

Análise Econômica do Direito na saúde

Prof. Dr. Thomas V. Conti

email: thomasvc@insper.edu.br

site: thomasvconti.com.br





Prof. Dr. Thomas V. Conti

CEO da empresa AED Consulting – aedbr.com.br

Site pessoal – thomasvconti.com.br

- Mestre e Doutor em Economia
- Cientista de dados
- Professor do Insper e do mestrado do IDP
- Sócio e CEO da AED Consulting – www.aedbr.com.br
- Membro da Associação Brasileira de Direito e Economia (ABDE) e da Associação Brasileira de Jurimetria (ABJ)
- Divulgador científico – twitter.com/ThomasVConti
- Contato: thomasvc@insper.edu.br

27/08/2022

Prof. Thomas V. Conti



Estrutura

1. Introdução à Análise Econômica do Direito (AED)
2. Princípios de AED aplicada a convênios e seguro saúde
3. Exemplos de aplicação em discussões jurídicas brasileiras
 1. Reajuste por faixa etária em planos de saúde
 2. Cobertura de inadimplentes durante a pandemia
 3. Rol taxativo da ANS
 4. Judicialização da saúde
4. Análise de Impacto Regulatório (AIR)
5. Considerações finais

Introdução à Análise Econômica do Direito (AED)

- Área de pesquisa também chamada de Direito e Economia
- Surgiu nos Estados Unidos na primeira metade do Século 20
- Hoje amplamente estudada e aplicada por todo o mundo desenvolvido, tendo ajudado a desenhar novas leis e regulações
- No Brasil o crescimento da área foi mais lento, tendo se disseminado mais nos últimos 10-15 anos.
 - Associação Brasileira de Direito e Economia (ABDE) – 2007
 - 1º Periódico nacional, Economic Analysis of Law Review – 2010
 - Inclusão da área em concursos públicos para magistratura – 2021

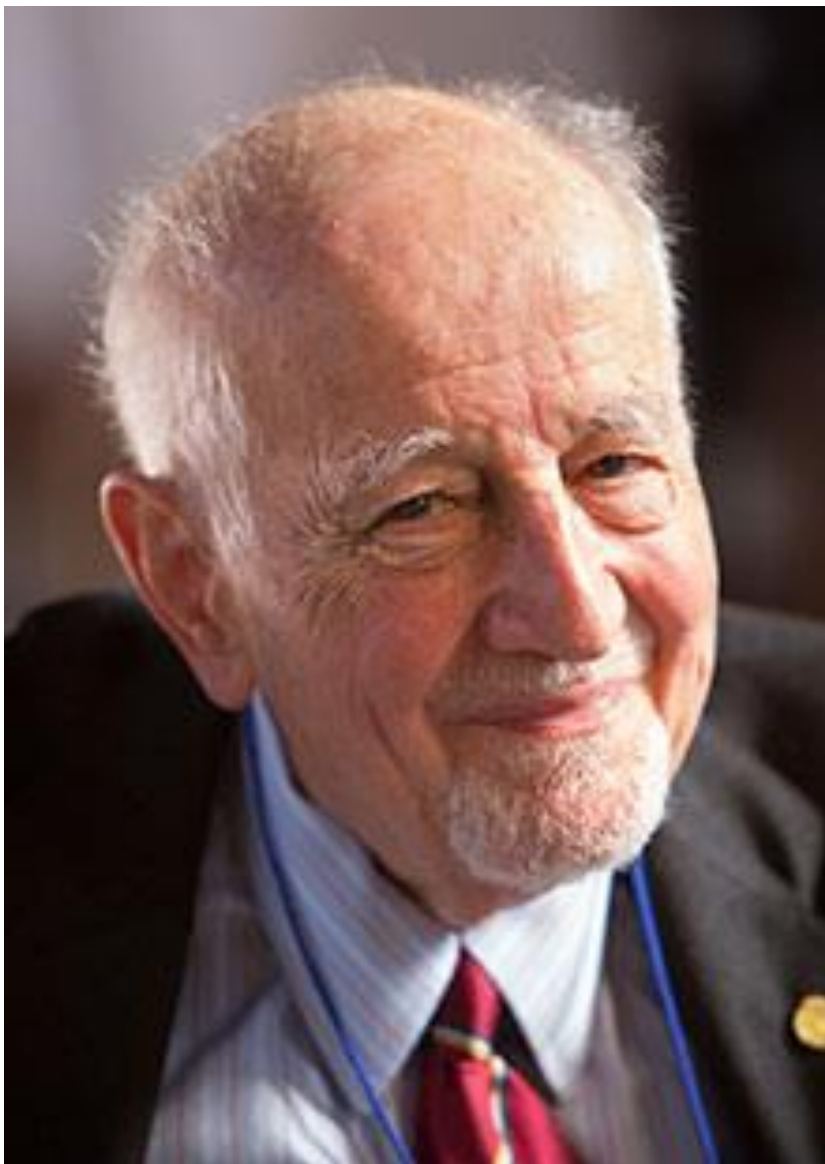
Introdução à Análise Econômica do Direito (AED)

- Diferencial da área é a aplicação dos métodos da Economia para entender problemas típicos do Direito.
- Por que a Economia?
 - Teoria do comportamento humano
 - Estudo empírico do resultado das leis (estatística)
 - Permite entender a relação de diferentes leis ou decisões judiciais com diferentes resultados comportamentais
 - Permite calcular os custos e benefícios potenciais de uma decisão legislativa ou judicial, inclusive os indiretos
 - Auxilia a tomada de decisão do legislador ou do juiz

Introdução à Análise Econômica do Direito (AED)

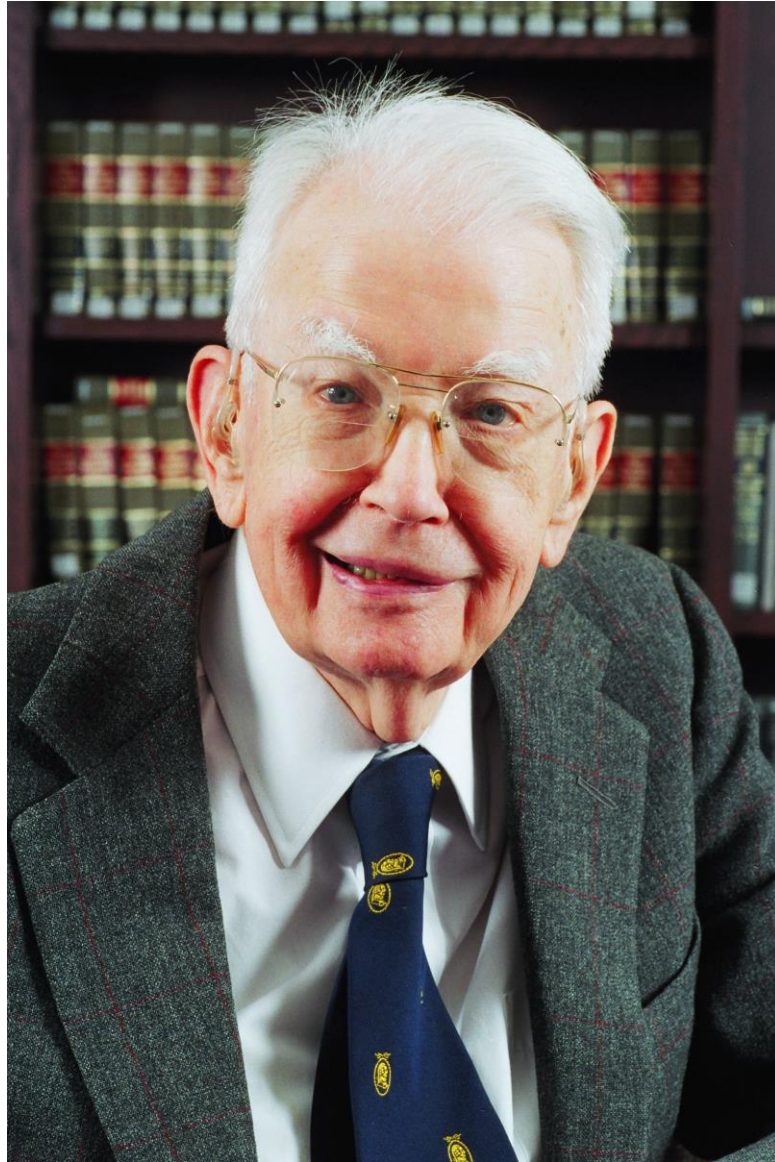
Posições usuais da AED:

- Realismo científico
- Pragmatismo
- Consequencialismo



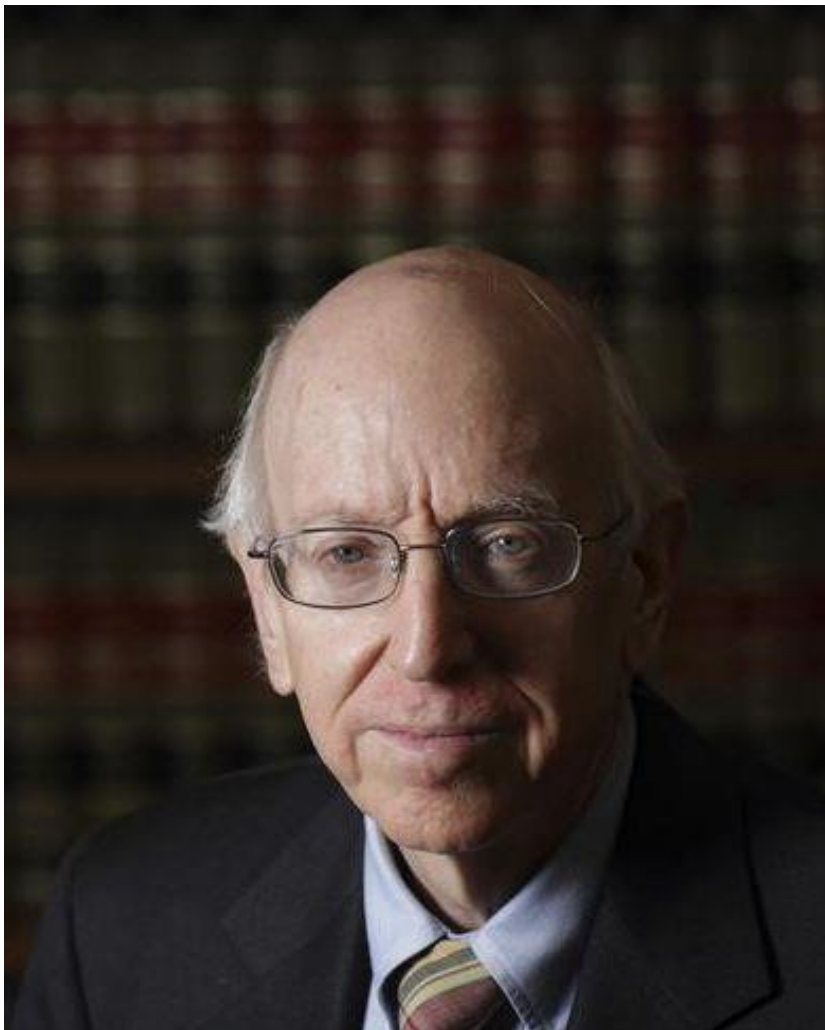
Guido Calabresi (1932-)

- Reconhecido como um dos fundadores da análise econômica do direito
- Acadêmico de Direito na universidade de Yale, tendo inclusive sido reitor da universidade
- Juiz de 2ª instância nos Estados Unidos
- Obras fundantes da área:
 - **1961**, “Reflexões sobre a distribuição do risco e indenizações legais.” Yale Law Journal.
 - **1970**. “O Custo dos Acidentes, uma análise jurídica e econômica”. Yale University Press.



Ronald Coase (1910-2013)

- Reconhecido como um dos fundadores da análise econômica do direito
- Economista associado à faculdade de Direito da Universidade de Chicago
- Embora economista, contribuiu ao longo de toda a vida para pesquisas na área do Direito
- Prêmio Nobel de Economia em 1991
- Obras fundantes da área:
 - **1937**, “A Natureza da Firma”
 - **1960**. “O Problema do Custo Social”



Richard Posner (1939-)

- Reconhecido como um dos fundadores da análise econômica do direito
- Juiz de 2^a instância nos Estados Unidos
- Acadêmico do Direito com publicações em diversas áreas do conhecimento, autor de mais de 40 livros
- Algumas obras importantes:
 - **1973**, Análise Econômica do Direito
 - **1981**, A Economia da Justiça
 - **2008**, Como os Juízes Pensam

Princípios de AED aplicada a convênios e seguro saúde

Princípios de AED

Dois grupos de pessoas, A e B, com 10 pessoas em cada grupo.

- O custo de tratar uma pessoa do grupo A é R\$1.000, em média.
- O custo de tratar uma pessoa do grupo é R\$2.000, em média.

Vamos supor para simplificar que estes sejam custos associados apenas a tratamentos cobertos contratualmente pelo plano.

Princípios de AED

Dois grupos de pessoas, A e B, com 10 pessoas em cada grupo.

- O custo de tratar uma pessoa do grupo A é R\$1.000, em média.
- O custo de tratar uma pessoa do grupo é R\$2.000, em média.

A chance de ficar doente não é a mesma entre os grupos.

- O grupo A raramente fica doente, esperamos ver apenas 1 pessoa doente por ano nesse grupo.
- O grupo B fica doente com mais frequência, esperamos ver 3 pessoas doentes por ano entre eles.
- Vamos supor para simplificar que estes sejam probabilidades associadas apenas a doenças cobertas contratualmente pelo plano.

Princípios de AED

Resumo:

- Grupo A: 1 doente/ano x R\$1.000 por tratamento = R\$1.000/ano
- Grupo B: 3 doentes/ano x R\$2.000 por tratamento = R\$6.000/ano
- Se todos fizerem um convênio médico ou seguro, teremos um custo total de R\$7.000/ano para as 20 pessoas. Em média, cada um precisaria pagar pelo menos R\$350/ano para manter o mutualismo. Vamos supor que o convênio seria vendido a R\$400 para ser rentável.
- Problema: o que uma pessoa do Grupo A achará desse produto?

Princípios de AED

- Para algumas pessoas do Grupo A, a opção de comprar o convênio por R\$400/ano pode soar pouco atrativa. Afinal, a chance dele ficar doente é baixa (10%) e o custo médico caso fique doente não é tão alto assim.

Princípios de AED

- Para algumas pessoas do Grupo A, a opção de comprar o convênio por R\$400/ano pode soar pouco atrativa. Afinal, a chance dele ficar doente é baixa (10%) e o custo médico caso fique doente não é tão alto assim.
- Já para alguém do Grupo B, o convênio se apresenta como relativamente barato. Afinal, o risco de ficar doente nesse grupo é alto, 30%, e os custos caso fique doente são quase dez vezes maiores que o preço do convênio.

Princípios de AED – Seleção Adversa

- Para algumas pessoas do Grupo A, a opção de comprar o convênio por R\$400/ano pode soar pouco atrativa. Afinal, a chance dele ficar doente é baixa (10%) e o custo médico caso fique doente não é tão alto assim.
- Já para alguém do Grupo B, o convênio se apresenta como relativamente barato. Afinal, o risco de ficar doente nesse grupo é alto, 30%, e os custos caso fique doente são quase dez vezes maiores que o preço do convênio.
- O risco que o convênio corre é o que chamamos na teoria econômica de **SELEÇÃO ADVERSA**.

Princípios de AED – Seleção Adversa

SELEÇÃO ADVERSA:

- Devido à assimetria de informação entre compradores e vendedores em um mercado, as pessoas podem usar de informações escondidas para participar seletivamente das trocas.
- Os incentivos econômicos da informação escondida podem induzir à exclusão de pessoas e bens que você gostaria de atrair, ou à atração de pessoas e bens que talvez não quisesse atrair tanto.
- Vamos para exemplos...

Princípios de AED – Seleção Adversa

Convênio oferta mensalidade de R\$400.

- Como não é um negócio tão atrativo para as pessoas do Grupo A, apenas duas delas decidem comprar, aquelas mais avessas ao risco.
- No Grupo B, todos decidem comprar porque é um bom negócio.
- Resultado: $12 \times R\$400 = R\$4.800/\text{ano}$ de receita.

Porém o custo esperado dessa carteira de clientes será de R\$6.200/ano:

- R\$6.000 de custo esperado de 10 pessoas do Grupo B
- R\$200 do custo esperado de 2 pessoas do grupo A.

Consequências: prejuízo para a empresa do convênio, mais desequilíbrio econômico-financeiro nos contratos e no mutualismo, tendendo à inviabilidade econômica se nada for feito.

Princípios de AED – Seleção Adversa

- Olhando para esse quadro insustentável, o gestor da empresa de convênios pode tentar reequilibrar as contas aumentando os preços do convênio. Por exemplo, pode aumentar de R\$400/ano para R\$550/ano. Assim, imagina ele, terá $12 \times R\$600 = R\6.600 de receita e conseguirá pagar os custos anuais com lucro.
- Parece uma ótima ideia, mas tem um problema...

Princípios de AED – Seleção Adversa

Problema: Seleção Adversa continua!

- Agora que os preços ficaram ainda mais altos, de R\$400 para R\$550, os dois conveniados do Grupo A que sobraram decidem não renovar o convênio. Sobram apenas os 10 conveniados do Grupo B na carteira.
- Receitas: $10 \times \text{R}\$550/\text{ano} = \text{R}\$5.500/\text{ano}$
- Custos: $3 \times \text{R}\$2.000/\text{ano} = \text{R}\$6.000/\text{ano}$
- **Resultado:** desequilíbrio permanece mesmo com o novo aumento, devido à intensificação do efeito da seleção adversa.

Princípios de AED – Seleção Adversa

- Mercados sujeitos à seleção adversa: Convênios, todo tipo de seguro, carros usados, empréstimos, dentre outros.

Princípios de AED – Seleção Adversa

- Mercados sujeitos à seleção adversa: Convênios, todo tipo de seguro, carros usados, empréstimos, dentre outros.
- Mercados com seleção adversa correm o risco de entrar em uma espiral de seleção adversa que além de falir empresas, pode literalmente inviabilizar a existência daquele mercado.
- As tentativas de reequilibrar o mutualismo intensificam a seleção adversa até o ponto em que o produto deixa de existir. Ou as empresas vão à falência, ou o consumidor deixa de comprar por desconfiança da prestação de serviço.

Princípios de AED

- Equilíbrio tenso do mercado de convênios: necessidade de ter um preço alto o suficiente para manter o mutualismo mais a rentabilidade, porém baixo o suficiente para garantir a atratividade mesmo para as pessoas de menor risco, pois elas são indispensáveis para garantir a viabilidade econômica do negócio.
- Mas, se fosse só esse o problema, estava bom!

Princípios de AED – Custos de Transação e Insegurança Jurídica

- Dificuldade adicional: **CUSTOS DE TRANSAÇÃO.**
- Custos de Transação são os custos inerentes de se envolver em qualquer tipo de relação negociada:
 - Custo de buscar as informações necessárias para negociar
 - Custo de negociar o bem ou serviço, formalizar contratos
 - Custo de monitorar a transação realizada, inclusive garantir o cumprimento do contrato

Princípios de AED – Custos de Transação e Insegurança Jurídica

- Dificuldade adicional: **CUSTOS DE TRANSAÇÃO**.
- No nosso exemplo, partimos do pressuposto de que todos os cálculos eram feitos para **riscos e tratamentos cobertos pelo plano**.
- Esse cenário é um cenário de **baixos** custos de transação. Consumidores e empresas sabem o que está e não está coberto no contrato e não disputam judicialmente porque sabem que os juízes vão fazer valer o contrato pactuado.
- No mundo real, especialmente no Brasil, não é bem assim...

Princípios de AED – Custos de Transação e Insegurança Jurídica

- Um conveniado do grupo A recebe diagnóstico de uma doença cujo tratamento não é coberto pelo plano e que custaria R\$5.000.
- Apesar de não ser coberto pelo plano, ele entra na justiça processando a empresa gestora do convênio pedindo que arque com os custos do seu tratamento não coberto.
- Se o juiz pode decidir por simpatia e não pelo entendimento correto das consequências, pode dar ganho de causa para o reclamante.

Princípios de AED – Custos de Transação e Insegurança Jurídica

- Agora o plano precisará refazer as contas do mutualismo, colocando no próximo reajuste um aumento de preço grande o suficiente para bancar aquele tratamento imprevisto.
- Inicia-se mais uma rodada de seleção adversa, que exclui aqueles com melhor perfil de risco enquanto mantém os com maior risco... Prejudicando novamente o equilíbrio financeiro da empresa.
- Isto é:

Insegurança Jurídica → Custos de Transação → Seleção Adversa

Princípios de AED

Se fosse apenas este o problema, estaria bom!

Porém, a realidade é um pouco pior.

Princípios de AED

- Não vai bastar apenas incluir no preço os custos daquele tratamento individual de um ganho judicial individual.

Princípios de AED

- Não vai bastar apenas incluir no preço os custos daquele tratamento individual de um ganho judicial individual.
- A empresa gestora do convênio fará a próxima pergunta lógica diante desse caso:

Princípios de AED

- Não vai bastar apenas incluir no preço os custos daquele tratamento individual de um ganho judicial individual.
- A empresa gestora do convênio fará a próxima pergunta lógica diante desse caso: qual é a chance de algum outro tratamento, que também não cobrimos hoje por contrato, ser judicializado e precisarmos pagar?

Princípios de AED

- Não vai bastar apenas incluir no preço os custos daquele tratamento individual de um ganho judicial individual.
- A empresa gestora do convênio fará a próxima pergunta lógica diante desse caso: qual é a chance de algum outro tratamento, que também não cobrimos hoje por contrato, ser judicializado e precisarmos pagar?
- Esse risco precisará ser precificado e os preços do mutualismo ajustados para **antever** potenciais decisões judiciais futuras e a inclusão forçada de tratamentos não previstos no contrato.
- Ao subir os preços com antecedência, segue-se mais uma rodada de seleção adversa...

Princípios de AED

Mas se parasse por aqui, estava bom!

Infelizmente, na realidade o problema piora um pouco...

Princípios de AED

- Conforme decisões judiciais desse tipo se tornam mais frequentes, os consumidores conveniados vão aprendendo aos poucos que existe uma chance significativa de sucesso na via judicial e começam a reagir a esses incentivos.

Princípios de AED

- Conforme decisões judiciais desse tipo se tornam mais frequentes, os consumidores conveniados vão aprendendo aos poucos que existe uma chance significativa de sucesso na via judicial e começam a reagir a esses incentivos.
- Por exemplo, se o convênio oferecer três planos com coberturas diferentes, um barato e com baixa cobertura, um intermediário e um caro com todas as coberturas, o sucesso na via judicial cria um incentivo para o consumidor escolher os planos mais baratos e, caso tenha um problema não coberto, ganhar na justiça o direito de ter seus custos pagos como se fosse do plano caro.

Princípios de AED

- Um mecanismo que ajudaria a diminuir um pouco a seleção adversa – a divisão entre diferentes tipos de planos, do mais barato ao mais caro com coberturas distintas – deixa de ter significado prático.
- Se na justiça a gestora do convênio sempre terá que pagar todos os custos de todos os clientes, é virtualmente como se só existisse o plano mais barato.

Princípios de AED

- Um mecanismo que ajudaria a diminuir um pouco a seleção adversa – a divisão entre diferentes tipos de planos, do mais barato ao mais caro com coberturas distintas – deixa de ter significado prático.
- Se na justiça a gestora do convênio sempre terá que pagar todos os custos de todos os clientes, é virtualmente como se só existisse o plano mais barato.
- Sabendo disso, a gestora pode responder ao risco colocando-o no preço do plano mais barato. Porém, ao aumentar o preço para o perfil de cliente que queria pagar pouco, aumenta mais a seleção adversa e a fuga dos clientes com melhor perfil de risco de saúde.

Aplicações Práticas – Estudos de Caso

Aplicações práticas:

Reajuste por faixa etária em planos

- Discussão judicial de qual o limite máximo de reajuste em planos.
- A Resolução 63/03, da ANS, estipula duas regras para o regime de aumento de preços por faixa etária:
 - (i) O valor fixado para a última faixa etária não poderá ser superior a seis vezes o valor da primeira faixa etária;
 - (ii) A variação acumulada entre a sétima e a décima faixas não poderá ser superior à variação acumulada entre a primeira e a sétima faixas.

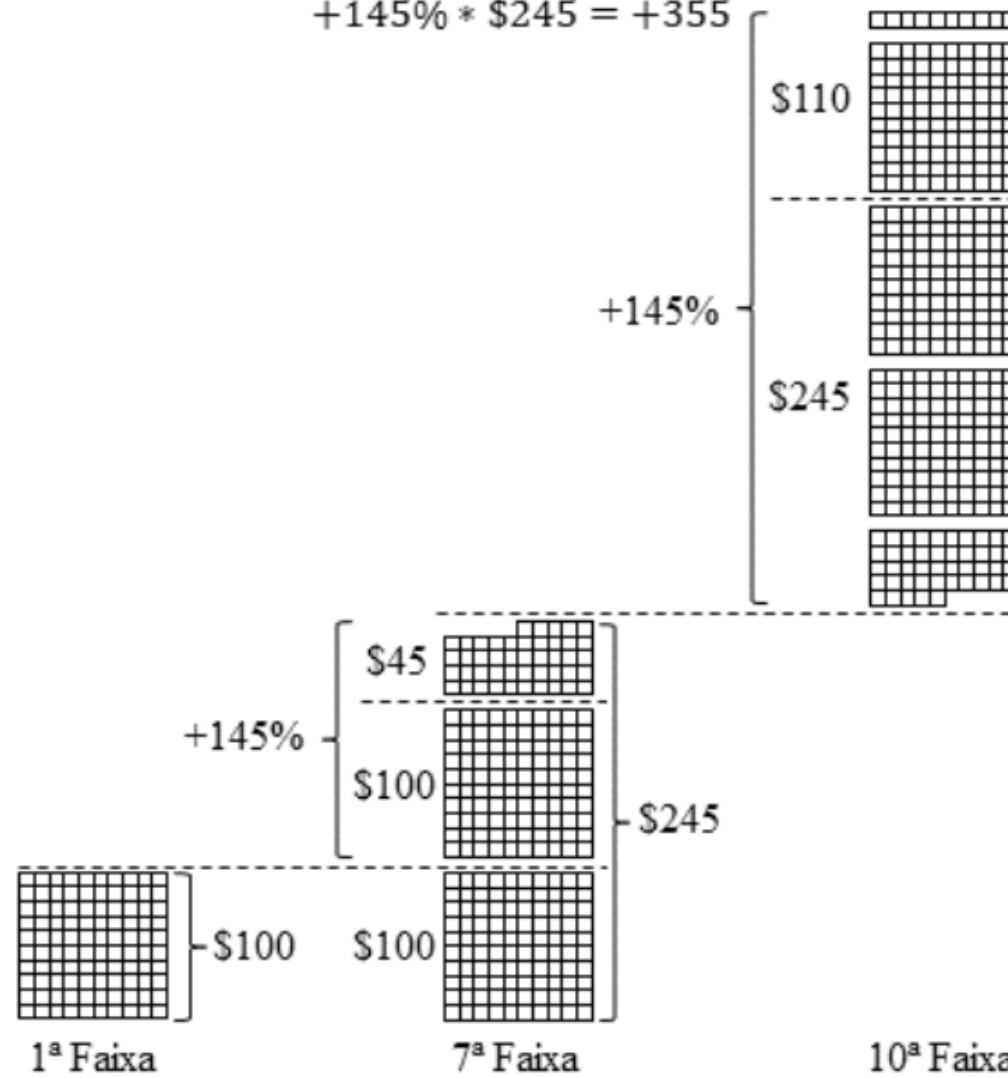
Aplicações práticas: Reajuste por faixa etária em planos

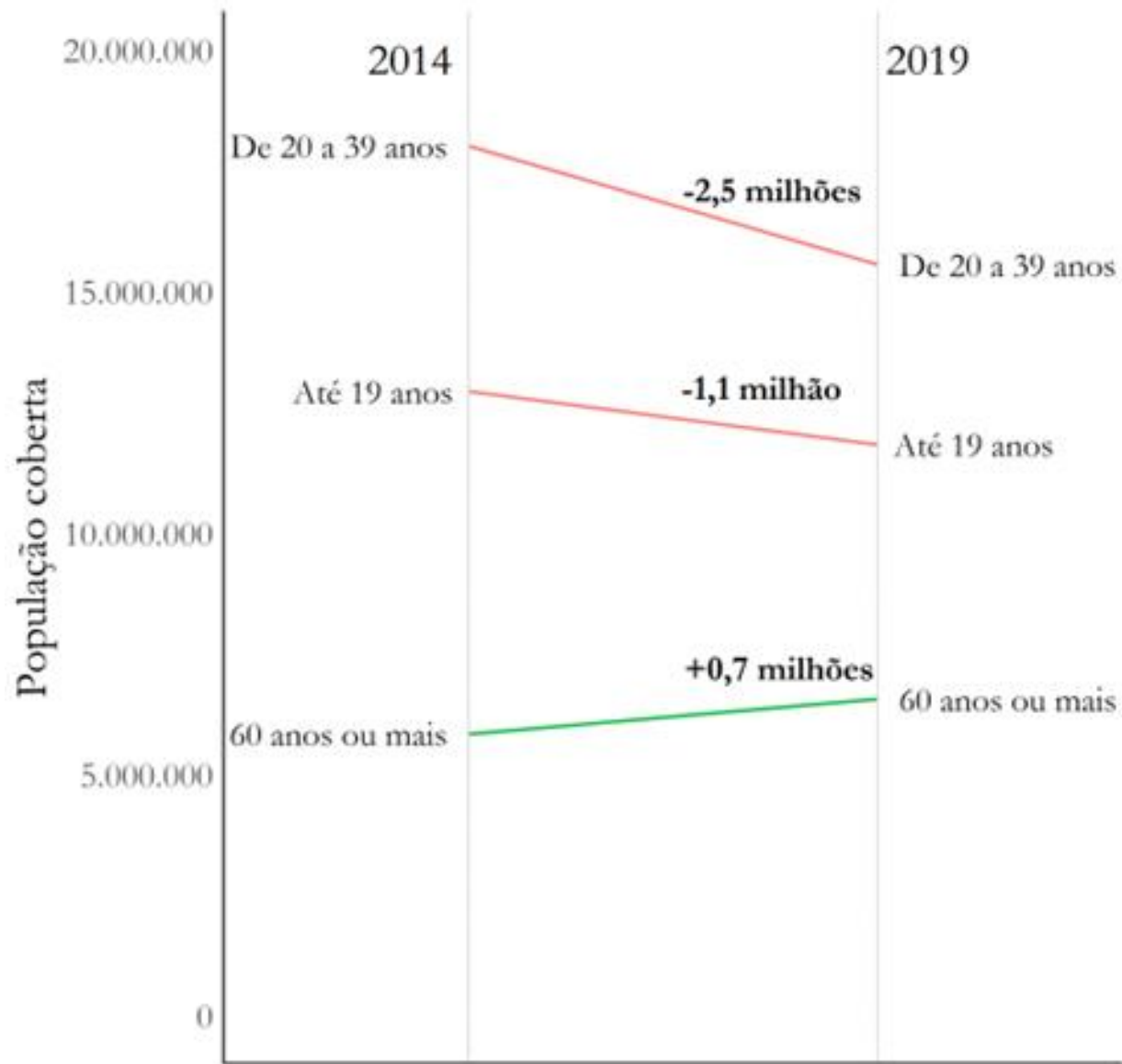
- Discussão judicial de qual o limite máximo de reajuste em planos.

Relação entre faixas	Aumento mínimo	Aumento máximo legal
Entre a 1ª e 10ª faixas	0% (não há aumento)	500% (aumento máximo de seis vezes definido por lei).
Entre a 1ª e 7ª faixas	0% (não há aumento)	500% (aumento máximo geral de seis vezes definido por lei)
Entre a 7ª e 10ª faixas	0% (não há aumento)	145% (consequência de a lei limitar que a variação entre a 7ª e 10ª faixas não pode ser maior que a variação entre a 1ª e a 7ª faixas.

Aumento máximo de 145% entre a 7ª e a 10ª faixa etária.

$$+145\% * \$245 = +355$$





Aplicações práticas: Cobertura de inadimplentes na pandemia

- PL 2113/2020

Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para determinar que o seguro de assistência médica ou hospitalar, bem como o seguro de vida ou de invalidez permanente, inclusive o já celebrado, não pode conter restrição de cobertura a qualquer doença ou lesão decorrente da emergência de saúde pública de que trata a referida Lei.

- Na prática: PL obrigava a cobertura mesmo para clientes inadimplentes dos planos.

Aplicações práticas:

Cobertura de inadimplentes na pandemia

- Segundo o Boletim COVID-19 da ANS, a taxa média de inadimplentes em seguros saúde chegou a aumentar +23% no período de um mês entre abril e maio de 2020, indo de 13% para 16%.
- Efeitos de 1ª ordem: benefícios diretos para consumidores inadimplentes, custos imprevistos para as empresas.
- Efeitos de 2ª ordem:
 - Incentivo à inadimplência
 - Aumento de preços para compensar inadimplência e risco futuro
 - Queda de qualidade e quantidade de serviços para reduzir custos

Aplicações práticas: Rol Taxativo da ANS

- Rol taxativo da Agência Nacional de Saúde Suplementar possui mais de 3 mil eventos em saúde, incluindo consultas, exames, terapias, cirurgias, além de medicamentos, órteses e próteses.
- Em junho, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que as operadoras só devem cobrir o que está na lista. Mas, segue em debate.
- Problema: muitos querem que haja cobertura de itens fora da lista, porém caso esta se torne a norma teremos mais insegurança jurídica, maior dificuldade de precificação do risco e maior impacto sobre a seleção adversa nas carteiras atuais.

Aplicações práticas: Judicialização da Saúde (SUS e outros)

- No nível do SUS, o mesmo tipo de problema também ocorre.
- Há um nível de recursos públicos dedicados a uma série de tratamentos médicos. Porém, nada impede que se entre na justiça exigindo um tratamento não disponível no Brasil, ou um tratamento muito custoso.
- Como resultado, pessoas (em média) mais ricas podem obter na justiça tratamentos caríssimos que são impossíveis de ser oferecidos para a maioria. Enquanto isso, a maioria não tem acesso de qualidade a tratamentos básicos.
- Como o SUS não tem “preços” para ajustar o mutualismo, os efeitos se dão na redução da qualidade e na diminuição da oferta.

Análise de Impacto Regulatório (AIR)

- Hoje, pesquisa acadêmica deixou de ser o único espaço de aplicação da Análise Econômica do Direito.
- Análise de Impacto Regulatório (AIR) e Análise Custo-Benefício (ACB) tem se tornado parte necessária do arcabouço regulatório dos Estados Modernos para se pensar legislação e políticas públicas.
 - Estas análises muitas vezes não passam pelo crivo de um peer review duplo-cego, mas tem alto impacto social
- Na parte de previsões, novos métodos estatísticos permitem pensar a pesquisa para além da inferência, mas pensar também quais as melhores formas de prever o impacto de leis.

**Presidência da
República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos**

DECRETO-LEI Nº 4.657, DE 4 DE SETEMBRO DE 1942.

[Vigência](#)

Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. [\(Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010\)](#)

[\(Regulamento\)](#)

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. [\(Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018\)](#) [\(Regulamento\)](#)

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas. [\(Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018\)](#)

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas. [\(Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018\)](#) [\(Regulamento\)](#)



Presidência da República

Secretaria-Geral

Subchefia para Assuntos Jurídicos

LEI Nº 13.848, DE 25 DE JUNHO DE 2019

CAPÍTULO I

DO PROCESSO DECISÓRIO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Art. 4º A agência reguladora deverá observar, em suas atividades, a devida adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquela necessária ao atendimento do interesse público.

Art. 5º A agência reguladora deverá indicar os pressupostos de fato e de direito que determinarem suas decisões, inclusive a respeito da edição ou não de atos normativos.

Art. 6º A adoção e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados serão, nos termos de regulamento, precedidas da realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR), que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo. ([Regulamento](#))



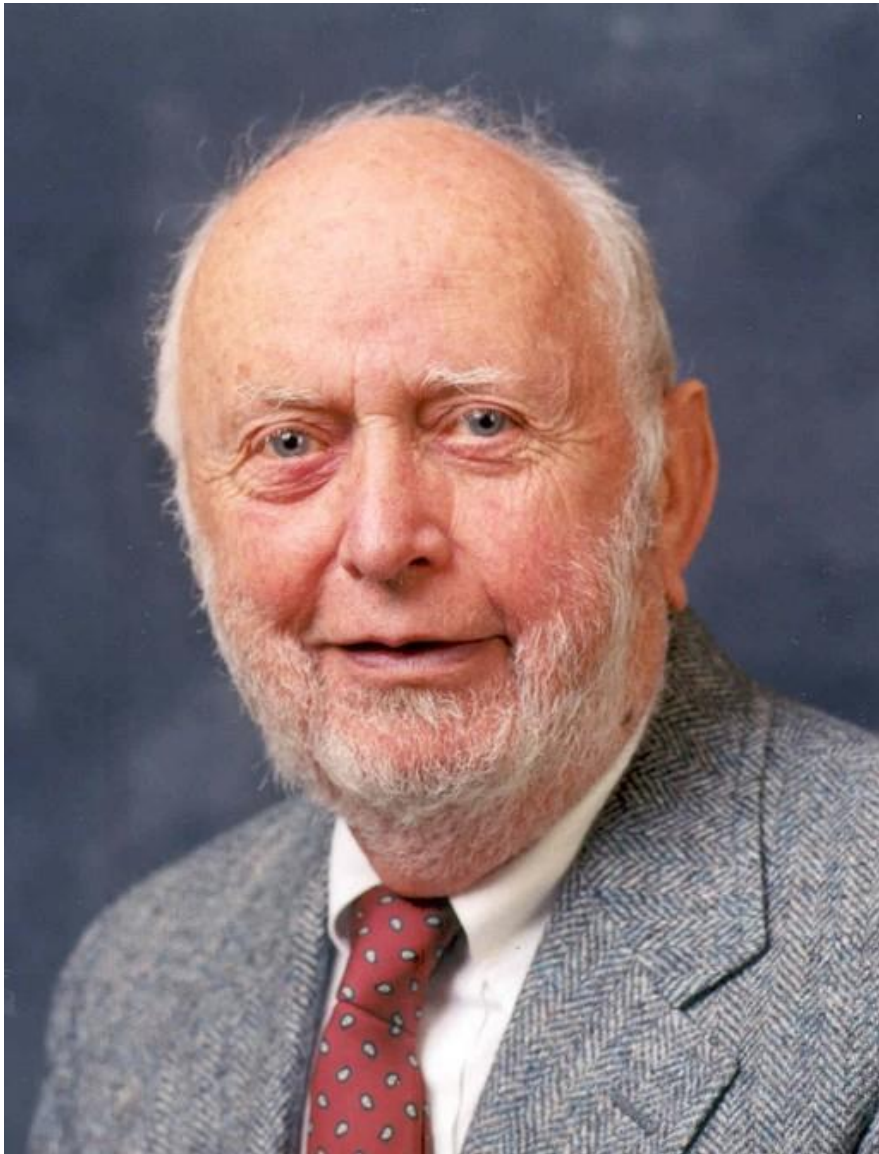
DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO

Publicado em: 01/07/2020 | Edição: 124 | Seção: 1 | Página: 35

Órgão: Atos do Poder Executivo

DECRETO Nº 10.411, DE 30 DE JUNHO DE 2020

Regulamenta a análise de impacto regulatório, de que tratam o art. 5º da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, e o art. 6º da Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019.



Douglass North

- Prêmio Nobel de Economia 1993
- Importância das instituições para reduzir os custos de transação na sociedade
- Instituições colocam as “regras do jogo” que dão previsibilidade para pessoas, empresas e a sociedade como um todo alcançar os resultados mais desejáveis

Considerações Finais

- Setor de saúde e convênios depende fortemente segurança jurídica para manter o equilíbrio econômico-financeiro do mutualismo.
- Tradicionalmente, no Brasil os riscos de decisões judiciais arbitrárias é alto, assim como o descaso na análise rigorosa das consequências das decisões.
- No entanto, novas leis e regulações dão força para a análise técnica e científica das consequências. A análise econômica do direito é uma ferramenta indispensável nesse esforço de reduzir os danos maiores aos consumidores e ao mercado.

Referências Bibliográficas

- CONTI, Thomas V. Métodos Empíricos em Análise Econômica do Direito. In: YEUNG, Luciana L. (Org.). Análise Econômica do Direito: Temas Contemporâneos. São Paulo: Actual, 2020.
- CONTI, Thomas Victor. Análise de Impacto Regulatório: razões e consequências. In: ARAUJO, Luiz Nelson Porto; DUFLOTH, Rodrigo V. (Orgs.). Ensaios em Law & Economics. São Paulo: Liberars, 2019, p. 395–406.

Obrigado!

Prof. Dr. Thomas V. Conti

CEO da empresa AED Consulting – aedbr.com.br

Site pessoal – thomasvconti.com.br

Contato: thomasvc@insper.edu.br

