

LIGA DE ENSINO DO RIO GRANDE DO NORTE  
CENTRO UNIVERSITÁRIO DO RIO GRANDE DO NORTE  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

LUIZ EDUARDO MEDEIROS FERREIRA

**DO ROL DA ANS À JUDICIALIZAÇÃO EM MASSA: UMA ANÁLISE  
JURÍDICO-ECONÔMICA DE COMO O INTERVENTIONISMO ESTATAL  
FOMENTA O LITÍGIO SISTÊMICO NA SAÚDE SUPLEMENTAR**

NATAL/RN  
Dezembro/2025

LUIZ EDUARDO MEDEIROS FERREIRA

**DO ROL DA ANS À JUDICIALIZAÇÃO EM MASSA: UMA ANÁLISE JURÍDICO-ECONÔMICA DE COMO O INTERVENTIONISMO ESTATAL FOMENTA O LITÍGIO SISTÊMICO NA SAÚDE SUPLEMENTAR**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN) como requisito final para obtenção do título de Graduação em Direito.

**Orientador:** Prof.(a.) Dr.(a.) Ângelo José Menezes Silvino.

NATAL/RN  
Dezembro/2025

CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO – BIBLIOTECA UNI-RN  
SETOR DE PROCESSOS TÉCNICOS

Sobrenome, Nome do autor. ([Ordem inversa – Sobrenome, Nome](#))

Título do trabalho deve ser só a primeira letra maiúscula: subtítulo (se houver)  
/ Nome do autor em ordem direta. Cidade, ano.  
XX f. ([numeração total de folhas](#))

Orientador: ([titulação e nome do orientador em ordem direta](#))

Natureza do trabalho (Descrição do Curso) – Dados da Instituição.

1. Assunto – Natureza do trabalho. 2. Assunto – Natureza do trabalho. 3. Assunto – Natureza do trabalho. 4. Assunto – Natureza do trabalho. 5. Assunto – Natureza do trabalho. I. Nome do orientador ([colocar o nome em ordem inversa – Sobrenome, Nome](#)). II. Título.

RN/UNI-RN/BC

Classificação

Nome do Bibliotecário Responsável (CRB xx/xxx)

**LUIZ EDUARDO MEDEIROS FERREIRA**

**DO ROL DA ANS À JUDICIALIZAÇÃO EM MASSA: UMA ANÁLISE JURÍDICO-ECONÔMICA DE COMO O INTERVENTIONISMO ESTATAL FOMENTA O LITÍGIO SISTÊMICO NA SAÚDE SUPLEMENTAR**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN) como requisito final para obtenção do título de Graduação em Direito.

Aprovado em:15/12/2025

**BANCA EXAMINADORA**

**Ângelo José Menezes Silvino**

Prof. Titulação Nome Completo

**Orientador**

Humberto Lima de Lucena Filho

Prof. Titulação Nome Completo

**Membro 1**

Leonardo Júnior

Prof. Titulação Nome Completo

**Membro 2**

## RESUMO

Este trabalho analisa, sob uma perspectiva jurídico-econômica, as causas da judicialização em massa na saúde suplementar, argumentando que ela é um sintoma previsível do modelo regulatório intervencionista brasileiro. O objetivo central é demonstrar como a positivação da saúde como direito fundamental universal na Constituição de 1988, dissociada da realidade da escassez de recursos, fundamentou um arranjo (Lei nº 9.656/1998) que transferiu deveres estatais para o setor privado. A pesquisa utiliza o método dedutivo com abordagem qualitativa e teórico-documental, baseada na Análise Econômica do Direito (*Law and Economics*). O método contrasta a ótica da Economia do Bem-Estar (*Welfare Economics*), que justifica a regulação da ANS, com os fundamentos da Escola Austríaca (Mises, Hayek) sobre o sistema de preços e o problema do cálculo econômico. Os resultados demonstram que a judicialização, iniciada no SUS pela tensão entre a promessa constitucional e a realidade orçamentária, foi transposta ao setor privado. A regulação da ANS, pautada na tese de um "mercado imperfeito", impôs um modelo sincrético onde operadoras privadas, baseadas no mutualismo, são compelidas a arcar com obrigações públicas de custo ilimitado. Demonstra-se que o intervencionismo, ao controlar produtos (Rol obrigatório) e preços (reajustes de planos individuais), destrói o sistema de preços e gera distorções severas: a escassez artificial e o desaparecimento dos planos individuais e uma drástica concentração de mercado, com queda de 41% no número de operadoras (2007-2021). Conclui-se que a litigância sistêmica é o resultado direto de uma regulação que, ao tentar corrigir "falhas de mercado", cria barreiras de entrada e desorganiza o setor, caracterizando uma crise do próprio intervencionismo.

**Palavras-chave:** Saúde suplementar; Judicialização; Regulação estatal; ANS; Direito à saúde; Intervencionismo; Sustentabilidade.

## ABSTRACT

This paper analyzes, from a legal and economic perspective, the causes of mass judicialization in supplementary healthcare, arguing that it is a predictable symptom of the Brazilian interventionist regulatory model. The main objective is to demonstrate how the establishment of health as a universal fundamental right in the 1988 Constitution, disconnected from the reality of resource scarcity, underpinned an arrangement (Law No. 9,656/1998) that transferred state duties to the private sector. The research uses the deductive method with a qualitative and theoretical-documentary approach, based on Law and Economics. The method contrasts the perspective of Welfare Economics, which justifies ANS regulation, with the foundations of the Austrian School (Mises, Hayek) regarding the price system and the economic calculation problem. The results show that judicialization, which began in the SUS (Unified Health System) due to the tension between the constitutional promise and budgetary reality, was transposed to the private sector. The ANS regulation, guided by the thesis of an "imperfect market," imposed a syncretic model where private operators, based on mutualism, are compelled to bear public obligations of unlimited cost. It is demonstrated that interventionism, by controlling products (mandatory coverage list) and prices (individual plan adjustments), destroys the price system and generates severe distortions: the artificial scarcity and disappearance of individual plans and a drastic market concentration, with a 41% drop in the number of operators (2007-2021). It is concluded that systemic litigation is the direct result of a regulation that, in an attempt to correct "market failures," creates barriers to entry and disorganizes the sector, characterizing a crisis of interventionism itself.

**Keywords:** Supplementary; healthcare; Judicialization; State regulation; ANS; Right to health; Interventionism; Sustainability.

## **LISTA DE ILUSTRAÇÕES**

<b>Gráfico 1 – Variação de Custos Médico-Hospitalares (VCMH) por data-base.....</b>	<b>55</b>
<b>Gráfico 2 – Limite de reajuste definidos pela ANS.....</b>	<b>55</b>
<b>Gráfico 2 – Número de operadoras de planos de assistência médica hospitalar.....</b>	<b>58</b>

## **LISTA DE TABELAS**

**Tabela 1** – Padrão de contração dos beneficiários (2020-2024).....56

**Tabela 2** – Padrão de contração dos beneficiários (2007-2024).....56

## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 A NATUREZA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PARADOXO DOS DIREITOS SOCIAIS DIANTE DA ESCASSEZ DE RECURSOS.....	11
3 ENTRE A PROMESSA CONSTITUCIONAL E A REALIDADE ORÇAMENTÁRIA.....	22
4 A DICOTOMIA DO DIREITO INDIVIDUAL OU DIREITO COLETIVO À SAÚDE.....	30
5 ASPECTOS DA JUDICALIZAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR: COMO A INICIATIVA PRIVADA ABSORVEU OS DEVERES DO ESTADO.....	38
6 ESCASSEZ, CONCENTRAÇÃO E CONFLITO: UMA ANÁLISE CRÍTICA DO PARADIGMA REGULATÓRIO DA ANS.....	48
7 ANÁLISE ECONÔMICA DA LITIGIOSIDADE: ASSIMETRIA DE INFORMAÇÃO, OLIGOPÓLIOS E A FALHA DO MODELO REGULATÓRIO....	65
8 CONCLUSÃO.....	71

## 1. INTRODUÇÃO.

O sistema brasileiro de saúde suplementar atravessa uma crise sistêmica de judicialização que desafia a sustentabilidade do setor. Este trabalho propõe uma análise heterodoxa, argumentando que tal fenômeno não constitui um mero desvio de mercado, mas o sintoma previsível de um arranjo jurídico-econômico fundamentado na dissonância entre a promessa constitucional e a realidade da escassez de recursos. A raiz do problema remonta à Constituição Federal de 1988, que equiparou direitos sociais prestacionais aos direitos fundamentais clássicos de abstenção. Ao positivar a saúde como um direito universal dissociado da realidade material, o constituinte ignorou o conceito econômico fundamental da escassez, gerando um paradoxo que, inicialmente restrito ao SUS, foi transposto ao setor privado.

Incapaz de cumprir a promessa de acesso irrestrito, o Estado transferiu essa obrigação para a iniciativa privada por meio da Lei nº 9.656/1998 e da regulação da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). Impôs-se, assim, um modelo sincrético no qual operadoras, baseadas na lógica do mutualismo e do lucro, são compelidas a absorver deveres estatais de custo ilimitado. A regulação da ANS, pautada na tese de "falhas de mercado" (*Welfare Economics*), passou a controlar produtos — via Rol de Procedimentos obrigatório — e preços. Contudo, sob a ótica da Análise Econômica do Direito, notadamente da Escola Austríaca, demonstra-se que essa intervenção destrói o sistema de preços e inviabiliza o cálculo econômico, resultando não na correção de falhas, mas na criação de escassez artificial, barreiras de entrada e uma drástica concentração de mercado.

Diante desse panorama, o objetivo geral deste trabalho é realizar uma análise crítico-reflexiva sobre como a positivação da saúde e o consequente modelo regulatório intervencionista fomentam o litígio sistêmico. Para tanto, foram traçados os seguintes objetivos específicos: i) investigar detalhadamente a problemática constitucional decorrente da consagração da saúde como direito social fundamental frente à escassez de recursos; ii) evidenciar como a dissonância entre a promessa constitucional e a realidade orçamentária impulsiona a judicialização no setor público; iii) investigar o papel do Poder Judiciário como catalisador dessa litigiosidade; iv) examinar o processo de transferência da judicialização do SUS para a saúde suplementar; v) analisar criticamente o paradigma intervencionista da ANS e como o Rol de Procedimentos gera distorções econômicas; e vi) Investigar, sob a ótica da Análise

Econômica do Direito, como a supressão da soberania do consumidor e a concentração de mercado transformam a judicialização no único mecanismo de compensação disponível.

A relevância acadêmica do estudo reside em sua abordagem heterodoxa, que supera a análise superficial dos efeitos da judicialização para focar em suas raízes regulatórias e principiológicas. Ao identificar a cadeia causal que conecta a dissonância constitucional ao interventionismo estatal, espera-se oferecer subsídios para a formulação de políticas públicas mais racionais e realistas, essenciais para a sustentabilidade de um setor do qual dependem milhões de famílias brasileiras.

No que tange à metodologia, a pesquisa adota uma abordagem qualitativa e teórico-documental, centrada predominantemente na revisão da literatura científica jurídico-econômica. Utilizando o método dedutivo e as ferramentas da Análise Econômica do Direito (*Law and Economics*), o estudo confronta as premissas teóricas da Economia do Bem-Estar — alicerçadas nas formulações sobre falhas de mercado e bens públicos de Kenneth Arrow e Joseph Stiglitz, bem como na visão institucional de Januário Montone — com os fundamentos da Escola Austríaca. Esta base teórica de contraposição sustenta-se nas obras de Ludwig von Mises e Friedrich Hayek sobre o cálculo econômico e a ordem espontânea, incorporando ainda as contribuições de Murray Rothbard acerca da dinâmica do interventionismo e de Hans-Hermann Hoppe sobre preferência temporal e incentivos institucionais. A legislação e a jurisprudência são examinadas à luz desse denso arcabouço teórico, permitindo diagnosticar as falhas estruturais do modelo regulatório e demonstrar, cientificamente, como a desconsideração das leis econômicas na norma jurídica impulsiona o litígio em massa.

## **2 A NATUREZA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PARADOXO DOS DIREITOS SOCIAIS DIANTE DA ESCASSEZ DE RECURSOS**

Neste tópico, propõe-se investigar as nuances da problemática constitucional decorrente da consagração da saúde como direito social fundamental de natureza programática. Busca-se, ainda, examinar os seus impactos no mercado, considerando o tensionamento existente entre as premissas jurídicas que asseguram o acesso integral e universal e a limitação concreta imposta pela escassez de recursos.

Em uma análise preliminar, mostra-se necessário responder aos questionamentos principiológicos que orientaram a construção deste trabalho. O primeiro ponto

de reflexão consiste em esclarecer o conceito de direito fundamental, bem como identificar sua fonte e sua natureza constitucional.

No cenário constitucional brasileiro, discutiu-se intensamente a terminologia mais adequada para designar os chamados “direitos fundamentais”, haja vista que, em distintas tradições constitucionais ao redor do mundo, utilizam-se expressões diversas para se referir a institutos semelhantes, como “direitos humanos”, “direitos do homem” ou “direitos subjetivos públicos”.

No Brasil, os constituintes optaram pela expressão “direitos fundamentais”, justamente por sua maior abrangência terminológica e por melhor traduzir a ideia de um rol de garantias reconhecidas e positivadas pela ordem constitucional.

Não obstante, parte da doutrina admite que os direitos fundamentais possam ser compreendidos, em última instância, como expressão dos direitos humanos, uma vez que o titular desses direitos, em qualquer dimensão, será sempre o ser humano.

Nesse sentido, estabelece distinção precisa Ingo Wolfgang Sarlet (2023, p. 138), ao afirmar o termo “direitos fundamentais” se aplica àqueles direitos reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional de determinado Estado. Por outro lado, expressão “direitos humanos” refere-se aos direitos reconhecidos em documentos de direito internacional, os quais asseguram prerrogativas inerentes ao ser humano em si, independentemente de sua vinculação a uma ordem constitucional específica.

Dessa forma, pode-se concluir que os direitos humanos possuem caráter mais amplo e, por vezes, impreciso, ao passo que os direitos fundamentais apresentam contornos mais precisos e restritos, na medida em que correspondem a um conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pela positivação em uma ordem estatal específica.

A resposta a essa primeira indagação conduz, inevitavelmente, a uma questão de igual relevância e complexidade: se os direitos fundamentais são, em essência, direitos humanos delimitados no espaço e no tempo por determinado Estado, qual seria, então, a natureza principiológica dos próprios direitos humanos?

Na tentativa de responder a essa questão, deve-se, antes de tudo, compreender a origem da concepção dos chamados direitos humanos. A doutrina, conforme leciona André Ramos (2022, p. 349) descreve três grandes teorias conceituais sobre a gênese desses direitos humanos.

A primeira é a teoria jusnaturalista, inaugurada por Hugo de Grócio e desenvolvida posteriormente por Thomas Hobbes. O jusnaturalismo tem como fundamento o direito natural, entendida como uma ordem metafísica universal e imutável. Dentro dessa perspectiva de direitos intertemporais e de abstratividade metafísica, os jusnaturalistas modernos elaboraram a teoria dos direitos naturais subjetivos, isto é, aqueles atinentes à substancialidade do homem estando intrinsecamente ligados à própria existência desse ser.

Assim, os direitos fundamentais, tais como temos coevamente, precede o próprio conceito jusnatural, de base metafísica. Por esta ótica, a consagração dos direitos humanos antecede sua positivação: o reconhecimento jurídico não cria os direitos, mas apenas os declara. Ao Estado caberia, portanto, unicamente reconhecê-los e formalizá-los, uma vez que existiriam independentemente do contrato social.

Em oposição a essa concepção, surge a teoria juspositivista. Para os juspositivistas, a metafísica não pode constituir fonte válida de conhecimento, por carecer de realidade verificável. O direito é concebido como ciência autônoma, devendo ser estudado e aplicado com base em métodos objetivos, desvinculados de abstrações filosóficas. Nessa perspectiva, os direitos naturais não integram o direito em sentido estrito, pertencendo antes ao campo da moral ou da filosofia.

Apenas quando incorporados ao ordenamento jurídico positivo podem ser considerados direitos cogentes. Assim, para o positivismo, a positivação representa não uma declaração, mas, sim, uma constituição dos direitos. O Estado, nessa visão, assume papel central, como criador e garantidor das normas fundamentais, sendo motor do progresso social.

Por fim, tem-se a teoria realista dos direitos humanos, que rejeita tanto o caráter declaratório do jusnaturalismo quanto o constitutivo do juspositivismo. Para o realismo, são as condições históricas e sociais de um povo que determinam o conteúdo efetivo dos direitos e das liberdades fundamentais. O povo, por meio da luta social, é quem protege e afirma aquilo que se reconhece como direito.

Tal concepção aproxima-se da clássica formulação de Rudolf von Ihering acerca da luta pelo direito, compreendendo os direitos como conquistas históricas forjadas a partir de embates e resistências sociais. Importa destacar que essa corrente assume um caráter eminentemente relativista, pois a ausência de defesa e salvaguarda desses direitos conduz, inevitavelmente, ao seu esvaziamento. Em outras pa-

lavras, somente se reconhece como direito aquilo que a sociedade, em determinado momento histórico e político, efetivamente protege e mantém.

André Ramos Tavares (2022, p. 351), ao sintetizar o pensamento de Pérez Luno, resume de forma precisa que enquanto o jusnaturalismo situa o problema na positivação dos direitos no plano filosófico e o positivismo no plano jurídico, para o realismo insere-se no terreno da política. Ainda que reconheça à importância fundamental das garantias jurídico-processuais para a efetividade desses direitos.

Entre as três correntes analisadas, observa-se que tanto a realista quanto a positivista apresentam limitações principiológicas no que concerne aos direitos universais, restringindo a acepção de direitos humanos, uma vez que ambas se inserem em uma perspectiva de relativismo jurídico. Tal constatação torna ilógico aceitá-las se o objetivo é alcançar a principiologia metafísica desses direitos.

Dessa forma, não seria possível avançar em uma digressão que nos conduzisse ao núcleo da questão proposta: qual a natureza principiológica dos direitos humanos? Isso porque, partindo das concepções realista e positivista, seríamos levados a uma incerteza lógica e a uma dubiedade terminológica.

Resta, portanto, adotar a teoria jusnaturalista como premissa necessária para a análise regressiva dos conceitos. Contudo, para que tal análise seja viável, impõe-se a explicitação prévia do significado de “princípio”.

Considerando a premissa aristotélica segundo a qual as palavras (categorias) constituem aproximações da substância, sem jamais se confundirem com ela — pois são apenas modos de dizer a coisa, e não a coisa em si —, a compreensão do termo “princípio” deve partir, primeiramente, de uma abordagem lexical e, em seguida, de uma análise conceitual.

Conforme ensina Neves (1981, p. 63), as categorias constituem declarações mais gerais sobre o ser ou sobre as diferentes formas pelas quais ele pode ser enunciado. No entanto, no contexto aristotélico, a categoria difere da própria coisa, pois refere-se a uma maneira de dizê-la. Ainda assim, mantém-se intrinsecamente ligada a ela, já que expressa o modo pelo qual o homem formula seu conceito sobre o ser.

Nesse sentido, torna-se imprescindível recorrer à etimologia dos vocábulos para alcançar um conceito sólido. O termo “princípio” provém do latim *principium*, “origem, causa próxima, início”, derivado de *primus*, “o que vem antes”. Miguel Reale (2002, p. 303-313) o descreve como enunciado lógico admitido como condição ou

base de validade das demais proposições que compõem determinado campo do saber.

De acordo com o autor, o princípio é uma verdade fundante de um sistema de conhecimentos, como tais admitidas por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da *práxis*.

Assim, como leciona a doutrina jusnaturalista, o direito natural se estrutura em bases principiológicas de natureza metafísica, compreendidas como verdades fundamentais, invariáveis e imutáveis, por constituir expressões daquilo que é verdadeiro. Considerando essa premissa, o direito natural, enquanto verdade, é comum a todos os homens.

A experiência jurídica dos direitos fundamentais pressupõe constantes valorativas ou axiológicas, sem as quais a conceituação dos direitos humanos seria desvirtuada de sentido. Nesse contexto, Miguel Reale (2013, p. 313) ensina que a experiência histórica demonstra que há determinados valores que, uma vez trazidas à consciência, revelam-se constante ou, em suas palavras, invariantes éticas inamovíveis que, embora ainda não apercebido pelo intelecto humano, já condicionavam e davam sentido à ação humana no ambiente (*práxis*).

Conclui-se, portanto, que os princípios constituem verdades fundantes dos valores primordiais inerentes à própria pessoa humana, cujo significado transcende o processo histórico-social por meio do qual o homem adquire consciência de sua dignidade ética.

Nessa linha, Miguel Reale (1910, p. 19) afirma que “a pessoa é o valor-fonte” de toda a principiologia jusnaturalista dos direitos humanos, de modo que a dignidade da pessoa humana representa o fundamento originário de tais direitos, uma vez que o valor da pessoa humana passa a ser visto como o “valor-fonte” de todos os valores sociais. Ou seja, não é possível alcançar o sentido essencial do direito sem levar conta a natureza essencial humana.

Portanto, em conceito clássico, Miguel Reale reforça os ensinamentos de Cícero: “*natura juris ab hominis natura repetenda est*”, isto é, a natureza do Direito resulta da natureza mesma do homem.

O caráter universal do conceito de pessoa conduz, de forma lógica, à conclusão de que o homem constitui o sustentáculo e o princípio fundamental de toda a ordem jurídica, já que é o destinatário último do direito. A partir dessa constatação,

torna-se necessário retomar a análise dos direitos fundamentais e sociais, observando seus impactos na sociedade contemporânea de mercado.

Nessa perspectiva, a doutrina moderna de direitos humanos sustenta que a dignidade da pessoa humana projeta-se nos direitos fundamentais, os quais, para fins de sistematização, podem ser classificados em diferentes dimensões: os direitos civis e políticos, de primeira dimensão, e os direitos econômicos, sociais e culturais, de segunda dimensão.

Segundo a doutrina de Ingo Wolfgang Sarlet, são os direitos fundamentais derivados diretamente da dignidade da pessoa humana, são adventos positivos do Estado Liberal Burguês que queria fortalecer a individualidade contra a força estatal, sendo verdadeiros direitos de defesa, denominados como de natureza negativa, com mandamentos fáticos dirigidos a uma abstenção. São assumidos com particular relevo o direito à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade perante a lei, à liberdade política e religiosa.

Por sua vez, os direitos sociais de segunda dimensão, que remontam às Constituições da Revolução Francesa de 1793 e de 1848, bem como à Constituição brasileira de 1824 e à Constituição alemã de 1849, têm natureza prestacional, impondo ao Estado o dever de atuar positivamente para assegurar direitos como saúde, educação, trabalho, entre outros. Representam, assim, a transição das liberdades formais e abstratas para liberdades materiais e concretas.

Ainda de acordo com Sarlet (2023, p. 289) o Brasil exerceu papel de vanguarda na equiparação dos direitos sociais aos direitos fundamentais em nível constitucional, uma vez que a Constituição de 1988, entre as primeiras de caráter democrático no cenário internacional, conferiu-lhes *status* de direitos fundamentais.

Contudo, tal equiparação não se verifica de forma generalizada em âmbito global: muitos países reconhecem os direitos fundamentais clássicos de primeira dimensão, mas negam o caráter autêntico de fundamentalidade aos direitos sociais, tratando-os como normas programáticas de eficácia limitada, que impõem fins e tarefas estatais sem imediata exigibilidade.

Portanto, a proteção dos direitos sociais, embora alcançada ao patamar constitucional, está submetida à deliberação política dos legisladores. A sua positivação pelo poder constituinte não lhes confere, por si só, a mesma natureza dos direitos fundamentais clássicos, pois os direitos sociais não se identificam com os direitos individu-

ais, uma vez que possuem eficácia limitada, dependendo de uma atividade prestacional do Estado para a sua concretização. Assim, sua equiparação decorre mais de uma construção normativa e jurisprudencial do que de sua essência ontológica.

Em última análise, pode-se afirmar que os direitos fundamentais constituem direitos humanos delimitados no espaço e no tempo, cujo fundamento reside na dignidade da pessoa humana, de caráter universal e imutável, vinculada a prestações de natureza negativa.

Nessa perspectiva, mostra-se ilógico reconhecer como fundamentais direitos sociais cuja efetividade depende de escolhas legislativas e de variações jurisprudenciais. Tal equiparação significaria adotar um sincretismo entre positivismo e jusnaturalismo, categorias conceituais inversamente proporcionais.

Com efeito, o positivismo possui caráter constitutivo, pois somente há direito quando este é positivado pelo ordenamento jurídico, subordinado às deliberações do legislador e às circunstâncias históricas de cada sociedade. O jusnaturalismo, em contrapartida, possui caráter declarativo, na medida em que reconhece direitos que preexistem ao Estado, derivados da própria condição ontológica da pessoa humana e de sua dignidade intrínseca. Essas premissas se mostram, por essência, antagônicas e inconciliáveis: enquanto o positivismo cria o direito, o jusnaturalismo apenas declara sua existência anterior.

Dessa contradição lógica decorre a impossibilidade de equiparar direitos sociais — que dependem de políticas públicas, escolhas orçamentárias e prestações estatais — aos direitos fundamentais de natureza subjetiva jusnaturalista, cujo reconhecimento independe de mediações institucionais.

Assim, conclui-se que não é juridicamente sustentável afirmar identidade de essência entre tais categorias, dada a variabilidade e a dependência estrutural dos direitos sociais em relação à atividade estatal. Para além do debate filosófico acerca da natureza dos direitos fundamentais, pode-se restringir a problemática a um prisma materialista, considerando duas premissas basilares que conduzem a uma conclusão lógica.

A primeira premissa refere-se à própria estrutura dos direitos fundamentais. Os direitos clássicos — como a vida, a liberdade e a propriedade — apresentam natureza essencialmente negativa, impondo deveres de não intervenção tanto ao Estado quanto aos particulares, sendo, portanto, direitos de defesa. Em contrapartida, os direitos sociais caracterizam-se como positivos e prestacionais, na medida em que exi-

gem a atuação ativa do Estado, seja por meio de políticas públicas, seja pela alocação de recursos orçamentários e investimentos em serviços, a fim de possibilitar sua concretização.

A segunda premissa decorre da economia, entendida em sua dimensão microeconômica como o estudo das ações humanas, mais precisamente das escolhas individuais diante dos meios e recursos disponíveis para alcançar determinados fins.

Dessa perspectiva, conclui-se que tais meios nunca serão suficientes para atender a todos os fins possíveis, pois a escassez é inerente à condição humana: os recursos são sempre limitados em comparação com os desejos. Em outras palavras, jamais poderemos realizar todos os nossos anseios, porque estamos condicionados pelos meios de que dispomos.

Poder-se-ia sustentar, *ad argumentandum tantum*, que o desenvolvimento dos meios tornaria os recursos mais acessíveis, baratos e fáceis de obter. Contudo, tal raciocínio não se sustenta na realidade, já que os fins não são imutáveis; variam conforme a população e suas preferências temporais.

Conforme leciona Hans-Hermann Hoppe (2014. p. 31), ao agir, o agente humano sempre visa substituir um estado de coisas menos satisfatória para um estado de coisas mais satisfatória, denotando, portanto, uma preferência por mais bens.

Para além, o sujeito considera o momento futuro em que os seus objetivos serão alcançados, ou seja, o tempo necessário para realiza-los, bem como a durabilidade destes bens. Demonstrando, assim, uma preferência universal por bens presentes em vez de bens futuros e por bens mais duráveis em vez de menos duráveis. Este é o fenômeno que Economia chamado de “preferência temporal”.

Dessa forma, ainda que tenhamos hoje um capital disponível maior do que o de nossos antepassados — desconsiderando a inflação moderna —, nossas necessidades também se modificaram.

Se, em determinado momento histórico, bens como lenha, roupas quentes e certos temperos eram considerados essenciais e, por isso, possuíam elevado custo, o avanço técnico e produtivo alterou profundamente essa realidade. A ampliação da capacidade de produção e a redução dos custos tornaram esses bens mais acessíveis, fazendo com que perdessem parte de seu valor econômico relativo. Em contrapartida, as necessidades sociais foram progressivamente deslocadas para outros bens, como cabos de fibra óptica, aparelhos eletrônicos, acesso à internet e eletrodomésticos, que hoje ocupam posição central na vida cotidiana.

Esse movimento evidencia que preço e valor não se confundem. O preço de mercado decorre de condições objetivas de produção e oferta, enquanto o valor está ligado à valoração subjetiva atribuída pelos indivíduos. Conforme destacam Tozzini, Pigatto e Araújo ([data?], p. 1), o conceito de valor relaciona-se às condições subjetivas de cada pessoa, sendo determinado por suas preferências, necessidades e circunstâncias concretas.

Um exemplo ilustrativo dessa dinâmica é o valor atribuído a uma garrafa de água: para quem acabou de saciar a sede, seu valor é reduzido; para aquele que está há horas sem beber, o mesmo bem adquire elevada importância. Tal contraste evidencia o caráter essencialmente subjetivo do valor, que varia conforme a situação vivenciada pelo indivíduo.

Assim, constata-se que o problema econômico da escassez sempre existiu e continuará a existir. O progresso técnico pode reduzir custos e facilitar a produção de determinados bens, mas não elimina a escassez: apenas a desloca, acompanhando a elevação dos padrões de vida e a transformação das preferências temporais e sociais.

Nesse contexto, os entusiastas da ciência moderna tendem a sustentar que os dilemas do capitalismo relacionados à escassez seriam superados pelo ápice da intelectualidade e do avanço técnico, alimentando a expectativa de um cenário de custo marginal zero. Tal crença, contudo, não se sustenta diante de uma análise mais cautelosa, sobretudo quando confrontada com evidências empíricas, que apontam em sentido oposto: o desenvolvimento tecnológico não elimina a escassez, mas apenas a reconfigura.

Ao transpor essa reflexão para o campo da saúde, observa-se que a incorporação de novas tecnologias médicas, ainda que mais sofisticadas e precisas, não resulta necessariamente em melhores desfechos clínicos nem na redução dos custos assistenciais.

Ao contrário, os indicadores revelam um crescimento contínuo da variação dos custos médico-hospitalares (VCMH). Cada inovação tecnológica torna os equipamentos mais complexos, exige maior grau de especialização profissional e demanda investimentos elevados, o que encarece os tratamentos, mesmo quando não há uma melhora proporcional nos resultados clínicos alcançados.

Exemplo paradigmático é encontrado no parecer técnico do NATJUS – TJBA (Nota Técnica nº 12735), relativo à solicitação de ablação prostática a laser para tratamento de hiperplasia prostática benigna (HPB). Segundo o relatório, embora o procedimento seja mais recente, minimamente invasivo e tecnologicamente avançado, não foi possível constatar superioridade significativa em relação ao método convencional – a ressecção transuretral da próstata (RTU), que permanece como padrão-ouro.

A literatura analisada evidenciou apenas vantagens pontuais no pós-operatório imediato, como menor tempo de internação e sangramento reduzido, mas não apresentou resultados duradouros que justificassem a substituição do procedimento consagrado.

Ademais, o relatório destacou que a Sociedade Brasileira de Urologia, em manifestação de 2016, concluiu não haver comprovação científica suficiente para recomendar o laser em substituição à RTU. Da mesma forma, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) não incluiu a ablação prostática a laser no Rol de Procedimentos de cobertura obrigatória, exatamente por ausência de evidências robustas de sua superioridade clínica (TJ-BA, 2020).

Embora o desenvolvimento tecnológico ofereça ferramentas que otimizam a rotina de trabalho médico, é imperioso reconhecer que, no caso em tela, o volume de investimento não encontra respaldo nos resultados obtidos, inviabilizando sua aplicação como um modelo de custo-benefício. A introdução de um aparato considerado mais moderno, como o laser, impõe um custo adicional significativo que, contudo, não se traduz em um benefício clínico.

Nesse contexto, a análise do caso reforça a tese de que o avanço tecnológico, por si só, não deve ser interpretado como sinônimo automático de maior eficácia ou eficiência. A técnica a laser, apesar mais tecnológica, não demonstrou capacidade de superar os desfechos proporcionados pelo tratamento tradicional, que permanece amplamente consolidado e financeiramente mais acessível.

Portanto, uma análise crítica da relação custo-benefício obriga a constatação de que esse tipo de progresso, ao introduzir custos crescentes sem oferecer ganhos clínicos proporcionais, não soluciona a lógica da escassez de recursos em saúde. Pelo contrário, tende a acentuá-la, ao alocar capital em tecnologias que encarecem o sistema sem agregar valor terapêutico real em comparação às alternativas já existentes.

Encerrando a análise sobre a falácia do custo zero, ilustrada pelo paradigma do setor privado, é imperioso resgatar o debate sobre a finitude dos direitos sociais. Sob essa ótica, resta evidente que tais garantias operam em um contexto de recursos finitos, onde a oferta de saúde submete-se às limitações tecnológicas e econômicas da sociedade. A escassez impõe, assim, barreiras estruturais à universalização desses direitos, visto que sua efetividade exige um aporte material que frequentemente excede a capacidade orçamentária do Estado.

Diante da equiparação dos direitos sociais aos direitos fundamentais, emerge uma consequência inevitável: a tentativa de igualar um conceito absoluto a um conceito limitado, isto é, finito, esbarra em uma impossibilidade lógica. Não é factível sustentar a universalização integral dos direitos sociais como se possuíssem a mesma natureza e a mesma exigibilidade imediata dos direitos fundamentais clássicos.

Assim, quando a Constituição Federal de 1988 proclama a saúde como “direito de todos e dever do Estado”, projeta-se uma universalidade ideal própria dos direitos fundamentais sobre um direito social que, na prática, não é plenamente concretizável.

Ao aprofundar a análise da impossibilidade desse enquadramento superior dos direitos prestacionais, deparamo-nos com dois impedimentos lógicos distintos: o impedimento lógico-ontológico e o impedimento lógico-material.

No que concerne ao impedimento lógico-ontológico, a distinção é substancial e inviabiliza a igualdade de tratamento. Enquanto os direitos de primeira dimensão — vida, liberdade e propriedade — decorrem da própria natureza humana e demandam, em regra, apenas a abstenção do Estado, configurando obrigações negativas, os direitos de segunda dimensão, como educação, saúde, moradia e trabalho, dependem necessariamente da atuação estatal, materializando-se em prestações positivas, isto é, obrigações de fazer.

A partir dessa conclusão ontológica, chega-se, consequentemente, ao impedimento lógico-material, que impõe limites fáticos à equiparação pretendida. Diferentemente dos direitos de primeira dimensão, cuja existência e fruição independem diretamente do erário, os direitos sociais pressupõem um “custo de existência” e um “custo de garantia”, pois sua implementação e manutenção exigem a mobilização de recursos públicos que são, por definição, finitos.

A produção e a oferta de serviços como a saúde estão condicionadas às capacidades econômicas e administrativas do Estado que os fornece. Assim, ignorar o

custo de existência e o custo de garantia significa desconsiderar que a escassez atua como uma barreira estrutural, tornando a universalização plena e uniforme uma meta inalcançável no plano material.

Portanto, a assimetria demonstrada evidencia que os direitos sociais não podem ser equiparados, em termos ontológicos e materiais, aos direitos fundamentais. Insistir nessa equivalência sem levar em conta o “custo de existência”, o “custo de garantia” e a lógica da escassez implica partir de premissas equivocadas, fazendo com que o próprio processo legislativo atue como um potencializador dos problemas sociais do país.

### **3 ENTRE A PROMESSA CONSTITUCIONAL E A REALIDADE ORÇAMENTÁRIA**

Feita a distinção quanto aos limites materiais dos direitos prestacionais, evidencia-se, por contraste, a dicotomia entre estes e os direitos fundamentais em sentido estrito: a vida, a liberdade e a propriedade. A presente análise restringe-se a essa tríade basilar, pois adota-se a corrente teórica que reconhece, nos demais direitos de primeira dimensão, meros corolários ou desdobramentos desses três pilares essenciais.

Diferentemente dos direitos sociais, os integrantes dessa tríade compartilham uma natureza essencialmente negativa. Expressam-se como deveres de abstenção, impondo ao Estado e à coletividade uma obrigação de não intervenção (*non facere*). Tal característica é observada, por exemplo, na liberdade política, na liberdade religiosa e na proteção à intimidade; institutos que, por serem desdobramentos imediatos da liberdade e da vida, tendem a uma maior absolutização e independem de aporte financeiro para sua vigência.

Todavia, esse alicerce epistêmico, marcado pela negatividade e absolutização, não se reproduz quando se passa à análise dos chamados direitos sociais, como saúde, lazer ou educação. Diferentemente dos direitos da tríade fundamental, que exigem apenas a abstenção do Estado e da coletividade, tais direitos têm como núcleo a prestação, impondo um dever positivo de atuação.

Por essa razão, ainda que se pretenda afirmar o direito à saúde como derivação direta do direito à vida, tal derivação revela-se tão acentuada que o transmuta em obrigação prestacional, afastando-se da noção de direito fundamental inato ao ser humano e aproximando-se, em sua essência, de um dever estatal de efetivação.

Em que pese a demonstração lógica das inconsistências na teoria da equiparação entre essas duas categorias, a análise da doutrina brasileira revela um cenário distinto: observa-se ampla aceitação dos direitos sociais como complemento indissociável dos direitos fundamentais. Nesse sentido, Ramos (2007, p. 59) destaca que a doutrina majoritária rechaça qualquer dualidade ou dicotomia, atribuindo a ambos a mesma natureza e status de direitos fundamentais.

Contudo, arriscamo-nos a contrapor tal consenso com uma analogia: o fato de um milhão de insetos se chocarem contra uma lâmpada incandescente, crendo ser ela uma fonte vital, não transforma o calor mortal em alimento. Como poderiam tantos seres estar errados? Pelo simples fato de que a quantidade não valida a verdade.

Portanto, mesmo que a totalidade da doutrina — ou sua expressiva maioria — concorde com essa tese, não é lógico concluir que se trate de uma certeza irrefutável. Isso prova apenas que esses autores, em determinado momento, concordaram entre si.

Sustentamos, ademais, tal posicionamento é fruto de seu tempo, mantendo-se vigente devido à preponderância técnica desses intelectuais. Contudo, reconhecê-los como grandes doutrinadores não implica referendar todas as suas posições como verdadeiras.

É imperativo exercer um certo ceticismo, pois estamos diante de 'doutrinas'. Como o próprio termo sugere, toda doutrina nada mais é que o reflexo de um conjunto de ideias basilares — sejam elas filosóficas, políticas, religiosas ou econômicas — próprias do sistema de pensamento de um autor, e não necessariamente uma verdade irrefutável.

No que tange aos argumentos para essa equiparação, estes são diversos entre os constitucionalistas. Contudo, destacam-se autores como Ingo Wolfgang Sarlet e Luís Roberto Barroso, os quais sustentam, a partir de uma interpretação sistemática da Constituição, que a Carta de 1988 possui caráter marcadamente social.

Esta conclusão depreende-se da leitura do Preâmbulo constitucional (independentemente dos debates acerca de sua força normativa), bem como da interpretação conjugada com o art. 3º, inciso III, que firma o compromisso estatal com a redução das desigualdades sociais. Essa diretriz materializa-se, enfim, no art. 6º, dispositivo que, para a doutrina majoritária, consagra definitivamente os direitos sociais como integrantes do rol de direitos fundamentais.

Ingo Wolfgang Sarlet (2023, p.288) afirma de modo categórico que é facilmente perceptível que o art. 6º, onde estão sediados os direitos sociais básicos (sem prejuízo dos direitos específicos dos trabalhadores e outros direitos sociais), insere-se num contexto mais amplo no plano constitucional. Prosseguindo, o autor destaca que o Preâmbulo evidencia o compromisso com a justiça social, reforçado pelos princípios fundamentais do Título I da Constituição, em especial a dignidade da pessoa humana.

Para Sarlet, esse princípio atua como fio condutor dos direitos fundamentais, de modo a assegurar a complementaridade entre direitos civis e políticos — tradicionalmente vistos como direitos de defesa — e os direitos sociais, que exigem prestações positivas do Estado (Mitidiero; Marinoni; Sarlet, 2023, p. 288).

Por outro lado, a doutrina de Luís Roberto Barroso (2024, p. 454) fundamenta esse raciocínio em uma análise de direito comparado. O autor pontua que constituições de matriz liberal clássica, como a norte-americana, não positivam direitos sociais, restringindo o catálogo de direitos fundamentais à esfera das liberdades individuais.

Em contrapartida, Barroso ressalta o paradigma alemão: embora a Lei Fundamental de Bonn (Constituição Alemã) não enumere expressamente os direitos sociais, a atuação do Tribunal Constitucional Federal — mediante a interpretação do princípio da dignidade da pessoa humana e a construção do conceito de 'mínimo existencial' — resultou no reconhecimento da fundamentalidade material dessas prerrogativas.

Por fim, o ex-ministro destaca as Constituições do Brasil, da África do Sul e da Colômbia como exemplos contemporâneos de cartas sociais e democráticas. Nesses ordenamentos, os direitos prestacionais são expressamente positivados e assumem centralidade nos debates travados em suas respectivas cortes constitucionais, servindo de base para políticas públicas de justiça social e equidade.

A própria Constituição de 1988, marcada pela dubiedade de termos e conceitos, abriu espaço para interpretações extensivas que se desenvolvem dentro de um vasto espectro ideológico. Nesse sentido, tal equiparação não resulta de uma análise estritamente ontológica da ideia de fundamentalidade, conforme delineado no tópico inaugural deste trabalho.

Antecipando-se a eventuais críticas, Barroso fundamenta a inclusão dos direitos sociais no catálogo de garantias fundamentais pela via da interdependência. O

autor argumenta que as liberdades clássicas dependem de um substrato material mínimo para existirem, sustentando ser “difícil conceber, por exemplo, o exercício pleno do direito de voto, da liberdade de expressão ou mesmo de profissão sem acesso à educação e a outros elementos essenciais para a vida digna” (Barroso, 2024, p. 453).

Trata-se, porém, de um raciocínio lógico-consequencial, mais especificamente de uma argumentação por dependência prática (*argumentum ad consequentiam*). Essa linha de raciocínio parte de duas premissas: i) o exercício dos direitos fundamentais clássicos (como voto, liberdade de expressão e livre exercício profissional) exigiria condições materiais mínimas; ii) os direitos sociais, como a educação, forneceriam essas condições. A conclusão seria, então, a de que, sem direitos sociais, não se pode realizar plenamente os direitos fundamentais clássicos.

Embora formalmente válido, esse argumento revela-se na realidade falso. Os direitos fundamentais não dependem de condições externas para se concretizarem, pois sua essência repousa justamente na universalidade e no caráter absoluto. O direito de voto, por exemplo, não corresponde à possibilidade de fazer a “escolha certa” ou a mais “informada”, mas ao direito de manifestar a vontade soberana na urna.

De igual modo, a liberdade de expressão não é o direito de proferir um discurso elaborado ou eloquente, mas o direito de não sofrer censura estatal ao manifestar um pensamento, qualquer que seja ele.

Assim, a argumentação de Barroso revela-se, em última análise, estatista e elitista. O direito fundamental pertence a todos, sem exceção. Ao se estabelecer um pré-requisito — como educação ou renda — o direito deixa de ser universal e transforma-se em privilégio condicional. Surge, então, a questão problemática: quem definiria esse “mínimo” necessário para seu exercício?

Outrossim, é preciso destacar que tal raciocínio inverte a lógica constitucional. Os direitos fundamentais são absolutos justamente porque não podem ser relativizados por condicionantes externas; são barreiras que limitam o poder estatal. Ao vinculá-los a uma prestação positiva do Estado — como a educação — subverte-se sua essência: o direito, que deveria funcionar como limite ao Estado, passa a depender do próprio Estado para existir.

Em conclusão, Barroso (2024, p.454) busca refutar a premissa do caráter prestacional dos direitos sociais, relacionando o exercício dos direitos políticos e sua concretização aos custos necessários para sua eficácia plena. Nesse sentido, afirma

que a realização de eleições periódicas e manutenção da Justiça Eleitoral, por exemplo, custam alguns bilhões anuais ao Brasil.

Da mesma forma, a proteção dos direitos individuais demanda quantidades significativa de recursos, como a manutenção de infraestrutura. Por fim, descreve que “tudo custa dinheiro e, portanto, no fundo, tudo consiste em escolhas políticas ou ideológicas” (Barroso, 2024, p.454).

Todavia, esse argumento se assenta em premissas equivocadas. O autor não distingue adequadamente entre o ‘custo de existência’ e o ‘custo de garantia’ dos direitos equiparados. Para compreender essa falha, é necessário ultrapassar a análise econômica e observar a distinção ontológica entre os bens tutelados.

No caso dos direitos fundamentais clássicos, como a liberdade, estamos diante de um atributo metafísico, inerente à própria condição de sujeito. A liberdade é o estado natural do homem; se retirarmos todas as barreiras externas — a coerção estatal, a prisão, a censura —, a liberdade permanece constante. Ela existe plenamente no vácuo da ação estatal.

É necessário pontuar que os custos com polícia, judiciário e eleições configuram meros ‘custos de garantia’ e não ‘custos de existência’ — distinção negligenciada por Barroso. Tais dispêndios não constituem a liberdade em si, mas compõem o aparato instrumental destinado a assegurá-la, garantindo a observância do dever de abstenção pelo Estado e por particulares.

Diferentemente, quando analisamos direitos sociais como a saúde, a ontologia se altera radicalmente. A saúde não é um atributo da vontade, mas um estado funcional biológico que luta constantemente contra a entropia. Ao contrário da liberdade, se o Estado (ou o indivíduo) nada fizer, a tendência natural da biologia não é a permanência, mas a degradação, a doença e a morte. A saúde, portanto, não existe no ‘vácuo’ da abstenção; ela depende de um esforço ativo para manter a homeostase corporal.

O próprio exemplo citado por Barroso — a manutenção da Justiça Eleitoral custar bilhões — ilustra essa distinção. O custo não cria o direito de voto, pois este consiste, em essência, na faculdade metafísica do cidadão manifestar sua vontade. O gasto estatal destina-se, sim, a garantir que essa manifestação não seja fraudada.

Assim, enquanto os direitos fundamentais de liberdade têm por núcleo uma obrigação negativa (não impedir o ser), os direitos sociais somente se materializam

por meio de uma obrigação positiva (fazer existir), cuja concretização exige recursos para vencer as barreiras físicas e biológicas da realidade.

Ante o exposto, constata-se que a equiparação entre direitos sociais e direitos fundamentais é uma vertente construída pela doutrina brasileira, embora subsistam argumentos lógicos e ontológicos que permitem sustentar o não enquadramento daqueles neste rol.

A proeminência dos direitos sociais no pensamento jurídico nacional reflete, portanto, escolhas políticas e disputas ideológicas intensificadas no período da redemocratização, muitas vezes à revelia da natureza distinta dos objetos que visam proteger.

Com o fim do regime militar, a Assembleia Nacional Constituinte tornou-se o palco central para a redefinição do pacto social. De um lado, movimentos como o “Novo Sindicalismo”, que culminou na criação da CUT, além de diversas organizações da chamada Sociedade Civil Organizada, pressionavam pela remoção do entulho autoritário do Regime Militar e, sobretudo, pela ampliação do próprio conceito de cidadania (Linhares, 2025, p.312).

Para esses grupos, a cidadania deveria abranger uma gama mais ampla de direitos sociais, sem os quais o exercício isolado do voto não asseguraria a realização da dignidade e da felicidade coletiva. Essa mobilização popular, que incluiu até mesmo a inédita apresentação de emendas populares, conferiu à Constituição de 1988 seu caráter progressista e o epíteto de Constituição Cidadã.

Essa visão, entretanto, não foi consensual. Estabeleceu-se, à época, um embate doutrinário e político cujos reflexos persistem até os dias atuais. Em contraposição, setores liberais e conservadores — representados, em grande medida, por expressiva parcela do PMDB — defendiam uma Constituição sintética e enxuta, livre do que consideravam 'excessos democráticos' e alinhada a um projeto de inspiração antiestatista.

Apesar dessa resistência, o direito social à saúde no Brasil consolidou-se como um dos exemplos mais expressivos da prevalência da visão progressista na Constituição de 1988. O desfecho corrobora a síntese do Ministro Luís Roberto Barroso de que “no fundo, tudo consiste em escolhas políticas ou ideológicas”. Nesse caso, a escolha do constituinte foi inequívoca: romper com a tradição excludente e positivar a saúde como um direito universal e efetivo.

Sua consagração não foi meramente declaratória. A Constituição criou um arcabouço normativo robusto, como o artigo 196, que impõe ao Estado o dever de assegurar o "acesso universal e igualitário" à saúde. Para concretizar esse comando, o artigo 198 instituiu o Sistema Único de Saúde (SUS), com diretrizes de descentralização, atendimento integral e participação social.

Inicialmente, o debate público e judicial concentrou-se na eficácia desse direito. A doutrina mais conservadora defendia que as normas de direitos sociais estariam condicionadas à capacidade econômica do Estado, possuindo eficácia limitada. Um reflexo dessa mentalidade restritiva pode ser observado em julgados da década de 1990, nos quais a ausência de vínculo formal com o sistema público ou questões orçamentárias fundamentavam a negativa do direito:

MANDADO DE SEGURANÇA - ESCLEROSE MÚLTIPLA - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO PELO ESTADO - IMPETRANTE NÃO INTEGRADO AO SERVIÇO ÚNICO DE SAÚDE (SUS) - INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. SEGURANÇA DENEGADA. (TJ-PR - MS: 700861 PR. Mandado de Segurança (0070086-1, Relator.: Ivan Bortoleto, Data de Julgamento: 05/08/1999, III Grupo de Câmaras Cíveis, Data de Publicação: 04/10/1999 DJ: 5484)

Contudo, essa perspectiva foi gradualmente superada, impulsionada pelo processo de judicialização que ganhou força logo após a promulgação da Constituição. A partir da década de 1990, surgiram diversas ações judiciais voltadas à garantia de tratamentos para pessoas vivendo com HIV. Essas decisões pioneiras representaram um marco na garantia do acesso universal (Vieira, 2023, p.2).

Nesse novo contexto, o Judiciário assumiu papel decisivo, passando a reconhecer o direito à saúde como impostergável e essencial ao 'mínimo existencial'. Consolidou-se o entendimento de que negar a exigibilidade imediata desse direito seria invalidar uma garantia fundamental, cabendo ao juiz assegurar sua plena realização.

Contudo, com a multiplicação e a diversificação das demandas — em sua maioria de caráter individual — a judicialização da saúde revelou-se um instrumento de duas faces. De um lado, apresenta-se como mecanismo positivo para assegurar o direito à saúde diante das falhas do Estado. De outro, passou a produzir efeitos negativos relevantes, como o tratamento desigual entre cidadãos, a desorganização do SUS, o desequilíbrio das finanças públicas e o agravamento das desigualdades em saúde.

A análise dos dados orçamentários ilustra a dimensão do problema. Grande parte das decisões judiciais concentra-se no fornecimento de medicamentos de alto

custo, muitas vezes não incorporados ao SUS, gerando impactos financeiros significativos.

Entre 2012 e 2016, o gasto do Ministério da Saúde com ações judiciais voltadas a medicamentos aumentou 221%. Em 2019, tais demandas consumiram 25,2% dos recursos do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica (CEAF). Nesse mesmo ano, apenas dez medicamentos responderam por 94,6% de todo o gasto judicial do Ministério da Saúde, absorvendo, sozinhos, 21% do orçamento do CEAF (Vieira, 2023, p.6-8).

Essa realidade tensiona a visão de que ao juiz não cabe inferir sobre a possibilidade de concretização do direito. O Judiciário, ao determinar o fornecimento de tecnologias não previstas nas políticas públicas, impacta o acesso dos demais cidadãos aos tratamentos que constam nessas políticas.

Isso ocorre porque os recursos precisam ser realocados, "e, a depender das condições econômicas do país, a restrição orçamentária pode implicar a realização de escolhas trágicas na oferta de bens e serviços" (Vieira, 2023, p.7). Tal direcionamentos de recursos subvertem a política geral que deveria abranger a todos e exaurem os fundos já insuficientes do sistema.

Em síntese, a judicialização da saúde pública no Brasil evidencia de forma exemplar a tensão entre a promessa constitucional de acesso universal e integral e os limites concretos impostos pela escassez de recursos.

Se, de um lado, o Poder Judiciário cumpriu papel relevante ao afirmar a exigibilidade imediata do direito à saúde e assegurar o mínimo existencial de inúmeros cidadãos, de outro, sua atuação passou a gerar efeitos colaterais que comprometem a própria lógica de equidade e racionalidade do SUS.

A dificuldade em conciliar a proteção individual imediata com a preservação do interesse coletivo amplia o ambiente de insegurança jurídica e coloca em evidência o dilema estrutural que marca a efetividade dos direitos sociais no país.

Trata-se, portanto, de um fenômeno que revela não apenas a força normativa da Constituição de 1988, mas também seus limites materiais, exigindo um permanente esforço de harmonização entre a tutela jurisdicional e a formulação de políticas públicas sustentáveis. A dificuldade de harmonização expõe a própria natureza do problema: a transformação de direitos sociais programáticos em pretensões jurídicas individuais e imediatamente exigíveis.

Essa equiparação gera um choque inevitável entre a esfera de proteção individual e a gestão macroscópica do Estado. O desafio que se impõe é como o Direito deve arbitrar essa dicotomia: deve-se priorizar o direito subjetivo de quem acessa o Judiciário ou o direito difuso da coletividade que depende da integridade do orçamento público?

#### **4 A DICOTOMIA DO DIREITO INDIVIDUAL OU DIREITO COLETIVO À SAÚDE**

Para equacionar essa tensão, é preciso compreender que a equiparação dos direitos sociais aos fundamentais produziu efeitos que transcendem a mera positivação. Inaugurou-se uma nova perspectiva de tutela, na qual tais direitos deixaram de ser vistos como diretrizes programáticas para se tornarem prerrogativas exigíveis, dotadas de proteção imediata.

Com isso, a atuação estatal submeteu-se ao controle judicial, permitindo ao indivíduo invocar esses direitos diretamente contra o Estado. Esse fenômeno expandiu o alcance do Judiciário e alterou a dinâmica da separação dos poderes. Todavia, essa tutela individual não pode ser ilimitada.

No tocante à efetivação das determinações judiciais, compete ao Poder Executivo — e não ao Judiciário — a análise técnica dos atos materiais passíveis de concretização. É função da administração ponderar a viabilidade de execução simultânea das demandas, considerando o valor econômico e o impacto social no âmbito do orçamento.

Tal avaliação possui natureza eminentemente política e gestora. Portanto, a resposta à dicotomia reside na imposição de limites à interferência judicial: a tutela do direito individual deve ceder quando sua satisfação comprometer a viabilidade econômica do sistema público e, por consequência, o bem-estar da coletividade.

Todavia, essa autonomia administrativa não é absoluta. A Constituição de 1988 impôs limites rígidos a esse poder de gestão ao conferir especial relevância a determinados valores, sobretudo à dignidade da pessoa humana, elevando-a a um patamar inédito no ordenamento brasileiro.

Desse modo, o cálculo alocativo do gestor público deixou de ser puramente econômico para submeter-se a uma nova valoração constitucional. O administrador não é mais um mero contador de recursos, mas figura central na consolidação do Estado brasileiro como, na expressão de Luane Silva Nascimento (2022, p. 50), um 'gestor do bem-estar geral e da justiça social'. Portanto, a interpretação constitucional

a viabilidade econômica não pode servir de escudo para o esvaziamento do núcleo essencial desses direitos.

Inicialmente, esse movimento constitucional trouxe inegáveis benefícios à população, pois elevou o patamar dos direitos básicos no cálculo político dos governantes e possibilitou que os cidadãos buscassem diretamente no Judiciário a proteção contra violações cometidas pelo próprio Estado. Nesse cenário, o Poder Judiciário tornou-se um vetor central na efetivação e no cumprimento de políticas públicas pelos demais poderes.

Entretanto, as prerrogativas concedidas ao Judiciário acabaram por desequilibrar a harmonia entre os poderes. Juízes assumiram funções que tiveram consequências imprevistas, impactando a gestão governamental. Nesse cenário, destaca-se o Tema 698 do STF, que julgou os limites dessa atuação, definindo que a intervenção judicial para garantir direitos fundamentais não viola a separação de poderes, mas deve priorizar a determinação de apresentação de planos pela Administração Pública.

Ainda assim, é comum observar magistrados determinando obrigações complexas, como a construção de hospitais ou criação de leitos. Ilustra essa realidade o acordão do TJ-MG que responsabilizou o Estado pela criação de leitos de CTI em Conselheiro Lafaiete, afastando alegações de planejamento administrativo em prol da urgência do serviço:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - DIREITO À SAÚDE - ESTADO - CRIAÇÃO DE LEITOS DE INTERNAÇÃO INTENSIVA DE URGÊNCIA - MÉDIA COMPLEXIDADE - RESPONSABILIDADE PRIMÁRIA DO ENTE ESTATAL - NECESSIDADE DA MEDIDA - COMPROVAÇÃO. Ao Estado de Minas Gerais compete a execução de ações de saúde de média e alta complexidade, concluindo-se, portanto, pela responsabilidade precípua do ente estadual para promover a criação dos 28 (vinte e oito) leitos de CTI na Microrregião Sanitária de Conselheiro Lafaiete/Congonhas, cuja imprescindibilidade da medida restou devidamente fundamentada por meio dos estudos desenvolvidos pela própria Secretaria de Estado de Saúde. As excepcionais necessidades dos cidadãos não podem ser obstadas por questões de planejamento, devendo o gestor público assegurar a disponibilização de leitos de forma contínua e oportuna para a adequada prestação do serviço de saúde, razão pela qual é imperiosa a manutenção da sentença de procedência do pedido.

(TJ-MG - Apelação Cível: 15718710320098130183 Conselheiro Lafaiete, Relator: Des.(a) Edilson Olímpio Fernandes, Data de Julgamento: 08/10/2024, Câmaras Cíveis / 6ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 15/10/2024)

Essa determinação impõe parâmetros vinculados à dignidade da pessoa humana que, na prática, obrigam o Executivo a realizar a obra. Deste modo, o ponto central da judicialização reside na constitucionalização desses direitos. Como ensina

Luís Roberto Barroso, ao tornar-se norma constitucional, o direito social vira 'pretensão jurídica', passível de ação judicial (Barroso, 2009, p.4).

Deste modo, o ponto fulcral da judicialização dos direitos sociais — especialmente, para nossa análise, o direito à saúde — reside na própria constitucionalização desses direitos. Como leciona Luís Roberto Barroso, no momento em que um direito é disciplinado como "uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial" (Barroso, 2009, p.4).

Em outras palavras, no caso do direito social prestacional à saúde, que exige uma atuação positiva do Estado, o indivíduo que dele necessita pode açãoá-lo judicialmente e obter a devida satisfação. Em contrapartida, aquele que se encontra na mesma situação de necessidade, mas não recorre ao Judiciário, não terá assegurada a concretização de seu direito.

Constata-se, assim, um mecanismo de retroalimentação (feedback positivo) na efetivação dos direitos sociais, em especial o direito à saúde, pois a imposição judicial como forma de concretização do direito estimula a multiplicação de novas demandas perante o Poder Judiciário.

Essa análise inicial conduz a duas indagações fundamentais: a) por que esse fenômeno ocorre? b) como enfrentar a retroalimentação ou o feedback positivo da judicialização desses direitos?

Para responder à primeira questão, é necessário abordar o princípio da igualdade e suas formas de concretização. Doutrinariamente, distinguem-se duas modalidades: a igualdade formal (ou jurídica) e a igualdade material (ou substancial).

A igualdade material refere-se à efetiva paridade de condições e oportunidades, manifestando-se no plano fático por meio de soluções que dependem do desenvolvimento econômico, político e social, as quais possibilitam uma distribuição mais equânime de bens e recursos.

Por outro lado, a igualdade formal concretiza-se pela atuação das leis, que tratam os desiguais de forma desigual, na tentativa de equilibrar as diferenças. Contudo, essa forma de igualdade limita-se a atuar sobre os efeitos do problema, sem alcançar sua raiz, acabando, em certa medida, por conservar as desigualdades de fato (Nascimento, 2022, p. 76).

Em síntese, como bem observa Luane Silva Nascimento, “poder-se-á falar, então, que a atenuante da desigualdade jurídico-constitucional reside na eliminação das desigualdades fáticas” (Nascimento, 2022, p. 76).

As cotas para estudantes de baixa renda no ensino superior são um claro exemplo da aplicação do princípio da igualdade jurídica, que busca tratar os desiguais de maneira desigual para promover a justiça. Contudo, é preciso reconhecer que as cotas não são, em si, a solução definitiva para a pobreza. A miséria é um problema complexo e multifacetado, que não se resolve apenas por uma via educacional.

Há de se admitir, para fins de debate, que o indivíduo de baixa renda que ingressa na universidade por meio de cotas consiga uma ascensão econômica. No entanto, essa não é uma consequência infalível, pois um diploma de ensino superior não é uma garantia automática de sucesso financeiro.

Dessa forma, a cota educacional, isoladamente, não atinge a raiz da desigualdade fática. A ascensão de um indivíduo não altera o *status quo* da pobreza no Brasil, nem impede que outras pessoas caiam em condição de miséria.

Essa mesma tensão, onde a ausência de uma solução no plano fático leva a uma resposta no campo jurídico, explica o fenômeno da judicialização da saúde. As demandas judiciais surgem porque o acesso da população a um sistema de saúde de qualidade não está sendo efetivado na prática.

Isso se reflete tanto na precariedade e falta de recursos do SUS quanto na dificuldade de acesso da população à saúde suplementar por um preço justo e sem interferência estatal. Ou seja, a inobservância do direito constitucional à saúde na realidade concreta força os cidadãos a buscarem uma solução nos tribunais.

Portanto, em ambos os casos, a busca por uma solução jurídica é uma consequência direta da falha em se alcançar a igualdade material no plano fático. O Judiciário acaba sendo acionado para, por meio dos mandamentos constitucionais, concretizar a igualdade jurídica e tentar corrigir as disparidades que não foram solucionadas na prática.

Assim sendo, conforme já mencionado neste trabalho, a judicialização da saúde teve início no âmbito da saúde pública, mais especificamente na assistência médica prestada pelo Sistema Único de Saúde (SUS). Os primeiros casos surgiram na década de 1990, sobretudo oriundos da comunidade portadora do vírus HIV/AIDS, dois anos após a promulgação da Constituição de 1988.

A judicialização, nesse contexto, não decorreu apenas da dinâmica constitucional, mas também das políticas públicas voltadas à contenção da epidemia de AIDS no Brasil, amplamente apoiadas pela sociedade civil (Figueiredo; Costa, 2022, p.145).

O recurso ao Poder Judiciário como instrumento de concretização dos direitos constitucionais abriu espaço para a proliferação de novas demandas dirigidas ao recém-estruturado sistema público de saúde. Ao longo da década de 1990, a judicialização consolidou-se e passou a ser vista como uma verdadeira epidemia, produzindo um efeito hidra: a cada decisão judicial favorável (o corte de uma cabeça), surgiam inúmeras outras demandas semelhantes (a duplicação de cabeças).

O Judiciário brasileiro, entretanto, não se encontrava preparado para lidar com esse nível de judicialização, em razão da ausência de suporte técnico especializado na área da saúde. Essa lacuna dificultava a verificação da veracidade das teses apresentadas pelos demandantes e gerava aumento dos custos do próprio sistema judicial.

Diante da incerteza quanto aos impactos de suas decisões, e considerando a urgência dos pedidos relacionados ao direito à vida, os magistrados passaram a adotar como regra a concessão liminar de caráter preventivo, muitas vezes sem a devida análise técnica a respeito da real utilidade e segurança de um medicamento ou procedimento.

Tal prática gerou dois problemas centrais: em primeiro lugar, a consolidação de precedentes que estimularam novas demandas; e, em segundo, um aumento expressivo e descontrolado dos gastos públicos. A dimensão desse impacto financeiro é alarmante: apenas no âmbito da União, os gastos com judicialização saltaram de R\$ 26 milhões, em 2007, para mais de R\$ 1,3 bilhão, em 2016 — um aumento de quase 5.000% (Carvalho, 2020, p.119). Criou-se, assim, uma espiral disfuncional no sistema de saúde brasileiro, que afeta o orçamento coletivo para atender a demandas individuais.

Entre 1990 e 2009, a judicialização constituiu-se no verdadeiro “calcanhar de Aquiles” da saúde pública. Somente em 2009, com a realização da Audiência Pública da Saúde (APS) no Supremo Tribunal Federal, foram sistematizadas as discussões sobre os impactos da judicialização no SUS. Realizada entre abril e maio

(Audiência Pública n. 04), a APS teve como propósito ouvir especialistas para esclarecer as complexas questões envolvidas e apontar caminhos para a prevenção de litígios.

A partir desse debate, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio da Portaria n. 650/2009, instituiu um grupo de trabalho para propor medidas concretas, resultando na aprovação da Resolução n. 107, que criou o Fórum Nacional do Judiciário para Monitoramento e Resolução das Demandas de Assistência à Saúde. O Fórum foi concebido para aperfeiçoar procedimentos, reforçar a efetividade dos processos judiciais e prevenir novos conflitos, monitorando ações judiciais e propondo a criação de unidades especializadas.

Paralelamente, e também como resultado da audiência, foram criados e expandidos os Núcleos de Apoio Técnico (NATs). Compostos por médicos, farmacêuticos e outros profissionais da saúde, esses núcleos passaram a fornecer subsídios técnicos aos magistrados, possibilitando uma análise mais célere e fundamentada das demandas.

O objetivo é mitigar os efeitos da judicialização desinformada e racionalizar as decisões, evitando, por exemplo, a autorização de tratamentos experimentais ou a concessão de medicamentos já disponíveis no SUS, cujas ações podem indicar falhas administrativas na distribuição.

Diversos estudos apontam que o principal eixo da judicialização da saúde concentra-se na assistência farmacêutica. Essa vertente, contudo, abrange situações variadas, como o incentivo a uma cultura de medicalização na sociedade, a recorrente falta de estoque de medicamentos na rede pública, a ausência de critérios de padronização para o uso de determinados fármacos e a busca judicial por medicamentos que não integram as listas oficiais do SUS ou que ainda se encontram em fase experimental (Carvalho, 2020, p.124).

Nesse contexto, editou-se a Recomendação nº 31/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que fixou orientações aos Tribunais brasileiros quanto à forma adequada de julgamento das ações em saúde. Entre suas principais diretrizes, destacam-se: a necessidade de que o Judiciário ouça, sempre que possível, os gestores de saúde antes de apreciar pedidos de urgência, de modo a viabilizar um diálogo institucional mais efetivo; a celebração de convênios para assegurar apoio técnico de médicos e farmacêuticos capazes de subsidiar as decisões judiciais; e a cautela na

concessão de medicamentos não padronizados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa).

Não obstante as recomendações de cautela, observa-se que o Judiciário brasileiro tende a minimizar os impactos orçamentários decorrentes de suas decisões. Com frequência, a determinação judicial para fornecimento de medicamentos ou tratamentos ignora a escassez de recursos e o fato de determinados fármacos não integrarem as listas do Sistema Único de Saúde (SUS).

Para grande parte dos magistrados, esses elementos não constituem razões suficientes para indeferir um pedido, prevalecendo a tutela do direito fundamental à saúde. Contudo, essa abordagem expande a atuação judicial para além de seus limites dogmáticos, gerando uma colisão de interesses de difícil resolução.

Conforme a doutrina de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (Teoria Geral dos Direitos Fundamentais), o exercício de um direito fundamental por um titular pode, concretamente, obstaculizar ou restringir o exercício de direitos de outros titulares ou de interesses gerais constitucionalmente tutelados, como a saúde pública coletiva.

A própria "formulação genérica dos direitos conduz necessariamente a choques de interesses" (Dimoulis; Martins, 2014. p. 141), e a tarefa de mediá-los cabe, primariamente, ao gestor público, no exercício de sua prerrogativa de formulação de políticas.

A judicialização, assim, representa uma estratégia utilizada pelos indivíduos para assegurar direitos quando violados, mas, ao mesmo tempo em que reforça a efetividade do direito à saúde, impõe ao Estado custos não previstos em seu orçamento, deslocando recursos destinados a políticas universais para atender a casos particulares. É nesse contexto que a dogmática constitucional se torna uma ferramenta indispensável, especialmente através do conceito desenvolvido na doutrina constitucional alemã de "área de proteção" (*Schutzbereich*) do direito fundamental.

De acordo com os autores Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, cada direito fundamental possui uma "área de regulamentação", que corresponde ao tema geral tratado pelo constituinte, e uma "área de proteção", que é o recorte específico de comportamentos e situações que a Constituição efetivamente pretende tutelar contra a intervenção estatal (Dimoulis; Martins, 2014, p. 135).

Em outras palavras, a "área de proteção" define o núcleo do direito público subjetivo, aquilo que um indivíduo pode, de fato, exigir do Estado. A consequência

jurídica dessa distinção é fundamental: se um comportamento ou situação, nas palavras dos autores supracitados, não fizerem parte da área de proteção, a atuação do Estado não precisa se submeter ao processo de justificação constitucional.

A ação estatal que proíbe ou nega algo fora desse núcleo protegido "não chega a configurar uma intervenção na área de proteção, não encontrando nenhum óbice normativo, sendo *ab initio* constitucionalmente permitida" (Dimoulis; Martins, 2014, p. 149). Assim, de acordo com os autores, o primeiro filtro pelo qual deve passar o exame de um direito fundamental é a constatação dos exatos limites da área de proteção.

Aplicando essa lógica à saúde, o direito público subjetivo de um cidadão corresponde à "área de proteção" do direito à saúde, que abrange os tratamentos e procedimentos consolidados nas políticas públicas do SUS. Um pedido de tratamento experimental ou de um fármaco de altíssimo custo não incorporado pelo sistema, por outro lado, situa-se fora dessa área de proteção delimitada. A recusa do gestor em fornecer tal tratamento representa, portanto, um ato discricionário de gestão de recursos, e não uma intervenção inconstitucional em um direito subjetivo.

O papel do Judiciário, nesse cenário, não seria o de decidir o conflito diretamente, mas sim o de decidir sobre a validade da regra (ou omissão) infraconstitucional que objetiva resolver o conflito. A análise judicial deve se ater a uma pergunta central: a ação ou omissão do Estado representou uma intervenção na "área de proteção" do direito fundamental?

Se a demanda individual se encontra fora dessa área, não há intervenção juridicamente relevante a ser corrigida. Uma ordem judicial que, ainda assim, obriga o Estado a agir, interfere por bem prazer na esfera de competência do Executivo, ultrapassando sua função de controle de constitucionalidade para assumir um papel de formulador de políticas, para o qual o Judiciário não possui legitimidade nem capacidade técnica. Essa invasão de competência não é um mero debate abstrato; ela gera consequências concretas e danosas para o sistema.

O principal efeito negativo consiste no desequilíbrio da administração dos recursos destinados à saúde. Instala-se um desequilíbrio orçamentário que fragiliza a política pública de saúde como um todo, comprometendo a execução de serviços essenciais de caráter coletivo. Tal tese é corroborada pelos dados do próprio Ministério

da Saúde: os gastos com medicamentos cuja dispensação decorreu de ordens judiciais passaram de R\$ 2,5 milhões em 2005 para aproximadamente R\$ 266 milhões em 2011 (Carvalho, 2020, p.128), revelando a dimensão crescente do problema.

Além disso, a redução de recursos disponíveis retroalimenta o fenômeno: a precarização de setores essenciais, causada pelo desvio de verbas para atender a demandas individuais, gera insatisfação social. Consequentemente, incentiva uma nova e crescente busca pelo Judiciário como via de acesso a medicamentos e procedimentos de alto custo não oferecidos pelo SUS, criando um ciclo vicioso que corrói progressivamente o sistema.

Em síntese, a judicialização é um instrumento legítimo para corrigir omissões estatais que violem o núcleo essencial do direito à saúde. Contudo, seu principal efeito negativo emerge quando as decisões judiciais ignoram o conceito delimitador da "área de proteção". Ao fazerem isso, os magistrados substituem o legítimo juízo de conveniência e oportunidade do gestor — a quem cabe decidir sobre os atos que estão fora dos limites da "área de proteção" — por uma vontade arbitrária, desprovida de fundamentação dogmática.

Esse arbítrio judicial gera profunda insegurança jurídica e orçamentária para o setor de saúde pública. A gestão torna-se imprevisível e os orçamentos, insustentáveis, o que fragiliza a prerrogativa do gestor de ponderar múltiplos interesses. Paradoxalmente, isso aprofunda as desigualdades, pois prioriza demandas individuais em detrimento da sustentabilidade de um sistema que deveria servir a todos.

Entretanto, essa disfuncionalidade não se restringiu à esfera estatal. A mesma lógica de efetivação absoluta do direito individual, consolidada em precedentes contra o SUS, serviu de base para a transposição desses deveres públicos para a saúde suplementar. Inaugurou-se, assim, uma dissonância regulatória: a natureza contratual e mutualista do setor privado passou a ser tensionada por obrigações de caráter público, absorvendo encargos que, em sua gênese, pertenciam ao Estado.

## **5 ASPECTOS DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR: COMO A INICIATIVA PRIVADA ABSORVEU OS DEVERES DO ESTADO**

Para compreender como as distorções da judicialização pública foram transferidas para a saúde suplementar, é fundamental analisar a gênese da Lei de Planos de Saúde (Lei nº 9.656/1998). Faz-se necessário entender sua *mens legis*, sua finalidade político-social e as premissas que nortearam sua criação.

Somente a partir dessa análise será possível estabelecer o nexo causal entre a crise financeira do SUS — amparada na tese da 'reserva do possível' — e o aumento da pressão sobre o setor privado. É nesse cenário que prospera uma 'judicialização predatória', que utiliza o mesmo *modus operandi* e os mesmos princípios (dignidade da pessoa humana e direito à vida) dos litígios públicos, valendo-se dos pressupostos sincréticos de uma iniciativa privada com finalidade pública criados pela legislação de 1998.

Tal observação nos permite, então, debater a real natureza da saúde suplementar, levantando as indagações primeiras que este módulo tende a desenvolver: seria a saúde suplementar um conjunto de empresas com ônus públicos e prerrogativas privadas? E, finalmente, o que deve prevalecer: o mutualismo contratual, tendo por corolário o direito à saúde coletiva, ou o direito à vida individual?

A princípio, a década de 1990 foi marcada por diversos debates aprofundados acerca dos direitos fundamentais, conforme já discutido anteriormente. Ocorre que, dois anos após a promulgação da Constituição de 1988, foi aprovada a Lei nº 8.080/1990, a qual instituiu o Sistema Único de Saúde (SUS), definido como um "conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público".

Para além da assistência médico-hospitalar prestada pelo SUS, a população também tinha acesso aos planos de saúde privados, que ainda não eram regulamentados por norma específica. Na década de 1990, suas funções eram supervisionadas pelo Ministério da Fazenda, por meio da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP).

Considerando o contexto de redemocratização do Brasil e o abandono das agendas nacional-desenvolvimentistas do governo militar, o país passou a despertar o interesse de investidores estrangeiros, que viam na economia brasileira um novo mercado capaz de oferecer vantagens competitivas com sua entrada.

Foi nesse panorama, surgiram as ideias que deram origem à futura Lei dos Planos de Saúde, cujo projeto tinha como princípios fundamentais: evitar o aumento excessivo dos preços, regulamentar as contribuições das empresas médicas, remover os entraves para a atuação de empresas estrangeiras no mercado brasileiro e proibir a comercialização de planos com cobertura restrita, oferecidos a preços baixos por pequenas operadoras (Ruettimann, 2019, p.3).

Foi nesse panorama que surgiram as ideias que deram origem à futura Lei dos Planos de Saúde. O projeto baseava-se em princípios fundamentais, como evitar o aumento excessivo dos preços, regulamentar a atuação das empresas médicas, remover entraves para a entrada de capital estrangeiro no mercado brasileiro e proibir a comercialização de planos com cobertura restrita, frequentemente oferecidos a baixo custo por pequenas operadoras.

Contudo, a implementação de regras eficazes para o sistema privado de saúde enfrentou diversos obstáculos, dada a complexidade do setor. Conforme aponta Ligia Bahia, essa dificuldade é, quase sempre, atribuída à resistência das próprias operadoras. Embora houvesse um consenso teórico sobre a necessidade da regulamentação, as divergências práticas entre as empresas e a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) se transformaram em acirradas disputas judiciais, que persistem até hoje.

Diante do impasse político, a regulamentação que avançou no âmbito governamental adquiriu um viés mais institucional do que propriamente técnico. Como resultado, os desafios para transformar a regulação em um processo que melhore as condições de saúde passaram a implicar, necessariamente, a ampliação do debate sobre as relações entre o público e o privado.

O mercado de saúde suplementar entrou, assim, em um "estágio sincrético" com a lógica da gestão de bens públicos. De um lado, a lógica pura de um bem público, personificada no SUS, cuja missão constitucional é garantir a saúde como um direito universal e um dever do Estado, sem visar o lucro. Do outro, a lógica de um bem privado, onde a relação é estritamente contratual, a finalidade é a rentabilidade e a seleção de risco é uma premissa para a sustentabilidade do negócio.

Essa fusão não foi acidental, mas uma consequência direta das demandas políticas e sociais da época. A incapacidade do Estado em atender a toda a população com a agilidade desejada, somada à crescente pressão da sociedade e do Judiciário, levou o setor privado a assumir uma função subsidiária, ajudando o Estado a cumprir um dever que, a princípio, não era seu.

Na prática, essa lógica híbrida se materializa em obrigações que confrontam diretamente a natureza de um negócio. As operadoras, embora visem o lucro, foram compelidas por lei a seguir preceitos de gestão pública: foram proibidas de selecionar risco que seriam expostas; foram submetidas a um Rol de Procedimentos

obrigatórios que limita a autonomia sobre seu próprio "produto"; e tiveram sua liberdade de precificação controlada por meio da regulação dos reajustes.

Contudo, essa dissonância criou um sistema disfuncional e paradoxal. As operadoras se viram forçadas a operar com a lógica financeira de uma empresa — calculando riscos, buscando lucro e baseando-se no mutualismo (a partilha de riscos previsíveis entre todos os membros) —, enquanto passaram a ser cobradas pelo Judiciário como se fossem o próprio Estado, com o dever de garantir a vida a qualquer custo.

As consequências dessa fusão foram severas, e a principal vítima foi o pilar do mutualismo. Quando uma decisão judicial força a cobertura de um tratamento caíssimo e imprevisível para um único indivíduo, o custo não calculado é distribuído entre todos os outros beneficiários na forma de reajustes.

Assim, o direito à vida de uma pessoa se choca diretamente com o direito à saúde coletiva dos demais, que pagam a conta e veem a sustentabilidade do sistema ser corroída. Somado a isso, a constante incorporação de tecnologias, que na saúde tendem a aumentar os custos, gera uma espiral inflacionária que penaliza o consumidor final.

Em síntese, o setor privado foi compelido a absorver as responsabilidades e as falhas do setor público. A crescente judicialização na saúde suplementar não é, portanto, um fenômeno isolado, mas sim a metástase de um problema que nasceu na esfera estatal e encontrou no ambiente regulatório confuso do setor privado o terreno fértil para se expandir, criando um sistema juridicamente instável e economicamente inflacionado.

Essa confusão de papéis se reflete na legislação atual. Embora sua finalidade inicial fosse a defesa do consumidor frente ao poder de mercado das operadoras, sua aplicação prática ultrapassou a mera análise da vulnerabilidade contratual. A lei passou a adicionar à equação das relações privadas os deveres sociais fundamentais do Estado, como o direito à vida e à dignidade humana.

Com isso, inverteu a dinâmica que a norma pretendia coibir: a análise, que deveria se ater à desproporção e à boa-fé contratual, passou a ser feita sob o viés de uma relação de direito público, desconsiderando as leis e a dinâmica próprias do mercado.

Nesse mesmo sentido, Lígia Bahia (2001, p. 339) adverte que a legislação vigente não reconhece a base social do financiamento da assistência médica suplementar, tampouco o mosaico público-privado que compõe a estrutura do setor de saúde no Brasil.

Em razão disso, o Estado mostra-se incapaz de redirecionar os recursos vinculados ao mercado de planos de saúde. A autora conclui, ainda, que o reordenamento da produção segundo a lógica de gestão de bens públicos não pode estar dissociado das políticas de provimento e distribuição dos serviços públicos.

Denota-se, portanto, que, até então, inexistia no Brasil qualquer tipo de controle de preço, barreira de entrada ou cobertura mínima, visto que o rol de procedimentos da Agência Nacional de Saúde Suplementar somente foi estipulado com a Lei nº 9.656/1998 (Nóbrega, 2015, p.9).

Ou seja, a discussão judicial entre os beneficiários e as empresas de saúde derivam, sobretudo, da abusividade das cláusulas contratuais e do reajuste das mensalidades, não havendo controvérsia quanto à cobertura, que era acordada no momento da contratação com bases objetivas.

Contudo, como bem observa João Daniel Ruettimann, “não surpreende, portanto, constatar nos especialistas de saúde pública citados uma peculiar ignorância das leis econômicas ou da importância da análise das consequências imprevistas” (2019, p.9).

Outrossim, Ruettimann identifica um exemplo claro dessa postura na visão de Januário Montone, primeiro presidente da ANS, que definiu o pilar filosófico da agência ao afirmar que o mercado de assistência à saúde é imperfeito e, por isso, não pode ser livre, mas necessariamente regulado — entendimento que deveria estar claro a todos os que desejassem investir nesse setor (ANS, 2000, p.34).

Assim, na perspectiva do ex-presidente, a intervenção governamental se mostra essencial para assegurar a prevalência do interesse social e promover o equilíbrio entre os agentes de mercado. Tal posicionamento corrobora a tese de Ruettimann ao expor uma visão que trata a regulação não como uma entre várias ferramentas falíveis, mas como a solução necessária e inherentemente capaz de promover o interesse social no mercado de saúde.

Nesse prisma, o setor da saúde, por sua natureza, não poderia ser considerado livre como qualquer outro ramo de empreendimento. Para as concepções predominantes à época, a saúde não seria um bem em sua total acepção econômica,

uma vez que a Constituição a reconhece como um direito. Tal premissa, contudo, deixa de considerar a área de atuação desse direito e trata sua aplicação como irresistida.

Assim, permitir que o mercado se autorregulasse equivaleria, segundo essa visão, a conceder aval para falhas e distorções, presumindo uma natureza intrinsecamente má na própria atividade empresarial. Essa perspectiva se confirma nas palavras do então presidente da ANS, para quem o mercado seria imperfeito, não podendo ser livre, e todos que nele investissem deveriam estar cientes dessa limitação.

Em verdade, trata-se de um manifesto de caráter marcadamente estatista, que desconsidera décadas de desenvolvimento das ciências econômicas e demonstra certa apatia em relação à lógica de funcionamento do próprio mercado. O mercado não é um sujeito dotado de vontade própria, mas um conglomerado de informações de valor e preço; não há como presumir nele uma falha intrínseca, pois se trata de um conceito informacional.

As distorções decorrem, na realidade, das ações daqueles que nele atuam — sejam empreendedores, consumidores ou, em grande medida, o próprio Estado — ao intervir de forma regulatória e restritiva, direcionando o curso informacional segundo interesses político-partidários e, paradoxalmente, provocando as mesmas falhas de mercado que se pretendia evitar.

Imerso nesta dissonância entre deveres públicos e privados, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) foi criada por meio da Lei nº 9.961/2000, como uma autarquia vinculada ao Ministério da Saúde com atuação sobre todo o território nacional com a finalidade institucional de promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País.

Isto posto, a nova regulamentação submeteu planos e operadoras de planos de saúde à fiscalização da ANS para a prestação de determinados serviços ao cliente, tais como custeio de despesas, oferecimento de rede credenciada ou referenciada, reembolso de despesas, dentre outras obrigações.

Ademais, a Lei de Planos de Saúde previu o Rol Procedimentos e Eventos em Saúde que consiste em uma lista de procedimentos e exames e tratamentos com

cobertura obrigatória por qualquer plano de saúde em território nacional, sendo uma verdadeira barreira de entrada de pequenas empresas.

Perpassada a gênese da saúde suplementar e seus fundamentos de criação, cabe-nos compreender o desenvolvimento da judicialização no setor privado. Conforme mencionado anteriormente, a judicialização da saúde, nos moldes atuais, teve início por meio de ações judiciais contra o Sistema Único de Saúde (SUS), motivadas principalmente pelas demandas decorrentes do avanço da epidemia de HIV no Brasil. Com o êxito dessas ações, consolidou-se um princípio e criou-se um precedente que passou a autorizar pessoas com outras enfermidades a buscar acesso a tratamentos por meio do sistema judicial.

É imprescindível notar a disparidade de escala entre os setores. Enquanto o SUS atua como garantidor universal, sendo a única porta de entrada para a maioria dos brasileiros, a saúde suplementar cobre uma fatia restrita do mercado. Segundo dados governamentais divulgados pela Agência Brasil (2025), 76% da população depende diretamente do atendimento gratuito, o que corresponde a um universo de dependentes diretos em um país com 213,4 milhões de habitantes. O mesmo levantamento aponta que o sistema público realiza cerca de 2,8 bilhões de atendimentos anuais, mobilizando 3,5 milhões de profissionais.

Em contrapartida, o setor privado possui uma abrangência significativamente inferior. Conforme informações da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) compiladas pela Fenacor (2025), apenas 24,8% da população brasileira conta com um plano privado, totalizando cerca de 52,8 milhões de usuários ao final de julho.

Entretanto, essa diferença de tamanho não se reflete proporcionalmente nos tribunais. O volume de processos na saúde suplementar é assustadoramente próximo ao do sistema público. Segundo o CNJ (2025), de um total de 869.271 ações de saúde, 518.811 referiam-se ao SUS, enquanto 365.286 atingiam o setor privado.

A análise *per capita* revela a gravidade dessa distorção. Enquanto o SUS apresenta uma taxa de litigiosidade de aproximadamente 0,24% (considerando a população total de 213,4 milhões), o setor privado atinge o índice de 0,69% (considerando os 52,8 milhões de beneficiários). Em termos práticos, isso significa que o setor privado é quase três vezes (2,8x) mais litigioso que o público, concentrando quase 42% de todo o contencioso de saúde do país, mesmo atendendo a uma parcela minoritária da população.

Durante a VII Jornada de Direito da Saúde, o Ministro Luís Roberto Barroso observou que a judicialização não representa uma forma convencional de resolver conflitos. Segundo ele, quando há judicialização, é sinal de que instâncias anteriores — como a administrativa ou a contenciosa — não estão funcionando adequadamente. Nas palavras do Ministro: “Vivemos uma epidemia de litigiosidade da saúde.” (CNJ, 2025).

De acordo com o Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde (CNJ, 2025), apenas em 2024, foram ajuizados 663.864 novos processos, representando um crescimento de 16,8% em relação a 2023. Nos dois primeiros meses de 2025, verificou-se um incremento de 18,7% nas novas demandas relacionadas à saúde suplementar, em comparação ao mesmo período do ano anterior.

A principal fonte de onde emana o debate sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, o direito à vida e seu corolário implícito — o direito à saúde — decorre do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, que estabelece os tipos de atendimentos (entre procedimentos, tratamentos, produtos e exames) que os planos de saúde são obrigados a oferecer aos seus beneficiários.

Todavia, desde sua criação, observa-se a contínua ampliação do escopo de cobertura da saúde suplementar. Isso ocorre porque, no campo médico, o avanço tecnológico não implica, necessariamente, a redução do custo marginal de produção.

Ao contrário, embora tais inovações ampliem a capacidade de atendimento, viabilizem o tratamento de enfermidades antes incuráveis, reduzam efeitos colaterais e fomentem terapias de caráter preventivo, o resultado prático é a elevação do custo global do setor. Em conjunto, esses fatores acabam por inflacionar o rol de procedimentos e, consequentemente, aumentar as despesas operacionais das empresas.

Em outras palavras, no âmbito da saúde, não se pode aplicar a mesma lógica econômica observada em setores como a agricultura — em que o uso de tratadores reduz o custo marginal de produção — ou em atividades administrativas, nas quais a inteligência artificial aumenta a produtividade, permitindo a realização de mais atividades em menor tempo.

João Daniel Ruettimann (2019, p. 8) descreve de forma exemplar essa dinâmica, apoiando-se em diversos estudos do setor — como os de Barbash e Glied (2010) e Goyen e Debatin (2008) — que apontam possíveis causas para o efeito inflacionário decorrente do desenvolvimento tecnológico no mercado da saúde.

Nessa perspectiva, os estudos apontam que o avanço tecnológico impulsiona o aumento dos custos por diversas vias. O primeiro aspecto reside na própria natureza dos novos tratamentos: tendem a ser mais complexos e onerosos que os anteriores, ainda que mais eficazes. O segundo ponto é a ampliação do acesso, visto que essas novas terapias permitem que um contingente maior de pacientes seja tratado, elevando, consequentemente, os gastos globais.

Ademais, as inovações tecnológicas possibilitam combater enfermidades que antes não possuíam cura, bem como manejar efeitos secundários de doenças já conhecidas, criando uma demanda por recursos até então inexistente. Outro fator relevante é o paradoxo dos tratamentos preventivos: embora ampliem a longevidade, eles também prolongam o tempo de exposição do indivíduo aos serviços médicos e às doenças crônicas, aumentando o custo total ao longo da vida.

Por fim, Ruettimann destaca a 'rotinização' da alta complexidade: avanços clínicos que antes ultrapassavam as fronteiras da prática médica convencional passam a ser incorporados à rotina hospitalar, contribuindo decisivamente para a escalada dos preços no setor.

Ante exposto, denota-se que a natureza do rol constitui, em grande medida, o principal fator de inflação dos valores dos planos de saúde no Brasil, uma vez que os custos adicionais são repassados ao consumidor final. O modelo empresarial, por sua natureza, visa manter ou maximizar lucros, pois a redução de rentabilidade implica encolhimento da atividade, o que não é uma opção economicamente viável.

Caso o lucro na área da saúde suplementar se torne inferior ao de outros setores, o capital tende a ser realocado para áreas mais lucrativas — uma clara lei de mercado que não pode ser ignorada pelo legislador.

Ademais, em razão da assimetria de informações característica do setor de saúde suplementar, a elaboração e atualização do rol de procedimentos estão sujeitas a pressões de grupos de interesse, que buscam a inclusão de determinados tratamentos na lista.

Ressalte-se, entretanto, que a ausência de determinado tratamento no rol da ANS não impede, por si só, sua cobertura pelos planos de saúde. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 7265, proposta pela União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde (Unidas), analisou as alterações introduzidas pela Lei nº 14.454/2022 à Lei dos Planos de Saúde (STF, 2025). De acordo com a referida norma, os planos de saúde são obrigados a

custear tratamentos não incluídos no rol da ANS, desde que observados determinados critérios.

Seguindo essa diretriz, o STF reconheceu que as operadoras devem fornecer tratamentos registrados pela Anvisa, ainda que não constem do rol, desde que atendidos os cinco critérios técnicos estabelecidos pelo Tribunal: a) o tratamento deve ser prescrito pelo médico ou odontólogo responsável; b) não pode ter sido expressamente negado pela ANS nem estar pendente de análise para inclusão no rol; c) não deve existir alternativa terapêutica adequada já prevista no rol da ANS; d) deve haver comprovação científica de eficácia e segurança; e e) o tratamento deve possuir registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa).

O relator Luís Roberto Barroso destacou que tais critérios foram inspirados nas teses de repercussão geral fixadas nos Temas 6 e 1.234, que tratam do fornecimento judicial de medicamentos pelo SUS. As adaptações buscaram garantir coerência entre os sistemas público e privado de saúde (STF, 2025).

As palavras do relator demonstram de forma clara a transferência de deveres estatais para a iniciativa privada, inaugurando um profundo paradoxo no setor: as operadoras foram compelidas a operar com a lógica financeira de empresas privadas — baseada no mutualismo, no cálculo de risco e na previsibilidade contratual —, ao mesmo tempo em que passaram a ser judicialmente cobradas como se Estado fossem.

Contudo, o Judiciário, ao aplicar “viés de relações públicas” aos planos de saúde, passa a ignorar sistematicamente essa distinção. Quando um magistrado determina que uma operadora custeie um tratamento de altíssimo custo não previsto no Rol ou no contrato, ele efetivamente anula a “área de proteção” contratual e a substitui pela “área de regulamentação” genérica do direito à vida.

Assim sendo, o juiz não fiscaliza mais o cumprimento do contrato, ele passa a intervir na relação como um contra peso ao lado do consumidor, impondo obrigações de natureza pública para a qual a operadora não possui nem a legitimidade de gestora pública nem o financiamento via impostos.

As consequências econômicas dessa dissonância do público e privado são devastadoras para o pilar que sustenta o sistema privado: o mutualismo. A lógica mutualista depende da partilha de riscos previsíveis entre uma coletividade. Ao forçar a cobertura de eventos imprevisíveis e de custo ilimitado, a decisão judicial individual

impõe um ônus financeiro não calculado a todos os outros membros daquele plano de saúde, que pagarão por ele através do reajuste de suas mensalidades.

Instala-se, assim, a colisão de interesses mencionada anteriormente: o direito à vida de um indivíduo, tutelado de forma absoluta pelo Judiciário, se sobrepõe ao direito à saúde coletiva dos demais beneficiários, que veem a sustentabilidade financeira de seu plano ser corroída para atender a uma demanda externa ao pacto original.

Em síntese, o ciclo disfuncional se completa. O resultado é um setor juridicamente instável e economicamente inflacionado, onde as operadoras são penalizadas por não cumprirem um papel do Estado que nunca lhes foi formalmente delegado, mas que lhes é continuamente imposto. A judicialização na saúde suplementar não é, portanto, um fenômeno novo, mas a metástase de um problema originado na esfera pública, que encontrou na confusa regulação do setor privado um terreno fértil para prosperar.

Contudo, essa dissonância regulatória não é um mero acidente, mas o resultado direto das premissas filosóficas que fundamentaram a criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). A lógica intervencionista, pautada na tese de um mercado "imperfeito" que necessita de correção estatal, é a verdadeira matriz das distorções. É esse paradigma que, ao impor controles de preço e de produto (Rol), paradoxalmente destrói o sistema de preços e fomenta as falhas que pretendia evitar, gerando a escassez de produtos, a concentração de mercado e, em última instância, o próprio conflito judicial.

## **6 ESCASSEZ, CONCENTRAÇÃO E CONFLITO: UMA ANÁLISE CRÍTICA DO PARADIGMA REGULATÓRIO DA ANS**

A análise crítica dos efeitos regulatórios no setor privado exige um retorno às premissas fundadoras da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). Como mencionado, a regulação imposta pela Lei dos Planos de Saúde nasceu com o objetivo declarado de mitigar as imperfeições econômicas do sistema.

Essa intenção foi reforçada pelo primeiro presidente da Agência, Januário Montone, ao afirmar que “o principal pressuposto é que o mercado de assistência à saúde é imperfeito e, como tal, não pode ser um mercado livre: é um mercado regulado, e isso deve estar absolutamente claro a todos que se dispuserem a investir nele”

(Montone, 2001, p.34). Ademais, o então presidente complementou o raciocínio descrevendo a interferência governamental como o único meio para garantir a prevalência do interesse social e a busca pelo equilíbrio entre as operadoras e os consumidores.

Tais afirmações não constituem mera opinião pessoal do então gestor, mas revelam a diretriz estruturante que norteia a Agência Reguladora. Todo o seu desenho institucional foi concebido com a função precípua de assegurar a supremacia do 'interesse social', afastando-se, portanto, do ideal de um árbitro imparcial com representação paritária.

A natureza política é exacerbada pelo modelo de provimento de sua Diretoria Colegiada — cujos cargos são de livre indicação do Presidente da República — , o que expõe o processo decisório e a produção normativa da agência a constantes ingerências externas.

Essa estrutura e propósito enquadram a atuação da ANS em uma política econômica regulatória de bem-estar social. Esta visão parte da tese de que o Estado é o único ente com legitimidade moral para intervir na economia, pois, diferentemente dos agentes de mercado, sua finalidade declarada é a priorização do bem-estar coletivo, e não a busca pelo lucro.

Ainda que se admita, para fins de argumento, a premissa de que o Estado, como instituição, não visa ao lucro próprio em sua atuação, não se pode considerá-lo um agente imparcial. Sua natureza intrinsecamente política impede tal neutralidade, visto que suas intenções são fundamentadas por decisões político-eleitorais cujo objetivo primário é a manutenção e a expansão do poder.

Para além, quando o Estado atua regulamentando, embora a instituição em si não vise ao lucro, os agentes que se utilizam de seus mecanismos podem direcionar suas ações para obter lucros próprios. Um exemplo prático disso é a pressão exercida por grupos de interesse para incluir ou excluir tratamentos do Rol de Procedimentos da ANS, uma ação que impacta diretamente a rentabilidade de empresas farmacêuticas, fabricantes de equipamentos e prestadores de serviços (Nóbrega, 2015, p.14).

Dante do exposto, torna-se necessário aprofundar a análise sobre a natureza do interventionismo estatal, cujo intuito declarado é corrigir as falhas de um mercado considerado intrinsecamente imperfeito. Essa lógica pressupõe que a intervenção governamental, por meio de ordens e proibições, pode direcionar a economia para resultados socialmente mais desejáveis do que aqueles produzidos pela livre interação dos agentes do mercado.

Segundo Mises (2010, p.122), o estatismo é a doutrina da onipotência do estado que, na prática, se reflete na política de governo para dominar todos os assuntos, através de ordens e proibições.

No entanto, a teoria econômica demonstra que tais ações, ao interferirem no sistema de preços, afetam profundamente as informações de mercado (a cataláxia), desencadeando um processo que, paradoxalmente, ocasiona as mesmas falhas que a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) busca prevenir.

A saber, o termo cataláxia (*catalaxy*) é utilizado pelo ganhador do Prêmio Nobel de Economia Friedrich Hayek (1985, p. 408) para designar a “ordem ocasionada pelo mútuo ajustamento de muitas economias individuais em um mercado”. A cataláxia representa, portanto, uma ordem espontânea gerada pelas interações de agentes econômicos no ambiente de mercado, guiadas pelas “normas jurídicas de propriedade, responsabilidade civil e contrato.”

Em uma economia de mercado (denominada *cataláxia*), o conhecimento relevante para a tomada de decisões — preferências dos consumidores, escassez de recursos, tecnologias disponíveis, etc. — encontra-se disperso, tácito e fragmentado entre milhões de indivíduos. Nenhum agente central, por mais bem-intencionado ou tecnicamente equipado que seja, conseguiria agregar e processar essa imensidão de dados.

A impossibilidade de utilizar esses agregados informacionais de forma centralizada é o que Hayek e Mises descreveram como o “problema do cálculo econômico”, sendo este o argumento fundamental para a refutação de economias planificadas, como o socialismo. A tentativa de substituir o processo de mercado por um planejamento central ignora a complexidade e a dispersão do conhecimento.

Como exemplificação histórica, pode-se mencionar os modelos de economias planificadas, como o da União Soviética, em que o mecanismo adotado para solucionar o problema do cálculo econômico consistia na criação de um órgão central encarregado das decisões de produção. Esse órgão, o extinto Gosplan, era responsável por determinar a quantidade de produtos a serem colocados no mercado, tentando prever a possível demanda dos consumidores. Cabia ao Gosplan definir, por exemplo, quantos carros deveriam ser produzidos, em quais fábricas e para quais consumidores seriam destinados (Nóbrega, 2015, p. 16).

Apesar do avanço dos recursos computacionais, é impossível prever com exatidão a dinâmica de oferta e demanda diante da enorme diversidade de bens, consumidores e produtores — algo que o mercado realiza de forma espontânea por meio da cataláxia. Planejar centralmente todos os aspectos de uma economia ao longo do tempo mostra-se inviável, uma vez que a economia não é uma ciência exata, como alguns economistas tendem a supor. Os chamados “dados exatos” são, na realidade, reflexos de decisões subjetivas de consumidores e produtores, influenciadas por estímulos externos (ambientais) e internos (intelectivos).

Não se trata aqui de negar a capacidade de um governo central em controlar determinados indicadores econômicos, mas de reconhecer que é impossível controlar simultaneamente a multiplicidade de variáveis de mercado sem comprometer o equilíbrio entre elas. Essa limitação, conforme destaca Nóbrega (2015, p. 16), foi um dos principais fatores que levaram ao colapso das economias planificadas (socialistas).

Em resumo, esse modelo de planejamento estatal assume a tarefa de ditar a produção e prever (ou impor) a demanda. Contudo, tal sistema gera informações deturpadas, pois um planejador central é incapaz de antecipar a infinita variedade de preferências subjetivas dos consumidores.

A raiz dessa incapacidade reside na própria natureza da Economia, que não é uma ciência exata. Seu objeto de estudo são as ações e escolhas individuais que, embora se manifestem em agregados macro e microeconômicos, permanecem fundamentalmente subjetivas. Portanto, a tentativa de prever as múltiplas decisões de consumidores intermediários e finais revela-se uma tarefa impraticável, inerentemente fadada ao fracasso.

Ante o exposto, o sistema de preços em uma economia cumpre a função de equilíbrio informacional entre oferta e demanda. Conforme defendido por teóricos como Hayek e Mises, os preços atuam como "símbolos" que comunicam as informações essenciais para os agentes envolvidos, especialmente os empreendedores.

Contudo, antes de dar continuidade, é fundamental desmistificar a natureza do lucro, frequentemente associado a uma suposta exploração por parte de oligopólios e monopólios que se utilizariam de seu domínio para impor ofertas artificiais de mercado. Na visão da Escola Austríaca de Economia, o lucro não é uma expropriação, mas o resultado da correção de desequilíbrios informacionais, que se manifesta em

três funções, conforme descrito por João Daniel Ruettimann (2019, p.18) ao analisar as obras de Mises e Hayek.

Primeiramente, em sua função *ex ante*, os preços de mercado existentes fornecem a base para o cálculo econômico. É a partir deles que os empreendedores conseguem planejar suas ações e avaliar a viabilidade de diferentes cursos de ação antes de tomar uma decisão.

Uma vez que os planos são executados, os preços assumem sua função *ex post*, servindo como um mecanismo de validação. Os novos valores de mercado revelam o sucesso ou o fracasso da iniciativa, que se manifesta em lucro ou prejuízo. O lucro atua como um sinal de que os recursos foram bem alocados, atendendo às necessidades mais urgentes dos consumidores, enquanto o prejuízo indica uma má alocação.

Finalmente, é da interação entre esses dois momentos que emerge a função de descoberta. A discrepância entre os preços esperados (*ex ante*) e os realizados (*ex post*) revela oportunidades de arbitragem e inovação. Isso estimula o estado de alerta do empreendedor para descobrir novas e melhores formas de satisfazer os consumidores, reiniciando assim o ciclo.

Conforme leciona Ludwig von Mises (2017), em uma sociedade de livre mercado não existem "lucros excessivos". O que se percebe como lucro é, na verdade, a recompensa pela descoberta de uma nova oportunidade de negócio — a diferença entre a projeção (*ex ante*) e o resultado (*ex post*). Esse lucro atua como um sinal, direcionando a visão dos empreendedores para o setor onde essa oportunidade surgiu.

Os agentes econômicos atraídos por essa possibilidade, novos concorrentes entram no mercado, o que resulta no aumento da oferta e da competição. Consequentemente, a margem de lucro diminui e o desequilíbrio informacional que gerou a descoberta é corrigido. Ao fim desse processo, os preços dos bens e serviços se ajustam, tornando-se mais compatíveis com seu valor real.

Com propriedade, Mises (2017) afirma que a mais notável demonstração da incapacidade de compreender o verdadeiro objetivo da produção, bem como a natureza e a função dos "lucros e prejuízos", manifesta-se na percepção da população em geral.

Para grande parte das pessoas, o lucro é visto apenas como um valor adicional aos custos de produção — um simples *markup* — cujo montante dependeria

exclusivamente do arbítrio do vendedor. É justamente este equívoco metodológico que Mises (2017) expõe ser o sustentáculo da crença por trás dos “programas estatais de controle de preços ou de especificações (delimitações) da margem de lucro.”

Portanto, o preço é o principal instrumento que permite a coordenação de planos entre inúmeros indivíduos, levando a uma ordem social complexa e adaptativa. O lucro, nesse contexto, não é uma exploração, mas o sinal de que o empreendedor foi bem-sucedido em identificar e corrigir desequilíbrios no mercado.

Os defensores do intervencionismo, partem da tese de que existem "lucros abusivos" no mercado. Um exemplo claro dessa visão é o posicionamento do ex-presidente da ANS, Januário Montone, que descreveu o mercado de saúde como "imperfeito" e, "como tal, não pode ser um mercado livre: é um mercado regulado".

Sob essa ótica, acredita-se que o mercado, deixado livre, subverte a natureza do lucro, levando os agentes a inflacionar artificialmente os preços, diminuir a oferta para gerar escassez, ou reduzir a qualidade dos bens e serviços para aumentar suas margens.

Contudo, tais ocasiões somente se tornam possíveis quando a competição de mercado é, na verdade, restrinida pela regulamentação. Como argumenta Murray Rothbard (1995, p.848), o fator monopolizado em muitos casos é o próprio "direito de entrar na indústria", um privilégio concedido pelo governo que efetivamente cria barreiras de entrada. Monopólios e oligopólios, portanto, não são um produto do livre mercado, mas de mercados estritamente regulamentados pelo Estado.

No setor de saúde suplementar brasileiro, essa barreira de entrada não se manifesta apenas por licenças, mas principalmente pelo que Mises classifica como "restrições de produção" e pelo "controle de produto". Ao estabelecer um "plano-referência" e um Rol de Procedimentos obrigatório, a ANS não corrige as falhas do mercado: ela as formata.

Segundo João Daniel Ruettimann (2019, p.32), a agência impede ao processo de descoberta, proibindo que empreendedores descubram e ofereçam produtos alternativos, talvez mais simples e baratos, que poderiam atender a outras faixas da população.

A consequência empírica dessa política de "controle de produto", combinada com o "controle de preços" (limite de reajuste) nos planos individuais, não foi a proteção do consumidor, mas a criação de uma distorção de mercado massiva. As

operadoras foram desestimuladas a oferecer os planos individuais, cuja rentabilidade foi comprometida pela regulação, gerando escassez artificial desse produto.

Como resultado, o número de operadoras no mercado diminuiu drasticamente, e os consumidores migraram compulsoriamente para os planos coletivos, que por sua vez, também passaram a sofrer intervenção.

Nesse cenário de monopólios e oligopólios legais, onde a competição é suprimida por barreiras regulatórias, o lucro de fato perde sua natureza basilar. De acordo com Mises, o lucro é a mensuração do sucesso informacional do empreendedor; é o sinal *ex post* que valida a descoberta (*ex ante*) de uma oportunidade de melhor servir aos consumidores.

Quando a competição é eliminada por barreiras governamentais, o ganho obtido deixa de ser um "lucro" no sentido cataláctico. Ele passa a ser o resultado de um privilégio legal, desvirtuando completamente a função econômica fundamental do sistema de lucros e perdas.

Diante do exposto, cabe-nos adentrar no que seria de fato o intervencionismo regulatório e suas reais implicações no mercado de saúde privada brasileira. O intervencionismo no sentido clássico é, segundo Ludwig von Mises, "é uma norma restritiva imposta por um órgão governamental, que força os donos dos meios de produção e empresários a empregarem estes meios de uma forma diferente da que empregariam" (2010, p.21). Em síntese, trata-se de uma realocação de recursos na economia pelo planejamento estatal.

Portanto, quando uma agência como a ANS impõe controles de preços (como tetos de reajuste para mensalidades) e restrições de produção (como a obrigatoriedade de um Rol de Procedimentos), ela impede que os preços reflitam a real situação de oferta e demanda.

O preço, que na *cataláxia* (ordem de mercado) funciona como um "símbolo" que comunica informações essenciais, deixa de ser um sinal fidedigno. Essa perturbação no mecanismo de mercado impossibilita o "cálculo econômico" e é o ponto de partida para consequências imprevistas e indesejadas.

Essa distorção é agravada pelo cenário de custos crescentes no setor. Historicamente, a Variação do Custo Médico Hospitalar (VCMH) supera em muito o reajuste anual estipulado pela ANS, criando um desequilíbrio estrutural.

**Gráfico 1:** Variação de Custos Médico-Hospitalares (VCMH) por data-base

**Fonte:** IESS Data (2025)

**Gráfico 2:** Limite de reajuste definidos pela ANS

**Fonte:** Agência Nacional de Saúde Suplementar (2025)

A análise comparativa dos últimos dois anos escancara a desconexão entre a realidade dos custos e a regulação de preços. No ciclo de 2023, enquanto a VCMH registrava alta de 12,7% (setembro), a ANS limitou o reajuste dos planos individuais a apenas 9,63% (teto válido entre maio de 2023 e abril de 2024).

A mesma assimetria repetiu-se no ciclo de 2024. Num contexto em que as despesas assistenciais cresceram 9,35%, a agência reguladora comprimiu ainda mais a receita, fixando o teto de reajuste em exígues 6,91% (válido até abril de 2025). Ou seja, em ambos os períodos, a autorização de repasse de preços ficou matematicamente abaixo da inflação setorial.

Como prevê a teoria econômica, a consequência imediata de impor um preço máximo (controle de reajustes) num cenário de custos crescentes é a escassez artificial do produto. Diante da impossibilidade de cobrir as variações de custo, a rentabilidade dos planos individuais entra em queda livre, tornando o produto economicamente inviável.

Conclui-se, portanto, que o hiato entre o índice oficial da ANS e a VCMH real gera um efeito perverso: o controle de preços, desenhado teoricamente para proteger o consumidor, acaba por causar involuntariamente a escassez da oferta. As operadoras, sufocadas financeiramente, deixam de comercializar novas carteiras individuais, extinguindo na prática o mercado que a agência deveria regular.

A consequência direta dessa escassez artificial é a severa restrição de opções para indivíduos e famílias, que viram o produto mais adequado às suas necessidades desaparecer das prateleiras. Esse encolhimento da carteira é um fenômeno estatisticamente comprovável. Dados de longo prazo demonstram uma retração estrutural: o número de beneficiários de planos individuais caiu de 9.391.547 (1º tri/2017) para 8.613.405 (2º tri/2025). A série histórica mais recente (2020-2024) ratifica essa tendência de queda, registrando uma redução de 9.042.030 para 8.711.572 vidas, evidenciando a desidratação contínua dessa modalidade:

**Tabela 1:** Padrão de contração dos beneficiários (2020-2024)

Espécie	2020	2021	2022	2023	2024
Individual	9.042.030	8.869.209	8.913.832	8.779.303	8.711.572
Empresarial	32.524.756	34.021.040	35.301.980	36.254.505	37.437.730
Por Adesão	6.325.386	6.358.862	6.305.114	6.234.447	5.889.954

**Fonte:** IESS Data (2025)

Em contrapartida, houve um crescimento maciço dos planos coletivos, para onde os consumidores sem alternativa de contratação individual migraram compulsoriamente. Uma análise comparativa de longo prazo (2007-2024) ilustra vividamente essa profunda reconfiguração do mercado:

**Tabela 2:** Padrão de contração dos beneficiários (2007-2024)

Espécies de Contração	2007	2024
Individual	9.045.262	8.711.572
Coletivo Empresarial	21.278.771	37.437.730
Coletivo Por Adesão	6.852.658	5.889.954

**Fonte:** IESS Data (2025)

Nesse intervalo, a modalidade individual, principal alvo dos controles, não apenas estagnou, como registrou uma leve queda de 3,69% no número de beneficiários, passando de 9.045.262 para 8.711.572. De forma semelhante, os planos coletivos por adesão também sofreram uma retração significativa de 14,05%, caindo de 6.852.658 para 5.889.954 vidas.

O contraste com os planos coletivos empresariais, que não possuem o mesmo nível de controle sobre os reajustes, é gritante. Esta foi a única modalidade a crescer, e de forma expressiva, saltando de 21.278.771 para 37.437.730 beneficiários — um aumento de 75,94%. Os números ilustram claramente a migração do mercado para a única via que oferecia maior liberdade de precificação, confirmando que a intervenção, em vez de proteger o consumidor, limitou suas escolhas e distorceu a estrutura do setor.

O deslocamento forçado do consumidor para os planos empresariais não foi a única consequência. O próprio marco regulatório inicial, especialmente com a Lei 9.656/98 e a criação da ANS, já continha elementos que favoreciam a concentração. A intenção, à época, incluía a remoção de obstáculos para grandes seguradoras internacionais e, crucialmente, a proibição da comercialização de planos com coberturas restritas a preços baixos, geralmente ofertados por pequenas empresas.

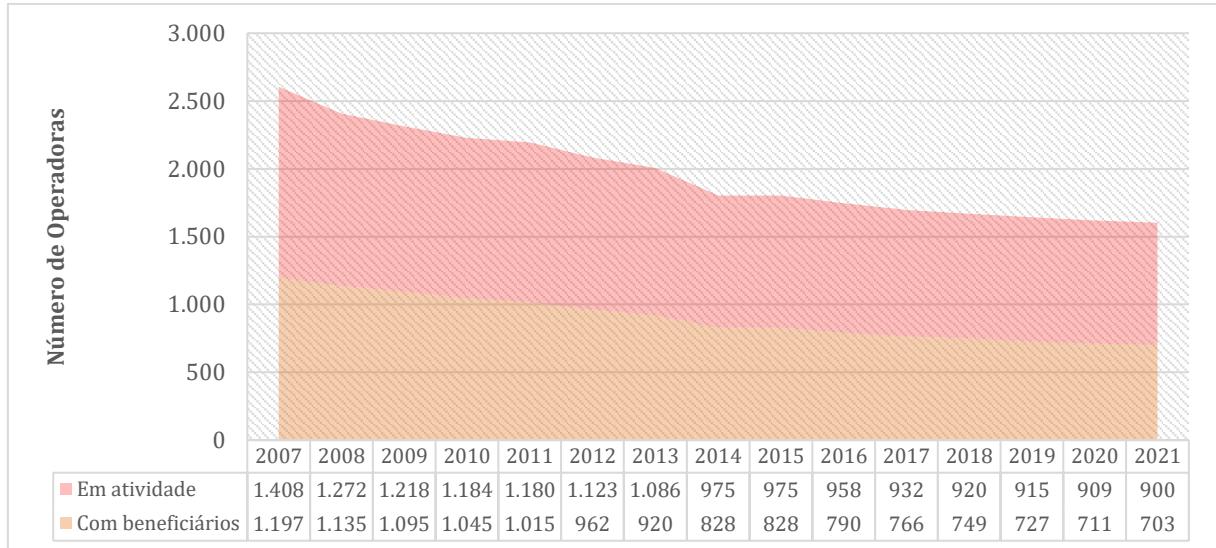
A instituição do "plano-referência" e do "Rol de Procedimentos" obrigatório tinha como objetivo estabelecer uma padronização mínima. No entanto, essa medida acabou funcionando como uma barreira regulatória significativa. Ao definir um produto mínimo complexo e caro, a regulação impediu que empreendedores — especialmente os de menor porte — criassem e ofertassem planos alternativos, mais simples e acessíveis.

Esses produtos poderiam atender melhor às populações de baixa renda ou viabilizar operações em regiões menos atrativas para as grandes operadoras. Assim, a regulação não apenas dificultou a entrada de novos concorrentes, mas também eliminou um importante nicho de mercado voltado à acessibilidade.

Como resultado, o mercado como um todo sofreu uma forte e inevitável consolidação, um reflexo direto das dificuldades e barreiras impostas pelo ambiente regulatório. Enquanto o número de beneficiários de planos de saúde cresceu consistentemente ao longo dos anos, passando de cerca de 37 milhões em 2007 para mais de 50 milhões em 2022/2023, o número total de operadoras em atividade no Brasil

despencou. Dados do IESS (Instituto de Estudos de Saúde Suplementar) são contundentes e mostram uma queda drástica de 1.197 operadoras com beneficiários em 2007 para apenas 703 em 2021, uma redução de mais de 41%.

**Gráfico 3:** Número de operadoras de planos de assistência médica-hospitalar



**Fonte:** IESS Data (2025)

Essa dinâmica — menos empresas atendendo a um número muito maior de consumidores — é a própria definição de concentração de mercado. Isso leva à formação de oligopólios e facilita a cartelização do setor, não como uma falha do mercado ou uma "tendência natural", mas como uma consequência direta e matemática da regulamentação. O capital e os consumidores foram, por força regulatória, afunilados e concentrados em um número cada vez menor de grandes empresas, que passaram a operar com menor pressão competitiva para inovar, melhorar a qualidade e otimizar os preços.

Dessa forma, a tentativa de “corrigir” o mercado, justificada pela ótica das chamadas “falhas de mercado”, acaba por gerar a sua própria desestruturação. As ações regulatórias que buscam evitar tais falhas frequentemente destroem o único mecanismo capaz de coordenar a produção de forma eficiente e de utilizar o conhecimento disperso na sociedade — o sistema de preços —, produzindo ineficiência, escassez e uma desorganização sistêmica ainda mais grave do que aquela que se pretendia inicialmente sanar.

É nesse terreno fértil de distorções que a judicialização em massa floresce — não como um desvio, mas como uma consequência previsível e sistêmica, um verdadeiro “efeito Hidra”, em que cada tentativa de controle gera novos problemas e litígios.

O núcleo do problema e a raiz sistêmica da judicialização residem na dissonância entre o público e o privado, decorrente da promessa constitucional abrangente de saúde universal (art. 196 da CF/88) e de sua difícil compatibilização com a realidade da escassez de recursos e as limitações orçamentárias tanto do Estado como das operadoras de planos saúde.

A Lei nº 9.656/1998, ao regulamentar a saúde suplementar, normatizou a transferência de deveres essencialmente públicos para o setor privado. Criou-se, assim, um modelo híbrido e instável, no qual operadoras privadas — cuja atuação se baseia na lógica mutualista, contratual e no cálculo de risco necessário à sua sustentabilidade — passaram a ser compelidas a operar sob a égide do “interesse público”, assumindo obrigações de custo potencialmente ilimitado e incompatíveis com sua natureza econômica.

Conclui-se, portanto, que a litigiosidade observada nesse sistema não decorre da natureza da atividade privada, mas do próprio intervencionismo estatal. As restrições impostas pela regulação intensificam e direcionam o fluxo da judicialização, transformando o Judiciário em arena de resolução de conflitos que nascem, em grande parte, da própria estrutura normativa.

Um primeiro fator crucial dessa crise é a concentração econômica fomentada pela regulação. Ao impor barreiras de entrada — como exigências financeiras elevadas, a complexidade do “plano-referência” e a obrigatoriedade de um Rol de Procedimentos extenso —, a Lei nº 9.656/1998 e a atuação subsequente da ANS dificultaram a sobrevivência de operadoras menores, eliminando nichos voltados a produtos mais simples e acessíveis à população.

Como já mencionado, a diminuição da concorrência enfraquece o poder de barganha do consumidor, que passa a ter poucas alternativas e, muitas vezes, é obrigado a contratar planos que não escolheria em um mercado verdadeiramente competitivo. Não surpreende, portanto, que a percepção dos consumidores em relação às operadoras de saúde seja marcada por desconfiança e antipatia, enxergando-as como “inimigas necessárias” diante da falta de opções.

Surge, então, uma reflexão inevitável: seria natural que indivíduos fossem levados a celebrar negócios jurídicos com empresas nas quais não confiam e que, em muitos casos, desprezam? Ou tal fenômeno seria resultado direto da atuação do Estado regulador e das distorções que ele próprio cria?

A análise da realidade setorial aponta decisivamente para a segunda hipótese. O consumidor não se submete a essa lógica por livre preferência, mas por falta de alternativas gerada pelo próprio estrangulamento regulatório.

Como consequência, observa-se uma migração forçada dos consumidores para os planos coletivos. Esse movimento não ocorre porque os planos empresariais são necessariamente mais vantajosos para o indivíduo, mas porque se tornaram a única saída viável de acesso, dada a retração da oferta no varejo.

Essa dinâmica de mercado é explicada por fatores estruturais profundos. As operadoras passaram a enfrentar custos crescentes sem o compartilhamento de riscos estável típico dos planos empresariais. Paralelamente, o aumento dos prêmios reduziu a demanda em um mercado concentrado, enquanto as exigências regulatórias elevaram os custos de operação e restringiram a flexibilidade comercial. A proibição de subsegmentar coberturas nos novos contratos reforçou essa tendência, levando as operadoras a concentrar esforços nos planos coletivos, mais livres e rentáveis (Ocké-Reis, 2006, p.6).

A lógica econômica é implacável: nos planos individuais, a impossibilidade de aplicar reajustes condizentes com a realidade dos custos (devido ao teto da ANS fixado abaixo da VCMH) obriga as operadoras a elevar drasticamente o preço inicial de venda — ou simplesmente retirar o produto do mercado — para compensar as perdas futuras.

Diante de mensalidades iniciais proibitivas ou da inexistência de oferta no modelo individual, as famílias são empurradas para a contratação via CNPJ (os 'falsos coletivos'). Dados recentes da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), publicados em dezembro de 2025, confirmam que o consumidor aceita pagar reajustes muito superiores apenas para ter acesso ao serviço. O Painel de Reajustes revela que, nos contratos com menos de 30 vidas (nicho que abriga as famílias 'pejotizadas'), o reajuste médio disparou para 14,81% até agosto de 2025 — quase cinco pontos percentuais acima dos grandes contratos (9,95%).

Mesmo com essa inflação de 14,81% — muito superior ao teto do individual, que foi de 6,91% em 2024 —, o segmento de pequenos contratos continua crescendo. A prova dessa falta de alternativa é que a participação de contratos com até 5 vidas saltou de 4,7% em 2014 para 15,0% em agosto de 2025. Isso demonstra que o brasileiro não tem escolha: para fugir dos preços iniciais impagáveis ou da escassez do plano individual, ele se submete à lógica do plano coletivo, absorvendo

reajustes mais agressivos como condição *sine qua non* para manter sua assistência médica.

Coroando esse cenário, o Rol de Procedimentos da ANS consolidou-se como o epicentro da litigiosidade. Ao definir centralizadamente um “produto mínimo” obrigatório, a ANS impôs uma padronização que engessa a oferta e gera atritos constantes diante da rápida evolução médica e das necessidades individuais dos pacientes. As negativas de cobertura por ausência de procedimentos no Rol tornaram-se a principal causa das ações judiciais no setor.

Nesses casos, o Judiciário é chamado a ponderar entre a norma administrativa da ANS e o direito fundamental à saúde invocado pelo beneficiário. Mesmo as tentativas legislativas e jurisprudenciais de flexibilização — como a Lei nº 14.454/2022 e a ADI 7265 — não solucionaram o problema estrutural do controle centralizado, apenas deslocando o foco do litígio para a interpretação de critérios técnicos e perpetuando a insegurança jurídica.

O Rol, portanto, configura uma “faca de dois gumes” para as grandes operadoras de saúde. De um lado, representa uma fonte constante de insegurança jurídica, exigindo estruturas administrativas e atuariais complexas para monitorar possíveis alterações e seus impactos nos custos. Mas nem sempre é possível mensurar com precisão o efeito de novas inclusões de terapias ou o aumento da sinistralidade, o que pode gerar prejuízos significativos às operadoras.

Entretanto, as grandes empresas do setor conseguem absorver tais impactos, seja pela previsão de riscos, pelas parcerias com a indústria farmacêutica e hospitalar, pela adoção de medidas de contenção de gastos — como a redução da remuneração de prestadores e profissionais — ou mesmo pela deterioração gradual da qualidade dos serviços.

Em síntese, as grandes operadoras possuem meios para mitigar os danos decorrentes da atuação regulatória e da judicialização, contando, inclusive, com departamentos jurídicos especializados na gestão de riscos.

Por outro lado, o Rol contribui para a redução da competitividade e a estatificação do mercado. O ingresso no setor exige capital elevado e conhecimento técnico especializado em gestão de riscos, o que inviabiliza a entrada de novos competidores.

A baixa rentabilidade do setor, somada à complexidade regulatória, faz com que apenas os *players* mais experientes consigam se manter e expandir, enquanto os

novos entrantes dificilmente sobrevivem tempo suficiente para aprender e adaptar-se ao mercado.

Desse modo, apenas os grandes conglomerados consolidados antes da implementação das regulações mais restritivas conseguiram permanecer, passando a dominar o setor. Pode-se argumentar que essa concentração, por vezes descrita como uma "cartelização legal", decorre diretamente do intervencionismo estatal, que, ao tentar corrigir falhas de mercado, acabou por concentrá-lo.

Para compreender como esses grandes *players* competem, Ocké-Reis (2006, p. 5) descreve o setor oligopolista da saúde como um mercado que se vale de economias de escala e diferenciação para assegurar, de forma estável, sua fatia de mercado. Trata-se de uma estratégia deliberada de elevar e sustentar altos níveis de investimento e gasto, de modo a justificar e preservar uma padrão mínimo das empresas que dificulte competitividade.

A eficácia dessa prática reside, sobretudo, na inibição da entrada de novos concorrentes, já que o mercado passa a exigir um padrão mínimo de qualidade nos serviços médico-hospitalares que poucos conseguem alcançar. Nesse contexto, a variação de preços não é totalmente descartada como instrumento competitivo, mas deixa de ser o principal meio de atração de consumidores.

Essa lógica parte da premissa de que uma competição excessiva baseada em preços poderia comprometer a estabilidade dos oligopólios, que dependem de certo grau de previsibilidade e padronização de mercado. Além disso, qualquer vantagem informacional ou descoberta empresarial capaz de alterar significativamente os preços poderia desestabilizar os grupos consolidados, ameaçando a segurança de sua liderança no setor.

Portanto, como sugere a análise de Ocké-Reis, o sucesso neste mercado não depende primariamente do custo dos planos (liderança em custos), mas sim da diferenciação do produto e da dominância sobre a área de atuação. Esse modelo, baseado em divisões regionais, é muito semelhante ao implementado por milícias e organizações criminosas no Brasil.

Nesse contexto, a competição entre os grandes *players* do setor ocorre principalmente em torno da liderança regional. Os oligopólios tendem a adotar uma lógica de diferenciação de mercado, mais do que uma disputa baseada em custos ou qualidade de serviços. Em especial, concentram-se na disputa pelas carteiras de planos coletivos de seus concorrentes dentro de suas respectivas áreas de atuação.

Assim, o *player* que domina determinada região por meio de sua carteira de clientes conquista o controle do mercado local, o que acaba por reduzir significativamente a concorrência (Ocké-Reis, 2006, p. 6).

A recuperação de uma região perdida exige grandes investimentos em expansão e fortalecimento da marca, razão pela qual apenas a perspectiva de manter essa fatia de mercado por longos anos motiva o engajamento dos grandes grupos.

Para a haver a retoma da região demanda grandes investimentos no processo de expansão da marca, apenas uma certeza que permanência por longos anos desta fatia de mercado engaja os grandes players. Sendo esse um dos principais motivos pelos quais os grandes competidores resistem à desregulamentação do mercado, já que tal medida afetaria a previsibilidade e geraria inseguranças em um modelo de negócio caracterizado pela hegemonia oligopolista, de longo prazo e sustentado por elevados investimentos de capital.

Ademais, a própria regulação é influenciada por essa estrutura de mercado. As decisões da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) são frequentemente suscetíveis a interferências políticas, visto que os cargos de direção são ocupados por indicação. Isso torna a agência vulnerável à influência de grupos econômicos e interesses setoriais. O processo de formulação do Rol de Procedimentos, por exemplo, mostra-se permeável à atuação desses grupos, que buscam por núcleos de pressão obter subsídios ou vantagens por parte do governo.

A judicialização emerge, portanto, como um sintoma inevitável de uma estrutura disfuncional, que transfere ao Poder Judiciário a tarefa de mediar contradições insolúveis criadas pelo próprio intervencionismo estatal — expressão inequívoca da crise profunda desse modelo.

Esse fomento ao litígio sistêmico se manifesta através de mecanismos específicos. Ao inviabilizar economicamente planos como os individuais através do controle de reajustes e ao padronizar compulsoriamente a oferta via Rol de Procedimentos, o intervencionismo elimina a flexibilidade contratual e a diversidade de produtos.

A impossibilidade de negociar coberturas segmentadas ou planos mais simples e acessíveis não apenas impede soluções de mercado capazes de prevenir conflitos, como também gera um efeito perverso de seleção adversa. Esse fenômeno, conforme explica Ruettimann (2019, p. 6), ocorre quando os beneficiários mais saudáveis deixam os planos de saúde em razão do aumento constante dos preços. Por

serem indivíduos com menor risco de adoecimento, não há motivação econômica para que permaneçam vinculados a esses planos, já que o custo não compensa o baixo risco de utilização.

Sob essa perspectiva, a decisão dos beneficiários mais saudáveis reflete também o princípio do custo de oportunidade, pois o valor despendido mensalmente com o plano poderia ser direcionado a outros fins considerados mais vantajosos — como investimentos, consumo imediato ou poupança preventiva. Assim, a permanência em um plano caro, diante da baixa probabilidade de uso, representa uma escolha economicamente ineficiente.

Por outro lado, os beneficiários que possuem problemas de saúde tendem a permanecer nos planos, uma vez que sua preferência temporal está voltada ao presente — suas enfermidades podem se manifestar a qualquer momento, tornando economicamente vantajoso manter a cobertura, mesmo diante do aumento das mensalidades.

Essa dinâmica distorce o equilíbrio atuarial dos planos, pois a saída dos usuários saudáveis — que ajudam a compensar os custos dos mais enfermos — eleva a sinistralidade e pressiona os preços para cima. Uma carteira equilibrada, composta majoritariamente por pessoas saudáveis, reduziria a sinistralidade e possibilitaria planos mais acessíveis e sustentáveis para todos.

Diante dos custos crescentes, inflados pela regulação e pela própria dinâmica do setor, os indivíduos mais saudáveis acabam sendo gradualmente expulsos do sistema ou desestimulados a aderir a ele, resultando em carteiras concentradas em beneficiários de maior risco e maior sinistralidade — a chamada “carteira podre”.

Segundo Ruettimann (2019, p. 7), essa situação decorre do tipo ideal atuarial da família média brasileira utilizado pelas seguradoras, no qual a saída dos beneficiários com melhor perfil de risco provoca uma queda na qualidade média da carteira de clientes e, consequentemente, um aumento dos prêmios, a fim de compensar a elevação da taxa de sinistralidade. Esse processo, conforme o autor observa, gera um ciclo de retroalimentação que reforça ainda mais o desequilíbrio do sistema.

Essa lógica acaba intensificando a escalada de preços, uma vez que a maior sinistralidade impõe novos reajustes, os quais, por sua vez, afastam ainda mais os segurados de baixo risco. O resultado é o comprometimento da sustentabilidade mutualista e o aumento da insatisfação dos consumidores, que frequentemente recorrem ao Judiciário para garantir o cumprimento da cobertura contratada.

Adicionalmente, a definição centralizada do Rol cria artificialmente o ponto focal da disputa judicial. A negativa de cobertura baseada na lista da ANS transforma a questão em um embate direto entre a norma administrativa e a invocação de direitos fundamentais, estruturando ativamente o litígio e compelindo o Judiciário a arbitrar essa tensão.

Outro mecanismo deletério é o reforço da percepção de um direito à cobertura ilimitada, dissociado da lógica contratual e dos custos reais. A regulação, ao transferir deveres estatais e controlar preços, mascara a natureza securitária dos planos, alimentando expectativas irrealistas que, quando frustradas, impulsionam a busca pela via judicial.

Por fim, o próprio paradigma regulatório de 'mercado imperfeito' legitima a intervenção judicial que subverte a relação contratual. Ao tratar as operadoras como meras executoras de um 'interesse público', a regulação abre espaço para que o Judiciário desconsidere limites atuariais, aplicando uma lógica de direito público a um sistema privado. A judicialização, nesse sentido, consolida-se como a extensão lógica da filosofia intervencionista, nutrida pelas distorções que ela mesma cria e pavimentando o caminho para uma verdadeira 'regulação substitutiva' via tribunais.

## **7 ANÁLISE ECONÔMICA DA LITIGIOSIDADE: ASSIMETRIA DE INFORMAÇÃO, OLIGOPÓLIOS E A FALHA DO MODELO REGULATÓRIO**

A partir das premissas estabelecidas nos tópicos anteriores, torna-se evidente que o intervencionismo estatal não apenas gera distorções de preços, mas também molda o comportamento do Poder Judiciário, incentivando-o a expandir a proteção do consumidor para além das fronteiras contratuais.

Contudo, para compreender a profundidade desse fenômeno, é necessário submetê-lo ao crivo da Análise Econômica do Direito. Surge, então, uma indagação central baseada no Teorema de Coase (1960): em um cenário hipotético de custos de transação nulos, a eficiência seria alcançada pela negociação livre. Mas, ao transportarmos a análise para a realidade — onde os custos de transação são altos —, seria possível que o mercado privado realize um cálculo estratégico de 'quebra eficiente'?

Ou seja, as operadoras estariam provisionando que, diante de uma negativa de cobertura, apenas uma minoria (três em cada dez consumidores, por exemplo) superaria os custos de transação para acionar o Judiciário, tornando o descumprimento contratual financeiramente vantajoso?

Ao nosso ver, tal atuação comportamental dos agentes de mercado é plenamente possível, uma vez que os instintos egoístas do homem o acompanham desde sua gênese, independentemente do ambiente em que esteja inserido.

Neste ponto, pode-se compreender que não é o mercado que torna um agente capaz de antecipar perdas e danos decorrentes de seu próprio ilícito; é a própria racionalidade humana que calcula, de antemão, o custo e o benefício de cada decisão, possibilitando comportamentos oportunistas. Desta forma, o mercado funciona como ferramenta: um instrumento neutro, que pode tanto legitimar ou viabilizar a prática ilícita quanto oferecer meios de defesa contra ela.

Concluir-se-á, portanto, que o dano é mensurável dentro do cálculo econômico dos agentes, o que evidencia que a litigiosidade pode existir independentemente de qualquer aparato intervencionista estatal. Aqui, porém, emerge uma aparente contradição em nosso trabalho: se ações oportunistas decorrem da própria natureza humana, como poderia o intervencionismo estatal ser causa do aumento da judicialização?

Para solucioná-lo, é necessária uma breve digressão, a fim de compreender que o problema dessa litigância se divide em diferentes vertentes analíticas.

Assim sendo, deve-se analisar a primeira vertente, sob a ótica da economia, considerando que a decisão do beneficiário de não recorrer ao Judiciário não deve ser vista como mera passividade, mas como um comportamento pautado na maximização racional (Correia, 2016, p. 172). Partindo da premissa de que os indivíduos calculam suas escolhas para obter os maiores benefícios aos menores custos, o consumidor pondera, portanto, os obstáculos do litígio frente ao resultado esperado.

Tal conduta é denominada racionalização do custo de transação. Trata-se do processo em que o sujeito, na condição de agente econômico, realiza um cálculo prospectivo para decidir se litigar vale a pena. Esse juízo pondera tanto os custos *ex ante* — aqueles anteriores à concretização do negócio ou litígio, como a busca por informações e a negociação — quanto os custos *ex post*, que surgem posteriormente, como a fiscalização do cumprimento do acordo ou a execução da sentença.

Segundo Pierre Schlag (1989, p.11), o custo de transação é um conceito volátil nas ciências econômicas, que pode ser definido tanto por um juízo teórico (abordagem definicional) quanto por uma abordagem *ad hoc*, como realizamos na definição acima.

Entretanto, ao retomar as origens do termo popularizado por Ronald H. Coase, observa-se que o conceito refere-se aos custos inerentes à utilização do mecanismo de preços. Segundo o autor (Coase, 1960, p.12), a efetivação de uma transação de mercado exige uma série de etapas onerosas: descobrir com quem se deseja transacionar, informar a essas pessoas a intenção e os termos da negociação, conduzir as tratativas até um acordo, redigir o contrato e, finalmente, empreender as diligências necessárias para assegurar o cumprimento das cláusulas pactuadas.

Depreende-se, portanto, que o custo de transação representa, de fato, a dificuldade intrínseca para que o negócio seja firmado e executado entre as partes. Em síntese, abrange todos os obstáculos que dificultam a operação no mercado. Contudo, é imperioso destacar que tal definição, considerada por vezes vaga ou excessivamente abrangente, é objeto de severa crítica por Pierre Schlag (1989, p.12), que rejeita a utilidade do conceito nesses moldes, apontando sua volatilidade e falta de rigor teórico.

Conclui-se, portanto, que a apatia dos consumidores diante da má-fé dos planos de saúde deriva dos elevados custos de transação envolvidos no acesso à Justiça. Tais custos, conforme descreve Silveira (2018, p.117), não se restringem ao dispêndio financeiro imediato, mas configuram verdadeiras barreiras institucionais que impõem severos ônus ao consumidor, como a dilação temporal do processo, o desgaste emocional, a complexidade burocrática e a necessidade de contratação de especialistas (*experts*).

Conforme a análise institucional comparada, o processo judicial possui altos custos de participação, exigindo recursos e conhecimentos técnicos que dificultam o acesso do indivíduo comum (Silveira, 2018, p. 120). Além disso, há o risco inerente à litigância e a incerteza quanto ao resultado, fatores que pesam desproporcionalmente sobre o consumidor — um "litigante eventual" (*one-shotter*) — em comparação às operadoras de planos de saúde, que atuam como "litigantes habituais" (*repeat players*) e possuem maior capacidade de diluir esses riscos e planejar estratégias a longo prazo (Silveira, 2018, p. 50-57).

Diante desse cenário de desigualdade estrutural, a segunda vertente analítica propõe examinar o cenário inverso: quais seriam as consequências econômicas e institucionais se os custos de transação para acessar o Judiciário fossem drasticamente reduzidos?

Em um primeiro momento, tal redução promoveria a democratização do acesso à Justiça, removendo barreiras econômicas e burocráticas que hoje impedem o consumidor lesado de buscar a tutela de seus direitos. Contudo, sob a ótica da Economia, a alteração na estrutura de custos modifica o sistema de incentivos dos agentes, fomentando uma expansão da demanda que abrange tanto causas legítimas quanto demandas temerárias.

Nesse contexto, a distinção entre "judicialização boa" e "judicialização má" torna-se crucial. A judicialização "boa" é aquela que corrige falhas de mercado e repara externalidades negativas, ou seja, quando o Judiciário é acionado para reverter negativas de cobertura abusivas ou ilegais, garantindo a efetividade do contrato e do direito à saúde.

Já a judicialização "má" refere-se ao comportamento oportunista ou à litigância frívola, estimulada pelo baixo custo de entrada no sistema judicial. Se o custo para litigar for inferior ao benefício esperado (mesmo que incerto), o agente racional será incentivado a acionar o Judiciário em "aventuras jurídicas", buscando obter vantagens indevidas ou coberturas não contratadas, gerando custos sociais desnecessários.

O resultado prático desse barateamento indiscriminado seria o crescimento exponencial da litigiosidade global do sistema. As operadoras de planos de saúde, que atuam como "litigantes habituais" (*repeat players*), veriam seus custos operacionais pressionados não apenas pelo cumprimento de decisões judiciais fundamentadas, mas também pelo enorme dispêndio necessário para se defender de uma massa de processos infundados.

Simultaneamente, haveria o colapso do próprio Poder Judiciário, que já opera em níveis críticos de saturação. Conforme aponta Silveira (2018, p. 34), dados do Relatório Justiça em Números revelam uma taxa de congestionamento de 73,7%, indicando que, a cada 100 processos em tramitação, apenas 27 são julgados anualmente. Diante desse gargalo estrutural, a entrada massiva de novas demandas — fruto da liberação da chamada litigância reprimida — comprometeria definitivamente a celeridade e a qualidade da prestação jurisdicional, prejudicando, em última análise, aqueles que possuem demandas urgentes e legítimas de saúde.

Resta claro, dessa forma, que a redução dos custos de transação para o acesso ao Judiciário, com o intuito de facilitar a demanda dos consumidores, apenas alteraria a dinâmica da litigiosidade sem necessariamente aprimorá-la. Isso ocorre

porque a diminuição das barreiras de entrada beneficia indistintamente tanto os litigantes com pretensões legítimas quanto os oportunistas.

Ignorar essa realidade equivale a idealizar a conduta do consumidor, desconsiderando que, na condição de agente econômico racional, ele também pode agir de forma estratégica para maximizar seus ganhos. Portanto, o debate não deve se pautar em uma visão maniqueísta entre consumidores e empresas, mas sim na busca pela eficiência e segurança jurídica do mercado, visando um equilíbrio que assegure a sustentabilidade do sistema para ambas as partes.

A terceira vertente de nossa análise volta-se para a conexão entre a regulação e o litígio. Afinal, como as falhas de mercado decorrentes do intervencionismo provocam a judicialização sistêmica? A resposta repousa na supressão da soberania do consumidor.

Em um mercado funcional, o principal instrumento de defesa do indivíduo não é a tutela jurisdicional, mas o seu poder de consumo — a capacidade de alternar sua escolha. A simples ameaça de trocar de fornecedor afeta as informações do mercado (cataláxia), causando danos reputacionais e financeiros às empresas ineficientes ou que praticam atos imorais, ao mesmo tempo em que recompensa as concorrentes.

Contudo, conforme exaustivamente demonstrado no Capítulo 6, o modelo regulatório brasileiro inviabilizou o desenvolvimento de um mercado de saúde competitivo. Ao impor barreiras de entrada, como o Rol de Procedimentos obrigatório, e desequilibrar o cálculo econômico mediante o controle de preços dos planos individuais, o Estado fomentou uma drástica concentração de mercado.

Nesse contexto de oferta restrita e oligopolista, o consumidor perde seu principal poder de barganha: a opção de saída (*exit option*). Diante de uma negativa abusiva, o beneficiário encontra-se refém, muitas vezes obrigado a manter vínculos contratuais com empresas que desconfia ou considera 'inimigas necessárias', dada a escassez de alternativas viáveis.

Essa dinâmica confirma a premissa econômica de que o abuso de poder é fomentado pela impossibilidade de o consumidor migrar para a concorrência; como destaca Morriss (2001, p. 568) ao analisar a obra de Benson, "somente quando uma entidade pode impedir a saída é que ela pode abusar com segurança de suas vítimas".

Paradoxalmente, a intervenção estatal, sob o pretexto de proteger o hipossuficiente, enfraqueceu-o ao eliminar a concorrência que lhe daria essa rota de fuga. Com o poder de consumo neutralizado pela regulação, a insatisfação do usuário é

canalizada para a única via restante de contestação: o Poder Judiciário. A judicialização em massa consolida-se, portanto, como a consequência direta dessa erosão da liberdade de escolha. Ao suprimir o poder de barganha do mercado, o Estado forçou o consumidor a buscar o poder de barganha nos tribunais.

Os incentivos apenas mudaram a regra do jogo. A litigiosidade não foi eliminada; ela se expressa conforme os estímulos disponíveis. Antes da regulação concentradora, o principal vetor de disciplina do mercado era a mudança do consumo. Hoje, sem a concorrência real, o único vetor de mudança percebido pelo consumidor é a ação judicial, perpetuando o congestionamento do Judiciário, enquanto o problema central — a falta de competitividade — permanece intocado.

Desta forma, resta claro que a solução para a litigiosidade sistêmica não reside no aperfeiçoamento do intervencionismo judicial, mas na reativação dos mecanismos de barganha e execução inerentes ao próprio mercado, hoje neutralizados pela regulação estatal. Conforme analisado na seção anterior, a concorrência atua como o principal desses mecanismos ao devolver ao consumidor o efetivo poder de escolha.

No entanto, a intervenção da ANS sustenta-se teoricamente na premissa da "assimetria de informação", tese popularizada por Joseph Stiglitz, segundo a qual o consumidor, por hipossuficiência técnica, estaria vulnerável à exploração, demandando a tutela estatal (como o Rol obrigatório) para sua proteção. Contudo, como demonstra Richard M. Ebeling (2017), a própria dinâmica competitiva gera incentivos e oportunidades para solucionar esse problema de forma superior à regulação, precisamente porque a fraude ou a ocultação de informações se tornam economicamente desvantajosas.

O mercado, operando como um "procedimento de descoberta", desenvolveu salvaguardas endógenas para diferentes tipos de produtos. Para os chamados "bens de busca" (*search goods*), cuja qualidade pode ser verificada *ex ante* (como a infraestrutura de um hospital), o fornecedor é compelido à veracidade pela ameaça imediata de perda de reputação. Já para os "bens de experiência" (*experience goods*), cuja qualidade só se revela com o uso contínuo (como a eficácia de um tratamento ou a cobertura de um plano), o mercado respondeu com mecanismos de garantia (*warranties*) e, fundamentalmente, com a reputação da marca (EBELING, 2017).

Nesse contexto, o desenvolvimento de cadeias e franquias exemplifica como a marca atua como redutora de incerteza, assegurando um padrão de qualidade que

dispensa o conhecimento técnico profundo por parte do consumidor. Em um ambiente de livre concorrência, a confiança torna-se o ativo mais valioso da empresa, protegido rigorosamente pelo sistema de lucros e prejuízos. É essa reputação, construída como ativo econômico, que funciona como o principal mecanismo de execução pós-disputa, superando em eficiência a coerção estatal.

A objeção comum sobre "quem executaria as decisões" na ausência do Estado é respondida pelo mecanismo do ostracismo de mercado. Agências de reputação privadas poderiam expandir o conceito de score de crédito para abranger a integridade das práticas comerciais. Se uma operadora se recusasse a cumprir uma decisão arbitral ou contratual, sua pontuação de reputação colapsaria, levando fornecedores, credores e consumidores a cessarem negócios imediatamente. O custo desse ostracismo supera, em muito, o custo do cumprimento da obrigação.

Ironicamente, conforme alerta Ebeling (2017), o problema da assimetria de informação revela-se muito mais perigoso na esfera da intervenção estatal. Enquanto o consumidor pode cessar relações com um fornecedor desonesto, ele não possui a opção de deixar de pagar impostos ou de "trocar" de agência reguladora. O cidadão permanece cativo de um monopólio governamental, onde a responsabilidade é diluída pela burocracia e a mudança depende de complexos processos políticos, e não da escolha individual.

Conclui-se, portanto, que o intervencionismo da ANS é duplamente danoso. Primeiro, porque se justifica para corrigir uma assimetria que o mercado competitivo já soluciona via reputação; segundo, porque ao fomentar o oligopólio através de barreiras de entrada, destrói a concorrência, o único fator que torna a reputação um ativo indispensável. Sem o poder de barganha da escolha e sem o poder de execução do ostracismo, a soberania do consumidor é aniquilada, restando a judicialização sistêmica como o sintoma inevitável de um mercado impedido de se autorregular.

## **8 CONCLUSÃO**

Por fim, chega-se ao término desta análise com um diagnóstico lúcido: a crise no setor de saúde suplementar brasileiro — marcada pela escassez de produtos, concentração oligopolista e judicialização sistêmica — não é fruto de uma "falha de mercado" inerente ao capitalismo, como pressupõe a *Welfare Economics*. Pelo contrário, demonstrou-se que esta é a consequência direta do paradigma intervencionista adotado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). A tentativa de "corrigir"

o mercado através do planejamento central, ao impor controles de preços e de produtos, destruiu o único mecanismo capaz de coordenar a alocação de recursos e utilizar o conhecimento disperso na sociedade: o sistema de preços.

A solução, por óbvio, não consiste em um novo reajuste regulatório imposto pelo Estado interventor, mas sim em reverter as distorções informacionais de mercado causadas pelo próprio intervencionismo. Assim, é preciso restaurar o processo genuíno de mercado — a cataláxia.

Dessa forma, ao reconhecer que a raiz do problema está, de fato, no intervencionismo estatal — o mesmo mecanismo que fomenta os oligopólios que o próprio Estado alega combater —, percebe-se que sua materialização econômica ocorre de duas maneiras. A primeira manifesta-se pelo “controle de produto”, ao impor um plano de referência e um rol de procedimentos obrigatório; a segunda, pelo “controle de preços”, por meio da fixação de tetos de reajuste.

Economicamente, estes mecanismos funcionam como barreiras que sufocam o processo de descoberta empresarial. O “controle de produto”, ao formatar um plano único, complexo e caro, não apenas estabelece uma barreira de entrada; ele proíbe a concorrência em si. Ao impedir que empreendedores descubram e ofertem produtos alternativos — como planos mais simples, focados em cobertura ambulatorial, ou planos catastróficos de baixo custo mensal — a regulação elimina nichos de mercado inteiros e impede que a população de menor renda tenha acesso ao sistema. O resultado é a consolidação, pois apenas os grandes conglomerados pré-existentes possuem o capital e a escala necessários para operar um produto tão oneroso e de alto risco.

É neste cenário de concentração de mercado que se identifica a causa raiz da judicialização sistêmica, conforme analisado sob a ótica dos custos de transação. A intervenção estatal, ao erigir barreiras de entrada e fomentar oligopólios, supriu a soberania do consumidor ao eliminar sua opção de saída (*exit option*). Em um mercado livre, o principal mecanismo de defesa do consumidor contra abusos não é o processo judicial, mas a capacidade de trocar de fornecedor, impondo perdas financeiras e reputacionais às empresas ineficientes.

Contudo, aprisionado em um mercado sem concorrência real, o beneficiário perde seu poder de barganha econômico e é forçado a buscar o poder de barganha jurídico. A explosão de litígios não é, portanto, uma “falha” a ser corrigida por mais regulação, mas o sintoma inevitável de um sistema que bloqueou os mecanismos de

autoexecutoriedade do mercado, transformando o Judiciário em um balcão de reclamações de alto custo social e ineficiência alocaativa.

Simultaneamente, o "controle de preços" atua como o golpe final, criando uma tensão econômica insustentável. Ao fixar um teto de reajuste para os planos individuais que ignora a realidade dos custos médico-hospitalares crescentes (VCMH), a ANS torna este produto economicamente inviável. O cálculo empresarial, baseado em lucros e perdas, é claro: quando a receita é legalmente impedida de cobrir os custos, o resultado é o prejuízo e a descontinuação da oferta. Não se trata de uma falha ou ganância, mas da impossibilidade de operar sob prejuízo contínuo, levando à escassez artificial do produto. Esta escassez, por sua vez, força a migração compulsória dos consumidores para os planos coletivos, consolidando ainda mais o poder dos oligopólios.

A solução para este ciclo vicioso, portanto, não é uma nova forma de intervenção, mas a desintervenção radical. A restauração da liberdade contratual é o mecanismo central para reverter esse cenário. Primeiro, ao eliminar o "controle de produto" — a padronização forçada de um Rol complexo — remove-se a principal barreira de entrada que sustenta o oligopólio, reativando a cataláxia e permitindo a oferta de produtos segmentados e acessíveis. Segundo, o fim do "controle de preços" restauraria a viabilidade econômica do plano individual, permitindo que os prêmios reflitam os custos reais e as projeções de risco.

Além de concentrar o mercado, o modelo regulatório distorce profundamente os incentivos de risco, criando a base para a inflação de custos. De um lado, gera o custo moral do usuário: ao pagar um prêmio fixo e ter "garantia" de cobertura total, o beneficiário opera sob a ilusão de custo marginal zero, incentivando a superutilização. Isso é agravado pelo modelo de remuneração *fee-for-service*, que estimula prestadores a ofertar procedimentos em excesso. De outro lado, o modelo agrava a seleção adversa: o produto padronizado e caro expulsa os indivíduos saudáveis, deteriorando o *pool* de segurados e tornando o mutualismo atuarial insustentável.

Finalmente, o paradigma da "hipossuficiência" e da "assimetria de informação" deve ser superado pela transparência radical e pela reputação de mercado. Como demonstrado, a intervenção estatal falha em corrigir assimetrias; pelo contrário, ela impede que mecanismos endógenos — como a reputação da marca e o ostracismo comercial — funcionem como garantidores de qualidade. A solução reside na

implementação de rankings de performance das empresas de saúde. Ao dar ao indivíduo o controle sobre seus dados e a liberdade de escolha, quebra-se a assimetria e restaura-se a concorrência baseada em valor real, e não em burocracia.

Conclui-se, portanto, que a crise da saúde suplementar é uma crise de planejamento central. Ao desmantelar as barreiras regulatórias, restaurar a liberdade contratual e reativar a opção de saída do consumidor, o sistema de preços volta a operar, a judicialização se torna a exceção (e não a regra) e a eficiência alocativa é restabelecida. A concorrência e a inovação não são objetivos a serem "gerenciados" pelo Estado; são o resultado natural de um mercado livre — a única solução viável para o caos sistêmico que o intervencionismo produziu.

## REFERÊNCIAS

ARROW, Kenneth J. **Social choice and individual values**. 3. ed. New Haven: Yale University Press, 2012. (Cowles Foundation Monograph, 12).

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (ANS). ANS define teto de 6,06% para reajuste de planos individuais e familiares. **gov.br**, [S.I.], 23 jun. 2025. Disponível em: <https://www.gov.br/ans/pt-br/as-suntos/noticias/beneficiario/ans-define-teto-de-6-06-para-reajuste-de-planos-individuais-e-familiares>. Acesso em: 20 out. 2025.

AGÊNCIA BRASIL. **SUS: 76% da população tem atendimento direto gratuito de saúde**. 2025. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2025-09/sus-76-da-populacao-tem-atendimento-direto-gratuito-de-saude>. Acesso em: 17 dez. 2025.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (Brasil). **ANS limita a 6,91% o reajuste dos planos individuais e familiares**. 2024. Disponível em: <https://www.gov.br/ans/pt-br/assuntos/noticias/beneficiario/ans-limita-a-6-91-o-reajuste-dos-planos-individuais-e-familiares>. Acesso em: 17 dez. 2025.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (Brasil). **Reajustes de planos coletivos apresentam leve redução em 2025**. 2025. Disponível em: <https://www.gov.br/ans/pt-br/assuntos/noticias/numeros-do-setor/reajustes-de-planos-coletivos-apresentam-leve-reducao-em-2025>. Acesso em: 17 dez. 2025.

BAHIA, Ligia. Planos privados de saúde: luzes e sombras no debate setorial dos anos 90. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 6, p. 339, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 12. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024. E-book.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, Madrid, n. 13, p. 17-32, 2009.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de**

1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 21 out. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 684.612**. Tema 698 de Repercussão Geral: Limites do Poder Judiciário para determinar obrigações de fazer ao Estado, consistentes na realização de concursos públicos, contratação de servidores e execução de obras que atendam o direito social da saúde. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, julgado em 01 jul. 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4237089&numeroProcesso=684612&classeProcesso=RE&numeroTema=698>. Acesso em: 17 dez. 2025.

CARVALHO, André Luís Bonifácio de et al. Determinantes da judicialização da saúde: uma análise bibliográfica. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, Brasília, v. 9, n. 4, p. 119, 2020.

COASE, Ronald H. O problema do custo social. In: COASE, Ronald H. **A firma, o mercado e o direito**. Tradução de Heloísa Gonçalves Barbosa. Rio de Janeiro: Toptbooks, 2017. p. 1-44.

CORREIA, Atalá. Custos de transação e a função do direito. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 7, p. 165-183, abr./jun. 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Fonajus: Saúde é um dos temas mais difíceis que o Judiciário enfrenta, diz Barroso. **CNJ**, [Brasília, DF], 24 abr. 2025. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/fo-najus-saude-e-um-dos-temas-mais-dificeis-que-o-judiciario-enfrenta-diz-barroso>. Acesso em: 21 out. 2025.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Fórum Nacional da Saúde. [Brasília, DF]: CNJ, [s.d.]. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/forum-da-saude-3>. Acesso em: 21 out. 2025.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010**. Brasília, DF: CNJ, 2010. Disponível em: [https://atos.cnj.jus.br/fi-les//recomendacao/recomendacao\\_31\\_30032010\\_22102012173049.pdf](https://atos.cnj.jus.br/fi-les//recomendacao/recomendacao_31_30032010_22102012173049.pdf). Acesso em: 21 out. 2025.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.** 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

EBELING, Richard M. Consumer protection doesn't require government intervention. **American Institute for Economic Research**, 11 jan. 2018. Disponível em: <https://www.aier.org/article/consumer-protection-doesnt-require-government-intervention/>. Acesso em: 19 nov. 2025.

FIGUEIREDO, Iara Veloso Oliveira; COSTA, Nilson do Rosário. O direito à saúde no Brasil: entre a judicialização e a desjudicialização. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, Brasília, v. 11, n. 4, p. 145, 2022.

FENACOR. **ANS: 25% dos brasileiros têm planos de saúde**. 2025. Disponível em: <https://www.fenacor.org.br/noticias/ans-25-dos-brasileiros-tem-planos-de-saude>. Acesso em: 17 dez. 2025.

HAYEK, Friedrich A. **Direito, legislação e liberdade**. Apresentação de Henry Maksoud. [S.I.]: Monkey Books, 1985.

HOPPE, Hans-Hermann. **Democracia: o Deus que falhou**. 1. ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2014.

LINHARES, Maria Yedda L.; SILVA, Francisco Carlos Teixeira da; CARDOSO, Ciro Flamarion S. **História Geral do Brasil**. 11. ed. Rio de Janeiro: GEN LTC, 2025. E-book.

INSTITUTO DE ESTUDOS DE SAÚDE SUPLEMENTAR (IESS). **IESS Data**. Disponível em: <https://iessdata.iess.org.br/home>. Acesso em: 11 nov. 2025.

MISES, Ludwig von. Em uma economia de livre mercado, nenhum lucro é excessivo por definição. **Mises Brasil**, 18 ago. 2017. Disponível em: <https://mises.org.br/artigos/2405/em-uma-economia-de-livre-mercado-nenhum-lucro-e-excessivo-por-definicao>. Acesso em: 20 out. 2025.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça (6ª Câmara Cível). **Apelação Cível nº 1.5718.71.032009-8/001** (Numeração única: 1571871-03.2009.8.13.0183). Ação de Obrigaçāo de Fazer. Direito à Saúde. Estado. Criação de leitos de internação intensiva

de urgência. Relator: Des. Edilson Olímpio Fernandes. Belo Horizonte, julgado em 08 out. 2024. Publicado em 15 out. 2024. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-mg/2809836841>. Acesso em: 17 dez. 2025.

MISES, Ludwig von. **Uma crítica ao interventionismo**. Tradução de Arlette Franco. 2. ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

MITIDIERO, Daniel F.; MARINONI, Luiz Guilherme B.; SARLET, Ingo W. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2023. E-book.

MONTONE, Januário. **O impacto da regulamentação no setor de saúde suplementar**. Rio de Janeiro: ANS, 2001.

MORRISS, Andrew P. Returning justice to its private roots. **The University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 68, n. 2, p. 551-570, Spring 2001.

NASCIMENTO, L. S. **Direito à Saúde**: a limitação do interventionismo judicial. [S.I.]: Universidade Católica de Brasília, 2022. (Coleção Universidade Católica de Brasília).

NEVES, M. H. de M. A teoria linguística em Aristóteles. **Alfa**, São Paulo, v. 25, p. 57-67, 1981.

NÓBREGA, Maílson Ferreira da et al. **Estudo econômico sobre os desafios do setor de saúde suplementar no Brasil**. São Paulo: Tendências Consultoria Integrada, 2015.

OCKÉ-REIS, Carlos Octávio. **Novos modelos de gestão na saúde privada**. Rio de Janeiro: Ipea, fev. 2006. (Texto para Discussão, n. 1167).

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Mandado de Segurança 700861 PR (0070086-1). Relator: Ivan Bortoleto. III Grupo de Câmaras Cíveis. Julgamento: 05 ago. 1999. Publicação: 04 out. 1999.

RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva. O direito fundamental à saúde na perspectiva da Constituição Federal: uma análise comparada. **Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná**, Curitiba, p. 59, 2007.

REALE, Miguel. **Direito Natural / Direito Positivo**. São Paulo: Saraiva, 1910.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** 27. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2002.

ROTHBARD, Murray N. **Homem, Economia e Estado com Poder e Mercado.** Tradução de Adinan Júnior et al. Edição revisada. [S.I.]: Instituto Rothbard, 1995.

RUETTIMANN, João Daniel. A Cama de Procusto paretiano: ensaio sobre a dinâmica da intervenção no setor de saúde suplementar. **MISES: Interdisciplinary Journal of Philosophy Law and Economics**, São Paulo, 2019.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Mandado de Segurança nº 70.086-1.** Esclerose Múltipla. Fornecimento de medicamento pelo Estado. Impetrante não integrado ao Serviço Único de Saúde (SUS). Inexistência de direito líquido e certo. Relator: Des. Ivan Boratto. III Grupo de Câmaras Cíveis. Julgado em 05 ago. 1999. Publicado em 04 out. 1999. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-pr/4329114>. Acesso em: 17 dez. 2025.

SCHLAG, Pierre. The problem of transaction costs. **Southern California Law Review**, Los Angeles, v. 62, p. 1661-1700, 1989.

SILVEIRA, Bruna Braga da. **Filtros ao acesso individual à justiça:** estudo sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas. 2018. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

STIGLITZ, Joseph E. **Economia do setor público.** [S. l.: s. n.], [20--?]. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/374538614/Joseph-Stiglitz-Economia-do-Setor-Publico-Traduzido-Capitulos-1-3-4-5-6-1-pdf>. Acesso em: 24 nov. 2025.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). STF fixa critérios para que planos de saúde cubram tratamentos fora da lista da ANS. **STF**, [Brasília, DF], 18 set. 2025. Disponível em: <https://notici-as.stf.jus.br/postsnoticias/stf-fixa-criterios-para-que-planos-de-saude-cubram-tratamentos-fora-da-lista-da-ans>. Acesso em: 21 out. 2025.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional.** 20. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022.

TOZZINI, Sidney; PIGATTO, Jose Alexandre Magrini; ARAUJO, Vanderli de Miranda.

**Valuation:** Os Modelos de Avaliação de Empresas em Perspectiva. Faculdade Integradas Campos Salles, [S. I., s.d.].

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA BAHIA (TJBA). Núcleo de Apoio Técnico do Judiciário.

**Nota Técnica nº 12735.** 26 out. 2020. Disponível em: <https://www.pje.jus.br/e-na-tjus/notaTecnica-dados.php?ou-tput=pdf&token=nt:12735:1603717679:389cdde0bf5e078c0f8111fce71bb8a7abaffc49c86535834fbfaf2e3c78f823>. Acesso em: 21 out. 2025.

VIEIRA, Fabiola Sulpino. Judicialização e direito à saúde no Brasil: uma trajetória de encontros e desencontros. **Revista de Saúde Pública**, v. 57, art. 1, 2023.

