



MARIANA MELLO OTTONI

**A DEFESA DA CONCORRÊNCIA E DO CONSUMIDOR: a
portabilidade nos planos de saúde**

**BRASÍLIA
2010**

MARIANA MELLO OTTONI

**A DEFESA DA CONCORRÊNCIA E DO CONSUMIDOR: a
portabilidade nos planos de saúde**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão da disciplina Monografia III

Orientador: Professor Doutor Leonardo Ros-
coe Bessa

**BRASÍLIA
2010**

DEDICATÓRIA

A Deus, pela força e pela coragem.

Ao meu avô materno e à minha avó materna (*in memoriam*), maiores incentivadores do meu estudo acadêmico.

À minha mãe e meu irmão, pela força, compreensão e inspiração.

À minha família e meus amigos, que souberam entender minhas ausências e me confortaram nas horas difíceis.

Aos meus chefes e meus colegas de trabalho, que proporcionaram todo o apoio e ajuda de que precisei.

AGRADECIMENTOS

A meu professor e orientador Leonardo Bessa, pelo apoio e incentivo.

Ao professor André Nunes, pelo interesse em meu trabalho e pelo encorajamento.

Aos professores que me indicaram livros e contatos.

Ao corpo de funcionários do Núcleo de monografia e da biblioteca do Uni-Ceub, pelas facilidades oferecidas.

RESUMO

Este estudo analisa os principais efeitos advindos da Resolução nº 186 da Agência Nacional de Saúde Suplementar-ANS, a qual regula a portabilidade com mobilidade de carências entre planos de saúde de uma operadora ou de operadoras diferentes. A edição da norma deu-se, segundo a ANS, com a finalidade de provocar a competição entre as operadoras de planos de saúde e, dessa forma, incentivar a melhoria dos serviços e à redução dos preços das operadoras. A fim de se verificar como se encontra o atual mercado de saúde suplementar brasileiro, fez-se uma coleta de dados estatísticos e foram citadas duas correntes de opiniões divergentes: uma que defende que o mercado de saúde suplementar encontra-se concentrado e merece mais atenção da agência reguladora e outra que alega que esse mercado encontra-se em fase de consolidação e que está longe de apresentar um modelo de concentração. Desse estudo, verificou-se que a portabilidade, ao abranger somente planos individuais e familiares, que são minoria no mercado, não implicou efeitos em grande escala no mercado e, por ser muito restrita, não beneficiou o consumidor como deveria.

Palavras-chave: Saúde suplementar, plano de saúde, carência, portabilidade, concorrência.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 OS PLANOS DE SAÚDE	9
1.1 O SISTEMA DE SAÚDE BRASILEIRO	9
1.1.1 SUS	11
1.1.2 O sistema privado de saúde.....	12
2 O MERCADO DOS PLANOS DE SAÚDE	16
2.1 O MERCADO E O CONSUMIDOR.....	16
2.1.1 As falhas no mercado de planos de saúde.....	26
2.1.2 O contrato.....	29
2.1.3 A Agência Nacional de Saúde Suplementar e o papel da regulação	31
2.2 O DIREITO DA CONCORRÊNCIA NAS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE	34
2.3 A DINÂMICA DO MERCADO PRIVADO DE SAÚDE	40
2.3.1 A competição entre as operadoras	42
3 A PORTABILIDADE NOS PLANOS DE SAÚDE	52
3.1 HISTÓRICO.....	52
3.2 A RESOLUÇÃO Nº 186 DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR	53
3.2.1 O período de carência	54
3.2.2 Cobertura parcial temporária	56
3.2.3 Base legal da Resolução.....	58
3.2.4 Abrangência e requisitos	61
3.2.5 Procedimento.....	65
3.3 A PORTABILIDADE E SEUS EFEITOS	66
3.3.1 Restrições impostas pela norma	66
3.3.2 A portabilidade e o mercado	68
3.3.3 A portabilidade e o consumidor	71
3.3.4 A portabilidade e as operadoras	74
CONCLUSÃO.....	81
REFERÊNCIAS	84
ANEXOS	88

INTRODUÇÃO

A saúde é, hoje, segundo a Constituição da Organização Mundial de Saúde, um dos direitos fundamentais de todo o ser humano e elemento essencial de preservação da vida, ocupando um patamar de importância significativo para a direção das políticas públicas de um Estado.

O Brasil adota o sistema misto de prestação de serviços à saúde, ou seja, o serviço pode ser oferecido pelo Estado, diretamente, pelo Sistema Único de Saúde-SUS, ou de forma complementar, por meio de convênio com o sistema público, ou suplementar, iniciativa unicamente privada.

O sistema suplementar de saúde abrange os serviços prestados diretamente por profissionais e estabelecimentos de saúde e aqueles ofertados por intermediação dos serviços, por meio da cobertura dos riscos da assistência à saúde pelas operadoras de planos de saúde.

Em 2000, o sistema suplementar de saúde passou a submeter-se à regulação da Agência Nacional de Saúde Suplementar-ANS, à qual cabe fiscalizar regulamentar e monitorar o setor suplementar de saúde. A partir disso, a ANS passou a editar RDCs e, logo depois, Resoluções Normativas, a fim de normatizar o setor e reprimir práticas abusivas.

O Capítulo 1 do presente trabalho vislumbra essa trajetória dos serviços de saúde no Brasil, desde o início de uma preocupação mundial com a saúde, com o término da segunda Grande Guerra, até a organização do atual sistema de saúde brasileiro, com ênfase ao estudo do sistema suplementar de saúde e sua regulamentação.

Uma dessas regulamentações foi a Resolução nº 186 ora em debate, que dispõe sobre a portabilidade com mobilidade de carências entre planos de saúde. Tal norma, segundo a ANS, foi editada com o objetivo de provocar a competição entre as operadoras de planos de saúde, de modo a incentivar a melhoria dos serviços e a redução dos preços e a aumentar o direito de escolha do consumidor.

A fim de se verificar os efeitos que tal norma causou no mercado, fez-se necessário um estudo do mercado dos planos de saúde, análise realizada no Capítulo 2 deste trabalho.

Nesse Capítulo, traça-se o perfil do mercado de saúde suplementar e pontuam-se duas correntes controversas: uma que acredita que o mercado está concentrado e merece mais atenção da agência reguladora e outra que defende que esse mercado está longe de configurar um modelo de concentração.

No Capítulo 3, analisam-se os impactos gerados pela portabilidade no mercado e as consequências para os consumidores e para as operadoras.

A Resolução nº 186 da ANS tem gerado polêmica entre diversos setores da sociedade, em especial, alguns órgãos de defesa do consumidor, por impor uma série de restrições e condições ao exercício da portabilidade.

O que se discute é se tais óbices e condições são realmente necessários à prevenção das falhas de mercado no setor ou se são medidas demasiadamente protetivas, a ponto de não permitir o exercício do direito de livre escolha do consumidor.

1 OS PLANOS DE SAÚDE

1.1 O sistema de saúde brasileiro

A maioria dos conceitos existentes para a palavra “saúde” relaciona-se com a ausência de um mal físico ou psíquico. Entretanto, do latim, “salute” significa “salvação, conservação da vida, cura, bem-estar”, conceito que se coaduna com aquele dado pela Organização Mundial de Saúde-OMS, segundo o qual saúde é “um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença ou enfermidade”. Tal conotação deu-se a partir do término da II Guerra Mundial, em face da grande devastação ocorrida, e com o conseqüente desenvolvimento, no mundo, de um constitucionalismo de cunho social-democrático. (GREGORI, 2007)

Nesse sentido, a Constituição da Organização Mundial de Saúde-OMS assinala que: “gozar do grau máximo de saúde que se possa conseguir é um dos direitos fundamentais de todo ser humano, sem distinção de raça, religião, ideologia política, condição econômica ou social”.

Com o propósito de concretizar esse direito, estabeleceu-se um padrão internacional, no qual os países devem buscar alcançar a universalidade, acessibilidade, integralidade, qualidade e abrangência nos sistemas de saúde organizados para indivíduos, famílias e comunidades, devendo prestar contas perante os cidadãos quanto ao grau em que preenchem essas condições.

Não obstante a saúde seja, hoje, uma das preocupações fundamentais do Estado e ocupe patamar significativo na direção de políticas públicas, as estruturas de assistência à saúde só começaram a fazer parte das estruturas financeiras dos Estados após a II Guerra Mundial, com o desenvolvimento do atributo da cidadania. Foi a partir dos anos 50 e 60 que os gastos públicos com saúde assumiram largas proporções no orçamento público dos países desenvolvidos, preocupando os economistas e *policy makers* do setor. (MEDICI, 2002, pp. 23-24)

Atualmente, é patente o fato de que a saúde é considerada elemento essencial de preservação da vida e ocupa boa parte da preocupação diária dos indivíduos.

Contudo, embora venha-se buscando o ideário de universalização e integralidade de assistência à saúde, a incorporação tecnológica trouxe significativa elevação dos custos em saúde, assim como o crescimento demográfico desigual, a pobreza e, principalmente, o aumento da expectativa de vida, o que alterou drasticamente o perfil populacional de muitos países, obrigando-os a adequarem suas políticas públicas às necessidades de uma população mais idosa (GREGORI, 2007, pp. 27-28).

No Brasil, o sistema de saúde é misto, ou seja, a prestação dos serviços de saúde pode ser oferecida pelo Estado diretamente, através do SUS, ou pela iniciativa privada, segundo os ditames do art. 199 da Constituição Federal¹.

Cabe ao Estado a regulamentação, fiscalização e controle desses serviços, como estabelece o art. 197 da Carta Magna:

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Mariângela Sarrubo defende que a grande dificuldade do modelo constitucional brasileiro está em sua aplicabilidade, uma vez que se baseia em uma constituição social e na programaticidade das normas, impondo ao Poder Público uma enorme gama de ações governamentais para corrigir desequilíbrios, não sustentando o custo para sua manutenção (SARRUBO, 1999, p. 14).

Dessa forma, pode-se dizer que o sistema de saúde brasileiro, a partir de 1988, procurou universalizar seus serviços através do SUS, mas permitiu que o sistema privado, de forma complementar, mediante contrato de direito público ou convênio, ou suplementar, por

¹ Segundo Maria Stella Gregori, saúde pública pode ser definida como: “serviço público, na qual a prestação de serviço de saúde é prestada diretamente pelo Estado, ou por quem lhe faça as vezes, aos seus administrados”. (GREGORI, Maria Stella. Planos de Saúde: a ótica de proteção do consumidor. Revista dos Tribunais. São Paulo, v.31, 2007, p. 26).

meio de iniciativa unicamente privada, contanto que fosse fiscalizado e regulamentado pelo Estado, para que pudesse suprir as carências causadas pelo Sistema Único de Saúde.

1.1.1 SUS

O Sistema Único de Saúde foi instituído pela Constituição Federal de 1988, e foi normatizado pelas Leis 8.080, de 19.09.1990 – Lei orgânica da Saúde, e 8.142, de 28.12.1990, e pelas Normas Operacionais Básicas (NOB 91, 93 e 96). Foi constitucionalizado com base em um Estado social, no qual o Poder Público, ao afirmar o princípio de igualdade com base na diferença de forças do cidadão e o Estado, procura amparar a sociedade, minimizando essa desigualdade.²

Dessa forma, a Carta estabelece a descentralização da prestação do serviço salutar, pressupondo um maior controle pelo cidadão. Contudo, ao unificar a prestação de serviço de saúde, o Governo brasileiro manteve-se inerte em relação à obstrução que isso gerou ao sistema.³

Não era mais preciso ser contribuinte da Previdência para ter acesso aos serviços de saúde, mas também não foram criadas formas de contenção do aumento da demanda na área, nem meios de ampliar a qualidade ou a quantidade da prestação dos serviços, fazendo surgir o fenômeno da *universalização excludente*.⁴

² Nesse sentido, a Carta Magna dispõe que:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - participação da comunidade.

³ Quanto ao assunto, é de se considerar o comentário de Artur Lourenço da Fonseca: (...) a universalização da assistência médica, ao invés de significar uma expansão da cidadania por não ter definido outras fontes e formas de financiamento, para o SUS recém criado, acabou por reforçar ainda mais as deficiências do setor público. Principalmente no que diz respeito à falta de acesso e agilidade dos serviços, veio a fortalecer de forma não intencional a medicina privada suplementar. Portanto, a Reforma sanitária ‘deu à luz’ a um filho por demais indesejado. (FONSECA, Arthur Lourenço da. *Portabilidade em planos de saúde no Brasil*. 2004, 130 p. Dissertação (Mestrado Profissionalizante em regulação de Saúde Suplementar). Escola Nacional de Saúde Pública-ENSP, Rio de Janeiro-RJ, p. 28).

⁴ Acerca desse fenômeno, Arthur Lourenço da Fonseca explica: “Faveret descreve o fenômeno da *universalização excludente*. Com o advento do SUS, a assistência à saúde foi universalizada, ou seja, não era preciso mais ser contribuinte da previdência para ter acesso aos serviços de saúde, bastava ser cidadão, não foram criadas estratégias para dar conta desse aumento da demanda, nem em relação ao financiamento, nem em relação a implementação de medidas racionalizadoras como a municipalização, distritalização e controle social. Assim, o SUS apenas aumentou o

O próprio modelo de assistência à saúde brasileiro está fundado em suas raízes históricas de capitalização tardia, bem como nas suas relações entre os sistemas público e privado (FONSECA, 2004, p. 28). Comprova-se a sua insuficiência pela discrepância que se observa hoje na atuação do sistema público e a crescente migração de pessoas ao sistema privado de saúde, que, por sua vez, aposta nessa deficiência para ampliar-se, gerando uma enorme dependência emocional e física no consumidor por sua operadora, na medida em que, ou depende da empresa por carência de saúde, ou permanece nela por segurança e precaução.

1.1.2 O sistema privado de saúde

Como já ressaltado anteriormente, o sistema de assistência à saúde no Brasil é híbrido, regido tanto pelo Poder Público, quanto por instituições privadas, as quais concorrem com o sistema público de saúde (SUS).

A impossibilidade de o Estado suprir as carências de saúde da população, prestando, muitas vezes, o serviço de forma ineficiente, acarretou o surgimento e o crescimento de um sistema complementar de saúde, participante do SUS, formalizado mediante contrato ou convênio, previsto pelo parágrafo 2º do artigo 4º e no Capítulo II da Lei 8.080/90, e, também, do sistema exclusivamente privado de assistência à saúde, previsto no artigo 22 da mesma lei (FONSECA, 2004, p. 03).

O sistema privado de saúde também é autorizado pela Constituição Federal no seu artigo 199, *in verbis* “A assistência à saúde é livre à iniciativa privada”. Porém, deve-se levar em conta que, devido ao caráter de relevância pública atribuído aos serviços de saúde pela Carta Magna, em seu artigo 197, é essencial que esta fique restrita à normatização, fiscalização e con-

contingente de pessoas que se acotovelavam para ter acesso aos serviços de saúde gratuitos, sem aumentar a qualidade nem a quantidade da prestação da assistência. Por seu turno, o governo ignorava as mudanças estruturais que deveriam ser implementadas, trazendo prejuízos ao funcionamento do serviço”. (FAVERET, P.F e Oliveira , P.J.,1990. *A Universalização Excludente: Reflexões sobre as Tendências do Sistema de Saúde*. Dados v 33 Apud FONSECA, Arthur Lourenço da. *Portabilidade em planos de saúde no Brasil*. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/data/files/8A95886526BD1BA90126C34961E77090/DIS_Portabilidade%20-%20Formas%20de%20Implementacao_ARTUR_LOURENCO_DA_FONSECA.pdf> Último acesso em: 01 mai 2010).

trole mais rigoroso do Poder Público.⁵

A prestação desses serviços dar-se-á diretamente por profissionais e estabelecimentos de saúde ou por intermediação dos serviços, por meio da cobertura dos riscos da assistência à saúde pelas operadoras de planos de saúde (GREGORI, 2008, p. 28).

O sistema privado de saúde, no Brasil, forma-se nos últimos 40 anos, sem intervenção estatal, a partir de instituições filantrópicas, através de fundos mútuos da própria população (GREGORI, 2008, p. 29).

Com o desenvolvimento industrial do país e as demandas provenientes da urbanização e do desenvolvimento do capitalismo industrial, desenvolve-se a prática médica como atividade empresarial e as primeiras políticas médico-assistenciais surgem nas décadas de 1910 e 1920 (FONSECA, 2004, p. 14).

Surgem, então, pelo Decreto 3.724, de 1919, os seguros de acidentes de trabalho e a constituição de um pioneiro seguro social, a partir da criação das Caixas de Aposentadorias e Pensões – CAPs, instituídas pela Lei Eloy Chaves, a fim de amparar os empregados das ferroviárias na inatividade. O sistema não funcionou, pelo número reduzido de segurados, uma vez que era custeado pelas contribuições desses (FONSECA, 2004, p. 14).

No governo de Getúlio Vargas, em 1933, criam-se os Institutos de Aposentadorias e Pensões – IAPs -, aumentando o grau de importância da Previdência Social, originando a “medicina previdenciária” (GREGORI, 2008, p. 29).

Nas décadas de 40 e 50, implantam-se os esquemas de assistência médico-hospitalar e criam-se as Caixas de Assistência de Funcionários, como A Caixa de Assistência dos

5 Nas palavras de Andrea Lazzarini Salazar, Karina Bozola Grou e Vidal Serrano Jr.: “É lógico concluir que a prestação de serviços de saúde – seja de iniciativa de integrantes, seja de iniciativa privada – deve seguir as mesmas diretrizes e os mesmos princípios. É claro que suas diferenças e peculiaridades devem ser respeitadas, mas sempre tendo em vista que o interesse da coletividade, o bem comum que se pretende buscar com o fornecimento de serviços de saúde adequados, se sobrepõe aos interesses particulares, quaisquer que sejam eles; e, paralelamente, que o interesse social está acima do econômico”. (SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina Bozola e SERRANO Jr., Vidal. Assistência privada à saúde: aspectos gerais da nova legislação. In Saúde e Responsabilidade 2. RT: São Paulo, pp. 186-228).

Funcionários do Banco do Brasil (Cassi) e a assistência patronal para os servidores do antigo Instituto de Aposentadorias e Pensões dos industriários – IAPI (GREGORI, 2008, p. 29).

Os Planos e Seguros de Saúde nasceram no Brasil com a indústria automobilística e o deslocamento da economia para os centros urbanos, por iniciativa dos dirigentes das montadoras Ford e General Motors, inspirados na experiência americana, pela insatisfação de empresários estrangeiros que vieram para o Brasil, na década de 50, com o sistema de saúde (FONSECA, 2004, p. 14).

Nos anos de 1960 e 1970, ocorre o ápice da contratação coletiva de planos de saúde e, nesse momento, a Previdência Social passa a transferir, mediante convênio, para as empresas a responsabilidade pela assistência à saúde de seus empregados (GREGORI, 2007, p. 30).

Ainda na década de 60, com a promulgação da Lei Orgânica da Previdência Social, foram unificadas as contribuições e planos de benefícios dos vários institutos e o acesso aos serviços médicos dar-se-ia pela existência de contrato de trabalho (FONSECA, 2004, p. 15).

Surgem, a partir da crescente demanda por serviços médicos, as empresas médicas especializadas na venda de serviços assistenciais, por rede própria e, depois, por credenciamento, como forma de expandir sua rede, insuficiente para o cumprimento dos novos convênios celebrados com a previdência (GREGORI, 2007, p. 30).

Em 1966, institui-se o Seguro Saúde pelo Decreto-Lei nº 73/66, o qual definiu como seguradoras as empresas que garantiam o reembolso do pagamento dos serviços médicos pelo sistema de livre escolha do segurado. O mesmo Decreto cria o Conselho Nacional de Seguros Privados – CNPS – e a Superintendência de Seguros Privados – Susep (PASQUALOTTO, 1999, p. 37).

Ainda em 1966, o governo intervém e opta por unificar a Previdência Social, que passa a ser responsável pela assistência médica a trabalhadores organizados em associações ou sindicatos urbanos e uniformiza as contribuições e benefícios para todas as categorias de trabalho. Cria-se o Instituto Nacional de Previdência Social-INPS (FONSECA, 2004, p. 16).

A partir da segunda metade dos anos 80, as operadoras de planos de saúde passaram a captar demandas de clientes individuais - trabalhadores, profissionais e aposentados -, já que, até então, os planos de saúde eram voltados, quase que totalmente, às empresas (FONSECA, 2004, p. 18).

Os seguros ou planos de saúde, inicialmente, foram de jurisdição da Supes/Ministério da Fazenda e do Conselho Nacional de Seguros Privados-CNSP, os quais exerciam uma regulação voltada apenas a aspectos econômicos, deixando as seguradoras “livres” para excluirmos segurados de alto risco, por exemplo (CECHIM, 2008, p. 124).

A partir dessa configuração de mercado, fez-se urgente uma regulamentação para o setor.

A Constituição de 1988, finalmente, permite a recomposição do setor privado, substituindo-se, no artigo 230 do Anteprojeto, a atribuição exclusiva do Estado nas ações de assistência à saúde pela possibilidade de atuação da iniciativa privada, por meio de contratos e convênios; e, no artigo 231, na inclusão apenas dos serviços públicos no SUS (FONSECA, 2004, p. 20).

A partir da entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, em 1991, e a atuação dos Procons e do Ministério Público, o setor de assistência suplementar de saúde passa a ter destaque, pela crescente insatisfação dos consumidores com os serviços (GREGORI, 2008, p. 32).

Ante o crescente desequilíbrio contratual presente nos contratos de planos de saúde, pelo fato de não haver subordinação do mercado de saúde suplementar a uma legislação específica, entidades representativas de consumidores, empresariais e entidades médicas, como forma de minimizar os problemas do setor, atuaram de forma decisiva no processo de formação da Lei 9.656/98, por meio de participação em reuniões e audiências públicas (GREGORI, 2007, pp. 36/37).

A novel legislação concedeu aos planos de saúde a possibilidade de oferecimento de reembolso aos seus beneficiários, fazendo com que plano e seguro saúde constituam, hoje, produtos similares (CECHIM, 2008, p. 26).

A partir de 2000, o setor de saúde passou a se submeter à Agência Nacional de Saúde Suplementar-ANS, a qual cabe fiscalizar, regulamentar e monitorar o mercado de saúde suplementar (OLIVEIRA, 2008, p. 52).

Por fim, em 15 de abril de 2009, entrou em vigor a Resolução nº 186 da Agência Nacional de Saúde, acerca da portabilidade nos planos de saúde. Por meio da portabilidade, os consumidores podem migrar entre planos de saúde, sem a obrigação de cumprimento de novas carências, ampliando o rol de escolhas entre as operadoras, a fim de incentivar a melhoria dos serviços de saúde.

Sobre a Resolução, a ANS pronunciou-se no sentido de que a norma seria um importante instrumento de estímulo à concorrência no mercado de saúde suplementar.

Entretanto, o mercado dos planos de saúde, como se observa a seguir, possui particularidades regionais e diferenças entre os mercados de planos coletivos e os planos individuais e familiares, o que importa diretamente para o estudo da concentração de mercado e, conseqüentemente, da portabilidade.

2 O MERCADO DOS PLANOS DE SAÚDE

2.1 O mercado e o consumidor

A partir do Século XVIII, com o advento do liberalismo, o qual manifestou-se como a “operacionalização da liberdade”, após o fim do absolutismo, criou-se uma estrutura de contenção aos poderes do Estado. Observou-se, contudo, que as idéias liberais de contenção estatal, firmadas pela separação dos poderes através dos movimentos do constitucionalismo e das codificações do direito privado não eram suficientes para garantir o equilíbrio econômico visado

pelo ideal de garantia do livre acesso aos mercados, apostando na autorregulação da economia (CARPENA, 2005, p. 12).

Segundo a Lei de Maine, “o mercado era o *locus* no qual os indivíduos poderiam disputar as melhores oportunidades sem o impedimento das relações de privilégios herdados ou socialmente transmitidos” (CARPENA, 2005, p. 16).

Entretanto, devido à massificação dos contratos, esse mercado, calcado na idéia de concorrência, deixa de ser equânime para se tornar produto do mais forte, o que resulta na tomada de consciência da necessidade de intervenção sobre o domínio privado, e resolve-se criar mecanismos de preservação do mercado, adaptando-se às novas exigências sociais (CARPENA, 2005, pp. 16/17).

A fim de assegurar o próprio modelo econômico, então, surge o Estado Social – *Welfare state* -, intervencionista, ancorado pelas constituições sociais, programáticas e comprometido com o bem-estar da sociedade.

Eros Roberto Grau (2008, p. 27) ressalta que esse movimento cede nos últimos anos do século XX, marcado pela crise fiscal dos Estados, mas que tende a intensificar-se novamente. Esse “capitalismo assistencial”, como dita o autor, busca à constante renovação do capitalismo, promovendo sua integração e renovação.

Quanto ao mercado, Eros Roberto Grau, ao citar Avelãs Nunes, diz que esse, antes de ser uma instituição jurídica, é instituição social - como produto da história da humanidade, que veio a servir os interesses de alguns, mas não de todos -, e instituição política - na medida em que se destina a regular e a manter determinadas estruturas de poder que asseguram a prevalência de interesse de certos grupos sociais. Nesse sentido, pode-se dizer que tanto o Estado, como o mercado são “espaços ocupados pelo *poder social*” (GRAU, 2008, p. 28).

Ainda pode-se considerar que o mercado é um *locus artificialis*, segundo o entendimento de Natalino Irti, autor citado por Eros Grau, uma vez que não é instituição natural, mas “instituição que nasce graças a determinadas reformas institucionais, operando com funda-

mento em normas jurídicas que o regulam, o limitam, o conformam”, consubstanciando-se em uma ordem, caracterizada pela regularidade e previsibilidade de comportamentos, cujo funcionamento pressupõe a obediência de determinadas condutas pelos agentes que nele atuam (GRAU, 2008, p. 28).

Destarte, a partir do final do século XVIII, o mercado deixa de referir-se aos lugares designados como “mercado” e “feira” e assume o caráter de atividade, ou um “conjunto de operações econômicas e modelo de trocas”, passando a expressar um projeto político, como princípio de organização social. Ressalte-se que essa concepção supõe a livre competição e seu substrato se forma a partir das regras do mercado (GRAU, 2008, p. 33).

Segundo Eros Roberto Grau, além de lugar e princípio de organização social, o mercado é instituição jurídica, fundada na segurança e certeza jurídicas⁶, e reclama do Estado, a um só tempo, a garantia de liberdade econômica e, concomitantemente, a sua regulação.

O modo de produção capitalista elege o lucro como razão fundamental do ordenamento político e coloca o direito a seu serviço, de modo que este permita a fluência da circulação mercantil, refreando os determinismos econômicos (GRAU, 2008, p. 34). e garantindo a eficiência econômica do mercado.

Nesse sentido, a ordem econômica na Constituição Federal de 1988 consagra um regime de mercado organizado – aquele afetado pelos preceitos da ordem pública clássica -, opta pelo tipo liberal do processo econômico - só admite a intervenção do Estado para coibir abusos e preservar a livre concorrência -, mas sua posição corresponde a do neoliberalismo ou social-liberalismo, com a defesa da livre iniciativa (GRAU, 2008, p. 190).

A Carta Magna ainda estabelece uma série de princípios formadores da ordem econômica, inscritos nos arts. 1º, 3º, 5º, LXXI, , 7º a 11, 24, I, 37, XIX e XX, 103, paragrafo 2º,

⁶ O direito moderno possui como premissa maior a racionalidade, na medida que permite a instalação de um horizonte de previsibilidade e calculabilidade em relação aos comportamentos humanos, sobretudo nos mercados, e funda-se objetivamente na lei. (GRAU, Eros Roberto. *A Ordem econômica na Constituição de 1988*. 13ª ed. Ed. Malheiros: São Paulo, 2008, pp. 28-29).

149, 201, 202, 218, 219, 225, bem como aqueles definidos como princípios gerais não positivados, ou aqueles que não estão expressos e normas constitucionais.

Eros Roberto Grau (2008, pp. 203/204) defende que o princípio da livre iniciativa abarca um conceito bem maior que uma liberdade econômica, ou liberdade de iniciativa econômica, cujo titular é a empresa. Entretanto, é esse o sentido utilizado no trabalho e que, segundo o autor, pode ser recebido em sua dupla face, enquanto liberdade de comércio e enquanto liberdade de concorrência.

O princípio da defesa do consumidor, por sua vez, e, segundo o autor citado, “afeta todo o exercício da atividade econômica” e deve ser tomada sob os aspectos de promoção da atonicidade dos interesses do trabalho, da debilidade e subordinação do consumidor frente ao fornecedor e da não configuração das medidas voltadas à defesa do consumidor como meras expressões da ordem pública, mas lograda mediante “a implementação de específica normatividade e de medidas dotadas de caráter interventivo” (GRAU, 2008, pp. 250/251).

Segundo Cláudia Lima Marques, é aparente a antinomia formada pela Constituição entre a defesa do consumidor e a liberdade de iniciativa econômica. Tal antinomia foi desejada pela Magna Carta. Isso porque o constituinte assim provoca a relativização de postulados considerados absolutos pela interpretação do ordenamento jurídico conforme a Constituição, a qual exige a harmonização de princípios constitucionais aparentemente contraditórios. Nesse aspecto, erige-se a defesa do consumidor a “princípio limitador da atividade econômica” (MARQUES, 2006, p. 288).

A tal aspecto, enumeram-se os seguintes artigos da Carta Magna: 5º, XXXII, 170, V, e 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias-ADCT em prol do consumidor. Já na Lei 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor –, destaca-se o art. 6º e seus incisos, os quais tratam dos direitos básicos do consumidor.

Esses direitos decorrem dos princípios já citados acima, que norteiam o CDC, e, nesse panorama, pode-se dizer que o princípio da vulnerabilidade veio para equilibrar as relações de mercado, reconhecendo a fragilidade do consumidor frente ao fornecedor. (SALAZAR,

GROU, SERRANO, 2008, p. 196). Dessa maneira, segundo Nelson Nery Jr., as relações de consumo estavam desequilibradas no mercado e o CDC veio para regulamentar essa relação. Em suma, “o Código não veio para punir o empresário, mas para dotar o consumidor de maior poder de negociação quando da patologia da relação de consumo” (NERY JR., 1992, p. 46).

Nesse aspecto, um mercado, para atender ao objetivo principal da atividade econômica, que, segundo Robert Dorfman, “está em prover os consumidores com os bens e serviços de que necessitam” (DORFMAN, 1977, p. 238), torna-se necessário, segundo ele, algumas vezes, prejudicar alguns consumidores em prol da satisfação de outros. Dorfman destaca o critério Pareto, desenvolvido por Vilfredo Pareto, o qual estabelece o que o autor considera ser o ponto inicial para o desempenho de uma economia: “que a economia não perca nenhuma oportunidade de aumentar a satisfação de qualquer consumidor, sempre que esse objetivo possa ser conseguido sem prejuízo dos demais consumidores” (DORFMAN, 1977, p. 238).

O critério Pareto pode ser dividido em três subcritérios estáticos, quais sejam: 1) eficiência na distribuição - os bens produzidos pela economia são distribuídos aos consumidores que os desejam, ou seja, nenhum consumidor deveria ser obrigado a adquirir um produto quando preferisse outro diferente e também disponível; 2) eficiência na produção – deve-se produzir tantos bens quantos permitirem os recursos e a tecnologia disponíveis, à luz do produto de todos os outros bens procurados no consumo -; 3) soberania do consumidor – os bens produzidos devem ser aqueles que o consumidor deseja adquirir – e dois subcritérios de aspecto dinâmico, que são: 1) plena utilização dos recursos – todos os recursos disponíveis devem estar sendo utilizados pela economia – e; 2) Previsão eficiente – dedicar à previsão para o futuro uma quantidade de recursos capazes de permitir que o produto da economia cresça à taxa mais desejável (DORFMAN, 1977, p. 239).

No que diz respeito ao mercado suplementar de saúde, ao facultar ao setor privado o direito de explorar os serviços de assistência à saúde como atividade de mercado, o Estado, mesmo que reconheça o caráter público do serviço, acabou por admitir a obtenção de lucro nesse setor (SALAZAR; GROU; SERRANO, 2008, p. 194).

Dessa forma, ante a vulnerabilidade do consumidor⁷ e os princípios da ordem econômica, fez-se necessária uma regulamentação que visasse à garantia do exercício da atividade econômica, tendo em vista que essa intervenção, se feita de forma salutar, garante os direitos do consumidor pelo efetivo funcionamento do mercado, ampliando os fatores de desempenho econômico.

Para tanto, a Constituição Federal, a Lei Orgânica de Saúde e o Código de Defesa do Consumidor estabeleceram aspectos principiológicos e estruturais que permitem conferir ao usuário dos serviços de saúde uma dupla proteção constitucional: a compatibilização e subsunção da atividade econômica das operadoras aos valores relevantes do direito fundamental à saúde e a promoção da defesa do consumidor (SALAZAR, GROU, SERRANO, 2008, p. 195).

O papel do setor privado em saúde é diversificado em vários países, podendo ser: 1) principal – quando constitui forma única ou principal de cobertura para grande parte da

⁷ O princípio da vulnerabilidade, previsto no art. 4o, I, do CDC, traduz-se pelo fato de o consumidor ser considerado a parte mais fraca da relação jurídico-contratual de consumo, vislumbrando um flagrante desequilíbrio entre contratante e contratado (GREGORI, Maria Stella. Desafios após dez anos da Lei dos Planos de Saúde. Revista de Direito do Consumidor, Ano 17, n. 66, abr.-jun. RT: São Paulo, 2008, p.85). Segundo Cláudia Lima Marques, “a vulnerabilidade é mais um estado da pessoa, um estado inerente de risco ou um sinal de confrontação excessiva de interesses identificado no mercado”, consubstanciando “uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação”. (MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 5a ed. RT: São Paulo, 2006, p. 320). Ainda segundo a autora, os critérios para se considerar essa vulnerabilidade são objetivamente tomados pelo CDC e podem ser técnicos, jurídicos, fáticos e informacionais. Isso porque o consumidor não possui os conhecimentos técnicos ou específicos do serviço oferecido ou do bem oferecido, é inferior economicamente, não possui conhecimentos jurídicos, nem econômicos específicos, é facilmente subjugado por um fornecedor que detenha o poder de monopólio, grande poder econômico ou fornece serviços essenciais e não tem acesso a todas as informações detidas pelo fornecedor (MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 5a ed. RT: São Paulo, 2006, pp. 321-331). Por este princípio, procura-se uma igualdade material entre a parte mais fraca e a mais forte nas relações de consumo, sendo necessária a presença do Estado, a fim de conduzir o ordenamento jurídico a um controle mais efetivo desse equilíbrio (BENJAMIN, Antônio Herman, MARQUES, Cláudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de Direito do Consumidor. 2a ed., RT: São Paulo, 2009. p. 58). Fernando Costa de Azevedo evidencia a idéia da necessidade de consumo e do dever do Estado de garantir a efetividade da Política Nacional de Relações de Consumo, reconhecendo-se a vulnerabilidade do consumidor – que, inclusive, fica à deriva em um mercado cada vez mais internacionalizado. Realça, ainda, que a boa-fé nas relações de consumo não se liga a conceitos éticos apenas, mas também a conceitos econômicos da própria funcionalidade do contrato (AZEVEDO, Fernando Costa de. Considerações sobre o direito administrativo do consumidor. In Marques, Cláudia Lima. Revista Direito do Consumidor, ed. 65, ano 2008, p. 39-90). A partir dessa ideia, pode-se ressaltar a vulnerabilidade do consumidor perante a massificação dos planos de saúde e seu agigantamento, que subordina o consumidor a práticas abusivas e, sobre o prazo de carências, à retenção quase que obrigatória de um usuário a um determinado plano. Quanto aos serviços de assistência à saúde, espera-se da operadora, sempre, a qualidade da prestação de seus serviços. Sem o suprimento dessa expectativa, rompe-se a relação de confiança estabelecida e, portanto, o consumidor deve ter assegurada sua escolha de poder transferir-se de plano de saúde ou de rescindir o contrato.

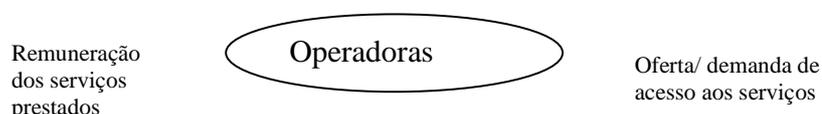
população -; 2) duplicado – a população pode optar por um seguro privado sem abrir mão da cobertura do setor público principal -; 3) complementar – o setor privado oferece cobertura adicional para bens e serviços com cobertura insuficiente pelo sistema público, que é o principal –; 4) suplementar – oferece coberturas alternativas para bens e serviços não cobertos ou cobertos inadequadamente pelo sistema principal – ;e 5) alternativo – o usuário pode optar por um dos sistemas, público ou privado (CECHIM, 2008, p. 37).

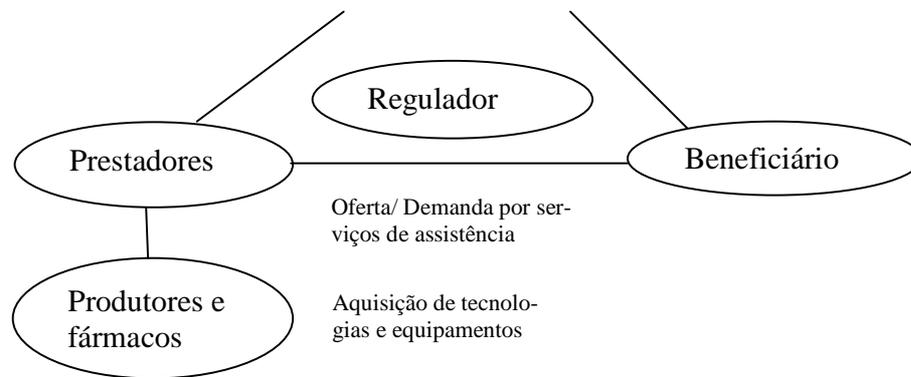
Nos termos do artigo 199 da Constituição Federal de 1988, as instituições privadas poderão participar de forma complementar do SUS, passando a integrar o sistema público de saúde e submetendo-se aos princípios e diretrizes que orientam o sistema público (FIGUEIREDO, 2006, p. 118).

Além dos serviços públicos de saúde, a Carta Magna também admite a atuação da atividade privada no campo da saúde, em caráter suplementar, o que indica que esse serviço não constitui monopólio do Estado e, tampouco, serviço de utilidade pública exclusivo deste, mas, por se tratar de direito fundamental de relevância pública, subsume as entidades privadas prestadoras de serviços de saúde à sua regulamentação, fiscalização e controle. Ressalte-se que, não obstante seja serviço de relevância pública, o sistema suplementar de saúde rege-se por normas de direito privado, consubstanciando-se em atividade econômica (FIGUEIREDO, 2006, p. 119).

O mercado dos planos e seguros de saúde é formado pelos seguintes agentes: consumidores (beneficiários), prestadores de serviço, operadoras de planos e seguros, o órgão regulador e a indústria de equipamentos, materiais e fármacos, que se relacionam da seguinte maneira:

Figura 1.1 A organização do mercado de saúde suplementar





FONTE: IESS

A partir do esquema acima, pode-se examinar como se estabelece a interrelação entre esses agentes.

Primeiro, o empresário que pretende entrar no ramo dos planos privados de assistência à saúde com a finalidade de lucro organiza-se sob a forma de pessoa jurídica, que pode ser uma sociedade de responsabilidade limitada, se não for seguradora, uma companhia vestindo forma de sociedade anônima, obrigatória para o ramo de seguros, ou uma sociedade cooperativa⁸. Por outro lado, se o empreendimento não contiver finalidade de lucro, a empresa pode constituir uma sociedade civil sem fins lucrativos ou o empreendedor pode, inclusive, utilizar uma entidade fundacional que invista seus recursos na exploração de plano privado de assistência à saúde para obter economia de seus gastos (BOTTESINI; MACHADO, 2005, p. 53).

Atualmente, o artigo 10 da Resolução RDC 39 de 27.10.2000 dispõe que as operadoras de planos de saúde classificar-se-ão da seguinte forma: administradora, cooperativa médica, cooperativa odontológica, autogestão, medicina de grupo, odontologia de grupo ou filantropia.

⁸ A MP no 2.177-44, que modificou a Lei no 9.656/98, define expressamente o que seja Operadora de Plano de Assistência Privada à Saúde como a pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de Plano Privado de Assistência à Saúde.

As administradoras são “empresas que administram planos de assistência à saúde financiados por outra operadora; não possuem beneficiários; não assumem o risco decorrente da operação desses planos; e não possuem rede própria, credenciada ou referenciada de serviços médico-hospitalares ou odontológicos” (AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR-a, 2009).

Segundo a Resolução da Diretoria Colegiada-RDC 39, de 27.10.2000, da ANS, que dispõe sobre a segmentação e a classificação das Operadoras de Planos de Assistência à Saúde, as entidades de Autogestão são aquelas que “operam serviços de assistência à saúde destinados, exclusivamente, a empregados ativos, aposentados, pensionistas ou ex-empregados, bem como a seus respectivos grupos familiares definidos, limitado ao terceiro grau de parentesco consanguíneo ou afim, de uma ou mais empresas ou, ainda, a participantes e dependentes de associações de pessoas físicas ou jurídicas, fundações, sindicatos, entidades de classes profissionais ou assemelhados”.

As cooperativas podem ser: 1) médicas: sociedades sem fins lucrativos, constituídas conforme o disposto na Lei n.º 5.764, de 16 de dezembro de 1971; ou 2) odontológicas: sociedades sem fins lucrativos, constituídas conforme o disposto na Lei n.º 5.764, de 16 de dezembro de 1971, que operam exclusivamente planos odontológicos.

As entidades de filantropia não possuem fins lucrativos e operam planos privados de assistência à saúde, certificadas como entidade filantrópica junto ao Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS) e declaradas de utilidade pública junto ao Ministério da Justiça ou junto aos órgãos dos Governos Estaduais e Municipais.

As seguradoras especializadas em saúde são sociedades autorizadas a operar planos de saúde, desde que estejam constituídas como seguradoras especializadas nesse serviço, devendo seu estatuto social vedar a atuação em quaisquer outros ramos ou modalidades.

A medicina de grupo abrange as demais empresas ou entidades que operam planos privados de assistência à saúde e a odontologia de grupo são as demais empresas ou entidades que operam, exclusivamente, planos odontológicos.

Em segundo lugar, devem ser cumpridos os requisitos para o registro na Agência Nacional de Saúde, o que inclui a disponibilização de serviços e estabelecimentos especializados na área salutar. Esses prestadores de serviço podem ser: 1) contratados – a operadora possui rede própria; 2) participar de rede credenciada – a operadora coordena redes terceirizadas e remunera diretamente o prestador de serviços - ou 3) participar de rede referenciada – reembolso de despesas ao beneficiário (CECHIM, 2008, pp. 223-224).

Segundo a ANS, o conceito dado para prestadores de serviço de saúde é o “conjunto de estabelecimentos de saúde, incluindo equipamentos e recursos humanos, que oferecem o cuidado aos beneficiários em todos os níveis de atenção à saúde, considerando ações de promoção, prevenção, tratamento e habilitação” (AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR-a, 2009).

Em seguida, os interessados nos serviços irão formalizar os contratos com a operadora. O tipo de contratação poderá ser: 1) individual ou familiar - contrato assinado entre um indivíduo e uma operadora de planos de saúde para assistência à saúde do titular do plano (plano individual) ou do titular e seus dependentes (plano familiar); ou 2) coletivo - contrato assinado entre uma pessoa jurídica e uma operadora de planos de saúde para assistência à saúde de empregados/funcionários, ativos/inativos, ou de sindicalizados/associados da pessoa jurídica contratante. (AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR-a, 2009)

Os produtores de equipamentos e materiais médicos e fármacos realizam o fornecimento de insumos básicos para o funcionamento da indústria de saúde (CECHIM, 2008, p. 34).

Entre todas essas relações (beneficiário-operadora; operadora-prestador; prestador-beneficiário) encontra-se o agente regulador, no caso, a ANS, que tem, entre seus deveres, o de garantir o equilíbrio na relação dos agentes, a equidade na precificação e corrigir as eventuais falhas de mercado, algumas das quais se relata a seguir.

2.1.1 As falhas no mercado de planos de saúde

As falhas na construção das curvas de demanda e oferta no mercado de saúde, as quais geram a fixação e definição da produção social, segundo Arthur Lourenço da Fonseca (2004, pp. 45-46), podem ser constituídas pelos seguintes elementos:

a) o fato de que a demanda não se estabelece como um desejo do consumidor, mas como uma necessidade decorrente da ausência de saúde; b) as dificuldades em limitar os benefícios da atenção à saúde a uma pessoa em particular, quando as externalidades do `consumo` de saúde são evidentes, seja na absorção dos benefícios gerados pelas ações de saúde pública, seja na interdependência da percepção individual entre a própria saúde e a de outras pessoas que têm acesso a serviços de saúde; c) a assimetria de informação entre o consumidor de saúde e os provedores, que se desdobra por diversas vias, desde o custo da informação até a submissão do consumidor-comprador de serviços às decisões tomadas pelo profissional de saúde; d) a incerteza envolvida tanto na necessidade de saúde quanto na efetividade de um eventual tratamento. Vale notar que toda a reflexão motivada pelas especificidades da mercadoria saúde deriva do fato de que estas características são identificáveis em diversos produtos, mas a saúde é um dos poucos casos onde todos os quatro são concomitantes.

Uma falha de mercado muito comum nos contratos de planos de saúde é a chamada assimetria de informação. O beneficiário não revela, por completo, seu estado de saúde, nem os provedores revelam o verdadeiro estado do paciente a eles e às operadoras e nem as operadoras revelam, de modo integral, suas estratégias de gerenciamento de custos e detalhes de regulação, além de não divulgarem todas as condições da oferta dos serviços ou de sua cobertura (CECHIM, 2008, p. 34).⁹

Os interesses de operadoras e beneficiários, em regra, são economicamente contrários um ao outro, ou seja, o beneficiário de maior risco tem maior interesse em um plano de saúde, mesmo por um preço mais elevado, ao mesmo tempo que as operadoras tendem a criar barreiras ao acesso de pacientes de maior risco, o que impede, muitas vezes, a contratação (FONSECA, 2004, p. 40).

⁹ Segundo Arthur Lourenço da Fonseca: Esta assimetria de informações dificulta o monitoramento do comportamento das partes e aumenta o custo dos contratos, pela necessidade de implantar mais instrumentos de garantia contratual, monitorização dos procedimentos solicitados, revisão de serviços prestados e criação de uma assessoria jurídica para resolução de processos judiciais e administrativos. (FONSECA, Arthur Lourenço da. *Portabilidade em planos de saúde no Brasil*. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/data/files/8A95886526BD1BA90126C34961E77090/DIS_Portabilidade%20-%20Formas%20de%20Implementacao_ARTUR_LOURENCO_DA_FONSECA.pdf> Último acesso em: 01 mai 2010).

Dessa falha advém o fenômeno da seleção adversa, ou seja, o indivíduo somente irá adquirir o seguro, se o custo for inferior ao que ele espera gastar com saúde, e as operadoras aceitam vender o seguro a um preço superior ao gasto esperado pelo indivíduo saudável, mas ela não possui todas as informações sobre a pessoa. Ao constatar isso, as operadoras calculam o aumento de preços segundo o custo médio dos indivíduos. Ao receber novos interessados, que também só assinarão o contrato se seus gastos com saúde estiverem em patamar superior, a operadora calcula novo aumento para se adequar a esses (FONSECA, 2004, p. 35).

Se isso fosse levado ao pé da letra, os ajustes chegariam a tal ponto que não mais existiria o mercado de saúde suplementar. Dessa forma, procura-se amenizar o problema da assimetria da informação por meio de algumas medidas, como, por exemplo, o período de carência, intervalo de tempo que no qual ocorre a exclusão da cobertura do plano para alguns procedimentos (CECHIM, 2008, p. 35).

Entretanto, ao mesmo tempo que o período de carência constitui um modo de conhecimento do beneficiário pela operadora, ao admitir-se a obrigatoriedade de outro cumprimento desse período na troca de operadora, tal medida se torna elemento extremamente limitador de vontades e esbarra no próprio conceito de mercado “saudável”, uma vez que, não obstante haja competitividade, o consumidor dela não participa, pois o gradativo envelhecimento da população e a preocupação cada vez maior do indivíduo com a saúde, torna esta uma das prioridades absolutas do consumidor, não se coadunam com um novo período de restrição.

Ressalta-se, ainda, o conceito destacado por Arthur Lourenço da Fonseca, da falha de seleção adversa em permanecer na operadora, que significa a propensão de um beneficiário a permanecer em uma operadora, mesmo se descontente com os serviços, pelo fato de necessitarem de forma mais imediata da utilização dos serviços médicos, ou seja, aqueles de maior gasto para a operadora (FONSECA, 2004, p. 41).

Assim, para esse beneficiário, até o advento da portabilidade, isso significava que ele perderia direitos adquiridos, como carências e regras de reajuste de preços por faixa etária e não poderia gozar de forma mais frequente e mais confortável dos serviços prestados.

Do fenômeno da assimetria da informação decorre outra falha de mercado: o risco moral, ou o *moral hazard*, o qual está diretamente ligado à divisão de riscos entre os segurados, ou seja, o usuário de planos de saúde sobreutiliza os serviços oferecidos, utilizando-os mais do que se estivesse pagando por eles ou até mesmo os prestadores de serviços – por exemplo, os médicos – podem induzir os pacientes a utilizarem mais os serviços, a chamada demanda induzida pela oferta, ou *supplier-induced demand*, como forma ou de serem melhor remunerados ou de aumentarem as chances de um diagnóstico perfeito (CECHIM, 2008, p. 37).

A respeito das falhas de mercado, ressalta Arthur Lourenço da Fonseca (2004, p. 48):

Estas falhas de mercado têm motivado o crescimento das atividades regulatórias, estimulando a intervenção crescente dos governos em nome de consumidores, na proteção de contratos e da provisão de bens públicos. Com isso, a política pública assume que o mercado por si só não gera a alocação otimizada, de recursos em qualquer circunstância em termos de Pareto.

Tais falhas evidenciam a necessidade de regulação do mercado, a qual deve objetivar a “promoção da eficiência, a equidade e o desenvolvimento do mercado, caso contrário a intervenção do poder público pode até mesmo agravar falhas já existentes” (CECHIM, 2008, p. 48).

Arthur Lourenço da Fonseca (2004, p. 47), estabelecendo uma relação apenas entre médicos, operadoras e paciente, ressalta que a dificuldade de trânsito entre as operadoras gera um “predomínio do poder dos médicos e de prestadores, que são capazes de determinar a quantidade de serviços solicitados e das seguradoras que determinam a qualidade dos serviços ofertados”, o que leva o paciente a ser um agente passivo, incapaz de influenciar em grandes proporções na demanda ou qualidade dos serviços prestados.¹⁰

¹⁰ A respeito dos efeitos causados por mercados em desequilíbrio, dominados por médicos ou seguradoras, argumenta o autor: “No mercado dominado por médicos, ainda a influência exercida na escolha dos prestadores por conta da localização e do nível de qualidade e conforto oferecido. O preço passa a ser um fator de menor importância, tornando o sistema quanto mais competitivo mais caro (Farle 1985 e Joskow 1980). No mercado dominado pelas seguradoras, o preço se torna o fator mais importante na escolha dos prestadores de serviço. O resultado final depende do poder de barganha das operadoras e dos prestadores, e ainda da prioridade do paciente entre manutenção no mesmo plano com atendimento no mesmo hospital e da capacidade de pagar os prêmios.” (FONSECA, Arthur Lourenço da. *Portabilidade em planos de saúde no Brasil*, p. 47. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/data/files/8A95886526BD1BA90126C34961E77090/DIS_Portabilidade%20-

Dessa forma, observa-se que a peculiaridade do mercado de saúde reclama por uma regulamentação capaz de garantir a ordem econômica do setor, corrigindo as eventuais falhas causadas por falta de informações, limitação de vontades, entre outros, protegendo, assim, a soberania do consumidor e o desempenho econômico do mercado.

2.1.2 *O contrato*

Segundo comentário de Antônio Herman V. Benjamin, no prefácio do livro de Cláudia Lima Marques, a revolução industrial trouxe a revolução de consumo, o que levou às relações privadas a assumirem uma conotação massificada e a substituir a contratação individual pela coletiva. Esse fenômeno culminou na uniformização de contratos, falta de negociação prévia entre os contratantes, e, apesar de ter conferido rapidez e segurança às transações na sociedade massificada, também trouxe perigos aos consumidores que aderem a contratos sem o conhecimento de todas as suas cláusulas (MARQUES, 2006, p. 09).

Nas palavras de Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer (2008, p. 15), planos privados de assistência à saúde são “contratos que, mediante pagamento de um prêmio mensal, os fornecedores se obrigam a garantir, sempre que necessário, o tratamento de saúde dos consumidores”.

A Lei nº 9.656/98 conceitua os Planos Privados de Assistência à saúde da seguinte forma:

prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor.

O autor acima citado ressalta a natureza securitária dos planos privados de assistência à saúde. Tal natureza extrai-se de seu próprio contrato, uma vez que, mediante paga-

mento mensal, os fornecedores se obrigam a garantir o tratamento necessário à saúde dos consumidores toda vez que ocorra o evento aleatório, ou, o problema de saúde (PFEIFFER, 2008, p. 16).

Nesse diapasão, tem-se que os contratos de planos de saúde são contratos cativos de longa duração, incluídos como subespécies de “contrato de assistência médico-hospitalar”, organizados sistematicamente e em cadeia, e que constituem um “serviço garantido de prestação em caso de evento à saúde” (MARQUES, 2006, p. 481).

Nesses contratos, há o envolvimento de vários sujeitos, quais sejam, o usuário do plano, que pode açambarcar o titular, seus beneficiários, dependentes ou agregados, ou, em suma, todos aqueles que utilizam o serviço de saúde como destinatário fático final ou equiparado, o fornecedor dos serviços – hospitais, clínicas, médicos etc –, a operadora de plano de saúde, o agente regulador – no caso dos planos de saúde é a Agência Nacional de Saúde Suplementar – e os fornecedores de medicamentos e equipamentos.

No caso em questão, as principais relações a serem tratadas neste trabalho envolvem os seguintes sujeitos: o usuário dos serviços¹¹, a operadora de planos de saúde e o fornecedor de serviços¹².

O objeto desse tipo de contrato é a transferência de riscos/garantias referentes a futuras necessidades de assistência médica ou hospitalar. Logo, são contratos aleatórios, cuja utilização do serviço depende de ocorrência de evento futuro e incerto, e formam relações de “con-

¹¹ O artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor dispõe que consumidor é “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Segundo a teoria finalista, adotada pela Seção de Direito Público do Superior Tribunal de Justiça, destinatário final seria o destinatário fático e econômico do bem ou serviço, ou seja, aquele que retira o bem da cadeia de produção sem reinseri-lo nesta ou usá-la para uso profissional. (BENJAMIN, Antônio Herman, MARQUES, Cláudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*, 2ª ed., ed. RT: São Paulo, 2009, p. 71). No caso, os usuários de planos de saúde encaixam-se perfeitamente no conceito, porquanto utilizam os serviços de saúde para si ou seus dependentes como destinatários fáticos e econômicos.

¹² A definição de fornecedor encontra-se no art. 3º do CDC e abrange “toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”. Neste conceito insere-se a operadora de planos de saúde, no que diz respeito ao contrato e suas particularidades. Da mesma forma, o fornecedor dos serviços médicos também responde como fornecedor, como profissional ou pessoa jurídica, no tocante a sua atuação e atendimento.

vivência e dependência com os fornecedores desses serviços de saúde por anos, pagando mensalmente suas contribuições (...), usufruindo ou não dos serviços” (MARQUES, 2006, p. 489)¹³.

Observa-se, portanto, que as operadoras de plano de saúde criam expectativas em seus usuários, transmitindo a segurança aos consumidores de que, havendo necessidade, há de ser prestado o serviço adequado e previsto na cobertura contratual do plano.

Ainda no pensar de Cláudia Lima Marques:

Os contratos de planos de assistência à saúde são contratos de cooperação, regulados pela Lei 9.656/98 e pelo Código de Defesa do Consumidor, onde a solidariedade deve estar presente não só como mutualidade (...), mas como cooperação com os consumidores, como divisão paradigmático-objetiva e não subjetiva da sinistralidade, como cooperação para a manutenção dos vínculos e do sistema suplementar de saúde, como possibilidade de acesso ao sistema de contratar, como organização do sistema para possibilitar a realização das expectativas legítimas do contratante mais fraco(...) (MARQUES, 2006, pp. 492-493).

Dessa catividade intrínseca ao contrato decorre a vulnerabilidade do usuário do plano de saúde, como, por exemplo, o aumento abusivo em face da faixa etária do conveniado (MARQUES, 2006, pp. 495-496) e o crescimento, cada vez maior, a medida em que o segurado envelhece, da necessidade de serviços de saúde, o que causa, portanto, a dependência tanto física quanto psíquica do consumidor, pelo fato de ver-se seguro pela prestação de serviços médicos.

2.1.3 A Agência Nacional de Saúde Suplementar e o papel da regulação

O poder regulatório do setor de saúde nem sempre foi centralizado. Na verdade, o período que seguiu à aprovação da Lei 9.656/98 e à edição da MP 1.665 era caracterizado por uma regulação bipartite. Por um lado, a Susep e o Conselho Nacional de Seguros Privados-CNSP, no âmbito do Ministério da Fazenda, regulavam os aspectos econômico-financeiros, tanto das seguradoras, como dos outros tipos de operadoras, e, por outro, o Departamento de Saúde Suplementar da Secretaria de Assistência à Saúde, no âmbito do Ministério da Saúde, juntamente com o Consu, regulava os aspectos assistenciais do setor (CECHIM, 2008, p. 124).

¹³ Por esse motivo, Cláudia Lima Marques ressalta a importância de haver um diálogo e uma aplicação conjunta de normas da Constituição Federal, da Lei 9.656/98 e do Código de Defesa do Consumidor (MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5ª ed. RT: São Paulo, 2006, p. 485).

Tal panorama acabou por gerar uma zona de instabilidade regulatória, causando problemas de efetividade na regulamentação (CECHIM, 2008, p. 124).

Diante disso, veio a criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar-ANS pela MP 1.929, de 25 de novembro de 1999, convertida na Lei 9.961, de 28 de janeiro de 2000, que centralizou o poder regulatório e remeteu ao Ministério da Saúde a responsabilidade pelo gerenciamento do setor (CECHIM, 2008, p. 124).

A ANS é autarquia federal em regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, com a sua finalidade institucional definida no artigo 3º da Lei 1.929/99, qual seja, “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”.

A Agência possui autonomia na gestão administrativa, financeira, patrimonial e de recursos humanos, inclusive em suas decisões técnicas e mandato de seus dirigentes; é administrada por uma Diretoria Colegiada composta por cinco diretores e sua principal fonte de financiamento é a Taxa de Saúde Suplementar, paga anualmente pelas operadoras (CECHIM, 2008, p. 140).

A sua competência está detalhada no art. 4º da Lei 9.961 e inclui a regulamentação das atividades das operadoras, inclusive no tocante à cobertura assistencial e aos aspectos econômico-financeiros, e a fiscalização do mercado.

Inicialmente, a Agência regulava o mercado por meio da Resolução da Diretoria Colegiada-RDC. Somente em janeiro de 2002 que o Regimento Interno da ANS foi alterado, de modo a dividir a atividade regulamentadora em três tipos de Resolução: 1) a Resolução Normativa – regula a implementação da política de saúde suplementar nacional e a prestação dos serviços de assistência suplementar à saúde -; 2) a Resolução Operacional – “expressa decisão para fins de implementação de ações ou procedimentos operacionais específicos, de alcance externo, previstos em resoluções normativas” -; e 3) a Resolução Administrativa – voltada para o funcionamento da ANS (CECHIM, 2008, p. 181).

O Instituto de Estudos de Saúde Suplementar-IESS, ao fazer um panorama entre fevereiro de 2002 e janeiro de 2008, com as 168 resoluções editadas até então, defende que esse elevado número de normas decorre da necessidade de se regulamentar um mercado que não possuía uma normatização específica, mas prendia-se a um processo de tentativas e erros (CECHIM, 2008, pp. 181-182).

Entretanto, ressalta que uma grande quantidade de Resoluções também produz efeitos negativos, gerando instabilidade no setor, dificuldade de compreensão da regulamentação e incertezas quanto ao futuro, mas argumenta que esse fato deve-se ao processo de aprendizagem da ANS e que a alteração que vem ocorrendo nessas normas demonstra a preocupação da Agência no aprimoramento da regulamentação, corrigindo falhas e ampliando o seu campo de abrangência. (CECHIM, 2008, pp. 181-182).

Então, cabe indagar a já tão discutida questão: Até que ponto o Poder Público deve interferir no sistema econômico? Ou, na perspectiva dos planos de saúde, em quais setores a ANS deve interferir, a fim de manter o equilíbrio econômico do mercado dos planos de saúde, sem extrapolar os limites da regulação? Mais especificamente, no caso em questão, a Resolução nº 186 da ANS, que dispõe sobre a regulamentação da portabilidade, significa um avanço no mercado concorrencial dos planos de saúde?¹⁴

¹⁴ A relação entre Direito e Economia é muito antiga, mas foi a partir dos anos 60 do século passado que a área denominada Law and Economics começou a se desenvolver academicamente. (PINHEIRO, Armando Castelar e SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro:Elsevier, 2005, 2ª reimpressão, p. 74). Ainda hoje, há uma série de diálogos referentes à ligação entre o direito e a Economia. As correntes que operam contra essa relação alegam que existem certas diferenças metodológicas insuperáveis entre as duas áreas. Em uma, há a predominância da dogmática, estudo abstrato e sistematicidade, já na outra, no caso na Economia, predomina a análise de esquemas empíricos. Entretanto, essas críticas à combinação do Direito com a Economia, ou à possibilidade de análise conjunta dessas duas áreas vêm perdendo a força pela demonstração de que a contribuição de uma para com a outra é positiva. Isabel Vaz adota os argumentos de Daniel Friedman ao explicar que, tomando “a Economia como poderosa ferramenta para analisar normas jurídicas, em face da premissa de que as pessoas agem racionalmente, conclui-se que elas responderão melhor a incentivos externos que induzam a certos comportamentos mediante sistema de prêmios e punições”. Dessa forma, “se a legislação é um desses estímulos externos, quanto mais as forem as normas positivadas aderentes às instituições sociais, mais eficiente será o sistema” (PINHEIRO, Armando Castelar e SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro:Elsevier, 2005, 2ª reimpressão, p. 75.) Rachel Sztajn, nesse sentido, questiona: “Por que, então, não associar eficácia à eficiência na produção de normas jurídicas?”, de forma que a norma pudesse produzir efeitos e ter aptidão para atingir o melhor resultado com o mínimo de erros ou perdas, alcançando a função prevista da maneira mais produtiva (PINHEIRO, Armando Castelar e SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro:Elsevier, 2005, 2ª reimpressão, p. 81). Em suma, o que se extrai do estudo de *Law and Economics* é a percepção da importância de se observar melhor os

Acerca dessa discussão entre o Direito e a Economia, Armando Castelar e Jairo Saddi (2005, p. 12), ao exporem a perspectiva de Ronald Coase, comentam:

as leis atuam sobre a atividade econômica, por intermédio da política econômica, desempenhando quatro funções básicas: protegem os direitos de propriedade privados; estabelecem as regras de acesso e de saída dos mercados; promovem a competição; e regulam tanto a estrutura industrial como a conduta das empresas nos setores em que há monopólio ou baixa concorrência.

No que tange aos aspectos regulamentares em saúde suplementar, observa-se que, a cada nova regulamentação, surgem no mercado de saúde diversas discussões a respeito da norma recém criada, com pareceres tanto a favor, quanto contra.

Portanto, encontrar um ponto mediano entre a atuação estatal e a liberdade dos agentes econômicos do mercado torna-se muito difícil, porque colidem dois sistemas que desenvolvem pontos de vista relativamente opostos, mas que, concomitantemente, são dependentes e complementares um do outro: o político e o econômico.

Em outras palavras:

O mercado exige, para satisfação do seu interesse, o afastamento ou a redução de qualquer entrave social, político ou moral ao processo de acumulação de capital. Reclama atuação estatal para garantir a fluência de suas relações, porém, ao mesmo tempo, exige que essa atuação seja mínima (GRAU, 2008, p. 35).

Nesse sentido, a atuação reguladora da Agência Nacional de Saúde, no que tange à regulamentação do mercado salutar, cabe ser analisada sob o enfoque econômico, principalmente, no que diz respeito à concorrência existente entre as operadoras de planos de saúde.

2.2 O direito da concorrência nas operadoras de planos de saúde

Isabel Vaz (1993, p. 20), ao abordar o conceito de concorrência, discorre sobre o significado do termo competição. Nesse sentido, destaca o significado da palavra no Novo Dicionário Aurélio, segundo o qual a palavra origina-se do latim *competitione* e significa “ato ou efeito

comportamentos e análises econômicas, a fim de que a produção de normas jurídicas se torne cada vez mais eficiente. (PINHEIRO, Armando Castelar e SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro:Elsevier, 2005, 2ª reimpressão, p. 82.).

de competir”, “luta, desafio, disputa rivalidade”. No ramo da Biologia, o sentido da palavra é o de “luta dos seres vivos pela sobrevivência, especialmente quando são escassos os elementos necessários à vida entre os componentes de sua comunidade”.

Já a expressão concorrência, segundo a conceituação difundida no mundo dos negócios e em Economia Política, é “a ação desenvolvida entre competidores pela disputa de um mercado ou a simples venda de uma mercadoria” (VAZ, 1993, p. 21).

Para Font Galán, a concorrência é o substrato econômico-material da “competição entre empresários” e também pressuposto fático natural da competição entendida como “elemento institucional básico e essencial do sistema da economia de mercado” (GALÁN Apud VAZ, 1993, p. 22).

Heloísa Carpena (2005, p. 09) assim define o termo:

circunstância na qual se encontram fornecedores de produtos ou serviços, disputando uma clientela que se disponha a adquiri-los, e tendo por fim um objetivo empresarial, que pode ser maior lucratividade, maior volume de vendas ou simplesmente maior parcela de mercado.

Portanto, enquanto fenômenos naturais, tanto a palavra concorrência, como o termo competição, apesar de não constituírem sinônimos perfeitos, indicam a ideia de disputa e rivalidade.

Isabel Vaz, conforme pensamento de Ferreira de Souza, pontua que a concorrência, para ser verificada, necessita da coexistência de três identidades: de tempo, de objeto e de mercado (SOUZA, 1939, Apud VAZ, 1993, p. 24).

Nas palavras de Ferreira de Souza (1939 Apud VAZ, 1993, p. 24), os produtores, comerciantes ou industriais devem estar opostos economicamente em uma mesma época, pois não se opõem competidores de fases distantes e o objeto não precisa, necessariamente, ser o mesmo, devendo ser compreendidos os afins ou os que o substituem, mesmo que não inteiramente iguais ou de mesmo grau de utilidade (concorrência indireta). O conceito de identidade de mercado substitui a ideia de identidade territorial, já que o progresso e aperfeiçoamento dos mei-

os de transporte e comunicação relativizaram as distâncias e alargaram o conceito de mercado para o “efeito da realização dos negócios e consequente ajustamento dos preços”.

Quanto à definição de mercado competitivo, Heloísa Carpena destaca que a definição de mercado competitivo é dada pela teoria dos preços, que pressupõe ser a lei da oferta e da procura a determinante dos preços praticados. Ademais, um mercado competitivo seria aquele em que as forças estão em equilíbrio, tendendo sempre para o estabelecimento do chamado preço de mercado. Este seria o contrabalanço da quantidade de produtos ou serviços oferecidos quantidade desejada pelos consumidores e a possibilidade de compra (CARPENA, 2005, p. 24).

Ressalte-se que a concepção clássica de concorrência perfeita vem sofrendo influências e conformações decorrentes das “diretrizes político-econômicas, da extrema mobilidade, aperfeiçoamento e sofisticação dos fenômenos econômicos”. O fator preço já não é o único influente na decisão do consumidor. A forma pela qual o produto se apresenta a ele, por meio de técnicas publicitárias, acrescenta novos elementos à teoria concorrencial (VAZ, 1993, p. 27).

A concepção clássica de concorrência perfeita, segundo Raymond Barre (1975, Apud VAZ, 1993, p. 27), define-se por um certo número de caracteres fundamentais, os quais ajudam a compreender a determinação do preço do mercado, o comportamento da firma e o funcionamento dos mecanismos de mercado.

Tais caracteres possuem cinco traços fundamentais, três dos quais definem a concorrência pura, que são: 1) a atomicidade do mercado – existência de um grande número de unidades econômicas e nenhuma delas é suficientemente forte para exercer qualquer ação sobre a produção e o preço da indústria considerada -, 2) a homogeneidade do produto – todas as empresas comercializam produtos que os consumidores consideram idênticos ou homogêneos - e; 3) a livre entrada na indústria – qualquer um que queira entregar-se a uma certa produção pode fazê-lo, sem restrição de prazo ou oposição dos concorrentes e podem obter os fatores de produção que lhe são necessários (BARRE, 1975 Apud VAZ, 1993, p. 28).

As outras duas condições são: 1) a perfeita transparência do mercado – todos possuem um conhecimento completo de todos os fatores significativos do mercado – e; 2) a exis-

tência, de indústria para indústria, da perfeita mobilidade dos fatores de produção (BARRE, 1975 Apud VAZ, 1993, p. 28).

Essas cinco condições traduziriam a concorrência pura e perfeita, segundo Raymond Barre (1975 Apud VAZ, 1993, p. 28).

François Perroux (1967 Apud VAZ, 1993, p. 28), além desses fatores, ainda acrescenta o que diz ser a principal função econômica da concorrência: “a melhor colocação para todos os recursos, incluindo-se a melhor remuneração para o fator trabalho”.

A concorrência perfeita, ressalta Isabel Vaz, não requer apenas a ausência de monopólio, mas pode, igualmente, implicar um “ideal de ‘fluidez’ ou ‘mobilidade’ dos fatores, de modo que as adaptações a condições mudadas, que, na prática, requerem um certo tempo, se verifiquem, em teoria, instantaneamente”. Ademais, pode, inclusive, implicar a ausência de incertezas e perfeito conhecimento do futuro (VAZ, 1993, p. 30).

Pontuados os termos de concorrência pura e perfeita, as quais se fazem paradigma das outras, convém efetuar uma breve explicitação sobre os modos de concorrência imperfeita: o monopólio, o oligopólio, o monopsônio e o oligopsônio.

Monopólio, segundo Ferreira de Souza (1939 Apud VAZ, 1993, p. 34), que adota a proposta de Gino Arias, é:

O regime de troca, e mais geralmente o regime econômico, no qual o detentor único de uma qualquer mercadoria ou serviço, numa quantidade qualquer, mas determinada, é livre para realizar, através do preço ou do sistema dos preços, o máximo de utilidade, ou como se diz por outra forma, de ‘ofelividade’, em substância de gozo.

O oligopólio “traduz uma estrutura do mercado caracterizada pela existência de reduzido número de produtores e vendedores produzindo bens definidos como substitutos próximos entre si”. Em razão da interdependência econômica formada pelo oligopólio, as decisões sobre preço e produção de equilíbrio também se tornam interdependentes, sendo que a decisão de um vendedor influirá no comportamento econômico dos outros vendedores. (VAZ, 1993, p. 36).

O monopólio caracteriza-se pela existência de apenas um comprador para vários vendedores e o oligopólio consiste na estrutura de mercado na qual há poucos compradores (VAZ, 1993, p. 37).

As formas de concentração econômica, por sua vez, podem ser classificadas em horizontal, vertical ou conglomeração¹⁵. Podem ser caracterizadas por atos de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário que implique participação da empresa ou de um grupo de empresas igual ou superior a 20% (vinte por cento) de um mercado relevante ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400 milhões (FIGUEIREDO, 2006, p. 451).

Entretanto, conforma salienta Arthur Lourenço da Fonseca, as imperfeições de mercado não se limitam aos casos de monopólio ou oligopólio. Existem outras situações que são, da mesma forma, fundamento para a intervenção do Estado na economia ou para a regulação do mercado. Elas são: a indivisibilidade do produto – bens nos quais não se pode estabelecer preços via mercado, caracterizando-se pela não exclusividade e não rivalidade, como por exemplo, os bens públicos -, as externalidades – traduz a ideia de que o mercado nem sempre é capaz de produzir o equilíbrio para toda economia já que alguns agentes podem afetar positiva ou negativamente o mercado -, os riscos e incertezas na oferta de bens e a assimetria de informação (FONSECA, 2004, p. 44).

Novos doutrinadores têm adjetivado como “efetiva”, “eficaz”, “praticável” ou “possível” – traduções da expressão *workable competition* - a expressão concorrência, de acordo com diferentes qualificações de situações mercado, de modo a afastar a ideia de concorrência perfeita para adequar a teoria da concorrência a situações mais consentâneas com a realidade (VAZ, 1993, p. 44).

¹⁵ Horizontal é a concentração que envolve agentes econômicos distintos e competidores entre si, que ofertam o mesmo produto ou serviço em um mercado relevante. Vertical é aquela concentração que envolve agentes econômicos distintos, que ofertam produtos ou serviços diversos e que fazem parte da mesma cadeia produtiva. Conglomeração é a concentração que envolve agentes distintos que ofertam produtos ou serviços diversos, podendo ou não ser complementares entre si, mas que não fazem parte da mesma cadeia produtiva. (FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de Direito de Saúde Suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde*. São Paulo: MP editora, 2006, p. 451).

De fato, considerando o sentido dado por Eros Grau ao princípio da livre concorrência estatuído no artigo 170, IV, da Constituição Federal, o livre jogo das forças de mercado supõe a desigualdade na competição, mesmo que a partir de um quadro de igualdade jurídico-formal. Nesse quadro, a concorrência livre somente teria lugar em condições de mercado nas quais não se manifestasse o fenômeno do poder econômico, este presente na dicção do art. 173, §4º, do texto constitucional, do qual se infere o princípio da repressão aos abusos do poder econômico (GRAU, 2008, p. 209).

Entretanto, tais princípios não se opõem, mas o primeiro está contido no último, de forma que o poder econômico é a regra, não a exceção, e a ordem privada, que conforma o mercado, é determinada por “manifestações que se imaginava que fossem patológicas, convertidas porém, na dinâmica de sua realidade, em um elemento próprio a sua constituição natural”. Daí porque a livre concorrência é, na verdade, liberdade de concorrência, na medida em que enseja a competição aberta (GRAU, 2008, pp. 210-211).

Portanto, a competitividade, segundo Tércio Sampaio Ferraz Jr., é elemento comportamental formador da livre concorrência e exige, por sua vez, “descentralização de coordenação como base da formação dos preços, o que supõe livre iniciativa e apropriação privada dos bens de produção” (GRAU, 2008, p. 211).

Nesse sentido, a livre concorrência é garantia de oportunidades iguais a todos os agentes e forma de tutela ao consumidor, porquanto a competitividade induz a uma distribuição de recursos a mais baixo preço (GRAU, 2008, p. 211).

Pode-se afirmar que o regime jurídico da concorrência, destinado a regulamentar o setor, é composto por “um conjunto de normas e instituições que regulam as formas de aquisição do poder econômico e o seu exercício, segundo os valores adotados pela ordem jurídica” (VAZ, 1993, p. 262).

Tendo essas normas e instituições sua principal fonte na Constituição Federal, pelo já exposto, pode-se dizer que o direito da concorrência constitui um tipo de defesa indireta

dos direitos do consumidor¹⁶, uma vez que “a defesa mais eficiente do interesse de um consumidor em relação a um fornecedor é a existência do outro, propondo-se a oferecer melhores condições”, esta seria a base de uma interpretação econômica do direito do consumidor (MIRAGEM, 2008, p. 59).

Dessa forma, observa-se que a concorrência está intimamente ligada aos consumidores, na medida em que suas preferências e respostas tendem a definir as posições dos concorrentes em um mercado.

Fazendo-se um parâmetro com o mercado de saúde, o direito à livre concorrência entre as operadoras de planos de saúde é determinante tanto para a formação de um mercado mais eficiente e com melhores condições de contratação, quanto para garantir a proteção do consumidor, como, por exemplo, com seu direito de livre escolha de serviços, muito restrita, hoje, pelo fenômeno da massificação dos contratos.

2.3 A dinâmica do mercado privado de saúde

O sistema de saúde brasileiro constitui um sistema complexo, no qual a atuação estatal convive com o sistema privado, este em regime participativo, com o fito de suplementar os serviços oferecidos pelo Poder Público.

Atualmente, com o desenvolvimento dos sistemas de informação, é possível, a partir de informações retiradas de entidades governamentais, traçar o perfil atual do sistema suplementar de saúde.

Nesse diapasão, segundo o caderno de informações em saúde suplementar da ANS, edição de março de 2010, o ano de 2009 encerrou-se com o registro de 42,9 milhões de vínculos de beneficiários a plano de assistência médica e 13,2 milhões a planos exclusivamente odontológicos, demonstrando um crescimento de 2,2% em relação ao trimestre anterior. O gráfi-

¹⁶ Segundo Bruno Miragem: “o direito da concorrência, na medida em que visa à regulação do comportamento dos agentes econômicos no mercado, assegurando a livre competição entre os fornecedores, termina por influenciar decisivamente o direito do consumidor, de modo que a proteção da livre concorrência resulta, ainda que de modo indireto, na proteção do direito do consumidor. (MIRAGEM, Bruno. *Direito do Consumidor*, Revista dos Tribunais: São Paulo, 2008, p. 59).

co em anexo (Anexo I) demonstra o crescimento do setor no período de 2000 a 2009 (AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR-b, 2010).

No que tange ao tipo de contratação, tem-se que há uma tendência ao crescimento dos planos coletivos e a estabilidade dos planos individuais, como se observa pelo gráfico em anexo (Anexo II) (AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR-b, 2010).

Em dezembro de 2009, os planos coletivos empresariais abarcaram 55,8% dos beneficiários de planos privados de saúde de assistência médica com ou sem odontologia e nos planos coletivos por adesão o número de beneficiários foi de 17,5%. Já os planos individuais contaram com apenas 21,5% dos usuários (AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR-b, 2010).

Atualmente, existem cerca de 1.697 operadoras com registro ativo, sendo que 1.502 possuem beneficiários. O número de registros de operadoras tem diminuído com o tempo, o que pode significar uma maior fiscalização por parte do agente regulador (Anexo III) (AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR-b, 2010).

Entretanto, não obstante tal diminuição, os beneficiários contam com um grande número de operadoras ativas, entre as quais 1.098 possuem beneficiários em planos de assistência médica e 404 em planos exclusivamente odontológicos (AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR-b, 2010).

Tal número, contudo, não indica que a distribuição dos beneficiários entre as operadoras seja equânime. Na verdade, o que se infere dos números atuais de concentração ofertados pela Agência Nacional de Saúde é que o mercado concentra cerca de 10,3% dos beneficiários em apenas duas operadoras e que 33,5% das operadoras ativas que trabalham com planos de assistência médica com ou sem odontologia possuem 90% dos beneficiários de planos de saúde (Anexos IV e V) (AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR-b, 2010).

A maior parte das operadoras é de pequeno porte (1.094), contra 309 de

médio porte e 99 de grande porte – incluídas apenas aquelas que possuem beneficiários (AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR-b, 2010).

Quanto ao panorama, em setembro de 2009, acerca do registro segundo a modalidade da operadora, tem-se que a maior parte dos registros eram da modalidade cooperativa médica (53,4%) e medicina de grupo (27%), conforme gráfico em anexo (Anexo VI) (AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR-b, 2010).

No que tange à receita obtida pelas operadoras, em 2009, tem-se que aquelas médico-hospitalares obtiveram receita de contraprestação de R\$62,3 bilhões (valores preliminares), sendo que a média com despesas assistenciais foi de R\$51,6 bilhões e a receita média por beneficiário foi de R\$119,32 mensais. A receita média variou, crescendo conforme o aumento do porte da operadora (AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR-b, 2010).

Verifica-se, ainda, que o setor encontra-se concentrado nas principais regiões metropolitanas do país, em especial, no estado de São Paulo, como se observa no mapa em anexo (Anexo VII) (AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR-b, 2010).

Considerando as informações acima, que descrevem partes do atual perfil do mercado de saúde, é possível tecer algumas considerações a respeito da concorrência no setor e se a portabilidade pode influenciar ou não a competição entre as operadoras.

2.3.1 A competição entre as operadoras

Existem, atualmente, divergências a respeito do mercado suplementar de saúde. Uns entendem que o mercado encontra-se totalmente concentrado e necessita de regulamentação, e outros defendem que o mercado está longe de configurar um modelo de concentração.

Sobre o primeiro aspecto, destacam-se alguns artigos, entre eles o de Dagoberto J.S. Lima¹⁷, do qual se extrai o seguinte trecho:

Nos últimos tempos, grandes operadoras de planos de saúde adquiriram ou incorporaram outras, acarretando uma consolidação no setor. Outra tendência detectada é a verticalização do mercado. Hospitais, clínicas e laboratórios vêm sendo agregados às operadoras, resultando em grandes organizações médicas. Paralelamente, o mercado está em crescimento. Existem hoje cerca de 1.500 operadoras, que registraram um faturamento de R\$ 53 bilhões em 2009. Porém, desse valor, mais de 40% se concentram em apenas dez empresas (SEGS, 2010).

O advogado destaca que são exemplos concretos do que ocorre hoje com o mercado de saúde suplementar a assunção da carteira de beneficiários da Avimed pela Itálica e, mais recentemente, da Medial pela Amil (SEGS, 2010).

Ademais, alerta que pouco mais de 3% das operadoras no Brasil atendem dois terços dos 42 milhões de brasileiros que têm planos de saúde contratados, mas que 88% delas são responsáveis por apenas 20% dos beneficiários. Operadoras menores, que contam com menos de 10 mil usuários, equivalem a 70% do total (SEGS, 2010).

Defende que o mercado brasileiro não é restrito - afinal, o Brasil é o segundo maior mercado de saúde suplementar -, mas polarizado. Em uma ponta estão as grandes operadoras, com baixa concorrência entre elas, e, em outra, as pequenas, com preços mais acessíveis, mas, salvo exceções, ainda carentes de melhor estruturação gerencial e de assistência (SEGS, 2010).

Esclarece que a concorrência entre as operadoras não é muito acirrada historicamente, pelo fato de que as pessoas acabam por se acostumar com seus médicos, o que, além de outras dificuldades, torna ainda mais remota a troca. Ressalta ainda que o fato das empresas serem proibidas de oferecer tarifas promocionais contribui para esse panorama (SEGS, 2010).

Acerca da portabilidade, aduz que esta foi um avanço, mas que não seduziu muito os consumidores (SEGS, 2010).

¹⁷ Sócio-fundador do Advocacia Dagoberto J.S. Lima e chefe da assessoria jurídica do Sistema Abrange/Sinamge e Sinog. Currículo disponível em: <http://www.advocaciadagoberto.com.br/cv_dagoberto.htm>.

Por fim, alega que, para a população, “este cenário, apesar de oferecer numerosas opções, tem apenas dois caminhos: pagar altos preços por um bom serviço ou aceitar condições inferiores a um custo acessível”. Dessa forma, o mercado imporá situações que levariam a essas escolhas e as grandes organizações ficam cada vez maiores e fortes, ao passo que as pequenas sobreviveriam “a duras penas, com suas obrigações contratuais”, que não seriam poucas (SEGS, 2010).

Ainda sobre esse ponto de vista, destaca-se o Boletim Fundap-Cebrap¹⁸ n° 2, de fevereiro de 2009, que utiliza os dados fornecidos pela ANS e também citados no tópico concernente à dinâmica dos planos de saúde para efetuar uma avaliação de mercado.

Cabe transcrever alguns trechos do boletim:

Para compreender como se configura o cenário do atendimento dos serviços de saúde, em especial no Estado e na RMSP, deve-se obrigatoriamente analisar as características de atendimento do sistema de saúde suplementar. As informações sobre os convênios e seguros de saúde trazem evidências eloqüentes de sua concentração – basta afirmar que 16,2% das operadoras de planos de saúde no Brasil detêm 80,6% dos beneficiários. Nas tendências desse mercado, destaca-se a queda do número de planos de saúde individuais e o aumento dos coletivos, bem como a diminuição de operadoras em atividade a partir de 2000. Esses aspectos parecem estar associados ao processo de regulação do setor. Em termos regionais, evidencia-se uma forte concentração de beneficiários dos planos de assistência médica na região Sudeste – principalmente em São Paulo, que concentra mais de 40% dos planos de saúde no país.

Segundo os dados da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), existiam 51 milhões de vínculos de beneficiários a planos de saúde em junho de 2008, o que corresponde a 27% da população brasileira. Se forem considerados apenas os planos de assistência médica, excluindo os odontológicos, um em cada cinco brasileiros tem plano de saúde (CEBRAP-FUNDAP, 2009).

Em seguida, o estudo relata que o Estado de São Paulo, em 2008, possuía o correspondente a 42% dos beneficiários do país e aponta que há, claramente, uma concentração dos

¹⁸ O Boletim é resultado de uma parceria realizada entre os Institutos Fundação de desenvolvimento Administrativo-Fundap (Fundação criada pela Lei n. 435, de 24/9/74. Atualmente vinculada à Secretaria de Gestão Pública do Estado de São Paulo, goza de autonomia técnica. Mais detalhes sobre a fundação em: http://www.fundap.sp.gov.br/index.asp?link=fundap/apres_qsomos.asp&linktitfigtxt=fundap/fundapfiguraxt.asp&linknoticia=fundap/fundapnoticias.asp&linktitfig=fundap/fundapfigura.asp) e o Centro brasileiro de análise e planejamento-Cebrap (instituição de pesquisa na área de ciências humanas onde sociólogos, cientistas políticos, filósofos, economistas, antropólogos, demógrafos, advogados e historiadores desenvolvem estudos sobre a realidade brasileira. Mais informações em: <http://www.cebrap.org.br/cebrap/cebrap.php>).

beneficiários de planos de assistência médica nas regiões Sul e Sudeste do país, sendo que esta última detinha 67% dos beneficiários do país (CEBRAP-FUNDAP, 2009).

Ressalta que as operadoras são, na maior parte, cooperativas médicas (49,8%), seguidas pela medicina de grupo (28,6%), evidenciando a prevalência de planos coletivos (72,8%) sobre os individuais ou familiares (20,9%). Ainda, aponta que, de 2003 a 2008, houve queda no número de participantes de planos individuais ou familiares (de 29,4% para 22,7%) e aumento na proporção de vínculos a planos coletivos (de 70,6% para 77,3%). Ademais, somente 3% das operadoras médico-hospitalares com beneficiários comercializam somente planos individuais e 24% comercializam somente planos coletivos (CEBRAP-FUNDAP, 2009).¹⁹

Quanto à concentração de mercado, o Boletim aponta dados da ANS que, em junho de 2008, demonstravam a existência de 1.577 operadoras de plano de saúde no Brasil. Cerca de 16,2% dessas operadoras detinham 80,6% dos beneficiários e 28,7% detinham 90% dos usuários, enquanto que a pesquisa do Cedec, citada pelo Boletim, apontava que 3,4% das operadoras atendiam cerca de 66% dos beneficiários, ou seja, 12% do total das operadoras assistiam 80% dos usuários, enquanto que o restante (88%) das operadoras era responsável por apenas 20% dos beneficiários (CEBRAP-FUNDAP, 2009).

Ainda sobre a concentração de mercado, o Boletim tece os seguintes comentários:

Outro aspecto associado à alta concentração desse mercado é o grande número de pequenas operadoras que contam com menos de 10.000 usuários, isto é, 70,4% do universo. De acordo com a pesquisa do Cedec, é nessa fatia do mercado que é possível constatar dezenas de operadoras em situação patrimonial deficitária declarada, com nítido agravamento da situação econômico-financeira desde a implantação da regulamentação do setor de planos de saúde (lei 9.656/98) e a posterior criação da Agência Nacional de Saúde (lei 9.961/00). Esses aspectos podem ter incidido no forte decréscimo do registro de operadoras em atividade a partir de 2000, o que se observa no gráfico abaixo. A pesquisa do Cedec mostrou o expressivo número de operadoras com menos de 2.000 usuários, chegando próximo de 700 empresas que têm dificuldades em ampliar sua participação no mercado e não conseguem alcançar escala que permita enfrentar os custos decorrentes da regulamentação (CEBRAP-FUNDAP, 2009).

¹⁹ A fonte de pesquisa do boletim são dados retirados do IBGE e da ANS.

A partir desses pontos de vista, poder-se-ia concluir que o mercado de planos de saúde encontra-se altamente concentrado devido à diminuta parcela de grandes operadoras que detém a maior parte dos beneficiários, a maior concentração de renda e que são capazes de adquirir operadoras menores, as quais não conseguiriam ampliar sua participação no mercado, sendo obrigadas a sair do setor.

Por outro lado, existe a concepção de que o mercado de saúde suplementar esteja longe de constituir um mercado concentrado.

Esse discurso parte do Instituto de Estudos de Saúde Suplementar-IESS²⁰, que analisou a questão também sob o enfoque das informações disponibilizadas pela ANS e cujo estudo, de novembro de 2009, relata-se a seguir.

O Instituto apresenta indicadores de concentração nacionais, regionais e estaduais para os anos de 2003 a 2008 e calcula, a partir dos dados da ANS, os índices de concentração para as regiões metropolitanas definidas pelo IBGE (MARTINS; SILVA, 2009, p. 01).

O que se defende é que, em âmbito nacional, o mercado é competitivo e que, desde 2006, há uma diminuição do número de operadoras de médio e grande porte e um aumento do número de beneficiários, em um movimento de consolidação do mercado (MARTINS; SILVA, 2009, p. 01)

Em introito, afirma que a saúde financeira de uma operadora depende do número de beneficiários e uma boa diversificação de quesitos como região de atuação e idade dos usuários. Isso porque quanto maior a quantidade de beneficiários, menor a variância do sinistro e, portanto, menor a exigência de montante relativo a reservas e garantias. A diversificação regional evita problemas de solvência, caso alguma região venha a ser acometida por uma epidemia. Por fim, a diversificação de idade evita a concentração de usuários nas faixas que fazem mais uso dos planos (MARTINS; SILVA, 2009, p. 02)

²⁰ Entidade sem fins lucrativos, apoiada por operadoras de planos de saúde, com o objetivo de promover e realizar estudos sobre saúde suplementar. Fundada em julho de 2006. Superintendente executivo: José Cechin.

Ressalta que a concentração do mercado em poucas operadoras pode levar à redução na quantidade ofertada e a um aumento nos preços dos serviços (MARTINS; SILVA, 2009, p. 02).

Quanto aos métodos de avaliação da situação brasileira, foram utilizados dois indicadores para medir a concentração de mercado: o C4 e o Herfindahl-Hirschmann (HHI) (MARTINS; SILVA, 2009, p. 03).

O C4 mede o percentual de beneficiários das quatro maiores operadoras e indica concentração de mercado se C4 for maior que 75% (MARTINS; SILVA, 2009, p. 03)

O índice Herfindahl-Hirschmann (HHI) considera todas as empresas e seu tamanho relativo e é obtido pela soma dos quadrados dos *market-shares* das empresas que ofertam no mercado. O indicador se comporta da seguinte forma:

Tabela 2. Intervalos de valores e nível de concentração segundo o HHI

Intervalos	Nível de concentração
$HHI \leq 10\%$	Mercado altamente competitivo
$10\% < HHI \leq 18\%$	Mercado moderadamente concentrado
$18\% < HHI < 100\%$	Mercado altamente concentrado
$HHI = 100\%$	Monopólio

Fonte: IESS/Atlas ANS (2006).

A partir do gráfico retirado do Atlas da ANS de 2008, que demonstra o comportamento desses indicadores de 2003 a 2008, o IESS argumenta o seguinte:

O Gráfico 1 mostra a evolução dos indicadores para o período analisado. O índice C4 era de 15% em 2003 e 17% em 2008, valor este muito inferior aos 75%, revelando um mercado altamente competitivo a nível nacional. Já o índice de HHI pouco variou, permanecendo em torno do valor médio de 1,22%, corroborando os resultados do índice C4. O índice C4, que havia caído entre 2003 e 2006, em 2007 e 2008 ficou em um patamar maior que nos anos anteriores. Isso reflete o movimento de consolidação do setor nos anos recentes, com a abertura de capital de operadoras e importantes aquisições no período. Mudanças estas positivas para o setor (MARTINS; SILVA, 2009, pp. 03/04).

Ademais, verificou-se, nesse período, um aumento do número de beneficiários por operadora, consequência da queda anual de 5% do número de operadoras, evidenciando um número de 34.528 beneficiários por operadora em 2008, com uma variação de crescimento de 35% entre 2006 e 2008. O Instituto alega que, mesmo com essa taxa de crescimento, o número de usuários por operadora ainda é baixo se comparado a países como Estados Unidos, Chile e Austrália, que possuem, em média, 196, 379 e 288 mil beneficiários por operadora, respectivamente. (MARTINS; SILVA, 2009, p. 04)

O estudo ressalta que é importante analisar o mercado suplementar de saúde em nível regional, devido a enorme diversidade da densidade populacional, da distribuição de renda e da taxa de cobertura por planos de saúde, sendo possível que, em algumas localidades, o mercado esteja concentrado e, em outras, não. (MARTINS; SILVA, 2009, p. 05)

Em suma, regionalmente, as conclusões tiradas foram que a Região Norte apresenta o maior índice HHI, mas que ainda existe competitividade no setor, ao passo que a Região Sudeste mostrou-se a mais competitiva. O índice foi aplicado nos valores de 2004 a 2008 e, nesse período não sofreu grandes alterações (Anexo VIII) (MARTINS; SILVA, 2009, pp. 06/07).

Verifica-se, pela tabela exposta pelo Atlas da ANS, que alguns Estados da Região Norte apresentam os índices C4 e HHI acima do aceitável, revelando mercados altamente concentrados. É o caso, por exemplo, do Pará e do Amapá. (MARTINS; SILVA, 2009, p. 07).

Em 2008, os estados do Nordeste demonstraram variação nos índices de concentração, sendo que os altos estão presentes no Ceará (C4 = 67,5% e HHI = 19,5%) e os mais baixos na Bahia e em Pernambuco (C4 = 28,3 e 28,2% e HHI = 3,7 e 4,0%, respectivamente). (MARTINS; SILVA, 2009, p. 08)

O estudo revela que a Região Centro-Oeste demonstrou um aumento no número de operadoras entre 2003 e 2008 e os índices de concentração “indicam, para 2008, moderada concentração no Mato Grosso do Sul e Mato Grosso e mercado altamente competitivo nos demais estados” (MARTINS; SILVA, 2009, p. 09).

No mais, relata que a região Sudeste concentra o maior número de operadoras e maior taxa de cobertura da população residente com planos de saúde, no período de 2003 a 2008, e apresentou um aumento do indicador C4 e estabilidade do HHI. Contudo, mostra-se, ainda, um mercado altamente competitivo em todos os estados. (MARTINS; SILVA, 2009, p. 09)

O Instituto ressalta que esse resultado se dá “por esta ser uma região com elevada taxa de urbanização, atividade econômica e PIB per capita” (MARTINS; SILVA, 2009, p. 09).

Igualmente, a região Sul apresentou mercado altamente competitivo nos três estados, sendo que, no período já citado acima, o número de operadoras e o número de beneficiários apresentaram crescimento (MARTINS; SILVA, 2009, p. 10).

O estudo ainda afirma que a tendência nacional de diminuição do número de operadoras não se verificou nas tabelas estaduais, que indicam um aumento do número de operadoras em praticamente todos os estados (MARTINS; SILVA, 2009, p. 10).

A tabela de concentração nos estados para o ano de 2008 pode ser verificada em anexo (Anexo IX).

O Instituto conclui que os indicadores de concentração do mercado de saúde suplementar acompanham o processo de consolidação do mercado nacional e regional, demonstrando crescimento, mas longe ainda de configurarem situações de mercado não concorrenciais (MARTINS; SILVA, 2009, p. 12).

Entende, ainda, que o ritmo dessa consolidação é saudável, por diluir a variabilidade dos sinistros e deverá manter-se, sem ameaçar a livre concorrência. Ressalta que o número médio de beneficiários por operadora no Brasil ainda é muito modesto, se comparado ao de países com sistema semelhante, como a Austrália, o Chile e os Estados Unidos (MARTINS; SILVA, 2009, p. 12).

Ressalva que o alto grau de concorrência nos mercados nacional e regional não impede que alguns mercados locais estejam concentrados. A maior tendência verificar-se-ia nos locais mais afastados dos grandes centros urbanos, estes que, em geral são compostos por mercados altamente competitivos (MARTINS; SILVA, 2009, p. 12).

Por fim, o IESS tece os seguintes comentários:

Esse movimento de diminuição do número de operadoras no Brasil deve continuar no curto prazo, seja pelo movimento de fusões e aquisições que se intensificaram a partir de 2006 ou pela redução no número de pequenas operadoras. Já o fenômeno de redução do número de operadoras em âmbito nacional e aumento nos estados, é consequência da ampliação da área de cobertura das operadoras - operadoras locais ou regionais passam a operar em outros estados, outras regiões ou em todo o território nacional. A redução no número de operadoras no estado de São Paulo, maior mercado de saúde suplementar, e aumento nos demais estados, acompanham a interiorização da atividade econômica (MARTINS; SILVA, 2009, pp. 12/13).

Portanto, ressaltados os dois pontos de vista existentes acerca da concentração do setor suplementar de saúde, salienta-se que esse mercado não deve, realmente, ser analisado apenas do ponto de vista nacional, mas, principalmente, estadual, de acordo com suas especificidades.

Deve-se levar em consideração, também, a aquisição de grandes carteiras por grandes operadoras e não se pode olvidar que cerca de 90% dos beneficiários encontra-se em 33,5% das operadoras de plano de saúde.

Ressalte-se que a concorrência nesse mercado seria realmente potencializada, de forma a provocar a melhoria efetiva de serviços, se o sistema público de saúde fosse garantidor efetivo das necessidades de saúde da população, por meio da disponibilização de serviços e produtos de qualidade. Caso em que o sistema suplementar deveria equilibrar baixos preços e bons serviços, de modo a competir com um sistema gratuito.

Por outro lado, mesmo que se admita que o mercado suplementar de saúde está em fase de consolidação e que está longe de se mostrar um mercado concentrado, isso não justifica a permanência do período de carência na mobilidade dos usuários de saúde.

Isso porque não se trata apenas de proteger o mercado em si, no seu aspecto meramente concorrencial externo, mas o consumidor e suas preferências frente às características peculiares do setor – as falhas de mercado, a vulnerabilidade e a dependência física e psíquica do usuário -, o que, da mesma forma, garantirá a este melhores opções de serviço, pela provocação às operadoras por uma melhor oferta.

Nesse aspecto, cumpre transcrever algumas considerações feitas por Heloísa Carpena (2005, p. 168):

A necessidade de proteção – tanto do consumidor quanto da concorrência – advém das falhas do mercado. Estas, por seu turno, podem ser externas ou internas, as primeiras constituindo infração à concorrência, e as outras, violação ao direito do consumidor. As falhas externas, portanto, dizem respeito à gama de opções oferecidas ao consumidor, enquanto as internas referem-se à capacidade deste exercer plena e livremente seu direito de escolha, dentre as opções disponíveis. Ambos são aspectos da mesma realidade, ou seja não se pode falar em direito de escolha sem garantir a presença dos dois elementos simultaneamente.

A autora ainda salienta que o bem-estar do consumidor deve ser levado em consideração a curto e a longo prazo. A curto prazo, o consumidor se atém ao preço, à qualidade e à variedade, já a longo prazo, também devem ser observados os níveis de inovação e a maior eficiência econômica.

Ademais, como já explicitado neste capítulo, se adotarmos a ideia de que a concorrência não se trata mais tão-somente da ausência de monopólio ou oligopólio, mas de uma concorrência “eficaz” – *workable competition* –, que se adequa a real situação de cada mercado, uma análise muito restrita do mercado também não é cabível, já que não o analisa em todos os seus aspectos.

Nesse diapasão, cabe à Agência Nacional de Saúde interferir sempre que possa contribuir para o desenvolvimento das ações de saúde no País, promovendo a defesa do interesse público - e isso inclui o interesse do consumidor.

Por fim, levando-se em conta que o direito da concorrência constitui um tipo de defesa indireta ao consumidor, de modo que o estímulo à competição zela pela qualidade dos serviços, a Resolução nº 186 da ANS, a qual se debate a seguir, mostra-se capaz de satisfazer tais condições, em defesa do direito de escolha dos usuários de saúde, respeitando o princípio da soberania do consumidor.

3 A PORTABILIDADE NOS PLANOS DE SAÚDE

A portabilidade é a possibilidade de mobilidade de um plano de saúde (plano de origem) a outro (plano destino) sem o cumprimento de novas carências. O projeto faz parte do Programa de Aceleração do Crescimento do Governo Federal – PAC da Saúde (Mais Saúde) e é considerado pela ANS como importante instrumento de estímulo à concorrência no mercado de saúde suplementar, permitindo que os consumidores tenham mais liberdade de escolha.

O conceito de portabilidade pode ser retirado do art. 3º da Resolução nº 186 da ANS, de 14 de janeiro de 2009, a qual regulamentou o assunto:

Art. 3º O beneficiário de plano de contratação individual ou familiar, contratado após 1º de janeiro de 1999 ou adaptado à Lei n.º 9.656, de 1998, fica dispensado do cumprimento de novos períodos de carência e de cobertura parcial temporária na contratação de novo plano de contratação individual ou familiar, na mesma ou em outra operadora de plano de assistência à saúde, desde que sejam atendidos simultaneamente os seguintes requisitos (...)

A norma entrou em vigor em 15 de abril de 2009 e trouxe algumas dúvidas quanto à efetividade, porque a regra, segundo alguns segmentos da sociedade, seria muito restrita.

3.1 Histórico

A portabilidade de carências, segundo dados do Idec, é solicitação antiga dos consumidores, exigida pelo Instituto desde o início das atividades da ANS e da Consu, em 2000 (IDEC, 2008a).

A elaboração da Resolução nº 186 da ANS deu-se conforme um cronograma elaborado pela Agência, que foi seguido da seguinte forma: 1) levantamento de estudos sobre o tema (parcerias: SEAE, IPEA, SDE, DIPRO, PROGE e Diretorias); 2) estudo de experiências em outros países (Chile, Austrália, Alemanha e Estados Unidos) 3) mapeamento de produtos e concorrência, 4) delineamento de projeto piloto, 5) apresentação da proposta ao Ministro da Saúde e às Câmaras Técnicas, 6) Consulta Pública nº 29, que foi realizada no período de 22 de setembro a 17 de outubro de 2008; 7) Incorporação das sugestões da CP; 8) realização de audiência pública no Senado Federal (19 de novembro de 2008) 9) apresentação na Câmara de Saúde Complementar-CSS (apresentação realizada em 09 de dezembro de 2008); 10) aprovação na Diretoria Colegiada da ANS (13 de dezembro de 2008); e, finalmente, 11) publicação da Resolução (DOU de 15 de janeiro de 2009), com vigência após 90 dias (AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR-c, 2009)

A Agência defende que o processo de construção da norma foi democrático, tendo em vista que a elaboração deu-se de forma estruturada, com amplo debate interno das Diretorias da ANS, conjugação de parcerias externas, implementação de Câmaras Técnicas, realização de consulta e audiência públicas e aprovação pelos órgãos competentes.

3.2 A Resolução nº 186 da Agência Nacional de Saúde Suplementar

A Resolução nº 186 da ANS regulamentou a portabilidade de carências entre os planos de saúde individuais e familiares contratados após 1º de janeiro de 1999 ou adaptado à Lei n.º 9.656, de 1998.

A ementa da referida norma define sobre o que se trata a Resolução e está assim disposta:

Dispõe sobre a regulamentação da portabilidade das carências previstas no inciso V do art. 12 da Lei n.º 9.656, de 3 de junho de 1998, e sem a imposição de cobertura parcial temporária.

O artigo 12, V, da Lei nº 9.656/98 assim prevê:

Art. 12. São facultadas a oferta, a contratação e a vigência dos produtos de que tratam o inciso I e o §1º do art. 1º desta Lei, nas segmentações previstas nos in-

cisos I a IV deste artigo, respeitadas as respectivas amplitudes de cobertura definidas no plano-referência de que trata o art. 10, segundo as seguintes exigências mínimas:

.....
V - quando fixar períodos de carência:

- a) prazo máximo de trezentos dias para partos a termo;
- b) prazo máximo de cento e oitenta dias para os demais casos;
- c) prazo máximo de vinte e quatro horas para a cobertura dos casos de urgência e emergência;

Em outras palavras, a Resolução afasta do usuário que deseja trocar de plano de saúde a obrigatoriedade do cumprimento de novas carências ou cobertura parcial temporária, quando da troca de plano de saúde na mesma ou em outra operadora.

Dessa feita, antes de se fazer qualquer tipo de exame acerca da portabilidade, cabe destacar alguns conceitos importantes para a compreensão do tema. São eles: o de período de carência e de cobertura parcial temporária.

3.2.1 *O período de carência*

As carências são cláusulas que operam uma limitação temporal na responsabilidade da operadora quanto à cobertura de determinados eventos, ou seja, para determinadas doenças ou tratamentos, a responsabilidade da contratada somente irá se iniciar a partir do transcurso do lapso temporal do período de carência (PFEIFFER, 1999, p. 93).

Essas cláusulas estão intimamente ligadas ao princípio da boa-fé e, até mesmo, dizem respeito à própria viabilidade do contrato, agindo de modo a evitar que o consumidor venha a contratar um plano de saúde apenas para se utilizar de um serviço mais complexo. Elas evitam que a operadora seja compelida a arcar com elevados valores de algum tipo de procedimento sem haver recebido nada do consumidor (PFEIFFER, 1999, p. 94)²¹.

²¹ Sobre o período de carência, Leonardo Vizeu Figueiredo assim explica: “Tem por fim permitir a capitalização da empresa para que esta possa garantir um equilíbrio atuarial, de cunho econômico e financeiro, em relação a sua base de beneficiários, em face de suas coberturas”. (FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de Direito de Saúde Suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde*. São Paulo: MP editora, 2006, p. 215)

Os prazos de carência devem estar obrigatoriamente expressos, de forma clara, no contrato e contam a partir do início da vigência desse, de sua assinatura (FIGUEIREDO, 2006, p. 215).

Portanto, quaisquer cláusulas que estipulem prazos de carência maiores que os definidos em lei serão nulas de pleno direito, não vinculando as partes contratantes. No mais, deve ser analisada a natureza de cada carência estipulada, de modo a evitar a existência de cláusula que estabeleça período de restrição excessiva, desproporcional à doença sobre a qual incide, aplicando-se, ao caso, o art. 51 do CDC (PFEIFFER, 1999, p. 94).

Ainda quanto à carência, cabe transcrever trecho da exposição de motivos da ANS para a publicação da Resolução nº 186:

A carência nasceu no mercado securitário como um instrumento legítimo de mitigação da assimetria de informação dos mercados de risco, permitindo que o preço médio dos produtos de seguros fossem mais acessíveis e atrativos para as pessoas com risco menor de utilização do serviço, seja o conserto de um automóvel, seja a cobertura de um procedimento médico. Contudo, a ausência de um mecanismo de portabilidade torna o mercado menos dinâmico, acabando por inibir a concorrência no setor, gerando uma espécie de monopólio *ex-post*. Este monopólio é alimentado, fundamentalmente, pela existência do custo de transação pertinente ao cumprimento de novo período de carência, sempre que o beneficiário troca de operadora de plano de saúde (AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR-d, 2008).

Dessa forma, a Resolução pretendeu, com a portabilidade, aumentar a dinâmica do mercado, diminuindo a falha da assimetria da informação no mercado suplementar de saúde, apostando na provocação à competição como forma de incentivo à melhoria dos serviços e à redução de preços.

3.2.1.1 A “compra” de carências

Prática muito usual antes do advento da Resolução nº 186, a “compra de carências” consistia no oferecimento pelas operadoras de planos e seguros de saúde da opção ao consumidor, ao efetuar a troca de plano, da “compra” de carências já cumpridas em outra operadora, ou seja, o tempo já transcorrido desde a assinatura do outro contrato era computado para efeito de

superação do período de carência ou, até mesmo, o oferecimento de isenção completa de qualquer período de carência (PFEIFFER, 1999, p. 96).

Contudo, também era muito comum que esses mesmos fornecedores que ofereceram a “compra” de carências incluíssem no contrato cláusulas de carências sem qualquer ressalva²².

Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer entende que o consumidor ficava desobrigado de cumprir tais cláusulas, pela incidência do princípio da vinculação da oferta, previsto no art. 30 do CDC. A operadora estaria, então, vinculada a cumprir o que foi propagado, mesmo que o contrato dispusesse de forma distinta. O autor ainda defende que o consumidor poderia utilizar-se do disposto no art. 35 do CDC, caso o fornecedor viesse a negar-lhe o serviço (PFEIFFER, 1999, p. 96).

3.2.2 Cobertura parcial temporária

A cobertura parcial temporária diz respeito a exclusões que podem ser operadas, durante um determinado espaço de tempo, de algumas coberturas previstas no contrato ao usuário portador de doenças preexistentes.

A Resolução CONSU 02, de 04.11.1998, a qual dispõe sobre a definição de cobertura às doenças e lesões preexistentes, a conceitua da seguinte forma:

Art. 2º - Para efeitos desta Resolução, entende-se como:

(...)

II – ‘cobertura parcial temporária’, aquela que admite num prazo determinado a suspensão da cobertura de eventos cirúrgicos, leitos de alta tecnologia e procedimentos de alta complexidade, relacionados às exclusões estabelecidas em contrato e relativas às alíneas abaixo, cumulativamente ou não:

a. quaisquer doenças específicas;

²² Leonardo Vizeu Figueiredo assim dispõe sobre o assunto: “Em uma nova contratação, o aproveitamento dos períodos de carência já cumpridos pelo consumidor em outra operadora dependerá de negociação entre as partes. Portanto, se for oferecida a compra de carência, deverá ser exigido, em contrapartida, que a redução ou isenção estejam previstas em contrato ou aditivo contratual. Deve-se observar que as compras de carência, em geral, não excluem a exigência da cobertura parcial temporária para as doenças e lesões preexistentes”. (FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de Direito de Saúde Suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde*. São Paulo: MP editora, 2006, p. 216).

- b. coberturas previstas nos artigos 10 e 12 da Lei n.º 9.656/98, conforme regulamentações específicas;
- c. doenças e lesões preexistentes;

Maury Ângelo Bottesini e Mauro Conti Machado definem cobertura parcial temporária como “a exclusão do tratamento integral de doenças preexistentes²³ enquanto o usuário do plano cumpre a carência, seja em razão da adaptação de contrato anterior, sem cobertura para determinadas doenças e tratamentos, seja em razão de contrato novo, assinado a partir de 01.01.1999” (BOTTESINI; MACHADO, 2005, p. 123).

Os prazos e condições dessa cobertura estão igualmente previstos na Resolução CONSU 02/98, em seu art. 5º, o qual estabelece que o prazo máximo que poderá ser exigido do consumidor no prazo de cobertura parcial temporária é de 24 (vinte e quatro) meses da data de assinatura do contrato.

Ademais, tal Resolução estabelece que os atendimentos caracterizados como urgência e emergência relacionados à doença ou lesão preexistente deverão ter cobertura igual àquela assegurada na segmentação ambulatorial, independente do contrato firmado.

Findo o prazo de 24 meses, ou aquele estipulado no contrato, a cobertura passará a ser integral, constante da segmentação contratada, não cabendo qualquer tipo de agravio.

No que tange à exigência de cobertura parcial temporária em contratos coletivos ou por adesão, de empresas, a norma dispõe que não haverá tal exigência, uma vez que a definição de tais casos já está disposta em regulamentação específica.²⁴

A cobertura também não se estabelece nos casos de “contratos empresariais, individuais ou familiares, que tenham cinco anos ou mais de vigência, nem naqueles com menos de

²³ As doenças preexistentes são, segundo o art. 1º da Resolução CONSU 02/98: “aquelas que o consumidor ou seu responsável, saiba ser portador ou sofredor, à época da contratação de planos ou seguros privados de assistência à saúde, de acordo com o artigo 11 e o inciso XII do artigo 35A da Lei nº 9.656/98 e as diretrizes estabelecidas nesta Resolução”.

²⁴ Essa regulamentação específica a que se refere o parágrafo 3º do artigo 5º é aquela aplicável aos contratos que tenham base em apólices ou de estipulação coletiva, a que aderem os usuários, e referidos pelo art. 9º da Resolução.

cinco anos de vigência que estipulem cobertura integral, sem exclusões, mesmo de doenças e lesões preexistentes” (BOTTESINI; MACHADO, 2005, p. 124).

Ademais, se o usuário contratou um agravo²⁵ estipulando a cobertura de uma doença preexistente, impossível a exigência de cobertura parcial (BOTTESINI; MACHADO, 2005, p. 124).

Como já ressaltado anteriormente, a portabilidade permite que o consumidor, ao trocar de operadora de plano de saúde, fique, da mesma forma, desobrigado de cumprir novo período de cobertura parcial temporária.

3.2.3 Base legal da Resolução

A questão acerca de algumas competências da ANS já foi discutida anteriormente no capítulo anterior. Entretanto, cabe destacar detalhadamente a legitimação da Resolução 186 ora em debate.

O artigo 1º da Lei 9.961/00 dispõe sobre a criação da ANS e seu objetivo fundamental:

Art. 1º É criada a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, autarquia sob o regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, com sede e foro na cidade do Rio de Janeiro - RJ, prazo de duração indeterminado e atuação em todo o território nacional, como órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde.

As agências reguladoras são entes da Administração Pública e foram concebidas com o objetivo de “normatizar os mercados econômicos, bem como os setores dos serviços públicos delegados, buscando equilíbrio entre o Estado, usuários (consumidores) e delegatários (agentes econômicos)” (FIGUEIREDO, 2006, p. 83).

A independência dessas agências situa-se no campo do exercício de suas atribuições técnicas, como ente regulador de mercado ou setor de relevante interesse social, e estão

²⁵ Agravo, segundo o art. 2º, III, da Resolução CONSU 02/98 é “qualquer acréscimo no valor da contraprestação paga ao plano ou seguro de saúde”.

submetidas aos preceitos das leis do Legislativo, às decisões do Judiciário e aos comandos do Executivo, via contrato de gestão, quando legalmente previsto, autorizado e celebrado com o Ministério (FIGUEIREDO, 2006, p. 90).

Esse poder normativo conferido a essas autarquias, além da clássica função de complementação da lei, possuem certa discricionariedade técnica, não limitando a agência a mera executora da lei, mas como efetivo órgão regulador de mercado. Dessa forma, esse poder regulamentar constitui verdadeira delegação legal, que transfere “a competência para normatização técnica de mercados do campo da lei para a seara dos atos administrativos infralegais” (FIGUEIREDO, 2006, p. 93).

Esse entendimento é ratificado pelo art. 3º da Lei 9.656/98:

Art. 3º A ANS terá por finalidade institucional 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.

Contudo, deve-se observar que esse poder regulamentador está limitado aos parâmetros da sua lei delegadora e não pode estar em dissonância com a legislação específica do tema que pretende ser regulamentado, sob pena de infringir o princípio da hierarquia das leis (FIGUEIREDO, 2006, p. 99).

Dessa forma, observa-se que a Resolução em questão teve por fundamento, ao procurar regulamentar a matéria, os seguintes incisos do art. 4º da Lei 9.961/00:

Art. 4º Compete à ANS:

.....
XXIV - exercer o controle e a avaliação dos aspectos concernentes à garantia de acesso, manutenção e qualidade dos serviços prestados, direta ou indiretamente, pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde;

.....
XXVIII - avaliar os mecanismos de regulação utilizados pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde;

.....
XXXII - adotar as medidas necessárias para estimular a competição no setor de planos privados de assistência à saúde;

O inciso XXIV expõe exatamente a questão do acesso do consumidor aos serviços que, como já salientado no capítulo anterior, constitui o princípio da soberania do consumir e está diretamente ligada à liberdade de escolha do usuário de serviços de saúde ao plano de saúde que lhe apresente mais adequado.

Ademais, tal inciso ainda ressalta que a agência deve exercer o controle e a avaliação dos aspectos concernentes à manutenção e à qualidade dos serviços prestados, o que, da mesma forma, está intimamente relacionado à melhoria desses serviços por meio do estímulo à competição entre as operadoras.

O inciso XXVIII trata dos mecanismos de regulação utilizados pelas operadoras, que, segundo Leonardo Vizeu Figueiredo (2006, p. 66), são:

o conjunto de atos de cunho contratual, previstos e nominados em legislação específica, aplicáveis setorialmente a determinado mercado regulado, dos quais os agentes econômicos podem se valer para controlar a oferta e a demanda de seus produtos e serviços, desde que previamente autorizados pelo Poder Público. Isto é, trata-se de cláusulas estipuladas nos contratos de prestação de serviços celebrados entre os usuários e os agentes econômicos, com a prévia autorização do ente regulador, destinados a controlar a demanda dos serviços prestados, evitando-se, assim, que, em virtude de abusos de direitos, os consumidores aumentem o risco moral da atividade e majorem indevidamente a contraprestação cobrada pelos prestadores.

Especificamente no que se refere ao mercado de planos de saúde, tais mecanismos encontram-se positivados na Resolução CONSU 08, de 03.11.1998, e tem por finalidade precípua a redução do risco moral da atividade de suplementação dos serviços de saúde²⁶. A Lei 9.656/98, em seu art. 1º, parágrafo 1º, alínea “d”, outorgou à ANS a possibilidade de normatizar institutos contratuais peculiares desse setor (FIGUEIREDO, 2006, p. 195).

²⁶ Os mecanismos de regulação mais comuns são: 1) as autorizações prévias para procedimentos médicos especificados – a operadora faz um controle prévio de demanda dos procedimentos médicos mais complexos e dispendiosos a serem prestados a seus beneficiários, podendo requerer, por exemplo, que o usuário peça uma autorização prévia para certos procedimentos -; 2) direcionamento – direciona a realização de consultas, exames ou internação previamente determinados na rede credenciada ou referenciada -; 3) porta de entrada – o agente econômico exerce um controle prévio de avaliação da necessidade dos procedimentos a serem prestados ao consumidor -; 4) franquia – valor previamente estabelecido no contrato, até o qual a operadora não tem responsabilidade de cobertura, mas não pode corresponder ao pagamento integral do procedimento pelo consumidor -; 5) co-participação – parcela de pagamento, além da mensalidade, a fim de custear parte da despesa para realização de um procedimento e, da mesma forma que o anterior, não pode corresponder ao pagamento integral do procedimento; (FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de Direito de Saúde Suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde*. São Paulo: MP editora, 2006, p. 197).

Dessa forma, pode-se dizer que a Resolução nº 186 da ANS procura interferir na cláusula do período de carência estabelecido nos contratos, de forma a não permitir que a nova operadora exija do usuário que está trocando de plano de saúde novo prazo de carência a ser cumprido.

Por fim, e como já discutido no capítulo anterior, a agência reguladora procurou estimular a competição entre as empresas, por meio da portabilidade, de modo que o usuário, agora, tem um maior poder de decisão pelo fato de não se sentir “preso” a um plano que não mais lhe satisfaz.

3.2.4 *Abrangência e requisitos*

A Resolução nº 186 da ANS estabelece o seguinte conceito à portabilidade de carências:

Art. 2º. (...)

.....
VII – portabilidade de carências: é a contratação de um plano privado de assistência à saúde com registro de produto na ANS na mesma ou em outra operadora, concomitantemente à rescisão do contrato referente a um plano privado de assistência à saúde, contratado após 1º de janeiro de 1999 ou adaptado à Lei n.º 9.656, de 1998, em tipo compatível, observado o prazo de permanência, na qual o beneficiário está dispensado do cumprimento de novos períodos de carência ou cobertura parcial temporária.

Tal assertiva impõe, desde já, duas restrições à portabilidade de carências.

Em primeiro lugar, apenas os usuários dos planos submetidos aos ditames da Lei nº 9.656/98 poderão usufruir do benefício.²⁷

Em segundo lugar, a norma atinge apenas os beneficiários de planos de saúde individuais e familiares e que desejem migrar para outro plano individual ou familiar, o que sig-

²⁷ Segundo o caderno de informações da ANS, edição de março de 2010, tais usuários correspondiam, em dezembro de 2009, a 78,2% do total de beneficiários de planos de assistência médica e a 94% dos planos exclusivamente odontológicos, sendo que o menor percentual de beneficiários em planos antigos está entre os planos coletivos empresariais (13,5%) e o maior em planos coletivos por adesão (28,7%), superando os planos individuais (19,5%). No total, cerca de 9,34 milhões de pessoas ainda possuem vínculo com planos antigos de assistência médica com ou sem odontologia contra 33,51 milhões de beneficiários em planos novos. Quanto aos beneficiários de planos exclusivamente odontológicos, cerca de 791.177 participam de planos antigos e 12,42 milhões fazem parte de novos.

nifica que a maioria dos planos atuais não é abarcada pela portabilidade, pois, como já informado, apenas 21,5% dos usuários de planos de saúde, em dezembro de 2009, faziam parte de planos individuais ou familiares.

Sob o aspecto da abrangência, ainda, cumpre destacar o anexo da Resolução, que agrupa os planos privados de assistência à saúde de acordo com sua abrangência geográfica, em municipal – engloba os planos de abrangência geográfica municipal e grupos de municípios -, estadual – engloba os planos de abrangência geográfica estadual e grupos de estados -, e nacional – engloba os planos de abrangência geográfica nacional.

Acerca dos requisitos para a portabilidade, primeiramente, cabe ressaltar alguns conceitos fornecidos pela Resolução, em seu art. 2º. São eles: 1) Plano de origem: plano privado de assistência à saúde contratado pelo beneficiário no período imediatamente anterior à portabilidade de carências; 2) plano de destino: plano privado de assistência à saúde a ser contratado pelo beneficiário por ocasião da portabilidade de carências; 3) prazo de permanência: período ininterrupto em que o beneficiário deve manter o contrato de plano de origem em vigor para se tornar elegível para portabilidade de carências com base na regra de portabilidade de carências prevista no art. 3º.

Ademais, deve-se destacar o conceito de tipo, que segundo a Resolução, é a classificação de um plano privado de assistência à saúde com base na abrangência geográfica e segmentação assistencial. Para que o beneficiário possa exercer a portabilidade, ele deve migrar para um plano do tipo compatível ao seu. O tipo compatível é, portanto, aquele que preenche os requisitos de abrangência geográfica, segmentação assistencial, tipo de contratação e faixa de preço, nos termos da Resolução.

A Resolução também estabelece que, para que seja possível a portabilidade de carências, o beneficiário deverá cumprir alguns requisitos.

Primeiro, ele deve estar adimplente junto à operadora do plano de origem, conforme o inciso I do art. 8º, o qual estabelece que o usuário deverá entregar a cópia dos compro-

vantes de pagamento dos três últimos boletos vencidos à operadora de destino para efetuar a portabilidade.

Segundo, o usuário deve, na primeira portabilidade que for efetuar, possuir prazo de permanência de, no mínimo, dois anos no plano de origem ou três anos, na hipótese de o beneficiário ter cumprido cobertura parcial temporária, ou seja, no caso de doenças ou lesões pré-existentes. Quanto às posteriores, ou a partir da segunda portabilidade, o beneficiário só precisará cumprir o mínimo de dois anos de permanência na operadora de origem, não importante a questão de cobertura parcial temporária, até porque, logicamente, quando da primeira portabilidade, já não precisou cumpri-la, não obstante seja portador de doenças ou lesões pré-existentes.

Terceiro, o plano de destino deve ser um tipo compatível com o do plano de origem. O anexo da norma explica como são agrupados os tipos de planos, conforme sua segmentação assistencial e sua abrangência territorial²⁸ e a abrangência de cada tipo de plano.²⁹

Observa-se, pela estipulação dos tipos compatíveis no anexo da Resolução³⁰, que o regramento priorizou a troca para planos mais baratos ou de igual preço e planos de abran-

²⁸ Os tipos são classificados em:

- I – sem internação – municipal;
- II – sem internação – estadual;
- III – sem internação – nacional;
- IV – internação sem obstetrícia – municipal;
- V – internação sem obstetrícia – estadual;
- VI – internação sem obstetrícia – nacional;
- VII – internação com obstetrícia – municipal;
- VIII – internação com obstetrícia – estadual; e
- IX – internação com obstetrícia – nacional.

²⁹ Diz a norma que os planos sem internação englobam os planos de segmentação assistencial ambulatorial e ambulatorial com odontológico; os de internação sem obstetrícia abarcam aqueles que possuem segmentação assistencial hospitalar sem obstetrícia, hospitalar sem obstetrícia com odontológico, ambulatorial com hospitalar sem obstetrícia e ambulatorial com hospitalar sem obstetrícia com odontológico. Os planos de internação com obstetrícia abrangem os que tem segmentação assistencial hospitalar com obstetrícia, hospitalar com obstetrícia e odontológico, ambulatorial com hospitalar com obstetrícia, ambulatorial com hospitalar com obstetrícia e com odontológico.

³⁰ A norma, em seu anexo, considera tipos compatíveis, para fins de portabilidade:

- I – do tipo sem internação municipal para o tipo sem internação municipal;
- II – do tipo sem internação estadual para os tipos sem internação municipal e sem internação estadual;
- III – do tipo sem internação nacional para os tipos sem internação municipal, sem internação estadual e sem internação nacional;
- IV – do tipo internação sem obstetrícia municipal para os tipos sem internação municipal, sem internação estadual, sem internação nacional, e internação sem obstetrícia municipal;
- V – do tipo internação sem obstetrícia estadual para os tipos sem internação municipal, sem internação estadual, sem internação nacional, internação sem obstetrícia municipal, e internação sem obstetrícia estadual;

gência municipal ou estadual, deixando os planos de abrangência nacional compatíveis apenas com planos municipais, estaduais ou nacionais com menos benefícios ou com planos nacionais com benefícios iguais.

Em quarto lugar, o beneficiário ainda deve observar a faixa de preço³¹ do plano de destino, que deve ser igual ou inferior à que se enquadra o seu plano de origem, considerada a data de assinatura da proposta de adesão.³²

Segundo a Instrução Normativa nº 19 da Diretoria de Normas e Habilitação-DIPRO, que detalhou a RN nº 186 da ANS, as faixas de preço serão calculadas a partir das Notas Técnicas de Registro de Produto-NTRP e serão categorizadas em cinco faixas, calculadas a partir de sua distribuição estatística. A agência ainda ressalta que um mesmo plano pode possuir diferentes faixas de preço, dependendo do município onde será contratado (AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR-e).

Em quinto lugar, o plano ao qual o usuário pretende contratar não pode estar com o registro em situação “ativo com comercialização suspensa” ou “cancelado” e, ainda, não

VI - do tipo internação sem obstetrícia nacional para os tipos sem internação municipal, sem internação estadual, sem internação nacional, internação sem obstetrícia municipal, internação sem obstetrícia estadual e internação sem obstetrícia nacional;

VII – do tipo internação com obstetrícia municipal para os tipos sem internação municipal, sem internação estadual, sem internação nacional, internação sem obstetrícia municipal, internação sem obstetrícia estadual, internação sem obstetrícia nacional e internação com obstetrícia municipal;

VIII – do tipo internação com obstetrícia estadual para os tipos sem internação municipal, sem internação estadual, sem internação nacional, internação sem obstetrícia municipal, internação sem obstetrícia estadual, internação sem obstetrícia nacional, internação com obstetrícia municipal e internação com obstetrícia estadual; e

IX – do tipo internação com obstetrícia nacional para os tipos sem internação municipal, sem internação estadual, sem internação nacional, internação sem obstetrícia municipal, internação sem obstetrícia estadual, internação sem obstetrícia nacional, internação com obstetrícia municipal, internação com obstetrícia estadual e internação com obstetrícia nacional.

A compatibilidade de tipos entre planos exclusivamente odontológicos independe da abrangência geográfica.

³¹ Segundo a ANS, faixa de preço é “o intervalo de preço em que se enquadra o valor comercial da mensalidade do plano que garante a prestação continuada dos serviços contratados” (AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/main.jsp?lumChannelId=8A9588D425C1ACB20125DB5FAADF2728>> Acesso em 10.04.10).

³² Segundo a ANS, essas faixas serão expressas em cifrões, partindo de \$ até \$\$\$\$\$, e os valores quantitativos de tais faixas foram calculadas de acordo com metodologia própria da agência reguladora. (AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/main.jsp?lumChannelId=8A9588D425C1ACB20125DB5FAADF2728>> Acesso em: 23 abr 2010.

poderá estar submetida a alienação compulsória de sua carteira, oferta pública do cadastro de beneficiários ou liquidação extrajudicial.

Por último, o beneficiário deverá requerer a portabilidade entre o primeiro dia do mês de aniversário do contrato e o último dia útil do mês subsequente.

3.2.5 Procedimento

O beneficiário que pretender exercer a portabilidade, em primeiro lugar, deverá fornecer a seguinte documentação à operadora de destino: I - Cópia dos comprovantes de pagamento dos três últimos boletos vencidos, a fim de comprovar seu adimplemento junto à operadora de origem; II - Comprovante de atendimento ao requisito da compatibilidade entre os planos de saúde, ou seja, o Relatório de Plano em Tipo Compatível para Portabilidade de Carências emitido a partir do Guia ANS de Planos de Saúde, que terá a validade até às 24 horas do dia posterior a sua emissão e deve ser aceito pela operadora do plano de destino se apresentado nesse prazo – ressalte-se que a operadora de origem deverá fornecer as informações necessárias para a verificação de compatibilidade entre os planos, se provocada. Nessa ocasião, a operadora do plano de destino deverá disponibilizar a proposta de adesão para a assinatura, fornecendo segunda via, datada e assinada.

Depois, a operadora de destino irá analisar a proposta e deverá enviar resposta conclusiva e justificada, informando se o beneficiário atende ou não aos requisitos da Resolução, no prazo máximo de 20 dias. Não enviada a resposta, presume-se que o pedido foi aceito pela operadora.

Por fim, o novo contrato entrará em vigor dez dias após a aceitação³³ – expressa ou tácita - pela operadora de destino, prazo que coincide com o termo final do contrato do plano

³³ A operadora do plano de origem deverá ser comunicada pela operadora do plano de destino acerca da data de início da vigência do novo contrato antes de sua ocorrência.

de origem.³⁴ Na hipótese de recusa do pedido, por falta de preenchimento dos requisitos previstos na Resolução, o beneficiário fará jus à devolução de valores eventualmente adiantados.

Acerca dos planos de contratação familiar, a portabilidade poderá ser requerida individualmente ou por todo o grupo familiar. No caso da portabilidade ser requerida por todo o grupo familiar, todos os beneficiários devem ter preenchido os requisitos da Resolução e, caso assim não ocorra, o vínculo será mantido apenas para aqueles que não cumpriram todos os requisitos.

Ressalte-se que não poderá haver qualquer tipo de cobrança de custas adicionais ao beneficiário, pelo exercício da portabilidade, seja pela operadora de origem, seja pela de destino.³⁵

3.3 A portabilidade e seus efeitos

Como já ressaltado, a portabilidade é requerimento antigo por parte dos órgãos de defesa do consumidor.

Entretanto, desde a apresentação do projeto da norma, tais órgãos de defesa do consumidor já manifestaram-se no sentido que a norma não produziu grandes mudanças no sentido de aumentar a competição entre as operadoras e nem mesmo no sentido de possibilitar grandes vantagens ao consumidor, pelo fato de ser muito restrita.

3.3.1 Restrições impostas pela norma

A Resolução em debate completou um ano de vigência em 15 de abril de 2010, despertando críticas e sugestões por parte de órgãos de defesa do consumidor.

Sobre isso ressaltam-se alguns comentários tecidos pelo Procon de São Paulo:

³⁴ Em caso de internação, suspende-se esse prazo “até a ciência da data da alta de internação pela operadora do plano de destino, permanecendo o vínculo do beneficiário com o plano de origem até completar a contagem do referido prazo” (art. 9 da IN 19/2009 da DIPRO).

³⁵ Segundo o art. 4º da IN 19/2009 da DIPRO, “consideram-se custas adicionais a cobrança de quaisquer acréscimos diversos das condições normais de comercialização de um plano de saúde”.

Para a fundação, o novo regulamento trouxe avanços, porém a portabilidade de carência deveria contemplar também os segmentos mais vulneráveis do mercado, como usuários com contratos firmados antes de janeiro de 1999 e de planos coletivos. Defende, assim, um modelo sustentável que permitiria o resguardo do direito à mobilidade com portabilidade àquela parte do mercado que não tem poder de negociação.

O Procon-SP considera fundamental para o exercício da portabilidade que a ANS divulgue de forma clara os critérios para portabilidade e os planos equivalentes, para que o consumidor tenha conhecimento necessário para solicitar a alteração do seu contrato, além disso o órgão considera prejudicial o fato de o consumidor só poder migrar de plano durante o mês de aniversário do contrato e no mês seguinte a esta data, pois se o prazo for perdido ele poderá ficar preso por mais um ano a uma empresa que não atende às suas expectativas (PROCON-SP, 2009).

Também destaca-se o posicionamento do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, que defende normas mais abrangentes para a portabilidade de carências. Segundo sua advogada, Daniela Trettel, a normatização desse instituto deveria se dar da seguinte forma (IDEC-b, 2010):

Regra da ANS	O Idec defende
Mobilidade apenas para contratos novos (assinados a partir de 2 de janeiro de 1999)	Inclusão dos contratos antigos
Portabilidade somente entre contratos individuais ou familiares	Inclusão dos contratos coletivos, que são mais de 72% do total de planos de saúde
Mobilidade somente em 2 meses por ano (mês de aniversário do contrato e mês subsequente)	Mobilidade o ano inteiro
Restrição da portabilidade apenas entre planos similares (cuja classificação elaborada pela ANS) e de faixa de preço igual ou inferior	Possibilidade de portabilidade entre todos os tipos os tipos de contrato. Pelas novas coberturas a pessoa paga uma mensalidade maior por determinado período, ou cumpre carência parcial
Para poder exercer a portabilidade, o consumidor precisa ter permanecido por um prazo mínimo no plano do qual quer sair, que varia entre 2 e 3 anos	As carências devem ser cumpridas apenas para entrar no sistema de planos de saúde. A pessoa deve levar as carências que cumpriu se muda de planos. Se cumpriu tudo, não precisa mais cumprir novas carências. Se cumpriu apenas parte em uma operadora, cumpre o restante na nova

Fonte: Idec

Esse Instituto enviou à ANS uma carta (Anexo 10) requerendo providências a respeito da tomada de tais mudanças pela Agência.

Nesse sentido, cabe fazer algumas considerações a respeito dos efeitos gerados pela Resolução em debate no que tange às perspectivas do mercado, do consumidor e das operadoras de plano de saúde.

3.3.2 *A portabilidade e o mercado*

A Resolução nº 186 trouxe diversas restrições à utilização da portabilidade de carências que limitaram sua atuação no mercado, por exemplo: a aplicação da norma somente aos planos individuais e familiares, as restrições de faixa de preço, de período de troca, entre outras.

Uma das grandes restrições impostas pelo regramento da portabilidade nos planos de saúde foi a questão de que o benefício não abarca os planos coletivos, mas apenas os individuais e familiares, que são minoria no mercado.

Como já salientado, segundo os dados de dezembro de 2009 retirados da ANS, cerca de 21,5% dos beneficiários fazem parte de planos individuais e familiares. Destes, cerca de 16,7%³⁶ possuem contratos assinados após o advento da Lei nº 9.656/98. Em outras palavras, apenas 16,7% do total de usuários que foram beneficiados com a medida.

Levando-se em conta que a maioria das operadoras que trabalham com planos de saúde individuais e familiares também trabalham com planos coletivos, pode-se afirmar que a portabilidade não demonstrou grandes avanços no que diz respeito a visão macroeconômica de mercado, porque afetou uma fatia bem pequena dele.³⁷

³⁶ Esse percentual corresponde a 9,4 milhões de beneficiários, dos quais 2 milhões participam de planos exclusivamente odontológicos e 7,4 milhões de planos de assistência médica com ou sem odontologia.

³⁷ Segundo a Resolução Normativa nº 200 da ANS, que alterou a redação da RN nº 195, não é permitida a exigência de cumprimento de carência por planos coletivos empresariais que possuam mais de 30 beneficiários, desde que o beneficiário formalize o pedido de ingresso até 30 (trinta) dias da celebração do contrato. Nos contratos de adesão, a carência também não é permitida, desde que o consumidor ingresse no plano até trinta dias da celebração do contrato. Entretanto, o que reclamam os órgãos de defesa do consumidor é a inclusão do benefício da portabilidade aos beneficiários de planos coletivos que não se encaixem nos casos acima e, também, nos casos de aposentados e ex-empregados que desejem migrar para planos individuais ou coletivos (ver Anexo 3). Acerca desse questionamento,

Regionalmente, dever-se-ia analisar mais detidamente os estados que demonstraram grandes concentrações de mercado, a fim de saber se as restrições impostas à troca de plano permitiram uma diluição dos beneficiários no mercado.

Ocorre que, como apenas uma minoria de planos comercializa apenas planos individuais e familiares (3%, segundo o Boletim Cebrap-Fundap), é possível que tal medida torne-se incapaz de cumprir o esperado, qual seja, fomentar a concorrência, a fim de incentivar a melhoria dos serviços e a redução dos preços.

Ademais, segundo a visão do Idec, os planos individuais e familiares estariam em plena decadência, demonstrando sinais de desaparecimento, por haver crescente desinteresse das operadoras por esse ramo de serviços (AZEVEDO JÚNIOR, 2007).

Acerca dos impactos da norma sobre o mercado, cabe destacar alguns pontos de vista:

.....
 As empresas aprovaram as normas. Segundo Arlindo de Almeida, presidente da Abrange (Associação Brasileira de Medicina de Grupo), haverá uma "concorrência sadia" -as operadoras oferecerão melhor serviço para não perder cliente. Ele, no entanto, crê que poucos deixarão seus convênios: "As pessoas já têm uma ligação grande com os médicos [da rede credenciada], muitas delas estão em tratamento, há um relacionamento intenso. Elas não vão querer mudar". Segundo o Idec, entidade de defesa do consumidor com sede em São Paulo, as operadoras não se opuseram porque, na prática, pouca coisa mudará. "Muitas já aceitam clientes de outras empresas sem impor carência, principalmente se eles são jovens e saudáveis", diz Karina Grou, advogada do Idec. Para ela, as regras não têm sentido porque não beneficiam as 34,5 milhões de pessoas que têm plano antigo ou coletivo.
 (...)

na audiência pública realizada no Senado, antes da publicação da Resolução 186, a representante da Fenasaúde, Solange Beatriz Palheiro Mendes, defendeu que "não faz sentido incluir os planos coletivos, pois o processo de precificação é bem diferente, além de existirem diferenças de desenho de plano (co-participações e franquias) que dificultam a comparação. Ademais, para grupos maiores (em geral, acima de dez vidas) já não existe a aplicação de carências" (Disponível em <http://74.125.93.132/search?q=cache:yeetlIrW6YoJ:www.senado.gov.br/web/comissoes/cas/ap/AP20081119_PortabilidadePlanosSaude.pdf+Resumo+da+Audiência+Pública+de+19+de+novembro>, acesso em 25.04.10). Na discussão, o Diretor-presidente da ANS, Fausto Pereira dos Santos, manifestou sua opinião, no sentido de que a norma abarcou apenas planos individuais e familiares pelo fato de que a solução desse problema era mais premente e porque faltam informações à ANS sobre os planos coletivos, mas afirmou que a extensão do benefício a planos coletivos está prevista para um segundo momento.

A ANS espera beneficiar também os clientes de planos de saúde coletivos, que não foram contemplados pela norma que extingue a exigência de nova carência na troca de operadora.

"Estamos discutindo formas de aprimorar os planos coletivos, como fizemos com os individuais. Mas ainda não temos prazos", diz Hésio Cordeiro, um dos diretores da ANS.

Os planos coletivos são firmados entre uma empresa ou sindicato, por exemplo, e uma operadora de saúde. A agência não interfere por ser relação entre pessoas jurídicas, teoricamente com poderes de negociação semelhantes.

Esses, porém, são os planos em maior número -30 milhões de brasileiros têm convênio coletivo (novo ou antigo).

Também não foram beneficiados pela portabilidade os 11,1 milhões de clientes de planos antigos (anteriores a 1999) (UOL, 2009).

Quanto à aplicação do benefício a planos antigos, destaca-se o comentário da representante da Fenasaúde, na audiência pública realizada para discutir a portabilidade, que diz que a aplicação da regra encontraria dificuldades, porquanto a comparação entre os planos seria difícil, devido às diferenças de cobertura e de faixas etárias que existem nesses contratos (SENADO, 2008).

O que se extrai de tal cenário é que a Resolução nº 186 não opera diferenças em grande escala no mercado dos planos de saúde. A regra poderia operar diferenças mais significativas se abarcasse os planos coletivos, que abrangem 73,4% dos beneficiários de planos de assistência médica. Entretanto, devido à inexigência de prazo de carência a beneficiários que participem de planos coletivos com mais de 30 vidas, a portabilidade viria em prol tanto os beneficiários de planos coletivos com menos de 30 vidas, quanto de aposentados e ex-empregados³⁸.

Entretanto, a aplicação da portabilidade nos planos coletivos e antigos, que possuem pouca regulamentação a incidir sobre eles, estando mais adstritos a cláusulas contratuais do

³⁸ Segundo Arthur Lourenço da Fonseca, existe a possibilidade de um beneficiário de plano coletivo perder sua cobertura ou vantagens adquiridas por tempo de plano quando: 1) Pede demissão ou exoneração.; 2) É despedido ou exonerado por justa causa; 3) Empresa cancela o contrato e seguradora ou operadora contratada não comercializa plano individual; 4) Plano coletivo por adesão com menos de ~~50~~ funcionários (o número atual é 30) troca de contrato com seguradora ou operadora de plano de saúde; 5) Beneficiário exonerado ou demitido assume novo emprego sem plano de saúde. 6) Empresa com menos de ~~50~~ (30) funcionários troca de contrato com seguradora ou operadora de plano de saúde, firmando contrato coletivo por adesão; e 7) Nos casos em que o benefício é assegurado por migração para plano individual, o aumento do prêmio pode inviabilizar a manutenção do contrato. (FONSECA, Arthur Lourenço da. *Portabilidade em planos de saúde no Brasil*. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/data/files/8A95886526BD1BA90126C34961E77090/DIS_Portabilidade%20-%20Formas%20de%20Implementacao_ARTUR_LOURENCO_DA_FONSECA.pdf> Último acesso em: 01 mai 2010, p. 91).

que a própria regulação da Agência, deve preceder a uma análise detida das particularidades desses mercados, sob pena de trazer insegurança jurídica ou, até mesmo, prejudicar o próprio mercado, agravando suas falhas.

3.3.3 *A portabilidade e o consumidor*

A portabilidade com mobilidade de carências é importante instrumento, como já dito anteriormente, para a manutenção da soberania do consumidor frente ao mercado, garantindo seu direito de escolha.

A exposição de motivos para a publicação da Resolução deixa clara a questão de que, não obstante o período de carência seja imposto aos consumidores como forma de mitigação da assimetria de informação, o risco que um beneficiário que já possui plano de saúde apresenta para uma nova operadora é bem menor que o daquele que está fora do sistema e que possui seu risco de demanda desconhecido.³⁹

O que se esperava da portabilidade - e que ainda se espera - é que o estímulo à competição entre as operadoras provocasse um aumento na qualidade dos serviços e uma redução nos preços, de forma a atrair mais consumidores.

Essa capacidade de atração, segundo Arthur Lourenço da Fonseca (2004, p. 100), também traria benefícios às operadoras, que poderiam se beneficiar de economias de escala e aumentar ainda mais sua capacidade de baixar custos.

Entretanto, dados até janeiro de 2010 demonstram que, em quase um ano de vigência da Resolução em debate, apenas 1.074 pessoas se beneficiaram com a medida (IDEC, 2010c), não obstante o benefício abarque cerca de 9,4 milhões de consumidores.

³⁹ Destaca-se parte da exposição de motivos para a feitura da norma: A premissa que se coloca quando se fala na portabilidade de carências em saúde suplementar, é que o beneficiário que está fora do sistema e, portanto com seu risco de demanda de utilização de serviços médicos desconhecidos, esse realmente é objeto do cumprimento das carências regulamentadas na Lei 9.656. O que se questiona, é que esse mesmo beneficiário quando vencidas as carências será tratado e cuidado pela operadora que ele optou para ingressar no sistema de saúde suplementar, tornando-se assim um beneficiário de risco menor que o originalmente ingresso no sistema. (Disponível em: <http://www.ans.gov.br/portal/upload/instanciaparticipacao/transparencia_consultas_publicas/consulta29_publicacao.pdf> Acesso em 23 abr 2010).

A partir desse resultado, pode-se questionar se o benefício foi tão restrito que não permitiu a troca de operadora, se os consumidores estão satisfeitos com seus planos ou, mesmo, acomodados.

3.3.3.1 A mudança de plano de saúde

Podem ser identificados alguns fatores de mudança de operadora de plano de saúde. Desses fatores, o preço pode continuar sendo um dos mais importantes, muito embora haja outras variantes, como a variedade de benefícios ofertados, a rede credenciada de médicos e hospitais, também muito significativas (FONSECA, 2004, p. 48).

Os beneficiários podem sempre refazer a análise quanto ao plano escolhido, a medida que passam por uma história de utilização, mas, nem sempre, a escolha será a melhor, principalmente, pelo fato da limitação de informações entre pacientes, provedores e operadoras, como já ressaltado acima (FONSECA, 2004, p. 48).

Arthur Lourenço da Fonseca(2004, p. 49) salienta que “o custo de informação da decisão inicial não desvia o beneficiário em direção a um plano, mas os custos da mudança fazem que beneficiários permaneçam no mesmo plano”, sendo este um fator determinante de atenuação da competição entre as operadoras.

O autor ainda relata, com base em pesquisas estrangeiras realizadas nas décadas de 80 e 90, que o preço foi o fator mais significativo para a mudança de plano de saúde, observada, também a relação direta com a idade e o tamanho da família. Ademais, verificou-se que indivíduos que trocam de plano procuram aqueles mais baratos e mais semelhantes aos antigos, no que concerne à rede credenciada e profissionais associados (FONSECA, 2004, p. 49).

Em um trabalho estrangeiro citado por Arthur Lourenço da Fonseca (2004, p. 49) e realizado por Cunningham e Kohn, em 2000, verificou-se que, em um contingente de 32.732 famílias, 17% dos beneficiários de seguros privados de saúde mudaram de plano. A mudança, nesses casos, deu-se na seguinte proporção: 33% em razão de mudança de emprego, 36,3% por decisão do empregador contratante e 25% pelas características do novo produto escolhido.

No Brasil, o autor destaca a pesquisa realizada pela Cigna Saúde Ltda, denominada Mercado de Saúde, aplicada na população de São Paulo em 2002, acerca dos fatores determinantes para se manter em um plano de saúde. Tal pesquisa demonstrou que 30,5% dos entrevistados dizem que o bom atendimento é fator determinante, 20,1% disseram que é a ampla cobertura, 21,1% apontaram os médicos qualificados, 20,7% alegaram que são os bons hospitais, 17,6% aduziram que é a rapidez no atendimento, 5,2% dizem que é a pouca burocracia e apenas 4,3% relataram que o preço é fator determinante para manutenção em um plano (FONSECA, 2004, p. 50).

Acerca dessa pesquisa, o autor faz a ressalva de que a maioria dos beneficiários de planos de saúde no Estado de São Paulo pertence a classes mais favorecidas e, portanto, são menos elásticas a alterações de preços (FONSECA, 2004, p. 50).

As pesquisas realizadas pelo autor são importantes para que se estabeleça um panorama geral acerca dos motivos que levam às pessoas a mudança de planos. Contudo, até mesmo como foi ressaltado por ele sobre o Estado de São Paulo, deve-se observar, para próximas pesquisas, cada mercado relevante⁴⁰ geográfico, porque as particularidades de cada um desses – renda, quantidade de operadoras etc - influem na opinião dos consumidores quando da mudança de plano de saúde.

Ainda sobre esse ponto, é importante frisar o comentário que o presidente da Associação Brasileira de Medicina de Grupo, Arlindo de Almeida, que, em reportagem sobre os

⁴⁰ O conceito de mercado relevante, expressão introduzida na legislação brasileira pela Lei nº 8.884/94, é “aquele em que se travam as relações de concorrência ou atua o agente econômico cujo comportamento está sendo analisado” (FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2005, p. 231). Paula Forgioni ressalta que, para que se delimite o mercado relevante, é necessário perfazer uma análise de dois aspectos complementares e indissociáveis: o mercado relevante geográfico e o mercado relevante material. O conceito de mercado relevante geográfico é “a área onde se trava a concorrência relacionada à prática que está sendo considerada como restritiva” (FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2005, p. 233). Esse aspecto, entretanto, não deve ser tomado abstratamente, devendo-se levar em conta, também, a natureza do produto e da prática que está sob análise. O mercado relevante material conceitua-se como “aquele em que o agente econômico enfrenta a concorrência, considerando o bem ou serviço que oferece” (FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2005, p. 241). A delimitação desse aspecto dá-se, portanto, pela identificação das relações de concorrência. O que faz com que o produto ou serviço integre o mesmo mercado relevante material de outro é a fungibilidade desses, ou seja, deve-se identificar se o consumidor está normalmente disposto a substituir o produto que atualmente o satisfaz por outro. Ainda nesse aspecto, a intercambialidade (fungibilidade) do produto também pode ser constatada por indícios quando do aumento do preço de um certo produto ou serviço conduz ao aumento da procura de outro (fenômeno da elasticidade cruzada ou *cross elasticity*). (FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2005, p. 242).

efeitos da portabilidade após um ano de vigência da Resolução, afirmou que os consumidores só trocariam de plano de estivessem “muito descontentes”, porque “acabam desenvolvendo vínculos com seus médicos” (ESTADÃO-a, 2010).

Quanto às restrições impostas pela norma ao consumidor, algumas instituições de defesa do consumidor, como já falado, defendem a acessibilidade quase irrestrita do consumidor à portabilidade. De outra parte, Arthur Lourenço da Fonseca, em tese de mestrado, entende que devem ser levadas em conta as falhas do mercado de planos de saúde e suas particularidades, sob pena de agravamento de tais falhas ao se considerar uma medida muito abrangente. São esses dois pontos de vista que se analisam a seguir.

3.3.4 A portabilidade e as operadoras

A Resolução nº 186 da ANS mostrou-se cautelosa no que diz respeito aos impactos que a portabilidade poderia gerar no mercado e, principalmente, nas operadoras de planos de saúde individuais e coletivos. Isso se demonstra pelo grande número de requisitos impostos à troca de operadora.

Arthur Lourenço da Fonseca, em sua tese de mestrado, de 2004, analisou os possíveis efeitos que, na época, a futura regulamentação da portabilidade poderia gerar e destaca, principalmente, as consequências que tal mobilidade pode gerar para a operadora de plano de saúde.

Dessa forma, cabe realizar um parâmetro conforme o trabalho citado, entre o que foi adotado pela Resolução nº 186 e os possíveis efeitos gerados à operadora com essa medida.

3.3.4.1 Restrições impostas

Primeiramente, deve-se observar a restrição de a portabilidade ocorrer apenas entre planos de segmentação semelhantes.

Acerca desse tema, Arthur Lourenço da Fonseca (2004, p. 83) diz que a Lei nº 9.656/98 cria “famílias” de produtos, conforme condições homogêneas de cobertura, segmentação, carências e abrangência geográfica e defende que a portabilidade só seria possível em planos com segmentação semelhante, a não ser que fosse complementada por aumento prévio do valor do prêmio, referente ao aumento das coberturas adquiridas.

Neste caso, defende o autor que a portabilidade seria de difícil operacionalização, já que o usuário teria carência já cumprida e carência a cumprir no momento de troca de operadora. Ele afirma que essa troca se daria em dois momentos: primeiro haveria uma mudança de segmentação dentro da operadora de origem, com o consequente ajuste do prêmio e do cumprimento de carências para as novas coberturas e só então o usuário poderia migrar para outra operadora (FONSECA, 2004, p. 86).

Observa-se, portanto, que o autor aceita a possibilidade de mudança para outra “família” de produtos. Entretanto, mais fácil seria se o consumidor, a fim de promover tal mudança, cumprisse as diferenças dos períodos de carências e pagasse a diferença dos prêmios na própria operadora de destino, de forma que não há grandes óbices para que isso seja negociado com a operadora.

3.3.4.1.1 As operadoras e o risco moral

O autor destaca que a regulação da saúde suplementar levou à unificação da cobertura ofertada pelos planos de saúde, as redes de prestadores passaram a ter capacidade equivalente e regras de fiscalização uniformes. Em suma, o consumidor passou a ter mais conhecimento do serviço que contrata, o que diminuiu a assimetria de informação para o usuário, porém assim não ocorreu para a operadora, pois não há regulamentação que coíba a utilização excessiva dos serviços pelos beneficiários (FONSECA, 2004, p. 99).

Em sua tese, Arthur Lourenço da Fonseca assevera que “a implantação da portabilidade, sem observação das implicações econômicas, carrega o custo de transação inteiramente para a operadora que recebe o beneficiário”, porque a possibilidade de mudar de plano pode dar ao usuário dos serviços maior certeza de atendimento a menor preço. Defende a implantação

de um mecanismo de regulação econômica para a implantação da portabilidade (FONSECA, 2004, p. 82).

Ressalta que os maiores obstáculos para a implantação da portabilidade são econômicos, porque a operadora de destino deveria ser ressarcida de alguma forma pelo potencial prejuízo resultante da seleção adversa e o valor desse ressarcimento deveria ser proporcional ao tempo que o beneficiário permaneceu na operadora de origem, uma vez que o lucro obtido seria proporcional ao ônus da operadora de destino (FONSECA, 2004, p. 83).

Dessa feita, o autor defende que deve haver uma forma de compensação à operadora de destino, por meio de procedimentos capazes de inibir o risco moral ou por meio de pagamento (FONSECA, 2004, p.67).

Acerca do pagamento, Arthur Lourenço da Fonseca cita a criação de uma taxa para portabilidade ou de um fundo a ser pago pelos beneficiários, a ser usado pela operadora de destino no momento da migração (FONSECA, 2004, p. 69).

Quanto a outras práticas de inibição do risco moral, cita: 1) a possibilidade de migração com restrição para doenças ou lesão preexistente; 2) a possibilidade de migração somente para faixas de menor risco; 3) a possibilidade de migrar somente a períodos determinados; 4) a troca do controle de reajuste de preço de contraprestação, pelo ente regulador, pela portabilidade; 5) a restrição da portabilidade a planos específicos; 6) o estudo caso a caso de pedido de migração; 6) e a possibilidade de migrar somente após um tempo mínimo de permanência na operadora de origem (FONSECA, 2004, pp. 67-69).

Observa-se que a Resolução nº 186 da ANS dispensa o pagamento para efeitos de portabilidade e adota outros meios para inibir o risco moral, quais sejam: 1) exigência de certo tempo de permanência mínimo na operadora de origem; 2) a mobilidade de carências só é permitida para mudança para um plano de custo igual ou inferior ao anterior; 3) só há possibilidade de mudança de plano no mês de aniversário do contrato.

Quanto à limitação de permanecer um certo tempo na operadora de origem antes da troca, o autor citado revela a preocupação de se evitar, dessa forma, a troca de plano logo após o cumprimento do período de carência em operadora de menor contraprestação apenas para poder usufruir dos benefícios imediatamente em operadoras de maior contraprestação e com melhores serviços (FONSECA, 2004, p. 68).

O autor ainda relata que isso ainda não impede que a troca de operadora ocorra apenas na iminência de grande utilização de serviços e defende que a exigência de longos períodos de permanência na operadora de origem selecionaria beneficiários mais propensos à permanecer na operadora de destino, diminuindo possíveis prejuízos decorrentes da aceitação desses beneficiários (FONSECA, 2004, p. 68).

A exigência de certo tempo de permanência na operadora de origem não se justifica. Isso porque impõe ao consumidor um período comparável ao das “cláusulas de fidelização” do serviço telefônico e retira do consumidor seu direito de arrependimento, ferindo o princípio da soberania do consumidor e, pior ainda, não prevê que, nesse período de dois ou três anos, da primeira portabilidade, e de dois anos, a partir da segunda, o beneficiário pode vir a ter uma quebra financeira que o destitua de seu poder de pagamento a um plano de saúde mais caro dentro desse período. Nesse caso, se precisasse mudar de plano, a fim de não cair em inadimplência, deveria cumprir novos prazos de carência.

No tocante à troca de planos para outro de custo igual ou inferior, o que se pretende é inibir a prática de permanência do beneficiário em plano de menor preço, mesmo com atendimento não satisfatório, até que a necessidade de utilização de um tratamento mais caro ou frequente surgisse, ocasião que migraria para um plano com melhores condições de atendimento, mesmo que a um custo maior, prática que o autor considerou como um dos maiores óbices à portabilidade.

A migração entre planos na iminência de grande gasto favoreceria a operadora de origem, que recebeu prêmios por meses ou anos e pouco gastou, onerando a operadora de destino, que seria obrigada a arcar os custos de tais serviços, que possivelmente seriam maiores que

o prêmio pago, sem contar com reservas adquiridas anteriormente e nem teria garantias de permanência do consumidor no plano, cessado o período de maior gasto.

A Resolução, nesse ponto, procurou evitar essa prática por parte do consumidor, para dar mais proteção às operadoras, impondo o cumprimento de novas carências caso o usuário deseje um plano mais caro, com maior disponibilidade de serviços.

Contudo, não se pode descartar a possibilidade de que o beneficiário venha a obter melhoras financeiras e deseje um plano de maior custo e mais confortável.

Deve-se, portanto, fazer a seguinte pergunta: é justo que um beneficiário que deseje mudar para um plano com melhores condições deva cumprir novos prazos de carência em decorrência da assimetria de informação, que implica na impossibilidade de a operadora ter conhecimento se o consumidor irá trocar de operadora no momento que mais precise dos serviços?

Acerca dessa falha de mercado, deve-se observar que nem todos os usuários irão utilizar os serviços de forma excessiva, de maneira que, dependendo da carteira da operadora, aqueles que não utilizam podem cobrir as despesas daqueles que extrapolam – que, provavelmente, não serão uma maioria - a utilização dos serviços, o que estabiliza os ganhos e as perdas.

No que tange à possibilidade de mudar de plano apenas na data de aniversário do plano, Arthur Lourenço da Fonseca (2004, p. 69) não fala sobre a questão da data do contrato, mas aponta a forma adotada na Alemanha, que só permite a migração entre planos de saúde durante um período por ano.

A fixação de uma data para a troca de plano impede que o beneficiário calcule a época da mudança com o objetivo de tirar proveito, evitando os efeitos do risco moral, por desvincular a possibilidade de mudança quando da necessidade imediata de uso de serviços médicos, como já abordado. Nesse caso, deve-se abrir-se a possibilidade de congestionamento de pedidos de troca durante esse período do ano, o que inviabilizaria o bom atendimento ao consumidor.

A Resolução, nesse caso, estabeleceu uma data específica para cada usuário, qual seja, a do contrato, o que previne o mercado de um possível congestionamento anual. Entretanto, esse prazo não se justifica, porque limita a ação do consumidor a uma determinada época fixa no ano, que, por acaso, pode não ser a mais propícia para o troca do plano, tanto no que diz respeito à época de reajustes, quanto no que tange à disponibilidade de tempo do consumidor.⁴¹

Verifica-se que a norma descartou outras formas de restrição ou a possibilidade de pagamento à operadora de destino. Uma enorme gama de restrições impostas ao consumidor seria o equivalente a inexistência do benefício, porque, além de não abranger a maioria dos contratos de planos de saúde, a portabilidade seria tão restrita que os consumidores seriam incapazes de exercer o mínimo direito de escolha.

Portanto, a Resolução nº 186 da ANS foi aplicada com cautela, de forma restritiva, a fim de que se pudesse observar o comportamento do mercado com a aplicação de uma medida que interfere diretamente nas falhas desse mercado, principalmente no que tange ao risco moral que recai sobre as operadoras.

Entretanto, um ponto muito importante a ser verificado para que essas restrições não sejam levadas adiante é que não se trata de regular um mercado como o de planos coletivos, amplo e com pouca regulação, mas de conferir ao consumidor que participa de uma minoria de planos altamente regulados, os quais, em sua maioria, fazem parte de operadoras que também trabalham com planos coletivos, sua soberania no mercado.

⁴¹ Nesse sentido é a opinião do diretor-presidente da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), Fausto Pereira dos Santos, conforme a seguinte notícia: Santos, que deixa o cargo amanhã, avaliou como positivo o primeiro ano da chamada portabilidade dos planos (que é justamente trocar de convênio sem carência), apesar de, em um ano de vigência, só cerca de mil pessoas no País terem utilizado o benefício, em um universo de 6 milhões que teriam direito a ele, segundo dados da ANS. 'Agora temos todas as condições de discutir regras que flexibilizem essa primeira rodada da portabilidade', afirmou Santos. 'Hoje o usuário só pode trocar de plano no aniversário. A ideia é que isso possa ocorrer a qualquer momento, para que esse direito possa ser usado com mais facilidade', completou. A decisão, porém, ficará para o próximo diretor. Ele confirmou ainda a intenção da ANS de estender a portabilidade para os planos coletivos por adesão, que são aqueles mantidos por entidades de classe de advogados e médicos, por exemplo. Ao ser lançada, a portabilidade causou polêmica por causa do excesso de limitações para o exercício do direito, entre elas a decisão de que só valesse para planos individuais e novos, aqueles assinados a partir de 1999, quando entrou em vigor a lei do setor. Só 15% dos usuários dos planos podem ser beneficiados. As informações são do jornal O Estado de S.Paulo. (ESTADÃO-b. *Notícias*. São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/geral.data-para-trocar-de-plano-de-saude-pode-acabar,541585,0.htm>> Acesso em 23 abr 2010).

Para tanto, é necessário aceitar que o beneficiário tem o direito de escolher o preço que melhor se encaixe com seu estilo de vida, a segmentação mais confortável, levando-se em conta que o consumidor se acostuma com os médicos e estabelecimentos que frequenta, e isso já impede uma troca frequente de planos. Ademais, não se pode considerar que os usuários que mudem de plano em períodos de necessidade sejam maioria.

Verifica-se que há a intenção de estender a portabilidade aos planos coletivos e diminuir algumas restrições impostas pela Resolução no que tange aos requisitos para a portabilidade. Isso significa que o consumidor terá maior liberdade para determinar a data de troca do plano e, futuramente, talvez possa migrar para planos de custo mais alto ou de segmentação diversa, o que, dependendo da forma que for regulado, pode realmente provocar uma competição mais efetiva entre as operadoras, ao invés de agravar as falhas de mercado.

Essa visão pode até ser mais facilmente aplicável aos planos individuais e familiares, não só porque são minoria no mercado e que, em sua maioria fazem parte de operadoras que trabalham também com planos coletivos, o que diminui significativamente os impactos que algumas práticas desleais por parte dos consumidores pode causar, mas também porque a maioria dos usuários de planos individuais e familiares, hoje, são aposentados e desempregados, o que não justificaria uma cobrança a mais a estas parcelas da sociedade.

Por fim, no que tange à aplicação da portabilidade a planos coletivos e antigos, esta deve ser posterior à pesquisa detalhada do mercado peculiar desse tipo de plano. Para esses tipos de contratos, talvez seja necessária a aplicação de mais restrições, pela falta de regulamentação existente e, principalmente, pela grande fatia de mercado no qual atuam, o que, certamente, implicará em efeitos em grande escala no mercado nacional, bem maiores do que aqueles proporcionados pela portabilidade nos planos individuais e familiares.

CONCLUSÃO

A portabilidade nos planos de saúde trouxe expectativas quanto à provocação que poderia trazer às operadoras de planos de saúde no que tange ao aumento de competitividade no setor suplementar de saúde, de forma a incentivar a melhoria dos serviços e a redução dos preços.

Observa-se que o mercado de saúde suplementar, segundo os índices HHI e C4, não se encontra concentrado nacionalmente. Os mercados relevantes localizados em metrópoles e aqueles do Sul e Sudeste do país mostraram-se altamente competitivos. Todavia, deve-se levar em conta que existem mercados regionais que apresentam índices de concentração mais elevados, principalmente no Norte e Nordeste do país, o que implicaria em um maior controle e observação por parte da ANS, inclusive no que diz respeito à aplicação da portabilidade.

Da mesma forma, não se pode ignorar que um percentual pequeno de operadoras detém a maior parte do mercado (cerca de 33,5% possuem 90% dos beneficiários) e mais de 40% do faturamento das empresas, hoje, concentra-se em apenas dez operadoras.

O mercado suplementar de saúde pode não apresentar altos índices de concentração verificáveis nacionalmente, o que demonstra um mercado em processo de consolidação, porém deve-se levar em consideração a verificação constante da solvabilidade das empresas, de forma a evitar o processo de concentração do mercado.

A concorrência nesse mercado seria realmente potencializada, de forma a provocar a melhoria efetiva de serviços, se o sistema público de saúde fosse garantidor efetivo das necessidades de saúde da população, por meio da disponibilização de serviços e produtos de qualidade. Caso em que o sistema suplementar deveria equilibrar baixos preços e bons serviços, de modo a competir com um sistema gratuito.

Contudo, esse panorama não retira o sentido da aplicação da portabilidade no setor. Isso porque o que se pretende proteger não é apenas o mercado em seu aspecto concorrencial, mas, principalmente, o consumidor e seu direito de escolha, atenuando as falhas internas de mercado.

O contrato de planos de saúde é contrato cativo de longa duração, que obriga o fornecedor a garantir o tratamento à saúde toda vez que ocorra o evento aleatório. Dessa catividade intrínseca ao contrato decorre a vulnerabilidade do consumidor, já que, à medida que o usuário envelhece, sua dependência torna-se cada vez maior.

Diante disso, a portabilidade promove a mobilidade de carências na troca de planos de saúde, de forma a diminuir essa dependência física e psíquica do consumidor.

Entretanto, a norma aplica-se somente a planos individuais e familiares assinados após o advento da Lei nº 9.656/98 e também trouxe algumas restrições e condições para o usufruto do benefício: 1) a portabilidade só é possível em planos compatíveis segundo sua segmentação; 2) exigência de certo tempo de permanência mínimo na operadora de origem; 3) a mobilidade de carências só é permitida para mudança para um plano de custo igual ou inferior ao anterior; 4) só há possibilidade de mudança de plano no mês de aniversário do contrato;

O que se verifica neste trabalho é que tais restrições não são necessárias à aplicação da portabilidade.

A relativização do critério de segmentação semelhante verifica-se pelo fato de que o consumidor pode cumprir os novos prazos de carência e pagar a diferença dos prêmios, se desejar migrar para um plano de maior segmentação.

Da mesma forma, a exigência de um tempo mínimo na operadora de origem não se justifica, pelo fato de que retira do consumidor seu direito de arrependimento, ferindo o princípio da soberania do consumidor e não prevê uma possível insolvabilidade do consumidor, que não poderá se beneficiar da portabilidade se tiver de migrar para um plano mais barato.

A questão do preço restringe a opção do consumidor que melhorou financeiramente e deseja contratar um plano mais caro, mas de maior qualidade.

Por último, a possibilidade de mudança apenas no mês de aniversário do contrato limita a ação do consumidor a uma época fixa do ano, a qual pode não ser a mais propícia para a troca de plano, tanto no que diz respeito a reajustes, quanto no tocante à disponibilidade do consumidor.

Portanto, o que se extrai do contexto é que o excesso de proteção às operadoras pode ocasionar o completo desuso da portabilidade, que tornar-se-á tão restrita que impossibilitaria a utilização do benefício pelos consumidores. Tais restrições não se justificam em um mercado pequeno como o de planos individuais e familiares, no qual a maioria das operadoras que trabalham com tais planos também laboram com planos coletivos, o que diminui o impacto de condutas desleais.

Dessa forma, a soberania do consumidor só seria alcançada pela relativização das restrições citadas, pelo fato de que, dessa forma, poderia garantir a segmentação e o preço que mais se adequam à situação financeira do usuário desses serviços.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR-a *Caderno de informação em Saúde Suplementar: Beneficiários, Operadoras e Planos*. Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/data/files/8A958865266CAFE2012696324D6F063A/caderno_informacao_09_2009.pdf> Acesso em 28 mar 2010.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR-b. *Caderno de informação em Saúde Suplementar: Beneficiários, Operadoras e Planos*. Rio de Janeiro, Março 2010. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/data/files/8A95886527D3E6F20127E26FC49A3EC9/Caderno_Informacao_2010-03-web.pdf> Data de acesso: 31 mar 2010.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR-c. *Mobilidade com portabilidade de carências: da elaboração do Projeto à Publicação das Normas*. 2009. Disponível em: <http://74.125.93.132/search?q=cache:http://anstabnet.ans.gov.br/data/files/8A958865266CAFE201268B1E7A414E01/20090630_Portabilidade_Parceiros_Cidadania_09jun09.pdf> Acesso em: 27 abr 2010.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR-d. *Consulta*. 2008. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/portal/upload/instanciaparticipacao/transparencia_consultas_publicas/consulta29_exposicao_de_motivos.pdf> Acesso em 23 abr 2010.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR-e. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/main.jsp?lumChannelId=8A9588D425C1ACB20125DB5FAADF2728>> Acesso em 10 abr 2010.

AZEVEDO, Fernando Costa de. *Considerações sobre o direito administrativo do consumidor*. In Revista Direito do Consumidor. Ano 17, n. 65, São Paulo: RT, 2008.

AZEVEDO JR, Renato (Coord.). *Planos de Saúde: nove anos após a Lei 9.656/98*. Disponível em: <http://www.idec.org.br/biblioteca/estudo_9anos_lei_planos.pdf> Acesso em: 06 abr 2010.

BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2009.

BOTTESINI, Maury Ângelo; MACHADO, Mauro Conti. *Lei dos Planos e Seguros de Saúde: comentada artigo por artigo, doutrina, jurisprudência*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2005.

CARPENA, Heloísa. *O consumidor no direito a concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. *O direito de escolha: garantindo a soberania do consumidor no Mercado*. Revista de Direito do Consumidor. Ano 15, n. 51, São Paulo: RT, 2006.

CEBRAP-FUNDAP. *Boletim*. São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.boletim-fundap.cebrap.org.br/n2/?subject=leitura-indicadores-p1>> Acesso em: 02 abr 2010.

CECHIM, José (Coord.). *A história e os desafios da saúde suplementar: 10 anos de regulação*, São Paulo: Saraiva e Letras & Lucros, 2008.

DORFMAN, Robert. *Preços e mercados*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1977.

ESTADÃO-a. *Notícia*. São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,portabilidade-dos-planos-de-saude-faz-1-ano-com-poucos-beneficiados,538638,0.htm>> Último acesso em: 30 abr 2010.

ESTADÃO-b. *Notícias*. São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,data-para-trocar-de-plano-de-saude-pode-acabar,541585,0.htm>> Último acesso em: 30 abr 2010.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de Direito de Saúde Suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde*. São Paulo: MP editora, 2006.

FONSECA, Arthur Lourenço da. *Portabilidade em planos de saúde no Brasil*. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/data/files/8A95886526BD1BA90126C34961E77090/DIS_Portabilidade%20-%20Formas%20de%20Implementacao_ARTUR_LOURENCO_DA_FONSECA.pdf> Último acesso em: 01 mai 2010.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2005.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem econômica na Constituição de 1988*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GREGORI, Maria Stella. *Planos de Saúde: a ótica de proteção do consumidor*. v. 31, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Desafios após dez anos da Lei dos Planos de Saúde*. Revista de Direito do Consumidor. Ano 17, n. 66, abr.-jun. São Paulo: RT, 2008.

IDEC-a. *Notícias*. São Paulo, 2008. Disponível em:

<<http://www.idec.org.br/noticia.asp?id=11045>> Acesso em: 20 abr 2010.

IDEC-b. *Notícia*. São Paulo, 2010. Disponível em:

<<http://www.idec.org.br/emacao.asp?id=2271>> Último acesso em: 30 abr 2010.

IDEC-c. *Notícia*. São Paulo, 2010. Disponível em:

<<http://www.idec.org.br/noticia.asp?id=12647>> Último acesso em: 23 abr 2010.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2006.

MARTINS, Carina Burri, SILVA, Marcos Paulo Novais. *Considerações Sobre a Concorrência no Setor de Saúde Suplementar – Analisando o Período 2006-2008*. Disponível em:
<<http://www.iess.org.br/TDIESS00282009Concorrncia0809.pdf>> Último acesso em 02 abr 2010.

MÉDICI, André Cezar. *Aspectos teóricos e conceituais das políticas de saúde*. In: PIOLA, Sérgio Francisco; VIANNA, Sólton Magalhães (Orgs.). *Economia da saúde: conceitos e contribuição para a gestão de saúde*. Brasília: IPEA, 2002.

NERY JR., Nelson. *Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Revista de Direito do Consumidor. n. 3, set-dez, São Paulo: RT, 1992.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. *Lei dos Planos de Saúde (Lei 9.656/98): dez anos depois*. In Revista Direito do Consumidor. Ano 17, n. 65, São Paulo: RT, 2008.

PASQUALOTTO, Adalberto. *A regulamentação dos planos e seguros de assistência à saúde: uma interpretação construtiva*. In MARQUES, Cláudia Lima. *Saúde e responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde*. v. 13. ed. RT: São Paulo, 1999.

PINHEIRO, Armando Castelar e SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. 2ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Planos de saúde e direito do consumidor*. In Marques, Cláudia Lima. *Saúde e Responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde*. V. 36, São Paulo: RT, 2008.

PROCON-SP. *Notícia*. São Paulo, 2009. Disponível em:
<<http://www.procon.sp.gov.br/noticia.asp?id=1031>> Acesso em 15 abr 2010.

SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina Bozola e SERRANO Jr., Vidal. *Assistência privada à saúde: aspectos gerais da nova legislação*. In MARQUES, Cláudia Lima et al (Coord.). *Saúde e Responsabilidade 2: a nova assistência à saúde*. V. 36, São Paulo: RT, 2008.

SARRUBO, Mariângela. *A saúde na Constituição Federal e o contexto para recepção da lei 9.656/98*. In MARQUES, Cláudia Lima. *Saúde e Responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde*. V. 13, São Paulo: RT, 1999.

SEGS. *Noícias*. São Paulo, 2010. Disponível em:
<http://www.segs.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=4643:a-polarizacao-da-saudesuplementar&catid=47:saude&Itemid=328> Último acesso em 02 abr 2010.

SENADO FEDERAL. *Subcomissão permanente de promoção, acompanhamento e defesa da saúde*. 2008, Disponível em
http://www.senado.gov.br/web/comissoes/cas/ap/AP20081119_PortabilidadePlanosSaude.pdf.
Acesso em: 25 abr 2010.

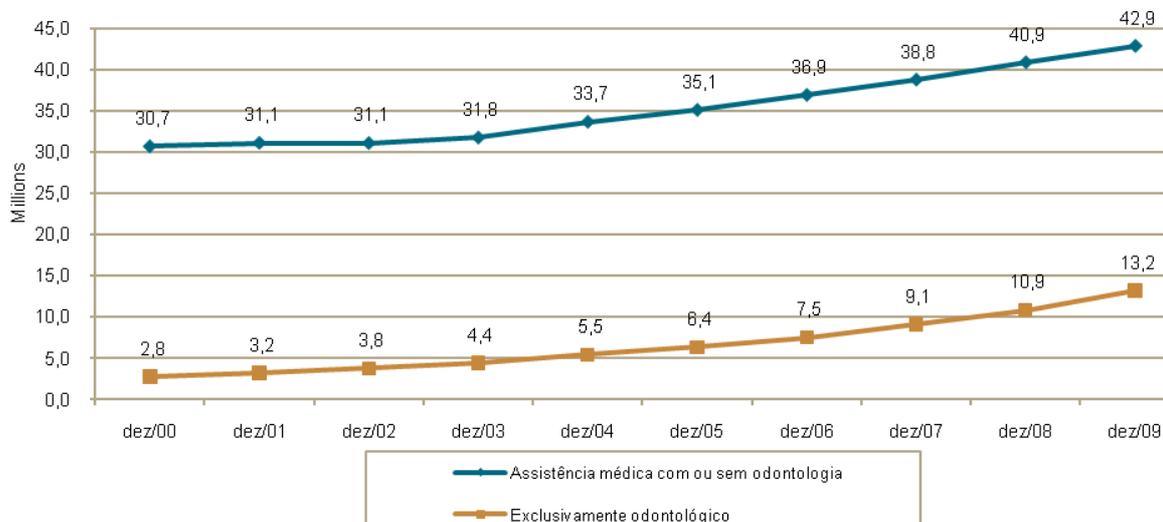
UOL. *Notícias*. São Paulo, 2009. Disponível em:
<<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u490274.shtml>> Último acesso em: 20 abr 2010.

VAZ, Isabel. *Direito econômico da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

ANEXOS

ANEXO I

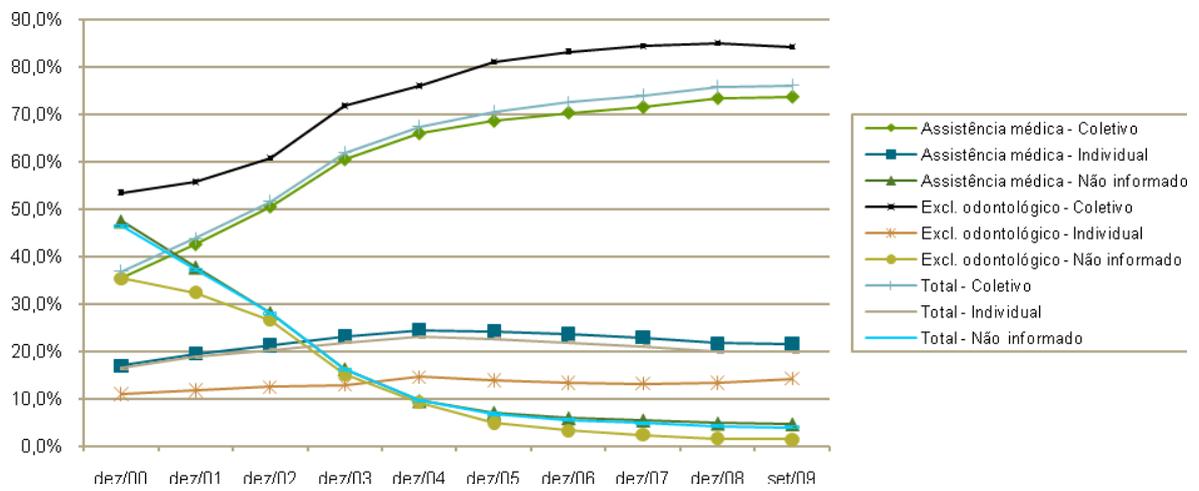
**Gráfico 1 - Beneficiários de planos privados de saúde por cobertura assistencial do plano
(Brasil - 2000-2009)**



Fonte: SIB/ANS/MS - 12/2009

ANEXO II

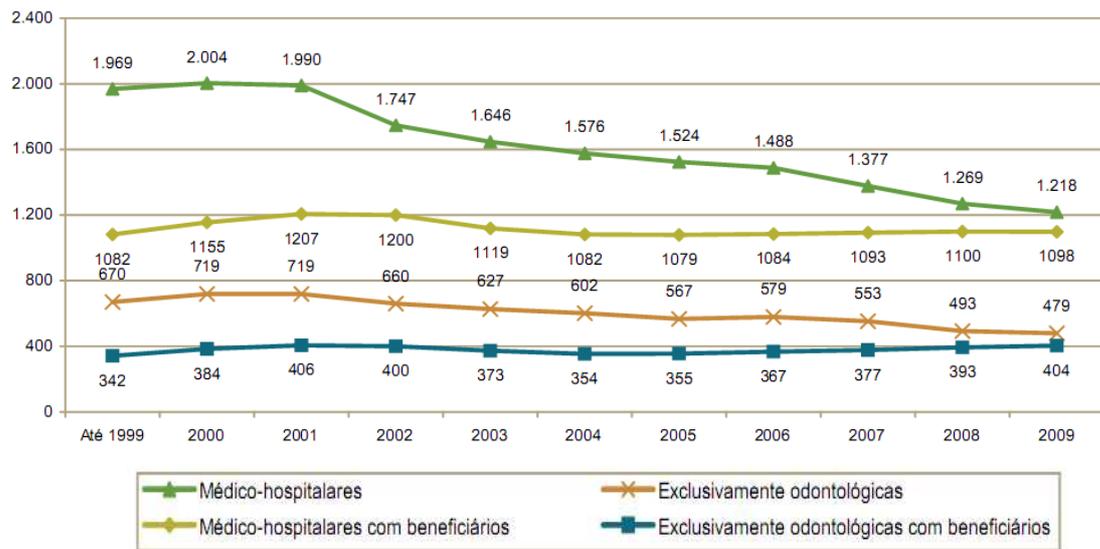
Gráfico 2 – Percentual dos beneficiários de planos de saúde por tipo de contratação do plano e cobertura assistencial do plano (Brasil – 2000-2009)



Fonte: Sistema de Informações de Beneficiários – ANS/MS – 09/2009

ANEXO III

Gráfico 3 - Operadoras de planos privados de saúde com registro ativo (Brasil - 1999-2009)



Fontes: CADOP/ANS/MS - 12/2009 e SIB/ANS/MS - 12/2009

ANEXO IV

Cobertura assistencial do plano	Percentual acumulado de beneficiários	Operadoras	Percentual acumulado de operadoras
Assistência médica com ou sem odontologia			
4.393.896	10,3%	2	0,2%
8.934.212	20,8%	6	0,5%
13.185.273	30,8%	12	1,1%
17.410.019	40,6%	22	2,0%
21.495.306	50,2%	38	3,5%
25.787.285	60,2%	71	6,5%
30.055.280	70,1%	110	10,0%
34.272.508	80,0%	205	18,8%
38.564.014	90,0%	366	33,5%
42.856.872	100,0%	1.091	100,0%
Exclusivamente odontológico			
2.500.715	18,9%	1	0,2%
4.762.981	36,0%	3	0,6%
5.374.674	40,7%	4	0,8%
6.736.148	51,0%	7	1,3%
8.125.677	61,5%	12	2,3%
9.288.751	70,3%	20	3,8%
10.600.080	80,2%	40	7,7%
11.891.484	90,0%	88	16,9%
13.213.794	100,0%	520	100,0%

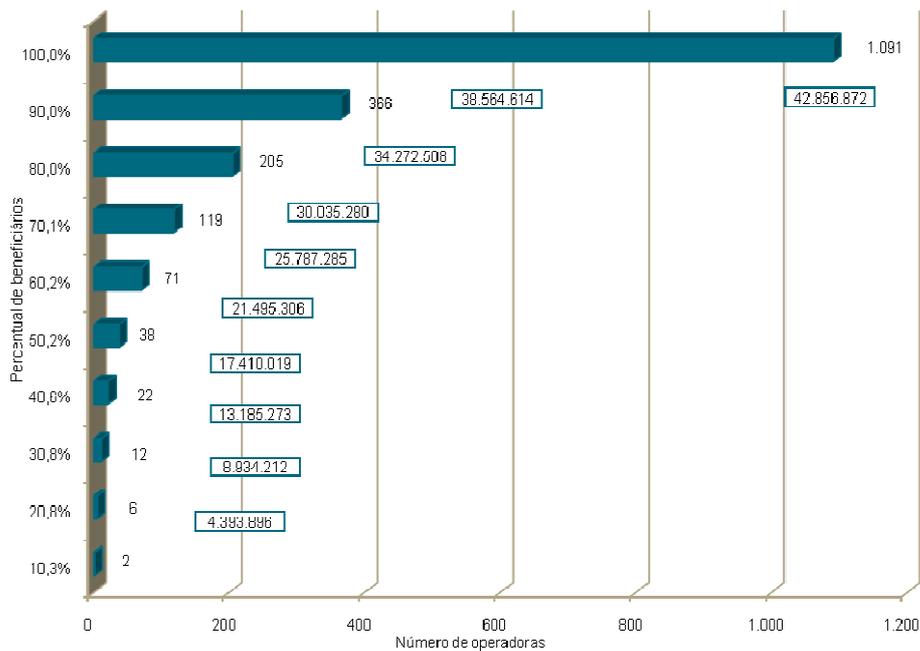
Tabela 1 - Distribuição dos beneficiários de planos privados de saúde entre as operadoras, segundo cobertura assistencial do plano (Brasil - dezembro/2009)

Fontes: SIB/ANS/MS - 12/2009 e CADOP/ANS/MS - 12/2009

Nota: O termo "beneficiário" refere-se a vínculos aos planos de saúde, podendo incluir vários vínculos para um mesmo indivíduo.

ANEXO V

Gráfico 4 - Distribuição dos beneficiários de planos privados de saúde entre as operadoras, segundo cobertura assistencial do plano (Brasil - dezembro/2009)



Fontes: SIB/ANS/MS - 12/2009 e CADOP/ANS/MS - 12/2009

Nota: O termo "beneficiário" refere-se a vínculos aos planos de saúde, podendo incluir vários vínculos para um mesmo indivíduo.

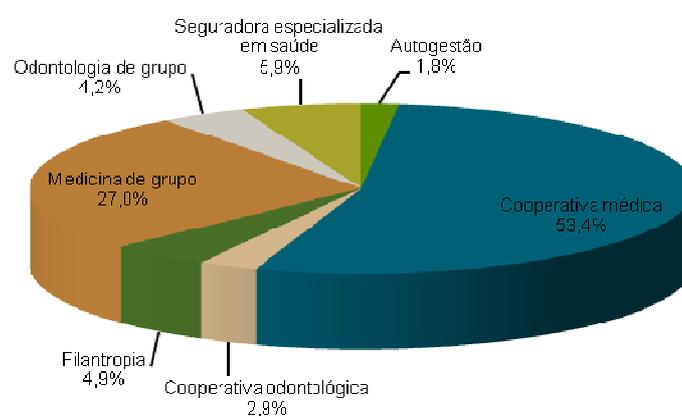
Curva A: 205 operadoras (18,8% do total) detêm 80,0% dos beneficiários.

Curva B: 366 operadoras (33,5% do total) detêm 90,0% dos beneficiários.

Curva C: 1.091 operadoras (100,0% do total) detêm 100,0% dos beneficiários.

ANEXO VI

Gráfico 5 - Distribuição percentual dos planos de saúde com beneficiários por modalidade da operadora (Brasil - setembro/2009)

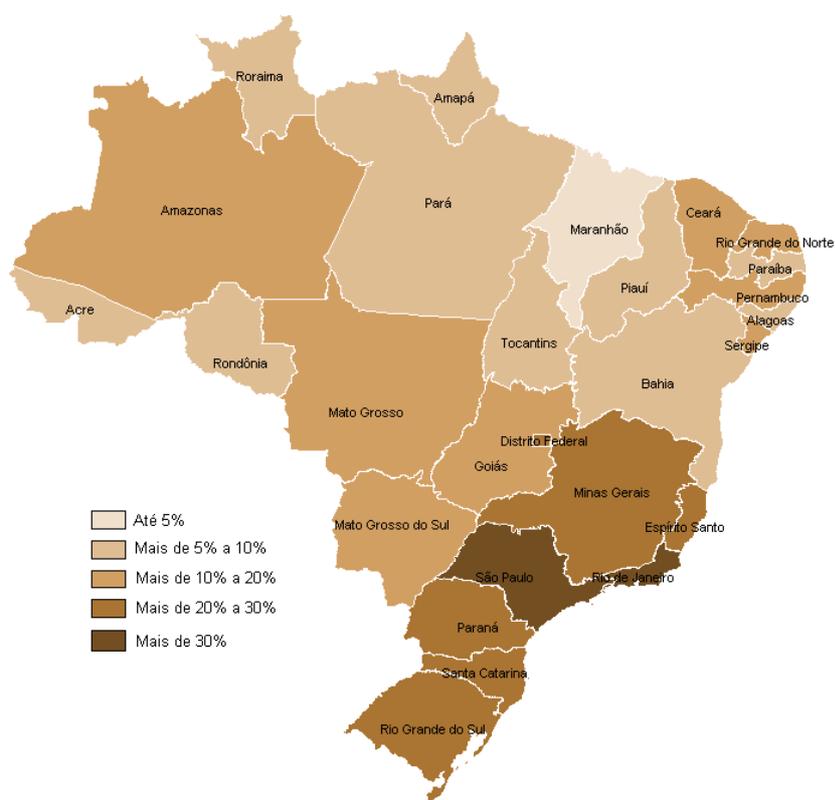


Fontes: Sistema de Informações de Beneficiários - ANS/MS - 09/2009, RPS - ANS/MS - 09/2009 e Cadastro de Operadoras - ANS/MS - 09/2009

Nota: O registro da ANS só é obrigatório para os planos comercializados após a Lei 9656/98.

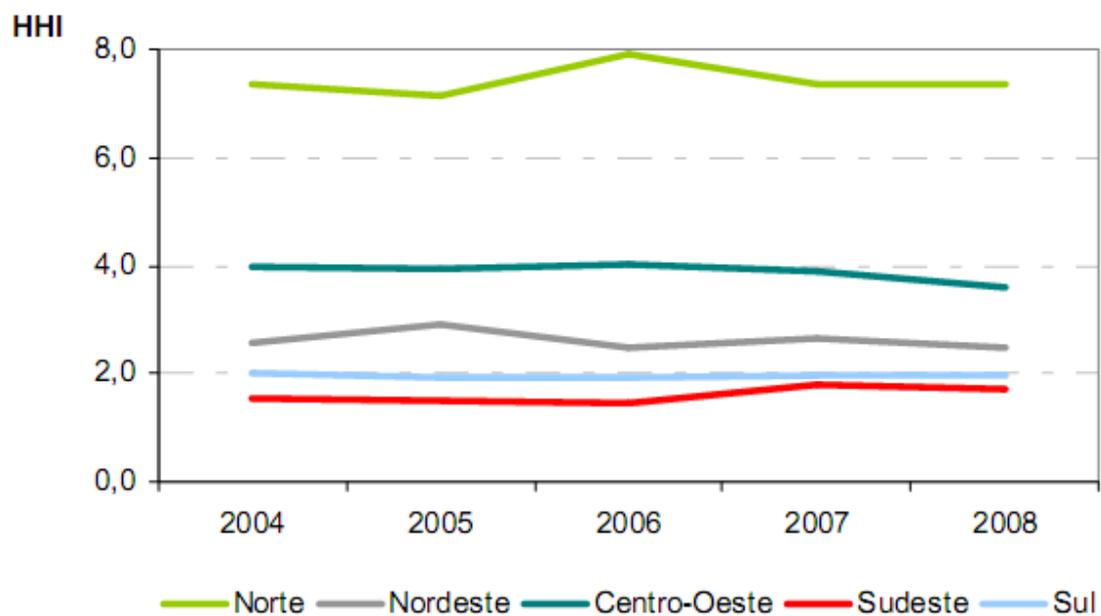
ANEXO VII

Mapa 1 - Taxa de cobertura dos planos privados de assistência médica por Unidades da Federação (Brasil - dezembro/2009)



Fontes: SIB/ANS/MS - 12/2009 e População - IBGE/DATASUS/2009

ANEXO VIII

Gráfico 6. O Índice HHI para o nível de Concentração Regional

Fonte: Atlas ANS (2008)

ANEXO IX

Tabela 9 – Ufs por intervalo dos índices HHI e C4, para 2008.

Intervalos	
HHI	
HHI \leq 10%	BA, MA, PE, PI, DF, SP ¹ , RJ, MG, ES, RS, PR, SC.
10% < HHI \leq 18%	RO, RR, AM, TO, AL, PB, RN, SE, MT, MS, GO.
18% < HHI < 100%	AC ² , PA, AP, CE.
HHI = 100%	
C4	
0% < C4 < 50%	BA, MA, PE, DF, SP ³ , RJ, MG, ES, RS, PR, SC, GO.
50% < C4 < 75%	PI, RO, RR, AM, TO, AL, PB, RN, SE, MT, MS, AC, PA, CE.
75% \leq C4 < 100%	AP ⁴

Fonte: Atlas ANS – 2008.

^{1,2} Valores mínimo e máximo de HHI, respectivamente.

^{3,4} Valores mínimo e máximo de C4, respectivamente.

ANEXO X



Carta Coex 107/2010

São Paulo, 13 de abril de 2010.

Aos Senhores

José Gomes Temporão

Ministro da Saúde

Fausto Pereira dos Santos

Diretor-Presidente da ANS

Agência Nacional de Saúde Suplementar

Prezado Senhor,

No próximo dia 15 de abril a Resolução 186/09, que versa sobre a portabilidade de carências em planos de saúde, completa um ano de vigência. Quando da apresentação da resolução, ANS e Ministério da Saúde afirmaram que pretendiam, em 2010, estender as regras de portabilidade para os contratos coletivos.

É o que se verifica nas diversas reportagens sobre portabilidade publicadas em 15/4/2009, entre elas a abaixo citada:

“De acordo com o ministro da Saúde, José Gomes Temporão, a medida estimulará a competição no setor e a melhoria da qualidade. Ele afirma que o próximo passo será estender a possibilidade de troca para outros usuários, como os 40 milhões de brasileiros cobertos com planos coletivos.

A não inclusão deste grupo entre os beneficiados é a principal queixa de organizações de defesa do consumidor. Já as associações que representam as em-

presas reclamam que as novas regras poderão trazer desequilíbrio financeiro a algumas operadoras.

O diretor-presidente da ANS, Fausto Pereira dos Santos, diz que a agência deve finalizar neste ano o levantamento de informações sobre planos coletivos - especialmente o estudo sobre faixas de preço- para, então, fazer uma proposta de ampliação da portabilidade.

Essa ampliação, caso aconteça, beneficiará principalmente quem tem plano empresarial mas, por motivo de saída da empresa ou de desistência do plano, queira migrar para um contrato individual”.

Conforme ressaltado pelo Idec em sua contribuição à consulta pública 29, há situações de contratação coletiva em que existem imposições de carências ou coberturas parciais temporárias. Além disso, temos a questão da mudança de plano de saúde coletivo para plano de saúde individual ou familiar, tema que tem sido presença constante no Poder Judiciário: ex-empregados (aposentados ou demitidos), depois de seu desligamento da empresa e de cumpridos os prazos de permanência no contrato empresarial previstos nos artigos 30 e 31 da Lei 9.656/98, optam por manter o contrato na forma individual e a eles são impostas novas carências – mesmo permanecendo o consumidor na mesma empresa. Lembre-se que o posicionamento da jurisprudência tem sido favorável aos consumidores.

Isso posto, o Idec solicita à ANS informações acerca do andamento dos trabalhos de complementação das normas de portabilidade, assim como a previsão para que a nova regulamentação seja publicada e entre em vigor.

Atenciosamente,

Lisa Gunn

Coordenadora Executiva

Daniela B. Trettel

Advogada