

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL

FACULDADE DE DIREITO

BERNARDO FRANKE DAHINTEN

**A PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES NO MERCADO DE SAÚDE
SUPLEMENTAR: CONSIDERAÇÕES SOBRE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO
NO SETOR**

Porto Alegre

2012

BERNARDO FRANKE DAHINTEN

**A PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES NO MERCADO DE SAÚDE
SUPLEMENTAR: CONSIDERAÇÕES SOBRE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO
NO SETOR**

Monografia apresentada como requisito parcial de avaliação para obtenção do grau de Especialista em Direito Empresarial junto ao Curso de Especialização em Direito Empresarial – Ênfase em Advocacia Empresarial, realizado junto à Faculdade Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof.^o Adalberto de Souza Pasqualotto

Porto Alegre

2012

São notórias as carências apresentadas pela política pública do Estado brasileiro na área da saúde. O usuário do Sistema Único de Saúde (SUS) passa por dois extremos: são-lhe alcançados tratamentos de excelência, mas o serviço padece com as graves mazelas estruturais que todos estamos cansados de vivenciar. Nesse cenário, ganha relevo a atividade comercial desenvolvida pelas operadoras de plano de saúde que, na condição de mantenedoras de um sistema de saúde suplementar, passam constituir na tábua de salvação do cidadão (...). (Felipe Kirchner, Defensor Público do Estado do RS, Dirigente do Núcleo de Defesa do Consumidor e de Tutelas Coletivas - NUDECONTU -, para o Jornal Correio do Povo, em 03 de abril de 2012)

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo apresentar o contexto da saúde suplementar no Brasil e analisar se o consumidor se apresenta, ou não, protegido neste mercado.

A abordagem inicia-se com uma análise acerca do desenvolvimento que sofreu a ciência jurídica como um todo, especialmente em decorrência do fenômeno da constitucionalização do direito privado, com a migração de institutos do direito privado para as Constituições. Discorre-se sobre os direitos fundamentais, a sua importância atual, não apenas no direito pátrio, mas nos ordenamentos jurídicos do mundo inteiro, bem como a necessidade de buscar-se a sua máxima efetividade. Foca-se, então, no direito à saúde, notadamente um direito fundamental social, e que deveria ser, conforme o texto constitucional, fornecido e custeado pelo Estado para toda a população, mas que devido a diversos problemas, tal previsão não ocorre, ganhando relevo, por consequência, um sistema alternativo, no caso, o suplementar.

Em um segundo momento, analisa-se o conceito de contrato de plano de saúde, bem como a natureza consumerista desta relação. Demonstra-se que a relação Operadora x Consumidores envolve outro direito fundamental, além do próprio direito à saúde, no caso, a proteção dos consumidores. Comenta-se, então, a evolução e o início da positivação do Direito do Consumidor, bem como a importância dos institutos da concorrência e da regulação como instrumentos de proteção dos consumidores.

Por fim, abordam-se os referidos institutos no contexto do mercado da saúde suplementar, de forma a se verificar, inclusive através de dados fornecidos pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, se o setor se apresenta suficientemente protegido para os consumidores ou não.

Palavras-chave: Contratos de Planos de Saúde – Direitos Fundamentais – Direito do Consumidor – Concorrência – Regulação.

ABSTRACT

This essay has as its object to present the Brazilian supplementary health system and to analyze whether the consumer is protected, or not, in this market. The approach starts with an analysis of the development of the juridical science as a whole, especially due to the phenomenon known as constitutionalization of the private law, with the migration of its institutes to the constitutions. It is also referred about the fundamental rights and the importance of these, not only for the domestic law, but also for the juridical systems throughout the world, as well as the necessity of pursuing the max efficiency of these. It is focused then on the right of health, notably as a social fundamental right, which should be, considering the constitutional text, supplied and afforded by the State for the entire population, but, due to various problems, it doesn't really happen as it was supposed to. For this reason, an alternative, the supplementary system, turns out as the way out for this reality.

In the second part, it is analyzed the meaning of the health plan contract, as well as the consumer nature of this relationship. It is, then, demonstrated that the Operator x Consumers relationship involves another fundamental right beside the health one, which is the consumer protection. It is commented, thus, about the evolution and the beginning of the positivation of the Consumer Right, including the importance of the competition e regulation institutes as instruments towards the consumer protection.

At last, it is approached on the previously mentioned institutes in the supplementary health system context, in order to verify, including with the data provided by the National Supplementary Health Agency, if this sector presents itself sufficiently protected for the consumers.

Key Words: Health Plans Contracts – Fundamental Rights – Consumer Right – Competition - Regulation

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
1 DA SAÚDE SUPLEMENTAR	10
1.1 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO.....	10
1.2 DIREITO À SAÚDE: DEVER DO ESTADO.....	17
1.3 IMPRESCINDIBILIDADE DA SAÚDE SUPLEMENTAR.....	21
1.4 CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE.....	24
2 DA PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES NO MERCADO DE SAÚDE SUPLEMENTAR	30
2.1 RELAÇÃO DE CONSUMO.....	30
2.2 PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR: DIREITO FUNDAMENTAL.....	36
2.3 ESTADO LIBERAL, INTERVENCIONISTA, REGULADOR E A ORDEM ECONÔMICA.....	44
2.4 CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO.....	48
2.4.1 A Importância da Concorrência	49
2.4.2 A Necessidade de Regulação	53
3 DA CONCORRÊNCIA E DA REGULAÇÃO NA SAÚDE SUPLEMENTAR	57
3.1 A INSTITUIÇÃO DA ANS.....	57
3.2 O AUMENTO DAS EXIGÊNCIAS.....	64
3.3 CONCENTRAÇÃO E COMPETIÇÃO.....	70
CONCLUSÃO	77
REFERÊNCIAS	80

INTRODUÇÃO

Em tempos de uma assim denominada constitucionalização do direito privado, em que direitos fundamentais e a busca pela sua maior eficiência tem se tornado assunto de primeira pauta, falar sobre realidades que não condizem com aquele ideal que é defendido pela carta constitucional mostra-se, não apenas relevante, mas indispensável, especialmente na busca para se tentar ponderar alternativas e possíveis soluções para melhorar determinados problemas sociais.

Neste contexto, ganha destacado relevo a proteção do consumidor. O tema é hoje um dos temas mais constantes nas pautas do Judiciário, sendo responsável por numerosa quantidade de ações. Tal matéria, se conjugada com a questão da saúde, toma proporções da mais alta relevância.

A questão do acesso à saúde e da precariedade e ineficiência do Poder Público na prestação deste direito, da mesma forma, é tema extremamente atual, e tem sido debatido em todas as esferas do Governo e fora dele, por diversas classes da sociedade em busca de soluções e mudança.

Neste interim, vem à tona o sistema de saúde suplementar, já previsto no texto constitucional e que tem sido manchete nos jornais quase que diariamente, especialmente em razão da grandiosa quantidade de polêmicas que surgem neste meio, em que todos são diretamente interessados.

Nos últimos anos, o setor cresceu de forma sem precedentes, o que se deve a diversos fatores, como, por exemplo, a publicação de lei especial para o setor, a criação de agência regulatória própria, a constante regulamentação, o aumento do poder aquisitivo da sociedade, entre muitos outros, como, sem dúvida, a falta de resolutividade do próprio sistema público de saúde.

Na medida em que o sistema de saúde suplementar encontra nos contratos de planos de saúde seu principal produto, o direito do consumidor

revela-se imprescindível, notadamente por caracterizarem, os referidos contratos, típicas relações de consumo.

Analisar a proteção dos consumidores neste mercado tão complexo, importante e necessário, torna-se, assim uma missão desafiadora, especialmente quando direcionada para institutos delicados e tortuosos como a concorrência e a regulação. Para enfrentá-la, o presente trabalho é desenvolvido em três capítulos.

No primeiro capítulo, será feita uma breve explanação sobre a evolução pela qual passou a ciência jurídica e, mais especificamente, o direito privado, até se chegar aos dias atuais, com um direito verdadeiramente repersonalizado e organizado em um ordenamento cujo centro é a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais. Abordar-se-á, então, sucintamente, o direito fundamental à saúde e a falta de eficiência por parte do Poder Público na prestação deste direito. A seguir, tecer-se-á algumas considerações sobre a saúde suplementar e o seu principal produto, qual seja, contrato de plano de saúde.

No segundo capítulo, será analisada a relação de consumo existente entre Operadoras de Planos de Saúde e seus beneficiários. Após, será comentado, de forma sintética, sobre o direito do consumidor, desde a sua origem até os dias atuais, onde adquire perspectiva de direito fundamental. Introduzir-se-á, na sequência, os institutos da concorrência e da regulação, e a sua estreita vinculação com a proteção dos consumidores.

No terceiro capítulo, será examinada mais detidamente questões ligadas à proteção da concorrência e à regulação no mercado de saúde suplementar, especialmente à luz das mais recentes informações oficiais publicadas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, para se tentar concluir, ao final, se o setor se encontra ou não protegido para os consumidores, se existe concentração, concentração de poder, etc.

1 DA SAÚDE SUPLEMENTAR

1.1 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

Vivemos atualmente no chamado Estado do Bem Estar Social (ou Neoliberal), decorrente de uma longa evolução que sofreu a ciência jurídica, mais especificamente os direitos fundamentais (e porque não dizer, os humanos). Fala-se internacionalmente, e no Brasil há aproximadamente 20 anos, em constitucionalização do Direito Privado (Direito Civil), como verdadeiro fenômeno que acometeu todo o estudo jurídico bem como o seu entendimento e aplicação prática.

Com efeito, entender-se tal fenômeno mostra-se imprescindível para a compreensão do presente trabalho, especificamente no que tange à evolução da noção de direito à saúde como dever do Estado e as suas consequências.

Muito mais do que mera retórica, o fenômeno da constitucionalização do Direito Privado explica, ou melhor, é consequência de uma quebra radical de paradigmas. Trata-se de uma transformação na forma de pensar a vida humana e de ver a sua relevância no campo jurídico, mais especificamente na seara das obrigações e dos contratos.

Dos pensamentos iluministas – liberais que dominaram boa parte dos séculos XVIII e XIX, em que a burguesia, como classe que recém assumira o poder, difundia seus valores e ideias, baseados precipuamente na liberdade econômica, com o Estado pouco ou muito pouco intervindo na vida e nos negócios dos cidadãos, muitas e relevantes mudanças ocorreram. Contratos, por exemplo, eram livres e irrestritamente firmados, sem praticamente nenhuma intervenção ou limitação estatal, podendo as partes usufruir da sua vontade com ampla

liberalidade.¹ Sem dúvida, foi um momento histórico do qual resultaram inúmeros institutos e ideais, lá concebidos, utilizados até hoje. Como exemplos a ilustrar tais institutos, elencam-se os princípios da autonomia privada e da liberdade contratual, os quais, não obstante as transformações pelas quais o direito passou, em especial na esfera contratual, são praticados, alegados em ações judiciais e ensinados em Faculdades como verdadeiras diretrizes para os ingressantes na vida jurídica, até hoje.

Fato é que o direito, acompanhando o desenvolvimento e a evolução da sociedade, mudou. Antigas premissas, antes tidas como verdades absolutas, hoje são questionadas, senão virilmente refutadas. A clássica distinção entre Direito Privado e Direito Público não mais representa a realidade da ciência jurídica. O Estado, antes alheio às atividades negociais dos sujeitos particulares, resguardando-se a disciplinar unicamente questões como a sua estruturação e organização (típicas de direito público), hoje exerce tamanha e substancial influência que não é mais possível referir-se a “Direito Privado” como ramo envolvendo especificamente interesses entre particulares.

Dentre as razões para essas transformações encontra-se, sem dúvida, a mudança de concepção quanto ao valor da vida humana, com sua consagração. O patrimônio, valor essencialmente econômico e material, nuclear no ordenamento cunhado na era napoleônica, deixa de ser o centro² para que a vida

¹ Uma exposição muito boa sobre a evolução e as interpenetrações entre os Direitos Público e Privado, desde a Grécia Antiga, até os momentos atuais, com especial ênfase ao período clássico liberal e a mudança de paradigma que se deu em decorrência da evolução da sociedade e do advento do constitucionalismo social pode ser encontrada em FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões Histórico – Evolutivas sobre a Constitucionalização do Direito Privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 37/75, especialmente 40/54.

² Eugênio Facchini Neto brilhantemente define tal mudança: “*Da constitucionalização do direito civil decorre a migração, para o âmbito privado, de valores constitucionais, dentre os quais, como verdadeiro primus inter parís, o princípio da dignidade da pessoa humana. Disso deriva, necessariamente, a chamada repersonalização do direito civil, ou visto de outro modo, a despatrimonialização do direito civil.*” Ou seja, os direitos fundamentais, dotados de irrevogabilidade (são cláusulas pétreas), estabelecem a vida humana como valor supremo, e passam a exercer influência e a nortear todo o direito, principalmente o direito civil: “*(...) recoloca-se no centro do direito civil, o ser humano e suas emanações.*” (FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões Histórico – Evolutivas sobre a Constitucionalização do Direito Privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do

humana assuma esta posição. Não apenas a vida por si só – ou o viver pelo viver – mas a vida com uma qualidade mínima e indispensável.

Com este novo pensamento, agregado e potencializado pelos fenômenos da industrialização – em que os trabalhadores tinham poucos ou quase nenhum direito³ -, da massificação das relações, das duas grandes guerras, da crise da bolsa de *New York* (1929), da globalização, entre outros, o que se identificou, notadamente nos países europeus, foi a necessidade de estabelecer novos direitos, os quais protegessem e regulassem, não apenas formal, mas substancial e materialmente a vida humana e as relações interpessoais.

Nesta onda, estabelecem-se também os denominados direitos humanos⁴, revestidos de caráter universal e supranacional, comprometendo os Estados a com eles adequar seus ordenamentos. Tais direitos foram difundidos e internalizados nos Estados nacionais. Com essas positivações, criou-se uma nova

Advogado, 2010. p. 53). Fábio Siebeneicher de Andrade, ao comparar a evolução dos direitos de personalidade ao fenômeno da constitucionalização do Direito Privado, faz similar consideração, destacando a importância que os indivíduos passaram a deter na nova ordem: “Paralelamente a esta lenta evolução da teoria dos Direitos da Personalidade no Direito Civil, porém, configurou-se a extraordinária evolução do Direito Público no século XX, representado pelo fato de que a Constituição se preocupa em dispor sobre temas originariamente pertencentes ao Direito Privado. O objetivo da Constituição deixa de ser, única e exclusivamente, o de estabelecer o Estado de Direito e limitar o poder político e passa a ser o de estabelecer a moldura da atividade dos indivíduos. Ela se transforma tanto em centro de direção para a legislação ordinária, como em lei fundamental do Direito Privado – e dos demais ramos do Direito.” (ANDRADE, Fábio Siebeneicher de. Considerações sobre a Tutela dos Direitos da Personalidade no Código Civil de 2002. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *O Novo Código Civil e a Constituição*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 103).

³ “Nas Constituições de Weimar e Mexicana, pela primeira vez, constam preocupações com os trabalhadores (limitação da jornada de trabalho, etc.) e também a imperiosidade de adoção de políticas públicas positivas com programas de governo voltados para a consagração de direitos sociais, tais como educação, saúde, trabalho, previdência, etc.” (PETTER, Lafayette Josué. *Direito Econômico*. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011. p. 24/25).

⁴ Direitos fundamentais e direitos humanos, embora semelhantes, são distintos. De pronto, frisa-se que sua identidade se encontra no seu núcleo, qual seja, a proteção da dignidade da pessoa humana. Os direitos humanos, invioláveis, reclamam um caráter de supranacionalidade e universalidade, cujo conteúdo moral aspira à validade transnacional e à exigibilidade em qualquer lugar, por qualquer pessoa, independentemente das limitações fronteiriças. Constituem-se praticamente em uma categoria prévia e verdadeiramente legitimadora dos direitos fundamentais. Face seu reconhecimento pelo Direito Internacional, independem de positivação. (SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Direitos Fundamentais e Democracia: o debate Habermas – Alexy*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 140). De outra banda, os direitos fundamentais, por constituírem a base axiológica e lógica sobre a qual se assenta o ordenamento jurídico, possuem âmbito de validade espacial e temporal, na medida em que cada Estado, através de sua soberania, determina seus próprios direitos e prioridades. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 359).

e poderosa classe de direitos, os denominados direitos fundamentais de segunda geração.

No Brasil, tal transformação ocorreu com a promulgação, em 1988, da Constituição Federal da República – CF/88⁵ - que estabeleceu entre o exíguo rol do art. 1º, a dignidade da pessoa humana, como um dos cinco fundamentos do Estado Democrático de Direito. E para assegurar tal fundamento, o constituinte originário elaborou uma extensa lista de direitos, os fundamentais, de forma a assegurar a proteção do bem de maior valor: a vida humana.

Com a estrutura do ordenamento passando a ser ditada pelos direitos fundamentais, a doutrina passou a estudar as suas características. Conceituou-os, classificou-os em gerações⁶, buscou identificar a paternidade⁷, definiu suas

⁵ Não apenas a redação constitucional, mas também o próprio Código Civil de 2002 reflete a consolidação do valor da vida humana no ordenamento pátrio. É fácil constatar tal influência, da “repersonalização” do direito civil, por exemplo, no atual Código Civil brasileiro, o qual, diversamente do seu antecessor que nenhuma referência fazia aos direitos de personalidade, tratou de prevê-los e discipliná-los logo entre os primeiros dos seus milhares de artigos, o que denota, de forma emblemática, a mudança de perspectiva que o direito, especialmente o privado, sofreu, com o ser humano definitivamente assumindo a posição central de toda a legislação. O Código Civil de 2002 estabelece a disciplina dos direitos de personalidade em seu capítulo II, entre os artigos 11 e 21, inclusive tipificando-os (de forma exemplificativa e não exaustiva) e prevendo a possibilidade de indenização em caso de sua violação. Importante frisar que, conforme ampla jurisprudência nacional, a violação de direitos da personalidade está diretamente ligada ao cabimento de indenização por danos morais (extrapatrimoniais), sendo a sua prova fator decisivo para o Judiciário determinar ou não tal condenação (Apelação nº 70046719134, do TJRS; Apelação nº 0022033-23.2010.8.26.0005, do TJSP; Apelação nº 0034912-42.2010.8.19.0204, do TJRJ; REsp nº 746.087/RJ, REsp nº 723.729/RJ, REsp nº 702.998/PB e REsp nº 661.421/CE, todos do STJ). Aliás, em razão de não verificar lesão aos referidos direitos, em hipóteses de descumprimento contratual, os julgadores vem afastando tal condenação, presumindo tratar-se de mero aborrecimento. De registrar, contudo, que a despeito de outros ordenamentos, como, por exemplo, o alemão, o Brasil não conta com uma cláusula geral de direito da personalidade, ainda que haja quem outorgue tal incumbência ao atual artigo 12, conforme destaca ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. Considerações sobre o Desenvolvimento dos Direitos da Personalidade e sua Aplicação às Relações do Trabalho. In: *Direitos Fundamentais e Justiça*. Ano 3; n. 6. Porto Alegre: HS Editora, 2009. p. 166/168.

⁶ De forma praticamente uníssona, reconhece-se a classificação dos direitos fundamentais em direitos de primeira (liberais clássicos: igualdade, liberdade); de segunda (sociais: saúde, moradia, educação, trabalho); e de terceira (difusos/coletivos: defesa do consumidor, do meio ambiente) geração (ou dimensão). Segundo Sarlet, os direitos de quarta dimensão (que seriam aqueles decorrentes da globalização, como, por exemplo, direito à democracia e à informação) estariam em processo de reconhecimento e positivação, tanto no plano interno como na esfera internacional, constituindo verdadeiro *law in making*. (SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 56). Quanto aos direitos de quarta dimensão, ressalta-se não haver uniformidade na doutrina, existindo aqueles que os caracterizam como sendo os concernentes à biogenética. (MARTINS, Fernando Rodrigues. *Direitos Humanos Fundamentais e Relações Jurídicas Contratuais*. *Revista de Direito do Consumidor*. V. 58. São Paulo: RT, abr.-jun. 2006. p.

funções⁸, etc. Desses estudos o que mais chama atenção, e é pertinente para o presente trabalho, é a questão da eficácia e da efetividade dos referidos direitos em relação aos agentes particulares, a qual, impende frisar, toma diferentes contornos dependendo do país do qual se estiver falando.⁹

Ingo Wolfgang Sarlet¹⁰ esclarece que, no Brasil, especialmente em razão da redação do parágrafo 1^o¹¹, do art. 5^o, da CF/88, a tendência majoritária,

65). Há quem defenda ainda a existência de uma quinta e seguintes dimensões, mas estas ainda são amplamente discutidas. Oportuno registrar que o surgimento dos diferentes direitos, conforme a teoria da geração de direitos elaborada por Norberto Bobbio, acompanha as diversas fases históricas. Nesse contexto, é explicado o surgimento das diversas gerações de direitos, conforme as necessidades de cada tempo. De se registrar que a confirmação de uma geração de direitos não elimina a anterior. (BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Campus, 2004. p. 46 e seguintes).

⁷ Em que pese haja controvérsia na doutrina no que tange à paternidade dos direitos fundamentais – atribuída tanto à Declaração dos Direitos do Povo de Virgínia de 1776 como à Declaração Francesa de 1789 – na medida em que ambas marcam a afirmação do Estado de Direito em sua concepção liberal-burguesa -, conforme consigna Ingo Wolfgang Sarlet, tem-se que o documento americano, seguindo o exemplo de seus precursores ingleses (tais como *Bill of Petition* e *Bill of Rights*), foi o primeiro a acolher os direitos naturais e positivá-los na forma de direitos fundamentais constitucionais. (SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 46).

⁸ Em tese, os direitos fundamentais apresentam ou faceta negativa ou positiva: enquanto a negativa – defensiva – constitui-se em exigir do Estado uma abstenção, uma não intervenção, a positiva demandaria justamente o contrário, ou seja, uma atuação – prestação – por parte do poder público. Os direitos de primeira geração seriam tidos como de face negativa, ao passo que os de segunda seriam os de faceta positiva (prestacional). Em que pese tal distinção, todos os direitos fundamentais apresentariam, especialmente no Brasil, um caráter de multifuncionalidade, na medida em que os direitos de defesa conteriam uma faceta prestacional, bem como os essencialmente prestacionais apresentariam igualmente um aspecto de “negativo”, consoante explica SARLET, Ingo Wolfgang. *Neoconstitucionalismo e a Influência dos Direitos Fundamentais no Direito Privado: algumas notas sobre a evolução brasileira*. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 18/19.

⁹ No direito comparado, na Alemanha, por exemplo, a eficácia seria, a princípio, apenas indireta, haja vista que seria imprescindível uma atuação estatal, intermediadora para esta eficácia. Canaris explica tal questão fazendo referência à possibilidade que todo alemão tem de utilização do recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) ao Tribunal Constitucional Federal (*Bundesgerichtshof*), citando vários casos, em especial o célebre caso Lüth. Da mesma forma, a teoria do *Drittwirkung* (eficácia perante terceiros) é afastada na Alemanha até em razão do texto literal da Lei Fundamental alemã. Ou seja, os direitos fundamentais incidiriam nas relações entre sujeitos jusprivatistas, mas apenas indiretamente, uma vez que passariam, primeiro, por uma atuação estatal - jurisdicional, por exemplo. (CANARIS, Claus-Wilhelm. *A Influência dos Direitos Fundamentais sobre o Direito Privado na Alemanha*. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 205/220).

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Neoconstitucionalismo e a Influência dos Direitos Fundamentais no Direito Privado: algumas notas sobre a evolução brasileira*. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 13/36, especialmente 27.

¹¹ De acordo com Sarlet, o dispositivo legal em apreço aplica-se sem exceção a todos os direitos fundamentais e somente a estes, isto é, não se estende às demais normas constitucionais. Entretanto, salienta que, tendo

inclusive apoiada pelo Supremo Tribunal Federal - STF, é considerar que os direitos fundamentais exercem, em regra, eficácia direta inclusive no âmbito das relações privadas, isto é, sem a necessidade de recorrerem ao Estado.¹² Todavia, há quem seja contrário a tal teoria. Cibele Gralha Mateus¹³ cita, entre as críticas a tal teoria, que se estaria a aniquilar a esfera da liberdade e da autonomia privada, na medida em que os particulares poderiam, por exemplo, invocando os direitos fundamentais, ignorar os contratos e as suas estipulações.

Contudo, muitos não se dão conta de que a autonomia privada e a liberdade contratual podem não ser obstáculos para a aplicação dos demais direitos fundamentais, mas, com certeza, são limites e devem ser levados em

em vista a coexistência de normas de direitos fundamentais que se restringem a estabelecer programas, finalidades e tarefas a serem implementadas pelos órgãos estatais e que, portanto, reclamam uma mediação legislativa – normas programáticas -, a melhor exegese para o §1º, do art. 5º, seria no sentido de haver, para os direitos fundamentais, uma presunção em favor da aplicabilidade imediata. Desta forma, para que não sejam imediatamente aplicáveis, deve haver, no caso concreto, convincente e legítima justificação. (SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 257/273).

¹² Independentemente de tal problemática, Sarlet afirma que o que importa, seja na eficácia direta seja na indireta, é que se obtenha uma solução sistematicamente adequada e que se garanta compatibilidade com os princípios e regras da CF/88, seja com o núcleo essencial da autonomia privada e da liberdade contratual, seja com os demais direitos fundamentais, correspondendo, de resto, tanto às exigências da proibição de excesso quanto de insuficiência. O próprio autor afirma, contudo, que vem ocorrendo um certo abuso da constitucionalização do Direito Privado, especialmente no âmbito da aplicação dos direitos fundamentais entre agentes particulares. Tal hipertrofia estaria acarretando uma verdadeira judicialização das relações sociais. (SARLET, Ingo Wolfgang. *Neoconstitucionalismo e a Influência dos Direitos Fundamentais no Direito Privado: algumas notas sobre a evolução brasileira*. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 13/36, especialmente 35/36). Especificamente quanto à judicialização do direito à saúde, diversas entidades vem se posicionando no sentido de buscar a sua redução. Recentemente, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ tem tomado diversas iniciativas para buscar formas de resolução e amenização dos problemas que se alastram na saúde, especialmente no campo da saúde suplementar. Possível citar, por exemplo, a Resolução nº. 107/2010, a qual institui o Fórum Nacional do Judiciário para Monitoramento e Resolução das Demandas de Assistência à Saúde; a Recomendação nº. 31, de 2010, orientando os tribunais para que adotem meios para subsidiar os magistrados quando submetidos a casos de saúde; e a Recomendação nº. 36, de 2011, a qual recomenda que as Cortes do Judiciário nacional adotem condutas e métodos de forma a auxiliar os magistrados a formarem um juízo crítico e a decidirem, baseados em melhores conhecimentos, ações envolvendo planos de saúde, inclusive prevendo linhas de estreita comunicação entre os juízes e as próprias Operadoras. Uma série de artigos fazendo reflexões sobre o problema da judicialização do direito à saúde e propondo alternativas pode ser encontrada em NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). *O CNJ e os Desafios da Efetivação do Direito à Saúde*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

¹³ MATEUS, Cibele Gralha. *Direitos Fundamentais Sociais e Relações Privadas: o caso do direito à saúde na constituição brasileira de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 115/119.

consideração. Wilson Steinmetz¹⁴ inclusive lembra, nessa esteira, que tais princípios também não ser respeitados, posto serem igualmente dotados de fundamentalidade.¹⁵

Ainda, outro aspecto da temática envolvendo a eficácia dos direitos fundamentais de relevância para o presente diz respeito à possibilidade de se reconhecer que as suas normas criam, por si só, direitos subjetivos a prestações materiais (por parte do poder público). Esta discussão ganha contornos acentuados ao se tratar de direitos sociais, dentro dos quais se encontra o relativo à saúde. Embora haja aqueles que defendam esta impossibilidade, quem a sustenta o faz argumentando que tais prestações estariam atreladas à existência digna, isto é, à preservação da vida humana com dignidade e à noção de mínimo existencial, para o qual os direitos sociais, como a saúde e a moradia, seriam indispensáveis.¹⁶

Por derradeiro, quanto à efetividade dos direitos fundamentais, esta seria o reflexo social da aplicação destes. Traduz-se na verdadeira concretização dos direitos em questão no mundo dos fatos, no plano social, através da real obediência de suas normas e do Direito. Sarlet¹⁷, na mesma linha de Eros Grau¹⁸, diferencia a efetividade da eficácia, referindo que, enquanto esta, a eficácia jurídica, significa a possibilidade, a aptidão para determinada norma vigente, *in casu*, de direito fundamental, ser aplicada no caso concreto e gerar efeitos, aquela constitui a decisão pela aplicação prática da norma, gerando seus efeitos e resultados.

Constituem, portanto, os direitos fundamentais – dentro os quais se

¹⁴ STEINMETZ, Wilson Antônio. *A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 68/169.

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e a Influência dos Direitos Fundamentais no Direito Privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 29.

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 295/319.

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 235/241.

¹⁸ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 314.

destaca o direito à saúde – balizas e parâmetros a partir dos quais o poder público e os particulares devem se pautar, almejando não apenas a concretização e a efetividade do próprio Direito, como também, e principalmente, visando proporcionar uma vida humana digna.

1.2 DIREITO À SAÚDE: DEVER DO ESTADO

Certamente um dos mais elementares direitos fundamentais, tendo em vista sua estreita ligação com o próprio direito à vida, é o direito à saúde, positivado entre os direitos sociais pelo art. 6º da CF/88, e cuja disciplina é contemplada por extensa normatização tanto no ordenamento doméstico, de nível constitucional e infraconstitucional, quanto no ordenamento internacional.

Historicamente, da Antiguidade até a Idade Média, uma vez que o Estado não possuía uma política socioeconômica definida, não havia um aparato estatal que pudesse fornecer e suprir as necessidades relacionadas à saúde da população. Há registros, por exemplo, de que na Roma Antiga, existiram várias formas de financiamento da saúde: enquanto alguns médicos vendiam diretamente seus serviços, outros, vinculados à família, recebiam anualmente certa quantia pela assistência prestada.¹⁹ Durante a Idade Média, entretanto, não havia, ainda, uma entidade que fosse especificamente responsável pela prática de atividades favoráveis à saúde do povo, competindo a cada indivíduo cuidar de seu corpo, da sua mente, bem como dos de sua família. O Estado atuava tão-somente em ocasiões de grandes enfermidades e epidemias que assolavam determinado povo.

Destarte, da Antiguidade até a Idade Média, a saúde foi financiada por diferentes formas. “*A atribuição pertencia, em certas oportunidades, ao próprio*

¹⁹ FERNANDES NETO, Antônio Joaquim. *Plano de Saúde e Direito do Consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 45.

doente, à família deste, à cidade, ou uma coletividade da qual fazia parte o enfermo. Contudo, o Estado não assumiu um papel direto e imediato sobre a questão.”²⁰ Nem mesmo a ascensão da burguesia, o declínio do feudalismo e a estruturação do aparato estatal – que implicaram modificações econômicas, sociais, políticas e culturais – afetaram o tratamento à saúde. Não por acaso, a peste²¹ - ao lado da fome²² e da guerra²³ - foi um dos três flagelos que assolou a Europa e contribuiu para o feudalismo, já decadente, desaparecer e dar lugar, assim, ao início da Era Moderna.

Nem mesmo com a queda do Absolutismo e a sobrevivência do Estado Liberal - como decorrências da emancipação das ideias de Locke, Montesquieu, Rousseau e Kant e da queda das monarquias absolutistas – deixou de permanecer a saúde aos auspícios da atividade individual, isto é, sem competir ao Estado qualquer atividade de zelo por esta.

A consagração do direito à saúde, mormente na qualidade de direito fundamental constitucional, conforme já adiantado, pode ser atribuída às manifestações sociais do século XIX, em que os direitos sociais afloraram ante a constatação de que as liberdades defendidas no século XVIII não eram suficientes para a garantia e manutenção da qualidade de vida.²⁴

²⁰ SILVA, Joseane Suzart Lopes da. *Planos de Saúde e Boa-fé Objetiva: uma abordagem crítica sobre os reajustes abusivos*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 30.

²¹ “A Peste Negra (1347 – 1350), originária do Oriente, foi um surto de peste bubônica que provocou uma epidemia generalizada, pelas péssimas condições de higiene e alimentação, sendo responsável pela morte de um terço da população europeia.” (MELLO, Leonel Itaussu Almeida; COSTA, Luís César Amad. *História Moderna e Contemporânea*. São Paulo: Cipione, 1999. p.14).

²² “A ‘Grande Fome’ (de 1315 - 1317) foi consequência do crescimento demográfico, das más colheitas e da alta dos preços dos cereais, atingindo principalmente as populações urbanas, que, premidas pela falta de alimentos, migraram em massa para o campo. Além de vitimizar milhões de pessoas, a Grande Fome despovoou grande número de cidades e desorganizou a vida urbana.” (MELLO, Leonel Itaussu Almeida; COSTA, Luís César Amad. *História Moderna e Contemporânea*. São Paulo: Cipione, 1999. p.14).

²³ “A guerra dos Cem Anos (1337 – 1453), conflito entre a França e a Inglaterra, devastou a agricultura, assim como desarticulou as feiras e o comércio centro-europeu com a destruição da rota de Champanhe.” (MELLO, Leonel Itaussu Almeida; COSTA, Luís César Amad. *História Moderna e Contemporânea*. São Paulo: Cipione, 1999. p.14).

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 46/47.

Justamente nesse contexto, tem-se a passagem do Estado Liberal – fruto das Revoluções Americana e Francesa, de concepção liberal-burguesa, baseada no princípio do *laissez faire*, símbolo da filosofia liberal de Adam Smith – para o Estado Social (ou Estado de Bem Estar – *Welfare State*), transição esta que coincide com a sobrevivência dos direitos de segunda geração, de faceta precipuamente prestacional, dentre os quais se encontram os direitos à educação, à moradia, ao trabalho, à assistência social e à saúde.²⁵

Anteriormente a 1988, convém registrar, a saúde não foi um tema de destacável relevância nas constituições brasileiras. Até a promulgação da atual Carta Magna, os textos constitucionais limitaram-se a tratar da saúde através de pequenas referências esparsas, mas jamais como elevando-a à condição de um direito. Para exemplificar, citam-se a Constituição de 1824, artigo 179, inciso XXXI, que previa a garantia de socorros públicos, bem como a de 1934, artigo 113, *caput*, que assegurava o direito à subsistência.

Por muito tempo, o direito à saúde (ou sanitário) foi compreendido como simples capítulo do Direito Administrativo, através de categorias clássicas, como serviço público, poder de polícia, etc. Por essa razão, é tido como um novo direito e, como os demais que se enquadram neste grupo, transita por todos os demais ramos das ciências jurídicas, como por exemplo, o administrativo, o constitucional, o ambiental, o trabalhista, o previdenciário e do consumidor.²⁶ Como decorrência desta horizontalidade, constitui o direito sanitário um direito pluritutelado, e.g., a lei nº. 8.078/90, artigos 4º, 6º e 8º; e a lei nº. 6.938/81, artigo 3º. No âmbito internacional, mencionável a Carta das Nações Unidas, artigo 13º; a Declaração dos Direitos do Homem de 1948, artigo XXV; e a Declaração do Meio Ambiente de 1972, princípio 7º.

²⁵ Conforme Rocha, a ideia de Estado Social ou de Estado de Bem Estar implica justamente a procura de se alcançar o bem comum através da garantia de direitos sociais, de forma efetiva e universal, sendo a atuação do poder público decisiva para a concretização deste objetivo. (ROCHA, Julio Cesar de Sá da. *Direito à Saúde*. Direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 8).

²⁶ ROCHA, Júlio Cesar de Sá da. *Direito da Saúde*: direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 23.

A preocupação com a saúde tornou-se tamanha que, no Brasil, por exemplo, a Constituição de 1988 passou a tratar do assunto como jamais fora feito, criando, inclusive, uma seção²⁷ inteira, com cinco dispositivos integralmente voltados à questão sanitária. Destes, o principal é o art. 196, que afirma:

A 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 igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.²⁸

Todavia, conforme adverte Solange L'Abbate²⁹, *“tornar o direito à saúde efetivo, desenvolver ações concretas para que a população, sobretudo a mais pobre, pudesse ter assistência à saúde em quantidade e qualidade suficientes, é algo bem distinto.”* Isso pois, embora se trate de questão da mais alta importância, inegável as polêmicas que gravitam em torno do assunto e de sua complexidade.

Mesmo porque, impende grifar, ainda que a garantia da saúde esteja constitucionalmente sacramentada por parte do poder público, os próprios limites e competências do Estado e dos entes federados, no que tange ao seu oferecimento, patrocínio e prestação de serviços, são amplamente questionados e controversos. Como exemplo, destaca-se o Recurso Extraordinário n.º. 566.471/RN³⁰, no qual se discute a possibilidade de se exigir do Estado o custeio da realização de cirurgia e o fornecimento de medicamentos de alto custo, e que, tendo tido sua repercussão geral já reconhecida, pende atualmente de julgamento pela Suprema Corte.

²⁷ Seção II, Capítulo II, Título VIII, da Constituição Federal de 1988.

²⁸ Cabe registrar que a saúde, juntamente com a previdência e a assistência social, constitui um dos pilares da Seguridade Social, pelo que a ela plenamente aplicáveis todos os objetivos do §único, do art. 194, dos quais ressalta-se o inciso I: “universalidade da cobertura e do atendimento.”

²⁹ L'ABBATE, Solange. *Direito à Saúde: discursos e práticas na construção do SUS*. São Paulo: Hucitec, 2010. p. 24/25.

³⁰ Insurgência se funda na alegação de suposta violação aos dispositivos constitucionais n.ºs. 5º, 6º, 196 e 198, §§ 1º e 2º.

Ainda assim, fato é que não há margem para questionar a importância da questão da saúde, tampouco que o poder público tem a obrigação constitucional de garantir assistência a toda população, utilizando-se do orçamento público arrecadado com os tributos, de forma que não seja cobrado nada dos usuários³¹ no momento de necessidade, não mais sendo admissível que o Estado, conforme se viu nos momentos históricos pretéritos, se olvide desta incumbência.

Contudo, inegável o fato de que, apesar da existência de todo um sistema de direitos e garantias e da ampla normatização - tanto em nível doméstico quanto global - por uma série de fatores, o sistema público de saúde, no Brasil, é bastante precário, para não dizer crítico, o que faz emergir o nosso próximo ponto.

1.3 IMPRESCINDIBILIDADE DA SAÚDE SUPLEMENTAR

A ruína do sistema público de saúde, independentemente dos motivos³², é uma realidade que já há muito assola o país. A demora para se conseguir uma consulta, atendimentos precários, hospitais sucateados, subvalorização dos recursos humanos, bem como a falta de leitos reservados ao SUS³³ nos hospitais, são emblemáticos para demonstrar que o acesso efetivo à saúde, hoje, passa

³¹ A terminologia “usuário” é adotada propositalmente para referir aqueles que se utilizam dos serviços públicos, na mesma esteira de como é utilizado por MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 6. ed. São Paulo: RT, 1978. p. 301 e 357.

³² “Diante da alarmante crise da saúde no Brasil, três diferentes correntes dispõem-se a explicar a decadência do sistema público, quais sejam, a incrementalista, a racionalista e a estruturalista. A primeira corrente defende que a deficiência aquilatada na saúde pública brasileira resulta do reduzido nível de investimento no setor; a segunda concebe que a problemática advém da ausência de formas eficientes de produção, devendo ser eliminado o consumo desnecessário e selecionado bens e serviços que sejam mais úteis para a sociedade; já a última concepção aduz que há uma flagrante impossibilidade de convergência entre a política sanitária e prestação exercida pelas pessoas jurídicas de direito privado que atuam no setor. As três correntes não analisam, com profundidade, a crise do sistema de saúde no Brasil.” (SILVA, Joseane Suzart Lopes da. *Planos de Saúde e Boa-fé Objetiva: uma abordagem crítica sobre os reajustes abusivos*. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 57).

³³ VERBA REDUZIDA MANTÉM SAÚDE PERTO DO COLAPSO. Matéria de Capa do *Jornal Correio do Povo* de 11 de Setembro de 2011: “A busca por saúde transformou-se em sofrimento para os gaúchos que lotam as unidades emergenciais do Estado. Em Porto Alegre, hospitais públicos e privados exibem os problemas crônicos do SUS (...) O RS é o estado que menos investe na área. Em 2010, foram aportados 5,4% do orçamento para a Saúde (cerca de R\$ 900 milhões), bem abaixo do mínimo de 12% estipulado pela Constituição Federal (...)”

longe do serviço público, só sendo possível e verdadeiramente viável através da iniciativa privada.³⁴

Em artigo sobre “O Mercado de Planos de Saúde no Brasil: uma Criação do Estado?”, os seus autores³⁵, de forma simples e direta, explicitam a razão de existir de um sistema de saúde fundado na iniciativa privada:

Na ausência de serviços públicos de saúde, para se proteger dos custos associados ao risco de adoecer, as pessoas pagam uma contribuição prévia aos planos de saúde, cujos sistemas privados de financiamento da cobertura de riscos em saúde intermediam a relação entre consumidores e prestadores médico-hospitalares.

Convém lembrar, a concepção original do SUS³⁶ não incluía um setor privado como organizador e responsável pelos serviços de assistência à saúde por intermédio de uma rede de prestadores de serviços. A concessão ao setor privado foi feita em razão da realidade. Ainda que boa parte destes serviços esteja na categoria de privados sem fins lucrativos, a maioria dos serviços de saúde brasileiros era e é de cunho privado. Em 2005, por exemplo, 192 mil dos 333 mil leitos disponíveis para atendimento do SUS, em todo o país, eram privados. Isto se dá, posto que, ainda que estejamos em um Estado onde a saúde é um direito constitucional do cidadão e deva ser garantido pelo sistema público de forma universal, integral e gratuita, a produção de serviços de saúde é majoritariamente privada, ou seja, para atender gratuitamente o cidadão o SUS tem serviços próprios, mas também contrata serviços privados.^{37 38}

³⁴ Oportuno sinalar que, recentemente, o Senado teve a possibilidade de avançar no desenvolvimento e na melhora do sistema público de saúde. O Projeto de Lei do Senado, nº 121/2007, de autoria do senador Tião Viana visava regulamentar a Emenda Constitucional nº 29, através do estabelecimento de valores mínimos a serem aplicados anualmente por Estados, Distrito Federal, Municípios e União em ações e serviços públicos de saúde, bem como dispor acerca de critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação, controle das despesas de todas as esferas do governo neste segmento. Votado pela segunda vez, em dezembro de 2011, dos 72 senadores que estavam presentes no plenário, apenas 26 foram favoráveis à proposta, número inferior ao necessário para a sua aprovação.

³⁵ OCKÉ-REIS, Carlos Octávio; ANDREAZZI, Maria de Fátima Siliansky de; SILVEIRA, Fernando Gaiger. *O Mercado de Saúde no Brasil: uma criação do Estado?* Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/revista/pdfs/Ref_160-CarlosOctavioOcke-ReiseOutros.pdf>. Acesso em: 13 de dezembro de 2011.

³⁶ As principais legislações que disciplinam o SUS são a lei nº. 8.080, de 19.09.1990, a denominada Lei Orgânica da Saúde, e a lei nº. 8.142, de 28.12.1990, que dispõe sobre a participação popular na sua gestão.

³⁷ MONTONE, Januário. *Planos de Saúde: passado e futuro*. Rio de Janeiro: MedBook, 2009. p. 27 e 69.

Consolidou-se, assim, principalmente na década de 90³⁹, especialmente em decorrência da ineficiência da saúde pública, o sistema de saúde suplementar no Brasil, cuja possibilidade de instituição já estava prevista inclusive pela carta constitucional, no art. 199, cuja redação dispõe: “A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.” Tal dispositivo, além de um permissivo constitucional para o desenvolvimento do setor pelos agentes privados, em consonância com os artigos 1º, inciso IV⁴⁰, e 170⁴¹, da CF/88, evidencia a opção, por parte do legislador constitucional, de não monopolizar o fornecimento da saúde por parte do poder público.

Fato é, portanto, que o sistema de saúde brasileiro é uma estrutura que envolve tanto o setor público, como o setor privado, sendo que este último atua, por vezes, como contratado pela rede pública, evidenciando a complexidade do sistema⁴² e sua inegável dependência da iniciativa privada. Nessa esteira, afirma Maria Stella Gregori⁴³, tratar-se de um sistema notadamente híbrido: “No Brasil, o sistema de saúde se caracteriza pelo seu hibridismo, sendo marcante a interação

³⁸ Assim, por exemplo, num cenário hipotético, um cidadão, ao ser internado para uma cirurgia, através do SUS, pode ser acomodado tanto num hospital público, quanto num privado. Nesta segunda possibilidade, se tratará, portanto, de um ente privado contratado pelo SUS, através de um contrato administrativo, regulado pelo Direito Público e sujeito aos regramentos típicos dos serviços públicos, inclusive, no que tange à contratação e à responsabilidade civil. (SCHULMAN, Gabriel. *Planos de Saúde: saúde e contrato na contemporaneidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 202; GREGORI, Maria Stella. *Planos de Saúde: a ótica da proteção do consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 35).

³⁹ Estatisticamente, a grande expansão do setor de saúde suplementar ocorreu na passagem da década de 80 para a de 90, quando então se verificou um crescimento de 73,4% da população brasileira coberta por um algum tipo de plano ou seguro de saúde. Todavia, indícios de grupos e associações desempenhando tais atividades já existiam, no Brasil, desde o período colonial. (SILVA, Joseane Suzart Lopes da. *Planos de Saúde e Boa-fé Objetiva: uma abordagem crítica sobre os reajustes abusivos*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 38/60).

⁴⁰ Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...); IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

⁴¹ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios. (...).

⁴² Em razão desta complexa estrutura, a doutrina da seara da saúde denomina a prestação deste serviço como um verdadeiro “*mix público privado*”. (SCHULMAN, Gabriel. *Planos de Saúde: saúde e contrato na contemporaneidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 308).

⁴³ GREGORI, Maria Stella. *Planos de Saúde: a ótica da proteção do consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 39.

entre os serviços públicos e a oferta privada na conformação da prestação dos serviços de assistência à saúde.”

Ainda que se trate, a saúde suplementar, de um setor financiado e movido pela iniciativa privada, em que a vontade dos particulares é, em tese, soberana, em razão da natureza do bem que comercializa, constitui uma área severamente controlada pelo Poder Público, notadamente em razão do seu caráter público:

A intervenção do Estado brasileiro na assistência privada à saúde tem sido permanente desde a Proclamação da República. (...) Embora se trata do financiamento privado da assistência à saúde, o caráter público dos interesses envolvidos é reconhecido pela ciência jurídica e consagrado pela ordem constitucional. Por essa razão, as regras estabelecidas são de natureza cogente e restringem a liberdade dos agentes econômicos que atuam no financiamento privado da assistência à saúde. O Estado intervém nos planos privados da assistência à saúde para a implementação de políticas sociais que objetivam, em última análise, a realização dos direitos fundamentais da pessoa humana.⁴⁴

Esse setor – da saúde suplementar -, em função das supracitadas limitações da saúde pública, bem como do avanço tecnológico, da ascensão social, da criação de cada vez mais normas e regulamentações para proteger os consumidores, tem se desenvolvido e ampliado cada vez mais, e, como decorrência destes fatores, tem contribuído para o incremento da comercialização e universalização do seu principal produto: contratos de plano de saúde.⁴⁵

1.4 CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE

⁴⁴ FERNANDES NETO, Antônio Joaquim. *Plano de Saúde e Direito do Consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 48/49.

⁴⁵ CRESCE BUSCA POR PLANOS DE SAÚDE. Matéria do *Jornal Correio do Povo* de 23 de Setembro de 2011: “Diante da crescente piora do atendimento de saúde público, é crescente o número de pessoas que optam pelos planos privados. O crescimento dessa migração tem sido maior nos últimos quatro anos (...) essa migração é reflexo da melhora do padrão de vida dos brasileiros, principalmente daqueles que conseguiram subir de classe.”

Conforme verificado, a efetividade e o acesso à saúde passam impreterivelmente pelo setor de saúde suplementar, o qual se materializa, na prática, através de contratos de planos de saúde.

A rigor, pode-se conceituar o contrato de plano de saúde como aquele através do qual uma Operadora se vincula com determinado contratante, comprometendo-se a custear determinados serviços e procedimentos médicos, no caso de sobrevir necessidade de o contratante vir a utilizá-los. Em contrapartida, o contratante paga mensalmente um montante e, caso precise se submeter a algum dos procedimentos médicos cobertos pelo contrato, terá os custos arcados pela Operadora, tendo, no máximo, dependendo do caso, que pagar uma pequena quantia, a título de co-participação.⁴⁶

Nesse sentido, citam-se as palavras de Maria Stella Gregory⁴⁷, a qual, ao traçar a natureza dos contratos de planos privados de assistência à saúde, define esta espécie contratual da seguinte forma:

(...) a relação contratual de consumo do segmento de assistência à saúde se forma quando se encontrar, em um dos pólos, uma pessoa jurídica que oferece prestação de serviços à saúde e, no outro, se encontrar um ou mais consumidores, e o objeto desta relação for a prestação de um serviço de assistência à saúde.

A professora Cláudia Lima Marques⁴⁸, já evidenciando a faceta consumerista desta relação – objeto do tópico abaixo - complementa essa definição, referindo que:

nos contratos de planos privados de assistência à saúde, o consumidor paga um preço fixo por uma expectativa da prestação dos serviços de cobertura assistencial, em patamares previamente estipulados pelo

⁴⁶ “(...) a co-participação, ou seja, a modalidade de plano de saúde em que o contratante, no momento em que necessita se utilizar de serviços de saúde, deve colaborar com parte dos custos a serem arcados pela operadora (co-participa) (...)” (SCHULMAN, Gabriel. *Planos de Saúde: saúde e contrato na contemporaneidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 205).

⁴⁷ GREGORY, Maria Stella. *Planos de Saúde: a ótica da proteção do consumidor*. São Paulo: RT, 2011, p. 144.

⁴⁸ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. Ed. São Paulo: RT, 2002, p. 413.

fornecedor, com a possibilidade real de nem mesmo vir a utilizar os procedimentos médicos, hospitalares ou odontológicos contratados.

Ou seja, configura-se o contrato em apreço num pacto através do qual, como se pode verificar, uma parte se compromete a cobrir determinados riscos previamente estabelecidos, em troca de uma contraprestação, em regra, mensal, estipulada pela empresa contratada e que varia conforme as coberturas a serem adquiridas.

Cabe, ainda, acrescer a este trabalho o rol de elementos caracterizadores da espécie de contrato em apreço tecido por Joseane Suzart Lopes da Silva⁴⁹, no qual encontram-se a bilateralidade, a reciprocidade, a onerosidade, a aleatoriedade⁵⁰, a formalidade, de execução diferida⁵¹, por prazo indeterminado⁵² e a solidariedade, sem prejuízo de outros.

Estas são, conforme se denota abaixo, as características que se extraem, outrossim, da própria lei n.º. 9.656/98, denominada Lei dos Planos de Saúde - LPS, no art. 1º, *in verbis*:

⁴⁹ SILVA, Joseane Suzart Lopes da. *Planos de Saúde e Boa-Fé Objetiva: uma abordagem crítica sobre os reajustes abusivos*. 2. Ed. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 160/167.

⁵⁰ A álea consiste na incerteza da prestação principal, a qual depende da ocorrência de evento futuro e incerto. Na medida em que não ocorrer os eventos previstos, o fornecedor não precisará prestar o serviço. (GREGORI, Maria Stella. *Planos de Saúde: a ótica da proteção do consumidor*. 3. Ed. São Paulo: RT, 2011. p. 146). Em que pese o entendimento dominante seja por caracterizar o contrato securitário como aleatório, Ernesto Tzirulnik o classifica como comutativo, sob o argumento de que não se negocia o risco e sim a garantia. (FIGUEIREDO, Fábio Vieira; GIANCOLI, Brunno Pandore. *Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 151).

⁵¹ Diz-se execução diferida por tratar-se de consumação em apenas um ato, mas no futuro. Entretanto, de se consignar que há doutrinadores que classificam o seguro/plano de saúde como de trato sucessivo, isto é, que se consoma por meio de atos reiterados ao longo do tempo. Neste sentido, VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. v. 2. 7. Ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 386/387 e GREGORI, Maria Stella. *Planos de Saúde: a ótica da proteção do consumidor*. 3. Ed. São Paulo: RT, 2011. p. 145). Este é, aliás, o entendimento do Judiciário Brasileiro. (vide Apelação Cível n.º. 70043753011, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, julgado em 31/08/2011; Apelação Cível n.º. 0124547-11.2006.8.26.0000, 7ª Câmara de Direito Privado, Tribunal de Justiça de SP, julgado em 24/08/2011; Apelação Cível n.º. 0024579-58.2010.8.19.0001, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RJ, julgado em 26/08/2011).

⁵² Cláudia Lima Marques define os contratos com a característica de duração por longo período de tempo e de reiterado convívio entre as partes contratantes como cativos de longa duração. (MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. Ed. São Paulo: RT, 2011. p. 103/104).

Art. 1º Submetem-se às disposições desta Lei as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade, adotando-se, para fins de aplicação das normas aqui estabelecidas, as seguintes definições:

I - Plano Privado de Assistência à Saúde: 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; (...)

Sopesadas as definições e as características acima ventiladas, já se mostra possível constatar a natureza securitária do contrato de plano de saúde. Neste contexto, oportuno citar o art. 757 da lei civil, basilar e elementar no que tange aos pactos de seguro, que assim dispõe, *in verbis*: “*Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados.*”

Nesse mesmo sentido, advoga Amadeu Carvalhaes Ribeiro⁵³:

O contrato de seguro é o acordo firmado entre segurador e segurado com a finalidade de regular juridicamente a operação econômica pela qual o segurador se obriga, contra o pagamento de um prêmio pelo segurado, a garantir interesse legítimo deste, relativo a pessoa ou coisa, contra riscos predeterminados.

Ou seja, ao se comparar as características que constroem o contrato de plano de saúde com aquelas que encorpam o pacto de seguro, verifica-se facilmente ser este um gênero contratual, do qual aquele é espécie, razão pela qual, *a priori*, correto afirmar que os dispositivos legais atinentes ao contrato de seguro – arts. 757 a 802 –, em tese, incidem e se aplicam aos pactos de plano de saúde.

⁵³ RIBEIRO, Amadeu Carvalhaes. *Direito de Seguros: resseguro, seguro direto e distribuição de serviços*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 59.

Entretanto, desde o advento da lei nº. 9.656/98, os contratos de planos de saúde, bem como os de seguro-saúde⁵⁴, passaram a ser especificamente regulados e disciplinados por este diploma legal, o qual trata pontualmente desta espécie de contrato, e não mais pelo Código Civil, o qual ficou restrito aos demais contratos securitários, tais como seguro de automóvel, seguro de vida e seguro residencial, dentre tantos outros.⁵⁵

Contudo, considerando a exegese do artigo 802 do Código Civil, o qual exclui a incidência tão apenas dos artigos da seção III, do capítulo XV do Diploma Civil, às garantias de reembolso de despesas médico-hospitalares, afirmável que as previsões relativas aos seguros em geral, capítulo XV do Código Civil (art. 757 e seguintes) permanecem incidindo nos contratos de plano de saúde, senão direta, subsidiariamente. Tal questão é inclusive tratada expressamente no art. 777, o qual afirma que “*O disposto no presente Capítulo aplica-se, no que couber, aos seguros regidos por lei próprias.*” Dentre estes seguros regulados por lei própria, conforme destaca Arnaldo Rizzardo⁵⁶, insere-se os plano de saúde e a respectiva legislação específica.

⁵⁴ A lei nº. 10.185, de 2001, a qual dispõe sobre a especialização das sociedades seguradoras em planos privados de saúde, prevê expressamente, em seu art. 2º, que, para efeitos da lei nº. 9.656/98, seguro-saúde se enquadra em plano de saúde, e Seguradora especializada em seguro-saúde, se enquadra em Operadora de Planos de Saúde. Oportuno citar considerações de Joseane Suzart acerca da diferença entre plano de saúde e seguro-saúde: “*Quando as empresas que atuam no ramo da saúde suplementar dispõem de uma rede de profissionais contratados ou credenciados, considera-se que configuram um plano privado. Havendo a possibilidade de o consumidor selecionar os profissionais ou estabelecimentos, arcando com as despesas referentes ao atendimento, para posterior reembolso, há o que se denomina seguro-saúde.*” (SILVA, Joseane Suzart Lopes da. *Planos de Saúde e Boa Fé Objetiva: uma abordagem crítica sobre os reajustes abusivos*. 2. Ed. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 79.). Justamente o fato de não restringir os beneficiários a uma rede limitada de provedores, é que as mensalidades dos seguros-saúde são, em geral, mais caras do que as do plano de saúde. Neste sentido: BARRIONUEVO FILHO, Arthur; LUCINDA, Cláudio Ribeiro de. Avaliação sobre Concorrência e Concentração em Serviços de Saúde: Relações Verticais e Horizontais. In. FARINA, Laércio; GUIMARÃES, Denis Alves (Orgs.). *Concorrência e Regulação no Setor de Saúde Suplementar*. São Paulo: Singular, 2010. p. 53. Todavia, conforme ressalta João Fernando Moura Viana, há seguros-saúde cuja apólice restringe os usuários a uma rede credenciada. (VIANA, João Fernando Moura. *A Especificidade do Seguro Saúde frente ao Modelo Tradicional de Seguro após a concepção trazida pelo marco regulatório*. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/portal/upload/biblioteca/TT_RM_05_JFernandoViana_EspecificidadeSeguroSaude.pdf> Acesso em: 22 de abril de 2012.

⁵⁵ Não por menos, o art. 802, do diploma civilista, reza que: “*Não se compreende nas disposições desta Seção (III – Do Seguro de Pessoa) a garantia do reembolso de despesas hospitalares ou de tratamento médico (...).*”

⁵⁶ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 6. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 841/842.

Da mesma forma, as Operadoras de Planos de Saúde deixaram de se submeter à regulação da SUSEP⁵⁷, passando a ser fiscalizadas e reguladas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS⁵⁸, órgão autárquico, ligado ao Ministério da Saúde, criado pela Lei nº. 9.961, de 2000, incumbido de “fiscalizar, regulamentar e monitorar o mercado de saúde suplementar, no intuito de inibir práticas lesivas ao consumidor, e estimular comportamentos que reduzam os conflitos e promovam a estabilidade do setor.”⁵⁹

Não resta dúvida, portanto, que o contrato de plano de saúde é um contrato de seguro, na medida em que ambos reúnem essencialmente as mesmas características e se prestam para objetivos extremamente análogos: em síntese, assegurar riscos pré-determinados.⁶⁰

⁵⁷ “Autarquia federal, instituída pelo art. 35 do Decreto-Lei nº. 73 de 1966, com sede na cidade do Rio de Janeiro, cuja atribuição fundamental é exercer seu poder de polícia sobre as atividades de seguros privados, de previdência complementar aberta e capitalização.” (BITTENCOURT, Marcello Teixeira. *Manual de Seguros Privados*. Rio de Janeiro: LumenJures, 2004. p. 19).

⁵⁸ Tal qual Januario Montone infere, a ANS surgiu com o objetivo de efetivar todas as previsões trazidas pela lei nº. 9.656/98, bem como centralizar as competências regulatórias e de fiscalização do setor, até então efetuadas por vários órgãos, como o Ministério da Saúde, a Susep, a SAS – Secretaria de Assistência à Saúde, o CNS – Conselho Nacional de Saúde e o Consu – Conselho de Saúde Suplementar. (MONTONE, Januario. *Planos de Saúde: passado e futuro*. Rio de Janeiro: MedBook, 2009. p. 41/47).

⁵⁹ GREGORI, Maria Stella. Os Desafios para a Sustentabilidade na Saúde Suplementar. In AMORIN, Maria Cristina Sanches; PERILLO, Eduardo Bueno da Fonseca (Org.). *Para Entender a Saúde no Brasil 2*. São Paulo: LCTE, 2008. p. 56.

⁶⁰ Cumpre salientar, todavia, que permanece existindo uma diferença básica entre planos de saúde e contratos de seguro em geral. No caso dos seguros, as coberturas, em regra, são pautadas pelos valores segurados constantes nas apólices (arts. 760 e 781, do Código Civil de 2002). No caso dos planos de saúde, a lei nº. 9.656/98 expressamente optou por vedar, já no inciso I, do art 1º, a limitação financeira. Isso significa que estando determinado procedimento previsto no contrato, a Operadora deve fornecer cobertura, não importando seu valor. Além disso, impede frisar que esta limitação vai além do aspecto tarifário, estendendo-se, também, por exemplo, para o tempo de internação. Antes da lei dos planos de saúde, muitas Operadoras estabeleciam limite de tempo de internação ou de sessões para determinados procedimentos. Com a regulamentação e a evolução da jurisprudência, o Judiciário consolidou o entendimento de que tais limites são inequivocamente abusivos. O STJ, aliás, possui, desde 2004, súmula sobre a questão, a de nº. 302 que afirma que “é abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado”. Na mesma linha, recentíssima decisão daquela Corte, que ao julgar o Recurso Especial nº. 735.750, em fevereiro de 2012, decidiu que o plano de saúde não pode fixar limite de despesas hospitalares.

2 DA PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES NO MERCADO DE SAÚDE SUPLEMENTAR

2.1 RELAÇÃO DE CONSUMO

Não obstante o acima exposto, de absoluta relevância para o presente trabalho mencionar que o contrato de plano de saúde, a exemplo do que ocorre com os contratos de seguro em geral, nas suas mais variadas modalidades, enquadra-se também como uma típica relação de consumo, sendo, portanto, as normas do Código de Defesa do Consumidor – CDC, plenamente incidentes na relação contratual em análise.

Isto porque, atualmente, não apenas o termo “consumidor” está presente em diversas passagens da lei nº. 9.656/98, como o próprio art. 35–G dispõe que: *“Aplicam-se subsidiariamente aos contratos entre usuários e operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o §1º do art. 1º desta lei as disposições da lei nº. 8.078, de 1990.”*⁶¹

Veja-se, ademais, que já há muitos anos o Judiciário vem aplicando a legislação consumerista aos planos de saúde. Nesse sentido é o magistério de Cláudia Lima Marques⁶²: *“O STJ tem decidido pela aplicação do CDC a estes serviços, considerados serviços de consumo (...)”*.

⁶¹ Em que pese o artigo 35-G da lei nº. 9.656/98 refira a aplicação do CDC como subsidiária, Bruno Miragem adverte: *“Esta redação, como bem aponta a doutrina especializada, não parece ser dogmaticamente correta. Não há falar em aplicação subsidiária, senão complementar entre as duas leis. Em outros termos: O CDC não deve ser aplicado apenas quando a Lei 9.656/98 não disponha sobre o tema em específico, senão que devem ambas as leis guardar coerência lógica, orientada pela finalidade de proteção do consumidor dos planos de assistência à saúde”*. MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 2. Ed. São Paulo: RT, 2010. p. 297.

⁶² MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. Ed. São Paulo: RT, 2011. p. 505.

Contudo, esse entendimento nem sempre foi assim. Por anos, por incontáveis oportunidades, viu-se o enquadramento do contrato de plano de saúde como de relação consumerista ser suscitado e questionado em demandas judiciais. Sob a argumentação de que, em que pese tratar-se de contrato de adesão - a premissa maior - amparada nos princípios clássicos do contrato⁶³, deveria ser a de que o contrato deve ser cumprido - advogou-se, por inúmeras vezes, buscando evitar a relativização, por parte do Judiciário, das cláusulas contratuais dos planos de saúde baseada no CDC.

O Superior Tribunal de Justiça - STJ, todavia, consolidou-se com o entendimento da incidência do referido estatuto protecionista na espécie contratual em questão. Nesse sentido, cabe transcrever emblemática decisão da referida Corte:

PLANO DE SAÚDE. Centro Trasmontano. Internação. Hospital não conveniado. (...) - A operadora de serviços de assistência à saúde que presta serviços remunerados à população tem sua atividade regida pelo Código de Defesa do Consumidor, pouco importando o nome ou a natureza jurídica que adota. Recurso não conhecido.⁶⁴

Todavia, a questão da incidência das normas consumeristas aos contratos de assistência médica – bem como aos contratos da espécie securitária em geral – já se encontra sanada. Com relação aos contratos de seguro, a própria lei nº. 8.078/90 (CDC), assim positivou, ao passo que estabeleceu, no §2º, do art. 3º, que serviços de natureza securitária representam relação de consumo. No que concerne aos planos de saúde, em razão da aprovação da Súmula 469 do STJ, restou sacramentado definitivamente o que já vinha sendo adotado - que os

⁶³ A doutrina elenca, como sendo os chamados princípios clássicos das relações contratuais, os princípios da autonomia da vontade, da força obrigatória dos contratos ou *pacta sunt servanda* e da relatividade. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O Contrato e seus Princípios*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 2001. p. 16 e seguintes). A premissa maior, que era a de que o contrato devia ser cumprido, foi, todavia, relativizada com inclusão de novos princípios – tais como o da boa-fé e o da função social do contrato - que vieram tanto com a Constituição Federal de 1988, o Código Civil de 2002 e, principalmente, o Código de Defesa do Consumidor. (MARTINS COSTA, Judith. Crise e Modificação da Idéia de Contrato no Direito Brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*. Vol. 3, set.- dez. São Paulo: RT: 1992. p. 127/154).

⁶⁴ REsp 267.530 SP, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 14/12/2000.

contratos de plano de saúde caracterizam-se como de relação de consumo e estão, portanto, submetidos à legislação protetiva dos consumidores.⁶⁵

Da votação da referida súmula, aliás, imperioso registrar que ficou reconhecido o entendimento no sentido de que o CDC se aplica, inclusive, aos contratos de plano de saúde firmados anteriormente à vigência deste Diploma, não por haver retroatividade da lei, mas em razão da sua natureza de trato sucessivo, consoante exarado no voto da Ministra Nancy Andrighi.⁶⁶

O reconhecimento do vínculo entre as Operadoras de Planos de Saúde e os beneficiários como relação de consumo é, hoje, algo praticamente uníssono. Quase todas as decisões judiciais, seja sentença de primeiro grau ou acórdão, estabelecem, como premissa básica para as suas fundamentações/votos e conclusões, que a relação *sub judice* configura relação de consumo.

Deste reconhecimento, decorrem diversas consequências extremamente práticas, as quais não serão melhor analisadas e aprofundadas neste trabalho posto não ser este seu objetivo. Apenas para citar dois exemplos, mencionável o instituto da inversão do ônus da prova e da possibilidade de proposição da ação no foro do consumidor. Ambas as questões constituem vantagens processuais significantes, especialmente a primeira, a qual, muitas vezes, denota-se determinante para o triunfo em uma demanda judicial.

⁶⁵ Toda esta discussão que, por muito tempo perdurou, sobre se a relação Operadora vs. beneficiários configurava, ou não, relação de consumo, comprova que a própria caracterização dos planos de saúde como contrato de natureza securitária também é complexa. Em que pese o acima citado, de que planos de saúde são uma espécie de seguros, fosse tal questão uma obviedade, a dúvida quanto a configuração dos planos de saúde como relação de consumo seria absolutamente inócua, posto o CDC prever expressamente que serviços de seguro são relação de consumo.

⁶⁶ A questão acerca da retroatividade do CDC a contratos firmados antes de sua vigência, inclusive àqueles cuja execução se deu já na constância de seu vigor, é por demais controversa, gerando opiniões as quais não serão aqui ventiladas. Apenas para ilustrar, cita-se Paulo Khouri, o qual advoga que, mesmo o CDC se tratando de norma de ordem pública, e os contratos de plano de saúde configurarem hipótese de trato sucessivo, a retroatividade do estatuto consumerista seria impossível, em respeito ao ato jurídico perfeito (art. 6º da lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, antiga LICC, e art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal de 1988). (KHOURI, Paulo R. Roque A. *Direito do Consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo*. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 22/24).

Todavia, cumpre ainda salientar haver verdadeira impropriedade neste “reconhecimento generalizado” das relações envolvendo contratos de planos de saúde como se de consumo fossem, sem exceções. Tais contratos podem ser subdivididos em três diferentes tipos, de acordo com a pessoa contratante e a massa de beneficiários a que se destina: contratos individuais/familiares⁶⁷; coletivos empresariais⁶⁸; e coletivos por adesão⁶⁹.

Ou seja, a rigor, três podem ser os contratantes de um contrato de plano de saúde: uma pessoa física, para si e sua família, uma pessoa jurídica para os seus empregados ou uma pessoa jurídica para os seus membros ou associados, como sindicatos, conselhos de classe, etc. De tais definições, uma análise mais detida pode sugerir haver uma inequívoca incompatibilidade, dependendo do tipo de contratação, especialmente quando se considera a verdadeira razão de existir do estatuto consumerista.

O CDC, conforme Pasqualotto⁷⁰ destaca, inclusive citando outros doutrinadores, como Cláudia Lima Marques, foi criado para proteger os consumidores, na medida em que estes se demonstram como sujeitos vulneráveis perante os fornecedores. Esta vulnerabilidade (verdadeira “*ratio legis*” do CDC) é o fator mais importante, para muitos, na definição de ser ou não consumidor. Determinadas decisões, por exemplo, aceitam a caracterização de determinadas empresas quando arguida e comprovada a sua vulnerabilidade perante a outra. Não obstante, fato é que o tratamento a ser dispensado para empresas deve ser mais cauteloso do que para pessoas físicas. Importante frisar, nesta linha, que o

⁶⁷ Plano privado de assistência à saúde individual ou familiar é aquele que oferece cobertura da atenção prestada para a livre adesão de beneficiários, pessoas naturais, com ou sem grupo familiar. (Art. 3º, da Resolução Normativa nº. 195, da ANS).

⁶⁸ Plano privado de assistência à saúde coletivo empresarial é aquele que oferece cobertura da atenção prestada à população delimitada e vinculada à pessoa jurídica por relação empregatícia ou estatutária. (Art. 5º, da Resolução Normativa nº. 195, da ANS).

⁶⁹ Plano privado de assistência à saúde coletivo por adesão é aquele que oferece cobertura da atenção prestada à população que mantenha vínculo com as seguintes pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial. (Art. 9º, da Resolução Normativa nº. 195, da ANS).

⁷⁰ PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. O Código de Defesa do Consumidor em face do Código Civil de 2002. In: PFEIFFER, Roberto A. C.; e PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. (Coord.). *Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias*. São Paulo: RT, 2005. p. 135/151.

próprio CDC, no art. 51, inciso I, última parte, por exemplo, já reserva tratamento diferenciado para consumidores pessoas-jurídicas.

Conforme se viu, nem todos os contratos de planos de saúde são firmados por pessoas físicas. Apenas em um dos casos é que o contratante é pessoa física, nítida e incontroversamente consumidora, portanto.

Nos outros dois casos, a pessoa contratante é uma pessoa jurídica. Surge, portanto, uma indagação, ainda pouco ou praticamente nada explorada, no âmbito da saúde suplementar: em uma demanda judicial envolvendo discussão acerca de cláusulas de um contrato de plano de saúde firmado na modalidade coletiva (por adesão ou empresarial), ou seja, por pessoas jurídicas, não seria equivocada a incidência da súmula 469 do STJ e, por decorrência, da incidência do CDC em favor do contratante?⁷¹

A experiência empírica mostra que a súmula é indistintamente aplicada, mas a necessidade de maiores estudos e reflexões sobre o assunto é evidente. A complexidade que gravita em torno da questão é gritante e, certamente, em um futuro não distante, estará sendo pauta de discussão no Judiciário.

Doutrina e jurisprudência assinalam que os contratos de plano de saúde caracterizam típicos contratos de adesão.⁷² Ainda que as minutas contratuais não sejam redigidas e elaboradas exclusivamente e ao livre arbítrio dos fornecedores – Operadoras -, haja vista que os contratos devem obedecer a uma série de limites e exigências previstas no ordenamento, em especial à lei n°. 9.656/98 e ao próprio

⁷¹ Apenas para ilustrar, cabe citar Pasqualotto, que entende haver, neste contexto, a caracterização de relação de consumo por conexão. (PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. O Destinatário Final e o “Consumidor Intermediário”. *Revista de Direito do Consumidor*. V. 74. São Paulo: RT, abr.-jun. 2010. p. 7/42).

⁷² Nelson Nery esclarece que contrato de adesão é somente uma técnica de formação contratual, a qual é utilizada quando se é exigida uma célere conclusão do negócio jurídico. Não se configura, portanto, uma categoria ou uma tipologia de contrato autônomo. (NERY JUNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. p. 459). Cláudia Lima Marques complementa: “O contrato de adesão é oferecido ao público em um modelo uniforme, geralmente impresso e padronizado, faltando apenas preencher os dados referentes à identificação do consumidor-contratante, do objeto e do preço.” (MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*: o novo regime das relações contratuais. 6. Ed. São Paulo: RT, 2011. p. 76).

CDC, além de obrigatoriamente serem revisados e analisados pela ANS antes da sua comercialização, não se questiona tal caráter.

Nas palavras de Cláudia Lima Marques⁷³, ademais, esta modalidade contratual recebe definição ainda mais singular: a de contratos cativos de longa duração, pelo que, consoante advoga a autora, resta indubitável sofrerem os limites impostos pelos novos princípios, em especial o da boa fé objetiva e o da função social.

Todavia, em muitos casos, especialmente quando a contratação se dá através da modalidade coletivo-empresarial, a pessoa jurídica contratante é uma grande empresa, que, em função do seu poder econômico e da sua grande massa de beneficiários, tem alto poder de barganha, sendo capaz, portanto, de verdadeiramente negociar a inclusão ou não de determinada cláusula. Não há falar, nestes casos, portanto, em vulnerabilidade, mas nítida paridade.

Igual ponderação surge quando determinado ente da Administração Pública contrata um plano de saúde para seus servidores. A contratação se dá, nesta hipótese, através de licitação e de contratos administrativos, rígidos e estritamente disciplinados pela Lei nº. 8.666/93. A Administração, nestes casos, já fornece, nos seus editais licitatórios, minutas prontas, cabendo pouca ou quase nenhuma discriminação à Operadora, a qual se deve sujeitar à vontade do ente licitante sob pena de simplesmente restar sucumbente no certame.

Fato é que, consoante se pode ver, há casos em que a configuração da relação como consumerista pode não ser a mais adequada, podendo simbolizar inequívoca subversão daqueles valores defendidos no CDC. Aliás, sobre o tema, oportuno citar comentário de Cláudia Lima Marques e Eduardo Turkienicz que,

⁷³ Quanto a estes, refere Cláudia Lima Marques: fenômeno decorrente da realidade contratual massificada, em que não apenas a estandardização dos contratos (método de contratação), mas também a posição de dependência estrutural do co-contratante ao contrato - em virtude da sua função na sociedade - e ao tempo. (MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. Ed. São Paulo: RT, 2011. p. 96/97).

ainda que versando sobre a conceituação a aplicabilidade da teoria finalista, servem para demonstrar a falta de razoabilidade de se entender pela incidência do CDC de forma desbalizada e generalizada:

Efetivamente, se a todos considerarmos 'consumidores', a nenhum trataremos diferentemente, e o direito especial de proteção imposto pelo Código de Defesa do Consumidor passaria a ser um direito comum, que já não mais serve para reequilibrar o desequilibrado e proteger o não-igual. (...) A definição do art. 2º é regra basilar do Código de Defesa do Consumidor e deve seguir seu princípio e sua 'ratio legis'. É esta mesma 'ratio' que incluir no Código de Defesa do Consumidor possibilidades de equiparação, de tratamento analógico e de expansão, mas não no princípio, sim na exceção. (...) Defendemos, pois, a necessária conjunção de fatores finalísticos, destinação fática econômica dos serviços, com base no art. 4º, I, do CDC (ratio de vulnerabilidade).⁷⁴

De qualquer forma, fato é que, atualmente, não mais resta dúvida quanto à incidência do CDC aos contratos de plano de saúde, pelo que pertinente também tecer-se considerações acerca da evolução do direito do consumidor.

2.2 PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR: DIREITO FUNDAMENTAL

Uma vez caracterizada a relação entre Operadoras de Plano de Saúde e seus beneficiários como uma relação de consumo, mostra-se elementar tecer-se algumas considerações sobre a proteção dos consumidores em si, sua origem e o que esta representa, hoje, em termos pragmáticos, no ordenamento jurídico brasileiro.

A proteção do consumidor constitui, hoje, no Brasil, direito da mais alta carga axiológica, na medida em que positivado expressamente, pela Constituição Federal de 1988 – CF/88, como um direito fundamental (art. 5º, XXXII). Da mesma forma, o constituinte o consagrou, também, como um dos pilares da ordem

⁷⁴ MARQUES, Cláudia Lima; TURKIENICZ, Eduardo. Caso "T" vs. "A": em defesa da teoria finalista de interpretação do art. 2º do CDC. *Revista de Direito do Consumidor*. V. 36. São Paulo: RT, out.-dez. 2000. p. 221/240.

econômica, ao lado de outros princípios como a livre concorrência, a função social da propriedade, a proteção do meio ambiente, entre outros (art. 170).

Ao se elevar ao *status* de direito fundamental, deve-se registrar, estar-se, na verdade, a referir que determinado direito, *in casu*, a proteção do consumidor, pelo prisma da formalidade, foi consagrado na forma de direito elementar de determinada ordem jurídica. Pelo viés da materialidade, por sua vez, significa que o direito em questão se mostra basilar no ordenamento constitucional, não por estar escrito, mas pelo fato de sua essência tratar de elementos nucleares da constituição e de abranger questões relativas à estrutura básica do Estado e da sociedade.⁷⁵

A constitucionalidade formal da proteção do consumidor, conforme visto, já está atestada no inciso XXXII do art. 5º da Carta Magna. Já sua materialidade advém, conforme refere Bruno Miragem⁷⁶, do indissociável vínculo que há entre o princípio da dignidade da pessoa humana e a proteção do consumidor, na medida em que esta busca, ao fim, realizar, de forma adequada, uma necessidade humana básica, qual seja, a necessidade de consumir na sociedade de consumo. Note-se que o mencionado autor lembra que “*a rigor, todas as pessoas são em algum tempo, ou em um dado número de relações jurídicas, consumidoras.*” Nesse diapasão, surge o Direito do Consumidor para tutelar⁷⁷ esta relação jurídica – em cuja *gênesis* há inegável carga de desequilíbrio e desigualdade entre as partes -, com fito de justamente proteger esta recém referida necessidade humana, equilibrando esta relação.

⁷⁵ MATEUS, Cibele Gralha. *Direitos Fundamentais Sociais e Relações Privadas: o caso do direito à saúde na constituição brasileira de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 19/25.

⁷⁶ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 2. Ed. São Paulo: RT, 2010. p. 40/44.

⁷⁷ Bruno Miragem sinala que esta tutela – por se tratar de direitos subjetivos de matriz constitucional – implica conseqüências: no mínimo, estabelecendo-os como preferenciais em relação a outros direitos de matriz infraconstitucional; e, no máximo, determinando providências concretas para sua realização. (MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 2. Ed. São Paulo: RT, 2010. p. 39).

Não é a toa que Cavalieri⁷⁸ afirma ser todo o sistema de proteção aos consumidores decorrente, justamente, da extrema manifesta vulnerabilidade dos consumidores perante os fornecedores – ratificando o desequilíbrio inerente à relação em apreço -, mencionando, que tal vulnerabilidade chega a existir em três aspectos: fático, jurídico e técnico.⁷⁹

Tal opção da Constituição, de positivar e fortalecer a proteção do consumidor como jamais o fizera antes na história da nação, não foi por acaso, mas a uma necessidade que ocorreu, não apenas no plano nacional, mas em nível global, em decorrência da evolução e do desenvolvimento da sociedade e das relações de consumo.

Desde a Revolução Industrial (séc. XVIII, na Inglaterra), quando a sociedade sofreu radical transformação, decorrente das inovações criadas no segmento industrial, notadamente a máquina a vapor e o tear mecânico, as relações de consumo passaram a se dar e a ser vistas de uma forma diversa do que ocorrera até então.

Anteriormente àquela Revolução, as relações de consumo (bem como as relações jurídicas e contratuais, em geral) eram vistas como vínculos unitários, singulares.⁸⁰ Não se enxergavam as trocas e as aquisições em geral como relações massificadas, ou tampouco como necessárias. Da mesma forma, não se vislumbrava, nesta relação de consumo, um desequilíbrio tal que exigisse maior proteção do polo mais vulnerável.

⁷⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 7.

⁷⁹ Paulo Khouri, acerca da vulnerabilidade do consumidor, menciona justamente que a defesa do consumidor é um princípio fundamental exatamente para proteger a dignidade da pessoa humana. KHOURI, Paulo R. Roque A. *Direito do Consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo*. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. XVIII). Sobre a relação entre a proteção do consumidor e a dignidade da pessoa humana, vide PASQUALOTTO, Adalberto. *Fundamentalidade e Efetividade da Defesa do Consumidor*. *Revista Direitos Fundamentais e Justiça*. Ano 3. N. 9. Out. – Dez. 2009. Porto Alegre: HS Editora, 2009. p. 66/100.

⁸⁰ “O paradigma individualista, sobretudo no direito privado, cede espaço a novos interesses igualmente reconhecidos pelo Estado, cuja intervenção em favor do sujeito reconhecido como vulnerável tem por objetivo a recomposição da igualdade jurídica, corrigindo os elementos fáticos de desigualdade.” (MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo, RT: 2010. p. 27)

Com a Revolução Industrial, todavia, iniciou-se uma nova era de invenções tecnológicas, as quais transformaram as formas de produção e fabricação conhecidas até então, fenômenos cujas consequências não se limitaram aos problemas sociais e às reivindicações no campo das relações de trabalho, por exemplo. Com a “modernização” e a racionalização do trabalho e o avanço dos meios de produção, o que se verificou foi um aumento generalizado de produtos aptos a serem comercializados e consumidos.

Esse crescimento teve um avanço ainda maior na segunda metade do séc. XX, no período pós Segunda Guerra Mundial, quando então os mercados nacionais começaram a abrir suas fronteiras para a livre circulação de bens, mercadorias e pessoas, o que implicou, inclusive, a criação de blocos econômicos, como a União Europeia e o Mercosul.

Esta “quebra” das fronteiras, ou melhor, a sua unificação, somada ao fenômeno da globalização, permitiu o surgimento e o desenvolvimento de gigantes do mundo empresarial, com a concentração da produção em diversos setores, o que contribuiu para evidenciar – e agravar - o desequilíbrio entre fornecedores e consumidores.

A criação e o fortalecimento de uma legislação que fosse capaz de criar mecanismos de defesa aos consumidores, de modo que a desigualdade dessa relação pudesse ser mitigada, foi uma consequência da superação da concepção liberal individualista que imperou na Europa principalmente no séc. XVIII, quando a ideia de igualdade entre as partes não era levada às suas últimas instâncias, cingindo-se, em verdade, à igualdade meramente formal.

A mudança de concepção rumo à igualdade substancial e material também foi consequência direta da Revolução Industrial, era a partir da qual a sociedade passou a reivindicar mais direitos, especialmente no campo laboral, onde os abusos eram gritantes.

Com efeito, a manifesta desigualdade existente nas relações de consumo, em virtude da notória vulnerabilidade dos consumidores, foi o propulsor para que se buscasse uma legislação protetiva.

Conforme bem esclareceu Sálvio de Figueiredo Teixeira⁸¹, “o *Direito deparou, então, com duas situações aparentemente antagônicas: De um lado, preservar as leis de mercado e o desenvolvimento econômico (...) de outro, evitar o esmagamento dos indivíduos pelas corporações.*”

Historicamente, atribui-se ao conhecido discurso do Presidente dos Estados Unidos John F. Kennedy, no Congresso norte-americano, em 1962, o marco inicial da legislação consumerista. Em seu pronunciamento citou, como direitos básicos dos consumidores a serem protegidos, os direitos à segurança e à saúde, o direito de escolha, o direito a ser ouvido e o direito à informação. Não se pode ignorar que tal conduta teve inegável caráter político, eleitoral e democrático, eis que, ao defender a proteção dos consumidores, estar-se-ia referindo a todos, uma vez que, todas as pessoas, sem exceção, são, e cada vez mais, consumidoras. De qualquer forma, tal discurso surtiu efeito, e após, diversos diplomas legais protetivos foram aprovadas pelo Congresso estadunidense.

Após tal período, tanto as Nações Unidas, como a Comunidade Europeia, reconheceram, em 1973, diversos direitos tidos como básicos como os consumidores. Na década de 80, a Assembleia Geral da ONU aprovou a Resolução 39/248, a qual constituía uma série de normas de caráter internacional para proteção dos consumidores. Conforme afirma Sergio Cavalieri:

Essas normas tinham por finalidade oferecer diretrizes para países, especialmente aqueles em desenvolvimento, a fim de que as utilizassem na elaboração ou aperfeiçoamento das normas e legislações de proteção ao consumidor, bem assim encorajar a cooperação internacional na

⁸¹ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A Proteção ao Consumidor no Sistema Jurídico Brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*. V. 60. São Paulo: RT, out.-set. 2006.

matéria, ressaltando a importância da participação dos governos na implantação de políticas de defesa dos consumidores.⁸²

A rigor, tal evolução, jurídica e legislativa, foi uma decorrência da forma de se enxergar, entender e proteger os consumidores, considerados não mais individualmente, mas em seu aspecto coletivo, inerente a todos. Nesse contexto, oportuno citar trecho da autora Geisa de Assis Rodrigues⁸³, que bem explica tal mudança:

Pelo menos até 1985 as regras que eram invocadas na defesa do consumidor, notadamente em face da aquisição de produtos viciados, apenas disciplinavam a dimensão individual dos conflitos entre consumidores e fornecedores. Por exemplo, as disposições sobre as obrigações e contratos do Código Civil de 1917 tutelavam a aquisição de bens e serviços como se esse processo se desse nos mesmos moldes do século XIX, porque muito embora o antigo Código Civil brasileiro tenha sido editado já no século XX está visceralmente ligado aos primados pandectistas vigentes no século anterior e fecundados no século XVIII (...)

Todavia, esse arcabouço jurídico, além de ser totalmente assistemático, ainda tinha como premissa, conforme já mencionado, a idéia de um consumidor individual. Ocorre que a partir da década de 1960, sobretudo nos países de economia mais avançada, os padrões majoritários de consumo começaram a se alterar de maneira irreversível. À crescente complexidade da forma de circulação das riquezas nos países capitalistas, com concentração de empresas, sofisticação de tecnologia, excedente de produção, correspondeu um novo modelo de sociedade, sujeito e objeto, de novos padrões de consumo e de hábitos culturais. Temos o que se convencionou chamar de sociedade de massas, que a todos homogeneíza, que dita modas e tendências, em todas as searas, do vestuário à alimentação, praticamente irresistíveis ao indivíduo. Quando ocorre uma lesão ao consumidor, esta assume proporções nunca dantes imaginada, o dano se espraia por um número, em muitos casos indeterminado de pessoas reclamando, assim, um remédio jurídico de dimensão coletiva.

No Brasil, os efeitos da Resolução 39/248 foram logo sentidos, tanto com a promulgação da CF/88, como com o Código de Defesa do Consumidor – CDC, que revolucionaram a proteção do consumidor, constituindo o maior avanço que o país até então vivenciara no que concerne à proteção daqueles.

⁸² CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 6.

⁸³ RODRIGUES, Geisa de Assis. A Proteção ao Consumidor como um Direito Fundamental. *Revista de Direito do Consumidor*. V. 58. São Paulo: RT, abr.-jun. 2006. p. 75/78.

Hoje, no Brasil, passados mais de vinte anos da introdução do CDC, e quase vinte e cinco da CF/88, pode-se dizer o consumidor encontra considerável proteção, em que pese ainda haja muito a se fazer nesse campo. A reforma do Código, por exemplo, é um exemplo de que a legislação deve ser renovada, sob pena de permanecer defasada e inadequada à sociedade e às formas de consumo atuais, as quais, nesses últimos anos, em muito se transformaram.

Especificamente no campo da saúde suplementar e dos planos de saúde, o caminho ainda é longo, ainda mais diante do incontestável crescimento que sofreu o setor nos últimos anos. Este crescimento⁸⁴ atribui-se a uma série de fatores, dentre os quais, destacam-se o desenvolvimento da área, o avanço da tecnologia, a ascensão social e a já anunciada notória defasagem do sistema público de saúde – SUS.

Como decorrência deste desenvolvimento, aliado à implementação da normatização consumerista, bem como à ampliação do acesso à justiça e à instituição do beneplácito da justiça gratuita, basta uma breve averiguação nas principais cortes do país para se observar o elevadíssimo número de ações – sem receio de hiperbolizar, na ordem de milhares -, seja no rito comum ou especial – pela lei nº. 9.099/95, envolvendo contratos de plano de saúde.

O Judiciário acaba, por decorrência, se vendo obrigado a julgar um número crescente de ações discutindo a validade das cláusulas dos planos de saúde, tendo que decidir entre o direito do consumidor – de garantir a vida, a saúde e a integridade dos hipossuficientes – ou optar por, com amparo nos princípios clássicos que norteiam a relação contratual, proteger os empresários e validar as disposições contratuais por mais que isso signifique, em determinados

⁸⁴ Conforme último dado oficial da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, em março de 2011, contabilizavam-se 46.634.765 beneficiários em planos privados de assistência médica com ou sem odontologia. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/index.php/materiais-para-pesquisas/perfil-do-setor/dados-gerais>>. Acesso: 10 de setembro de 2011.

casos, negar o direito ao mais importante bem: a saúde, e, mediatamente, a vida.⁸⁵

Uma breve pesquisa nas principais cortes do país comprova isso com facilidade. A quantidade de reclamações junto aos órgãos de proteção do consumidor, como PROCONs, por exemplo, também é bastante significativa.

Para comprovar, o sitio eletrônico do IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor -, publicou recentemente matéria divulgando um balanço anual que demonstra os principais tipos de reclamações que foram atendidas por aquele instituto em 2011. Os números trazidos, que por sinal não geram qualquer surpresa, apenas comprovam aquilo que os advogados, juízes, servidores e todo o público em geral que freqüenta os foros de todo país já sabem: transtornos entre operadoras de planos de saúde e consumidores, ainda que não represente mais a principal reclamação dos consumidores (posto que ocupou nos últimos 11 anos consecutivos), ainda são numerosos.⁸⁶

Tem-se, assim, que a proteção dos consumidores neste setor tão vital para a sociedade, ainda mais em razão do bem que comercializa e da insolubilidade da saúde pública, mostra-se assunto de máxima relevância. Nessa esteira, uma das formas de proteger o consumidor, conforme se demonstrará, é protegendo a concorrência e se regulando o setor.

⁸⁵ Ciente de tal questão e às reivindicações dos diversos atores do setor, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, por exemplo, tem tomado diversas iniciativas para buscar formas de resolução e amenização dos problemas que se alastram na saúde suplementar. Possível citar, por exemplo, a Resolução nº. 107/2010, a qual institui o Fórum Nacional do Judiciário para Monitoramento e Resolução das Demandas de Assistência à Saúde; a Recomendação nº. 31, de 2010, orientando os tribunais para que adotem meios para subsidiar os magistrados quando submetidos a casos de saúde; e a Recomendação nº. 36, de 2011, a qual recomenda que as Cortes do Judiciário nacional adotem condutas e métodos de forma a auxiliar os magistrados a formarem um juízo crítico e a decidirem, baseados em melhores conhecimentos, ações envolvendo planos de saúde, inclusive prevendo linhas de estreita comunicação entre os juízes e as próprias Operadoras. A questão da criação de Câmaras Especializadas para julgar demandas do setor é uma alternativa que vem sendo considerada. Recentemente, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu, por 16 votos a 8, que não há a necessidade de sua criação. Argumentos contra e favor não faltam, e certamente neste ano que a recém começou ainda haverá novidades sobre o tema. Resta aguardar.

⁸⁶ INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Disponível em: <<http://www.idec.org.br/em-acao/em-foco/setor-financeiro-e-planos-de-saude-lideram-ranking-de-atendimentos-do-idec-em-2011>> Acesso em: 2 de março de 2011.

2.3 ESTADO LIBERAL, INTERVENCIONISTA, REGULADOR E A ORDEM ECONÔMICA

Imprescindível, neste momento, para que se melhor compreenda a sequência deste trabalho, tecer-se breve relato sobre a evolução história que conduziu a sociedade a passar, de um Estado Liberal, para um Intervencionista, até chegar a um modelo Regulatório atual.

A evolução da ordem econômica, assim como a evolução da própria ideia de constitucionalização do direito privado, e da ciência jurídica em geral, está diretamente conectada à superação do Estado Absolutista.

Com a instauração do denominado “Estado Democrático de Direito”, com a noção de um Estado juridicamente organizado e fundado em torno de uma normatização, tendo esta, como fonte hierarquicamente superior, uma Constituição, e, abaixo dela, leis, passou-se, também, a disciplinar a forma como o Poder Público passaria, ou não, a intervir na economia e no mercado.

Adotou-se, inicialmente, a ideia de Estado Liberal, ou seja, não intervencionista, consubstanciado numa postura omissiva do Poder Público, fortemente enraizada na doutrina de Adam Smith, considerado um dos mais importantes teóricos do liberalismo econômico. O referido filósofo primava que o Estado não deveria interferir no mercado, o qual iria se desenvolver automaticamente como decorrência de uma liberdade natural. Smith difundiu noções como a da “mão invisível”, do “*laissez-faire*” e “*laissez-passer*”, tudo através da sua obra “Investigação sobre a Natureza e as Causas da Riqueza das Nações”, de 1776, cuja ideologia, conforme já dito, contribuiu severamente para o desenvolvimento da Economia Liberal e para a Economia como um todo.

Oportuno transcrever trecho de Nagib Slaibi Filho⁸⁷, que em determinada passagem de sua obra, descreve e diferencia o Estado Liberal do Estado Intervencionista. Vejamos:

O Estado liberal é abstenteista (*sic*) quanto à atuação na Economia. (...) Se o Estado abstenteista (*sic*) pretende deixar fluir as forças naturais do mercado, isto é, não corrige nem dirige os aspectos econômicos, já o Estado intervencionista atua sobre a ordem econômica, legislando e transformando os fatores de produção, de acordo com o ideário político que inspira sua atuação.

A idéia do regime liberal, todavia, não permaneceu por muito tempo, tendo sido superado pelo modelo intervencionista, conforme bem explica Leonardo Vizeu Figueiredo⁸⁸:

Todavia, as imperfeições do regime liberal clássico não tardaram a aparecer, pois seu funcionamento pressupunha certa igualdade e um ambiente concorrencialmente perfeito, para que, através da competição equilibrada entre os agentes, se alcançasse os interesses coletivos. Como tais pressupostos nunca foram efetivados, houve a crise do liberalismo, caracterizada por sucessivas depressões econômicas, desequilíbrios internacionais, acirramento das desigualdades sociais, bem como por conflitos bélicos em escala mundial. Assim, após a derrocada do modelo de Estado liberal, houve a ascensão de uma nova forma de posicionamento do Poder Público em face da ordem econômica e dos mercados, sendo abandonado o liberalismo puro, adotando-se, destarte, diferentes formas e aspectos intervencionistas, cada qual influenciado pelo ideário político da corrente partidária que se encontra no poder (...) Assim, surge o intervencionismo estatal, caracterizado por forte interferência do Poder Público na sua ordem econômica (...).

O modelo de Estado eminentemente liberal foi superado, portanto, pelo modelo intervencionista, sendo este caracterizado pela forte atuação do Poder Público no mercado e na economia. Dois foram os principais modelos de Estado Intervencionista: o Estado Socialista e o Estado do Bem-Estar-Social. Ressalvadas as suas distinções (em síntese, o segundo baseava-se numa atuação mais moderada que o primeiro), ambos os sistemas também se mostraram igualmente insuficientes e ineficientes.

⁸⁷ SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito Constitucional*. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 862/863.

⁸⁸ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de Direito de Saúde Suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde*. São Paulo: MP Editoria, 2006. p. 52.

Como consequência e superação da idéia de ambos os regimes, um ideário mais moderado, com princípios decorrentes tanto do modelo liberal como do intervencionista, apresentou-se como mais adequado. Fala-se, então, em Estado Regulador, ou Neo-Liberal: “(...) *busca-se com este modelo um retorno comedido aos ideais do liberalismo, sem, contudo, abandonar a necessidade de sociabilidade dos bens essenciais, a fim de se garantir a dignidade da pessoa humana, bem como os ditames de justiça social (...).*”⁸⁹

O Estado, portanto, passa a adotar uma postura comedida, ou seja, não permite que os agentes atuem livre e desenfreadamente, mas também não interfere no mercado de uma forma tal que imobilizaria o seu desenvolvimento. Da mesma forma, o Estado percebe que, ressalvadas determinadas atividades, deixar à iniciativa privada o desenvolvimento e a exploração das atividades em geral, inclusive aquelas concernentes aos serviços públicos essenciais (como saúde, por exemplo), é mais eficiente do que reservar-se a si todo o direito de exploração.

Não obstante, ainda que transfira e permita à iniciativa privada a exploração de diversas atividades, entre elas, repete-se, àqueles diretamente ligadas às necessidades básicas do homem, o Estado não deixa de tomar os devidos cuidados para garantir o bem estar, a justiça social e a dignidade da pessoa humana, bem como o desenvolvimento da economia. A Administração Pública cria, assim, em diversos setores, as chamadas agências reguladoras, caracterizadas por serem entes independentes, desprovidos de subordinação, com capacidade regulatória e fiscalizatória, “*para que a prestação de serviços essenciais à população não ficasse submetida apenas à decisão das empresas privadas, mas fosse realizada de acordo com o cumprimento de regras previamente delimitadas pelo Poder Público.*”⁹⁰

⁸⁹ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de Direito de Saúde Suplementar*: manual jurídico de planos e seguros de saúde. São Paulo: MP Editoria, 2006. p. 53/54.

⁹⁰ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de Direito de Saúde Suplementar*: manual jurídico de planos e seguros de saúde. São Paulo: MP Editoria, 2006. p. 55.

No Brasil, tal evolução histórica, bem como a instituição das referidas agências, é facilmente visualizada no texto constitucional, notadamente no título VII, reservado a disciplina da Ordem Econômica e Financeira.

O art. 173⁹¹, por exemplo, esclarece que, salvo duas hipóteses (segurança nacional ou relevante interesse coletivo), a exploração direta das atividades econômicas não será exercida pelo Estado, ou seja, a regra é que as atividades econômicas sejam desempenhadas pela iniciativa privada. Já o dispositivo seguinte, art. 174⁹², prevê a função reguladora que exercerá o Estado, de forma a fiscalizar, incentivar e planejar o exercício das atividades econômicas pelos agentes privados. Tal permissivo constitucional é, pode-se dizer, o “berço” legislativo nacional das agências reguladoras.

O dispositivo constitucional mais importante sobre o assunto, todavia, é o art. 170, o qual prevê quais serão os princípios da ordem econômica, bem como os valores nos quais esta é fundada:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

- I - soberania nacional;
- II - propriedade privada;
- III - função social da propriedade;
- IV - livre concorrência;
- V - defesa do consumidor;
- VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;
- VII - redução das desigualdades regionais e sociais;
- VIII - busca do pleno emprego;
- IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

⁹¹ Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

⁹² Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Muito se poderia falar sobre tal dispositivo, o qual por si só é digno e merecedor de trabalhos específicos. Não obstante esta constatação, em razão dos limites deste trabalho, limitarmo-nos a citá-lo, bem como a destacar dois dos seus princípios, o V, da “defesa do consumidor”, e o IV, da “livre concorrência.”

Na esteira do todo até aqui mencionado, nota-se que a Carta Constitucional positiva adotou a proteção do consumidor não apenas como um direito fundamental (art. 5º, XXXII), mas também como um princípio da ordem econômica, ou seja, devendo esta ser tomada em consideração pelo Poder Público, também, ao legislar e tratar de assuntos ligados à economia e ao seu desenvolvimento.

Da mesma forma, a idéia da livre concorrência também foi escolhida, pelo constituinte, para ser diretriz fundamental da ordem econômica, do que decorre, sem dúvida, uma idéia de proteção ainda maior para os consumidores. Nesse sentido, por exemplo, Ana Paula Martinez⁹³ refere que “*todas as escolas concorrenciais são unânimes em apontar o consumidor como o destinatário econômico final das normas concorrenciais.*” Não há dúvidas, assim, que proteger a concorrência é, além de proteger o próprio mercado e o seu desenvolvimento, resguardar os direitos dos consumidores.

No Brasil, tem-se, assim, um sistema complexo, envolvendo tanto agências reguladoras, como o sistema de defesa da concorrência, todas co-ligadas no sentido de proteger a economia e, ao fim e ao cabo, os consumidores.

2.4 CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

⁹³ MARTINEZ, Ana Paulo. A Proteção dos Consumidores pelas Normas Concorrenciais. *Revista de Direito do Consumidor*. V. 52. São Paulo: RT, out.-dez. 2004. p. 10.

Visto que, hoje, no Brasil, por força constitucional, vive-se em um Estado no qual o Poder Público busca, entre outros, a proteção da livre concorrência e dos consumidores, adotando, para tanto, uma postura essencialmente regulatória, mostra-se correto afirmar que coabitam no sistema tanto os institutos relativos à proteção da concorrência, como os institutos atinentes à matéria que envolve a regulação. Cabe, agora, contextualizar, ainda que sucintamente, ambos os institutos e a forma como estes coexistem.

2.4.1 A Importância da Concorrência

Hoje, conforme já esclarecido, já não restam mais dúvidas de que a concorrência⁹⁴ saudável (livre e leal) busca, seja de forma direta ou indireta, proteger os consumidores e o seu bem estar. Inobstante este viés, veja-se que a legislação antitruste é, outrossim, de igual relevância para o próprio desenvolvimento econômico do país. Nesse sentido, cabe destacar trecho do magistério de Florisbal De Souza Del'Olmo⁹⁵, o qual define a importância da concorrência para o mercado e para a economia:

O contexto internacional, com dinâmica circulação de capital, intensa ampliação de mercados de produção e consumo, novos aportes tecnológicos e integração produtiva em escala global, requer expressivo esforço conjugado para manutenção do equilíbrio da economia de mercado. Isso se pode alcançar com a *concorrência*, que se constitui na verdade na essência do mercado. (grifamos)

⁹⁴ Um bom artigo que introduz e faz considerações gerais sobre o instituto da concorrência, que define o que é poder de mercado e realiza um rápido desenvolvimento histórico deste tema, desde o final do séc. XIX até os tempos atuais, citando, inclusive, os momentos em que as Escolas de Harvard e de Chicago tiveram mais influência sobre o fenômeno pode ser lido em SCHUARTZ, Luis Fernando. *Fundamentos do Direito de Defesa da Concorrência Moderno*. Disponível: <http://www.ie.ufrj.br/grc/pdfs/fundamentos_do_direito_de_defesa_da_concorrenca_moderno.pdf> Acesso em: 20 de dezembro de 2011.

⁹⁵ DEL'OLMO, Florisbal de Souza. *Curso de Direito Internacional Privado*. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 189.

A livre concorrência e a concorrência leal são dois dos institutos mais elementares para a existência de uma economia de mercado saudável, estando diretamente ligados ao crescimento e ao desenvolvimento do país.

Na medida em que o Estado os protege, está garantindo, a todos, a oportunidade de desenvolvimento e crescimento dentro do mercado já estabelecido: “*A Economia deve servir, sempre, ao coletivo, dando oportunidades iguais para todos, abrindo as vias de acesso ao mercado através da livre-iniciativa e da concorrência leal.*”⁹⁶

Na esteira do que esclarece Petter⁹⁷, é imprescindível para que haja concorrência, ou seja, é a garantia de que os agentes irão atuar no sentido de melhorar seus negócios, oferecer melhores produtos, por preços mais competitivos e, assim, alcançar mais consumidores e mais mercado:

Só se estabelece concorrência quando os agentes detêm efetiva liberdade de iniciativa para as suas incursões na conquista dos mercados e consumidores. Esta liberdade, contudo, tem como limite a prática do abuso do poder econômico, no mais das vezes, ofensivo da concorrência. Ou seja, a promoção e defesa da concorrência não constitui instrumento de intervenção no livre jogo do mercado (a atuação dos agentes econômicos com liberdade), ao contrário, a defesa da concorrência é pró-mercado, ela fomenta a livre-iniciativa na medida em que contribui para a eliminação de barreiras artificiais, facilitando o acesso ao mercado.

Umberto Celli Júnior⁹⁸, por sua vez, faz o seguinte comentário:

a concorrência tem papel imprescindível no funcionamento dos mercados, no âmbito interno dos países e na esfera internacional (...) Além de proteger o consumidor (com a redução dos preços, por exemplo), dispersa o poder e redistribui riqueza, promovendo a justiça econômica invés da eficácia econômica.

Esta proteção se mostra, ademais, importante para a proteção do próprio

⁹⁶ BARBIERI FILHO, Carlo. *Disciplina Jurídica da Concorrência: Abuso de Poder Econômico*. São Paulo: Resenha Tributária, 1984. p. XI.

⁹⁷ PETTER, Lafayete Josué. *Direito Econômico*. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011. p. 217.

⁹⁸ CELLI JÚNIOR, Umberto. *Regras de Concorrência no Direito Internacional Moderno*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 61.

consumidor e dos seus interesses, na medida em que a função intervencionista do Estado é, ao final - tanto vedando hipóteses de concorrência desleal quanto de abuso de poder econômico -, garantir uma competição justa e saudável no mercado, que beneficie nada menos que o próprio consumidor final.⁹⁹ Nesse sentido, cabe transcrever trecho da doutrina de Edvaldo Brito, *in verbis*:

Controlar o mercado é salutar, na medida em que se tenha como objetivo manter a sadia concorrência entre os seus agentes, impedindo a concentração ilícita. Contudo, essa operação não é um fim em si mesma. O seu fundamento é, efetivamente, o consumidor, titular de um direito subjetivo de defesa que se finca no princípio do bem-estar social.¹⁰⁰

Oportuno destacar trecho do artigo “Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e Mercado de Saúde Suplementar”, de Uinie Caminha e Leonardo José Peixoto Leal¹⁰¹, o qual, em determinada passagem, define com precisão, especialmente para o presente trabalho, o papel da defesa da concorrência na proteção dos consumidores:

A defesa da concorrência visa ao ideário da concorrência perfeita, ou seja, que nas relações de mercado nenhum dos indivíduos tenha poder suficiente (poder de mercado) para alterar ou determinar a seu critério os elementos dessas relações como preço, produção, criação de barreiras à entrada de novos concorrentes, medidas com o intuito de diminuir ou eliminar a concorrência. Assim, busca que existam consumidores e produtores em quantidades equivalentes, agindo de forma independente.

Oportuno mencionar-se o parágrafo 4º, do art. 173, da Carta Magna, que também contribui para o assunto: “*A lei reprimirá o abuso de poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.*” Para tanto, criou-se um complexo sistema de proteção da concorrência.

⁹⁹ BRITO, Edvaldo. Ato de Concentração. In: COSTA, Marcos da; MENEZES, Paulo Lucena de; MARTINS, Rogério Gandra da Silva (Coord.). *Direito Concorrencial: Aspectos Jurídicos e Econômicos*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 29/30.

¹⁰⁰ BRITO, Edvaldo. Ato de Concentração. In: COSTA, Marcos da; MENEZES, Paulo Lucena de; MARTINS, Rogério Gandra da Silva (Coord.). *Direito Concorrencial: Aspectos Jurídicos e Econômicos*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 31.

¹⁰¹ CAMINHA, Uinie; LEAL, Leonardo José Peixoto. *Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e Mercado de Saúde Suplementar*. Disponível em: <www.univali.br/periódicos>. Acesso em: 17 de dezembro de 2011.

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, até 2012, era composto por três órgãos da Administração Pública: a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE), a Secretaria de Defesa Econômica (SDE) e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

Em síntese, a SEAE era órgão que emitia pareceres, a SDE o órgão investigativo e o CADE uma autarquia que funcionava como um tribunal extrajudicial, decidindo, na esfera administrativa, todas as questões relativas à concorrência, como controle de estruturas, condutas anti-competitivas, abuso de poder econômico, etc.

Foi a lei nº. 8.884, de 11 de junho de 1994, que, além de dispor sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, transformou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia.

O supra referido diploma, aliás, trouxe à tona a previsão de que a empresa que cometer infração à ordem econômica será responsabilizada, podendo haver, inclusive, a desconsideração da personalidade jurídica e a responsabilização individual dos seus administradores em casos de abuso de direito, excesso de poder, infração de lei, entre outros.¹⁰²

Dito diploma legal, todavia, foi superado com a publicação, em 01º de dezembro de 2011, da lei nº. 12.529, cuja entrada em vigor está prevista para maio de 2012. A denominada “Nova Lei de Defesa da Concorrência”, como tem sido chamada, reestruturou o Sistema de Defesa da Concorrência e revoga diversos dispositivos de outros diplomas legais. No caso da própria lei nº. 8.884/94, houve a revogação de praticamente a integralidade da lei, tendo apenas os artigos 86 e 87 permanecido em vigor.

¹⁰² Arts. 15, 16, 17 e 18, todos da lei nº. 8.884/94.

A nova estrutura do sistema foi modificada a tal ponto que a antiga SDE passou a ter suas atribuições e competências incorporadas pelo CADE. A nova estrutura conta apenas com a SEAE e com o CADE¹⁰³, sendo este último dividido em três órgãos: Tribunal Administrativo de Defesa Econômica; Superintendência-Geral; e Departamento de Estudos Econômicos.¹⁰⁴

Para todos os efeitos, fato é que permanece existindo um sistema complexo e atento às práticas concorrencias das empresas e dos demais agentes particulares.

2.4.2 A Necessidade de Regulação

Conforme se viu, o Estado, a partir da Constituição de 1988, adotou uma postura comedida de intervenção na economia e no mercado, interferindo, em regra, apenas indiretamente¹⁰⁵, através das denominadas agências reguladoras.

Diversos são os conceitos de regulação na doutrina. Santiago Muñoz Machado esclarece que a regulação é um conjunto de técnicas de intervenção por parte do Poder Público no mercado, consubstanciado como um controle prolongado e localizado, exercido através de uma agência pública, sobre uma atividade à qual a comunidade atribui relevância social.¹⁰⁶

¹⁰³ Art. 3º O SBDC é formado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, com as atribuições previstas nesta Lei.

¹⁰⁴ Art. 5º O CADE é constituído pelos seguintes órgãos: I - Tribunal Administrativo de Defesa Econômica; II - Superintendência-Geral; e III - Departamento de Estudos Econômicos.

¹⁰⁵ “A intervenção do Estado pode ser direta ou indireta, sendo a primeira caracterizada pela adoção da atividade empresarial por parte do próprio Estado, através de empresas públicas ou sociedades de economia mista em um sistema de concorrência com os particulares ou no exercício de um monopólio, iniciativa rechaçada pelo pensamento econômico liberal; e a segunda através de planos econômicos, fiscalização e regulação do mercado.” (FONSECA, João Bosco Leopoldino. Direito Econômico. Rio de Janeiro: Forense, 1998).

¹⁰⁶ MACHADO, Santiago Muñoz. *Servicio Público y Mercado: los fundamentos*. Madri: 1998. p. 264.

J.J. Gomes Canotilho, por sua vez, ao se referir ao moderno posicionamento do Estado perante a Economia, afirma que o Estado assume a posição de Regulador de atividades econômicas, podendo, inclusive, delegar a regulação a entidades independentes, especialmente em razão da necessidade de se ter recursos, conhecimentos, experiências técnicas e profissionais que muitas vezes se encontraram fora do aparelho do Estado.¹⁰⁷

Na seara do direito pátrio, cabível a transcrição de trecho da obra de Carlos Arti Sundfeld:

A regulação, enquanto espécie de intervenção estatal, manifesta-se tanto por poderes e ações com objetivos declaradamente econômicos (o controle de concentrações empresariais, a repressão de infrações à ordem econômica, o controle de preços e tarifas, a admissão de novos agentes no mercado) como por outros com justificativas diversas, mas efeitos econômicos inevitáveis (medidas ambientais, urbanísticas, de normalização, de disciplina das profissões, etc.). Fazem regulação autoridades cuja missão seja cuidar de um específico campo de atividades considerado em seu conjunto (o mercado de ações, as telecomunicações, a energia, os seguros de saúde, o petróleo), mas também aquelas com poderes sobre a generalidade dos agentes da economia (exemplo: órgãos ambientais). A regulação atinge tanto os agentes atuantes em setores ditos privados (o comércio, a indústria, os serviços comuns – enfim, as atividades econômicas em sentido estrito) como os que, estando especialmente habilitados, operam em áreas de reserva estatal (prestação de serviços públicos, exploração de bens públicos e de monopólios estatais).¹⁰⁸

Marçal Justen Filho¹⁰⁹, por sua vez, define regulação como a “*atividade estatal de intervenção indireta sobre a conduta dos sujeitos público e privados, de modo permanente e sistemático, para implementar as políticas de governo e a realização dos direitos fundamentais.*”

Celso A. B. de Mello¹¹⁰, na mesma linha, mas detalhando as formas de interferência do Estado na Economia, afirma que atualmente esta pode ocorrer, no

¹⁰⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 4. Ed. Coimbra: Almedina: 2000.

¹⁰⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Econômico Brasileiro*. São Paulo: Malheiros. 2002. p. 18.

¹⁰⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 447.

¹¹⁰ DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 6. Ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 385.

Brasil, de três modos: (I) mediante lei e atos administrativos expedidos para executá-los, como agente normativo e regulador da atividade econômica; (II) mediante incentivos à iniciativa privada; e (III) o próprio Estado cria uma empresa e atua na atividade. No caso da primeira hipótese, estar-se-ia diante da atividade reguladora do Poder Público.

Especificamente sobre a conceituação de agências reguladoras, afirma Antônio Joaquim Fernandes Neto que *“constituem o instrumento utilizado pelo poder público para o desempenho do papel que lhe cabe na nova economia. O mercado globalizado reduz o papel do Estado, mas não pode prescindir de sua atuação como agente normativo e regulador da ordem econômica.”*¹¹¹

Conforme explica Leonardo Vizeu Figueiredo¹¹², nos Estados Unidos, *“a regulação como forma de intervenção indireta implementada via Executivo surgiu ante a necessidade de se estudar e normatizar o monopólio natural (...) bem como da necessidade de se coibir a prática de condutas abusivas neste mercado.”* Já na Europa, cujo modelo foi seguido pelo Brasil, conforme destaca o referido autor, *“foi oriundo do processo de desestatização da economia, decorrente da mudança do Estado Intervencionista (bem-estar social) para o Estado Neoliberal (regulador).”*

Fagundes, Pondé e Possas¹¹³, em artigo sobre a defesa da concorrência e regulação, faz interessante comentário sobre a regulação e a sua utilidade e cabimento na proteção dos consumidores:

Tradicionalmente, os setores de infra-estrutura (public utilities) foram marcados pela suposta presença de monopólios ‘naturais’, capazes de operar com custos de produção – para um dado nível de produção – menores do que aqueles do que estariam associados a uma estrutura competitiva. Com o objetivo de proteger o consumidor do abuso de poder

¹¹¹ FERNANDES NETO, Antônio Joaquim. *Plano de Saúde e Direito do Consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 49.

¹¹² FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de Direito de Saúde Suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde*. São Paulo: MP Editoria, 2006. p. 56.

¹¹³ FAGUNDES, Jorge; PONDÉ, João Luiz; POSSAS, Mario. *Defesa da Concorrência e Regulação*. Disponível em: http://www.ans.gov.br/porta1/upload/forum_saude/forum_bibliografias/regulacaodomercado/CC3.pdf.> Acesso em 20 de dezembro de 2011.

de mercado inerente à posição monopolista das empresas nesses setores, os preços dos serviços prestados por essas empresas sempre foram objeto de regulação, seja através da nacionalização das empresas atuantes nesses setores, seja pela criação de órgãos reguladores.

Tem-se, assim, que a regulação, especialmente no ordenamento pátrio, materializada em agências reguladoras, é aquilo que existe hoje como “mão do Estado” nas atividades econômicas. Trata-se, sem dúvida, de uma forma de intervenção indireta, a qual surgiu, não só no Brasil, como em diversos países, como forma de, em síntese, garantir o desenvolvimento das atividades, da economia e do mercado, garantir a livre e saudável concorrência e, assim, os próprios consumidores.

Visto que uma atividade econômica pode estar submetida ao mesmo tempo por regras concorrências, controladas e fiscalizadas pelos órgãos do SBDC, bem como por uma agência reguladora – sem que isso gere qualquer incompatibilidade ou incongruência -, cabe agora se verificar a realidade destes institutos no mercado de saúde suplementar.¹¹⁴

¹¹⁴ Oportuno salientar que, conforme reflexão elaborada por Lafayette J. Petter, não existe, em princípio, incompatibilidade entre o SBDC e as agências reguladoras, posto deterem, cada um, funções e atribuições específicas. “Se as agências reguladoras correspondem a um modelo de descentralização do Estado, com atribuições e competências próprias, normativas, regulamentadoras e fiscalizadoras, como fica a abordagem antitruste? (...) A lei é clara quanto à competência do CADE em se tratando de hipótese de abuso do poder econômico e mesmo na avaliação de estruturas de mercado (concentração econômica, acordos entre empresas) pela potencialidade de restrição danosa ao ambiente concorrencial. Mas observe-se: cumpre a própria agência setorial, desde logo, zelar pela preservação da concorrência e demais valores da lei de proteção da ordem econômica, independentemente da atuação do CADE quando da prática de seus próprios atos específicos. Uma atitude harmoniosa entre os diversos órgãos é altamente desejável.” (PETTER, Lafayette Josué. *Direito Econômico*. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011. p. 261/262)

3 DA CONCORRÊNCIA E DA REGULAÇÃO NA SAÚDE SUPLEMENTAR

3.1 A INSTITUIÇÃO DA ANS

Conforme analisado, tanto o instituto da concorrência, como o da regulação, objetiva, direta ou indiretamente, a proteção do mercado para que os consumidores não sejam prejudicados e alcancem o máximo de bem estar possível. E ambos os institutos, comuns em setores onde tradicionalmente há monopólios privados ou estatais, devem buscar conviver da forma mais harmoniosa possível, com o intuito de tentar “*limitar o poder de mercado dos monopólios e encorajar a competição.*”¹¹⁵

Inafastável qualquer dúvida quanto à absoluta necessidade de haver uma regulação e um rígido controle antitruste do setor de saúde suplementar, pois, além de constituir um mercado originalmente desequilibrado e indubitavelmente necessário (face às mazelas da saúde pública), existe, no setor, o que se denomina de assimetria de informação entre os consumidores e os prestadores, posto que os consumidores não detêm conhecimentos suficientes para identificar e curar patologias e problemas de saúde em geral, necessitando o auxílio médico.¹¹⁶

Ruy Santacruz assinala que justamente esta assimetria de informações, aliada aos fatores das externalidade e do poder de mercado, são as três falhas de mercado que justificam a existência de regulação pública no setor:

¹¹⁵ FAGUNDES, Jorge; PONDÉ, João Luiz; POSSAS, Mario. *Defesa da Concorrência e Regulação*. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/portal/upload/forum_saude/forum_bibliografias/regulacaodomercado/CC3.pdf>. Acesso em 20 de dezembro de 2011.

¹¹⁶ OCKÉ-REIS, Carlos Octávio; ANDREAZZI, Maria de Fátima Siliansky de; SILVEIRA, Fernando Gaiger. *O Mercado de Saúde no Brasil: uma criação do Estado?* Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/revista/pdfs/Ref_160-CarlosOctavioOcke-ReiseOutros.pdf>. Acesso em: 13 de dezembro de 2011.

As razões para a regulação pública de mercados, estão relacionadas à existência das chamadas falhas de mercado, que se manifestam de três formas: externalidades, informação imperfeita (assimétrica) e poder de mercado.

As externalidades ocorrem quando a eficiência ou o bem-estar econômico de um agente econômico (empresas ou consumidores) é afetado pela ação de outro agente. Ou, de outra forma, decorre do fato de que em qualquer atividade econômica nem todos os custos e benefícios decorrentes das suas ações no mercado estão sob o controle do agente individual. Assim, boa parte cálculo econômico realizado pelos agentes econômicos individuais não incorpora todas as informações necessárias, que teoricamente deveriam ser transmitidas via sistema de preços. Dessa maneira, a decisão individual não conduz o agente e o sistema para a situação de máxima eficiência. Assim, a regulação torna-se necessária para reduzir as externalidades (...) e para solucionar divergências entre os agentes afetados, de modo a garantir a eficiência econômica dos mercados.

A regulação pública também se justifica diante da existência do poder de mercado (ou poder de monopólio), sendo a falha de mercado que mais se observa na economia como um todo. (...)

Finalmente, a inexistência de informações corretas e suficientes para orientar a decisão do agente econômico limita sua capacidade de agir eficientemente, sendo fonte de mau funcionamento dos mercados e perda de bem-estar. (...)

As falhas de mercado provocam reduções na eficiência econômica e perda de bem-estar da coletividade. (...)

Diante disso, cabe ao poder público intervir no mercado de maneira a reduzir os efeitos provenientes da informação imperfeita (...).¹¹⁷

No caso do setor de saúde suplementar, também consoante já abordado, o mercado, além de estar sujeito, desde 1994, ao CADE e demais órgãos do SBDC, passou a ser normatizado em 1998, com a edição da lei nº. 9.656/98, a denominada Lei dos Planos de Saúde - LPS.

Tal legislação veio para preencher uma lacuna até então existente no setor, haja vista que até a sua publicação, as relações envolvendo Operadoras de Planos de Saúde e consumidores, em que pese estarem subordinada ao CDC e a CF/88, careciam de regulamentação específica, pois a legislação própria em vigor, notadamente o decreto-lei 73/66 (aplicável aos contratos de seguro, em geral), nenhuma proteção especial ou exigência maior trazia às Operadoras, as quais

¹¹⁷ SANTACRUZ, Ruy. Regulação e Concentração no Mercado Brasileiro de Saúde Suplementar. In. FARINA, Laércio; GUIMARÃES, Denis Alves (Orgs.). *Concorrência e Regulação no Setor de Saúde Suplementar*. São Paulo: Singular, 2010. p. 109/111. Neste mesmo sentido CALIENDO, Paulo. *Direito Tributário e Análise Econômica do Direito: uma visão crítica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 78/79.

estavam “livres” para negociarem seus planos conforme bem entendiam.¹¹⁸

Com o advento da LPS, muitas das práticas, até então exercidas pelas Operadoras, passaram a ser vedadas ou limitadas. A lei previu, por exemplo, que os planos deveriam passar a fornecer cobertura sem imposição de limite financeiro¹¹⁹, em evidente proteção aos beneficiários diante de determinadas práticas abusivas. Da mesma forma, o referido diploma trouxe a inédita previsão de um plano referencial¹²⁰, limitou os procedimentos que poderiam ser excluídos dos planos¹²¹, vedou a possibilidade de reajuste de mensalidade para aqueles beneficiários de 60 anos ou mais que contribuíram para o plano por mais de 10 anos¹²², estabeleceu os prazos de carências possíveis de serem previstos¹²³, estabeleceu a previsão de extensão da cobertura contratual para ex-funcionários aposentados¹²⁴ e despedidos sem justa causa¹²⁵, entre outras diversas disposições substancialmente mais benéficas aos contratantes.

¹¹⁸ Era comum, por exemplo, contratos prevendo exclusão de cobertura para órteses e próteses e matérias especiais em geral, mesmo quando coberta a cirurgia respectiva. Limitação de sessões para determinados procedimentos, bem como de diárias para internação, também era comum em minutas contratuais.

¹¹⁹ Art. 1º, inciso I, da LPS.

¹²⁰ Art. 10, *caput*, da LPS. Conforme a ANS, o plano referência “*Constitui o padrão de assistência médico-hospitalar porque conjuga a cobertura ambulatorial, hospitalar e obstétrica. (...) O Plano Referência não faz qualquer limitação para os atendimentos de urgência e emergência, após 24h da contratação, mesmo que o usuário esteja cumprindo prazo de carência, salvo nos casos de doenças preexistentes (aquelas que o consumidor tem ciência de ser portador no momento da assinatura do contrato).*” Disponível no sítio oficial da ANS: <http://www.ans.gov.br/portal/site/_destaque/artigo_complementar_11413.asp#referencia>. Acesso em: 09 de abril de 2012.

¹²¹ Art. 10, incisos I ao X, da LPS. A lei nº. 9.656/98 permite, em síntese, a exclusão de procedimentos experimentais; procedimentos para fins estéticos; inseminação artificial; tratamento de rejuvenescimento ou de emagrecimento com finalidade estética; fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados; fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar; fornecimento de próteses e órteses e seus acessórios quando não ligados ao ato cirúrgico; tratamentos ilícitos ou antiéticos; e casos de cataclismos, guerra e comoções internas.

¹²² Art. 15, §único, da LPS.

¹²³ Art. 12, inciso V, da LPS. Os prazos carências permitidos pela lei nº. 9.656/98 são apenas 3 (três): de 300 (trezentos) dias, para parto a termo; 180 (cento e oitenta) dias, para os demais casos; e 24 (vinte e quatro) horas, para casos de urgência e emergência.

¹²⁴ Art. 31, *caput*, da LPS

¹²⁵ Art. 30, *caput*, da LPS

Entende-se a edição da lei 9.656 como um verdadeiro marco legislativo, portanto, com os contratos firmados na sua vigência passando a ser denominados de regulamentos, e aqueles anteriormente pactuados, de não regulamentados.¹²⁶

Logo na seqüência, em 2000, houve a edição da lei nº. 9.961, que criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, órgão autárquico, ligado ao Ministério da Saúde, incumbido de fiscalizar, regulamentar e monitorar o mercado de saúde suplementar, no intuito de inibir práticas lesivas aos consumidores, e estimular comportamentos que reduzam os conflitos e promovam a estabilidade do setor. Januario Montone¹²⁷ afirma ter a ANS surgido com o objetivo de efetivar todas as previsões trazidas pela lei nº. 9.656/98, bem como centralizar as competências regulatórias e de fiscalização do setor, até então efetuadas por vários órgãos, como o Ministério da Saúde, a Susep, a SAS – Secretaria de Assistência à Saúde, o CNS – Conselho Nacional de Saúde e o Consu – Conselho de Saúde Suplementar.

Com a criação da ANS, foi dado início, sem dúvida, a uma nova era no setor, com os primeiros passos no processo de regulação das Operadoras e das relações destas com os consumidores e demais prestadores de serviços do mercado (hospitais, laboratórios, médicos). Diversas têm sido as medidas tomadas por esta agência, desde a sua criação, para tornar o setor mais justo, competitivo e transparente, bem como mais seguro para os seus diversos consumidores. Sem sombra de dúvida, é uma das agências que mais atos

¹²⁶ A questão da (ir)retroatividade da lei a contratos firmados anteriormente à sua vigência aplica-se à própria lei dos Planos de Saúde. O Supremo Tribunal Federal – STF, em sede de Medida Cautelar incidente à Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), proposta pela Confederação Nacional de Saúde, suspendeu a eficácia de diversos dispositivos da lei nº. 9.656/98, em razão de contrariarem os princípios do ato jurídico perfeito e do direito adquirido. Não obstante, a jurisprudência majoritária, especialmente no Rio Grande do Sul, é por aplicar retroativamente a LPS aos contratos anteriormente firmados. Por esta e outras razões é que as Operadoras têm comungado esforços para incentivar os seus beneficiários de contratos antigos a adaptarem/migrarem de plano. Os conceitos de adaptação e migração são disciplinados pela RN nº. 254/2011. “I - Adaptação: aditamento de contrato de plano privado de assistência à saúde celebrado até 1º de janeiro de 1999, para ampliar o conteúdo do contrato de origem de forma a contemplar todo o sistema previsto na Lei nº 9.656, de 1998; II – Migração: celebração de novo contrato de plano privado de assistência à saúde ou ingresso em contrato de plano privado de assistência à saúde coletivo por adesão, no âmbito da mesma operadora, referentes a produtos com registro em situação ‘ativo’, concomitantemente com a extinção do vínculo ou do contrato, anterior a 1º de janeiro de 1999.”

¹²⁷ MONTONE, Januario. *Planos de Saúde: passado e futuro*. Rio de Janeiro: MedBook, 2009. p. 41/47.

normativos expediu nos últimos anos, o que trouxe a tona, inclusive, a indagação se uma regulamentação excessiva é algo positivo ou não.

Tal reflexão foi elaborada, também, na já noticiada matéria publicada pelo IDEC sobre os principais tipos de reclamações que foram atendidas por aquele instituto em 2011. A matéria chama atenção para o fato de que, entre os quatro principais tipos de reclamações, três pertencem a setores regulados e fiscalizados por Agências governamentais: telecomunicações pela ANATEL, setor financeiro pelo Banco Central e planos de Saúde pela ANS.

A questão é de fato curiosa, notadamente em razão de que um dos principais objetivos das agências regulatórias, senão o principal, é proteger justamente os consumidores, equilibrando e regulamentando mercados originalmente desequilibrados.

No caso do setor da saúde suplementar, por exemplo, a ANS, tem se destacado em função da numerosa quantidade de resoluções, instruções, súmulas e normatizações em geral que o órgão tem expedido. No ano de 2011, por exemplo, esse número foi superior a 200 (duzentos), sendo que dentre estas, algumas tendem a trazer (e já estão trazendo) grandes transformações ao setor.

Apenas para citar, em 2011, a ANS publicou, entre outras, a Resolução Normativa (RN) nº. 252 (sobre a portabilidade de carências), 254 (sobre os procedimentos de adaptação e migração dos antigos planos), 259 (sobre o tempo máximo para os consumidores serem atendimentos conforme cada tipo de solicitação) e 279 (que regulamenta os artigos 30 e 31 da Lei nº. 9.656/98, os quais preveem o direito de ex-funcionários – demitidos e aposentados – se manterem como beneficiários do plano coletivo das suas ex-empresas empregadoras).

Tal circunstância, consubstanciada em um mercado “hiperregulado” e, mesmo assim, com um elevado número de demandas e reclamações por parte dos consumidores, traz à tona a questão da eficácia do instituto da regulação.

Especificamente no caso da ANS, fato é que a legislação, em verdade, a incumbiu de diversas funções além de simplesmente expedir regulamentações sobre o setor. Todas as atribuições e funções da agência são elencadas no art.

4º.¹²⁸

¹²⁸ I - propor políticas e diretrizes gerais ao Conselho Nacional de Saúde Suplementar - Consu para a regulação do setor de saúde suplementar; II - estabelecer as características gerais dos instrumentos contratuais utilizados na atividade das operadoras; III - elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde, que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei no 9.656, de 3 de junho de 1998, e suas excepcionalidades; IV - fixar critérios para os procedimentos de credenciamento e descredenciamento de prestadores de serviço às operadoras; V - estabelecer parâmetros e indicadores de qualidade e de cobertura em assistência à saúde para os serviços próprios e de terceiros oferecidos pelas operadoras; VI - estabelecer normas para ressarcimento ao Sistema Único de Saúde - SUS; VII - estabelecer normas relativas à adoção e utilização, pelas operadoras de planos de assistência à saúde, de mecanismos de regulação do uso dos serviços de saúde; VIII - deliberar sobre a criação de câmaras técnicas, de caráter consultivo, de forma a subsidiar suas decisões; IX - normatizar os conceitos de doença e lesão preexistentes; X - definir, para fins de aplicação da Lei no 9.656, de 1998, a segmentação das operadoras e administradoras de planos privados de assistência à saúde, observando as suas peculiaridades; XI - estabelecer critérios, responsabilidades, obrigações e normas de procedimento para garantia dos direitos assegurados nos arts. 30 e 31 da Lei no 9.656, de 1998; XII - estabelecer normas para registro dos produtos definidos no inciso I e no § 1º do art. 1º da Lei no 9.656, de 1998; XIII - decidir sobre o estabelecimento de sub-segmentações aos tipos de planos definidos nos incisos I a IV do art. 12 da Lei no 9.656, de 1998; XIV - estabelecer critérios gerais para o exercício de cargos diretivos das operadoras de planos privados de assistência à saúde; XV - estabelecer critérios de aferição e controle da qualidade dos serviços oferecidos pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde, sejam eles próprios, referenciados, contratados ou conveniados; XVI - estabelecer normas, rotinas e procedimentos para concessão, manutenção e cancelamento de registro dos produtos das operadoras de planos privados de assistência à saúde; XVII - autorizar reajustes e revisões das contraprestações pecuniárias dos planos privados de assistência à saúde, ouvido o Ministério da Fazenda; XVIII - expedir normas e padrões para o envio de informações de natureza econômico-financeira pelas operadoras, com vistas à homologação de reajustes e revisões; XIX - proceder à integração de informações com os bancos de dados do Sistema Único de Saúde; XX - autorizar o registro dos planos privados de assistência à saúde; XXI - monitorar a evolução dos preços de planos de assistência à saúde, seus prestadores de serviços, e respectivos componentes e insumos; XXII - autorizar o registro e o funcionamento das operadoras de planos privados de assistência à saúde, bem assim sua cisão, fusão, incorporação, alteração ou transferência do controle societário, sem prejuízo do disposto na Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994; XXIII - fiscalizar as atividades das operadoras de planos privados de assistência à saúde e zelar pelo cumprimento das normas atinentes ao seu funcionamento; 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; XXV - avaliar a capacidade técnico-operacional das operadoras de planos privados de assistência à saúde para garantir a compatibilidade da cobertura oferecida com os recursos disponíveis na área geográfica de abrangência; XXVI - fiscalizar a atuação das operadoras e prestadores de serviços de saúde com relação à abrangência das coberturas de patologias e procedimentos; XXVII - fiscalizar aspectos concernentes às coberturas e o cumprimento da legislação referente aos aspectos sanitários e epidemiológicos, relativos à prestação de serviços médicos e hospitalares no âmbito da saúde suplementar; XXVIII - avaliar os mecanismos de regulação utilizados pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde; XXIX - fiscalizar o

As funções atribuídas a essa agência, como se pode observar, são inúmeras, o que, somado à complexidade e capacidade de transformação e atualização do setor, talvez explique em parte o alto número de regulamentações semanalmente expedidas.

De qualquer forma, graça aos esforços desta agência, praticamente todos os dados do setor são, atualmente, de acesso público junto ao seu sítio eletrônico, desde o número de beneficiários, divididos por cada tipo de contrato, até o número de operadoras, conforme cada natureza jurídica, em cada região do país, até os valores obtidos pelas Operadoras com receitas das contraprestações.

Oportuno, agora, analisar, mesmo que de forma breve, se o aumento das exigências da ANS contribuiu para, juntamente com as regras antitrustes, tornar o mercado mais seguro, competitivo e protegido para os seus inúmeros e crescentes consumidores.

cumprimento das disposições da Lei no 9.656, de 1998, e de sua regulamentação; XXX - aplicar as penalidades pelo descumprimento da Lei no 9.656, de 1998, e de sua regulamentação; XXXI - requisitar o fornecimento de informações às operadoras de planos privados de assistência à saúde, bem como da rede prestadora de serviços a elas credenciadas; XXXII - adotar as medidas necessárias para estimular a competição no setor de planos privados de assistência à saúde; XXXIII - instituir o regime de direção fiscal ou técnica nas operadoras; XXXIV - proceder à liquidação extrajudicial e autorizar o liquidante a requerer a falência ou insolvência civil das operadoras de planos privados de assistência à saúde; XXXV - determinar ou promover a alienação da carteira de planos privados de assistência à saúde das operadoras; XXXVI - articular-se com os órgãos de defesa do consumidor visando a eficácia da proteção e defesa do consumidor de serviços privados de assistência à saúde, observado o disposto na Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990; XXXVII - zelar pela qualidade dos serviços de assistência à saúde no âmbito da assistência à saúde suplementar; XXXVIII - administrar e arrecadar as taxas instituídas por esta Lei.; XXXIX - celebrar, nas condições que estabelecer, termo de compromisso de ajuste de conduta e termo de compromisso e fiscalizar os seus cumprimentos; XL - definir as atribuições e competências do diretor técnico, diretor fiscal, do liquidante e do responsável pela alienação de carteira.; XLI - fixar as normas para constituição, organização, funcionamento e fiscalização das operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o § 1o do art. 1o da Lei no 9.656, de 3 de junho de 1998, incluindo: a) conteúdos e modelos assistenciais; b) adequação e utilização de tecnologias em saúde; c) direção fiscal ou técnica; d) liquidação extrajudicial; e) procedimentos de recuperação financeira das operadoras; f) normas de aplicação de penalidades; g) garantias assistenciais, para cobertura dos planos ou produtos comercializados ou disponibilizados; XLII - estipular índices e demais condições técnicas sobre investimentos e outras relações patrimoniais a serem observadas pelas operadoras de planos de assistência à saúde.

3.2 O AUMENTO DAS EXIGÊNCIAS

O órgão autárquico, conforme se pode verificar, controla, hoje, as Operadoras desde o seu registro até o seu cancelamento, delimitando e fiscalizando rigidamente o conteúdo dos contratos¹²⁹, atualizando regularmente a lista dos procedimentos de cobertura obrigatória (Rol de Procedimento) e autuando as empresas sempre que identificada qualquer irregularidade, seja com o trato com os consumidores, seja com a saúde financeira e administrativa delas, até toda e qualquer situação que se mostre pertinente ao seu controle. Destacável que, conforme o inciso XXII, à ANS também cabe autorizar quaisquer operações societárias que ocorrerem no setor, tais como fusão, incorporação e cisão, “*sem prejuízo do disposto na Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994*”, ou seja, independentemente da atuação do CADE e demais órgãos da SBDC, o que apenas comprova que as normas de regulação e as antitrustes atuam paralela e concomitantemente.

Esta “hiperregulação” e “hiperfiscalização” certamente tem gerado efeitos consideráveis no setor. Conforme as últimas informações fornecidas pela ANS, em que pese o constante crescimento no número de beneficiários e contratantes, o

¹²⁹ A esse respeito, podemos citar tratar-se um legítimo exemplo de dirigismo contratual. “*Não se trata, apenas, de uma intervenção pública em matéria de interpretação de cláusulas contratuais, ou das formas de estipulação, nos contratos de adesão ou por adesão. É sabido que nesse gênero de contratos, as cláusulas dúbias interpretam-se contra quem as redigiu (cf. C. Civil italiano, art. 1.370); sendo que na hipótese de contradição entre o texto das cláusulas gerais impressas e o das especiais acrescentadas ao formulário, são estas últimas que prevalecem (mesmo Código, art. 1.342). Conhecem-se, ademais alguns contratos em que o legislador exige não apenas a forma escrita, mas também a apresentação de certas cláusulas com um relevo especial. É o caso, por exemplo, do contrato de seguro, na França, onde a Lei de 13-7-1930 determinou só serem válidas as cláusulas das apólices que editam nulidades ou decadências de direitos do segurado quando mencionadas em caracteres muito aparentes (art. 9.º, segunda aliena). O novo direito, em verdade, não se limita a editar regras de interpretação ou de forma dos contratos realizados em massa. Vai mais além, impondo a inserção de determinadas cláusulas de proteção da parte considerada mais fraca, ou anulando ou tornando ineficazes as estipulações pouco equitativas; instaurando, em suma, um autêntico dirigismo contratual.*” (COMPARATO, Fábio Konder. A Proteção do Consumidor: importante capítulo do direito econômico. *Revista de Direito do Consumidor*. V. 77. São Paulo: RT, jan.-mar./2007. p. 34).

número de Operadoras com registro ativo tem se reduzido sistematicamente, contabilizando, atualmente 1.619 em atividade.¹³⁰

Com a instituição da ANS, as Operadoras, sem dúvida, passaram a perceber diversas dificuldades antes inexistentes. Além da fiscalização, da grande quantidade de normatizações, do rígido controle do conteúdo dos contratos, etc, determinadas exigências da referida agência contribuiriam diretamente para que os custos para uma empresa se manter no setor aumentassem significativamente:

(...) a regulamentação parece ter provocado um aumento dos custos, tanto para entrar no mercado quanto para executar a gestão de uma operadora de plano de saúde, em função dos seguintes requisitos: cobertura de garantias financeiras (capital mínimo e reservas técnicas); pressão de custos administrativos e informacionais; a oferta de plano-referência individual obrigatório; redução dos períodos de carência etc.¹³¹

Seja em razão do aumento das exigências e regulamentações por parte da respectiva agência reguladora, é fato que o número de empresas atuantes no setor tem se reduzido, principalmente se comparado ao número de beneficiário que, ao contrário, tem aumentado a cada ano.

De acordo com os números obtidos com o SIB¹³², até junho de 2011, apontava-se a existência de 46,6 milhões de beneficiários de planos de assistência médica com ou sem odontologia¹³³, e 15,7 milhões de beneficiários de planos exclusivamente odontológicos. Em dezembro de 2000, quando se começou a cadastrar os beneficiários, apurava-se a existência de 30,7 e 2,8 milhões de

¹³⁰ CADERNO DE INFORMAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR. ANS. Setembro de 2011. p. 11.

¹³¹ OCKÉ-REIS, Carlos Octávio; ANDREAZZI, Maria de Fátima Siliansky de; SILVEIRA, Fernando Gaiger. *O Mercado de Saúde no Brasil: uma criação do Estado?* Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/revista/pdfs/Ref_160-CarlosOctavioOcke-ReiseOutros.pdf>. Acesso em: 13 de dezembro de 2011.

¹³² Sistema de Informações de Beneficiários é o sistema pelo qual as operadoras de planos de saúde enviam, mensalmente, para a ANS, dados de vínculos dos seus beneficiários, incluído movimentações como inclusão, alteração ou exclusão desses vínculos.

¹³³ Os planos podem ser contratados em 4 tipos de segmentação: ambulatorial, ambulatorial e hospital, ambulatorial e hospital com obstetrícia; e odontológico. Nesse sentido, o art. 12, da LPS.

beneficiários, respectivamente, ou seja, sem dúvida houve um crescimento significativo no número de beneficiários.¹³⁴

Com efeito, as novas e mais rigorosas exigências trazidas pela agência, contribuíram não apenas para a redução do número das Operadoras existentes, mas também para impedir a entrada de novas empresas neste mercado, haja vista que novas “barreiras à entrada” foram impostas.

Com a regulação, por exemplo, existe uma tendência, facilmente constatável ao se verificar os números e estatísticas do setor, de aumento da comercialização dos planos coletivos em detrimento dos individuais/familiares. Tal fato decorre especialmente em razão de duas questões: a maior diversificação dos riscos envolvidos em uma carteira de plano coletivo e a não regulação, por parte da ANS, das mensalidades dos contratos coletivos. Por decorrência, *“um novo entrante (...) para ser lucrativo, deverá possuir a capacidade de ofertar os serviços aos dois tipos de clientes, planos coletivos e planos individuais, pois os lucros (...) e o risco (...) na carteira de planos individuais não são atrativos (...)”*¹³⁵

Não obstante, com as novas exigências, há a necessidade de adequação do novo entrante às regras sobre necessidade de garantias financeiras, como a necessidade de capital mínimo, provisão de risco e de margem de solvência. Da mesma forma, a padronização dos serviços a serem oferecidos também implica uma dificuldade para um novo concorrente neste setor:

Outra barreira decorrente da regulação diz respeito à diversificação do produto ofertado pelas operadoras de planos de saúde e o prêmio pago por esses planos conforme o serviço e os potenciais sinistros de um segurado. O pacote de serviços prestados pelas operadoras é

¹³⁴ A própria ANS informa, todavia, que tais números são dados preliminares e estão sujeitos a revisão. Da mesma forma, destaca-se que um mesmo beneficiário pode deter mais de um vínculo, quando então aparece no sistema tantas vezes quanto forem os vínculos. Assim, o número de beneficiários total é na verdade inferior àquele que apresentado. (CADERNO DE INFORMAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR. ANS. Set. 2011.)

¹³⁵ BARRIONUEVO FILHO, Arthur; LUCINDA, Cláudio Ribeiro de. Avaliação sobre Concorrência e Concentração em Serviços de Saúde: Relações Verticais e Horizontais. In. FARINA, Laércio; GUIMARÃES, Denis Alves (Orgs.). *Concorrência e Regulação no Setor de Saúde Suplementar*. São Paulo: Singular, 2010. p. 54.

padronizado, o que dificulta a entrada de um novo concorrente por meio da inovação de pacotes de serviços. Além disso, o pacote de serviços padronizados, atualmente definidos, implica custos mínimos incorridos elevados. (...) O mínimo que a Lei exige já constitui uma cobertura bastante abrangente. (...) uma nova firma terá que oferecer basicamente o mesmo produto das incumbentes, a mesma cobertura e pouca variação na rede de provedores, implicando, conseqüentemente, um horizonte de custos mínimos de entrada mais elevados.¹³⁶

Outras “barreiras à entrada”, decorrentes direta ou indiretamente da regulação poderiam ser citadas (como da possibilidade de portabilidade de carência), todavia, as supracitadas já denotam a conexão direta da regulação do setor com a redução sistemática do número de operadoras. Ademais, outras dificuldades, ainda que não vinculadas à ANS, também devem ser consideradas como fatores que tem contribuído para impedir o ingresso de novos competidores no mercado. Apenas para exemplificar, cita-se, o fato de existir pressão por parte das Operadoras para que os médicos não atendam pacientes de outros convênios, o que, há despeito da fiscalização e atuação do CADE, constitui verdadeiro empecilho para os demais competidores.

Ainda, por se tratar de um produto que, pelo menos em tese, durará por diversos anos, há a tendência dos consumidores buscarem vincular-se à Operadoras já consolidadas no mercado, que possuem notoriamente avantajada clientela, grandeza de recursos e, preferencialmente, rede própria de hospitais, laboratórios e clínicas. Neste ponto, encontra relevante papel a questão da reputação, apontada igualmente como “barreira à entrada” de novos concorrentes: *“De maneira geral, uma nova firma que deseje entrar no mercado de planos de saúde terá maior dificuldade quanto menor for a sua reputação já estabelecida, pois será mais difícil montar uma rede de provedores e uma carteira de beneficiários (...).”*¹³⁷

¹³⁶ BARRIONUEVO FILHO, Arthur; LUCINDA, Cláudio Ribeiro de. Avaliação sobre Concorrência e Concentração em Serviços de Saúde: Relações Verticais e Horizontais. In. FARINA, Laércio; GUIMARÃES, Denis Alves (Orgs.). *Concorrência e Regulação no Setor de Saúde Suplementar*. São Paulo: Singular, 2010. p. 54/55.

¹³⁷ BARRIONUEVO FILHO, Arthur; LUCINDA, Cláudio Ribeiro de. Avaliação sobre Concorrência e Concentração em Serviços de Saúde: Relações Verticais e Horizontais. In. FARINA, Laércio; GUIMARÃES, Denis Alves (Orgs.). *Concorrência e Regulação no Setor de Saúde Suplementar*. São Paulo: Singular, 2010. p. 56.

Na mesma esteira, “os custos crescentes dos serviços de assistência médica, em virtude das mudanças no perfil demográfico do País e do progresso técnico” também representam variáveis responsáveis pela diminuição no número de empresas ativas¹³⁸, o que aliado à judicialização da saúde tem, certamente, destacado papel para desestimular novos entrantes e encorajador a saída de empresas atuais.

A experiência prática demonstra que, de fato, ao passo que as técnicas e formas de tratamento têm evoluído, seus custos também têm sido majorados, o que dificilmente é repassado ao consumidor, especialmente em razão da jurisprudência e da legislação consumerista que obriga as Operadoras a autorizarem sempre os procedimentos mais vantajosos aos usuários, mesmo que não estejam expressamente incluídos no contrato, ou seja, mesmo que não tenham sido contabilizados quando da composição do cálculo da mensalidade.¹³⁹

Todas essas questões, aliadas a tantas outras, tem levado, conforme aponta José Tavares de Araújo Jr, a uma tendência de fusões e aquisições no setor, com as companhias de grande porte “comprando” as menores: “(...) a

¹³⁸ ARAÚJO JR., José Tavares de. Poder de Mercado no Setor de Saúde Suplementar. In: FARINA, Laércio; GUIMARÃES, Denis Alves (Orgs.). *Concorrência e Regulação no Setor de Saúde Suplementar*. São Paulo: Singular, 2010. p. 29.

¹³⁹ Típico exemplo que bem demonstra tal questão é o caso das cirurgias bariátricas por videolaparoscopia. Com a evolução da medicina e da tecnologia, o procedimento cirúrgico de redução de estômago, antes realizado de forma “aberta”, através da chamada “técnica convencional”, passou a ser possível de ser efetuado mediante o uso da videolaparoscopia, método menos invasivo, que reduz o tempo de recuperação e que notoriamente é mais vantajoso ao paciente. Todavia, até antes da última atualização do Rol de Procedimentos (que se deu através da RN n.º. 262/ANS, que entrou em vigor em janeiro deste ano), a referida cirurgia, pelo referido método, não estava coberta pela grande maioria dos contratos, inclusive com respaldo da própria ANS quanto a não obrigatoriedade de cobertura. Não obstante, a Jurisprudência majoritária tem determinado a cobertura do referido procedimento baseado exatamente no fato do mesmo ser menos prejudicial aos consumidores. “A jurisprudência do STJ se orienta no sentido de proporcionar ao consumidor o tratamento mais moderno e adequado, em substituição ao procedimento obsoleto previsto especificamente no contrato. A interpretação das cláusulas contratuais deve favorecer a extensão dos direitos do consumidor.” (REsp 1106789/RJ, de Relatoria da Ministra Nancy Andrighi).

aquisição de operadoras de pequeno e médio porte tornou-se um recurso bastante usado pelas empresas líderes do setor nos últimos anos."¹⁴⁰

Quanto ao aumento das eficiências, decorrentes de um processo de fusão ou aquisição, consequências diretas poderão passar a ser sentidas do ponto de vista dos consumidores:

As eficiências em uma fusão podem surgir tanto para as operadoras de planos de saúde que são objeto de fusão quanto para os hospitais, médicos ou laboratórios que tratam com tais planos. Por exemplo, uma fusão de operadoras de planos de saúde pode reduzir os preços cobrados por esses fornecedores por meio de melhor poder de barganha. Além disso, as economias de escala podem criar menores custos para gerenciamento da regulação, ou para a própria gestão do plano.¹⁴¹

Através dos referidos processos de fusão e aquisição, as partes envolvidas certamente são beneficiadas com economias de escala e a consequente redução dos custos. Todavia, existe a maior probabilidade de uma empresa, ou grupo de empresas, adquirirem maior poder de mercado ou, eventualmente, inclusive dominá-lo por completo, o que incontestavelmente surte efeitos muito negativos para os consumidores (estruturas monopolizadas ou oligopolizadas permite a redução de custos, aumento dos preços, redução da produção e desestimula a criação de novos, melhores e mais baratos produtos), bem como para empresas interessadas em investir no ramo.

Fato é que o número de Operadoras atuantes tem se reduzido sistematicamente, o que traz à tona o questionamento nevrálgico deste trabalho: do ponto de vista da concorrência e da regulação, o setor de saúde suplementar se encontra protegido para os consumidores?

¹⁴⁰ ARAÚJO JR., José Tavares de. Poder de Mercado no Setor de Saúde Suplementar. In: FARINA, Laércio; GUIMARÃES, Denis Alves (Orgs.). *Concorrência e Regulação no Setor de Saúde Suplementar*. São Paulo: Singular, 2010. p. 30.

¹⁴¹ BARRIONUEVO FILHO, Arthur; LUCINDA, Cláudio Ribeiro de. Avaliação sobre Concorrência e Concentração em Serviços de Saúde: Relações Verticais e Horizontais. In: FARINA, Laércio; GUIMARÃES, Denis Alves (Orgs.). *Concorrência e Regulação no Setor de Saúde Suplementar*. São Paulo: Singular, 2010. p. 58.

3.3 CONCENTRAÇÃO E COMPETIÇÃO

Na esteira do que adverte a doutrina¹⁴², a competição e a concentração (monopolística¹⁴³ como monopsonista¹⁴⁴), por si só, não significam, em tese, que determinado setor está protegido e encontra maior qualidade e segurança para os consumidores ou não: *“Tanto a competição quanto a concentração podem resultar em pouca qualidade ou diferenciação de serviços, ou em seu oposto: muita qualidade ou diferenciação.”*

Conforme apontado, o setor de saúde privada tem passado por um processo acelerado de consolidação. Arthur B. Filho e Cláudio R. de Lucinda¹⁴⁵ afirmam que *“muitas das empresas que entraram no mercado no passado o fizeram sem as condições mínimas requeridas para sobreviver no médio e longo prazo. Com o aumento das exigências financeiras e de cobertura (...) muitas terão dificuldades em sobreviver.”*

Em que pese a redução do número de Operadoras ativas, a quantidade de empresas no setor ainda é extremamente alta, defendendo, a doutrina

¹⁴² BARRIONUEVO FILHO, Arthur; LUCINDA, Cláudio Ribeiro de. Avaliação sobre Concorrência e Concentração em Serviços de Saúde: Relações Verticais e Horizontais. In. FARINA, Laércio; GUIMARÃES, Denis Alves (Orgs.). *Concorrência e Regulação no Setor de Saúde Suplementar*. São Paulo: Singular, 2010. p. 74.

¹⁴³ Em síntese, pode-se definir poder de monopólio como o poder de aumentar os preços dos produtos e serviços aos usuários.

¹⁴⁴ Poder de monopsonio seria aquele de capaz de alterar os termos através do quais uma empresa realiza a compra de seus insumos.

¹⁴⁵ BARRIONUEVO FILHO, Arthur; LUCINDA, Cláudio Ribeiro de. Avaliação sobre Concorrência e Concentração em Serviços de Saúde: Relações Verticais e Horizontais. In. FARINA, Laércio; GUIMARÃES, Denis Alves (Orgs.). *Concorrência e Regulação no Setor de Saúde Suplementar*. São Paulo: Singular, 2010. p. 59.

especializada, que o mercado está no caminho certo em busca de uma maior proteção aos consumidores.¹⁴⁶

José Tavares de Araújo Jr¹⁴⁷, por exemplo, em trabalho elaborado sobre “Poder de Mercado no Setor de Saúde Suplementar”, destaca já no início do seu estudo que o sistema de saúde brasileiro está de acordo com aquele considerado ideal, na medida em que “*convivem entidades públicas e empresas privadas no provimento de serviços de saúde.*” Todavia, em que pese tal fato, adverte o autor que seu “*desempenho ainda está longe do padrão ideal.*”

O autor chama atenção para o fato de que ainda que tenha havido uma substancial redução no número de Operadoras registradas na ANS, desde 2000 até 2010, a quantidade existente, no Brasil, ainda é a maior do mundo, tornando a competição intensa, especialmente entre as empresas de médio e grande porte. Na esteira do já adiantado, o autor atribui o contínuo declínio no número de Operadoras às ações da ANS e ao seu aprimoramento na concessão de registros, bem como a maior transparência que tem ganhado o setor com a captação e publicação dos diversos dados, números e estatísticas deste mercado.¹⁴⁸ De fato, conforme já afirmado, praticamente tudo que diz respeito à relação dos planos de saúde passou a ser registrado junto à agência reguladora, o que tem permitido que se obtenha dados cada vez mais fidedignos com a realidade.

Ainda que o setor esteja fortemente marcado por relevantes problemas, como a já anunciada assimetria de informação (do que decorrem outras problemáticas, como risco moral, seleção adversa e agência)¹⁴⁹, é possível se

¹⁴⁶ BADIA, Bruno Dutra; MARTINS, Carina Burri; PIRES, Clarissa Côrtes. *Considerações Sobre a Concorrência no Setor de Saúde Suplementar*. Disponível em: <<http://www.iess.org.br/html/TD20080011concorrncia.pdf>>. Acesso em: 22 de janeiro de 2012.

¹⁴⁷ ARAÚJO JR., José Tavares de. Poder de Mercado no Setor de Saúde Suplementar. In: FARINA, Laércio; GUIMARÃES, Denis Alves (Orgs.). *Concorrência e Regulação no Setor de Saúde Suplementar*. São Paulo: Singular, 2010. p. 23.

¹⁴⁸ ARAÚJO JR., José Tavares de. Poder de Mercado no Setor de Saúde Suplementar. In: FARINA, Laércio; GUIMARÃES, Denis Alves (Orgs.). *Concorrência e Regulação no Setor de Saúde Suplementar*. São Paulo: Singular, 2010. p. 26/28.

¹⁴⁹ BARRIONUEVO FILHO, Arthur; LUCINDA, Cláudio Ribeiro de. Avaliação sobre Concorrência e Concentração em Serviços de Saúde: Relações Verticais e Horizontais. In: FARINA, Laércio;

concluir que os consumidores têm certa margem de proteção, tanto do ponto de vista da regulação, como da concorrência.

A quantidade de regulamentações e demais atos normativos já publicados é emblemático para se constatar que o setor, ainda que diante de todas as dificuldades, se encontra atualmente diante de uma regulação rígida e atuante.

Entretanto, os próximos anos certamente serão muito importantes para a ANS. Existe uma expectativa sobre se a agência continuará, por exemplo, publicando normas com a mesma frequência que tem feito até o presente momento. Até porque, mesmo com tantas regulamentações já existentes, o mercado é incipiente do ponto de vista regulatório, carecendo ainda de diversos cuidados, especialmente nos municípios do interior:

Do ponto de vista da regulação, um dos desafios atuais da ANS é fiscalizar a conduta das centenas de operadoras de pequeno porte que atuam em municípios do interior do País. A experiência recente mostra que, frequentemente, essas empresas podem representar uma dupla ameaça para o consumidor. Por um lado, como não possuem escala suficiente para enfrentar os riscos dessa atividade, é elevada a probabilidade de que os beneficiários se vejam subitamente desamparados, em virtude da falência da operadora ou de sua incapacidade de atender a casos que requeiram recursos tecnológicos sofisticados. Por outro lado, quando a operadora é um monopolista local, são usuais as práticas abusivas, conforme atestam os diversos casos julgados pelo CADE nos últimos 10 anos.¹⁵⁰

Do ponto de vista concorrencial, o setor tem tido relativo destaque em razão dos números de demandas levadas ao conhecimento do CADE. É relatado que, desde 1994, quando da criação do SBDC, “o setor de saúde suplementar tem-se destacado pelo elevado número de condutas anticompetitivas punidas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica”, sendo que os casos julgados

GUIMARÃES, Denis Alves (Orgs.). *Concorrência e Regulação no Setor de Saúde Suplementar*. São Paulo: Singular, 2010. p. 74/77.

¹⁵⁰ ARAÚJO JR., José Tavares de. Poder de Mercado no Setor de Saúde Suplementar. In: FARINA, Laércio; GUIMARÃES, Denis Alves (Orgs.). *Concorrência e Regulação no Setor de Saúde Suplementar*. São Paulo: Singular, 2010. p. 32.

apresentariam, quase sempre, a mesma questão, envolvendo uma cooperativa médica e a imposição de exclusividade desta sobre os seus prestadores.¹⁵¹

Paulo Furquim de Azevedo e Silvia Faga de Almeida¹⁵² afirmam, inclusive, que o setor de saúde suplementar é um dos mais discutidos no SBDC, sendo responsável por 20-30% dos processos administrativos julgados pela CADE, entre 2000 e 2006.

Não obstante tais tipos de exercício abusivo de poder, e da constante diminuição de empresas ativas, constata-se que o mercado é sim considerado competitivo. José Tavares afirma que a “*tendência à concentração tem sido marcante no setor*”, e que os casos recentes de fusões e aquisições entre Operadoras submetidos ao CADE têm sido aprovados sem maiores restrições, resultado este “*coerente com a atuação da ANS, cujo objetivo primordial é assegurar a permanência de empresas sólidas e aptas para garantir as condições contratadas com qualidade.*”¹⁵³

Aliás, quanto a tal atuação da agência reguladora, constata-se uma evidente identidade entre a atividade desta e os próprios princípios orientadores da Política Nacional de Relações de Consumo, bem como das diretrizes previstas pelo Código de Defesa do Consumidor. Na medida em que a ANS está, ao fim e ao cabo, garantindo, ao mesmo, tempo equilíbrio neste mercado, diversidade de ofertas, proteção e garantias aos consumidores, bem como acesso efetivo à saúde, está, sem dúvida, em plena consonância com o art. 4º, da lei consumerista,

¹⁵¹ ARAÚJO JR., José Tavares de. Poder de Mercado no Setor de Saúde Suplementar. In: FARINA, Laércio; GUIMARÃES, Denis Alves (Orgs.). *Concorrência e Regulação no Setor de Saúde Suplementar*. São Paulo: Singular, 2010. p. 23. Com efeito, diversos são os casos de Cooperativas que são denunciadas no CADE por imporem aos seus médicos cooperados ou outros prestadores exclusividade no atendimento, ou seja, os impedem de atender empresas concorrentes. São demandas que discutem, entre outros, questões de fidelidade societária.

¹⁵² AZEVEDO, Paulo Furquim de; ALMEIDA, Silvia Faga de. Poder Compensatório: organização horizontal na defesa da concorrência. Disponível em: <www.anpec.org.br/encontro2006/artigos/A06A175.pdf>. Acesso em: 14 de janeiro de 2012.

¹⁵³ ARAÚJO JR., José Tavares de. Poder de Mercado no Setor de Saúde Suplementar. In: FARINA, Laércio; GUIMARÃES, Denis Alves (Orgs.). *Concorrência e Regulação no Setor de Saúde Suplementar*. São Paulo: Singular, 2010. p. 24/38.

especialmente seu *caput* e inciso III.

Um artigo publicado em fevereiro de 2008, pelo Instituto de Estudos de Saúde Suplementar - IESS, afirmou expressamente que “*no âmbito nacional e das grandes regiões, o mercado opera em concorrência*”. Tal afirmação vai ao encontro daquela supracitada de que a ANS deverá focar sua atuação nos próximos anos nos mercados do interior, onde a falta de proteção aos consumidores, em face da existência de concentração, é, claramente, preocupante.¹⁵⁴

Outro estudo com mesmo objetivo, publicado também pelo IESS, mas referente ao período posterior, indica as mesmas conclusões já aqui referidas: mercado competitivo, tendência de consolidação do mercado, com a redução do número de Operadoras, com algumas regiões do país experimentando certo nível de concentração.¹⁵⁵

Na mesma esteira, apontando também para a existência de concentração no setor, é citável um estudo financiado pelo CNPQ/ANS, cuja conclusão gerou um texto sobre “Estruturas de Mercado do Setor de Saúde Suplementar no Brasil”, que, a partir de determinada metodologia utilizada, constatou que nos dois anos analisados (2007 e 2010) “*os resultados encontrados mostram concentração de mercado em praticamente todos os mercados relevantes delimitados, independente do tipo de índice de concentração utilizado.*”¹⁵⁶

O referido trabalho apontou a existência de 89 mercados relevantes (assim definidos pelo próprio estudo como o “*menor espaço econômico no qual o poder de mercado é possível de ser exercido por uma firma atuando de forma*

¹⁵⁴ BADIA, Bruno Dutra; MARTINS, Carina Burri; PIRES, Clarissa Côrtes. *Considerações Sobre a Concorrência no Setor de Saúde Suplementar*. Disponível em: <<http://www.iess.org.br/html/TD20080011concorrncia.pdf>>. Acesso em: 22 de janeiro de 2012.

¹⁵⁵ SILVA, Marcos Paulo Novais; MARTINS, Carina Burri. *Considerações Sobre a Concorrência no Setor de Saúde Suplementar- Analisando o Período 2006 – 2008*. Disponível em: <<http://www.iess.org.br/html/TDIESS00282009Concorrncia0809.pdf>>. Acesso em: 22 de janeiro de 2012.

¹⁵⁶ ANDRADE, Mônica Viegas et alii. *Estrutura de Mercado do Setor de Saúde Suplementar no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG/Cedeplar, 2010. p. 21.

isolada ou grupo de empresas agindo de forma coordenada, durante certo período de tempo”): 40 mercados na região Sudeste, 23 na região Nordeste, 17 mercados na região Sul, 5 na região Centro-Oeste e 4 na região Norte.¹⁵⁷

Para tal conclusão, não foi considerada cada Operadora individualmente, mas grupos econômicos, notadamente em razão de que, no setor, é possível se vincular grandiosa parcela das empresas a um dos seguintes conglomerados: Grupo Amil, Medial, Bradesco, Golden Cross, Intermédica, Tempo, SulAmérica e Unimed:

O resultado que chama mais atenção é a importância da Unimed na oferta de planos de saúde individuais. Mais de 85% dos mercados são liderados pelas Unimed, 79 mercados em 2007 e 2010. Essa configuração resulta em apenas 11 operadoras/grupo econômicos detendo maior participação em todos os mercados em 2007. Em 2010 esse número se reduz para 9, sugerindo movimento de concentração. A análise do conjunto das operadoras líderes mostra dinamismo no mercado de planos individuais uma vez que ocorrem mudanças de posição entre operadoras líderes. Ou seja, do total de 431 operadoras que competem nos mercados relevantes definidos apenas 11 controlam todos os mercados, ou seja, 2,7%. No mercado de planos coletivos em 2007, 13 operadoras são líderes nos 89 mercados e em 2010 esse número se reduz para 6. Chama atenção mais uma vez o caso da Unimed que é líder em 74 mercados em 2007 e 82 em 2010, indicando a força da Unimed em todo o Brasil nos dois segmentos de planos de saúde, individuais e coletivos.¹⁵⁸

Na mesma esteira, Ruy Santacruz, que avaliando os dados oficiais, destaca que todas as Operadoras do Sistema Unimed, quando consideradas como um só grupo, detêm em torno de 30% do *market share* no que tange o número de beneficiários, e 35% quanto à receita anual.¹⁵⁹

Em outras palavras, e levando em consideração todo o acima exposto, percebe-se que o mercado em questão possui grau de concentração elevado, o

¹⁵⁷ ANDRADE, Mônica Viegas et alii. *Estrutura de Mercado do Setor de Saúde Suplementar no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG/Cedeplar, 2010. p. 17.

¹⁵⁸ ANDRADE, Mônica Viegas et alii. *Estrutura de Mercado do Setor de Saúde Suplementar no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG/Cedeplar, 2010. p. 23.

¹⁵⁹ SANTACRUZ, Ruy. Regulação e Concentração no Mercado Brasileiro de Saúde Suplementar. In. FARINA, Laércio; GUIMARÃES, Denis Alves (Orgs.). *Concorrência e Regulação no Setor de Saúde Suplementar*. São Paulo: Singular, 2010. p. 131/138.

que não significa que não haja concorrência. Muito pelo contrário, especialmente se verificada a grande quantidade de empresas que se encontram no setor, ainda mais nas capitais e demais centros urbanos.

A regulação, como forma de proteção dos consumidores, assim como meio de garantir o equilíbrio econômico-financeiro das Operadoras, ainda pode ser considerada como um fenômeno incipiente neste campo. Trouxe com ela, juntamente com a legislação especial (lei nº. 9.656/98), certamente muitas modificações cujos efeitos já são facilmente identificáveis. Todavia, os seus verdadeiros reflexos só serão percebidos nos próximos anos, quando o processo de consolidação das empresas do setor se concluir.

De qualquer forma, é possível afirmar que tanto os institutos da proteção da concorrência, bem como da regulação, têm, juntos, gerado efeitos positivos na proteção dos consumidores, com constante atuação tanto por parte do SBDC como da ANS, o que se espera que continue no futuro, de modo que a busca pelo máximo bem estar permaneça.

CONCLUSÃO

No mundo inteiro, o que se percebeu foi uma evolução da ciência jurídica como um todo. Tal evolução, acompanhando as transformações e as reivindicações sociais de cada época, fez com que os direitos de maior carga axiológica (os humanos e os seus correlatos positivados – os fundamentais) passassem a desempenhar um papel nuclear nos ordenamentos jurídicos. Certamente, não estamos no fim dessa infinita jornada evolutiva¹⁶⁰, posto ser o direito um refém do dinamismo da sociedade.

Nada obstante, é igualmente correto que vivemos em um mundo, pelo menos em tese, mais humano e solidário, na medida em que o núcleo de toda a estrutura jurídica constitucional e legislativa passa a ser o ser humano, este como indivíduo singular, mas ao mesmo tempo dentro de uma coletividade, sendo todos os seus membros, independentemente de suas diferenças, merecedores de uma vida digna, bem como de todos os seus reflexos. Tornar os direitos fundamentais efetivos, portanto, muito mais do que uma obrigação do Estado, é um direito e um dever de todos os cidadãos.

A Saúde é um direito indispensável, sem o qual todos os demais direitos fundamentais, inclusive a vida, ficam esvaziados e sem sentido. No Brasil, a Carta Magna estabeleceu que a saúde deveria ser garantida de forma universal pelo poder público, através do Sistema Único de Saúde - SUS. Entretanto, este, por uma série de motivos, se mostra inegavelmente ineficiente e incapaz de atender

¹⁶⁰ “O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes do poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc. Direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, como a propriedade sacre et inviolable, foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas; direitos que as declarações do século XVIII sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações. Não é difícil prever que, no futuro, poderão emergir novas pretensões que no momento nem sequer imaginamos (...).” (BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Campus, 2004. p. 18).

às necessidades de todos os cidadãos. O SUS é hoje, em regra, sinônimo de falta de leitos, lentidão e filas de espera.

Já antecipando esta precariedade, a própria Constituição Federal de 1988 concedeu permissão para a iniciativa privada também contribuir com a efetivação da saúde, prevendo um Sistema de Saúde Suplementar ao serviço público, materializado nos contratos de planos de saúde e seguros-saúde.

Um cidadão hoje, pode, desde que tenha os meios para tanto, se utilizar, em tese, de três formas de acesso à saúde: (I) a pública, através de estabelecimentos próprios do SUS ou por este credenciados; (II) a particular - sem convênios; e (III) a particular com convênios. No caso da primeira, já relatada a sua situação. Já a segunda, torna-se uma irrealidade para a grande maioria da população, notadamente em função dos altos custos que um médico/uma cirurgia/uma internação representa atualmente. A solução para a maioria passa, portanto, indubitavelmente pelos planos de saúde, nos quais o cidadão paga uma mensalidade que se adeque ao seu orçamento, de forma que, nas horas de necessidade, possa a ele recorrer e receber um serviço digno.

Destarte, a efetividade da saúde no Brasil, hoje, passa inequivocamente pela Saúde Suplementar e pelos planos de saúde. Neste contexto, torna-se imperiosa a busca pela proteção dos diversos e cada vez mais numerosos usuários desta sistema de saúde. Assim, haja vista que a relação estabelecida entre beneficiários e operadoras constitui inegável vínculo consumerista, ganham relevância institutos competentes para a proteção dos consumidores, como, por exemplo a regulação e a concorrência.

Consoante se viu neste trabalho, ainda que incipiente, a atuação do SBDC, bem como da ANS, tem modificado as estruturas do setor, especialmente com a redução do número de operadoras.

Ainda assim, o que se verifica, conforme observado, é um alto grau de concentração, especialmente nos grandes centros urbanos, o que não significa necessariamente preocupação para os consumidores, posto que a consolidação de empresas consistentes, seguras e com bons recursos também é de seu interesse.

Com efeito, do ponto de vista dos usuários, não é possível, ainda, afirmar-se que o mercado é protegido ou não, mas sim que, se comparado com o passado, significativas melhoras foram observadas, o que tende, nos próximos anos, a permanecer, de modo que as falhas de mercado existentes neste setor, como a assimetria de informações, entre outras, sejam cada vez mais mitigadas.

REFERÊNCIAS

Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br>>.

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. Considerações sobre a Tutela dos Direitos da Personalidade no Código Civil de 2002. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *O Novo Código Civil e a Constituição*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____ Considerações sobre o Desenvolvimento dos Direitos da Personalidade e sua Aplicação às Relações do Trabalho. In: *Direitos Fundamentais e Justiça*. Ano 3; n. 6. Porto Alegre: HS Editora, 2009.

ANDRADE, Mônica Viegas et alii. *Estrutura de Mercado do Setor de Saúde Suplementar no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG/Cedeplar, 2010. p. 21.

ARAÚJO JR., José Tavares de. Poder de Mercado no Setor de Saúde Suplementar. In: FARINA, Laércio; GUIMARÃES, Denis Alves (Orgs.). *Concorrência e Regulação no Setor de Saúde Suplementar*. São Paulo: Singular, 2010.

AZEVEDO, Paulo Furquim de; ALMEIDA, Silvia Faga de. *Poder Compensatório: organização horizontal na defesa da concorrência*. Disponível em: <www.anpec.org.br/encontro2006/artigos/A06A175.pdf>.

BADIA, Bruno Dutra; MARTINS, Carina Burri; PIRES, Clarissa Côrtes. *Considerações Sobre a Concorrência no Setor de Saúde Suplementar*. Disponível em: <<http://www.iess.org.br/html/TD20080011concorrncia.pdf>>.

BARBIERI FILHO, Carlo. *Disciplina Jurídica da Concorrência: Abuso de Poder Econômico*. São Paulo: Resenha Tributária, 1984.

BARRIONUEVO FILHO, Arthur; LUCINDA, Cláudio Ribeiro de. Avaliação sobre Concorrência e Concentração em Serviços de Saúde: Relações Verticais e Horizontais. In: FARINA, Laércio; GUIMARÃES, Denis Alves (Orgs.). *Concorrência e Regulação no Setor de Saúde Suplementar*. São Paulo: Singular, 2010.

BITTENCOURT, Marcello Teixeira. *Manual de Seguros Privados*. Rio de Janeiro: LumenJures, 2004.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BRITO, Edvaldo. Ato de Concentração. In: COSTA, Marcos da; MENEZES, Paulo Lucena de; MARTINS, Rogério Gandra da Silva (Coord.). *Direito Concorrencial: Aspectos Jurídicos e Econômicos*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.
CADERNO DE INFORMAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR. ANS. Setembro de 2011.

CALIENDO, Paulo. *Direito Tributário e Análise Econômica do Direito: uma visão crítica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

CAMINHA, Unie; LEAL, Leonardo José Peixoto. *Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e Mercado de Saúde Suplementar*. Disponível em: <www.univali.br/periódicos>.

CANARIS, Claus-Wilhelm. A Influência dos Direitos Fundamentais sobre o Direito Privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina: 2000.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2011.

CELLI JÚNIOR, Umberto. *Regras de Concorrência no Direito Internacional Moderno*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. A Proteção do Consumidor: importante capítulo do direito econômico. *Revista de Direito do Consumidor*. V. 77. São Paulo: RT, jan.-mar./2007.

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 6. Ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza. *Curso de Direito Internacional Privado*. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões Histórico – Evolutivas sobre a Constitucionalização do Direito Privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

FAGUNDES, Jorge; PONDÉ, João Luiz; POSSAS, Mario. *Defesa da Concorrência e Regulação*. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/portal/upload/forum_saude/forum_bibliografias/regulacaodomercado/CC3.pdf>

FERNANDES NETO, Antônio Joaquim. *Plano de Saúde e Direito do Consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

FIGUEIREDO, Fábio Vieira; GIANCOLI, Brunno Pandore. *Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

FONSECA, João Bosco Leopoldino. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1997.

GREGORI, Maria Stella. Os Desafios para a Sustentabilidade na Saúde Suplementar. In AMORIN, Maria Cristina Sanches; PERILLO, Eduardo Bueno da Fonseca (Org.). *Para Entender a Saúde no Brasil 2*. São Paulo: LCTE, 2008.

_____. *Planos de Saúde: a ótica da proteção do consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2011.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Disponível em: <<http://www.idec.org.br/em-acao/em-foco/setor-financeiro-e-planos-de-saude-lideram-ranking-de-atendimentos-do-idec-em-2011>>.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

KHOURI, Paulo R. Roque A. *Direito do Consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo*. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

L'ABBATE, Solange. *Direito à Saúde: discursos e práticas na construção do SUS*. São Paulo: Hucitec, 2010.

MACHADO, Santiago Muñoz. *Servicio Público y Mercado: los fundamentos*. Madrid: 1998.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. Ed. São Paulo: RT, 2002.

_____. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. Ed. São Paulo: RT, 2011.

_____.; TURKIENICZ, Eduardo. Caso "T" vs. "A": em defesa da teoria finalista de interpretação do art. 2º do CDC. *Revista de Direito do Consumidor*. V. 36. São Paulo: RT, out.-dez. 2000.

MARTINEZ, Ana Paulo. A Proteção dos Consumidores pelas Normas Concorrenciais. *Revista de Direito do Consumidor*. V. 52. São Paulo: RT, out.-dez. 2004.

MARTINS COSTA, Judith. Crise e Modificação da Idéia de Contrato no Direito Brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*. Vol. 3, set.- dez. São Paulo: RT: 1992.

MARTINS, Fernando Rodrigues. Direitos Humanos Fundamentais e Relações Jurídicas Contratuais. *Revista de Direito do Consumidor*. V. 58. São Paulo: RT, abr.-jun. 2006.

MATEUS, Cibele Gralha. *Direitos Fundamentais Sociais e Relações Privadas: o caso do direito à saúde na constituição brasileira de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 6. ed. São Paulo: RT, 1978.

MELLO, Leonel Itaussu Almeida; COSTA, Luís César Amad. *História Moderna e Contemporânea*. São Paulo: Cipione, 1999.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 2. Ed. São Paulo: RT, 2010.

MONTONE, Januario. *Planos de Saúde: passado e futuro*. Rio de Janeiro: MedBook, 2009.

NERY JUNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. comentado pelos autores do anteprojeto.

NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). *O CNJ e os Desafios da Efetivação do Direito à Saúde*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

OCKÉ-REIS, Carlos Octávio; ANDREAZZI, Maria de Fátima Siliansky de; SILVEIRA, Fernando Gaiger. *O Mercado de Saúde no Brasil: uma criação do Estado?* Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/revista/pdfs/Ref_160-CarlosOctavioOcke-ReiseOutros.pdf>.

PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. O Código de Defesa do Consumidor em face do Código Civil de 2002. In: PFEIFFER, Roberto A. C.; e PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. (Coord.). *Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias*. São Paulo: RT, 2005.

_____. O Destinatário Final e o “Consumidor Intermediário”. *Revista de Direito do Consumidor*. V. 74. São Paulo: RT, abr.-jun. 2010.

_____. Fundamentalidade e Efetividade da Defesa do Consumidor. *Revista Direitos Fundamentais e Justiça*. Ano 3. N. 9. Out. – Dez. 2009. Porto Alegre: HS Editora, 2009.

PETTER, Lafayete Josué. *Direito Econômico*. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.

RIBEIRO, Amadeu Carvalhaes. *Direito de Seguros: resseguro, seguro direto e distribuição de serviços*. São Paulo: Atlas, 2006.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 6. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ROCHA, Julio Cesar de Sá da. *Direito à Saúde*. Direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

RODRIGUES, Geisa de Assis. A Proteção ao Consumidor como um Direito Fundamental. *Revista de Direito do Consumidor*. V. 58. São Paulo: RT, abr.-jun. 2006.

SANTACRUZ, Ruy. Regulação e Concentração no Mercado Brasileiro de Saúde Suplementar. In. FARINA, Laércio; GUIMARÃES, Denis Alves (Orgs.). *Concorrência e Regulação no Setor de Saúde Suplementar*. São Paulo: Singular, 2010.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Direitos Fundamentais e Democracia: o debate Habermas – Alexy*. Curitiba: Juruá, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. Neoconstitucionalismo e a Influência dos Direitos Fundamentais no Direito Privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SCHUARTZ, Luis Fernando. *Fundamentos do Direito de Defesa da Concorrência Moderno*. Disponível: <
http://www.ie.ufrj.br/grc/pdfs/fundamentos_do_direito_de_defesa_da_concorrenca_moderno.pdf>.

SCHULMAN, Gabriel. *Planos de Saúde: saúde e contrato na contemporaneidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

SILVA, Joseane Suzart Lopes da. *Planos de Saúde e Boa-fé Objetiva: uma abordagem crítica sobre os reajustes abusivos*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

SILVA, Marcos Paulo Novais; MARTINS, Carina Burri. *Considerações Sobre a Concorrência no Setor de Saúde Suplementar- Analisando o Período 2006 – 2008*. Disponível em: <
<http://www.iess.org.br/html/TDIESS00282009Concorrnca0809.pdf>>.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito Constitucional*. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Econômico Brasileiro*. São Paulo: Malheiros. 2002.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A Proteção ao Consumidor no Sistema Jurídico Brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*. V. 60. São Paulo: RT, out.-set. 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O Contrato e seus Princípios*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 2001.

VENOSA, Silvío de Salvo. *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. v. 2. 7. Ed. São Paulo: Atlas, 2007.

VIANA, João Fernando Moura. *A Especificidade do Seguro Saude frente ao Modelo Tradicional de Seguro após a concepção trazida pelo marco regulatório*. Disponível em:
<http://www.ans.gov.br/portal/upload/biblioteca/TT_RM_05_JFernandoViana_EspecificidadeSeguroSaude.pdf.>