

INTERVENÇÃO ESTATAL NO MERCADO DE SAÚDE

Márcio Vasconcelos de Mendonça¹

Petrúcia da Costa P. Souto²

RESUMO

Dentro do elenco de direitos sociais, apresenta-se a saúde como, quiçá, o mais importante desse grupo, em razão de sua inerente relação com o direito à vida, pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos, assim ser inconcebível a realização do bem-estar da pessoa humana sem sua concretização. Como será analisado, desde de sua origem, o Estado brasileiro sempre dispensou poucos esforços para viabilização de um sistema de saúde minimamente satisfatório. Desse descaso, emerge um mercado privado de saúde que, devido a secular falta de intervenção estatal, é até os dias atuais grande protagonista em descumprimentos legais. O presente trabalho tem como objeto de estudo a primogênica regulação do sistema privado de atenção à saúde brasileiro, realizada através da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS. Nesse sentido, serão analisados, além da estrutura e atuação dessa agência, os conceitos relativos à natureza do mercado de saúde, cujo entendimento é imprescindível para a compreensão das medidas intervencionistas nesse setor.

Palavras-chave: Direitos Sociais. Intervenção Estatal. Regulação do Sistema Suplementar de Saúde.

STATE INTERVENTION IN HEALTHCARE MARKET

ABSTRACT

In the cast of social rights, health presents itself as, perhaps, the most important of this group, for its inherent relationship with the right of life, prerequisite to existence and exercise of all the others rights, this way being inconceivable the accomplishment of the welfare of the human being without their implementation. As will be analyzed, since its origin, the Brazilian State has always dispensed few efforts to make practical a healthy system at least satisfactory. Of this negligence, emerges a private market for health that, due to the secular lack of state intervention, is until this days a huge protagonist in legal noncompliance. This article aims the study of the first regulation of the private market for the Brazilian healthcare, realized by National Agency of Supplemental Health - ANS. In this way, will be analyzed, beyond the structure and performance of this agency, the concepts relating to nature of the healthcare market, whose understanding is necessary for comprehension interventionist measures in this sector.

Palavras-chave: Social Rights; State Intervention; Regulation of Supplemental Health System

¹ Discente do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. Email: marcinho_vm@hotmail.com

² Docente do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. Email: petruciasouto@unirn.edu.br

1. INTRODUÇÃO

Direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado social de Direito, tendo por finalidades a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático. (Morais, 2006).

A saúde integra esse rol de direitos sociais, positivado no art. 6º da Carta Magna. E de acordo com seu art. 196, saúde é "direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação".

Contudo, o sistema de saúde brasileiro se caracteriza por seu hibridismo, visto que a prestação dos serviços pode se realizar diretamente pelo Estado ou por meio da iniciativa privada, conforme o art. 199 da CF/88.

A iniciativa privada presta assistência à saúde de forma complementar, mediante contratos de direito público ou convênio com o Sistema Único de Saúde – SUS, e suplementar, por meio de contraprestação dos usuários.

O sistema de saúde suplementar é o objeto de análise desse trabalho, mais especificamente, a intervenção estatal nesse setor, por meio da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS.

2. UM BREVE HISTÓRICO DA SAÚDE SUPLEMENTAR NO BRASIL

Realizando uma breve análise da evolução do sistema de saúde brasileiro, perceber-se que até a instituição do SUS houve uma preferência pelo fornecimento de produtos e serviços por meio do setor privado em detrimento do público. E devido a uma falta de clareza e de uma definição em relação à política de saúde, a história da saúde permeia e se confunde com a história da previdência social no Brasil em determinados momentos.

O marco inicial da previdência social no Brasil ocorre com a aprovação da Lei Eloi Chaves, que institui as Caixas de Aposentadoria e Pensão (CAPs). Além das aposentadorias e pensões, os fundos proviam os serviços funerários e médicos. Em momento ulterior, as CAPs são substituídas pelos Institutos de Aposentadoria e Pensões (IAP), que, tais quais as CAPs, forneciam assistência médica apenas para algumas categorias profissionais. Conforme

assinala Polignano, até o final dos anos 50, a assistência médica previdenciária não era importante. Os técnicos do setor a consideravam secundária no sistema previdenciário brasileiro, e os segurados não faziam dela parte importante de suas reivindicações.

Em 1960, com a Lei nº 3.807, denominada Lei Orgânica da Previdência Social, é estabelecida a unificação do regime geral da previdência social. O processo de unificação previsto em 1960, porém, só se efetiva em 1967, com a implantação do Instituto Nacional da Previdência Social (INPS). Ao unificar o sistema previdenciário, o governo militar se viu na obrigação de incorporar os benefícios já instituídos fora das aposentadorias e pensões. Um destes era a da assistência médica, que já era oferecida pelos vários IAPs, sendo que alguns desses já possuíam serviços e hospitais próprios.

Devido à complexidade do setor, é criado, dentro da estrutura administrativa do INPS, o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS). E, em 1974, o sistema previdenciário é desvinculado do Ministério do Trabalho e ganha Ministério próprio, o Ministério da Previdência e Assistência Social. Com ele, foi criado o Fundo de Apoio ao Desenvolvimento Social (FAS). Polignano ressalta que a criação deste fundo proporcionou a remodelação e ampliação dos hospitais da rede privada, por meio de empréstimos com juros subsidiados.

Nesse sentido, Almeida (1998) observa que é consenso na literatura a intrínseca ligação do desenvolvimento do setor privado na saúde no Brasil com a opção modernizante implementada pelo governo autoritário, que, com a unificação dos institutos previdenciários, expandiu a população previdenciária (e de beneficiários), mas desintegrou os esquemas associativos que lhe davam voz, impondo à política social uma racionalidade privatizante, que, embora tecnicamente justificada, desencadeou e exacerbou seus traços perversos. Iniciam-se aí as modificações no *mix* público/privado no setor saúde, que alavancariam a expansão do mercado de serviços de assistência médica, por meio basicamente de duas estratégias convergentes: a compra de serviços pelo Estado e a transferência da função provedora para a iniciativa privada.

A política de saúde seguiu, nos anos 1980, uma trajetória paradoxal: de um lado, a concepção universalizante proposta pelo movimento da Reforma Sanitária e, de outro, a obediência às tendências estruturais organizadas pelo projeto neoliberal. Foram anos marcados pela exclusão social e pela redução de verbas públicas com queda na qualidade dos serviços de saúde, prestados pelo Estado e pela progressiva migração dos setores médios para planos e seguros privado (Malta, 2001).

O Estado primeiro desencadeou e estimulou, por meio de políticas explícitas, as parcerias com o setor privado, numa perspectiva privatizadora, e, posteriormente, abdicou das funções mediadora e reguladora, principalmente pela não-decisão, permitindo que as relações implícitas entre o público e o privado vigorassem *sem intervenção* e perdendo, assim, a capacidade de regulá-las (Almeida, 1998).

Com a instituição do SUS, promulgada a Lei 8.080/90, o setor de saúde brasileiro consolidou ao longo de anos um sistema público precário e um privado hegemônico. Porém, conforme examinam Piola & Viana (2009), a predominância de prestadores privados não é, necessariamente, um problema. Para o usuário, em geral, é irrelevante a personalidade jurídica do provedor. O que lhe importa é a garantia de um serviço com qualidade e presteza. A utilização da rede privada, libera o Poder Público não só da realização de investimentos diretos para ampliar a própria capacidade instalada, como, principalmente, da gerência de estabelecimentos, sobretudo os de maior porte e complexidade, tarefa que persiste como uma das maiores, se não a maior, das vulnerabilidades e atribuições do sistema de saúde.

3. CONCEITOS BÁSICOS DA INTERVENÇÃO ESTATAL NO SETOR DE SAÚDE.

No decorrer do século XX, as regras econômicas introduzidas na estrutura constitucional sofreram várias alterações. Em princípio, influenciado pelos pressupostos da ideologia liberal, o Estado se limitava a garantir a ordem e o cumprimento dos contratos, salvaguardando o direito de propriedade e a supremacia do individual sobre o coletivo. Porém, conforme assinala Tavares (2006), a concepção de Estado Liberal gerou, em momentos críticos da Humanidade, uma situação insuportável, de modo que, mesmo em países de imensa tradição liberal e capitalista, passou-se a admitir a necessidade de intervenção do Poder Público no mercado e na economia, ainda que extremamente restrita ou em setores específicos e predeterminados.

Na esteira desses pensamentos, Eros Grau, ao comentar sobre a “desregulação” da economia, observa:

O Capitalismo – repita-se – reclama não o afastamento do Estado dos mercados, mas sim a atuação estatal, reguladora, a serviço dos interesses do mercado. Essa é, sem dúvida, uma afirmação historicamente comprovada. Além disso, dúvida também não resta em relação à circunstância de que os processos econômicos capitalistas demandam regulação. O mercado não seria possível sem uma legislação que o protegesse e uma racional

intervenção, que assegurasse a sua existência e preservação. (Grau, Eros Roberto, 2003, p. 136)

A Constituição Federal de 1998 definiu, no art. 170, os princípios da ordem econômica, pelos quais o Estado deve orientar-se para atuar como interventor na atividade econômica.

Para Eros Grau, ao preceituar que a ordem econômica deverá estar fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, a ordem econômica liberal é substituída pela ordem econômica intervencionista (Tavares, 2006).

Perez (2006), ao analisar a regulação econômica no Direito Norte-Americano, destaca que justifica-se a intervenção estatal na economia por meio de fundamentos específicos, reunidos em três grandes blocos: (a) o da correção das falhas do mercado e necessidade de tornar o mercado mais eficiente; (b) o da redistribuição da riqueza; e (c) o da promoção de valores sociais e aspirações democráticas. Tais fundamentos, segundo o autor, são abordados em países e sistemas jurídicos de diferentes tradições histórico-culturais, inclusive no Brasil.

As falhas de mercado são imperfeições que ocorrem quando uma ou mais das condições de perfeita competição não estão presentes. Por conseguinte, o grau de intervenção do Estado na economia é definido justamente através dos reflexos que essas falhas produzem no mercado.

Donaldson & Gerard (1993), identificam as seguintes características da competição perfeita: (a) “racionalidade”, que parte do pressuposto de que o consumidor sabe com clareza o que quer consumir, quando e onde conseguir; (b) “inexistência de externalidades”, entendido como os efeitos colaterais produzidos pelo consumo ou pela produção de um bem por outras pessoas, que afetam o indivíduo de forma positiva ou negativa; (c) “perfeito conhecimento do mercado por parte do consumidor”; (d) “consumidores agindo livremente em seu benefício”; (e) “numerosos e pequenos produtores sem poder de mercado”, cuja impossibilidade em influenciar o mercado implica que a competição entre eles se dará na base dos preços.

Particularmente com relação à saúde, os referidos autores observam que nenhuma das condições de perfeita competição está presente, ensejando, portanto, a necessidade de uma intervenção estatal mais intensa.

Castro (2002) analisa as principais falhas de mercado que ocorrem no setor da saúde, que são: (a) “Ocorrência de riscos e incerteza”, que advém da imprevisibilidade da ocorrência da doença; (b) “Risco moral”, que ocorre quando a condição de perfeita competição -

racionalidade - não acontece, por exemplo, quando o médico provê cuidados de saúde em excesso ou executa procedimentos desnecessários por interesse financeiro ou imperícia; (c) “externalidades”, visto que na presença de externalidades, não tem como considerar a totalidade dos custos e benefícios gerados pelo consumo ou produção do bem, mas apenas do produtor e do consumidor diretos. Deste modo, num mercado não regulado, se a produção de um bem ou serviço tiver externalidades negativas, e o produtor não tiver que pagar pelos custos destas, ele produzirá muito. (d) “distribuição desigual da informação entre produtores e consumidores”, que, no caso do mercado de saúde, consiste no conhecimento que o médico (produtor) possui e que o paciente (consumidor) não possui. Essa falha de mercado fere um dos principais pressupostos da teoria econômica clássica, a independência entre a oferta e a demanda, uma vez que possibilita aos produtores o poder de induzir a demanda de seus próprios serviços; assim, os consumidores podem ser induzidos a consumir mais do que necessitariam; (e) “Existência de barreiras”, decorrente da necessidade de uma maior intervenção estatal na oferta de bens e serviços do setor saúde, como, por exemplo, no maior rigor na regulamentação e controle dos licenciamentos para atuação profissional e do controle do número de vagas nas escolas formadoras, resultando na redução de oferta e aumento dos preços.

Castro (2002), amparado em McGuirre, Henderson, Mooney (1992), finaliza sua análise sobre as especificidades do setor saúde, introduzindo o conceito de necessidade, no qual a demanda é compreendida como uma expressão da “necessidade por serviços de saúde”. Reconhece-se, a partir desse conceito, que, a oferta e a demanda não interagem da maneira convencional: a demanda não é autônoma, e a oferta tem um papel importante na determinação dos níveis de consumo.

Embora se trate de mercadoria por demais essencial, a saúde tornou-se, assim, produto a ser explorado economicamente por empresas ou outras entidades dispostas a desenvolver tal atividade. Tal circunstância faz delas sujeitas à disciplina constitucional da atividade econômica, que tem por princípios, entre outros, a defesa do consumidor (Oliveira, 2008). Portanto, finalmente o Estado brasileiro cessa a sua histórica omissão a esse importante setor, iniciando pela primeira vez uma verdadeira e necessária intervenção, culminando na criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS.

4. A REGULAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR NO BRASIL

Para Munoz Machado, estribado em P. Selznick, a regulação é um conjunto de técnicas de intervenção pública no mercado, devendo ser esta entendida como um controle prolongado e localizado, exercido por uma agência pública, sobre uma atividade à qual a comunidade atribui relevância social. Difere-se, pois, do poder de polícia: este é atividade da Administração Pública sobre os agentes do mercado; a regulação é atividade legislativa que atua sobre o mercado (Motta, 2003).

A Lei 9.656/98, responsável pelas normas que regem o setor privado de saúde, foi aprovada à custa de muitas discussões e pressão das entidades representativas das operadoras e de prestadores que não tinham interesse nessa regulação. Antes, a normatização desse setor só existia para o seguro-saúde e, mesmo assim, apenas nos aspectos econômico-financeiros dessa atividade.

A criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, vinculada ao Ministério da Saúde, foi importante no aprofundamento desta regulamentação e pela definição de um único órgão regulador, com o objetivo inibir práticas lesivas ao consumidor e estimular comportamentos que reduzam os conflitos e promovam a estabilidade do setor, mediante procedimentos de fiscalização, regulamentação e monitoração. A agência não regula todos os serviços de saúde, tais como: prestadores de serviços, médicos, hospitais, medicamentos, mas apenas as operadoras de planos de assistência à saúde.

4.1 A CRIAÇÃO DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR – ANS

A ANS, autarquia sob regime especial, foi criada através da MedProv N°1.928, de 25.11.1999, reeditada pela MedProv 2.012-2, com posterior promulgação da Lei N° 9.961, de 28.01.2000, tendo por finalidade institucional conforme seu art. 3º:

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.

Montone (2003) observa que o modelo de agência reguladora definido para a ANS, o mesmo projetado para a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA (a outra agência reguladora da área da saúde) difere em diversos aspectos daquele adotado para as agências da área de infra-estrutura (ANATEL, ANEEL e ANP): permite maior interação com

o Ministério ao qual são vinculadas, sendo as únicas cuja Diretoria Colegiada tem sua atuação subordinada ao Contrato de Gestão e cujo descumprimento injustificado pode determinar a exoneração dos dirigentes. Outra distinção, continua o autor, consiste no fato de que a ANS foi criada para regular uma atividade privada: (a) já existente; (b) extremamente complexa; (c) num setor essencial, que é a saúde; (d) que nunca havia sido objeto de regulação do Estado.

Sua estrutura foi regulamentada através do Decreto nº. 3327 de 05 de janeiro de 2000.

Sua direção é exercida de forma colegiada, composta por 05 (cinco) diretores, sendo um deles designado Diretor-Presidente. Os diretores são indicados pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado Federal, com mandatos de 03 (três) anos, não coincidentes. São cinco as Diretorias da ANS: Diretoria de Normas e Habilitação de Produtos – DIPRO; Diretoria de Normas e Habilitação de Operadoras – DIOPE; Diretoria de Fiscalização – DIFIS; Diretoria de Desenvolvimento Setorial – DIDES; e Diretoria de Gestão – DIGES.

4.2. A REGULAMENTAÇÃO PRODUZIDA PELA ANS

O marco legal da regulação é formado pelo conjunto da Lei Nº 9.656/98, de 03.06.98 com a MP Nº 2.177- 44 (originalmente MP 1.665, de 05.06.98), além da Lei Nº 9.961/00, que criou a ANS e da Lei Nº 10.185/01, que instituiu a figura da seguradora especializada de saúde.

As regulamentações complementares do setor foram no princípio editadas pelo Conselho de Saúde Suplementar CONSU, que até a criação da ANS, era o órgão responsável pela edição dos normativos infralegais, e depois pela ANS. Dentre elas, as Resoluções da Diretoria Colegiada (RDC) e as Resoluções Normativas (RN) são as geradores de maior influência sobre o mercado, detalhando e imprimindo a política institucional. As outras desempenham o papel mais de regulamentação interna à ANS com função mais operacional.

5. ESTRUTURA E OPERAÇÃO DO SETOR

5.1 O PODER DE FISCALIZAÇÃO DA ANS

A fiscalização realizada pela ANS se desenvolve de duas formas: a fiscalização direta e a fiscalização indireta.

A fiscalização direta é exercida pela apuração de denúncias e representações (Programa Cidadania Ativa) e por diligências nas operadoras - preventivas e programadas (Programa Olho Vivo). O foco do programa cidadania ativa está na participação do consumidor quando faz suas denúncias à ANS, ao passo que o foco do olho vivo está na fiscalização permanente, que envolve a verificação das atividades das operadoras como um todo em relação ao cumprimento integral da legislação aplicável ao setor.

A aplicação das multas contra a operadora busca inibir a repetição da infração, no entanto, a ANS não tem atribuição e competência para garantir a conciliação ou até a reparação do dano individual. A pretensão individual deve ser buscada nos Procon ou no Poder Judiciário.

A fiscalização indireta, por sua vez, é exercida através do acompanhamento e do monitoramento das operadoras, com base nos dados fornecidos aos sistemas de informações periódicas (assistenciais, econômico-financeiras e cadastrais) e no cruzamento sistemático das informações disponíveis, inclusive a incidência de reclamações e as multas aplicadas.

O poder de fiscalização da ANS é regulamentado pela RDC/24 que dispõe sobre a aplicação de penalidades às operadoras de planos privados de assistência à saúde, pela RDC/40 que dispõe sobre os Regimes de Direção Fiscal e de Direção Técnica e pela RDC/57 que dispõe sobre o termo de compromisso de ajuste de conduta das operadoras de planos privados de assistência à saúde.

5.2 CONDIÇÕES DE INGRESSO, OPERAÇÃO E SAÍDA DO SETOR

Nesse aspecto da regulação, as normas não diferenciam as empresas que já operavam antes da regulamentação das que foram constituídas posteriormente. A Lei atinge o conjunto de empresas e delegou ao órgão regulador (ANS) a fixação dos mecanismos de transição.

As regras de entrada e saída do setor regulamentam os procedimentos para registro das operadoras, os formatos de alienação de carteiras, de transferências societárias e a liquidação extrajudicial das operadoras de planos de assistência à saúde. Dentre elas, destacam-se a RN/85, que dispõe sobre a concessão de autorização de funcionamento das Operadoras de Planos de Assistência à Saúde, e a RN/112, que dispõe sobre a alienação da carteira das operadoras de planos de assistência à saúde. Esta, ao revogar as RDC's 25, 82 e 84, unificou o processo de alienação de carteiras e permitiu um melhor acompanhamento dos processos da alienação. Aquela mudou significativamente o caráter transitório dos registros das empresas e

dos produtos, que até então, eram considerados provisórios, e após a edição da resolução são estabelecidas as normas para a autorização definitiva.

Segundo Santos (2006), as medidas adotadas pela ANS disciplinaram a verdadeira “ciranda” existente no momento pré-regulatório e resultou na redução do surgimento de novas empresas. Uma melhor oferta de operadoras, mais sustentável e capaz de atender às exigências legais, resultou em um mercado mais “saudável”.

5.3 CONTRATUALIZAÇÃO ENTRE OPERADORAS E PRESTADORES DE SERVIÇOS

As resoluções que abordam a contratualização entre operadoras e prestadoras de serviços vêm se mostrando polêmicas desde o início do processo de regulação. Foram elaboradas três resoluções: a RN/42, que estabelece os requisitos para a celebração dos instrumentos Jurídicos firmados entre as operadoras de planos de assistência à saúde e prestadores de serviços hospitalares; a RN/54, que estabelece os requisitos para a celebração dos instrumentos jurídicos firmados entre as operadoras de planos privados de assistência à saúde e prestadores de serviços auxiliares de diagnóstico e terapia e clínicas ambulatoriais; e a RN/71, que estabelece os requisitos dos instrumentos jurídicos a serem firmados entre as operadoras de planos privados de assistência à saúde ou seguradoras especializadas em saúde e profissionais de saúde ou pessoas jurídicas que prestam serviços em consultórios. As divergências gravitam em torno do alcance regulatório da Agência, em virtude de, entre as várias discussões, ainda não haver consenso sobre o limite da intervenção na relação comercial entre dois entes privados e do desequilíbrio na relação entre as operadoras e os prestadores de serviços.

5.4. ADAPTAÇÃO À NOVA LEGISLAÇÃO DOS PLANOS ANTERIORES À LEI

A adaptação à nova legislação dos planos anteriores à Lei 9.656/98 trata-se de um dos temas que suscitam mais embates no campo jurídico.

A ADIn 1931 proposta pela Confederação Nacional de Saúde, Hospitais, Estabelecimentos e Serviços (CNS) questionava, entre outras coisas, a constitucionalidade do art. 35-E da Lei 9.656/98. Este artigo estabelecia que os contratos anteriores à vigência da referida lei deveriam obedecer a algumas determinações da ANS. O dispositivo, conforme a

Requerente, infringiria o ato jurídico perfeito, tornando-o inconstitucional. A Excelsa Corte deferiu a medida cautelar em 21.08.2003.

Em decorrência do posicionamento do STF, foi publicada a MedProv 148, em 15.12.2003, posteriormente convertida na Lei 10.850/2004. A MedProv 148 representou uma reação expressa do Governo aos impactos ocasionados pela decisão do Supremo e buscava uma saída para a maior parte dos contratos de planos de saúde celebrados no país, aqueles firmados antes da Lei 9.656/98. Assim, estimulava-se a adaptação dos contratos antigos à Lei 9.656/98, através do estabelecimento de uma oferta coletiva de proposta de adaptação, acreditando-se que essa condição de proposta "coletiva" tornaria o reajuste de preço do contrato menor e, portanto, mais viável para os consumidores. (Oliveira, 2004)

Em momento ulterior, a ANS publica a RN/64, que dispõe sobre o Programa de Incentivo à Adaptação de Contratos de que trata a MedProv 148.

A MedProv 148, bem como a Lei 10.850/2004 e a Resolução Normativa 64 da ANS vêm causando indignações desde a sua publicação. As operadoras de planos de saúde, que estavam eufóricas com a decisão do Supremo, mostraram-se dispostas a discutirem judicialmente a constitucionalidade das medidas. As entidades de defesa do consumidor apontaram falhas graves na proposta, uma delas, a própria exigência de carência. (Oliveira, 2004)

5.5. RESSARCIMENTO AO SUS

O processo de ressarcimento ao SUS é outro tema que carece de uma melhor resposta da ANS.

O objetivo do ressarcimento é restituir os gastos realizados pela rede pública com o tratamento de pessoas filiadas a planos privados de assistência à saúde, cujo tratamento está previsto no respectivo contrato. Os tratamentos prestados pelo SUS, que não constem do contrato privado, não são objeto do ressarcimento. Nos planos com franquia ou co-participação o valor a ser ressarcido é apenas a parcela da operadora.

No que tocante aos valores, conforme dispõe o § 8º do art. 32º da Lei 9.656/98 “os valores a serem ressarcidos não serão inferiores aos praticados pelo SUS e nem superiores aos praticados pelas operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º desta Lei”.

Nesse sentido, foram publicadas resoluções criando a Tabela Única Nacional de Equivalência de Procedimentos – TUNEP, que definiu valores para o pagamento ao SUS dos procedimentos utilizados pelos usuários das operadoras (RDC 17), e ainda várias resoluções

atualizando a TUNEP e as RDC Nº 18 e 62 que regulamentam o ressarcimento ao SUS e estabelecem normas para o seu funcionamento.

As resoluções sobre o fornecimento do cadastro de beneficiários (RN/03, RN/17, RN/37), que possibilitou o cruzamento das informações oriundas dos atendimentos do SUS, que envia periodicamente à ANS as Autorizações de Internações Hospitalares (AIH), ou seja, uma lista com os dados de todas as pessoas atendidas pelo SUS durante o período, com as informações dos beneficiários de planos de saúde. Desta forma, a ANS identifica os atendimentos a serem ressarcidos.

Feita a identificação, a ANS envia à operadora o Aviso de Beneficiário Identificado (ABI), com todos os dados do procedimento utilizado pelo cliente e o boleto bancário com o valor da TUNEP.

Após receber o ABI, a operadora possui 15 dias para pagar ou impugnar. Não havendo impugnação, nem recolhimento do débito dentro do prazo, a operadora será inscrita no Cadastro Informativo de Créditos não Quitados do Setor Público Federal (CADIN); e será encaminhado processo à Procuradoria Geral da ANS com vistas à inscrição dos valores na dívida ativa da Agência e posterior cobrança judicial.

Na sua grande maioria, as empresas têm adotado todas as medidas administrativas e jurídicas para não pagarem o ressarcimento cobrado pela ANS. A primeira medida tem sido recorrer no âmbito administrativo de todas as cobranças efetuadas pela ANS. Vencida a etapa administrativa, têm buscado o Judiciário, inclusive com o depósito judicial.

As limitações impostas pela lei e a postura das operadoras descrita anteriormente têm comprometido a efetividade do ressarcimento do ponto de vista financeiro e como mecanismo de uma maior transparência na relação público e privado.

5.5.1. FUNDAMENTO JURÍDICO DO RESSARCIMENTO

O ressarcimento ao SUS constitui terreno fértil para embates jurídicos e doutrinários. Reis (2010) assumiu a árdua tarefa de examinar esse tema tão polêmico em trabalho monográfico. A autora analisa três correntes doutrinárias: uma que enquadra o ressarcimento como obrigação tributária, outra vertente que, por sua vez, o entende como obrigação civil indenizatória, e, por fim, uma terceira que o considera enriquecimento sem causa das operadoras. No que concernem as duas primeiras, obrigação tributária e obrigação civil indenizatória, observa Reis:

O tributo é uma prestação instituída por lei, ou seja, sem uma lei que o institua não há a obrigação tributária. A obrigação de ressarcir, a seu turno, tem origem no enriquecimento sem causa e não na lei. Ainda que não existisse a LPS, o Estado poderia valer-se da ação in rem verso para obter a restituição dos valores indevidamente auferidos pelas operadoras. Assim, mesmo que o ressarcimento fosse disciplinado por uma Lei Complementar, em verdade, não seria um tributo, pois a origem desta obrigação não se encontra na lei, mas em fato anterior a esta. A lei (ordinária ou complementar) apenas disciplina uma obrigação civil já existente.

O ressarcimento também não se fundamenta no instituto da responsabilidade civil, pois, embora haja um prejuízo ao SUS, a utilização dos serviços públicos pelo cidadão não caracteriza ofensa a nenhum direito, ao contrário, trata-se do exercício de um direito subjetivo à saúde. Assim, resta ausente o dano, um dos elementos constitutivos da responsabilidade civil. Ademais, não há nenhuma conduta ilícita por parte da operadora e, tampouco, nexo causal entre a conduta desta, que coloca seus serviços à disposição dos clientes, e o prejuízo ao SUS, que é causado pela utilização dos serviços por pessoas que possuem plano privado de assistência à saúde. Destarte, ausentes o dano, conduta ilícita e nexo causal, não há que se falar em responsabilidade civil das operadoras (REIS, O.M.L.S., 2010, p. 65-66)

Isto posto, conclui a autora que o ressarcimento ao SUS se fundamenta no instituto do enriquecimento sem justa causa, visto que “quando um cliente do plano de saúde usufrui os serviços públicos de saúde, a operadora se locupleta dos valores que teria gastado se tivesse prestado os serviços”.

5.6. A IMPLANTAÇÃO DOS SISTEMAS DE INFORMAÇÃO

A implantação dos sistemas de informações constitui uma importante ferramenta de suporte à capacidade regulatória da ANS. A eficácia das normas editadas pela Agência é aferida mediante o confronto dessas informações. As principais resoluções que normatizam o fornecimento de informações pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde são: a RDC/03 que aprova normas de fornecimento de informações para cadastros de beneficiários; a RDC 85 que institui o Sistema de Informações de Produtos – SIP; e a RE/DIOPE 01 que institui o Documento de Informações Periódicas das Operadoras de Planos de Assistência à Saúde – DIOPS/ANS.

5.7. REGULAÇÃO ECONÔMICA

5.7.1 POLÍTICA DE REAJUSTE E PREÇO

O modelo de controle de preços estabelecido pela legislação é indireto e inversamente proporcional à competitividade e à mobilidade do usuário.

A determinação do preço, ao contrário dos setores regulados em regime de concessão e de tarifação, é livre no setor de saúde suplementar. Todas as empresas, ao formatar um novo plano para oferecer no mercado, devem registrá-lo na ANS. Este plano é composto basicamente por três partes: a minuta do contrato, a rede prestadora de serviços e a precificação. A avaliação do preço é feita através de uma nota técnica atuarial que define o custo do plano a ser oferecido, impede sua comercialização abaixo desse patamar e garante sua operacionalidade.

Os reajustes anuais e as revisões para reequilíbrio econômico-financeiro (revisões técnicas) recebem tratamento diferente dependendo do tipo de contrato.

Nos contratos coletivos, os reajustes e revisões técnicas são livremente negociados pelas partes e apenas monitorados ou acompanhados pela ANS, em razão da maior capacidade de negociação dos contratantes (empresas e entidades).

Nos contratos individuais e familiares, os reajustes são controlados pela ANS, que fixa, em conjunto com os Ministérios da Saúde e da Fazenda, a política anual a ser adotada. Já as revisões técnicas são controladas pela ANS, porém, não são admitidas para os planos "novos", visto que, com os preços determinados em conformidade com a atual legislação, eventuais desequilíbrios são um risco a ser assumido pela operadora. Os planos anteriores à Lei 9.656/98 admitem revisão técnica, no entanto, só é aceito para planos com índice de utilização acima da média do mercado e da média da totalidade da carteira de planos antigos da própria operadora, limitando-se à recomposição do equilíbrio das despesas médico-assistenciais.

5.8. REGULAÇÃO ASSISTENCIAL

Conforme aponta Montone (2003), a regulação do padrão assistencial talvez seja a mais desafiadora devido à sua importância e absoluto ineditismo. O autor atenta para o fato de não existir paradigma nacional ou internacional de regulação do setor privado de saúde com as características adotadas pela nossa legislação: cobertura assistencial integral, proibição de seleção de risco, limite de 24 meses para alegação de doença e lesão preexistente com fixação de conceito jurídico para sua definição e proibição de rompimento unilateral do contrato individual ou familiar.

A adoção do rol de procedimentos resultou em novo formato de contratos e uma nova forma de operação para o setor de saúde suplementar, ou seja, a previsibilidade de gastos deixou de ser por um mecanismo de controle e passou a ser por um mecanismo de gestão da atenção à saúde. (Santos, 2006).

Basicamente, as várias resoluções editadas regulam o rol mínimo de coberturas, a segmentação permitida (plano ambulatorial, hospitalar com ou sem obstetrícia, odontológico), a caracterização da doença ou lesão preexistente com o estabelecimento da cobertura parcial temporária e o estabelecimento da obrigatoriedade do oferecimento do plano referência.

Com relação ao aspecto da ampliação da cobertura (rol mínimo de procedimentos, cobertura para doenças ou lesões pré existentes, proibição da seleção de risco e de limites para realização de procedimentos ou dias de internação), a RN/211, que entrará em vigor em 7 de junho de 2010, incluirá cerca de 70 novos procedimentos médicos e odontológicos, dentre os quais o transplante de medula óssea e exames menos invasivos como as 26 videocirurgias torácicas incluídas.

A edição da RN/94, que permite as empresas alongarem a constituição de suas reservas financeiras ao introduzirem programas de promoção à saúde e prevenção de doenças, é um passo importante para a indução de um modelo assistencial mais voltado à integralidade da atenção à saúde.

5.8.1. PROGRAMA DE QUALIFICAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR

Induzir o setor de saúde suplementar para a produção de saúde é o principal objetivo da Política de Qualificação da Saúde Suplementar. Destarte, busca-se uma transformação de todos os atores³ envolvidos: as operadoras de planos em gestoras de saúde; os prestadores de serviços em produtores de cuidado de saúde; os beneficiários em usuários com consciência sanitária e o próprio órgão regulador qualificando-se para corresponder à tarefa de regular um setor com objetivo de produzir saúde (ANS, 2009).

O Projeto de Qualificação avalia as várias dimensões do funcionamento do setor, desdobrando-se em dois componentes: (a) Avaliação de Desempenho das Operadoras ou Qualificação das Operadoras (atenção à saúde, economico-finaneira, estrutura e operação, e

³ Utilizamos o conceito de ator social de Matus, para quem o ator social é uma personalidade, agrupamento humano ou organização, que tem capacidade de acumular força, desenvolver necessidades e interesses e atuar produzindo fatos na situação.

satisfação dos beneficiários) e (b) Avaliação de Desempenho da ANS ou Qualificação Institucional (processos regulatórios, desenvolvimento institucional).

A avaliação se processa por meio de indicadores gerais e específicos, que buscam expressar os condicionamentos e os resultados dos serviços prestados aos beneficiários pelos planos de saúde. Por exemplo, a atenção à saúde é aferida mediante indicadores, tais como materno-infantil, oncologia, odontologia, atenção a doenças crônicas, dentre outros. Sua principal fonte de dados é o Sistema de Informação de Produtos (SIP) implantado em 2002.

Cada uma dessas dimensões possui uma ponderação na formação da pontuação final, sendo 50% para Atenção à Saúde, 30% para Econômico-financeira, 10% para Estrutura e Operação e 10% para Satisfação do Beneficiário. Somente serão avaliadas as operadoras com registro ativo na ANS.

Essas medidas possibilitam a ANS o monitoramento do desempenho de cada uma das operadoras e do setor como um todo, e, através da divulgação e publicação periódica dos resultados, estimular a melhoria da qualidade e do desempenho na saúde suplementar.

6. A ATUAÇÃO DA ANS E AS FALHAS DE MERCADO

Apesar de todo o esforço e do avanço já alcançado pela ANS, o setor de saúde suplementar continua sendo um dos setores com maior índice de reclamações por parte dos consumidores. As operadoras de plano de saúde lideram desde 1999, por exemplo, o ranking de reclamações de clientes ao Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec)⁴.

Os conflitos entre os atores do setor são freqüentes: os consumidores preocupados com quanto vão gastar e também com a qualidade do atendimento; já os fornecedores estão focados em quanto vão ganhar, e para isso minimizam os seus custos com restrições de serviços. São desses conflitos que se originam as muitas demandas que acabam sendo dirimidas pelo Poder Judiciário (Gregori, 2008).

Além disso, segundo Oliveira (2008), o sistema convive envolto de práticas recorrentes que atentam contra a boa prestação de serviços de saúde privada e afrontam direitos e expectativas legítimas dos consumidores. Como, por exemplo, o atendimento médico imediato aos pacientes não conveniados ou segurados que pagam diretamente ao

⁴ Informação disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/economia,planos-de-saude-lideram-ranking-de-queixas-ao-idec,336031,0.htm>> Acesso em: 10 fev. 2010

médico⁵ e o incentivo à redução de solicitações de exames complementares por parte dos médicos pelas operadoras mediante bonificações⁶.

O que justifica a intervenção estatal no domínio econômico são circunstâncias conhecidas como falhas de mercado, impeditivas do equilíbrio das forças competitivas. A atuação da ANS, através de mecanismos indutórios, normatizadores, regulamentadores ou restritores, recai sobre aspectos institucionais, assistenciais e econômico-financeiros das operadoras setoriais. Porém, conforme exposto *supra*, o setor da saúde tem características peculiares inerentes ao seu modo de competição, decorrente da mercadoria posta a venda: a saúde. Logo, vários dos problemas que insistem em fustigar a relação entre os atores envolvidos advém desse modo de competir. Nesse sentido, a ANS vem desenvolvendo programas, como o Programa de Qualificação da Saúde Suplementar, que visam alterar esse modelo competitivo, e, por conseguinte, vem atuar de forma mais ativa nas falhas de mercado do setor.

7. REPENSANDO A SAÚDE: ESTRATÉGIAS PARA MELHORAR A QUALIDADE E REDUZIR OS CUSTOS

Porter & Teisberg (2007), apresentam um novo modelo competitivo para o setor. Os autores definem o atual modelo como “soma zero”, no qual os ganhos de um participante do sistema são auferidos em detrimento dos outros. Logo, esse tipo de competição promove a redução de custos mediante restrições de coberturas, procedimentos, limitação de serviços, gerando qualidade baixa e tratamento insuficiente.

A maneira de transformar o sistema de saúde, propõem os autores, é realinhar a competição com o valor para os pacientes. Esse valor é entendido como o resultado na condição de saúde do paciente obtido por dólar gasto. E é considerada a condição de saúde durante todo o ciclo de atendimento, desde a monitoração e prevenção, passando pelo tratamento e estendendo-se até o gerenciamento da doença. Quando os prestadores têm êxito na entrega de valor superior, os pacientes ganham, os empregadores ganham e os planos de saúde também ganham, por meio de melhores resultados alcançados a custos mais baixos. Portanto, a competição torna-se de “soma positiva”, centrada na figura do paciente, baseada em valor e focada em resultados.

⁵ Nesse sentido, ler reportagem: <<http://g1.globo.com/Noticias/Brasil/0,,MUL1262105-5598,00-CLIENTES+DE+PLANOS+DE+SAUDE+SAO+DISCRIMINADOS+NO+RECIFE.html>> Acesso em: 10 fev. 2010

⁶ Informação disponível em: <<http://www.aussesp.com.br/medicos-acusam-planos-de-saude-de-boicotar-exames>> Acesso em: 10 fev. 2010

Esse modelo é alcançado quando os resultados na condição de saúde são mensurados e amplamente difundidos. Por conseguinte, os prestadores verdadeiramente excelentes são recompensados com a migração de pacientes, o que alimenta um círculo virtuoso de melhoria de valor pelo prestador através de maior escala, melhor eficiência, experiência mais aprofundada, aprendizagem mais rápida, equipes mais dedicadas e instalações no nível da condição de saúde. Os prestadores com resultados abaixo do padrão serão induzidos a melhorá-los. Os que permanecerem ineficientes ou que não conseguirem prestar o atendimento apropriado perderão pacientes. A taxa de erros cairá.

Porter & Teisberg salientam que o pressuposto de que boa qualidade é cara está errado. Boa qualidade é menos onerosa em razão de diagnósticos mais precisos, menos erros nos tratamentos, menores taxas de complicações, recuperação mais rápida, menos tratamentos invasivos e minimização da necessidade de tratamento.

Esse tipo de competição torna desnecessária, por exemplo, a definição do rol de procedimentos, medida adotada pela ANS para assegurar um mínimo recomendável ao atendimento dos consumidores. Na esteira desses argumentos, cessa-se também a lenta incorporação de novas tecnologias nesse rol, motivo de vários conflitos entre a ANS e operadoras, visto que toda inovação que promova o melhor resultado será automaticamente incorporados.

Todas as falhas de mercado apontadas *surpra* por Donaldson & Gerard são afetadas por esse modelo, assim como ele impulsiona a transformação dos atores pretendida pelo Programa de Qualificação da Saúde Suplementar da ANS.

Não é o objetivo de trabalho pormenorizar as idéias propostas por Porter & Teisberg, do mesmo modo que discutir sua adaptação à realidade brasileira. De qualquer maneira, salientamos que, segundo os autores, os princípios da competição baseada em valor podem ser aplicados a qualquer sistema de saúde.

O campo de atuação da ANS restringe-se às operadoras de planos de assistência à saúde, por conseguinte, a implementação desse modelo de competição só seria possível mediante ações do Ministério da Saúde. Contudo, como o cerne da idéia está na análise, mensuração e divulgação dos resultados, a ANS construiu um sofisticado sistema de informação, habilitando-a como peça fundamental para a concretização desse modelo em nosso país.

6. CONCLUSÃO

O estabelecimento da intervenção Estatal no sistema de saúde privado brasileiro, embora tardio, constitui um passo importante para o bom funcionamento do setor. É de fácil compreensão notar que o panorama anterior, de intervenção mínima ou inexistente, resultava em severos prejuízos aos consumidores. Para isso, basta observar que a maioria das ações judiciais está relacionada aos indivíduos remanescentes dos planos anteriores à Lei 9.656/98, nos quais, seduzidos pelos valores mais atrativos, optam em continuar neles. Contudo, cabe salientar que, em razão da posição majoritária adotada pelo Judiciário pátrio, no sentido de deferir a antecipação de tutela aos autores de ações que pleiteiam o fornecimento produtos e serviços equivalentes ao estabelecido na Lei em vigor, é do interesse das operadoras de planos de saúde a incorporação dessas pessoas nos planos regulados.

Conforme foi exposto, a ANS atuou de forma mais intensa nos aspectos institucionais, assistenciais e econômico-financeiros das operadoras setoriais, a fim de sanar os problemas mais evidentes que o setor apresentava. Entendemos que o Programa de Qualificação da Saúde Suplementar, que esboça timidamente as idéias Porter & Teisberg, peca, sob o prisma da teoria dos norte-americanos, em sua principal característica: a divulgação dos resultados. Fato que implicaria no acirramento da competição em qualidade entre as operadoras. O consumidor brasileiro, cada vez mais exigente e consciente de seus direitos, praticamente não tem acesso a essas informações.

Por fim, malgrado algumas deficiências apresentadas, concluímos que o setor de saúde suplementar brasileiro trilha um novo caminho, menos tortuoso aos consumidores, em virtude da regulação Estatal e da atuação de sua Agência especializada.

REFERÊNCIAS

Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS. **Programa de qualificação da saúde suplementar**. Rio de Janeiro: ANS, 2009.

ALMEIDA, C. **O mercado privado de serviços de saúde no Brasil: panorama atual e tendências da assistência médica suplementar**. Brasília: IPEA, 1998.

CASTRO, J.D. **Regulação em saúde análise de conceitos fundamentais**. Revista Sociologia n. 7, Porto Alegre, jan/jun, 2002

CORRÊA, Gustavo. **A necessidade da regulação do setor privado de saúde no Brasil – razões e perspectivas**. In: Economia da Saúde: 1º Prêmio Nacional – 2004 : coletânea premiada / Sérgio Francisco Piola, Elias Antonio Jorge, organizadores. – Brasília: Ipea: DFID, 2005.

GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**, São Paulo, Editora Malheiros, 5ª edição, 2003

GREGORI, Maria Stella. **A saúde suplementar no contexto do Estado regulador brasileiro**. Revista de Direito do Consumidor, n. 59. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2006.

_____. **Desafios após dez anos da Lei dos Planos de Saúde**. Revista de Direito do Consumidor, n. 66. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de Oliveira. **Regulamentação dos planos de saúde e proteção da pessoa humana**. Revista de Direito do Consumidor, n. 51. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2004.

_____. **Lei de Planos de Saúde (Lei 9.656/98) dez anos depois**. Revista de Direito do Consumidor, n. 67. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2008.

MALTA, Deborah Carvalho. **Buscando novas modelagens em saúde, as contribuições do projeto vida e acolhimento para a mudança do processo de trabalho na rede pública de Belo Horizonte, 1993-1996**. (Tese de doutorado) – Faculdade de Ciências Médicas. Campinas: Unicamp, 2001.

MONTONE, Januario. **Evolução e Desafios da Regulação do Setor de Saúde Suplementar**. Agência Nacional de Saúde Suplementar (Brasil). - Rio de Janeiro: ANS, 2003.

MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências reguladoras**. Barueri: Manole, 2003.

PIOLA, Sérgio Francisco; VIANA, Sólon Magalhães (org). **Saúde no Brasil: algumas questões sobre o Sistema Único de Saúde (SUS)**. Brasília; IPEA; 2009. 83 p. tab, graf. (IPEA - Texto para discussão, n. 1391).

POLIGNANO, Marcus Vinícius. **História das políticas de saúde no Brasil**: uma pequena revisão. Disponível em:
<http://www.medicina.ufmg.br/dmps/internato/saude_no_brasil.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2010.

PORTER, M. E; TEISBERG, E. O. **Repensando a saúde**: estratégias para melhorar a qualidade e reduzir os custos. Porto Alegre: Bookman, 2007.

REIS, Otávia Míriam Lima Santiago. **O Ressarcimento ao SUS pelas Operadoras de Planos de Saúde: Uma Abordagem Acerca do Fundamento Jurídico da Cobrança**. Disponível em:
<http://www.ans.gov.br/portal/upload/biblioteca/Mono_Ressarcimento%20otica%20juridica%20-%20Otavia_Reis.pdf>. Acesso em 10 jan. 2010.

SANTOS, Fausto Pereira. **A regulação pública da saúde no Brasil: o caso da saúde complementar**. Tese de doutorado apresentada à Pós-Graduação da Faculdade de Ciências Médicas da Universidade Estadual de Campinas para obtenção do título em doutor em saúde coletiva. Campinas, 2006

TAVARES, André Ramos. A intervenção do Estado no domínio econômico. In: CARDOSO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos SANTOS, organizadores. **Curso de Direito Administrativo Econômico**, Vol. II. São Paulo, Malheiros Editores, 2006.