das agências reguladoras sejam passíveis de sujeição à apreciação do Poder Judiciário, não existe uma superioridade de conhecimentos técnicos dos magistrados – ou dos membros do Ministério Público – em relação à ANS, pois a esta foi atribuída a competência legal para regular o sistema de saúde suplementar, ao passo que no processo judicial – ou mesmo durante um inquérito civil – muitas vezes não se tem a condição de avaliar o impacto regulatório.

Nesse contexto, o mutualismo não apenas age como o fundamento técnico dos contratos, mas também como elemento delimitador do equilíbrio, devendo ser avaliado quando estiverem em pauta discussões como reajuste e limites de cobertura.

Entender que as operadoras são obrigadas a prestar qualquer assistência à saúde ao consumidor pode levar à ruptura do equilíbrio econômico-financeiro, situação que, embora favoreça o autor da intervenção judicial, pode prejudicar os demais beneficiários do plano.

A consideração da perspectiva coletiva e de longo prazo é indispensável. O avanço da tecnologia em saúde – medicamentos, dispositivos, equipamentos para diagnósticos etc. – trouxe inegáveis vantagens e benefícios (precisão de diagnóstico e intervenção, menor sofrimento, recuperações mais rápidas e seguras), mas a elevação das despesas acompanham as novas tecnologias. Assim é preciso ponderar a relação custo-benefício da incorporação de novos procedimentos, inclusive, porque, a médio prazo, procedimentos inovadores e que se mostrem eficientes têm o seu custo reduzido, após a disseminação de seu uso, e os que não tiveram sua eficácia comprovada desaparecem do mercado.

Impor a aplicação de procedimentos novos, sem a equalização dos impactos negativos, também se revela temerário. A importância, nesse sentido, de se utilizar, apenas, métodos e procedimentos de eficácia comprovada é fundamental.

A apreciação dos direitos e interesses dos consumidores, no campo da saúde suplementar, deve ser sempre medida em sua dimensão coletiva, respeitando-se os interesses de todos os envolvidos (demais usuários e a coletividade em geral), sem adotar entendimentos que reconhecem benefícios a usuários isoladamente considerados (custeio de medicamentos experimentais, por exemplo).

Um ponto que vem atraindo atenção é a falta de questionamento a respeito da eficácia ou necessidade do tratamento indicado pelo médico assistente ao usuário. Ao médico cumpre acompanhar o caso e estabelecer qual o tratamento adequado para alcançar a cura ou amenizar os efeitos da enfermidade de seu paciente, en-

tretanto, ainda que ele seja o responsável pela orientação terapêutica, poderia a operadora de saúde – ou a própria regulação da ANS, ao estabelecer uma DUT – indicar outro tratamento. Há riscos de uma supervalorização da opinião de um único médico, às vezes em detrimento dos demais profissionais em saúde e de pesquisas científicas, como se essa fosse uma verdade absoluta e incontestável?

Por mais imperfeita que seja a regulação da ANS, em relação à definição das coberturas assistenciais, devem elas ser respeitadas, exceto em situações excepcionais.

Entretanto, nessa linha, é fundamental que agência reguladora dê maior transparência e permita conhecer as decisões em relação à incorporação ou não de determinado procedimento de forma mais clara e acessível em seu sítio eletrônico. Importa ao consumidor, às operadoras e aos prestadores de serviços em saúde – e, em certa medida, também aos operadores do direito – conhecer os fundamentos que levaram à não inclusão de um procedimento no rol de procedimentos e eventos em saúde.

Especialmente é preciso apurar se a não incorporação se deve à existência de outro procedimento que atenderia, de forma similar, a doença ou se não houve a inclusão no rol exclusivamente em razão de questão econômica.

Um caso em que foi necessária a intervenção judicial para alteração do rol se refere ao implante coclear bilateral em Ação Civil Pública (ACP nº 0004415-54.2011.4.03.6100) ajuizada pelo Ministério Público Federal de São Paulo. Antes, os planos de saúde eram obrigados a realizar o implante em apenas um dos ouvidos. Mas, segundo especialistas, a explicação para limitação era o custo da cirurgia bilateral e a diretriz estabelecida contrariava os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e de proteção aos direitos fundamentais à saúde. Assim, foi incluído como item de cobertura obrigatória pelos planos de saúde devido à verificação de que os fundamentos utilizados pela agência eram insuficientes.

Desde o ajuizamento dessa ACP em 2011, a metodologia adotada pela ANS para orientar a decisão entre incorporar ou desincorporar tecnologias melhorou, mas o resultado final ainda está diretamente associado ao impacto financeiro da incorporação.

A avaliação para incorporar um novo procedimento implica que se examinem as evidências científicas disponíveis, defina-se um escopo metodológico e um critério de valoração para que, ao final, ponderar qual é a melhor decisão.

A escolha envolvendo a incorporação ou desincorporação de uma tecnologia em saúde dificilmente se ampara em conclusões e dados produzidos e controlados exclusivamente pela autoridade reguladora, mas decorre da utilização de diferentes fontes científicas. Ultimamente a ANS passou a dar maior destaque ao produto de-

liberativo da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (Conitec); aos estudos epidemiológicos sobre a prevenção e o tratamento obtidos com a tecnologia; e aos estudos sobre custo-efetividade.

Outro aspecto essencial se refere ao registro de medicamentos no órgão nacional de vigilância sanitária, que é obrigatório, tendo inclusive o STJ, em sede de recurso repetitivo (REsp nº 1.712.163-SP) fixado a tese de que “as operadoras de plano de saúde não estão obrigadas a fornecer medicamento não registrado pela Anvisa”. Entretanto, a decisão no REsp faz a ressalva de que, realizado o registro, a operadora não pode recusar o custeio do tratamento com o fármaco indicado pelo médico responsável pelo beneficiário.

Com relação à tecnologia avaliada pela Conitec, caso a reprovação seja decorrente da ausência de efetividade, a ANS assume essa premissa como base de sustentação para seu convencimento decisório e, dessa forma, optar-se-á pela “não incorporação” para que cada vez mais o padrão de incorporação da saúde suplementar se aproxime daquele utilizado pelo Sistema Único de Saúde (SUS).

Existem obstáculos relacionados à escolha pela “melhor opção”, uma vez que o processo de escolha é resultante de um encadeamento de relações de confiança e desconfiança, em que as evidências encaminhadas por grupos de interesse têm menor peso que o resultado deliberativo advindo da Conitec ou de outras instituições internacionais para as quais se presume a existência de maior neutralidade decisória e rigor metodológico.

Os diferentes grupos buscam soluções que mais lhe favoreçam: (I) prestadores de serviços em saúde tendem a discutir questões ligadas à inclusão de novas técnicas; (II) representações de consumidores demandam maior acessibilidade e integralidade da assistência em saúde; e (III) operadoras questionam os aspectos relacionados à abrangência do rol e a necessidade de maior rigor técnico para incorporação de novas tecnologias.

No âmbito da avaliação, a análise de impactos permite estimar os efeitos financeiros relacionados à opção final entre “incorporar”, “manter a existente” ou “não incorporar” tecnologias. A ANS, via de regra, ao analisar os resultados advindos de análises de custo-efetividade elaboradas pela Conitec, somente considera a dimensão da efetividade, uma vez que a metodologia de cálculo adotada pelo Ministério da Saúde leva em conta os custos e a frequência de utilização observáveis na saúde pública (SUS), e não aqueles relacionados ao subsistema da saúde suplementar.

Verifica-se uma escassez de estudos científicos formulados especificamente para a realidade dos planos de saúde no Brasil e a consequente insuficiência de dados sobre essa perspectiva. Uma solução encontrada foi estabelecer diretrizes de

utilização (DUT) que se revelam importantes alternativas, sem grande sofisticação decisória, e que permitem a incorporação de forma criteriosa e sem criar incentivos ao uso indiscriminado de tecnologias recém-incorporadas.

Assim, para o ajuizamento de qualquer ação coletiva visando à incorporação de procedimento ao rol, como também em decisões do Judiciário, é importante dissecar a motivação da escolha regulatória, ou seja, que seja feita a análise pormenorizada das razões que fundamentam a opção pela não incorporação de determinado procedimento.

Advém disso, a necessidade da transparência nos processos de incorporação de tecnologias na saúde suplementar permite aferir se os fundamentos apresentados se justificam. A elaboração de relatórios trazendo uma justificativa mais estruturada para cada procedimento não incorporado, incorporado ou mantido no rol também ajudará na avaliação da racionalidade decisória da escolha da ANS.

Somente dessa forma possibilita-se ao Ministério Público e ao Poder Judiciário melhores condições de realizar um eventual exame de adequação da manutenção, não incorporação ou desincorporação de um procedimento, uma vez que, quanto mais justificada for, técnica e cientificamente, a decisão administrativa, menor é o risco de ela ser alterada judicialmente.

9 OUTRAS QUESTÕES RELEVANTES ENVOLVENDO PLANOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE

9.1 Ressarcimento ao SUS

Outro impacto econômico que a regulação provocou no mercado de saúde suplementar foi previsto no art. 32 da Lei de Planos de Saúde. Trata-se do ressarcimento ao SUS, ou seja, toda vez que uma pessoa vinculada a um contrato de plano de saúde é atendida no sistema público de saúde, a operadora deverá ressarcir as despesas daquele atendimento, desde que o procedimento realizado esteja coberto pelo contrato daquele usuário atendido no SUS.

O principal fundamento do ressarcimento ao SUS é o princípio que veda o enriquecimento ilícito, na medida em que, se o cidadão contrata um plano de saúde, mas acaba por não se utilizar deste, estaria a operadora contratada a auferir um lucro injustificado.

Após anos de discussão judicial, a questão somente foi decidida em definitivo recentemente no Recurso Extraordinário nº 597.064/RJ, ao qual foi dado repercussão geral e o STF, em 15 de maio de 2018, fixou a seguinte tese: É constitucional o ressarcimento previsto no art. 32 da Lei nº 9.656/1998, o qual é aplicável aos procedimentos médicos, hospitalares ou ambulatoriais custeados pelo SUS e posteriores a 4/6/1998, assegurados o contraditório e a ampla defesa, no âmbito administrativo, em todos os marcos jurídicos.

9.2 Prazos de atendimento

Com a finalidade de garantir o acesso à cobertura em tempo adequado, a ANS estabeleceu prazos máximos para a realização de consultas, exames e cirurgias. Dessa forma, após o período de carência e de acordo com a cobertura do seu plano, a operadora deve prestar os atendimentos dentro dos seguintes prazos:

Faixa etária Tipo de atendimento	Prazo máximo (dias úteis)
Urgência e emergência.	Imediatamente
Exame das análises clínicas.	3 (três)
Consulta básica (pediatria, clínica médica, cirurgia geral, ginecologia e obstetrícia) e consulta odontológica.	7 (sete)
Demais serviços de diagnóstico/terapia em regime ambulatorial e consulta/sessão com outras especialidades (fonoaudiólogo, psicólogo, terapeuta ocupacional e fisioterapeuta).	10 (dez)
Consulta nas demais especialidades médicas.	14 (quatorze)
Procedimentos de alta complexidade (PAC) e internação eletiva (agendada).	21 (vinte e um)
Consulta de retorno.	A critério do responsável pelo atendimento.

É preciso esclarecer que caso o consumidor prefira ser atendido por determinado profissional ou estabelecimento, será necessário aguardar a disponibilidade de agenda desse especialista. Não há uma regulação da ANS quanto a obrigatoriedade de informação sobre tempo de espera ou horários de atendimento ao plano pelos profissionais em saúde. Caso deseje o cumprimento dos prazos, deverá contatar a operadora, que indicará o local ou profissional que a atenderá, para garantir o seu direito de atendimento no prazo previsto.

9.3 Ex-empregados e aposentados

Este tópico pode ser fragmentado quanto à possibilidade de: (I) manutenção de funcionários exonerados ou demitidos sem justa causa no plano firmado por seu ex-empregador; e (II) manutenção de aposentados em planos firmados também por seu ex-empregador.

Para fazer jus à manutenção, o beneficiário demitido ou exonerado deve assumir o pagamento integral das mensalidades, ou seja, deve pagar também a parte que antes era assumida pela empresa, além de observar os demais requisitos legais.

Com relação ao direito do aposentado em ser mantido no plano, também se aplicam os mesmos requisitos e peculiaridades antes descritos aos beneficiários demitidos ou exonerados, mas apenas o aposentado que tiver participado de plano coletivo (em razão de vínculo empregatício) por, no mínimo, 10 (dez) anos, fará jus à permanência ilimitada no plano.

Grande parte dos problemas advindos dessas situações, entretanto, foram solucionados com a ampliação da portabilidade para os planos coletivos empresariais e por adesão, assim é possível a utilização das carências em outro plano compatível, caso legalmente não seja possível a manutenção no plano de origem em razão da perda do vínculo com a pessoa jurídica contratante do plano empresarial.

9.4 Taxa de disponibilidade obstétrica

É a cobrança de honorários médicos diretamente a beneficiárias de planos de saúde para a realização de procedimentos cobertos pelos planos com cobertura obstétrica.

Considerando as polêmicas existentes, a agência reguladora expediu nota para esclarecer as operadoras, beneficiários e prestadores sobre a irregularidade, à luz da legislação vigente referente ao setor suplementar, da cobrança de honorários diretamente aos beneficiários para a realização de procedimentos cobertos, a qual em obstetrícia foi denominada de taxa de disponibilidade para a realização de parto.

Assim, a ANS deixou claro que a Lei nº 9.656/1998 (art. 12, inciso II, alínea c) estabelece que a cobertura de despesas referentes a honorários médicos deve ser obrigatoriamente coberta pelas operadoras para os eventos que ocorram durante a internação hospitalar, incluindo a internação hospitalar em obstetrícia.

Ora, o plano hospitalar com obstetrícia compreende toda a cobertura hospitalar, acrescida dos procedimentos relativos ao pré-natal, da assistência ao parto e ao puerpério, de modo que as despesas referentes a honorários médicos necessários a essas etapas da atenção perinatal, incluindo a internação hospitalar para a assistência ao parto, devem ser necessariamente cobertas pelas operadoras de planos de saúde, garantindo a integralidade das ações em saúde e respeitando a segmentação contratada.

A cobrança de taxa de disponibilidade vai de encontro aos princípios do Código de Defesa do Consumidor (CDC), aplicáveis subsidiariamente aos contratos de planos privados de assistência à saúde, em especial, os da vulnerabilidade do consumidor, da interpretação mais favorável a este, e o da presunção de sua boa-fé.

Desse modo, as consumidoras têm direito a todos os procedimentos da segmentação obstétrica descritos no Rol de Procedimentos e Eventos sem a necessidade de qualquer dispêndio além do previsto em contrato, devendo ser garantidos os contratos em vigor.

Na contratualização entre a operadora e seus prestadores de serviços médicos, deve existir cláusula contratual prevendo o desligamento, por iniciativa da operadora, de seu cooperado, credenciado ou referenciado, caso ocorra cobrança de ho-

norários diretamente aos beneficiários relativos à disponibilidade para a realização de procedimentos que façam parte da cobertura obrigatória da atenção à saúde e/ou de procedimentos cuja cobertura esteja prevista em contrato.

Cabe imputar a responsabilidade à operadora quando houver cobrança de honorários, a qualquer título, diretamente aos beneficiários por parte de profissionais de saúde contratados, cooperados, credenciados ou referenciados, para procedimentos cobertos, cabendo apuração da infração e eventual aplicação de penalidade à operadora por parte da Agência Nacional de Saúde Suplementar.

9.5 Mercado e concorrência

Um dos efeitos da regulação foi a diminuição e a consequente concentração do mercado de saúde suplementar. Com as obrigações a serem cumpridas perante a ANS e a necessidade de garantias financeiras mínimas para que empresas ingressem nesse mercado, houve uma inevitável redução de empresas que têm interesse ou condições para atuar nos serviços privados de saúde.

As normas editadas pela ANS e que dizem respeito ao atendimento de requisitos para atuar como operadora funcionam como uma barreira de entrada no mercado de saúde suplementar. Dessa forma, apenas as operadoras já consolidadas no mercado e que possuem maior poder financeiro permanecem, inclusive retirando do mercado outras menores mediante aquisição da carteira de clientes.

É inegável a preeminência de somente empresas com segurança financeira participarem do mercado, garantindo-se que os recursos captados não serão indevidamente utilizados ou correrão o risco de se perderem por má administração, deixando o mercado mais seguro para os consumidores, mas isso tem como efeito colateral a redução do número de empresas dispostas a atuar, com a diminuição, por consequência, da concorrência.

Embora seja de competência da ANS aprovar as alterações de controle societário, as operações societárias eventuais em atos que impliquem concentração econômica é de competência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Cumpre, entretanto, à ANS informar ao Cade acerca de situações que potencialmente possam causar prejuízo à concorrência, como nos casos de aquisição de carteira por operadoras que já possuam domínio em um mercado relevante.

No que tange ao mercado de saúde suplementar, as práticas potencialmente danosas à concorrência mais comuns, analisadas pelo Cade são: (I) tabelas médicas e cooperativas de especialidade médicas; e (II) unimilitância.

9.5.1 Tabelas médicas e cooperativas de especialidades médicas

A tentativa de implantar tabelas de preços para remunerar serviços médicos prestados às operadoras e a utilização de cooperativas de determinadas especialidades médicas como forma de centralizar as negociações de tais preços com essas operadoras podem ser vistas como diferentes estratégias dos prestadores de serviços médicos para fazer frente ao poder de mercado e poder econômico das operadoras. Não por acaso, as análises e decisões do Cade nesses temas encontram pontos em comum tanto nos temas polêmicos quanto nos consensos.

A relação assimétrica entre profissionais médicos e operadoras de planos de saúde foi analisada pelo Cade a partir da ideia do poder compensatório como forma de justificar uma atuação coordenada dos médicos. Entretanto, os poucos casos de cooperativas ou de tabelas em que alguns conselheiros consideraram aplicável foram vencidos pela maioria, que identificou nos processos outros elementos que implicaram a condenação das representadas.

Um ponto consensual nas decisões se refere à ilegalidade de aplicação de medidas coercitivas pelas entidades médicas (associações, federações, conselhos e sindicatos) contra aqueles profissionais que se recusassem a adotar suas orientações a respeito do uso de tabelas de honorários.

Quando se trata de uso de tabelas por empresas – hospitais, clínicas, laboratórios e, até mesmo, operadoras de planos de saúde –, a análise do Cade não admite assimetria de poderes entre agentes, de forma que, estando presentes nos autos as provas de acordos e adoção de conduta uniforme, as representadas são condenadas pela prática de cartel.

9.5.2 Unimilitância

É a imposição por parte de operadora de plano privado de assistência à saúde, especialmente por parte das cooperativas de contratos, de exclusividade ou de restrição da atividade profissional dos prestadores privados de serviços de saúde.

Algumas Unimeds adotavam a exigência de exclusividade em relação aos médicos que desejassem integrar a cooperativa (unimilitância), qualificando essa exigência como “fidelidade societária”. Assim, de acordo com as dimensões geográficas de mercados relevantes identificadas, essa operadora detinha posição de liderança e enorme poder de mercado.

A ANS sempre considerou a unimilitância uma infração administrativa, por exigir exclusividade do prestador de serviços e constituir um dano à livre concorrência.

O tema da unimilitância sempre foi consenso no Cade. O impedimento por parte de uma operadora de um médico se credenciar perante outra operadora, seja por vedação expressa em contrato, seja por meio de programas de bonificação para aqueles que optam pelo atendimento exclusivo constitui infração à ordem econômica. Nesse tema, a consistência das decisões culminaram com a edição da Súmula 07/2009.

Posteriormente, a Corte Especial do STJ pacificou o entendimento sobre a ilegalidade da unimilitância no julgamento do EREsp nº 191.080/SP, ocorrido em 16 de dezembro de 2009, salientando que ela compromete, por via oblíqua, o direito à saúde (art. 196) “na medida em que a exclusividade cerceia o acesso àqueles médicos profissionais vinculados à cooperativa”.

A unimilitância dificulta a formação de redes assistenciais das operadoras e, consequentemente, cria barreiras artificiais à entrada de novos concorrentes, restringindo a liberdade de escolha do consumidor.

Hoje a questão é praticamente superada não se evidenciando, ao menos explicitamente, tal prática pelas cooperativas médicas.

9.6 Relação entre operadoras e prestadores

O modelo de remuneração dos serviços em saúde mais frequentemente utilizado no país é o pós-pagamento, ou seja, que ocorre após a prestação do serviço. Nesse modelo, a modalidade mais utilizada é o *fee for service*, que remunera de acordo com a produção de serviços. No entanto, como esse modelo tende a conduzir a uma sobreutilização por parte dos prestadores, uma vez que se ganha por produção, e há uma imprevisibilidade de gastos para operadoras, o mercado tem buscado novas formas de remuneração baseadas em precificação de um conjunto de serviços, como a remuneração por pacote de procedimentos e a diária global.

O conflito de interesse na relação entre operadoras de planos de saúde e prestadores de serviços se traduz pelo fato de as ações que governam os contratos entre as partes serem opostas, o que representa custos para operadoras é considerado receita para os hospitais, profissionais em saúde e para as clínicas.

Quando um indivíduo contrata um plano de saúde, sua maior preocupação é ter acesso garantido aos serviços em um momento de necessidade. Nesse sentido, a contratação do plano de saúde acaba sendo o meio e o serviço de saúde, o fim.

Algumas questões que envolvem a relação entre operadoras e prestadores de serviços apresentam pontos de fortes conflitos, como (I) o reajuste de preços; (II) fluxo de pagamento (defasagem entre a prestação do serviço e o recebimento pelos prestadores); (III) glosas (cancelamento ou recusa por parte das operadoras de parte do pagamento); (IV) órteses e próteses (o prestador de serviço aplica uma taxa de comercialização de órteses e próteses); (V) medicamentos (possuem garantia periódica de reajuste e representam grande parte da parcela da receita dos prestadores hospitalares); e (VI) interferência das operadoras na atuação da prática médica e na prestação de serviços hospitalares.

A principal justificativa para a ANS regular a relação entre operadoras de planos de saúde e prestadores de serviço é em decorrência de uma falha clássica de mercado nessa relação, a assimetria de informação.

Para analisar essas relações, devem-se considerar alguns pontos, dentre os quais se destacam: o instrumento jurídico que formaliza as relações comerciais entre as partes (contrato); o modelo de remuneração e as formas de controle não financeiro, como a restrição de utilização de alguns serviços; e a imposição de autorizações prévias.

No atual contexto, o modelo de remuneração vigente, em que cada procedimento ou item realizado é cobrado na conta, privilegia a lógica de sobreutilização de procedimentos por parte dos prestadores, uma vez que a remuneração está atrelada ao volume produzido.

Quanto à substituição de prestadores pelas operadoras se faz uma distinção entre prestadores hospitalares e não hospitalares.

As exclusões de prestadores hospitalares, por redimensionamento ou substituição, devem ser solicitadas à ANS. É facultada a substituição de entidade hospitalar por outra equivalente desde que comunicada com 30 dias de antecedência aos consumidores e à ANS. Já o redimensionamento de rede hospitalar por redução só poderá ser feito mediante autorização expressa da ANS. Mesmo quando o redimensionamento ocorrer em função de pedido do prestador ou por encerramento das atividades do estabelecimento, a operadora deverá solicitar autorização perante a ANS e demonstrar que mantém condições de cumprir com suas obrigações assistenciais.

Em relação aos prestadores não hospitalares, em caso de estabelecimento de saúde, a substituição deve ser por uma empresa do mesmo tipo e com os mesmos serviços especializados. Além disso, o novo prestador deve estar no mesmo município da empresa descredenciada. Em caso de profissionais que atuem em consultório isolado, os critérios para substituição devem levar em conta a habilitação

legal para o exercício da profissão e a localização no mesmo município. Todas as informações devem estar disponíveis ao consumidor no portal corporativo da operadora na internet.

10 ATRIBUIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL NA SAÚDE SUPLEMENTAR

A atribuição do Ministério Público na saúde suplementar tem fundamento constitucional previsto no art. 129, II e III, no que se refere a zelar pelos serviços de relevância pública (saúde) e na promoção do inquérito civil e da ação civil pública, para a proteção de outros interesses difusos ou coletivos.

O Ministério Público Federal atua nas situações em que os fatos, objeto de apuração, decorrem de irregularidades ou ilegalidades diretamente relacionadas com a regulação (ou falta dela) da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), autarquia especial federal e, portanto sujeita à competência da Justiça Federal.

As relações que envolvam diretamente operadoras de planos de saúde e consumidores, consumidores e prestadores de serviços em saúde e operadoras e prestadores de serviços em saúde, sem que se apure eventual ilegalidade na regulação da ANS são de atribuição do Ministério Público estadual.

Além disso, qualquer questão referente aos planos de saúde contratados anteriormente à Lei de Planos de Saúde, em princípio, é afeta unicamente aos órgãos de defesa do consumidor estadual, uma vez que a regulamentação da ANS afeta esses produtos apenas indiretamente.

A atuação do MPF pode ser caracterizada também visando exigir a fiscalização da ANS para aplicar penalidade pelo descumprimento às normas regulatórias em razão de seu dever de fiscalização do setor de saúde suplementar o que, em tese, poderia abranger qualquer violação entre os vértices da relação (operadoras, prestadores de serviço em saúde e consumidores).

O STJ tem afastado a legitimidade passiva da ANS em casos que não cabe a ela atuar diretamente:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PLANO DE SAÚDE. ART. 535, II, DO CPC. AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE (ANS). ILEGITIMIDADE PASSIVA. [...]

1. [...]

2. A competência da Agência Nacional de Saúde (ANS) é instituir políticas públicas no mercado de saúde suplementar, e não de atuar diretamente na relação entre particulares, não havendo, portanto, interesse jurídico relevante que justifique a intervenção dessa autarquia reguladora em processo em que se discute matéria de direito privado concernente a cláusulas de apólice de seguro de saúde.[...]

(AgRg no REsp 1200821/RJ, Rel. ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, j. 10/02/2015, DJe 13/02/2015)

“RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PLANO DE SAÚDE. REAJUSTES ABUSIVOS POR FAIXA ETÁRIA. RELAÇÃO ENTRE CONSUMIDOR E OPERADORA. AUSÊNCIA DE INTERESSE DIRETO DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (ANS).

1. Ilegitimidade passiva da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) para figurar no polo passivo de ação civil pública em que se pleiteia a declaração de abusividade de reajustes em contrato de plano de saúde.

2. Ausência de interesse jurídico direto da agência reguladora.

3. Precedentes específicos do STJ.

4. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

(REsp 1384604/RS, Rel. ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, j. 16/06/2015, DJe 22/06/2015)

Assim, a atribuição do Ministério Público Federal para a instauração de inquérito civil e eventual ajuizamento de ação civil pública é inequívoca nas questões de saúde suplementar que envolvam: (a) omissão ou falha regulatória da ANS; (b) omissão ou falha na atuação da ANS no que se refere aos regimes de direção técnica e/ou fiscal e liquidação extrajudicial de operadoras, colocando em risco assistencial os consumidores da operadora em dificuldades financeiras; (c) inclusão de procedimento em saúde não previsto no rol; (d) questões envolvendo a concorrência em que o mercado relevante abranja, no mínimo, mais de um estado; e (e) ressarcimento ao SUS.

Nas demais questões envolvendo a saúde suplementar, sempre é necessária a demonstração de um ato concreto da ANS, ainda que omissivo e decorrente do seu dever de fiscalizar. Entretanto, a maioria dos casos é uma relação direta entre operadora e consumidor, o que por si só não se encontra no âmbito das atribuições do MPF.

