

**DIREITO, ECONOMIA E SAÚDE SUPLEMENTAR:
REGULAÇÃO EFICIENTE PARA GARANTIA
DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE**

Fillipe Azevedo Rodrigues*

Resumo: Este artigo apresenta uma abordagem econômica sobre a judicialização da saúde suplementar à luz da nova economia institucional, exemplificando como esta pode atuar em prol da eficiência administrativa. Fixa os pressupostos teóricos neoconstitucionais para a garantia e eficácia direta dos direitos fundamentais das três dimensões. Parte de uma análise sucinta do processo de crescimento e fortalecimento da saúde suplementar no Brasil. Demonstra a consolidação da relevância da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) na garantia de um serviço de seguro ou plano de saúde de qualidade. Destaca a influência de uma regulamentação precisa e eficiente no equilíbrio do mercado de saúde suplementar, tanto em benefício do prestador do serviço quanto do consumidor. Expõe as dificuldades enfrentadas pelo Poder Judiciário no afã de solucionar os litígios entre segurado e prestadora de seguro de saúde. Conclui pela importância da ANS como instância administrativa de resolução de conflitos no setor.

Palavras-chave: saúde suplementar; eficiência administrativa; regulação.

1 Introdução

O modelo vigente de Estado, em meio à sociedade contemporânea altamente complexa, parte da reformulação dos ideais que sustentavam o Estado provedor, cuja intervenção no domínio econômico representava alta relevância no funcionamento do mercado, tido como superado em sua perspectiva liberal na crise financeira de 1929.

A Constituição – sistema aberto de regras e princípios –, como elo entre o meio jurídico e o político, funda o Estado e funciona tanto como agente transforma-

* Professor de mestrado em Direito Constitucional e da graduação em Gestão de Políticas Públicas na Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Advogado e consultor do Estado do Rio Grande do Norte.

dor em relação às mutações sociais como se sujeita às clivagens morais e ideológicas presentes no seio da sociedade.

Atualmente, o (con)texto constitucional caracteriza-se como conjunto normativo plural, porquanto reúne as mais diversas dimensões (ou gerações) de direitos assimilados ao longo da história e da evolução do constitucionalismo.

Destarte, as rupturas ideológicas com o advento do Estado liberal sobre o Estado absolutista, aquele, por sua vez, superado pelo *Welfare State* (Estado provedor) e, nos dias de hoje, a migração de um regime neoliberal em crise para um (desejado) Estado Constitucional, demonstram as mais diversas raízes histórico-culturais que solidificam nosso ordenamento constitucional e os ampliaram com a sucessiva concretização de direitos fundamentais, a exemplo dos direitos sociais e econômicos.

Nessa perspectiva, situa-se o direito fundamental à saúde no rol dos direitos sociais capitulados no art. 6º da Constituição da República, cuja garantia de sua eficácia foi construída e solidificada sobretudo pelo Poder Judiciário, ao proferir sucessivas decisões diretivas nas políticas públicas consideradas ineficientes para a área.

Definida a problemática em análise, o presente trabalho será desenvolvido utilizando-se do método dedutivo-analítico, por meio de pesquisa bibliográfica na legislação, bem como em obras acadêmicas consagradas e de vanguarda, tanto de repercussão nacional como internacional.

No tocante aos objetivos, propõe-se analisar o espectro de competências da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) cuja potencialidade é capaz de intervir de forma positiva no mercado de planos e seguros de saúde, tanto para o prestador do serviço como para o consumidor, utilizando-se dos paradigmas da nova economia institucional.

Assim, inicialmente serão desenvolvidas algumas considerações gerais acerca da densificação dos direitos fundamentais, sobretudo os direitos sociais e econômicos de segunda dimensão, cuja eficácia deve ser garantida pelo Estado Constitucional.

Em um momento posterior, o trabalho passará a abordar o surgimento e o crescimento da saúde suplementar no Brasil, em função das fragilidades do Sistema Único de Saúde (SUS) para propiciar acesso a tão relevante direito fundamental para toda a população.

Mais adiante, serão descritos os pressupostos teóricos do trabalho, no bojo da análise econômica do direito (AED).

Por fim, sob o enfoque dos paradigmas da nova economia institucional, será aferido o grau de importância da ANS como esfera administrativa de solução de conflitos e de suas implicações positivas na estabilização (redução de riscos, incertezas e custos de transação) do mercado de planos e seguros de saúde.

2 Considerações iniciais sobre o sistema constitucional de direitos sociais

Antes de aprofundar a questão, cumpre empreender algumas considerações sobre os pressupostos metodológicos constitucionais considerados no presente trabalho.

A compreensão dogmática do direito constitucional consiste na identificação da Constituição como um *sistema jurídico aberto de regras e princípios* (CANOTILHO, 2003).

De início, cumpre descodificar tal base metodológica. Com esse propósito, é digna de nota a seguinte lição de Joaquim J. Gomes Canotilho (2003, p. 1123):

[...] (1) é um sistema jurídico porque é um sistema dinâmico de normas; (2) é um sistema aberto porque tem uma estrutura dialógica (Calliess), traduzida na disponibilidade e capacidade de aprendizagem das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da verdade e da justiça; (3) é um sistema normativo, porque a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas, é feita através de normas; (4) é um sistema de regras e de princípios, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de princípios como sob a sua forma de regras.

Em que pese a abertura do sistema, as normas constitucionais podem se verificar como mais abertas ou mais densas.

No primeiro caso (mais abertas), a norma carece, para sua aplicação, de uma espécie de *delegação relativa nos órgãos concretizadores*. Trata-se, pois, de uma atividade integradora dirigida pelo Legislativo, Executivo ou Judiciário aos casos que se apresentem no âmbito de suas prerrogativas.

Em relação às normas mais densas, as correspondentes hipóteses de incidência¹ caracterizam-se por seu maior grau de concretude, isto é, restringem o espaço de discricionariedade do agente político no que se refere à sua aplicação. Há, portanto, uma aproximação mais intensa entre a norma (de maior densidade), sua aplicação e seus efeitos.

A esse respeito, Canotilho (2003, p. 1145) aponta certas características para identificar uma norma como aberta ou densa:

Dizer quais as normas constitucionais abertas e quais as normas constitucionais densas não é uma tarefa susceptível de ser reconduzida a esquemas fixos e totalizantes. Como tendência, assinala-se a abertura das normas constitucionais em assuntos: (1) sobre os quais há um consenso geral; (2) em relação aos quais é necessário criar um espaço de conformação política; (3) em relação aos quais podem ser justificadas medidas correctivas ou adaptadoras. A *densidade* da norma constitucional impõe-se: (1) quando há necessidade de tomar decisões inequívocas em relação a certas controvérsias; (2) quando se trata de definir e identificar os princípios identificadores da ordem

¹ Embora possua contornos juspositivistas em sua obra, a ideia de hipótese de incidência como um elemento essencial da norma é muito bem trabalhada por Geraldo Ataliba (2008). O referido autor entende que os comandos jurídicos só nos servem ou nos obrigam quando se conformem com uma hipótese que nos contemple inequivocamente. Sob a perspectiva de um Estado Constitucional – abordada mais aprofundadamente a seguir –, a Constituição carrega a mais vasta gama de hipóteses de incidência, irradiando seus efeitos normativos em todas as direções, quer públicas quer particulares. Confira-se, pois, o trecho em referência: “Sabemos que não somos obrigados a obedecer a todos os milhões de comandos jurídicos em vigor. Na verdade, cada um de nós só é obrigado a obedecer aos mandamentos cujas hipóteses nos contemplam inequivocamente. Só quando uma hipótese legal colhe uma pessoa, é ela obrigada a obedecer ao respectivo mandamento. [...] Acontecido o fato previsto na hipótese da lei (hipótese legal), o mandamento, que era virtual, passa a ser atual e se torna atuante, produtivo dos seus efeitos próprios: exigir inexoravelmente (tornar obrigatórios) certos comportamentos, de determinadas pessoas” (ATALIBA, 2008, p. 42).

social; (3) quando a concretização constitucional imponha, desde logo, a conveniência de normas constitucionais densas.

A abertura do sistema, independentemente do grau de densidade da norma, é uma das peculiaridades do Estado Constitucional, sobretudo quanto à aplicação direta da Constituição. Não é porque se trata de uma norma aberta, a exemplo dos princípios políticos constitucionalmente conformadores², que a Carta Magna perde a sua eficácia normativa, afinal, em última análise, trata-se de um sistema jurídico autopoietico.

Os paradigmas teóricos do Estado Constitucional e a consequente abertura da Constituição encontram abrigo na metódica (ou ideologia) neoconstitucional.

Para Comanducci (2003), embora se apresente também como teoria e metodologia, o neoconstitucionalismo consiste basicamente em uma ideologia de limitação do arbítrio estatal em prol da garantia dos direitos fundamentais, cujos traços filosóficos aproximam-se aos presentes no jusnaturalismo, bem como nele se identifica a conexão entre direito e moral.

O ponto principal de distinção entre o constitucionalismo e a ideologia neoconstitucional reside em que, nesta, a proteção e a garantia dos direitos fundamentais encontram-se num primeiro plano, enquanto, naquela ideologia, o foco era basicamente limitar o poder estatal, com vistas a um formato de Estado Liberal.

Entretanto, não obstante o fato de o constitucionalismo ter se direcionado – circunstancialmente³ – à construção do Estado Liberal, tal contexto não configura uma regra inexorável. É dizer: o neoconstitucionalismo não deve ser tido como uma garantia de ruptura ideológica do Estado Liberal para o Estado Constitucional, afinal os direitos fundamentais de ordem liberal estão presentes em grande parte das constituições ocidentais, assim como os de caráter social e difusos. Afinal, caso contrário, as ideias neoconstitucionais estariam desconectadas da realidade atual de crescimento do rol dos direitos fundamentais, que, diga-se de passagem, não se anulam, mas harmonizam-se.

3 O surgimento da saúde suplementar nos cenários político, jurídico e econômico contemporâneos

O cenário instável entre a concretização de um direito típico a um Estado provedor e a transição para um regime organizacional e econômico neoliberal fo-

² “Designam-se por princípios politicamente conformadores os princípios constitucionais que explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte. Nestes princípios se condensam as opções políticas nucleares e se reflecte a ideologia inspiradora da constituição. [...] Nesta sede situar-se-ão os princípios definidores da forma de Estado: princípios da organização econômico-social, como, por ex., o princípio da subordinação do poder econômico ao poder político democrático [...]” (CANOTILHO, 2003, p. 1129-1130).

³ É importante frisar o caráter circunstancial do constitucionalismo liberal porquanto foi o ponto de partida do atual Estado Constitucional, cujas raízes remontam tanto a tal momento histórico como ao contexto do Estado Social do século XX. Nessa perspectiva, cabe transcrever o seguinte ensinamento de Jorge Miranda (2000, p. 69) sobre a Constituição: “enquanto parcela do ordenamento jurídico do Estado, a Constituição é elemento conformado e elemento conformador de relações sociais, bem como resultado e factor de integração política. [...] Porém, por ser Constituição, Lei Fundamental, Lei das leis, revela-se mais do que isso. Vem a ser a expressão imediata dos valores jurídicos básicos acolhidos ou dominantes na comunidade política, a sede da ideia de Direito nela triunfante, o quadro de referência do poder político que se pretende ao serviço desta ideia, o instrumento último, de reivindicação de segurança dos cidadãos frente ao poder. [...] A Constituição (ou, como conceito mais denso e rico, a ordem constitucional) não aglutina todos os valores, nem é, em si, valor supremo. Sofrendo o influxo dos valores, nem se dilui neles, nem os absorve”.

mentaram o surgimento do conceito de saúde suplementar, ora nosso objeto de estudo, numa captura da iniciativa privada de espaço de mercado, não exclusivamente público, mas prejudicado pela elevada ineficiência estatal na prestação mínima do serviço.

A garantia do mínimo existencial, construída no campo doutrinário, é rotineiramente desconsiderada na saúde pública pelo seu próprio prestador, que admitiu a crescente participação privada, a fim de funcionar, de um lado, como prestador do serviço, por meio do SUS, e, de outro, como regulador da atividade econômica de planos e seguros de saúde, por meio da ANS⁴.

Por sua vez, a atividade privada dos planos e seguros de saúde, reguladas pela ANS, com vistas à prestação de um serviço originalmente público, importa em constantes conflitos entre princípios de ordem liberal e social, tal como a segurança das relações contratuais de carência e a preservação da incolumidade física do indivíduo, contratante do serviço.

Boa parte desses conflitos não é resolvida no meio privado, isto é, as relações econômicas de troca se apresentam insatisfatórias ao se inserirem nesse contexto constitucional de mercado, o que leva tais demandas ao Poder Judiciário para, muitas vezes, solvê-las conforme o convencimento precário do julgador em sede de medida liminar.

Assim, as partes litigam em busca da eficácia do direito no qual se sustentam, numa relação não meramente jurídica, mas também de natureza econômica, afinal põem-se em conflito interesses que se alegam fundados em necessidades a partir da relação contratual firmada⁵.

4 Breve introdução à análise econômica do direito

Direito⁶ e economia⁷, ambas ciências sociais aplicadas, intercomunicam-se em seus diversos ramos, no entanto há restrições relacionadas ao aspecto propedêutico ou quando uma é o objeto de estudo da outra, a exemplo do direito econô-

⁴ "A estrutura do modelo neoliberal introduzida no Brasil trouxe consigo a desestruturação do Estado em diversos setores, modificando a face intervencionista então prometida, transformando-o (sem ter sido Estado Providência), num Estado reduzido às atividades estritamente necessárias à manutenção da ordem: educação, saúde, segurança pública e judiciário compartilhadas, na melhor tradição neoliberal, formando um paralelo com ensino privado, plano de saúde, empresas de segurança e arbitragem" (ROSA; LINHARES, 2011, p. 111).

⁵ "As organizações ligadas à saúde operam sob pressão tanto de setores organizados da sociedade como de órgãos governamentais, que as controlam, posto que envolve o sensível tema da exploração econômica de funções típicas de Estado, terceirizadas ao setor privado por meio de concessões, o que gera um íntimo conflito ideológico sobre a fronteira entre o que é um dever a ser cumprido diretamente pelo Estado e o que pode ser transferido para as empresas privadas, sinalizando que qualquer modelo de análise de contextos ligados à saúde deve contemplar a carga de simbolismos atuante nas discussões, a qual representa a efetiva força de pressão e de legitimação social" (VILARINHO, 2003, p. 134).

⁶ Tecendo considerações sobre o pensamento de Miguel Reale, Lafayette Josué Petter (2005, p. 30) conclui que "o Direito não é só fato, ou só valor, ou só norma, mas estes três elementos estão integrados na experiência jurídica, descabendo compreendê-lo como pura forma, dadas as infinitas conflitantes possibilidades dos interesses humanos. A bem da verdade, estão todos dialeticamente correlacionados".

⁷ "A Economia pode ser conceituada como a ciência social que estuda a administração dos recursos escassos entre usos alternativos e fins competitivos" (PETTER, 2005, p. 30).

mico cujo objeto de análise é a regulação da macroeconomia por meio de regras e princípios jurídicos⁸.

Isso se deve muito ao tradicionalismo jurídico arraigado à teoria pura do direito de Hans Kelsen, além das bases fundadas pelo positivismo jurídico de Herbert Hart e Norberto Bobbio (1995), atribuindo ao direito à autonomia científica pela noção filosófica do *dever-ser*⁹.

No entanto, paralelamente às doutrinas juspositivistas, cresceu o número de adeptos ao realismo jurídico, concebendo o direito como norma eficaz, diferentemente das bases kelsenianas da norma válida *per se*.

Kantorowicz (apud BOBBIO, 1995, p. 144), estudioso alemão adepto do realismo jurídico, “afirma que a característica do direito é ser *justiciable*, isto é, suscetível de ser aplicado por um órgão judiciário com um procedimento bem definido”.

Essa visão de eficácia e concretude normativa como fonte do direito fundou os alicerces das primeiras obras voltadas à sua análise econômica, tratando-se de “aplicar as premissas básicas da Microeconomia aos diversos ramos do Direito” (GONÇALVES; STELZER, 2009, p. 34) e não mais apenas aos ramos ligados às políticas econômicas propriamente ditas.

Pioneiro no estudo das ciências jurídicas sob o prisma econômico, Posner (2010), em sua extensa obra *Economic analysis of law*¹⁰, aplicou com êxito a teoria econômica também a áreas de conhecimento que se encontravam isoladas das relações de mercado.

A partir desses estudos, consolidou-se a AED como “toda tendência crítica do realismo jurídico norte-americano, fundamentada na utilização da teoria Econômica para análise do Direito” (GONÇALVES; STELZER, 2009, p. 35), isso de um ponto de vista amplo. Já em sentido estrito, essa nova concepção representou um novo papel instrumental-metodológico da teoria econômica aplicada ao direito, servindo-o de bases analíticas e interpretativas para seus diversos ramos, pautando-se sempre pela eficácia da norma (RODRIGUES, 2011).

4.1 Maximização, equilíbrio e eficiência

Alguns modelos econômicos partem da suposição de que os indivíduos, em regra, comportam-se em função da maximização daquilo a que atribuem o valor de utilidade. A partir desse paradigma, o comportamento previsível das empresas é a maximização dos lucros, assim como o fisco maximiza a arrecadação e o ativista ambiental maximiza a preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

⁸ Para Leonardo Vizeu Figueiredo (2006, p. 8), pode-se definir o direito econômico como o “conjunto normativo que rege as medidas de política econômica concebidas pelo Estado, para disciplinar o uso racional dos fatores de produção, com o fito de regular a ordem econômica interna e externa”.

⁹ “Expressão da normatividade do direito, que deve ser investigado pela ciência jurídica, que é uma ciência normativa, pois seu objetivo consiste em estudar normas que enunciam o que se deve fazer, e não o que sucedeu, sucede ou sucederá [...] A substância da concepção de Kelsen está nessa distinção e contraposição lógico-transcendental entre ser e dever-ser, isto é, entre o mundo físico, submetido às leis da causalidade, e o mundo das normas, regido pela imputabilidade” (DINIZ, 2005, p. 120).

¹⁰ Análise econômica do direito (tradução livre).

Isso ocorre porque a premissa utilitarista apontada consiste em considerar que a maioria das pessoas é racional, agindo tal qual *homo oeconomicus* à procura da satisfação de seus interesses particulares.

É evidente que tais modelos maximizadores operam com margens de erro, pois o comportamento previsível do indivíduo está suscetível ao fluxo de vários outros aspectos sociais e culturais, a exemplo da religião e da ética, entretanto isso não suprime seu valor e sua funcionalidade no aspecto macrocomportamental.

Ao maximizar uma situação concreta da qual se extraem várias alternativas de reação, o agente econômico promove uma classificação, mesmo que inconsciente, de eficiência na satisfação do que almeja. Afinal, nessa ponderação, consideram-se, para obtenção do resultado, os custos que o precedem.

In casu, o conceito de eficiência adotado é o obtido a partir da aplicação da *melhoria potencial do princípio de Pareto* – ou *Kaldor-Hicks eficiente*¹¹ – à relação entre segurado e plano ou seguro de saúde.

As incertezas no mercado de saúde suplementar, principalmente quando levadas a litígio, em que não há previsibilidade segura do resultado de ações de obrigação de fazer ou indenizatórias, promovem um desequilíbrio na relação até então *Pareto eficiente*, pois a melhora da situação de um promoveu a piora do outro, sem uma compensação satisfatória conforme o critério *Kaldor-Hicks*.

Presente um conflito entre segurado e seguro de saúde, a resolução judicial não oferece a resposta mais ajustada às demandas e às estratégias de ambas as partes; ao contrário, as sentenças indenizatórias costumam possuir elevada variância de valores, ainda suscetíveis a reformas em graus superiores: “Assim, aspectos como a partilha de riscos; assimetrias de informação; regras de renegociação contratual e instrumentos de controle são de extrema importância” (NOBREGA apud TIMM, 2012, p. 405).

4.2 Nova economia institucional

Tanto nas ciências econômicas quanto no direito, o estudo das transformações institucionais atrai grande interesse dos pesquisadores. Não obstante, muitas vezes, o discurso em cada área negligencie a interdisciplinaridade premente do tema.

A respeito da importância da confluência dos discursos jurídicos e econômicos, principalmente no aspecto das novas instituições, Cooter e Ullen (2010, p. 33) asseveram o seguinte:

¹¹ Trata-se de uma melhoria potencial do *ótimo de Pareto*. Da *eficiência de Kaldor-Hicks*, pode-se dizer: “é uma tentativa de superar a limitação do critério de Pareto de que só se recomendam aquelas mudanças em que ao menos uma pessoa fique em situação melhor e nenhuma fique em situação pior. Esse critério exige que os ganhadores indenizem explicitamente os perdedores em qualquer mudança. Isto é, toda mudança tem de ser feita por consentimento unânime. Isso tem desvantagens claras como orientação para políticas públicas. Em contraposição a isso, uma melhoria potencial de Pareto permite mudanças em que haja tanto ganhadores quanto perdedores e ainda ter um excedente que sobre para eles mesmos. Para uma melhoria potencial de Pareto, a indenização não precisa ser feita efetivamente, mas tem de ser possível em princípio. Na análise custo-benefício, um projeto é empreendido quando seus benefícios excedem seus custos, o que implica que os ganhadores poderiam compensar os perdedores” (COOTER; ULLEN, 2010, p. 64-65).

A análise econômica do direito é um assunto interdisciplinar que reúne dois grandes campos de estudo e facilita uma maior compreensão de ambos. A economia nos ajuda a perceber o direito de uma maneira nova, que é extremamente útil para os advogados e para qualquer pessoa interessada em questões de políticas públicas. [...] também constataremos que o direito traz algo para a economia. Muitas vezes, a análise econômica pressupõe como algo óbvio instituições jurídicas como a propriedade e o contrato, que afetam drasticamente a economia. [...] Se os economistas prestarem atenção no que o direito tem a lhes ensinar, verão que seus modelos irão ficar mais próximos da realidade.

Assim, a análise das variadas nuances da mudança institucional requer a definição prévia de *instituições*. Para North (apud AGUIRRE; SZTAJN, 2005, p. 235), “instituições são as regras do jogo, enquanto as organizações são as equipes que jogam o jogo”, subsistindo uma relação de dependência entre as organizações e as instituições, afinal aquelas perdem a razão de ser caso estas deixem de existir.

A eficiência das instituições, do mesmo modo, repercute na eficiência das organizações. E as instituições, segundo North (apud AGUIRRE; SZTAJN, 2005), existem porque há incertezas no meio privado. Em última análise, são imprescindíveis para o estabelecimento do equilíbrio nas relações entre os agentes econômicos.

É importante advertir que o conceito de eficiência das instituições distingue-se da eficiência econômica (pura), porquanto a maximização dos agentes inseridos numa estrutura institucional deve adaptar-se às regras que dirigem a economia naquele momento, sem afastar a possibilidade de alteração futura do regime. Trata-se, pois, da denominada eficiência adaptativa, de caráter dinâmico, por meio da qual é possível o estabelecimento de sucessivos ajustes ao equilíbrio institucional a cada transformação empreendida no regime vigente.

Entretanto, quanto maior for o número de novas conformações, menores serão a estabilidade das instituições e a eficiência das organizações. Especialmente nesse cerne, North (apud AGUIRRE; SZTAJN, 2005, p. 239) afirma que a “estabilidade é garantida por um conjunto complexo de restrições que incluem regras formais aninhadas em uma hierarquia, onde cada nível representa uma mudança mais custosa que a do anterior”.

As mudanças institucionais, portanto, são desejáveis desde que os custos de seu empreendimento somem valor inferior em função da utilidade advinda pela transformação nas regras do jogo. Isto é, são regras melhores e, conseqüentemente, desejadas pelos jogadores.

Outra relação importante sobre o assunto é a seguinte: a observância dessas instituições para a celebração e o cumprimento de contratos – *in casu*, de plano ou seguro de saúde – geram custos de transação, de modo que quanto maiores forem tais custos, menos eficientes serão as instituições.

Os gastos com o tempo utilizado para elaboração e discussão do contrato e com eventuais demandas judiciais sobre a abusividade de suas disposições dependem, em absoluto, da eficiência e da harmonia tanto das cláusulas prescritas quanto

da regulamentação do setor pela organização legitimada para tanto. De tal maneira que os custos de transação podem se elevar e inviabilizar a segurança jurídica do mercado, onerando em demasia todas as partes envolvidas.

Quanto maiores forem os trâmites burocráticos e quanto maior for a incerteza em relação às obrigações e às sanções pelo inadimplemento do contrato, maiores serão os custos de transação do negócio.

5 Abordagem econômica da concretização do direito à saúde no regime de saúde suplementar

Diante desse cenário de judicialização das relações privadas e das políticas públicas, destaca-se relevante uma abordagem teórica interdisciplinar, qual seja: o estudo aplicado do direito e da economia às relações entre *Estado* (regulador), *planos e seguros de saúde* (regulados e prestadores de serviço) e *segurado* (consumidor e destinatário do direito fundamental à saúde).

Superados os pressupostos teóricos e históricos que sustentam a AED, resta-nos estudar em que nível sua tecnologia analítico-interpretativa repercute no direito e, em especial, no direito brasileiro.

Um bom exemplo é a postura firme do Poder Judiciário brasileiro quanto à efetividade das políticas públicas na área de saúde, a exemplo do fornecimento de medicamentos.

A reação do Judiciário em penalizar a Administração Pública pela ineficiência de suas políticas relativas aos direitos sociais representa um marco na formação de jurisprudência fundada em pressupostos econômicos, ao considerar o direito como meio para fins sociais almejados, sem desprezar os custos para o alcance do bem-estar geral.

É bastante perceptível, em decisões relativas ao fornecimento de medicamentos e tratamentos de saúde, a ponderação dos magistrados sobre os custos daquele produto ou serviço, sua viabilidade econômica e eventuais opções menos onerosas que redundem em resultado igualmente satisfatório. Isso nada mais é do que proceder à AED.

O efeito desse fenômeno, originado no Judiciário brasileiro, vem, gradativamente, forçando o Poder Executivo a tomar medidas mais eficientes, também plasmas em uma análise de custos e benefícios a fim de prestar serviços públicos de melhor qualidade, evitando, destarte, a intervenção do Judiciário, sem dúvida mais onerosa.

Entretanto, o processo se apresenta lento, de modo que grande parcela da população recorre à saúde suplementar, assim como dito anteriormente. Há em comum, portanto, a judicialização tanto das demandas contra o Estado quanto contra os planos e seguros de saúde em busca de tratamentos médicos.

Os paradigmas de eficiência, portanto, avançam mais na atividade regulatória do Estado, materializada, *in casu*, no papel da ANS. Isso ocorre porque a Constituição

de 1988 prevê o mister de fiscal e regulador do Poder Público, e “a experiência mostra o reclamo, crescente e nítido, da sociedade civil, pela ação reguladora do Estado, em viva prova do acerto da prescrição legislativa” (DUTRA, 2012, p 346).

6 A nova economia institucional aplicada ao regime regulatório da saúde suplementar

Criada pela Lei Federal nº 9.961, de 2000, a ANS possui o peculiar objetivo estratégico de garantir a “solvência do mercado, para que este mantenha o sistema privado em operação” (VILARINHO, 2003, p. 134). Nesse ponto peculiar, reside a maior parte das críticas dos consumidores à entidade, “que buscam orientar a força da legislação contra seu mais visível oponente, representado pelas operadoras de planos de saúde (VILARINHO, 2003, p. 134).

Não resta dúvida de que a ANS tem importância institucional no mercado em comento, o que enseja menção à teoria da economia institucional, na linha de convergência proposta do direito e economia.

Para a economia institucional, a racionalidade do comportamento do *homo aeconomicus* é fortemente influenciada pelas instituições que afetam direta e indiretamente seus interesses. Aproxima-se dessa posição a teoria da economia do bem-estar, ao considerar a intervenção institucional como mecanismo indispensável ao equilíbrio de mercado, cujo papel é procurar reduzir os efeitos de externalidades negativas naturais ou assimetrias informacionais das relações econômicas.

No arranjo da teoria dos jogos¹², a influência institucional da ANS a eleva ao posto de agente detentor das *regras jogo*, sua atividade diretiva é perenemente observadas pelos demais agentes envolvidos a fim de que montem suas estratégias de mercado. O controle da ANS, em suma, almeja promover situação Pareto eficiente¹³ em tal segmento¹⁴.

Todavia, a atuação, em si, da ANS não é eficiente em prol de estabilizar as relações entre os segurados e as operadoras de plano e seguro saúde, afinal, como já alertado, há crescente número de casos levados ao Poder Judiciário em função da máxima concretização do direito fundamental.

Trata-se, pois, de mais um agente, cuja influência pode subverter as regras do jogo pela imprevisibilidade das decisões judiciais, geralmente em prol do

¹² “O direito frequentemente se defronta com situações em que há poucos tomadores de decisões e em que a ação ótima a ser executada por uma pessoa depende do que outro agente econômico escolher. Essas situações são como jogos, pois as pessoas precisam decidir por uma estratégia. Uma estratégia é um plano de ação que responde às reações de outras pessoas. A *teoria dos jogos* lida com qualquer situação em que a estratégia seja importante” (COOTER; ULLEN, 2010, p. 56).

¹³ “Designada como *eficiência alocativa*, diz respeito à satisfação de preferências pessoais. Diz-se que uma determinada situação é *Pareto eficiente* ou *alocativamente eficiente* se é impossível mudá-la de modo a deixar pelo menos uma pessoa em situação melhor (na opinião dela própria) sem deixar outra pessoa em situação pior (mais uma vez, em sua própria opinião)” (COOTER; ULLEN, 2010, p. 38).

¹⁴ “Tanto no Ambiente Institucional quanto nos arranjos Institucionais, a relação entre empresa, mercado e Direito pode ser compreendida e explicada por intermédio da teoria econômica, e a forma de estruturação dos direitos de propriedade e de contratos orienta os custos de transação e o potencial para o desenvolvimento econômico” (RIBEIRO; AGUSTINHO, 2011, p. 127).

segurado, cabendo à operadora, *a priori*, arcar com os custos processuais e da condenação¹⁵.

Nesse prumo, resta evidente que a administração de planos e seguros saúde é sobremaneira complexa, em meio a um mercado competitivo, no qual cada agente deve montar estratégia de maximização racional e gestão de riscos a fim de evitar a comum situação de insolvência. A intervenção judicial nos contratos firmados com seus segurados representa muito bem tal cenário de riscos, uma vez que importa a previsão imediata de recursos determinada pelas tutelas de urgência.

Cumpra à ANS, portanto, promover um cenário mais estável entre esses agentes no jogo do mercado de saúde suplementar, mediante a consolidação de arcabouço normativo mais ajustado ao sistema constitucional, bem como tornar-se canal de solução de conflitos mais eficiente em âmbito administrativo.

Essas propostas visam reduzir a intervenção judicial nos contratos de forma positiva, sem significar obstáculo ao acesso à jurisdição, mas exclusivamente para evitar o acúmulo de litígios, que sobrecarregam o Poder Judiciário em prejuízo de sua eficiência institucional¹⁶.

7 Conclusão

O neoconstitucionalismo almeja a máxima proteção e a garantia dos direitos fundamentais como lógica norteadora do sistema jurídico, ao passo que transcende do Estado de Direito para o Estado Constitucional.

Tal processo, entretanto, não importou em uma ruptura ideológica com o Estado Liberal, afinal os direitos fundamentais de ordem liberal estão presentes em grande parte das constituições ocidentais, assim como os de caráter social e difusos. A abordagem neoconstitucional parte da harmonização do sistema constitucional aberto às convergências das mais diversas ordens, sejam individuais, sociais ou difusas.

Entretanto, a partir dessa pluralidade de interesses, surge boa parte dos conflitos não resolvidos no meio privado e, conseqüentemente, levados ao Poder Judiciário para solvê-los conforme o convencimento precário do julgador em sede de medida liminar, sobretudo quando se trata de lide com implicações econômicas.

Na maior parte dos casos, o provimento jurisdicional não oferece resposta precisa às demandas decorrentes da relação contratual entre prestador de serviço e consumidor. Aliás, não se vê uma redução quantitativa dos litígios em função dos

¹⁵ A nova perspectiva do Poder Judiciário no Estado Constitucional: "instituição estratégica nas democracias contemporâneas, não limitadas às funções meramente declarativas do direito, impondo-se, entre os demais Poderes, como uma agência indutora de um efetivo *checks and balances* e a garantia da autonomia individual e cidadã" (VIANNA et al., 1999, p. 24).

¹⁶ "O Judiciário brasileiro é uma instituição com problemas sérios, o mais visível dos quais é a sua falta de agilidade, um problema que se tornou mais agudo com a Constituição de 1988 e o grande crescimento da demanda por serviços judiciais que ela ocasionou. [...] A Justiça no Brasil é vista como muito lenta, e uma parcela relevante dos empresários também reclama dos custos de acesso. [...] Na visão de muitos analistas, o Judiciário brasileiro ter-se-ia amoldado, ou acomodado, a essas raízes históricas; a lentidão e o caráter pesadamente burocrático e formalista de seu funcionamento teriam hoje praticamente a permanência de um traço cultural, com baixa probabilidade de mudança com base somente em fatores endógenos" (PINHEIRO, 2005, p. 246-247).

efeitos das decisões judiciais monocráticas, nem mesmo daquelas proferidas em colegiados de instâncias superiores.

A formação de precedentes, além de toda morosidade e do elevado custo institucional para o Poder Público, não alcança o seu objetivo primordial: evitar novos litígios. Ao contrário, as partes continuam ingressando no Judiciário repetidas vezes, pois prescindem de uma instância de resolução de conflitos detentora de maior arcabouço técnico e estruturado de forma mais eficiente.

Para a nova economia institucional, regras melhores são desejadas e valem o custo de sua inserção no sistema jurídico. Isso ocorre porque as mudanças nas instituições podem ser atrativas desde que os custos de seu empreendimento sejam inferiores à utilidade advinda pela transformação nas regras do jogo.

Deve-se atentar também para fato de que as potenciais despesas com o Poder Judiciário são auferidas e consideradas para a celebração e o cumprimento de contratos de plano ou seguro de saúde, pois configuram custos de transação deveras elevados. É evidente que quanto maiores forem tais custos, menos eficientes serão as instituições e mais onerosos serão os contratos.

Ademais, os custos de transação – ou das instituições –, inseridos em uma relação de consumo e de desequilíbrio econômico entre os agentes, recaem, por óbvio, no consumidor, parte hipossuficiente, que subscreve os denominados contratos de adesão, em que as despesas operacionais do prestador de saúde suplementar estão todas contabilizadas. A despesa média com litígios judiciais é equalizada pelas seguradoras e, por óbvio, acrescida no valor do serviço, em prejuízo do destinatário do direito fundamental à saúde.

Assim, a teoria da nova economia institucional, na linha de convergência proposta do direito e da economia, apresenta-se como instrumental metodológico para aferir a relevância institucional da ANS no mercado.

Isso ocorre porque o comportamento dos agentes econômicos é direcionado pelas instituições que intervêm na relação negocial travada.

A influência do Estado regulador em tais relações de mercado é evidente em função do caráter diretivo de suas instruções normativas, cuja observância pelos demais agentes envolvidos é cogente.

Contudo, devido à judicialização dos conflitos entre os usuários e os prestadores da saúde suplementar, a atuação da ANS deve se estender, de maneira mais eficiente, em prol de estabilizar as relações entre os segurados e as operadoras de plano e seguro saúde, em se tratando de um direito fundamental de eficácia horizontal (exigível nas relações privadas).

A harmonia das cláusulas contratuais com uma regulamentação eficiente do setor, promovida pela ANS, pode ser uma solução para o mencionado quadro. De tal maneira que os custos de transação acabam por se reduzir em prol de maior segurança jurídica no mercado.

Os paradigmas de eficiência, portanto, devem se ajustar à atividade regulatória do Estado.

Cumpra à ANS, portanto, promover um cenário mais estável entre as partes envolvidas no *jogo* do mercado de saúde suplementar, por meio da consolidação de arcabouço normativo mais ajustado ao sistema constitucional.

Por outro viés, resta imprescindível à ANS constituir canal de resolução de conflitos mais eficiente em âmbito administrativo.

Com isso, é possível a redução da intervenção judicial nos contratos de forma positiva, sem significar obstáculo ao acesso à jurisdição, mas exclusivamente para evitar o acúmulo de litígios levados ao Poder Judiciário, que o sobrecarregam em prejuízo de sua eficiência institucional.

LAW, ECONOMY AND SUPPLEMENTAL HEALTH: EFFICIENT REGULATION TO ENSURE FUNDAMENTAL RIGHT TO HEALTH

Abstract: This article presents an economic approach on the legalization of supplemental health in the light of the New Institutional Economics, illustrating how this can work in favor of administrative efficiency. Fixed the theoretical neoconstitucionals to ensure and direct effectiveness of fundamental rights of the three dimensions. Part of a brief analysis of the growth process and strengthening the health care market in Brazil. Demonstrates consolidation of the relevance of National Health Agency (ANS) in a service regulation of insurance or health plan quality. Stands out the influence of an accurate and efficient regulation on market equilibrium supplemental health, both for the benefit of the service provider as the consumer. Exposes the difficulties faced by the judiciary in his eagerness to resolve disputes between the individual and provider of health insurance. It concludes with the importance of ANS as administrative level conflict resolution in the industry.

Keywords: supplemental health; administrative efficiency; regulation.

Referências

- AGUIRRE, B.; SZTAJN, R. Mudanças institucionais. In: ZYLBERSZTAJN, D.; SZTAJN, R. (Org.). *Direito e economia*. 5. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2005. p. 228-243.
- ATALIBA, G. *Hipótese de incidência tributária*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BOBBIO, N. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.
- BRASIL. Lei Federal nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9961.htm>. Acesso em: 21 jan. 2013.
- CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- COMANDUCCI, P. Forma de (neo)constitucionalismo: um análise metateórico. In: CARBONELL, M. (Org.). *Neoconstitucionalismo*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2003.
- COOTER, R.; ULLEN, T. *Direito e economia*. Porto Alegre: Bookman, 2010.
- DINIZ, M. H. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2005.

- DUTRA, P. Regulação econômica: trajetória e perspectivas. In: LIMA, M. L. P. L. *Direito e economia: 30 anos de Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.
- FIGUEIREDO, L. V. *Direito econômico*. São Paulo: MP Ed., 2006.
- GONÇALVES, E. N.; STELZER, J. Análise econômica do direito: uma inovadora teoria geral do direito. In: OLIVEIRA, A. F. de (Coord.). *Direito econômico: evolução e institutos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- MIRANDA, J. *Manual de direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- PETTER, L. J. *Princípios constitucionais da ordem econômica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- PINHEIRO, A. C. Magistrados, judiciários e economia no Brasil. In: ZYLBERSZTAJN, D.; SZTAJN, R. *Direito & economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
- POSNER, R. A. *Economic analysis of law*. New York: Aspen, 2010.
- RIBEIRO, M. C. P.; AGUSTINHO, E. O. Economia institucional e nova economia institucional. In: KLEIN, M. C. P. R. V. *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- RODRIGUES, F. A. Análise econômica da execução penal: ressocialização e regime semiaberto. *Revista Direito e Liberdade*, v. 13, n. 2, p. 101-124, 2011. Disponível em: <http://www.esmarn.tjrj.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/403/433>. Acesso em: 10 dez. 2012.
- ROSA, A. M. da; LINHARES, J. M. A. *Diálogos com a law & economics*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- TIM M, L. B. *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012.
- VIANNA, L. W. et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- VILARINHO, P. F. *A formação do campo de saúde suplementar no Brasil*. 2003. Dissertação (Mestrado em Administração Pública)—Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2003. Disponível em: <<http://www.leffa.pro.br/textos/abnt.htm#5.3>>. Acesso em: 20 ago. 2012.