MARIA EUGÊNIA FERRAZ DO AMARAL BODRA

**Regulação da Saúde Suplementar
à Luz dos Princípios de Direito Econômico Sanitário**

Tese de Doutorado

Orientador: Prof. Titular Dr. Fernando Mussa Abujamra Aith

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2020

MARIA EUGÊNIA FERRAZ DO AMARAL BODRA

**Regulação da Saúde Suplementar
à Luz dos Princípios de Direito Econômico Sanitário**

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutora em Direito, na área de concentração Direitos Humanos, sob orientação do Prof. Titular Dr. Fernando Mussa Abujamra Aith.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo – SP
2020**

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Bodra, Maria Eugênia Ferraz do Amaral
Regulação da saúde suplementar à luz dos princípios
de Direito Econômico Sanitário ; Maria Eugênia Ferraz
do Amaral Bodra ; orientador Fernando Mussa Abujamra
Aith -- São Paulo, 2020.

150

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em
Direitos Humanos) - Faculdade de Direito,
Universidade de São Paulo, 2020.

1. Direito Econômico. 2. Direito Sanitário. 3.
Princípios. 4. Sistema Único de Saúde. 5. Plano de
Saúde. I. Aith, Fernando Mussa Abujamra, orient. II.
Título.

Nome: BODRA, Maria Eugênia Ferraz do Amaral.

Título: *Regulação da saúde suplementar à luz dos princípios
de Direito Econômico Sanitário*

Tese apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo como exigência parcial para
obtenção do título de Doutra em Direito.

Aprovada em:

Banca Examinadora

Prof(a). Dr(a). _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof(a). Dr(a). _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof(a). Dr(a). _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof(a). Dr(a). _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof(a). Dr(a). _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Ao André e à Clarice,
meus grandes amores.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, caro Prof. Dr. Fernando Aith, muito obrigada! Pela confiança, pelo respeito aos meus objetivos e inúmeras dúvidas, pela paciência (sei que foi necessária!) e pelo gigantesco aprendizado.

À queridíssima Profa. Dra. Sueli Dallari, muito obrigada! Pelas longas e prazerosas conversas (de uma riqueza...!) e pela acolhida carinhosa em momentos felizes e em momentos difíceis.

À querida amiga e parceira Profa. Dra. Marina de Neiva Borba, muito obrigada! Pela surpreendente e verdadeira amizade que proporcionou tanto apoio e tanto conhecimento.

Aos professores Dr. Diogo R. Coutinho, Dr. Henrique Moraes Prata e Dra. Anna Lygia Costa Rego, pelas preciosas contribuições em um momento tão importante! Absolutamente fundamentais.

Algumas disciplinas foram especialmente enriquecedoras. Obrigada aos professores que se dedicam de forma magistral aos seus ofícios e verdadeiramente ampliam horizontes: Prof. Dr. Ronaldo Porto Macedo, Prof. Dr. Álvaro de Vita e Prof. Dr. Conrado Hubner Mendes.

Alguns encontros foram divinamente orquestrados pelo universo. Obrigada, Prof. Dr. Alessandro Octaviani, Prof. Dr. Lucas Petroni e Profa. Dra. Lenir Santos, pela generosidade em compartilhar tanta sabedoria.

Por fim, obrigada aos palestrantes e participantes do Grupo de Estudos de Direito Sanitário e a todos aqueles que trabalham pelo Centro de Estudos de Direito Sanitário da USP.

Ao meu pai e à minha mãe, obrigada pelo apoio inquestionável a tudo.

BODRA, Maria Eugênia Ferraz do Amaral. *Regulação da saúde suplementar à luz dos princípios de Direito Econômico Sanitário*. 2020. 150 f. Tese (Doutorado em Direitos Humanos) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

RESUMO

Grande parte da regulação atual sobre o mercado de planos de saúde tem por fim a proteção do consumidor e do sistema financeiro nacional, bem como a redução das falhas desse mercado. A pergunta que se coloca nesta tese é: uma regulação distributiva para o mercado de planos de saúde encontra amparo no arcabouço jurídico constitucional existente? Para respondê-la, foram definidos três objetivos específicos. O primeiro é identificar os princípios constitucionais que norteiam a atividade privada de saúde no País. A partir de artigo, ainda inédito, escrito por esta autora em conjunto com a Profa. Dra. Sueli Dallari e trazido a esta tese no Capítulo 1, conclui-se que: (i) a atuação estatal no tocante aos serviços privados (fiscalização, regulação e controle) é norteada pelos princípios constitucionais previstos no art. 196 da Constituição Federal (CF/88) e (ii) tal atuação deve dialogar constantemente com os princípios constitucionais previstos no art. 198 da CF/88, no sentido de contribuir para a implementação do Sistema Único de Saúde (SUS) e jamais prejudicá-lo. A Constituição não apresenta lacunas quanto a esses princípios, e o setor privado está inserido na lógica constitucional do Direito Sanitário. Antes de tratar do segundo objetivo, descrevem-se, no Capítulo 2, as regras que hoje regulam o setor. O segundo objetivo é identificar se, do ponto de vista constitucional, há um diálogo entre os princípios do Direito Econômico e aqueles do Direito Sanitário apontados no Capítulo 1. Por meio de um diálogo entre os referenciais teóricos de Fabio Konder Comparato (1978; 2013) sobre Direito Econômico, de Eros Roberto Grau (2003; 2004; 2018) sobre Direito Econômico na CF/88 e de Sueli Dallari (2010, 2018) e Fernando Aith (2007; 2017) sobre Direito Sanitário, em conjunto com o conteúdo do Capítulo 1, com referências à teoria de Amartya Sen (2004), constata-se que há um diálogo profícuo entre esses dois ramos do Direito Constitucional (Capítulo 3, Seção 3.2). O terceiro objetivo é identificar como a regulação distributiva é compreendida por teóricos do Direito que são referência em “regulação de atividades econômicas” (Capítulo 3, Seção 3.3). Para tanto, são utilizados os referenciais teóricos de dois importantes professores da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) sobre Direito Econômico: Calixto Salomão Filho (2008) e Diogo R. Coutinho (2014; 2019). Observa-se que ambos trazem elementos fortes para fundamentar uma regulação distributiva. Conclui-se que cabe a cada sociedade definir os contornos dos “mercados” que deseja permitir e das “eficiências” que deseja produzir, o que, no caso do Brasil, está estabelecido, de modo geral, nos princípios do Direito Econômico Sanitário Constitucional. Por fim, a pergunta de pesquisa é respondida no Capítulo 4: a regulação distributiva para o mercado de planos de saúde encontra amparo no arcabouço jurídico constitucional brasileiro, sendo necessária a elaboração de uma política distributiva. Apontam-se três princípios constitucionais que devem nortear a construção dessa política: princípio da democracia sanitária; princípio da igualdade e equidade, ou solidariedade; e princípio da liberdade.

Palavras-Chave: Plano de Saúde. Seguro Saúde. Saúde Suplementar. Regulação do Mercado. Princípios. Direito Econômico. Direito Sanitário. Sistema Único de Saúde.

BODRA, Maria Eugênia Ferraz do Amaral. *Regulation of the health insurance market in Brazil in light of the principles of Economic and Health Law*. 2020. 150 f. Doctoral Dissertation (Doctorate in Human Rights) – School of Law, Universidade de Sao Paulo, Sao Paulo, 2020.

ABSTRACT

Most of the current Brazilian regulation on the health insurance market is aimed at protecting the consumer and the national financial system, as well as reducing the shortcomings of this market. This doctoral dissertation poses the following research question: Does a distributive regulation for the health insurance market find support in the Brazilian constitutional framework? Three specific objectives were outlined to answer this question. The first objective is to identify the constitutional principles that guide the voluntary health insurance activity in the country. Based on an unpublished article coauthored with Professor Sueli Dallari and reproduced in Chapter 1, it is concluded that: (i) state action regarding private services (i.e., supervision, regulation, and control) is guided by the constitutional principles provided for in Article 196 of the Federal Constitution (CF/88), and (ii) such action must constantly respond to the constitutional principles provided for in Art. 198 in order to contribute to, rather than undermine, the implementation of the Brazilian Unified Health System (SUS). There are no loopholes regarding such principles in the Constitution, and the private sector is embedded in the constitutional logic of Health Law. Before addressing the second objective, Chapter 2 describes the current rules for the voluntary health insurance sector in Brazil. The second objective is to identify, from a constitutional point of view, whether there is an interface between the principles of Economic Law and those of Health Law pointed out in Chapter 1. Drawing on the theoretical frameworks provided by Fabio Konder Comparato (1978; 2013) on Economic Law, by Eros Roberto Grau (2003; 2004; 2018) on Economic Law in the CF/88, and Sueli Dallari (2010, 2018) and Fernando Aith (2007; 2017) on Health Law, along with the contents of Chapter 1 and references to Amartya Sen (2004), it appears that there is a fruitful interface between these two branches of Constitutional Law (Chapter 3, Section 3.2). The third objective is to identify how distributive regulation is understood by legal theorists of “regulation of economic activities” (Chapter 3, Section 3.3). To this end, the theoretical framework provided by two important professors of the School of Law, Universidade de Sao Paulo (USP), are used to discuss Economic Law and regulation: Calixto Salomão Filho (2008) and Diogo R. Coutinho (2014; 2019). Both provide strong elements to support distributive regulation. In conclusion, each society is supposed to outline and define the “markets” it wishes to allow and the “efficiencies” it wishes to produce, which, in Brazil, is generally established in the Constitutional Principles of Health and Economic Law. Finally, the research question is answered in Chapter 4: distributive regulation for the health insurance market finds support in the Brazilian constitutional framework, but it still requires a distributive policy. Three constitutional principles should guide the making of such a policy: principle of health democracy; principle of equality and equity, or solidarity; and principle of freedom.

Keywords: Health Insurance. Voluntary Health Insurance. Health Insurance Market. Market Regulation. Principles. Economic Law. Health Law. Brazilian Unified Health System.

BODRA, Maria Eugênia Ferraz do Amaral. *Regulación del mercado de seguros médicos en Brasil a la luz de los principios del Derecho Sanitario Económico*. 2020. 150 f. Tesis (Doctorado en Derechos Humanos) - Facultad de Derecho, Universidad de Sao Paulo, Sao Paulo, 2020.

RESUMEN

Gran parte de la regulación actual sobre el mercado de seguros médicos tiene como objetivo la protección del consumidor y del sistema financiero brasileño, así como la reducción de las fallas que presenta este mercado. La pregunta que se expone en esta tesis es la siguiente: ¿Una regulación distributiva para el mercado de seguros de salud encuentra amparo en el marco jurídico-constitucional brasileño? Para responderla, fueron definidos tres objetivos específicos. El primero es identificar los principios constitucionales que guían la actividad privada del área de salud en Brasil. A partir del artículo, aún inédito, escrito por la que suscribe junto con la profesora Dra. Sueli Dallari y citado en esta tesis en el Capítulo 1, se concluye lo siguiente: (i) la actuación estatal en lo referente a los servicios privados (fiscalización, regulación y control) es guiada por los principios constitucionales previstos en el artículo 196 de la Constitución Federal (CF/88) y (ii) tal actuación debe dialogar permanentemente con los principios constitucionales previstos en el art. 198 de la CF/88 para contribuir y no perjudicar jamás a la implementación del Sistema Único de Salud (SUS). La Constitución no presenta lagunas acerca de estos principios y el sector privado está incluido en la lógica constitucional del Derecho Sanitario. Antes de tratar del segundo objetivo, se describen, en el Capítulo 2, las reglas que actualmente regulan al sector. El segundo objetivo es identificar si desde el punto de vista constitucional existe un diálogo entre los principios del Derecho Económico y los del Derecho Sanitario apuntados en el Capítulo 1. Mediante un diálogo entre las referencias teóricas de Fabio Konder Comparado (1978; 2013) sobre Derecho Económico, de Eros Roberto Grau (2003; 2004; 2018) sobre Derecho Económico en la CF/88 y de Sueli Dallari (2010; 2018) y Fernando Aith (2007; 2017) sobre Derecho Sanitario, en conjunto con el contenido del Capítulo 1, con referencias a la teoría de Amartya Sen (2004), se constata que existe un diálogo fructífero entre estas dos ramas del Derecho Constitucional (Capítulo 3, Sección 3.2). El tercer objetivo es identificar cómo la regulación distributiva es comprendida por teóricos del derecho que son referencia en “regulación de actividades económicas” (Capítulo 3, Sección 3.3). Para ello, son utilizadas las referencias teóricas de dos importantes profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sao Paulo (USP) sobre Derecho Económico: Calixto Salomão Filho (2008) y Diogo R. Coutinho (2014; 2019). Se observa que ambos traen fuertes elementos para fundamentar una regulación distributiva. Se concluye que le compete a cada sociedad definir los límites de los “mercados” que desea permitir y la “eficiencia” que desea producir, lo cual, en el caso de Brasil, está establecido, de modo general, en los principios del Derecho Económico Sanitario Constitucional. Finalmente, la pregunta de la investigación está respondida en el Capítulo 4: la regulación distributiva para el mercado de seguros médicos o los también llamados planes privados de medicina encuentra amparo en el marco jurídico-constitucional brasileño, siendo necesaria la elaboración de una política distributiva. Se destacan tres principios constitucionales que deben guiar la construcción de esta política: principio de la democracia sanitaria; principio de la igualdad y la equidad, o solidaridad; y el principio de la libertad.

Palabras clave: Plan de Salud. Seguro médico. Seguro Médico Privado. Regulación de Mercado. Principios de Derecho Económico. Derecho de Salud. Sistema Único de Salud Brasileño.

LISTA DE SIGLAS

ABNT	Associação Brasileira de Normas Técnicas
Abramge	Associação Brasileira de Medicina de Grupo
AMB	Associação Médica Brasileira
ANS	Agência Nacional de Saúde
Anvisa	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CBHI	Community-Based Health Insurance (Seguro de Saúde Comunitário)
CEBES	Centro Brasileiro de Estudos de Saúde
CEDEPLAR	Centro de Desenvolvimento e Planejamento Regional
CF	Constituição Federal
CID	Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde
CIEFAS	Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência à Saúde
CMED	Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos
CNES	Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNSP	Conselho Nacional de Seguros Privados
COAPS	Contratos Organizativos de Ação Pública da Saúde
CONSU	Conselho de Saúde Suplementar
ESF	Estratégia da Saúde da Família
FDUSP	Faculdade de Direito da USP
FSP/USP	Faculdade de Saúde Pública
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
ISSN	Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (International Standard Serial Number)
NHS	National Health Service
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OEA	Organização dos Estados Americanos
OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development
OMS	Organização Mundial da Saúde
ONU	Organização das Nações Unidas
OPAS	Organização Panamericana da Saúde
OPS	Operadoras de Planos de Saúde
PHI	<i>Private Health Insurance</i> (Seguro de Saúde Privado)
PIB	Produto Interno Bruto
QUALISS	Programa de Qualificação dos Prestadores de Serviço na Saúde Suplementar

RN	Resolução Normativa
Samu	Serviço de Atendimento Móvel de Urgência
SBDC	Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência
SDE	Secretaria de Direito Econômico
SN	Súmula Normativa
STF	Supremo Tribunal Federal
SUS	Sistema Único de Saúde
SUSEP	Superintendência de Seguros Privados
TCC	Termos de Cessação de Conduta
UBS	Unidades Básicas de Saúde
UHC	<i>Universal Health Coverage</i> (Cobertura Universal de Saúde)
Unidas	União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde
UFMG	Universidade Federal de Minas Gerais
UPA	Unidade de Pronto Atendimento
USP	Universidade de São Paulo
UTI	Unidade de Terapia Intensiva
VHI	<i>Voluntary Health Insurance</i> [Seguro Voluntário de Saúde]
WHO	World Health Organization

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	19
Pergunta de Pesquisa e Objetivos	24
Método e Organização do Trabalho	25
1 A SAÚDE E A INICIATIVA PRIVADA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: PRINCÍPIO JURÍDICOS	31
1.1 Contexto Sociopolítico Subjacente à Edição dos Art. 196 a 200 da CF/88	31
1.2 Teorias Jurídicas sobre a Saúde na CF/88	39
2 REGULAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR	49
2.1 Características Econômicas do Mercado de Planos ou Seguros de Saúde	51
2.2 A Lei nº 9.656/1998 (Lei dos Planos de Saúde) e a Lei nº 9.961/2000 (ANS) e seus desdobramentos	55
2.2.1 Normas Constitutivas	56
2.2.2 Normas de Proteção ao Sistema Financeiro Nacional	60
2.2.3 Normas de Proteção ao Consumidor	61
2.2.4 Normas de Indução	66
2.2.5 Norma Distributiva	67
2.3 O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)	68
3 O DIREITO ECONÔMICO SANITÁRIO CONSTITUCIONAL	77
3.1 O Direito Sanitário	77
3.2 O Direito Econômico Sanitário Constitucional	80
3.3 Duas Dimensões da Regulação da Atividade Econômica	86
3.3.1 Teoria de Calixto Salomão Filho	86
3.3.2 Teoria de Diogo R. Coutinho	89
3.4 Considerações Preliminares	98
4 POLÍTICA DISTRIBUTIVA E PRINCÍPIOS DO DIREITO ECONÔMICO SANITÁRIO	101
4.1 Democracia Sanitária como Princípio Aplicado ao Direito Econômico Sanitário	106
4.2 Igualdade e Equidade ou Solidariedade	110
4.2.1 Igualdade essencial do ser humano	114
4.2.2 Da progressividade como tema de regulação do setor privado	115
4.2.3 Distribuição de “resultados de saúde”	122
4.2.4 Distribuição de “recursos de saúde”	125
4.3 Liberdade	127
4.3.1 Liberdade da sociedade	128
4.3.2 Liberdade de iniciativa econômica e defesa do consumidor	129
CONSIDERAÇÕES FINAIS	133
REFERÊNCIAS	137

INTRODUÇÃO

O Sistema Único de Saúde foi idealizado para funcionar como os sistemas nacionais de saúde estabelecidos em outros contextos (e.g., o britânico *National Health Service* – NHS), ou seja, financiado com recursos públicos provenientes de impostos gerais e inserido no sistema de seguridade social. Nesse modelo, o Estado presta a maior parte dos serviços de saúde; por isso, tem capacidade de controlar os custos do serviço e definir os serviços que serão prestados à coletividade. Esse modelo ainda hoje é reconhecido como mais eficiente e equânime.¹

Do ponto de vista jurídico, a Lei nº 8.080/1990² (que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes) e a Lei nº 8.142/1990³ (que dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde – SUS – e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde) regulamentaram o sistema em conformidade com os princípios constitucionais sobre a saúde, especialmente aqueles dispostos nos art. 196 a 200 da Constituição Federal de 1988 (CF/88)⁴. Nos últimos 30 anos, o SUS avançou em diversas frentes: (i) universalização, com a ampliação de atendimentos e de estabelecimentos de saúde; (ii) organização, com a municipalização e, em seguida, a regionalização da saúde; (iii) contribuição para a melhoria dos indicadores de saúde da população, especialmente daquela mais vulnerável, por meio, por exemplo, da Estratégia da Saúde da Família (ESF) e de Programas de Combate à AIDS (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida).⁵

¹ LOBATO; GIOVANELLA, 2012, p. 109; MATHAUER; KUTZIN, 2018, p. 1.

² BRASIL, 1990b.

³ BRASIL, 1990c.

⁴ BRASIL, 1998.

⁵ “Os avanços produzidos pelo SUS em quase três décadas são inquestionáveis (PAIM *et al.*, 2011). A ampliação de cobertura da atenção básica para mais de 73% da população, a Estratégia Saúde da Família, reforçada pelo Programa Mais Médicos; os cuidados na saúde bucal por meio do Brasil Sorridente; o programa de vacinas e medicamentos; o Serviço de Atendimento Móvel de Urgência (Samu-192), Unidade de Pronto Atendimento (UPA) e leitos de Unidade de Terapia Intensiva (UTI) são alguns exemplos. O SUS oferece o maior sistema público de transplantes do mundo e um sistema público de sangue e hemoderivados extremamente seguro. Destaca-se, ainda, a reforma psiquiátrica, cuidando aos *[sic]* transtornos mentais e pessoas em uso abusivo de álcool e drogas em liberdade e com dignidade”. (REIS *et al.*, 2016, p. 122)

Em paralelo, a iniciativa privada se organizou, ao longo desses anos, por meio de serviços prestados diretamente ao consumidor, serviços complementares ao SUS e serviços de planos ou seguros de saúde. O mercado de planos de saúde foi regulado por meio da Lei nº 9.656/1998⁶ e, posteriormente, pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS – Lei nº 9.961/2000)⁷. Houve um avanço inequívoco na compreensão do funcionamento do setor desde então. Foram instituídas principalmente normas com a finalidade de proteção do consumidor, de redução de falhas de mercado e de proteção do sistema financeiro nacional (e.g., garantias financeiras).

Atualmente, o mercado de planos de saúde oferece coberturas individualizadas (baseadas na demanda individual por procedimentos) e agrupadas em segmentos específicos (e.g., ambulatorial e hospitalar), com grau significativo de diferenciação entre si em razão dos prestadores que cada plano de saúde referencia. Predominam, nesse mercado, beneficiários de alta renda e em fase ativa. Especialmente em razão do crescimento desse mercado, o financiamento privado hoje ultrapassa o financiamento público no gasto total de saúde.⁸ Como resultado, o sistema de saúde tornou-se duplicado, com ampla interdependência entre os setores público e privado⁹.

Os setores público e privado compartilham tanto estabelecimentos de saúde como a força de trabalho em saúde (médicos, enfermeiros e demais profissionais da saúde). Pesquisa baseada nos dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e do Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde (CNES) aponta que, no tocante ao atendimento, prevalece o uso “misto” nos estabelecimentos de saúde (*i.e.*, hospitais, unidades de serviço de apoio de diagnose e terapia, prontos-socorros). As exceções são as Unidades Básicas de

⁶ BRASIL, 1998.

⁷ BRASIL, 2000a.

⁸ Vide nota 283.

⁹ A classificação da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) prevê quatro categorias para seguros privados: duplicado, primário, suplementar e complementar. É duplicado o seguro privado de saúde que oferece coberturas já providas pelo sistema público. É primário o seguro privado de saúde que consiste na única opção ofertada. O primário pode ser substitutivo, quando o seguro privado de saúde substitui o sistema público, ou principal, quando o sistema público não existe. É complementar quando se destina a pagar integralmente ou em parte custos residuais. É suplementar quando fornece cobertura não fornecida pelo sistema público. O seguro privado brasileiro, na classificação da OCDE, é um sistema mais próximo do duplicado do que do suplementar. Cf. WERNECK, 2010, p.12/13.

Saúde (UBS), que são quase exclusivamente públicas (99,2%), e as clínicas, que são em sua maioria privadas (86,8% em 2017).¹⁰

Esse compartilhamento sem regras “permite aos prestadores a livre busca pela otimização da receita, combinando diferentes formas de trabalho, seja para o setor público, seja para o privado”¹¹. Em outras palavras, a distribuição dos serviços de saúde do SUS é, em grande parte, definida fora das legítimas instâncias decisórias do próprio SUS. Definem essa distribuição fatores como a lacuna de procedimentos efetivamente acessados pelos beneficiários de planos de saúde, as estratégias individuais de usuários do SUS e do mercado de planos, a atuação de prestadores de serviço de saúde (*i.e.*, unidades de diagnose, hospitais e médicos) e, como já é amplamente conhecido, o Poder Judiciário.

No tocante à distribuição de serviços de saúde, apontam-se a dificuldade dos usuários em acessar a média complexidade no SUS e a alta complexidade no mercado de planos de saúde.¹² Em razão dessas dificuldades, constata-se a “facilitação” ou a “intermediação” dos médicos que atuam nos dois setores, bem como a existência de um saber leigo dos usuários (que já foram ou ainda são beneficiários de planos de saúde) determinante na elaboração de suas próprias linhas de cuidado ao transitarem entre o SUS e o mercado de planos de saúde¹³. Também há dados indicando que os beneficiários de planos de saúde utilizam o SUS de modo diverso daqueles que não são beneficiários de planos – por exemplo, internações, partos cesáreos e alguns atendimentos de alta complexidade são proporcionalmente mais utilizados por beneficiários de planos de saúde.¹⁴

O fenômeno da dupla porta também já foi objeto de pesquisas. Em uma, por exemplo, observou-se que a distribuição de leitos não se dá com base na finalidade de atender à demanda ou à necessidade de saúde, mas sim com base na fonte de financiamento, de modo que o fenômeno da dupla porta no sistema hospitalar brasileiro (via SUS ou planos de saúde) agrava os problemas de acesso

¹⁰ VIACAVA *et al.* (2018) identificaram os estabelecimentos de saúde com base no atendimento, utilizando os seguintes critérios: “SUS” é aquele que atende exclusivamente ao SUS; “Privado” é aquele que atende “particular” ou “plano”; e “Misto” é aquele que atende a “SUS/particular”, “SUS/plano” e “SUS/particular/plano”.

¹¹ SANTOS, I., 2011, p. 2749.

¹² MENESES, 2017, p. 2018 e 2019.

¹³ MENESES, 2017, p. 2021.

¹⁴ SANTOS, I. 2011, p. 2748.

aos leitos.¹⁵ Em outra, explica-se que a racionalidade do mercado afeta a racionalidade do SUS, já que crises constantes são geradas em razão de fatores como a ociosidade de equipamentos e da capacidade instalada dos setores privados, os preços inadequados e outros elementos derivados da lógica da competição (mercado), contrária à lógica da regionalização (SUS).¹⁶

No tocante à alocação da força de trabalho em saúde, constata-se uma série de desigualdades. Apesar do seu crescimento nos últimos 30 anos e do alto percentual de participação dos profissionais de saúde no SUS, já se identificaram a multiplicidade de formas de contratação e as marcantes desigualdades regionais na sua distribuição como parte do conjunto de desigualdades sociais, econômicas e espaciais.¹⁷

O ressarcimento ao SUS é a única norma de natureza distributiva prevista na Lei de Planos de Saúde.¹⁸ Referido dispositivo determina que as operadoras de planos de saúde ressarcirão ao SUS os serviços que forem prestados por este aos beneficiários daqueles que, por contrato, teriam direito de

¹⁵ “A tendência contemporânea de busca por novas formas de financiamento, com a adoção de múltiplas fontes de pagamento, mostrou-se real para a rede hospitalar brasileira, conformando um cenário caracterizado pela dupla porta de entrada: via SUS ou planos de saúde. Além disso, as desigualdades na oferta de leitos não SUS e a não complementariedade com a oferta de leitos SUS indicam que esta rede não se distribui com a missão principal de atender à demanda e que, além disso, não parece haver coordenação entre os segmentos público e privado. Ainda que a maior concentração de leitos para internação esteja nas regiões mais ricas, onde também se encontra a maior parte dos beneficiários de planos de saúde, certamente a desigualdade de distribuição dos serviços e a não complementariedade dos segmentos público e privado afetam a oferta, que por sua vez afeta o acesso aos serviços de saúde.” (MACHADO; MARTINS; LEITE, 2015, p. 49).

¹⁶ “A ociosidade de equipamentos e capacidade instalada de determinados serviços privados e, por vezes, os preços inadequados de remuneração dessa oferta, em alguns casos excessiva e superposta – por referir-se a uma demanda relativamente restrita –, é um fator gerador de crises constantes de parte dessa rede de serviços. As consequências na prática de uma racionalidade que estimula a competição entre estabelecimentos semelhantes entre si pelas oportunidades oferecidas pelo mercado, contrária à da regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde, são sobejamente conhecidas.” (BAHIA, 2006, p. 165)

A lógica de regionalização do SUS será tratada no Capítulo 4.

¹⁷ Cf. VIACAVA *et al.*, 2018, p. 1755/1757.

“Os duplos e triplos vínculos dos médicos, as reivindicações pela diminuição informal das jornadas de trabalho do pessoal de enfermagem e até de servidores que desempenham funções administrativas, de 40 para 30 horas, e a contratação de pessoal terceirizado são reflexo e potencializam o empresariamento da saúde. A precarização dos vínculos, a informalidade das formas de recrutamento de pessoal, por vezes permeáveis ao nepotismo, e as nomeações políticas para os ocupantes de cargos técnicos nas instituições públicas tornam quase inexecutáveis a dedicação e o compromisso dos servidores públicos com a implementação de um SUS universal.” (BAHIA, 2006, p. 166-167)

¹⁸ BRASIL, 1998. O ressarcimento e sua natureza distributiva serão tratados no Capítulo 4 desta tese.

ter recebido tais serviços da rede da operadora contratada.¹⁹ No entanto, o ressarcimento ao SUS só veio a ter sua constitucionalidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em 2018²⁰ e, ainda assim, permanece objeto de inúmeras discussões (e.g., no tocante aos critérios de cálculo dos valores devidos pelas operadoras) nas esferas administrativa e judicial²¹.

Por esses e outros motivos (como o já amplamente debatido e conhecido subfinanciamento do SUS), a alta desigualdade social e econômica do País ainda determina de forma preponderante a desigualdade em saúde, a despeito da instituição do SUS e do reconhecimento da saúde como direito. Também por todos esses motivos, não se pode dizer que o SUS tenha se consolidado como principal protagonista na estratégia da saúde, do País.

Acerca desse ponto, cabe dizer que a utilização do SUS pelas classes sociais de maior renda é fator importante tanto para a promoção do reconhecimento social do SUS como para a ampliação do apoio político necessário à sua efetivação. No entanto, a duplicação do sistema traz o risco de que o apoio dessas classes se limite ao aprimoramento dos serviços prestados pelo mercado de planos de saúde, mesmo que os serviços do SUS também sejam por elas utilizados, causando inclusive distorções na sua distribuição, como aquelas aqui apontadas.

Além disso, como dito, outras razões – de natureza política, econômica e sociais – têm sido apontadas para a crise do SUS, todas elas, de certa forma, entrelaçadas. Podem-se citar: (i) os efeitos perversos do subfinanciamento público²², especialmente por parte da União ao longo de todo esse período; (ii) a ausência do apoio da classe trabalhadora ao SUS, que, a partir da década de 1990, passa a comprar planos de saúde²³; (iii) a onda neoliberal que atingiu o País na década de 1990, justamente quando o sistema foi reconhecido e deveria ter sido construído²⁴; (iv) o enfraquecimento do apoio ao SUS pelos profissionais de

¹⁹ O ressarcimento e sua natureza distributiva serão tratados no Capítulo 4 desta tese.

²⁰ BRASIL, 2018.

²¹ ANS, 2019.

²² REIS *et al.*, 2016, p. 123/124.

²³ PAIM, 2008, p. 205/273.

²⁴ Na década de 1990, o Banco Mundial defende a adoção de políticas macroeconômicas que prejudicam os sistemas de saúde. Nesse sentido, cf. PAIM, 2008, p. 211/218.

saúde²⁵; e (v) o fortalecimento de planos e prestadores privados que articulam seus interesses em defesa da iniciativa privada.

Lobato e Giovanella definem “sistemas de saúde” como o resultado de um conjunto de relações políticas, econômicas e institucionais responsáveis pela condução dos processos relacionados à saúde de uma população. Se, por um lado, todos os sistemas apresentam certa forma de organização (e.g., rede de serviços, financiamentos); por outro, sistemas de saúde não podem ser separados da sociedade em que se encontram, pois fazem parte da sua dinâmica social²⁶, e a dinâmica desses sistemas está sempre relacionada a outros sistemas sociais de determinado tempo e lugar²⁷.

Nesse cenário, é natural que a discussão atual sobre a natureza jurídica da saúde ganhe relevância. É objeto de debate se saúde é direito, tal qual reconhecido na CF/88, ou se é mercadoria, tendo em vista o fortalecimento do mercado de planos de saúde.²⁸ Na perspectiva jurídico-constitucional, pode-se dizer que as normas constitucionais são claras no sentido de que a saúde é direito e de que a saúde é também livre à iniciativa privada, ou seja, é também mercadoria. No entanto, embora tenha instituído o SUS, a CF/88 não traz um modelo específico no tocante à relação público-privado do sistema.

Todos esses apontamentos sinalizam a necessidade de uma ampliação da “regulação” jurídica da distribuição de saúde, a fim de que não fique restrita aos serviços prestados diretamente pelo Poder Público nem ao âmbito do SUS. É esse o objeto a ser tratado na presente tese.

Pergunta de Pesquisa e Objetivos

Diante da realidade supramencionada, faz-se a seguinte pergunta de pesquisa: uma regulação distributiva para o mercado de planos de saúde encontra amparo no arcabouço jurídico constitucional existente? Para responder a essa

²⁵ PAIM, 2008, p. 283.

²⁶ LOBATO; GIOVANELLA, 2012, p. 107.

²⁷ LOBATO; GIOVANELLA, 2012, p. 109.

²⁸ A discussão acerca da saúde como direito ou como mercadoria é atual e não trivial. No entanto, não é este o foco desta tese. Cabe apenas mencioná-la, já que a sua existência reforça a relevância dos objetivos aqui propostos.

pergunta de pesquisa, foram delineados três objetivos específicos, distribuídos em dois capítulos desta tese:

- 1) identificar os princípios constitucionais que norteiam a atividade privada de saúde no País (Capítulo 1);
- 2) identificar e delimitar o sub-ramo de Direito Econômico Sanitário na CF/88 (Capítulo 3, Seção 3.2); e
- 3) utilizar os referenciais teóricos de dois importantes autores – Calixto Salomão Filho e Diogo R. Coutinho (Capítulo 3, Seção 3.3) –, para identificar como a regulação distributiva é compreendida por teóricos do Direito que são referência em “regulação de atividades econômicas”.

Método e Organização do Trabalho

Esta tese encontra-se dividida em quatro capítulos. O primeiro busca responder à seguinte pergunta, referente ao primeiro objetivo específico:

A CF/88 aponta os princípios que devem nortear a atividade privada de saúde no País, ou há lacunas sobre o tema?

Para responder a essa pergunta, foi feita uma pesquisa descritiva sobre os art. 196 a 200 da CF/88. Essa pesquisa, realizada em duas etapas, consta no artigo “A saúde e a iniciativa privada na Constituição Federal de 1988: princípios jurídicos”, de autoria de Maria Eugênia Ferraz do Amaral Bodra e Sueli Gandolfi Dallari²⁹, inserido nesta tese como Capítulo 1, já que ainda aguarda publicação.

A primeira etapa teve como base o contexto social e político que ensejou a edição desses artigos. A metodologia empregada foi de levantamento documental a partir da Ata da Subcomissão de Saúde da Assembleia Constituinte³⁰, seguida de reflexão a partir do referencial teórico de Martin Loughlin³¹.

²⁹ O artigo, no prelo, “A saúde e a iniciativa privada na Constituição Federal de 1988: princípios jurídicos”, de autoria de Maria Eugênia Ferraz do Amaral Bodra e Sueli Gandolfi Dallari, foi aprovado, em 2 de setembro de 2019, para publicação pela *Revista de Direito Sanitário* (ISSN impresso: 1516-4179; ISSN eletrônico: 2316-9044). Está transcrito, com algumas modificações, no Capítulo 1.

³⁰ BRASIL, 1987.

³¹ LOUGHLIN, 2010.

A segunda etapa foi de natureza jurídico-doutrinária. Por meio do sítio eletrônico da Faculdade de Saúde Pública (USP)³², foram selecionados artigos científicos a partir: (i) da base de dados Lilacs, empregando-se os descritores de assunto “constituição e estatutos” e “direito a saúde”; (ii) do Portal de Busca Integrada, empregando-se as palavras “constituição” e “direito a saúde” (refinada por tipo de recurso “artigos” e “revistas revisadas por pares”); (iii) da base de dados Scopus, empregando-se os termos “*constitution*” e “*right to health*”; e (iv) da base de dados Web of Science, empregando-se as palavras “*constitution*” e “*right to health*”. Também foi feita pesquisa com as palavras “constituição” e “saúde” no banco de dados lusdata da Biblioteca da Faculdade de Direito da USP, acessado pelo sítio eletrônico da Faculdade de Direito (FDUSP)³³. Por fim, foi feita pesquisa no banco de dados bibliográficos da USP, DEDALUS, acessado pelo sítio eletrônico da Faculdade de Direito (FDUSP), e no sítio eletrônico da *Revista de Direito Sanitário*³⁴, da USP, com os termos “saúde e relevância pública” e “saúde e iniciativa privada”. No DEDALUS, foi feita pesquisa adicional com as palavras “saúde” e “privado”, tendo sido examinadas dissertações e teses.

O segundo capítulo busca responder à seguinte pergunta, cuja resposta é necessária para atender aos demais objetivos específicos desta tese:

Qual a natureza das normas que regulam o mercado de planos de saúde?

Nesse capítulo, descrevem-se as principais características da atual regulação do mercado de planos de saúde. A regulação da Agência Nacional de Saúde (ANS) e da Lei dos Planos de Saúde³⁵ é organizada em cinco grupos de normas, conforme suas finalidades: (i) normas constitutivas; (ii) normas de proteção ao sistema financeiro nacional; (iii) normas de proteção ao consumidor; (iv) normas de indução; e (v) norma distributiva. Em seguida, é apresentada uma descrição sucinta da regulação promovida pelo Conselho Administrativo de Defesa

³² Disponível em: <http://www.biblioteca.fsp.usp.br/>. Data de acesso: 23 jul. 2019.

³³ Disponível em: <http://www.direito.usp.br/>. Data de acesso: 23 jul. 2019.

³⁴ Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan>. Data de acesso: 23 jul. 2019.

³⁵ BRASIL, 1998.

Econômica (CADE), a partir da Lei nº 12.529/2011³⁶ e de dois Cadernos do CADE³⁷ sobre o setor de saúde suplementar. Esse capítulo disponibiliza ao leitor – especialmente àquele que desconhece a atual regulação sobre o mercado de planos de saúde – a natureza das principais normas vigentes, apontando a quase ausência de normas distributivas sobre esse setor.

O terceiro capítulo busca responder a duas perguntas. A primeira, referente ao segundo objetivo específico, é:

Há um diálogo entre os princípios constitucionais do Direito Econômico e do Direito Sanitário?

Busca-se identificar se, do ponto de vista constitucional, há um diálogo entre os princípios do Direito Econômico – ramo no qual está inserida a regulação das atividades econômicas e dos serviços públicos – e os princípios de Direito Sanitário apontados no Capítulo 1. A metodologia utilizada é a construção de um diálogo entre determinados teóricos – Fabio Konder Comparato³⁸, sobre Direito Econômico; Eros Roberto Grau³⁹ sobre Direito Econômico na CF/88; e Sueli Dallari⁴⁰ e Fernando Aith⁴¹, sobre Direito Sanitário⁴² – e o conteúdo do Capítulo 1, com referências à teoria de Amartya Sen⁴³.

A segunda pergunta do Capítulo 3, referente ao último objetivo específico, é:

Como a regulação distributiva é compreendida por teóricos do direito que são referência em “regulação de atividades econômicas”?

³⁶ BRASIL, 2011b.

³⁷ CADE, 2015; 2018.

³⁸ COMPARATO, 1978; 2013.

³⁹ GRAU, 2003; 2004; 2018.

⁴⁰ DALLARI; NUNES JÚNIOR, 2010.

⁴¹ AITH, 2007; 2017.

⁴² “O Direito Sanitário é o ramo do Direito que disciplina as ações e serviços públicos e privados de interesse à saúde, formado pelo conjunto de normas jurídicas – regras e princípios –, que tem como objetivos a redução de riscos de doenças e de outros agravos e o estabelecimento de condições que assegurem o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde.” (AITH, 2007, p. 137)

⁴³ SEN, 2004.

Para identificar como a regulação distributiva é compreendida por teóricos do direito que são referência em “regulação de atividades econômicas”, recorre-se a dois importantes teóricos da Faculdade de Direito da USP no âmbito do Direito Econômico: (i) Calixto Salomão Filho⁴⁴, que trata da regulação dos setores de saúde e educação; e (ii) Diogo R. Coutinho⁴⁵, que traz o contexto no qual se deu o debate sobre a regulação de serviços públicos na década de 1990, bem como o processo em que se deu a conexão da ideia de “regulação” com a promoção do livre mercado e a busca pela “eficiência” e “competitividade”⁴⁶. A metodologia consistiu na interpretação dos referenciais de análise desses autores em interface com dois autores estrangeiros: Debra Satz⁴⁷ e Ha Joon Chang⁴⁸.

O quarto capítulo busca responder à seguinte pergunta, referente ao objetivo geral:

Uma regulação distributiva para o mercado de planos de saúde encontra amparo no arcabouço jurídico constitucional existente?

Por fim, no Capítulo 4, conjugam-se os fundamentos e as conclusões dos capítulos anteriores. A partir daí, apontam-se, de forma introdutória, os elementos para a elaboração de uma política distributiva que regule o mercado de planos de saúde a partir de três princípios constitucionais. A metodologia se baseia na interpretação e no diálogo entre os referenciais teóricos⁴⁹ indicados ao longo da tese, que proporcionam e conferem sentido próprio à área de interseção das disciplinas de Direito Econômico e de Direito Sanitário e aos elementos introdutórios da política distributiva ora defendida.

O marco teórico utilizado é essencialmente jurídico, composto, em sua maioria, por teorias produzidas por professores de Direito da Universidade de São

⁴⁴ SALOMÃO FILHO, 2008.

⁴⁵ COUTINHO, 2014.

⁴⁶ Nas palavras do autor: “[...] identificar, o fio condutor que, por uma certa trilha da *law and economics*, liga a ideia de eficiência à noção, mais concreta, de regulação.” (COUTINHO, 2014, p. 17)

⁴⁷ SATZ, 2010.

⁴⁸ CHANG, 2002.

⁴⁹ Em especial, COMPARATO, 1978, 2013; GRAU, 2003, 2004, 2018; DALLARI; NUNES JÚNIOR, 2010; AITH, 2007, 2017; SALOMÃO FILHO, 2008; COUTINHO, 2014; 2019; SEN, 2004. Ao final, na elaboração dos princípios, recorre-se também a SILVA, V., 2002, 2009.

Paulo. Outrossim, a teoria de Amartya Sen⁵⁰ – especialmente a sua distinção entre “recursos de saúde” e “resultados de saúde” – é de natureza filosófica e dialoga diretamente tanto com os dispositivos previstos na CF/88, especialmente com o art. 196, quanto com as referências empíricas que ilustram toda a narrativa desenvolvida ao longo do texto.

Esta tese tem contornos definidos. Está centrada na apresentação de uma solução jurídica que possa contribuir para a distribuição igualitária de saúde, com o fim de favorecer a progressão da efetivação desse direito. Não se imagina que um problema tão complexo seja resolvido apenas por meio da solução aqui apontada. É importante trazer contribuições adicionais, inclusive jurídicas, para um debate que já conta com amplas e ricas contribuições de diversas outras áreas do conhecimento.

⁵⁰ SEN, 2004.

1 A SAÚDE E A INICIATIVA PRIVADA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: PRINCÍPIO JURÍDICOS⁵¹

A compreensão dos princípios constitucionais que norteiam a atividade do setor privado de saúde no Brasil é tarefa necessária e importante. Por isso, torna-se imperioso verificar se a CF/88 aponta os princípios constitucionais que devem nortear a atividade privada de saúde no País ou se há lacuna sobre o tema na Constituição. Nesse contexto, a primeira etapa desta pesquisa trata da compreensão do contexto social e político que ensejou a edição dos artigos 196 a 200 da Carta Magna, já que esse elemento é fundamental para a compreensão do seu significado jurídico.

1.1 Contexto Sociopolítico Subjacente à Edição dos Art. 196 a 200 da CF/88

A partir da década de 1970, em paralelo ao movimento de redemocratização do País, começou a se consolidar no Brasil o movimento de Reforma Sanitária. Em torno desse movimento, professores universitários, estudantes, variados setores populares, trabalhadores e profissionais da saúde provenientes das diversas regiões do País iniciaram a construção de um pensamento político que pudesse romper com a situação da época. Vale lembrar que, antes da CF/88, a população que não tivesse vínculo formal de trabalho recebia atendimento de instituições filantrópicas (entidades privadas) quando existentes ou disponíveis. À época, já existiam planos de saúde privados que atendiam o trabalhador formal, por meio dos Institutos de Previdência.

Em 1976, foi criado o Centro Brasileiro de Estudos de Saúde (CEBES) e, em 1986, com a conquista da democracia, foi realizada a 8ª Conferência Nacional de Saúde, que reuniu cerca de 4 mil pessoas⁵². Essa conferência refletiu um

⁵¹ Este capítulo foi extraído, com algumas modificações, do artigo, no prelo, “A saúde e a iniciativa privada na Constituição Federal de 1988: princípios jurídicos”, de Maria Eugênia Ferraz do Amaral Bodra e Sueli Gandolfi Dallari, aprovado, em 2 de setembro de 2019, para publicação pela *Revista de Direito Sanitário* em 2.9.2019 (ISSN impresso: 1516-4179; ISSN eletrônico: 2316-9044).

⁵² Para mais informações sobre a importância da criação do CEBES e da realização da 8ª Conferência Nacional de Saúde, cf. PAIM, 2008. Referindo-se às Reformas Sanitárias no mundo e no Brasil, o autor explica que “[n]o caso do Brasil, surgiu em meados da década de [19]70, um movimento postulando a democratização da saúde, justamente num período no qual novos sujeitos emergiram nas lutas contra a ditadura. Estudantes, professores universitários, setores populares e entidades de profissionais de saúde passaram a defender mudanças na saúde, culminando com a criação do Centro Brasileiro de Estudos de Saúde (CEBES) em 1976 (FLEURY, 1997). A conquista da democracia em 1985 possibilitou a realização da 8ª Conferência

processo de discussão iniciado em pré-conferências estaduais e municipais, as quais produziram textos, debates e mesas-redondas que culminaram em um relatório final⁵³. Desse relatório se depreende que o conceito de direito à saúde é amplo e está relacionado com as determinantes sociais da saúde, como: educação, trabalho, moradia, alimentação, participação popular, acesso universal e igualitário.

Defendia-se a criação de um Sistema Único de Saúde, com base na estruturação do Sistema Nacional de Saúde, totalmente separado da Previdência. No tocante à organização dos serviços, advogava-se pela

[...] descentralização na gestão dos serviços; integralização das ações superando a dicotomia preventivo – curativo; unidade na condução das políticas setoriais; regionalização e a hierarquização das unidades prestadoras de serviços; participação da população através de suas entidades representativas, na formulação da política, do planejamento, na gestão, na execução e na avaliação das ações de saúde; fortalecimento do papel do Município; introdução de práticas alternativas de assistência à saúde no âmbito do serviço de saúde, possibilitando ao usuário o direito democrático de escolher a terapêutica preferida.⁵⁴

No que dizia respeito às condições de acesso e qualidade, colocava-se a favor da

[...] universalização em relação à cobertura populacional a começar pelas áreas carentes ou totalmente desassistidas; equidade em relação ao acesso dos que necessitam de atenção; atendimento oportuno segundo as necessidades; respeito a dignidade dos usuários por parte dos servidores e prestadores de serviço de saúde, como um claro dever e compromisso com sua função pública; atendimento de qualidade compatível com o estágio de desenvolvimento do conhecimento e com recursos disponíveis; direito de acompanhamento a doentes internados, especialmente crianças; direito de assistência psicológica sem a discriminação que existe atualmente.⁵⁵

O relatório documenta o início de uma ampla campanha de mobilização popular para garantir que a Constituinte assegurasse o direito universal à saúde, contra a mercantilização da medicina e pela melhoria dos serviços públicos. Nesse

Nacional de Saúde no ano seguinte. Nesse evento, reafirmou-se o reconhecimento da *saúde como um direito de todos e dever do Estado*, recomendando-se a organização de um Sistema Único de Saúde (SUS) descentralizado (com atribuições específicas para União, estados e municípios) e democrático (garantindo a participação social na formulação das políticas de saúde, no acompanhamento e na avaliação). A partir dessa Conferência, a sociedade brasileira passou a dispor de um corpo doutrinário e um conjunto de proposições políticas voltados para a saúde que apontavam para a democratização da vida social e para uma Reforma Democrática do Estado.” (PAIM, 2008, p. 26/27)

⁵³ BRASIL, 1986.

⁵⁴ BRASIL, 1986, p. 10/11.

⁵⁵ BRASIL, 1986, p. 11

contexto, promove a caracterização dos serviços de saúde como públicos e essenciais.

Dito documento reconhece a impossibilidade de estatização do setor privado, o que exigiria recursos financeiros inexistentes, mas aponta para um consenso sobre a necessidade de ampliação e fortalecimento do setor público, deixando claro que a participação do setor privado deve se dar por meio de serviço público “concedido” e contrato regido por normas de direito público. Define-se então que o SUS é o principal objetivo a ser alcançado, por meio inclusive de controle dos serviços privados.

O principal objetivo a ser alcançado é o Sistema Único de Saúde, com expansão e fortalecimento do setor estatal em níveis federal, estadual e municipal, tendo como meta uma progressiva estatização do setor. Os prestadores de serviços privados passarão a ter controlados os seus procedimentos operacionais e direcionadas suas ações no campo da saúde, sendo ainda coibidos os lucros abusivos. O setor privado será subordinado ao papel diretivo da ação estatal nesse setor, garantindo o controle dos usuários através dos seus segmentos organizados. Com o objetivo de garantir a prestação de serviços à população, deverá ser considerada a possibilidade de expropriação dos estabelecimentos privados nos casos de inobservância das normas estabelecidas pelo setor público.⁵⁶

O Relatório da 8ª Conferência Nacional de Saúde serviu de base para os trabalhos da Subcomissão de Saúde, Seguridade e do Meio Ambiente da Assembleia Constituinte de 1988⁵⁷. Após a oitiva das diversas entidades representativas da saúde e da população, a Subcomissão elaborou uma proposta que espelha boa parte dos conceitos defendidos na 8ª Conferência.

O quadro a seguir compara o texto da Subcomissão, na coluna da esquerda, e o texto final aprovado em 1988, na coluna da direita, com ordem alterada, para cotejar os dispositivos similares.

⁵⁶ BRASIL, 1986, p. 12.

⁵⁷ BRASIL, 1987.

Quadro 01 – Evolução do Texto Constitucional

Texto da Subcomissão	Texto da CF/88
<p>Art. 1º A saúde é um dever do Estado e um direito de todos.</p> <p>§1º O Estado assegura a todos condições dignas de vida e acesso igualitário e gratuito às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde de acordo com suas necessidades.</p> <p>§2º A Lei disporá sobre a ação de rito sumário pela qual o cidadão exigirá do Estado o direito previsto neste artigo.</p>	<p>Art. 196 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 e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.</p>
<p>Art. 2º As ações e serviços de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um Sistema Único, organizado de acordo com os seguintes princípios:</p> <p>I – comando administrativo único em cada nível de governo;</p> <p>II – integralidade e continuidade na prestação das ações de saúde;</p> <p>III – gestão descentralizada, promovendo e assegurando a autonomia dos Estados e Municípios;</p> <p>IV – participação da população através de entidades representativas na formulação das políticas e controle das ações nos níveis federal, estadual e municipal, em conselhos de saúde.</p> <p>Art. 3º O Sistema Único é financiado pelo Fundo Nacional de Saúde, com recursos provenientes da receita tributária.</p> <p>§1º Os Fundos Estaduais e Municipais são constituídos com recursos oriundos dessas unidades político-administrativas do Fundo Nacional.</p> <p>§2º Os dispêndios nacionais destinados à saúde não serão inferiores à dez por cento do Produto Interno Bruto.</p>	<p>Art. 198 As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:</p> <p>I – descentralização, com direção única em cada esfera de governo;</p> <p>II – atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;</p> <p>III – participação da comunidade.</p> <p>§1º O sistema único será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.</p> <p>§2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre:</p> <p>I – [...]</p> <p>§3º Lei complementar, que será reavaliada pelos menos a cada 5 anos, estabelecerá:</p> <p>[...]</p>

Quadro 01 – Evolução do Texto Constitucional

<p>Art. 4º As ações de saúde são funções de natureza pública, cabendo ao Estado sua normalização, execução e controle.</p> <p>§1º O setor privado de prestação de serviços de saúde pode colaborar na cobertura assistencial à população, sob as condições estabelecidas em contrato de direito público, tendo preferência e tratamento especial as entidades sem fins lucrativos.</p> <p>§2º O Poder Público pode intervir e desapropriar os serviços de saúde de natureza privada; necessários ao alcance dos objetivos da política nacional do setor.</p> <p>§3º Fica proibida a exploração direta ou indireta, por parte de pessoas, empresas e capitais de procedência estrangeira, dos serviços de assistência à saúde no País.</p> <p>Art. 6º É assegurado o livre exercício da atividade liberal em saúde e a organização de serviços de saúde privados, obedecidos os preceitos éticos e técnicos determinados pela Lei e os princípios que norteiam a política nacional de saúde.</p> <p>Art. 9º É permitida a remoção de órgãos de tecidos de cadáveres humanos para fim de transplante, não havendo disposição contrária em vida do “de cujus” e nem manifestação proibitiva da família.</p> <p>§1º [...]</p> <p>§3º É proibido qualquer tipo de comercialização de órgãos e tecidos humanos.</p>	<p>Art. 197 CF/88 São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.</p> <p>Art. 199 CF/88 A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.</p> <p>§1º As instituições privadas poderão participar de forma complementar do Sistema Único de Saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.</p> <p>§2º É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.</p> <p>§3º É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei.</p> <p>§4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.</p>
---	---

Quadro 01 – Evolução do Texto Constitucional

<p>Art. 5º As políticas de recursos humanos, saneamento básico, insumos, equipamentos e desenvolvimento científico e tecnológico na área de saúde são subordinadas aos interesses e diretrizes do Sistema Único de Saúde.</p> <p>§1º Cabe ao Poder Público disciplinar e controlar a produção e distribuição de medicamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos, com vistas à preservação da soberania nacional.</p> <p>§2º É dever do Estado exercer o controle das drogas de abuso e demais produtos tóxicos inebriantes e estabelecer princípios básicos para prevenção de seu uso.</p> <p>Art. 7º [...]</p> <p>Art. 8º [...]</p> <p>Art. 11 Compete ao Estado, através de Sistema único de Saúde, a fiscalização da qualidade dos alimentos, medicamentos e outros produtos de consumo e uso humano, utilizados no território Nacional.</p>	<p>Art. 200 Ao Sistema Único de Saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:</p> <p>I – controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;</p> <p>II – executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;</p> <p>III – ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;</p> <p>IV – participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;</p> <p>V – incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico;</p> <p>VI – fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;</p> <p>VII – participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;</p> <p>VIII – colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.</p>
---	--

Fonte: baseado em BRASIL, 1987; 1988.

O texto final aprovado pela Assembleia Constituinte mantém o fio condutor da proposta apresentada pela Subcomissão. Assim emerge o ramo do Direito Sanitário brasileiro, baseado em um conceito amplo de saúde que permeia diversos setores (*i.e.*, medicamentos, alimentos, saneamento básico, meio ambiente e trabalho, assistência médica e hospitalar), fundamentado no acesso universal, na igualdade, na integralidade e na participação social, bem como organizado por meio de um sistema único de saúde, descentralizado e regionalizado.

No que tange ao setor privado, a redação final do texto constitucional foi modificada em pontos importantes. A Ata da Subcomissão de Saúde, Seguridade e do Meio Ambiente⁵⁸ indica que parte atuante da sociedade brasileira – como os representantes das entidades filantrópicas, das empresas de “Medicina de Grupo”, dos hospitais e dos estabelecimentos de saúde – teve participação importante na defesa da “livre iniciativa” na assistência à saúde durante os trabalhos da Assembleia Constituinte. Em razão disso, o texto da Subcomissão – que atribuía ao Estado o controle do setor privado e definia que o serviço privado passaria a ter natureza pública e seria normatizado, controlado e fiscalizado pelo Estado por meio de uma política nacional de saúde e de contratos de “direito público” – não foi mantido pela Assembleia Constituinte. O consenso que restou estabelecido é o de que as ações e serviços de saúde são de “relevância pública” e que a atuação do Estado sobre o setor privado (regulamentação, fiscalização e controle) deve ser definida por meio de lei.

Em suma, prevaleceu na sociedade brasileira o entendimento de que a saúde é direito humano fundamental e, como tal, está balizada pelos valores constitucionais da dignidade de vida, da igualdade de acesso aos serviços de saúde, da integralidade e continuidade na prestação das ações de saúde e da participação da comunidade. Também predominou a noção de que o ente público é responsável pela ampla sistematização intersetorial (*e.g.*, meio ambiente, trabalho, vigilância sanitária e epidemiológica, assistência fornecida pelo setor público e pelo privado), pela regulamentação, pela fiscalização e pelo controle das ações e serviços de saúde. Igualmente, preponderou a ideia de que a assistência à saúde (médica e hospitalar) é livre à iniciativa privada, nos limites da regulação estatal.

Embora o referido consenso não imponha um modelo específico de sistema público-privado, ele fornece diretrizes para o estabelecimento, o funcionamento e o aprimoramento do sistema. Portanto, os contextos social e político que culminam em 1988 conferem elementos importantes para a compreensão das normas constitucionais sobre a saúde, inclusive daquelas que se referem ao setor privado. Pode-se dizer que o ramo emergente do Direito Sanitário resulta de um processo de ampla participação e deliberação popular, realizado por

⁵⁸ BRASIL, 1987.

meio de conferências municipais, regionais e nacionais de saúde nas décadas de 1970 e 1980, bem como por meio de um amplo debate ao longo dos trabalhos da Assembleia Constituinte.

O texto resultante da 8ª Conferência Nacional de Saúde sofreu alterações importantes, conforme indicado, mas não em seus valores estruturantes. Em outras palavras, ao menos no tocante à saúde, os princípios de direito incorporados ao texto refletem diretamente os valores da sociedade, de modo que é possível dizer que a Carta de 1988, no tocante ao Direito Sanitário, consiste em um verdadeiro pacto da sociedade brasileira. Como esses valores ou princípios refletem a vontade de diversos segmentos da sociedade civil (*e.g.*, profissionais da saúde, trabalhadores, professores universitários, empresários do setor), eles acabam por se tornar legítimos limitadores da vontade dos governantes e das instituições brasileiras,⁵⁹ ou seja, são anteriores e superiores ao ordenamento jurídico e foram construídos e reconhecidos anos antes da formação da Assembleia Constituinte. Portanto, a ideia de “vontade do povo” aqui não é uma abstração nem um conceito ideal criado a partir da necessidade de um consenso para a elaboração de uma Constituição.⁶⁰

Não obstante, a ideia de nação brasileira não está fundamentada essencialmente nessas normas e valores. Constituições anteriores abarcavam esses elementos, e nem por isso a ideia de nação brasileira foi questionada anteriormente. Nesse sentido, conforme aponta Loughlin⁶¹ ao diferenciar as Constituições modernas das antigas, estas traziam a ideia de “povo” como um elemento “sagrado” ou “simbólico” no qual se fundava o conceito de Nação. De fato, a Constituição de 1988 não carrega esse antigo simbolismo, ao menos no tocante ao tema aqui tratado, podendo mesmo ser caracterizada como moderna no sentido atribuído pelo referido autor.

Mesmo assim, é possível afirmar que a ideia de igualdade, ou de equidade e/ou solidariedade – centrais ao Direito Sanitário e ao sistema de seguridade como um todo –, fundamenta uma concepção de nação a ser construída. De fato, os valores do Direito Sanitário não refletem apenas interesses

⁵⁹ Para melhor compreensão deste tema, cf. LOUGHLIN, 2010, Chapter 3.

⁶⁰ LOUGHLIN, 2010, p. 49/55.

⁶¹ LOUGHLIN, 2010, p. 49/55.

segmentados de determinados grupos da sociedade civil, vitoriosos em determinadas circunstâncias. Os princípios jurídicos do Direito Sanitário são um reflexo dos valores do “povo” ou da “sociedade brasileira” na sua concepção mais ampla, ou seja: são valores de uma nação que pretende ser mais igualitária. Por esses motivos, tais valores podem ser entendidos como públicos, ou de todo o povo brasileiro, em um sentido que pode se localizar entre o concreto e o ideal, mas que não é meramente simbólico (*i.e.*, algo divino ou transcendente).

Em suma, os princípios jurídicos de Direito Sanitário não são apenas instrumentos jurídicos racionais e distantes da vontade da sociedade brasileira. Não são mera argumentação de técnicos ou de uma elite jurídica. Tiveram origem em ampla deliberação e consenso popular e são os legítimos parâmetros tanto para elaboração de normas infraconstitucionais como para a condução das ações da sociedade e dos governantes.

1.2 Teorias Jurídicas sobre a Saúde na CF/88

Como visto, o texto final aprovado em 1988 reconheceu a liberdade de iniciativa no setor de saúde, com restrições e controles que seriam estabelecidos por meio de lei. Hoje fica claro que foi estabelecido um enorme desafio ao País: criar e consolidar, com base nos princípios constitucionais do direito à saúde, um sistema público de saúde ao lado de um sistema privado já existente.

O art. 196 da CF/88 dispõe:

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 e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.⁶²

Esse dispositivo define que, no Brasil, todos os cidadãos têm direito à saúde, sendo dever do Estado organizar e implementar políticas sociais e econômicas que tenham em vista dois objetivos: (i) reduzir o “risco de doença e de outros agravos”; e (ii) conferir “acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. A obrigação estatal imposta pelo artigo em referência é, portanto, de dois tipos:

[...] obrigações relacionadas com a saúde pública e obrigações relacionadas com a saúde individual de cada cidadão. No que se refere

⁶² BRASIL, 1988, art. 196.

às primeiras, o Estado deve adotar antecipadamente todas as condutas necessárias para a promoção, prevenção e recuperação da saúde da população. Estamos no campo de ações preventivas, ativas, obrigações expressas do Estado que podem ser identificadas, planejadas e exigidas. Já quando nos referimos a saúde individual, não há como exigir que o Estado dê saúde para todo mundo. O Estado deve garantir sim o acesso às ações e serviços necessários para a prevenção, promoção e recuperação da saúde, quando isso se mostrar possível e necessário.⁶³

O art. 196 define diretrizes específicas para todo o setor de saúde. Influencia tanto os art. 198 e 200, que tratam das ações e serviços públicos de saúde e das atribuições do SUS, como os art. 197 e 199, que versam sobre as ações e serviços de saúde executados por terceiros e por pessoas físicas ou jurídicas de direito privado.⁶⁴ Portanto, o dever do Estado se concretiza: (i) na prestação direta de ações e serviços públicos de saúde, consubstanciados nos art. 198 e 200; (ii) na regulamentação, fiscalização e controle das ações e serviços privados de saúde previstos no art. 197; e (iii) nas limitações impostas nos parágrafos do art. 199. Interessa aqui diretamente analisar os art. 197 e 199:

Dispõe o art. 197 da CF/88:

São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.⁶⁵

Por sua vez, assim versa o art. 199:

A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§1º As instituições privadas poderão participar de forma complementar do Sistema Único de Saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

§2º É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.

§3º É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei.

§4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.⁶⁶

⁶³ AITH, 2007, p. 85.

⁶⁴ BRASIL, 1988.

⁶⁵ BRASIL, 1988, art. 197.

⁶⁶ BRASIL, 1988, art. 199.

Verifica-se, então, que a iniciativa privada é livre para fornecer ações e serviços de saúde. Todavia, tal atuação é sempre de “relevância pública” (197), é balizada pelo Poder Público (197 e 199, §1º) e está limitada e/ou proibida em certas situações (art. 199, §2º a 4º).

No tocante ao balizamento pelo Poder Público, cabe fazer uma distinção. Quando as instituições privadas participarem de forma complementar ao Sistema Único de Saúde, mediante contrato de direito público ou convênio, tal participação deve seguir tanto as diretrizes do SUS, ou seja, aquelas indicadas no art. 198 da CF/88, como as diretrizes do art. 196 que se aplicam a todas as ações e serviços de saúde. Nos demais casos, as ações e serviços de saúde prestados pelas instituições privadas também deverão seguir as duas grandes diretrizes do sistema, constantes do art. 196 da CF/88.

Quanto às diretrizes do SUS, cabe uma ponderação. Na redação final da CF/88, o art. 198 passou a vir depois do art. 197. Optou-se por distinguir dois tipos de serviço: o público (art. 198) e o de relevância pública (art. 197). O *caput* do art. 198 trata apenas dos serviços públicos, ao passo que o art. 197 dispõe sobre as ações e serviços de relevância pública. Em uma primeira análise, parece que aos serviços de relevância pública não seriam aplicáveis as diretrizes do art. 198, restritas aos serviços públicos. Ocorre que os serviços de relevância pública devem ser não só fiscalizados, mas também regulamentados e controlados pelo Poder Público. Ora, se ao mesmo tempo a Constituição Federal define a criação de um sistema público, único, com diretrizes claras de funcionamento, pode-se depreender não só que as diretrizes gerais do art. 196 devem dialogar com as diretrizes específicas do art. 198 na construção do sistema público de saúde, como também que as diretrizes gerais do art. 196 devem dialogar com as diretrizes específicas do art. 198 para nortear a fiscalização, a regulamentação e o controle do sistema privado (previstos no artigo art. 197). Em outros termos, as diretrizes do SUS (art. 198) são condição de eficácia das diretrizes gerais do sistema de saúde como um todo (art. 196), pois, do contrário, ter-se-ia a possibilidade de um sistema de saúde que promovesse agravamento de riscos e acesso segmentado ou desigual, ou seja, haveria a impossibilidade da realização das próprias diretrizes gerais do art. 196.

Portanto, da interpretação sistemática dos art. 196 a 200 da CF/88, considerando especialmente os art. 196-198, extrai-se que a obrigação atribuída ao Poder Público de regulamentar, fiscalizar e controlar as ações e serviços de saúde (cuja execução poderá ser feita por terceiros ou pelo setor privado) é parametrizada constitucionalmente pelas duas finalidades gerais da saúde. Tais finalidades são indicadas no art. 196 – (i) redução do “risco de doença e de outros agravos” e (ii) “acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” – e, também, por um diálogo com as diretrizes do SUS,⁶⁷ o qual deve se dar no sentido de contribuir para a efetividade de tais objetivos e jamais prejudicar o seu alcance.

Exemplo claro de regulamentação aplicada ao setor privado com a finalidade de “acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde” está no art. 32 da Lei nº 9.656/1998. Referido dispositivo corrobora aquilo que foi exposto até aqui ao determinar que as operadoras de planos de saúde ressarcirão ao SUS os serviços que este prestar aos beneficiários daquelas que, por contrato, teriam direito de ter recebido tais serviços da rede da operadora contratada. Vários objetivos decorrem dessa norma, dentre os quais se destacam:

- 1) evitar que a rede pública sirva de suporte “indireto” às operadoras privadas de saúde, incentivando, assim, o desenvolvimento de um setor privado eficiente, autossustentável econômica e financeiramente, que mantenha uma estrutura de serviços compatível com a demanda de seus usuários, ampliando de forma efetiva o acesso à saúde;
- 2) garantir que o maior número possível de cidadãos brasileiros tenha acesso às ações e serviços públicos de saúde, especialmente a parcela da população brasileira que não possui plano de saúde, considerando que os recursos públicos destinados ao setor são insuficientes para toda a população; e
- 3) organizar uma rede de dados e informações sobre serviços públicos fornecidos a usuários de planos de saúde, com a finalidade de

⁶⁷ A Constituição de 1988 é inovadora e surpreendente em termos de matéria constitucional, já que não apenas cria uma instituição para organizar e executar as ações e serviços públicos, mas também determina seus princípios, diretrizes e forma de organização (cf. PINHEIRO; ROMERO, 2012, p. 64).

aprimorar constantemente a regulamentação, a fiscalização e o controle das operadoras de planos de saúde.

Em se tratando da distinção entre setor privado e terceiros, tem-se o seguinte:

Em direito administrativo, quando se diz que um serviço pode ser prestado ou executado pela Administração ou por terceiros, 'terceiros' significa pessoa privada a que se delega a prestação ou execução do serviço. Mas a cláusula sob exame distingue entre terceiros e pessoas físicas e jurídicas de direito privado. O 'e, também' é signo composto que indica a separação entre o antecedente e o conseqüente, e o faz, mediante adição reforçada, 'e' com 'também'. Então 'terceiros' só pode referir-se a entidades públicas ou paraestatais autônomas, de tal sorte que a compreensão do texto fica: 'a execução das ações e serviços de saúde pode ser feita pela Administração direta (Ministério, etc.), por entidades da Administração indireta e outros serviços autônomos a que seja delegada e, também, por pessoas físicas e jurídicas de direito privado'.⁶⁸

Além e antes disso, o art. 197 da CF/88 determina que as ações e serviços de saúde são de "relevância pública". Ademais, da leitura do art. 129, inc. II, da CF/88, constata-se que os serviços de "relevância pública", ao lado dos Poderes Públicos, se encontram no rol daqueles que devem ser "zelados" pelo Ministério Público:

Art. 129: São funções institucionais do Ministério Público:

.....

II – zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia.

Assim, deduz-se que cabe ao Ministério Público promover todas as medidas necessárias para garantir que os serviços de relevância pública (e os Poderes Públicos) respeitem e garantam os direitos assegurados na CF/88.

Até aqui, resta claro que a atuação do setor privado na saúde (excetuando os casos do §1º do art. 199) é permitida (ao lado dos entes estatais da administração direta e indireta), mas é regulamentada, fiscalizada e controlada pelo Poder Público, com o objetivo de promover a redução do "risco de doença e de outros agravos" e de garantir o "acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde". Além disso, a atuação do setor privado na saúde – que se encontra no rol das atividades que devem ser "zeladas" pelo Ministério Público – é regulamentada, fiscalizada e controlada pelo Poder

⁶⁸ SILVA, J., 2007, p. 769.

Público com o objetivo de contribuir para a efetivação das diretrizes do SUS e jamais prejudicá-la.

Cabe perquirir, então, qual a natureza dos serviços e ações de saúde prestados por entes privados. O termo “serviço de relevância pública” confere conotação pública a uma categoria de ações e serviços prestados por entes privados, ou seja, que estão organizados em regime de direito privado. Um dos caminhos para a compreensão do termo seria a partir de uma busca pelo significado de “serviço público”. Contudo, a definição de “serviço público” ajuda pouco nessa tarefa, já que, atualmente, o critério mais seguro para a definição de uma atividade como serviço público é a sua previsão como tal na Constituição Federal.

De qualquer forma, a doutrina que trata do tema contribui para a reflexão. Para Eros Grau,

[...] podemos adotar a seguinte noção de serviço público: serviço público é a atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como indispensável, em determinado momento histórico, à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social (Duguit⁶⁹) – ou, em outros termos, atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como serviço existencial relativamente à sociedade em um determinado momento histórico (Cirne Lima⁷⁰).⁷¹

Ao tratar especificamente do conceito de “relevância pública” em saúde na CF/88, Grau conclui que “a única função cumprida pelo conceito de relevância pública no quadro constitucional parece ser a de ensejar que o Ministério Público atue, em relação a eles, nos termos do art. 129, II da Constituição Federal”.⁷²

Luis Alberto David Araújo, ao tratar do tema, também explicita a função do Ministério Público no tocante às ações e serviços de saúde (“relevância pública”):

Dentre as medidas necessárias para garantia do cumprimento dos serviços de relevância pública, encontra-se a possibilidade de ajuizamento de ações contra os próprios órgãos públicos, quer para o cumprimento dos mandamentos constitucionais, quer para a correção da atividade quando desviada do vetor constitucional. A fiscalização, no entanto, não se resume a ilegalidade (o descumprimento de uma norma legal infra-constitucional). Cumpre ao Ministério Público também o papel de fiscalizar se a norma infra-constitucional (que pode ser uma ordem de serviço, uma

⁶⁹ DUGUIT, 1928, p. 61.

⁷⁰ CIRNE LIMA, 1982, p. 82.

⁷¹ GRAU, 2003, p. 267.

⁷² GRAU, 2004, p. 68-76.

portaria e até mesmo uma lei) cumpre o papel fixado pela Constituição. Há necessidade de controlar, além da legalidade, a observância ou não das ações governamentais em relação aos programas constitucionais. Muitas vezes, o administrador público, entendendo correto tal comportamento, fere mortalmente a Constituição Federal, sem ferir, ao menos imediatamente, nenhuma norma superior imediata.⁷³

O que decorre de tais afirmações é que o regime privado das ações e serviços de saúde não retira sua “relevância pública”, ou seja, tais atividades são consideradas “indispensáveis” para a coesão social, seja quando prestadas pelo regime de direito privado, seja quando prestadas pelo regime de direito público. A ideia de que a saúde tem conotação ou importância pública é coerente com a essencialidade dos serviços e ações de saúde e com sua íntima relação com os princípios constitucionais de proteção da vida e de dignidade da pessoa humana, centros gravitacionais da CF/88⁷⁴. Por isso, tais atividades permanecem sob a tutela do Estado, tanto que se sujeitam à regulamentação, fiscalização e controle do Poder Público com objetivos específicos⁷⁵, bem como à fiscalização do Ministério Público sobre a atuação do Poder Público em relação a esses objetivos expressamente definidos.

⁷³ ARAÚJO, 2004, p. 96.

⁷⁴ Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo também tratam da “relevância pública:

“De outra parte, a relevância pública das ações e dos serviços de saúde decorrente do caráter indisponível do direito fundamental e dos valores que visa proteger (vida, dignidade, integridade física e psíquica, adequadas condições de vida e de desenvolvimento da pessoa, meio ambiente saudável e equilibrado, entre outros), incide como parâmetro de modelação e (re)adequação das relações privadas, quer daquelas concernentes à exploração de recursos naturais e à produção de bens (com destaque para o licenciamento ambiental e urbano, em conjunto com as normas de direito ambiental), quer das atividades estabelecidas propriamente no setor da saúde, em especial no que concerne aos planos e seguros privados, fundamentando o afastamento de cláusulas contratuais abusivas (oportunidade em que dialoga com o direito do consumidor) e dando resposta para o intrincado problema da solução de continuidade dos serviços de saúde, já que, embora a assistência seja prestada por particular, não perde o caráter público que lhe é inerente, justificando a imposição de obrigações típicas do regime de direito público.” (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 18)

No texto citado, Sarlet e Figueiredo, ao lado de Claudia Lima Marques *et al.* (1999), Adalberto Pasqualoto (1999) e outros autores, defendem que o caráter fundamental do direito humano à saúde está aliado à proteção do consumidor vulnerável, a partir da proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III e 6º da Constituição Federal). Em outros termos, esses autores também tratam de questões relacionadas ao setor privado da saúde, mas a partir de outra perspectiva.

As obras referenciadas por Sarlet e Figueiredo encontram-se em MARQUES; LOPES; PFEIFFER, 1999. Sobre a influência dos direitos fundamentais no direito privado, cf. SARLET, 2016.

⁷⁵ Como já dito, os objetivos são: (i) reduzir o “risco de doença e de outros agravos” e (ii) garantir o “acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde”. Além disso, há que se contribuir para a efetivação das diretrizes do SUS e jamais prejudicá-la.

Dessa forma, a Constituição acaba por conferir ao Estado verdadeira responsabilidade sobre as ações e serviços de saúde prestados tanto pelo setor público quanto pelo setor privado. É esse o entendimento de Sueli Dallari e Vidal Serrano Nunes Júnior⁷⁶, que citam Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz e Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin⁷⁷. Confira-se:

Nessa mesma linha de compreensão, deve-se agregar que a responsabilidade estatal, em relação à saúde, não se limita à prestação de serviços públicos, mas também à sua regulamentação, fiscalização e controle, nos termos do art. 197 da Lei Maior, que qualifica as ações e serviços de saúde como de relevância pública, quer quando prestados diretamente, quer quando executados por terceiros ou por pessoa física ou jurídica de direito privado. Elucidativas, nesse sentido, as conclusões alcançadas por Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz e Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin:

‘Quando a Constituição Federal afirma que a ‘saúde é direito de todos e dever do Estado’ (art. 196), sendo ‘de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle’ (art. 197) e que ‘a assistência à saúde é livre à iniciativa privada’ (art. 199, ‘*caput*’), diversas conclusões daí podem ser tiradas:

- a) A saúde é direito público subjetivo exigível contra o Estado e contra todos os que, mesmo que entes privados, sob a chancela deste, a garantam;
- b) A saúde é sempre assegurada através da atuação de uma função pública estatal, mesmo quando prestada por particulares, sendo que apenas as suas ‘ações e serviços’ não têm exercício exclusivo do Estado; por isso mesmo, são consideradas de relevância pública;
- c) Como função pública estatal, cabe ao Estado a direção da prestação de serviços e ações de saúde, devendo fixar as diretrizes e parâmetros para o exercício destes; com isso pode-se dizer, que é limitada a liberdade dos prestadores privados;
- d) As desconformidades nos serviços e ações permitem que o Estado exerça todo seu ‘*munus*’, inclusive com a utilização do instituto da desapropriação;
- e) Como direito público subjetivo, a saúde cria uma série de interesses na sua materialização, interesses esses que ora são tipicamente públicos, ora difusos, ora coletivos, individuais homogêneos ou individuais simples;
- f) Tais interesses, quando contrariados, dão legitimidade a uma série de sujeitos, públicos e privados, para buscarem, judicialmente, sua proteção (para tanto pode-se utilizar, além de outros estatutos, a Lei nº 7.347/85 e o Código de Defesa do Consumidor⁷⁸).

Portanto, o setor privado de saúde também é regulado pelo Direito Sanitário⁷⁹. Fernando Aith esclarece que os princípios de Direito Sanitário se

⁷⁶ DALLARI; NUNES JÚNIOR, 2010, p. 70/71.

⁷⁷ FERRAZ; BENJAMIN, 2004.

⁷⁸ BRASIL, 1990a.

⁷⁹ “O Direito Sanitário é o ramo do Direito que disciplina as ações e serviços públicos e privados de interesse à saúde, formado pelo conjunto de normas jurídicas – regras e princípios –, que tem como objetivos a redução de riscos de doenças e de outros agravos e o estabelecimento de

aplicam a todas as normas jurídicas válidas no Brasil e voltadas à efetivação do direito à saúde:

[...] toda norma jurídica válida no Brasil e que tenha como finalidade auxiliar o Estado na consecução dos objetivos previstos pela Constituição Federal, notadamente em seus artigos 196 a 200, podem ser consideradas como pertencentes (ou de interesse direto) ao Direito Sanitário. As normas jurídicas de Direito Sanitário, voltadas diretamente à efetivação do Direito à saúde, devem ser interpretadas levando-se em conta os princípios específicos que o regem. Também se sujeitam aos princípios jurídicos do Direito Sanitário as normas jurídicas que, embora não sejam diretamente direcionadas à proteção da saúde, tratam de temas relacionados com os fatores determinantes da saúde. A única diferença, nesse caso, é que a interpretação será mais complexa, pois deverá considerar os outros objetivos que constam da norma jurídica em referência. Uma vez identificada a saúde como objeto direto ou indireto de proteção, a sua interpretação deverá estar conforme o regime jurídico do Direito Sanitário, seus objetivos, princípios e diretrizes que organizam esse campo da ciência jurídica.⁸⁰

Resta claro que a atuação estatal no tocante aos serviços privados (fiscalização, regulação e controle) é norteada pelos princípios constitucionais previstos no art. 196 da CF/88. Além disso, tal atuação deve dialogar constantemente com os princípios constitucionais estabelecidos no art. 198 da CF/88, no sentido de contribuir a implementação do SUS e jamais prejudicá-la. A Constituição Federal não apresenta lacunas, portanto, quanto a esses princípios. Logo, o setor privado está inserido na lógica constitucional do Direito Sanitário, novo ramo do Direito que surge com a CF/88.

Minhoto⁸¹, ao tratar dos paradoxos da proteção jurídica da saúde, explica que, em termos estritamente jurídicos,

[...] o novo direito visa superar a velha concepção liberal de contrato, expressa no ideal de justiça comutativa derivado da suposta equivalência dos termos das trocas que ocorrem no mercado, por uma nova concepção de contrato, baseada no ideal da solidariedade. E o que pode significar exatamente a passagem do contrato típico de direito civil para o novo contrato de solidariedade? Antes de qualquer outra coisa, uma modalidade contratual que se centre na redistribuição justa, na alocação equitativa dos benefícios, dos custos e dos riscos sociais.

Cabe refletir, então, sobre a pertinência de uma regulação que tenha finalidade “igualitária” ou “distributiva” para o setor privado de saúde e que, nesse

condições que assegurem o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde.” (AITH, 2007, p. 137)

⁸⁰ AITH, 2007, p. 92.

⁸¹ MINHOTO, 2007, p. 53.

sentido, contribua para as finalidades do Sistema Único de Saúde. Vale também examinar como esses princípios se conjugam com os princípios de Direito Econômico, no campo do Direito Econômico Sanitário Constitucional. Entretanto, antes disso, compete examinar as características das normas que atualmente regulam o mercado de planos de saúde, tema do próximo capítulo.

2 REGULAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR

O mercado de assistência à saúde é composto pelos seguros e planos de saúde comercializados por operadoras, pelos serviços prestados diretamente aos consumidores por profissionais da saúde (e.g., médicos, enfermeiros, fisioterapeutas) e pelos serviços prestados diretamente aos consumidores por estabelecimentos de saúde (e.g., clínicas, laboratórios). A assistência privada à saúde, portanto, é o conjunto de serviços de assistência à saúde prestados fora do SUS.

O mercado dos serviços de assistência à saúde prestados por meio dos seguros e planos de saúde é denominado mercado de saúde suplementar. Como o sistema de saúde brasileiro é, na verdade, duplicado, e não suplementar (conforme classificação da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, pois oferece serviços já providos pela rede pública), utilizou-se, neste trabalho, apenas o termo mercado de planos de saúde para se referir ao setor. Quando for necessário especificar sua natureza, será indicado que o sistema de saúde brasileiro é duplicado.

As atividades de saúde e educação são serviços públicos mesmo quando prestados pelo setor privado:

Há, portanto, serviço público mesmo nas hipóteses de prestação dos serviços de educação e saúde pelo setor privado. Por isso mesmo é que os arts. 209 e 199 declaram expressamente serem livres à iniciativa privada a assistência à saúde e o ensino – não se tratassem, saúde e ensino, de serviço público razão não haveria para as afirmações dos preceitos constitucionais.⁸²

Por esse motivo, quanto à sua natureza jurídica, pode-se dizer que tais serviços são *serviços públicos, não privativos*.

A partir da edição das Leis nº 9.656/1998, 9.961/2000, e 12.529/2011, os serviços de planos de saúde somente podem ser prestados mediante autorização do Estado, via ANS. O Estado atua de dois modos⁸³: (i) por direção, estabelecendo

⁸² GRAU, 2018, p. 118-119.

⁸³ Como se trata de serviços públicos, empregar-se-á o termo atuação estatal, e não intervenção, porque, segundo Grau, é essa a expressão adequada quando a atuação se dá na esfera do público:

“[...] o Estado não pratica intervenção quando presta serviço público ou regula a prestação de serviço público. Atua, no caso, em área de sua própria titularidade, na esfera pública. Por isso mesmo dir-se-á que o vocábulo intervenção é, no contexto, mais correto do que a expressão atuação estatal: intervenção expressa atuação estatal em área de titularidade do setor privado;

mecanismos e normas de comportamento compulsório para os sujeitos da atividade econômica; e (ii) por indução, ao manipular os instrumentos de atuação na conformidade das leis que regem o funcionamento dos mercados, especialmente por meio da ANS e do CADE. O termo “regulação” empregado neste trabalho refere-se a essa atuação do Estado por direção e por indução sobre a atividade econômica em sentido amplo⁸⁴, na medida em que a titularidade dessa atividade é do próprio Estado, não do setor privado.

O termo “regulação” não é unívoco:

A expressão “regulação” pode estar associada a ideias amplas de ordenação jurídica do capitalismo ou atuação do Estado em setores específicos da economia. O uso da expressão regulação, desse modo, não traz novidade. Por outro lado, se “regulação” tiver uma pluralidade muito grande de sentidos, pode resultar em um conceito inútil [...].

O que se nota, no entanto, é que a expressão adquiriu uma conotação específica mais recentemente, nas últimas décadas. Trata-se de um certo tipo de ação estatal em face da iniciativa privada e em face da própria burocracia em regimes capitalistas. Em certos contextos – como o europeu e o latino-americano, por exemplo – a atividade regulatória, nesse sentido mais estrito, surge com o desenrolar de processos de reforma do Estado nos quais houve privatizações, processos de abertura de mercados (“desregulação”) e introdução de concorrência em diferentes mercados [...].

Regulação é nesse contexto, um termo que tem designado entre nós uma forma de atuação do Estado identificada com o período neoliberal de abertura e privatização de atividades econômicas. Assim, no Brasil, regulação remete ao modo como passou o Estado a comportar-se perante o âmbito privado, quando, a partir de 1995, começaram a ser privatizadas as empresas estatais prestadoras de serviços públicos.⁸⁵

Para a finalidade do tema aqui tratado, a melhor definição de “regulação” é a de Baldwin e Cave⁸⁶, trazida por Coutinho⁸⁷:

a regulação pode significar, além de um tipo de intervenção ou atuação governamental, um conjunto de regras e comandos – uma vez que a atividade regulatória envolve a edição de um conjunto de normas de cumprimento obrigatório aplicadas por uma autoridade a quem essa competência foi delegada.

atuação estatal simplesmente, expressa significado mais amplo. Pois é certo que essa expressão, quando não qualificada, conota inclusive atuação na esfera do público.” (GRAU, 2018, p. 88/89)

⁸⁴ GRAU, 2018, p. 89.

⁸⁵ COUTINHO, 2014, p. 38/39.

⁸⁶ BALDWIN; CAVE, 1999, p. 2.

⁸⁷ COUTINHO, 2014, p. 39.

Conforme será demonstrado neste trabalho, o mercado de planos de saúde exige uma regulação econômica (*i.e.*, normas que promovem a redução das falhas de mercado), uma regulação social (*i.e.*, normas que protegem o consumidor e o sistema financeiro nacional) e uma regulação distributiva (*i.e.*, conforme será visto nas Seções 4.2.3 e 4.2.4, normas que promovem a distribuição de “resultado de saúde” e de “recursos de saúde”). Antes, porém, cabe tratar das regras que atualmente “regulam” esse mercado – Lei de Planos de Saúde, ANS e CADE – e proceder a uma breve descrição das características econômicas do mercado de seguros ou planos de saúde.

2.1 Características Econômicas

do Mercado de Planos ou Seguros de Saúde⁸⁸

O agrupamento de riscos e a lei dos grandes números permitem às seguradoras ofertar apólices a custos relativamente baixos para a cobertura de riscos determinados ou previamente contratados⁸⁹. Por isso, o agrupamento e a partilha dos riscos são mecanismos desejáveis do ponto de vista social. Os planos de saúde agrupam e partilham riscos (*i.e.*, custos dos tratamentos de saúde utilizados por membros de um grupo que dele necessitem) com base nos prêmios pagos por todos os indivíduos desse mesmo grupo – daí a natureza securitária desse contrato.

Há, no entanto, pontos negativos na constituição de planos de saúde: indivíduos segurados tendem a usar excessivamente os serviços disponibilizados, e os prestadores de serviços de saúde tendem a estimular esse excesso de utilização, já que são remunerados por isso, o que, em princípio, leva a um aumento do custo do próprio seguro (risco moral, ou *moral hazard*)⁹⁰. Em contrapartida,

⁸⁸ Parte dos parágrafos deste capítulo foram extraídos de BODRA, 2015, p. 467/470.

⁸⁹ Trata-se de lei e estatística baseada no princípio da probabilidade. Fatos imprevisíveis passam a ser previsíveis quando calculados com base em grandes amostras de uma população. Para melhor compreensão da lei dos grandes números, cf. OCTAVIANI, 2013, p. 1225/1228.

⁹⁰ Vale conferir o texto seminal de Arrow (1963), considerado o marco inicial da economia da saúde. O autor e prêmio Nobel de economia destaca a “incerteza” e a imperfeição das informações existentes no mercado de comercialização de serviços médicos e de seguro, apontando, dentre outras: (i) a dificuldade de mensuração dos custos de tratamentos médicos (sinistros); (ii) a incerteza quanto à eficiência do tratamento recebido; e (iii) a dificuldade de se aferir a necessidade de tratamento em cada caso, já que tal avaliação é subjetiva (feita por médicos) e pode ser diferente conforme a avaliação do profissional eleito (ARROW, 1963). O autor ganhou

apenas indivíduos que apresentem maior necessidade de tratamento e saúde terão interesse em integrar esse agrupamento em razão de seu custo (seleção adversa).

O prêmio Nobel de economia George Akerlof (1970) é considerado um precursor na introdução do conceito de “informações assimétricas” e suas consequências. Seu texto contribui para a compreensão do conceito de seleção adversa, que se aplica também ao mercado de plano de saúde, onde “compradores” conhecem melhor suas condições de saúde do que as operadoras e podem assim “adquirir” um plano por valor inferior ao seu custo. O autor explica que, antevendo essa assimetria de informações, as operadoras tendem a majorar os preços de seus produtos, o que acaba por excluir da carteira indivíduos com necessidades não imediatas de tratamentos de saúde. Isso acarreta uma nova majoração dos custos, visto que a carteira passa a ser composta apenas por indivíduos com alta demanda por tratamentos de saúde, prejudicando a formação de um agrupamento heterogêneo que permita a diluição dos riscos. Esse círculo vicioso acaba inviabilizando a própria existência do mercado, já que não se estabelece um equilíbrio de preço no qual comprador e vendedor fiquem satisfeitos.⁹¹

Para contornar essas e outras características, foram desenvolvidos diversos mecanismos pelo setor.⁹² O plano de grupo ou coletivo é um deles: ao ser contratado por entidades ou empresas em favor de seus associados ou empregados, reduzem-se os custos administrativos e constitui-se um grupo de indivíduos com riscos heterogêneos, visto que a causa da contratação estaria no vínculo empregatício ou associativo. No entanto, no Brasil, ao menos em relação aos planos empresariais, já se fala em seleção de risco em benefício das operadoras, dado que tais grupos passaram a ser homogêneos e o vínculo empregatício acabou favorecendo a inclusão de pessoas jovens, saudáveis e com crescente poder aquisitivo.

o prêmio Nobel em 1972, juntamente com John R. Hicks, por suas contribuições pioneiras no estudo da teoria do equilíbrio e do bem-estar.

⁹¹ AKERLOF, 1970, p. 488-500.

⁹² A exigência de carências é instrumento utilizado para evitar a seleção adversa, já que afasta a cobertura de tratamento de doença existente por período determinado. A franquia e a coparticipação são exemplos de instrumentos utilizados para evitar o risco moral, ou seja, servem para desestimular o uso desnecessário de assistência médica.

Há também no Brasil uma tendência à integração vertical nos mercados de planos de saúde, ou seja, integração de diferentes agentes (operadoras, hospitais, clínicas, laboratórios, administradoras de benefícios e outros prestadores de serviços), com o fim de obter possíveis ganhos de eficiência, como redução de custos de transação e melhor coordenação de serviços entre os elos da cadeia vertical. Se, de um lado, as eficiências resultantes podem ser positivas do ponto de vista da redução de custos; de outro, o CADE aponta que (i) podem surgir ineficiências do ponto de vista da defesa da concorrência e (ii) pouco ou quase nada se sabe sobre o impacto dessas integrações na saúde dos beneficiários.⁹³ Sobre esse mercado, o CADE sinaliza as seguintes características: *assimetria de informação* (incluindo a *relação agente x principal*⁹⁴, o problema do risco moral e a seleção adversa); *externalidades*⁹⁵; *barreiras à entrada*⁹⁶ e *tendência à concentração*⁹⁷.

O economista Ocké-Reis indica outras importantes características e desafios para o desenvolvimento do mercado brasileiro de planos de saúde⁹⁸. Dentre eles, estão: (i) a *demand inelástica ao preço*, já que, na maioria dos casos, não há escolha deliberada pelo consumo de serviços de saúde e, sim, necessidade de atenção médica; (ii) a *questão tecnológica*⁹⁹, ou seja, a tendência de crescimento dos custos em função da sistemática incorporação de novas tecnologias; (iii) o *caráter restringido da competição*, decorrente da imobilidade territorial dos prestadores; (iv) a questão das *barreiras à entrada*; (v) *os custos financeiros e os*

⁹³ CADE, 2018, p. 38.

⁹⁴ “Dizemos que há uma relação de agência sempre que há um arranjo entre pessoas no qual o bem-estar de um dos participantes depende daquilo que é feito por uma outra pessoa, também participante. O agente representa a pessoa atuante e o principal, a parte que é afetada pela ação do agente. O problema da relação agente-principal surge quando os agentes perseguem seus próprios objetivos, e não os do principal.” (PINDYCK; RUBINFELD, 2010, p. 562)

⁹⁵ “Externalidades: às vezes, a atuação dos consumidores ou dos produtores resulta em custos ou benefícios que não se encontram refletidos no preço de mercado. Esses custos ou benefícios são denominados externalidades, pois são ‘externos’ ao mercado.” (PINDYCK; RUBINFELD, 2010, p. 277)

⁹⁶ “Barreiras à entrada são meios ou condições que desestimulam a entrada de novos concorrentes no mercado. Constituem uma importante fonte de poder de monopólio e de lucros. Economias de escala e patentes podem criar barreiras de entrada. Ou as próprias empresas podem desencorajar a entrada de potenciais concorrentes”. (PINDYCK; RUBINFELD, 2010, p. 324/446)

⁹⁷ CADE, 2015, p. 18/23.

⁹⁸ OCKÉ-REIS, 2012, p. 66-77.

⁹⁹ Este desafio também é enfrentado pelo SUS.

*custos de oportunidade associados à remuneração dos juros*¹⁰⁰; e (vi) os *custos de transação*. Denomina-se de “falhas de mercado” o conjunto de características que impedem que demanda e oferta de bens e serviços se ajustem através do mecanismo de preços. Em pesquisa sobre a Cadeia de Saúde Suplementar, realizada no âmbito do INSPER – Centro de Estudos em Negócios, as falhas desse mercado são assim explicadas:

Em alguns setores, o mercado e o sistema de preços conseguem alocar os recursos disponíveis de maneira eficiente. Isto é, em situação de concorrência os agentes econômicos conseguem ter no preço um sinalizador do quanto um bem é valorado pela sociedade, seja pelos custos envolvidos em sua produção, seja pelo benefício adicional de seu consumo. Este, contudo, não é o caso da cadeia de saúde. Diversas falhas de mercado fazem com que o mecanismo preço não funcione de forma eficiente. Tais falhas presentes no setor estudado são causadas, em primeiro lugar, pela diversidade de informações que os tomadores de decisão possuem. Em outras palavras, um tomador de decisão pode deter mais informações que outras partes também afetadas pela decisão, problema conhecido como assimetria de informação. Em segundo lugar, outra falha de mercado ocorre quando um agente pode realizar aumentos ou diminuições de preços sem sofrer as consequências da concorrência, conhecido como poder de mercado.

No sistema de Saúde Suplementar, estas falhas de mercado aparecem em diversos momentos da escolha dos beneficiários, das operadoras de planos, dos prestadores de serviços e de fornecedores. A consequência é a ineficiência no atendimento de saúde, com aumento de preços, apropriação de valores, limitações no acesso aos serviços e, também, perda de qualidade no serviço para o beneficiário. No decorrer do estudo, as relações entre os agentes serão caracterizadas e as principais falhas descritas detalhadamente. A teoria econômica, novamente, permite fazer proposições para mitigar essas falhas com vistas ao crescimento sustentável do setor.¹⁰¹

Portanto, um dos objetivos principais da atual “regulação” do Estado sobre esse mercado é sanar ou diminuir os efeitos indesejados derivados das falhas de mercado – daí a natureza econômica dessa regulação¹⁰². Conforme será mostrado no Capítulo 3, uma regulação de caráter econômico é importante, mas insuficiente.

¹⁰⁰ Ocké-Reis explica que “o tipo de cálculo atuarial utilizado pelos planos de saúde é mais simples do que aquele aplicado às áreas da previdência e seguros, pois o cálculo na área de saúde não apresenta o rigor formal da matemática atuária clássica, mais complexa e sofisticada, que é usada nessas áreas (Costa, 1999: 1). Do ponto de vista atuarial, portanto, o processo de formação de preços dos planos passa pelos seguintes fatores: taxa de juros esperada no futuro, ramo da atividade ocupacional, idade média e distribuição do sexo, probabilidade de uso dos serviços médico-hospitalares – isto é a severidade de utilização de tais serviços, dada a experiência passada ou a utilização esperada da massa de segurados.” (OCKÉ-REIS, 2012 p. 76)

¹⁰¹ FURQUIM DE AZEVEDO *et al.*, 2016, p. 8.

¹⁰² CADE, 2015, p. 23.

Diversos agentes influenciam o ambiente regulatório do mercado de planos de saúde no Brasil. Citam-se como exemplo¹⁰³: (i) a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), ligada ao Ministério da Saúde, que, dentre outras atribuições, registra novos medicamentos e equipamentos médicos; (ii) os Conselhos e Associações profissionais, como a Associação Médica Brasileira (AMB), que, dentre outros objetivos, defende os interesses da classe médica; (iii) a Associação Brasileira de Medicina de Grupo (Abramge), que, dentre outras finalidades, defende os interesses de parte das operadoras de planos de saúde; e (iv) o Poder Judiciário, que julga os conflitos sobre o mercado de planos de saúde em sede definitiva. No entanto, os entes estatais diretamente responsáveis pela “regulação” do setor são a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), examinados a seguir.

2.2 A Lei nº 9.656/1998 (Lei dos Planos de Saúde) e a Lei nº 9.961/2000 (ANS) e seus desdobramentos

Por meio da Lei nº 9.961/2000, foi criada a ANS, autarquia sob regime especial vinculada ao Ministério da Saúde. Atua em todo o território nacional, com o fim de regular, normatizar, controlar e fiscalizar as atividades de assistência suplementar à saúde (mercado de planos de saúde). Mais especificamente, sua finalidade institucional é “promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País”¹⁰⁴.

A ANS absorveu as competências normativas do Conselho de Saúde Suplementar (CONSU)¹⁰⁵, do Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP) e da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), no tocante ao segmento de planos e seguros de saúde. Compete à ANS, dentre outras atribuições,

[...] propor políticas e diretrizes gerais para a regulação do setor de saúde suplementar; estabelecer as características gerais dos instrumentos contratuais utilizados nas atividades das operadoras; estabelecer

¹⁰³ FURQUIM DE AZEVEDO *et al.*, 2016, p. 49.

¹⁰⁴ BRASIL, 2000, art. 3º.

¹⁰⁵ Em 2018, teve início o movimento de reativação do CONSU pelo Presidente Michel Temer. Em 2019, o CONSU voltou a ser convocado para tratar da desburocratização de normas infralegais (PLURALL, 2000, *on-line*).

parâmetros e indicadores de qualidade e de cobertura em assistência à saúde para os serviços próprios e de terceiros oferecidos pelas operadoras; estabelecer normas para ressarcimento ao SUS; normatizar os conceitos de doença e lesão preexistentes; autorizar reajustes e revisões das contraprestações pecuniárias dos planos privados de assistência à saúde, ouvido o Ministério da Fazenda; monitorar a evolução dos preços de planos de assistência à saúde, seus prestadores de serviços, e respectivos componentes e insumos; autorizar o registro e o funcionamento das operadoras de planos privados de assistência à saúde, bem como sua cisão, fusão, incorporação, alteração ou transferência do controle societário; fiscalizar as atividades das operadoras de planos privados de assistência à saúde; instituir o regime de direção fiscal ou técnica nas operadoras.¹⁰⁶

A atuação do Estado sobre o mercado de planos de saúde se dá por meio de *direção* e *indução*. Para facilitar a compreensão do conjunto normativo vigente, as normas instituídas pela Lei nº 9.656/1998 e pela ANS foram classificadas em cinco grandes grupos: (i) normas constitutivas que organizam o setor e definem, por exemplo, *plano* e *carteira*; (ii) normas fundadas no sistema financeiro nacional que têm por fim proteger a sociedade dos riscos inerentes à administração de grandes fundos; (iii) normas que visam à proteção do consumidor; (iv) normas de indução de qualificação dos agentes do mercado; e (v) norma de natureza distributiva. Esses grupos são abordados nas subseções a seguir.

2.2.1 Normas Constitutivas

Inicialmente, a Lei nº 9656/1998 estabelece uma série de definições, como: Plano Privado de Assistência à Saúde, Operadora e Carteira. Tais definições são aqui denominadas normas de natureza constitutiva¹⁰⁷.

A definição de *plano privado de assistência à saúde* é ampla. *Plano* é:

[...] a 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,

¹⁰⁶ BRASIL, 2000, art. 4º.

¹⁰⁷ Esta denominação foi inspirada no conceito de regras constitutivas trazido por LOPES, 2004, p. 35/36:

“Regras regulativas referem-se a fatos (ou ações) que podem dar-se independentemente delas mesmas. Elas apenas dizem se aquilo é bom ou mau (como nas regras de etiqueta e boas maneiras), proibido, obrigatório ou permitido. As constitutivas referem-se a fatos que sem elas não poderiam ser ditos. A oração ‘eles jogaram uma partida de futebol’ não faz nenhum sentido a não ser que haja antes um sistema de regras constitutivas de uma série de ações e defina (estipule e constitua) o que é ‘jogar futebol’. Ensinar e aprender direito não seria possível sem que houvesse uma definição de direito: sem que antes não se dessem as regras do jogo.”

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.¹⁰⁸

Nos termos do art. 1º, inc. II, da Lei nº 9.656/1998, *operadora* é “a pessoa jurídica (sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão) que opere produto, serviço ou contrato que esteja(m) indicado(s) no conceito de plano”¹⁰⁹. Por sua vez, *carteira* é o conjunto de contratos de cobertura de custos assistenciais ou de serviços de assistência à saúde em qualquer das modalidades de planos, produtos, serviços e contratos que apresentem, além da garantia de cobertura financeira de riscos de assistência médica, hospitalar e odontológica, outras características que os diferenciem de atividade exclusivamente financeira, como: custeio de despesas; oferecimento de rede credenciada ou referenciada; reembolso de despesas; mecanismos de regulação; qualquer restrição contratual, técnica ou operacional para a cobertura de procedimentos solicitados por prestador escolhido pelo consumidor; e vinculação de cobertura financeira à aplicação de conceitos ou critérios médico-assistenciais.¹¹⁰

A lei também tratou das diferentes modalidades de *operadoras*, já que foi necessário enfrentar o desafio de regular um mercado já existente, composto de empresas com naturezas e objetivos distintos. Foram reconhecidas as seguintes modalidades de operadoras: administradoras de benefícios, autogestões, cooperativas médicas, filantropia, seguradoras especializadas em saúde, medicinas de grupo, cooperativas odontológicas e odontologia de grupo.

As *administradoras de benefícios* podem propor a contratação de plano coletivo na condição de estipulantes ou prestar serviços para pessoas jurídicas contratantes de planos privados coletivos. Desenvolvem ao menos uma das atividades previstas no art. 2º da RN nº 196/2009, mas não atuam como representantes, mandatárias ou prestadoras de serviço da operadora, nem executam quaisquer atividades típicas da operação de planos privados de assistência à saúde (art. 3º)¹¹¹. Os corretores também não se enquadram como

¹⁰⁸ BRASIL, 1998, art. 1º, inc. I.

¹⁰⁹ BRASIL, 1998, art. 1º, inc. II.

¹¹⁰ BRASIL, 1998, art. 1º, inc. III.

¹¹¹ ANS, 2009b.

administradoras, seguindo regulamentados pela Lei nº 4.595/1964¹¹² (art. 6º da RN nº 196/2009).

Há três possibilidades de *autogestão*, modalidade definida pela RN nº 137/2006¹¹³, alterada pelas RN nº 148/2007¹¹⁴, 272/2011¹¹⁵ e 355/2014¹¹⁶. A primeira é a pessoa jurídica de direito privado que, por intermédio de seu departamento de recursos humanos ou órgão assemelhado, opera plano privado de assistência à saúde exclusivamente para os beneficiários indicados no inc. I do art. 2º da RN nº 137/2006 e respectivas alterações (RN nº 148/2007, 272/2011 e 355/2014). A segunda é a pessoa jurídica de direito privado de fins não econômicos que, vinculada à entidade pública ou privada patrocinadora, instituidora ou mantenedora, opera plano privado de assistência à saúde exclusivamente para os beneficiários indicados no inc. II do art. 2º da RN nº 137/2006 e respectivas alterações (RN nº 148/2007, 272/2011 e 355/2014). A terceira é a pessoa jurídica de direito privado de fins não econômicos, constituída sob a forma de associação ou fundação, que opera plano privado de assistência à saúde para os integrantes de determinada categoria profissional que sejam seus associados, ou associados de seu instituidor, e para os beneficiários indicados no inc. III do art. 2º da RN nº 355/2014.

A lei define *instituidor* como a pessoa jurídica de direito privado, com ou sem fins econômicos, que cria a entidade de autogestão. Por sua vez, *mantenedor* é a pessoa jurídica de direito privado que garante os riscos referidos no *caput* do art. 5º mediante a celebração de termo de garantia com a entidade de autogestão. Já *patrocinador* é a instituição pública ou privada que participa, total ou parcialmente, do custeio do plano privado de assistência à saúde e de outras despesas relativas à sua execução e administração.

Classificam-se na modalidade de *cooperativa médica* as sociedades de pessoas sem fins lucrativos, constituídas conforme o disposto na Lei nº 5.764/1971¹¹⁷, que operam planos privados de assistência à saúde, conforme

¹¹² BRASIL, 1964.

¹¹³ ANS, 2006.

¹¹⁴ ANS, 2007.

¹¹⁵ ANS, 2011.

¹¹⁶ ANS, 2014.

¹¹⁷ BRASIL, 1971.

art. 12 da RDC nº 39/2000¹¹⁸. Já na modalidade *filantropia* entram as entidades sem fins lucrativos que operam planos privados de assistência à saúde e tenham obtido o certificado de entidade beneficente de assistência social emitido pelo Ministério competente, dentro do prazo de validade, bem como a declaração de utilidade pública federal junto ao Ministério da Justiça ou declaração de utilidade pública estadual ou municipal junto aos órgãos dos governos estaduais e municipais, na forma da regulamentação normativa específica vigente (art. 17 da RDC nº 39/2000).

Seguradoras são sociedades anônimas sujeitas às normas da SUSEP e CNSP. Com o advento da ANS, as seguradoras que atuavam na área da assistência médica tiveram que criar empresas especializadas nas atividades de saúde, submetendo-se à regulamentação e fiscalização da ANS (RDC nº 65/2001)¹¹⁹, razão pela qual são denominadas *seguradoras especializadas em saúde*. Por sua vez, as *medicinas de grupo* são todas as demais empresas ou entidades que operam planos privados de assistência à saúde (art. 15 da RDC nº 39/2000).

Classificam-se na modalidade de *cooperativa odontológica* as sociedades de pessoas sem fins lucrativos, constituídas conforme o disposto na Lei nº 5.764/1971, que operam exclusivamente planos odontológicos, em conformidade com o art. 13 da RDC nº 39/2000. As demais empresas que operam exclusivamente planos odontológicos são classificadas como *odontologia de grupo* (art. 16 da RDC nº 39/2000).

No tocante ao funcionamento das operadoras de planos de saúde e fiscalização governamental,

a Lei nº 9.656/1998 introduziu uma ordem jurídica única para as operadoras de planos de saúde, obrigando todas as modalidades de OPS [operadoras de planos de saúde] (seguradoras, cooperativas, medicinas de grupo, autogestão e filantropia) a obedecer aos mesmos mandamentos legais. Tal conceito foi reforçado pela alteração provocada pela Medida Provisória nº 2177-44, de 24/08/2001,¹²⁰ que suprimiu a referência a seguros e segurados e instituiu o conceito de Plano Privado de Assistência à Saúde e estabeleceu, enfim, que todas as empresas/entidades que operam tais planos se sujeitam à Lei nº 9.656/1998.¹²¹

¹¹⁸ ANS, 2000.

¹¹⁹ ANS, 2001.

¹²⁰ BRASIL, 2001.

¹²¹ CADE, 2015, p. 24.

Por fim, a lei também estabelece normas sobre infrações e processos administrativos perante a ANS.

2.2.2 Normas de Proteção ao Sistema Financeiro Nacional

Outro grupo de regras podem ser denominadas como normas de proteção ao sistema financeiro nacional¹²². Estão na lei os critérios necessários para que as operadoras obtenham autorização de funcionamento e os casos em que a autorização pode ser cancelada ou voluntariamente encerrada (art. 8º da Lei nº 9.656/1998). Além disso, os produtos só poderão ser comercializados após registro na ANS (art. 9º da Lei nº 9.656/1998).¹²³

A qualquer momento, a ANS pode solicitar informações, determinar alterações e promover a suspensão do todo ou de parte das condições dos planos apresentados. A suspensão temporária da comercialização de plano ou produto será aplicável em caso de irregularidade contratual, econômico-financeira ou assistencial (art. 9º, §2º e §4º da Lei nº 9.656/1998).

Além disso, operadoras devem fornecer à ANS informações e estatísticas sobre suas atividades (art. 20 da Lei nº 9.656/1998), submeter suas contas a auditores independentes (art. 22) e estar sujeitas ao regime de liquidação extrajudicial previsto (art. 23). Nos termos dos art. 24 e seguintes, a ANS tem amplos poderes para fiscalizar e controlar as operadoras quando verificar que há insuficiência das garantias do equilíbrio financeiro, anormalidades econômico-financeiras ou administrativas graves que coloquem em risco a continuidade ou a qualidade do atendimento à saúde.

Estas normas visam proteger usuários em face da assimetria de informações sobre a real higidez das OPS [operadoras de planos de saúde], afastando do mercado empresas em situação atuarial desequilibrada, mediante a exigência de uma série de requisitos de natureza patrimonial e contábil para sua constituição e funcionamento.¹²⁴

Regras sobre autorização, capital mínimo, garantias financeiras etc. existem no sistema de seguros privados em geral. Octaviani explica que tais regras derivam da compreensão de que

¹²² Essa denominação é empregada por OCTAVIANI, 2013.

¹²³ BRASIL, 1998.

¹²⁴ CADE, 2018, p. 36.

[...] a prestação do segurador não se restringe ao pagamento de uma eventual indenização (ou capital), o que apenas se verifica no caso de sobrevir lesão ao interesse garantido em virtude da realização do risco predeterminado. Tal prestação consiste, antes de tudo, no fornecimento da garantia e é devida durante toda a vigência material do contrato. [...] É por isso que a garantia, como prestação devida pela seguradora, deve estar respaldada em provisões patrimoniais bastantes que, ausentes, caracterizariam inadimplemento independentemente da efetiva ocorrência de sinistros [...] São, afinal, administradoras de fundos comuns.¹²⁵

Logo, o fundamento constitucional de tal regulação está no sistema financeiro nacional, especialmente nos art. 3º, 219 e 192, que instrumentalizam a superação do estado de subdesenvolvimento, ou seja, nos “valores da distribuição de recursos em uma sociedade estruturalmente desigual” e da “defesa do mercado interno como patrimônio nacional, vertido ao bem-estar da população, seu desenvolvimento cultural e a autonomia tecnológica do País”.¹²⁶

2.2.3 Normas de Proteção ao Consumidor

Há um terceiro grupo de regras que pode ser denominado de normas de proteção ao consumidor¹²⁷. Os produtos podem ser comercializados em quatro segmentos: ambulatorial, hospitalar, obstétrico e odontológico. Os requisitos mínimos de cada segmento constam no art. 12 da Lei nº 9.656/1998. Esse artigo também fixa os prazos de carência e a obrigação de reembolso de despesas nos casos de urgência e emergência.

A amplitude das coberturas consta no art. 10, que institui o plano-referência de assistência à saúde, com oferta obrigatória pelas operadoras (exceto às de autogestão). O plano-referência tem cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos – realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermagem, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar – das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde (CID), da Organização Mundial de Saúde (OMS). Nos incisos do art. 10 constam os procedimentos, tratamentos, medicamentos e produtos excluídos do

¹²⁵ OCTAVIANI, 2013, p.1232.

¹²⁶ OCTAVIANI, 2013, p.1232.

¹²⁷ Essa denominação é inspirada naquela adotada pelo CADE: “Ampliação das Coberturas Assistenciais e Proteção ao Consumidor” (CADE, 2015, p. 24).

Plano-Referência. Os art. 10-A e 10-B inseriram novos tratamentos e produtos de cobertura obrigatória.

É vedada a exclusão de cobertura às doenças e lesões preexistentes após 24 meses de vigência do instrumento contratual, cabendo à respectiva operadora o ônus da prova e da demonstração do conhecimento prévio do consumidor ou beneficiário (art. 11 da Lei nº 9.656/1998). É vedada a interrupção da internação hospitalar em leito clínico, cirúrgico ou centro de terapia intensiva ou similar, salvo a critério do médico assistente (art. 35-E, IV).

A Lei nº 9.656/1998 também define os períodos máximos de carência (art. 12, V). Em 2018, a ANS ampliou a possibilidade de portabilidade de carências, ou seja, ampliou as hipóteses em que o beneficiário pode exercer o direito de mudar de plano privado de assistência à saúde dispensado do cumprimento de períodos de carências ou cobertura parcial temporária relativos às coberturas previstas na segmentação assistencial do plano de origem. Além da portabilidade de carências, a RN nº 438/2018¹²⁸ trata também das portabilidades especial e extraordinária que podem ser realizadas no curso de processo administrativo referente ao cancelamento do registro de operadora ou de liquidação extrajudicial da operadora.

A rede de prestadores é o conjunto de profissionais e estabelecimentos que fazem parte da rede assistencial da operadora, ou seja, que aceitam prestar serviços aos beneficiários do plano. O art. 17 da Lei nº 9.656/1998 disciplina os casos de substituição dos prestadores e de redimensionamento da rede. Os casos de reembolso obrigatório estão previstos no art. 12, inc. VI.

Alguns planos permitem ao beneficiário a livre escolha de prestador, garantindo reembolso ao beneficiário. Essa possibilidade deve estar expressa no contrato. Os art. 15 e 16 indicam as normas que devem estar descritas com clareza nos contratos celebrados entre operadoras e beneficiários. A ANS também estabelece, na RN nº 259/2011¹²⁹, que as operadoras deverão garantir o acesso do beneficiário aos serviços e procedimentos definidos no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS nos prazos máximos previstos no art. 3º, dentro das condições previstas no art. 2º. O art. 35-G da Lei nº 9.656/1998 determina que se

¹²⁸ ANS, 2018a.

¹²⁹ BRASIL, 2011.

aplicam subsidiariamente aos contratos entre usuários e operadoras as disposições do Código de Defesa do Consumidor.¹³⁰

No tocante ao regime, ou tipo de contratação, os contratos podem ser individuais ou familiares, coletivos empresariais ou coletivos por adesão (art. 16, inc. VII, Lei nº 9.656/1998; art. 2º da RN nº 195/2009)¹³¹. Os contratos individuais são celebrados diretamente entre os beneficiários e as operadoras. Nessa modalidade, as hipóteses de rescisão e de suspensão unilateral do contrato são reguladas pela Lei nº 9.656/1998, no art. 13. Além disso, só são permitidos reajustes por faixa etária, nos termos do art. 15 da Lei nº 9.656/1998 e da RN nº 63/2003, e reajustes anuais (variação de custos) nos limites autorizados pela ANS (art. 35-E, §2º da Lei nº 9.656/1998; RN nº 441/2018¹³²). Os planos individuais poderão conter cláusula de agravo ou cobertura parcial temporária, em caso de doenças ou lesões preexistentes, bem como a exigência de cumprimento de prazos de carência (art. 4º da RN nº 195/2009).

Os contratos coletivos são celebrados por intermediários, como associações e entidades de classe (no caso dos coletivos por adesão) e empresas (no caso dos coletivos empresariais). Plano 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 RN nº 195/2009). Conforme art. 6º e 7º da RN nº 195/2009, modificada pela RN nº 200/2009, no plano privado de assistência à saúde coletivo empresarial com número de participantes igual ou superior a 30 beneficiários, não poderá ser exigido o cumprimento de prazos de carência nem haver cláusula de agravo ou cobertura parcial temporária, nos casos de doenças ou lesões preexistentes, desde que o beneficiário formalize o pedido de ingresso em até 30 dias da celebração do contrato coletivo ou de sua vinculação à pessoa jurídica contratante. As regras que tratam da manutenção de ex-empregados nos planos empresariais constam nos art. 30 e 31 da Lei nº 9.656/1998.

O plano coletivo por adesão é aquele que oferece cobertura da atenção prestada à população que mantenha vínculo com as pessoas jurídicas de caráter

¹³⁰ BRASIL, 1990a.

¹³¹ ANS, 2009a.

¹³² ANS, 2018c.

profissional, classista ou setorial indicadas no art. 9º da RN nº 195/2009, entre elas sindicatos e associações profissionais. No plano coletivo por adesão não poderá ser exigido o cumprimento de prazos de carência, desde que o beneficiário ingresse no plano em até 30 dias da celebração do contrato coletivo ou a cada aniversário do contrato, nos termos do art. 11 da RN nº 195/2009. O contrato coletivo por adesão poderá conter cláusula de agravo ou cobertura parcial temporária, nos casos de doenças ou lesões preexistentes, nos termos da RN nº 162/2007.

Uma das principais críticas à regulação atual, feita pelas entidades que defendem os consumidores, diz respeito à ausência de regulação, pela ANS, dos reajustes dos planos coletivos (empresariais e por adesão) comercializados no mercado.¹³³ Pressupondo equivalência de condições de negociação entre operadoras e empresários e entre operadoras e entidades, o art. 17 da RN nº 195/2009 autoriza a rescisão imotivada do contrato após a vigência do período de 12 meses e mediante notificação prévia da outra parte com antecedência mínima de 60 dias, desde que as condições de rescisão constem do contrato.¹³⁴ Da mesma forma, os art. 19 a 22 da RN nº 195/2009 impõem poucas limitações aos reajustes dos contratos coletivos: (i) restringem os reajustes à periodicidade mínima de 12 meses, com exceção dos reajustes por faixa etária, migração e adaptação, bem como os aplicáveis aos planos com preço pós-estabelecido; (ii) proíbem a aplicação de reajustes diferenciados dentro de um mesmo plano; e (iii) proíbem a distinção quanto ao valor da contraprestação pecuniária entre os beneficiários que vierem a ser incluídos no contrato e aqueles a ele já vinculados.

Na prática, essa liberdade permite que aos contratos coletivos seja aplicado o reajuste por sinistralidade, a cada 12 meses, além do reajuste por faixa etária. O reajuste por sinistralidade, diversamente do percentual máximo fixado pela ANS aos contratos individuais, é livremente negociado entre as partes, com base no valor dos prêmios pagos e das despesas cobertas. O índice de sinistralidade (base do respectivo reajuste) corresponde ao resultado da divisão entre o valor total dos prêmios pagos em determinado período pelo valor total das despesas cobertas durante o mesmo período. Sempre que esse índice ultrapassar determinado

¹³³ IDEC, 2019, *on-line*.

¹³⁴ Como se trata de denúncia unilateral, o termo correto é rescisão unilateral nos termos do art. 473 do Código Civil (BRASIL, 2002). No entanto, a lei emprega o termo rescisão.

percentual fixado pelas partes em contrato, os prêmios serão reajustados de forma que o novo resultado obtido naquela operação (prêmios/sinistros) volte a atingir o percentual negociado. Portanto, a existência de cláusula que permite a aplicação de reajustes por sinistralidade possibilita a aplicação de reajustes em percentuais variáveis, sem o controle prévio da Agência. Basta a ocorrência de sinistralidade maior ou menor para que seja aplicado um reajuste (ou mesmo para que seja reduzido o valor do prêmio, conforme critério negociado em contrato). Não havendo pagamento, a parte prejudicada terá um fundamento forte para resilir o contrato, mesmo que dele não necessite, já que o art. 17 da RN nº 195/2009 permite a rescisão imotivada.

De fato, as regras da Lei nº 9.656/1998 e as normativas da ANS sobre extinção e reajuste dos contratos coletivos (por adesão e empresarial) protegem pouco os beneficiários. São frequentes os casos em que – levados ao Poder Judiciário – acabam sendo interpretados de modo a afastar a aplicação de tais regras e invocar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor.¹³⁵

Outro ponto crítico diz respeito ao acesso dos idosos aos planos de saúde. A legislação atual e a atuação da ANS se posicionam contrariamente à “seleção de risco” imposta aos idosos. O art. 14 da Lei nº 9.656/1998 prevê que, “[e]m razão da idade do consumidor, ou da condição da pessoa portadora de deficiência, ninguém pode ser impedido de participar de planos privados de assistência à saúde”. Ainda assim, seja em razão dos preços (que resultam do acúmulo de reajustes, em geral, acima da inflação do período), seja por meio de negativas “veladas” de contratação, seja pela dificuldade de acesso às coberturas após a contratação, é difícil para os idosos acessarem e se manterem no mercado de planos de saúde.¹³⁶ A Súmula Normativa SN nº 19/2011 da ANS acaba por reconhecer a existência da prática da “seleção de risco” no mercado, enfatizando a sua ilicitude.¹³⁷

¹³⁵ BRASIL, 1990a.

¹³⁶ Sobre as negativas “veladas” e sobre as “mensalidades proibitivas e reajustes expulsivos” impostas aos idosos, cf. TRETTEL, 2015. Sobre a dificuldade de acesso às coberturas após a contratação, cf. VIEIRA JÚNIOR; MARTINS, 2015. Um dos exemplos citados por Trettel é o não pagamento de corretagem na venda de planos de saúde para idosos, prática que leva muitos corretores a não realizar a transação.

¹³⁷ Segue trecho da SN nº 19/2011:

“Considerando as recentes denúncias sobre a prática adotada por algumas operadoras privadas de assistência à saúde no sentido da ausência de pagamento de corretagem ou

Em contrapartida, as operadoras pleiteiam a alteração da legislação para que seja possível a venda de planos “acessíveis”. Na prática, isso significaria uma flexibilização das regras da ANS sobre os reajustes dos contratos individuais¹³⁸, além da possibilidade de venda de um plano simplificado,¹³⁹ que teria coberturas mais restritas do que os planos ambulatorial e hospitalar hoje existentes, já que, dentre outras reduções, não haveria previsão de cobertura para o atendimento de urgência e emergência nem para os exames de alta complexidade.

2.2.4 Normas de Indução

Por fim, o Estado também atua no setor por indução. Destacam-se aqui algumas das normas relacionadas à indução de qualificação dos agentes desse mercado.

A ANS estabelece programas de qualificação das operadoras (RN nº 386/2015¹⁴⁰ e 423/2017¹⁴¹). Atualmente, o Índice de Desempenho estabelecido pela Agência envolve quatro indicadores: (i) qualidade em atenção à saúde;

comissão na venda de planos privados de assistência à saúde para idosos com o claro propósito de desestimular a comercialização e, por conseguinte, o acesso destes consumidores a planos privados de assistência à saúde;

Considerando que em razão da idade ou da condição de pessoa portadora de deficiência, ninguém pode ser impedido de participar de planos privados de assistência à saúde, nos termos do art. 14 da Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998; e

Considerando que o impedimento ou restrição à participação de consumidor em plano privado de assistência à saúde consiste em infração à legislação dos planos privados de assistência à saúde, prevista no art. 62 da Resolução Normativa – RN nº 124, de 30 de março de 2006, resolve adotar o seguinte entendimento vinculativo:

1 – A comercialização de planos privados de assistência à saúde por parte das operadoras, tanto na venda direta, quanto na mediada por terceiros, não pode desestimular, impedir ou dificultar o acesso ou ingresso de beneficiários em razão da idade, condição de saúde ou por portar deficiência, inclusive com a adoção de práticas ou políticas de comercialização restritivas direcionadas a estes consumidores;

2 – Os locais de comercialização ou venda de planos privados de assistência à saúde por terceiros devem estar aptos a atender a todos os potenciais consumidores (ou beneficiários) que desejem aderir, sem qualquer tipo de restrição em razão da idade, condição de saúde ou por portar deficiência; e

3 – A prática de ato em desacordo ao presente entendimento vinculativo caracteriza infração ao disposto no art. 62 da Resolução Normativa – RN nº 124, de 30 de março de 2006”. (ANS, 2011c)

¹³⁸ Conforme já apontado, os contratos individuais são celebrados diretamente entre os beneficiários e as operadoras. Conforme Relatório final do GT da ANS (2017), foi dada sugestão no sentido de que os planos individuais possam ser reajustados pelas operadoras com base em planilhas de custo. (ANS, 2011b)

¹³⁹ ANS, 2017b.

¹⁴⁰ ANS, 2015.

¹⁴¹ ANS, 2017a.

(ii) garantia de acesso; (iii) sustentabilidade no mercado; e (iv) gestão de processos e regulação.¹⁴² Também foram estabelecidos pela ANS critérios de qualificação e prazos de atendimento para os prestadores de serviços de atenção à saúde. O Programa de Qualificação dos Prestadores de Serviço na Saúde Suplementar (RN nº 405/2016)¹⁴³, denominado QUALISS, possui natureza indutora da melhoria da qualidade setorial, com a participação dos prestadores de serviços de forma voluntária. São atributos de qualificação estabelecidos pela Agência os certificados ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas), de acreditação e de qualidade, expedidos por entidades acreditadoras e colaboradoras, dentre outros.

2.2.5 Norma Distributiva

Há uma norma de natureza distributiva. Trata-se do art. 32 da Lei nº 9.656/1998, que determina o ressarcimento ao SUS nos seguintes termos:

Serão ressarcidos pelas operadoras dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, de acordo com normas a serem definidas pela ANS, os serviços de atendimento à saúde previstos nos respectivos contratos, prestados a seus consumidores e respectivos dependentes, em instituições públicas ou privadas, conveniadas ou contratadas, integrantes do Sistema Único de Saúde – SUS.¹⁴⁴

¹⁴² ANS, 2018b, *on-line*:

“Qualidade em atenção à saúde: Avaliação do conjunto de ações em saúde que contribuem para o atendimento das necessidades de saúde dos beneficiários, com ênfase nas ações de promoção, prevenção e assistência à saúde prestada;

Garantia de acesso: Condições relacionadas à rede assistencial que possibilitam a garantia de acesso, abrangendo a oferta de rede de prestadores;

Sustentabilidade no mercado: Monitoramento da sustentabilidade da operadora, considerando seu equilíbrio econômico-financeiro, passando pela satisfação do beneficiário e compromissos com prestadores;

Gestão de processos e regulação: Entre outros indicadores, essa dimensão afere o cumprimento das obrigações técnicas e cadastrais das operadoras junto à ANS.”

¹⁴³ ANS, 2016.

“Qualidade em atenção à saúde: Avaliação do conjunto de ações em saúde que contribuem para o atendimento das necessidades de saúde dos beneficiários, com ênfase nas ações de promoção, prevenção e assistência à saúde prestada;

Garantia de acesso: Condições relacionadas à rede assistencial que possibilitam a garantia de acesso, abrangendo a oferta de rede de prestadores;

Sustentabilidade no mercado: Monitoramento da sustentabilidade da operadora, considerando seu equilíbrio econômico-financeiro, passando pela satisfação do beneficiário e compromissos com prestadores;

Gestão de processos e regulação: Entre outros indicadores, essa dimensão afere o cumprimento das obrigações técnicas e cadastrais das operadoras junto à ANS.”

¹⁴⁴ Este tema será tratado com profundidade no Capítulo 4.

As normas distributivas, incluindo o ressarcimento ao SUS, serão tratados no Capítulo 4.

Como visto, tem-se que, com relação à sua natureza, as regras previstas na Lei nº 9.656/1998 e a respectiva regulamentação pela ANS podem ser classificadas em, no mínimo, cinco grandes grupos. Tais normas, juntamente com a atuação do CADE, visam promover também a livre concorrência, o ganho de eficiência e a redução da assimetria de informação, ou seja, em alguma medida, boa parte dessas normas busca reduzir as falhas desse mercado, tendo também natureza econômica. Cabe então analisar a atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) sobre esse mercado.

2.3 O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)

O CADE é entidade judicante com jurisdição em todo o território nacional e constituído como autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça. Integra o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), estruturado pela Lei nº 12.529/2011¹⁴⁵, que dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Conforme publicação do próprio órgão,

[o] Cade tem como missão zelar pela livre concorrência no mercado, sendo a entidade responsável, no âmbito do Poder Executivo, não só por investigar e decidir, em última instância, sobre a matéria concorrencial, como também fomentar e disseminar a cultura da livre concorrência – neste contexto inserem-se as análises sobre concentrações de empresas, bem como possíveis condutas anticoncorrenciais de empresas atuantes no mercado de saúde suplementar.¹⁴⁶

O CADE é constituído dos seguintes órgãos: Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, Superintendência-Geral e Departamento de Estudos Econômicos. O art. 36 da Lei 12.529/2011 define como infrações à ordem econômica todas as manifestações que, independentemente de culpa, possam vir a causar os seguintes efeitos (ainda que não sejam alcançados): “(i) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; (ii) dominar

¹⁴⁵ BRASIL, 2011.

¹⁴⁶ CADE, 2015, p. 17.

mercado relevante de bens ou serviços; (iii) aumentar arbitrariamente os lucros; e (iv) exercer de forma abusiva posição dominante”¹⁴⁷. O §3º do mesmo artigo exemplifica as condutas que caracterizam infração à ordem econômica, caso configurem a hipótese prevista no *caput*.

Conforme publicação do CADE que trata das condutas no mercado de planos de saúde, verifica-se que as práticas mais comuns – dentre as potencialmente danosas à concorrência – são as que têm por objeto as relações entre os prestadores de serviços médicos e os planos de saúde, com destaque para: “(i) tabelas médicas; (ii) cooperativas médicas; (iii) unimilitância. Essas práticas podem ocorrer de maneira simultânea, envolvendo uma ou mais condutas.”¹⁴⁸ Segundo o CADE, as relações entre médicos e operadoras são muitas vezes conflituosas no tocante ao vínculo e às remunerações e, por esse motivo, podem acabar contrariando a legislação de defesa da concorrência.¹⁴⁹

Além disso, essas relações e os conflitos entre operadoras e prestadores de serviços têm sido pouco contemplados pelo marco regulatório desse mercado (Resoluções da ANS e Lei nº 9.656/1998¹⁵⁰), ainda que a Lei nº 13.003/2014¹⁵¹, tenha passado a prever a possibilidade de intervenção da ANS para a definição de reajustes anuais de preços dos serviços prestados, quando houver impasse entre as partes. Por isso, tais relações e conflitos acabam sendo solucionados pelo CADE.

Pesquisa realizada pelo INSPER aponta que

[o] valor dos honorários médicos é historicamente o ponto de grande atrito entre OPS [operadoras de planos de saúde] e Médicos. A assimetria existente entre o profissional liberal versus a operadora levou a um movimento de coordenação dos médicos para negociar os honorários com as operadoras. Especificamente, em diversas localidades, os médicos têm se organizado em cooperativas para, conjuntamente, negociar a remuneração de seus serviços junto às OPS.¹⁵²

¹⁴⁷ BRASIL, 2011, art. 36.

¹⁴⁸ CADE, 2015, p. 27-63.

¹⁴⁹ CADE, 2015, p. 26.

¹⁵⁰ Os art. 17-A e 18 da Lei nº 9.656/1998 tratam das condições de contratação entre operadoras e prestadores de serviço de atenção à saúde.

¹⁵¹ BRASIL, 2014.

¹⁵² FURQUIM DE AZEVEDO *et al.*, 2016, p. 80/81:

“Os efeitos dessa dinâmica de negociações de preços têm sido muito analisados pelo órgão de defesa da concorrência (CADE). Ao longo dos anos, o entendimento da autoridade antitruste é que a coordenação entre médicos, que podem ser considerados concorrentes, pode ser

No tocante às tabelas de hospitais e clínicas, o CADE esclarece que, ao contrário dos médicos,

[...] que possuem hipossuficiência numa relação negocial com determinados prestadores de serviços médicos ou operadora de planos de saúde, no caso dos hospitais e clínicas, não se verifica o mesmo problema, derivado de uma desigualdade na negociação de honorários, motivo pelo qual não se autoriza a negociação conjunta destas entidades.¹⁵³

No mesmo sentido, a posição do órgão é a seguinte no que tange às tabelas das operadoras:

A imposição de tabelas e/ou a negociação coletiva por parte de operadoras de planos de saúde também não passa incólume pelo crivo do Cade. No Processo Administrativo nº 08012.005374/2002-6443, a Unidas (União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde) – nova denominação do CIEFAS [Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência à Saúde] – passou de representante à representada, pois no decorrer da instrução do processo a Secretaria de Direito Econômico (SDE) entendeu que a sua intermediação nas negociações entre as operadoras de planos de saúde e os profissionais médicos poderia configurar infração à ordem econômica.¹⁵⁴

Outro tema recorrente diz respeito à licitude das cooperativas médicas, à luz da legislação de defesa da concorrência. São examinados pelo CADE os casos em que a maioria dos médicos de determinada especialidade se organiza

entendido como formação de cartel que, ao ampliar a remuneração dos seus serviços, deve implicar maiores custos ao longo da cadeia, impactando negativamente o consumidor. Ainda que mais recentemente exista algum reconhecimento da legitimidade de os médicos buscarem maior equilíbrio de poder na negociação junto às OPS, criando poder compensatório, esta conduta coordenada segue sendo investigada e, por vezes, condenada pelo CADE: dos 20 casos analisados, 4 foram arquivados, 8 condenados e 8 envolveram acordo entre autoridade e representadas (CADE, 2015).

Neste contexto de alinhamento de conduta dos médicos, verificam-se também o estabelecimento de tabelas de preços dos procedimentos. A compreensão do CADE é que os médicos podem adotar tabelas sugestivas de honorários elaboradas por entidades representativas, para negociar com os demais agentes do mercado (e.g., operadoras de planos de saúde, hospitais). Contudo há restrições significativas, sendo que em mais de 90% dos processos analisados houve condenação da conduta.”

¹⁵³ CADE, 2015, p. 38.

¹⁵⁴ Vale esclarecer também que há posição do CADE sobre a tabela CMED (Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos):

“Na Consulta 83/2002 (Consultante Abifarma), no Processo Administrativo 08012.012395/99-15 (CPI vs ABCFarma e Brasíndice) e no Processo Administrativo 08012.004869/2008-61 (CMED VS Laboratórios B.Braun S/A, Halex Istar Indústria Farmacêutica Ltda. e Baxter Hospitalar Ltda.), o Cade concluiu que a publicação dos preços máximos da CMED não pode configurar uma conduta anticompetitiva, já que (i) a tabela da CMED é feita por um órgão público e regulador do setor, que estipula um preço máximo de medicamentos e (ii) há a obrigação regulatória de divulgação dos preços máximos autorizados pela CMED, nos pontos de venda [farmácias], para que os consumidores saibam quais são os seus direitos.” (CADE, 2015, p. 40/41.)

como cooperativa e passa a negociar com operadoras de planos de saúde ou com o SUS apenas por meio da entidade, definindo valores homogêneos dos serviços médicos prestados para todos os cooperados.

Como consequência desse raciocínio, tem-se que condutas infrativas à Lei Antitruste, perpetradas por cooperativas poderão ser investigadas, condenadas e punidas pelo SBDC, diante das particularidades do caso concreto. O Cade já analisou 20 processos administrativos que tinham por objeto a atuação de cooperativas de determinadas especialidades médicas, entendendo haver infração à ordem econômica em 8 deles e, em outros 8 foram celebrados Termos de Cessação de Conduta, que estabeleceram obrigações a serem cumpridas pelas representadas para fins de encerramento do processo – somente 04 processos foram arquivados.¹⁵⁵

Por fim, o CADE também atua nos casos de unimilitância, ou seja, nos casos em que há exigência de qualquer agente econômico (e.g., hospital, operador de planos de saúde ou cooperativa) no sentido de que o médico não preste serviço para concorrentes. Em geral, a unimilitância

tem sido perpetrada pelas Unimeds, planos de saúde na modalidade cooperativa médica, que impedem ou desestimulam seus médicos cooperados de atenderem outros planos de saúde que atuam no mesmo mercado relevante. Ao todo, foram analisados 155 processos administrativos, dos quais, 65,81% resultaram na condenação de representados. Além disso, em 2013, foram firmados 39 Termos de Cessação de Conduta (TCC) nos quais Unimeds se comprometeram a se abster de exigir exclusividade de seus médicos cooperados.¹⁵⁶

O *Caderno* do CADE que trata dos atos de concentração (publicado em 2018) indica que, até dezembro de 2017, foram julgados 155 atos de concentração envolvendo mercados de planos de saúde, hospitais e serviços de medicina diagnóstica¹⁵⁷. De modo geral, os valores e finalidades mais frequentemente protegidos pelo Conselho são: (i) “*livre concorrência*” (e.g., fechamento de mercado para as concorrentes, análise de rivalidade ou presença de empresas rivais); (ii) “*ganhos de eficiência*” (e.g., redução de custos de transação, melhor coordenação dos serviços dentro da empresa, redução de custos de produção); e (iii) problemas relacionados à assimetria de informação, como o do “*agente-*

¹⁵⁵ CADE, 2015, p. 44.

¹⁵⁶ CADE, 2015, p. 56.

¹⁵⁷ CADE, 2018, p. 29.

principal” (que diz respeito ao conflito de interesses entre operadoras e prestadores de serviços que têm objetivos opostos).¹⁵⁸

Conforme relato do próprio CADE, quando o órgão analisa atos de concentração nos mercados de serviços hospitalares,

costuma excluir de sua análise, especialmente quando se trata de medir participação de mercado, os leitos destinados ao SUS. Assim, para que se chegue a um retrato mais próximo do mercado de serviços hospitalares efetivamente analisados pelo Cade, deve-se observar a distribuição de leitos não comprometidos com o atendimento ao sistema público.¹⁵⁹

O comentário acima é um dos poucos feitos sobre o SUS pelos dois *Cadernos* do CADE examinados. Infere-se que os impactos causados pelos atos de concentração e pelas condutas sobre o SUS são incipientes ou praticamente inexplorados pelo referido órgão.

A partir dos relatórios, também é possível inferir que pouco se avalia sobre possíveis impactos relacionados à qualidade dos serviços prestados pelas empresas que são objeto dos atos de concentração. Em geral, os *Cadernos* não apresentam critérios claros sobre qualidade, exceto pontualmente, (i) ao tratarem da “rivalidade de hospitais”, quando destacam a importância da “acreditação” ou da “classificação por terceiros”, e (ii) ao tratarem da “rivalidade em mercados de medicina diagnóstica”, quando destacam a importância da “marca reconhecida”.

De todo modo, a regulação vigente é fruto de um trabalho que vem sendo construído ao longo dos últimos 20 anos pela ANS, pelo CADE e pelos demais entes do setor. Muito tem sido feito para aprimorar a proteção à livre concorrência, ampliar a proteção ao consumidor e reduzir as falhas desse mercado, especialmente as assimetrias de informação entre os agentes.

No entanto, há que se reconhecer que, do ponto de vista econômico, esse mercado ainda impõe inúmeros desafios. Tanto as falhas (e.g., risco moral e seleção adversa) como as regras mais estritas impostas aos contratos individuais pela regulação do setor levaram a um exponencial crescimento do mercado de planos coletivos empresariais, em detrimento dos contratos individuais.¹⁶⁰ Em

¹⁵⁸ CADE, 2018, p. 30-38.

¹⁵⁹ CADE, 2018, p. 58.

¹⁶⁰ Segundo dados da ANS (2019), dos 47.104.169 beneficiários de planos de saúde em agosto de 2019, 31.627.928 eram beneficiários de planos coletivos empresariais, 6.340.402 eram beneficiários de planos coletivos por adesão e 9.037.303 eram beneficiários de planos individuais.

contrapartida, como já apontado, o beneficiário do contrato coletivo está sujeito a reajustes praticamente ilimitados e à rescisão contratual imotivada. Há também uma clara dificuldade de acesso aos planos de saúde pelos idosos. Portanto, normas que visam à redução das falhas do mercado e à proteção do consumidor permanecem e devem permanecer em debate.

Em estudo realizado pela OCDE em 2004 já se apontava que os ganhos de eficiência e de qualidade nesse mercado não são facilmente identificados, já que, dentre outras coisas, as seguradoras tendem a reduzir custos por meio da seleção de riscos e, frequentemente, a competição estabelecida não se desenvolve com fundamento em preço e qualidade:

Embora o seguro de saúde privado seja frequentemente visto como uma ferramenta para aumentar a eficiência, as evidências analisadas neste estudo revelaram uma contribuição ainda pequena do PHI [*private health insurance* – seguro de saúde privado] a esse respeito. Várias razões explicam esse desempenho. As operadoras precisam sustentar altos custos administrativos para atrair e reter segurados, fornecer-lhes uma diversidade de planos de seguro e negociar várias relações contratuais com os prestadores. Além disso, em diversos países membros da OCDE, as seguradoras recebem poucos incentivos para gerenciar o atendimento de maneira econômica, devido a uma combinação de desejo de não restringir a escolha individual, resistência dos prestadores e custo de implementar tal ação.

As dificuldades para extrair melhorias de eficiência nos mercados de PHI também se devem a incentivos criados pela concorrência entre as operadoras. Nem todos os mercados de PHI apresentam fortes pressões competitivas. A mobilidade dos segurados é muitas vezes limitada; portanto, as operadoras enfrentam fracos sinais de demanda. Quando a concorrência realmente ocorre, ela não se desenvolve necessariamente por razões de preço e qualidade. É atraente para as operadoras empregar mudança de custo e seleção de risco como um meio de competição e proteção contra seleção adversa, em vez de melhorar a relação custo-benefício dos cuidados prestados aos segurados. Além disso, a concorrência entre as operadoras não resulta necessariamente em menor custo se o setor de PHI estiver fragmentado em relação ao poder de mercado dos prestadores e se estes enfrentam pouca pressão para melhorar a qualidade e a relação custo-benefício do atendimento.¹⁶¹

¹⁶¹ Tradução da autora para:

“While private health insurance is often viewed as a tool to enhance efficiency, the evidence reviewed in this study has revealed a still small contribution of PHI in this respect. Several reasons explain this performance. Insurers need to sustain high administrative costs in order to attract and retain insurees, provide them with a diversity of insurance plans, and negotiate multiple contractual relationships with providers. Furthermore, in several OECD countries, insurers have faced few incentives to manage care cost-effectively, due to a combination of desire not to restrict individual choice, providers’ resistance, and the cost of implementing such action.

Difficulties in extracting efficiency improvements from PHI markets are also due to incentives created by competition across insurers. Not all PHI markets feature strong competitive pressures. Insurees’ mobility is often limited, thus insurers often face weak demand signals. When competition actually occurs, it has not necessarily developed on price and quality grounds. It is

O mercado de planos de saúde brasileiro pode se beneficiar de estudos internacionais que utilizam tanto a nomenclatura “*private health insurance*” [seguro de saúde privado] (estudo acima) como, também a nomenclatura mais abrangente e mais recentemente adotada “*voluntary health insurance*” [seguro voluntário de saúde]¹⁶².

Em relatório publicado em 2018 sobre *voluntary health insurance* (seguro voluntário de saúde), a OMS faz um alerta sobre os efeitos negativos que planos voluntários de saúde podem causar aos sistemas que almejam alcançar a universalidade (UHC significa *Universal Health Coverage*):

attractive for insurers to employ cost-shifting and selection of risk as a means of insurer competition and protection against adverse selection, rather than improving the cost effectiveness of care provided to insurees. Moreover, insurers' competition does not necessarily result in lower cost if the PHI industry is fragmented vis-à-vis providers' market power, and these latter face little pressure to enhance quality and cost-effectiveness of care.” (OECD, 2004, p. 16.)

¹⁶² “Pode-se definir VHI (*voluntary health insurance*, ou seguro voluntário de saúde) como um acordo de contribuição antecipada que recebe fundos voluntários e os dispõe em diferentes grupos de risco. A decisão de obter essa cobertura não é exigida pelo governo, mas é uma decisão tomada por indivíduos, famílias ou empresas privadas (JOWETT; KUTZIN, 2015). Sendo assim, o VHI difere de um mecanismo de seguro obrigatório (o seguro social é a forma mais comum) aos quais a população ou parte dela é obrigada pelo governo (por lei) a se associar e efetuar pagamento de contribuições (OECD / Eurostat / WHO 2011).

Por ser voluntário, não significa que o VHI seja sempre administrado de forma privada. Ele pode ser fornecido por vários tipos de organizações, como operadoras de seguros de saúde comerciais e sem fins lucrativos, empresas que administram seus próprios acordos de seguro para seus funcionários, organizações não governamentais ou outras entidades locais que operam seguros de saúde comunitários (CBHI – *community-based health insurance*) (consulte MATHAUER *et al.* 2017 para um resumo de políticas específicas sobre o CBHI) e até agências governamentais.

Em alguns casos, no entanto, os governos fornecem financiamento para a VHI, diretamente (e.g., cobertura de planos médicos privados como benefício negociado para funcionários públicos, como na África do Sul) ou indiretamente, concedendo subsídios fiscais (deduções ou créditos tributários) para a aquisição do VHI. Assim, o VHI pode ser financiado por fontes públicas e privadas.” (MATHAUER; KUTZIN, 2018, p. 1).

Tradução da autora para:

“VHI can be defined as a prepaid pooling arrangement that receives voluntary funds and pools them separately. The decision to obtain such coverage is not required by government but is rather a decision made by individuals, households, or private companies (Jowett and Kutzin 2015). As such, VHI differs from a compulsory insurance mechanism (social health insurance is the most common form) under which membership and payment of contributions are made obligatory by the government (by law) for some or all of the population (OECD/Eurostat/WHO 2011)

Because it is voluntary does not mean that VHI is always privately run. It can be provided by various types of organisations, including both commercial and not-for-profit health insurance companies, enterprises that run their own insurance arrangements for their employees, non-governmental organisations or other local entities that operate community-based health insurance (see Mathauer et al. 2017 for a specific policy brief on CBHI), and even government agencies.

In some cases, however, governments do provide funding for VHI, either directly (e.g. private medical scheme coverage as a negotiated employee benefit for civil servants, as in South Africa) or indirectly by granting tax allowances (deductions or tax credits) for the purchase of VHI. Thus, VHI can be funded from both public and private sources” (MATHAUER; KUTZIN, 2018, p. 1).

Não existe um limite definido de uma participação do VHI [*voluntary health insurance*, seguro voluntário de saúde] no total dos gastos com saúde que impediria os esforços dos países em avançar rumo à UHC [*universal health coverage*, cobertura de saúde universal]. No entanto, é crucial estar ciente das tendências do VHI (gastos) e enfrentar os possíveis desafios decorrentes de mudanças nos gastos do VHI (WHO, 2010). Dados os muitos riscos e possíveis efeitos colaterais para o restante do sistema de saúde, o VHI precisa ser gerenciado e regulamentado de maneira a contribuir para o progresso equitativo rumo à UHC, ou pelo menos não prejudicar esse progresso.¹⁶³

A OMS já reconhece, portanto, que seguros voluntários de saúde devem ser regulados para contribuir com a “cobertura universal” ou, ao menos, não prejudicar sua realização progressiva. Na mesma quadra, conforme será tratado no Capítulo 4, defende-se aqui que o mercado de planos de saúde deve ser regulado para contribuir para a distribuição de “resultados de saúde” e para a distribuição de “recursos de saúde”, em vez de prejudicá-las. Nesse sentido, a regulação do mercado de planos de saúde requer cuidados específicos, especialmente no Brasil, onde a saúde é reconhecida como direito de todos.

Por fim, não se pode deixar de mencionar que a crescente judicialização de demandas relacionadas a planos de saúde é indicador de que a regulação vigente precisa ser revista. Pesquisa do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) publicada em 2019 analisou os processos sobre saúde distribuídos entre 2009 e 2017, em todas as entidades da federação. Verifica-se que os assuntos “planos de saúde” e “seguro” se encontram entre os principais temas litigados em quase todo o País¹⁶⁴. Para mais dados sobre o perfil das demandas envolvidas na

¹⁶³ Tradução da autora para:

“There is no set threshold of a VHI share as of total health expenditure that would hinder countries’ efforts to move towards UHC [Universal Health Coverage]. Nonetheless, it is crucial to be aware of VHI [Voluntary Health Coverage] (expenditure) trends and to address potential challenges deriving from changes in VHI expenditure (WHO 2010). Given the many risks and potential spill-over effects to the rest of the health system, VHI needs to be managed and regulated in such a way that it contributes to equitable progress towards UHC, or at least does not harm such progress.” (MATHAUER; KUTZIN, 2018, p. 1)

¹⁶⁴ CNJ, 2019, p. 48-50:

“[...] os principais assuntos discutidos nos processos em primeira instância são: ‘Plano de Saúde’, ‘Seguro’ e ‘Saúde’, seguidos de ‘Tratamento Médico-Hospitalar e/ou Fornecimento de Medicamentos’. Nota-se, em particular, uma participação muito elevada dos assuntos ‘Plano de Saúde’ e ‘Seguro’, mostrando a relevância da litigância judicial na esfera da saúde suplementar, assunto ainda pouco investigado na literatura sobre o tema. Cumpre esclarecer que, nos termos da nomenclatura utilizada pelo CNJ, os assuntos classificados como ‘Saúde’ dizem respeito a disputas relativas a saúde pública e, conforme Figura 9, representam 11,782% dos casos. A Justiça Estadual de São Paulo é uma das principais responsáveis por esse grande número de processos no Brasil cujo assunto é indexado como ‘planos de saúde’, tendo distribuído 116.518 casos nessa categoria durante o período em análise. Se analisarmos os tribunais (Figura 10) que informaram o assunto de seus processos (primeira, segunda ou nas duas instâncias), os seis

judicialização do mercado de planos de saúde, especialmente no Estado de São Paulo, vale conferir as publicações do Grupo de Estudos Sobre Planos de Saúde, localizado no Departamento de Medicina Preventiva da Faculdade de Medicina da USP e coordenado pelo Prof. Mário César Scheffer¹⁶⁵.

Cabe então refletir sobre a pertinência de uma regulação que tenha finalidade “igualitária” ou “distributiva” para o mercado de planos de saúde e que efetivamente contribua para as finalidades do SUS. Para isso, compete examinar como os princípios que norteiam a iniciativa privada se conjugam com os princípios de Direito Econômico, no campo do Direito Econômico Sanitário Constitucional.

tribunais com mais casos classificados são: TJCE, TJMG, TJPE, TJRJ, TJSC e TJSP. Em todos esses tribunais, ‘planos de saúde’ e ‘seguro’ aparecem entre os cinco principais assuntos. Interessante notar, porém, as diferenças entre estados: no Rio de Janeiro, ‘saúde’ é o principal tema e aparece em 35% dos casos (isso sem descontar os processos classificados como ‘outros’, que envolvem, inclusive, causas não relacionadas à saúde); já em Minas Gerais o assunto que aparece no maior número de processos é ‘tratamento médico-hospitalar e/ou fornecimento de medicamentos’, semelhante ao que ocorre em Santa Catarina, onde 28% dos casos são relativos a fornecimento de medicamentos; no Ceará 67% dos processos são relativos a ‘seguro’ e em São Paulo e Pernambuco, o assunto que mais aparece é ‘planos de saúde’.”

¹⁶⁵ SCHEFFER, Mário César (Coord.) Grupo de Estudos sobre Planos de Saúde (GEPS – DMP/FM-USP). Disponível em: <https://sites.usp.br/geps/>. Acesso em: 13 jan. 2020.

3 O DIREITO ECONÔMICO SANITÁRIO CONSTITUCIONAL

Antes de definir os contornos do Direito Econômico Sanitário Constitucional, cabe destacar pontos importantes sobre a teoria do Direito Sanitário consolidada pelos teóricos Sueli Dallari¹⁶⁶ e Fernando Aith¹⁶⁷.

3.1 O Direito Sanitário

Na segunda metade do século XX, a OMS define, no preâmbulo de sua Constituição, que “saúde é o estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença ou enfermidade”¹⁶⁸. Ao definir que saúde é mais do que ausência de doença, consolida-se o entendimento de que saúde é um conceito positivo que decorre não só de aspectos individuais (e.g., biológicos, físicos, genéticos), mas também de aspectos relacionados ao meio ambiente e ao ambiente social nos quais o indivíduo está inserido. O reconhecimento amplo dos “determinantes sociais da saúde”, tanto pelo Brasil como pela comunidade internacional, reafirma e promove a importância dos fatores relacionados à estrutura social e ao meio ambiente que influenciam direta e indiretamente a saúde da população.¹⁶⁹

Ainda no preâmbulo da sua constituição, a OMS destaca outros aspectos importantes da saúde:

A saúde de todos os povos é fundamental para se alcançar a paz e a segurança e depende da mais ampla cooperação entre indivíduos e Estados;

Os resultados alcançados por qualquer Estado na promoção e proteção da saúde são valiosos para todos;

A desigualdade dos diferentes países na promoção da saúde e no controle das doenças, especialmente as transmissíveis, constitui um perigo comum.¹⁷⁰

¹⁶⁶ DALLARI; NUNES JÚNIOR, 2010.

¹⁶⁷ AITH, 2007; 2017.

¹⁶⁸ Tradução da autora para:

“Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity.” (WHO, 2018a, on-line)

¹⁶⁹ WHO, 2018b, on-line.

¹⁷⁰ Tradução da autora para:

“The health of all peoples is fundamental to the attainment of peace and security and is dependent on the fullest co-operation of individuals and States.

The achievement of any State in the promotion and protection of health is of value to all.

A partir desses aspectos, Sueli Dallari, em coautoria com Nunes Júnior, explica a saúde como um bem jurídico individual, coletivo e de desenvolvimento:

[A saúde é um...] fenômeno polifacético, [...] e] a preservação do bem-estar de cada um depende da ampla cooperação de Estados e indivíduos. Deve-se ter em conta, nesse sentido, que boa parte das doenças é transmissível, existindo incontáveis exemplos de pandemias originárias de um determinado país que acabaram ganhando contornos planetários. Além disso, o bem-estar do indivíduo supõe aspectos sanitários, ambientais e comunitários que só podem ser concebidos a partir de uma perspectiva coletiva, donde resulta que uma concepção jurídica de saúde há de envolver não só direitos, mas também deveres, e não só por parte dos Estados, mas também das pessoas e da sociedade.

Outro importante ponto posto em evidência pelo preâmbulo da Constituição da Organização Mundial de Saúde acentua a saúde como um bem jurídico de desenvolvimento. É o que se constata no seguinte trecho: *a extensão a todos os povos dos benefícios dos conhecimentos médicos, psicológicos e afins é essencial para a mais ampla realização da saúde.*¹⁷¹

.....

A contribuição conceitual trazida pela Constituição da Organização Mundial de Saúde é inegável, servindo de referência à operacionalização de diversas leis em matéria sanitária. Primeiro, porque, ao associar o conceito de saúde ao conceito de bem-estar-social e psíquico, exprime a ideia do ser humano em relação com o seu meio. Segundo, porque enaltece a saúde como um bem jurídico não só individual, mas também coletivo e, nessa medida, de desenvolvimento, acenando para a necessidade da preservação presente e futura, tanto do indivíduo – tomado isoladamente – como da humanidade.¹⁷²

A autora sintetiza o conceito dizendo que, “sob o aspecto jurídico, devemos entender saúde como o bem fundamental que, por meio da integração dinâmica de aspectos individuais, coletivos e de desenvolvimento, visa assegurar ao indivíduo o estado de completo bem-estar físico, psíquico e social”.¹⁷³ É especialmente importante compreender a existência do que Dallari denomina de *continuum* na noção de saúde, que tem em um de seus polos as características mais próximas do indivíduo e, no outro, aquelas mais diretamente dependentes da organização sociopolítica e econômica dos Estados. Consoante a autora, ninguém pode ser individualmente responsável por sua saúde, já que “o aparecimento de

Unequal development in different countries in the promotion of health and control of diseases, especially communicable disease, is a common danger.” (WHO, 2018c, on-line)

¹⁷¹ Tradução dos autores para:

“The extension to all peoples of the benefits of medical, psychological and related knowledge is essential to the fullest attainment of health.” (WHO, 1946)

¹⁷² DALLARI; NUNES JUNIOR, 2010, p. 9/10.

¹⁷³ DALLARI; NUNES JUNIOR, 2010, p. 13.

doenças pode estar ligado mais diretamente a características e fatores individuais, embora não deixe de apresentar traços que o liguem à organização social e política.”¹⁷⁴

Diante de um conceito inevitavelmente amplo, Dallari esclarece que

[...] só é possível precisar o que está implicado na definição do estado de saúde de pessoas concretas, situadas, que vivam ou trabalhem em determinada comunidade. Apenas essas pessoas têm legitimidade para decidir o ponto de equilíbrio entre, por exemplo, a proteção contra as infecções respiratórias e a limitação da circulação de veículos. Assim também, é apenas a comunidade local que pode legitimamente decidir que seja gasta parte significativa do orçamento público para oferecer transporte e tratamento para doentes que não encontrem possibilidade terapêutica naquele local. Deve-se concluir, então, que é do próprio conceito contemporâneo de saúde que decorre a exigência de sua definição em nível local, com a necessária participação da comunidade envolvida.¹⁷⁵

Portanto, a amplitude do conceito de saúde acaba por exigir que a sua especificação e delimitação sejam feitas em cada localidade, por pessoas e comunidades concretas, diante de suas necessidades e possibilidades. A participação social é inexorável para essa especificação:

Tornar visível e compreender a operação de tradução que uma sociedade faz para transformar uma questão de saúde pública em uma questão do Direito são processos fundamentais para o desenvolvimento social e constituem o cerne da democracia sanitária. Nas sociedades democráticas, a tradução de um tema de saúde pública pelo Direito deve ser sempre, ao máximo, realizada com a ampla participação da sociedade de forma incorporar ao texto legal as diversas representações de saúde existentes nos grupos sociais que compõem uma sociedade democrática.¹⁷⁶

A abertura do conceito de saúde exige dos sistemas jurídico e político uma ampla participação democrática que permita a discussão sobre as diversas políticas distributivas de “resultados de saúde” e de “recursos de saúde”, considerando-se a totalidade e as distintas realidades brasileiras, em termos de prioridades, necessidades, recursos, culturas e desenvolvimento social e econômico regional e nacional.

O SUS – construído a partir dos princípios da universalidade e igualdade, bem como a partir das diretrizes de regionalização, descentralização, hierarquização, integralidade e participação social – é, ao menos do ponto de vista

¹⁷⁴ DALLARI; NUNES JUNIOR, 2010, p. 13/14.

¹⁷⁵ DALLARI; NUNES JUNIOR, 2010, p. 14/15.

¹⁷⁶ AITH, 2017, p. 50.

teórico, totalmente compatível com o desafio, imposto pela CF/88, de concretização da saúde como direito. Além disso, ao atribuir ao SUS as competências previstas no art. 200 (e.g., vigilância sanitária e epidemiológica, colaboração na proteção do meio ambiente e saúde do trabalhador), a Constituição permitiu-lhe atuar em setores estratégicos para a produção de “saúde”, no sentido amplo definido por Dallari.¹⁷⁷ Não obstante, a regulação vigente sobre o mercado de planos de saúde não é compatível com esse objetivo, nem mesmo do ponto de vista teórico. As normas vigentes são insuficientes, na medida em que tratam timidamente da finalidade distributiva de “resultados de saúde” e de “recursos de saúde”, como será visto no Capítulo 4.

Em se tratando da positivação desse direito, a saúde é reconhecida como direito fundamental no art. 6º da CF/88, como direito individual e coletivo no art. 196 da Constituição, como resultado do reconhecimento dos direitos econômicos, sociais e culturais no art. 23 da Carta de 1988, na Declaração Universal de Direitos Humanos¹⁷⁸, no Pacto Internacional sobre os Direitos Sociais, Culturais e Econômicos¹⁷⁹ (art. 12) e na Convenção Americana de Direitos Humanos¹⁸⁰ (art. 26 e Pacto de San Salvador¹⁸¹). Todas essas normas foram ratificadas pelo Brasil e integram o direito interno.

3.2 O Direito Econômico Sanitário Constitucional

No contexto da crise econômica europeia posterior às duas guerras mundiais, o Direito contemporâneo, nas palavras de Comparato, passa “a transformar e sistematizar as normas de conteúdo econômico” que, se em um primeiro momento tinham objetivos relacionados ao controle da inflação e à reconstrução dos países, posteriormente, passam a ter objetivos relacionados à “corrida armamentista, ao movimento de concentração do poder econômico nos países industrializados e a política de desenvolvimento do ‘Terceiro Mundo’”.¹⁸²

¹⁷⁷ DALLARI; NUNES JUNIOR, 2010.

¹⁷⁸ ONU, 1948.

¹⁷⁹ ONU, 1966.

¹⁸⁰ OAS, 1969.

¹⁸¹ OAS, 1988.

¹⁸² Comparato assim explica o surgimento do Direito Econômico:

“Sucedendo à crise de deflação e de superprodução de 1929, o advento da segunda guerra mundial veio abalar as economias europeias com os problemas opostos de penúria e de inflação.

Surge então o Direito Econômico como “a disciplina normativa da ação estatal sobre as estruturas do sistema econômico, seja este centralizado ou descentralizado”¹⁸³. Trata-se portanto de “um dos ramos de direito aplicado cuja unidade ou, se preferir, sua autonomia nos é dada pela sua finalidade: traduzir normativamente os instrumentos da política econômica do Estado”¹⁸⁴.

Sem dispensar o conhecimento prévio dos tradicionais ramos do Direito Privado e do Direito Público, o Direito Econômico, do ponto de vista formal, possibilita “o estudo sistemático de várias matérias que dificilmente se enquadrariam nos esquemas tradicionais”¹⁸⁵ e, do ponto de vista teleológico, “estimula o constante aperfeiçoamento das instituições jurídicas em função dos seus objetivos concretos”¹⁸⁶.

Portanto, são disposições de Direito Econômico todas as normas que traduzem a política econômica do Estado. A utilidade do reconhecimento desse conjunto de normas reside justamente no aprimoramento do estudo de tais normas e no aperfeiçoamento das suas instituições jurídicas.

Para compreender o Direito Econômico à luz da CF/1988, recorre-se aqui a Eros Grau.¹⁸⁷ Partindo do seu caráter principiológico e programático, o autor destaca a importância dos art. 1º (fundamentos da República) e 3º (objetivos da República), *in verbis*:

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: I – a soberania; II – a

Face às tarefas da guerra e da reconstrução que se lhe sucede e a fim de eliminar a procura excedentária e a abundância de signos monetários no mercado, o Estado lança mão de novos processos de captação da poupança popular, do empréstimo compulsório à emissão sistemática de títulos da dívida pública em concorrência com os privados (*open market*). Por outro lado, a repartição do produto nacional é racionalizada através de medidas compulsórias de contingenciamento, de estocagem, de licenciamento da produção, da venda ou do comércio exterior. O Direito deixa-se assim penetrar de conteúdo econômico, ao mesmo tempo que a economia se torna sempre mais administrativa ou regulamentada, isto é, jurídica.

Ora reproduzindo o fenômeno verificado após a primeira guerra mundial, o direito contemporâneo, longe de eliminar as disposições normativas de conteúdo econômico originadas das necessidades de guerra, tende ao contrário a transformá-las e a sistematizá-las, em função de novos objetivos. Vários fatos explicam essa tendência incontestável: a corrida armamentista, o movimento de concentração do poder econômico nos países industrializados e a política de desenvolvimento no ‘Terceiro Mundo’.” (COMPARATO, 1978, p. 457/458)

¹⁸³ COMPARATO, 1978, p. 457/458.

¹⁸⁴ COMPARATO, 1978, p. 471.

¹⁸⁵ COMPARATO, 1978, p. 471.

¹⁸⁶ COMPARATO, 1978, p. 471.

¹⁸⁷ GRAU, 2018, p. 125/126.

cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político.

.....

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.¹⁸⁸

Sublinha também o art. 170 da CF/88, que trata diretamente dos fundamentos e das finalidades da ordem econômica:

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: I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; VI – defesa do meio ambiente; 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.¹⁸⁹

Tanto o art. 170 como o art. 174 da CF/88 reportam-se às *atividades econômicas em sentido amplo*, ou seja, estão nelas inclusos os serviços públicos. Conforme ensina Eros Grau,

[em se tratando do art. 170...] toda a atividade econômica, inclusive a desenvolvida pelo Estado, no campo dos serviços públicos, deve ser fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim (fim dela, atividade econômica, repita-se) assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social etc.

.....

No que tange ao art. 174, no entanto, a expressão *atividade econômica* [...] alude [...] a *atividade econômica em sentido amplo*. Respeita a globalidade da atuação estatal como agente normativo e regulador. A atuação normativa reclama fiscalização [...] A atuação reguladora há de, impõe a Constituição, compreender o exercício das funções de incentivo e planejamento.¹⁹⁰

A partir desses dispositivos, Eros Grau conclui que a realização dos fundamentos do art. 1º e dos objetivos do art. 3º depende de um Estado forte, que tem por finalidade assegurar a todos existência digna.

Por isso dizemos que o Brasil tem como fundamentos aqueles indicados no art. 1º e que os objetivos fundamentais do Brasil são os descritos no

¹⁸⁸ BRASIL, 1988, art. 1º/3º.

¹⁸⁹ BRASIL, 1988, art. 170.

¹⁹⁰ GRAU, 2018, p. 103/104.

art. 3º do texto constitucional. Por isso mesmo cumpre também observarmos que aí, nesses preceitos, opera-se a superação da dissociação entre a esfera política e a esfera social – aí caminham juntos, voltando-se à realização dos mesmos fins, o Estado e a sociedade.

A Constituição do Brasil de 1988 projeta um Estado desenvolvido e forte, o quanto necessário seja para que os fundamentos afirmados no seu art. 1º e os objetivos definidos no seu art. 3º venham a ser plenamente realizados, garantindo-se tenha por fim, a ordem econômica, assegurar a todos existência digna.

Daí porque a preservação dos vínculos sociais e a promoção da coesão social pelo Estado assumem enorme relevância no Brasil, a ele incumbindo a responsabilidade pela provisão, à sociedade, como *serviço público*, de todas as parcelas da *atividade econômica em sentido amplo* que sejam tidas como indispensáveis à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social.¹⁹¹

Como já dito, ao Estado compete preservar os vínculos sociais e promover a coesão social, assumindo a responsabilidade pelas *atividades econômicas em sentido amplo* indispensáveis à preservação desses vínculos e dessa coesão. Dentre tais atividades, encontram-se a *saúde* e a *educação*. Logo, no que diz respeito a esses serviços, importa ressaltar sua característica de indispensabilidade, sejam eles privativos ou não.

Ora, a indispensabilidade da atividade de saúde está diretamente relacionada à universalidade do sistema que se quer construir. Se a saúde é indispensável ao desenvolvimento e à interdependência social, deve mesmo ser universal, no sentido de que é direito e de que é de todos, indistintamente. Nesse sentido, a Constituição não só reconhece a essencialidade da saúde, como também institui o SUS e os princípios relacionados à saúde, nos art. 196 a 200.

Como apontado no Capítulo 2, da interpretação sistemática dos art. 196 a 200 da CF/88, considerando especialmente os art. 196, 197 e 198, resta claro que a obrigação atribuída ao Poder Público de regulamentar, fiscalizar e controlar as ações e serviços de saúde (cuja execução poderá ser feita por terceiros ou pelo setor privado) é parametrizada constitucionalmente pelas duas finalidades gerais da saúde, indicadas no art. 196 – (i) “redução do risco de doença e de outros agravos” e (ii) “acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” – e, também, por um diálogo com as diretrizes do SUS, que deve se dar no sentido de contribuir para a efetividade de tais objetivos e jamais prejudicar o seu alcance. Outrossim, conforme a CF/88, o ente público é

¹⁹¹ GRAU, 2018, p. 125/126.

responsável pela ampla sistematização intersetorial (e.g., meio ambiente, trabalho, vigilância sanitária e epidemiológica, assistência fornecida pelo setor público e pelo privado).

Tais finalidades estão em consonância tanto com os fundamentos da República – em especial com o fundamento da dignidade da pessoa humana – quanto com os objetivos da República e princípios da Ordem Econômica – sobretudo com o objetivo e princípio da redução das desigualdades sociais e regionais. Pode-se, então, concluir que há verdadeira moldura constitucional a definir o Direito Econômico Sanitário Constitucional, que resulta da conjugação dos fundamentos, objetivos e instrumentos do Direito Econômico (art. 1º, 3º, 170 e 174 da CF/88), com os princípios do Direito Sanitário (art. 196 a 200).

Em razão dessa moldura, a regulação dos *serviços públicos de saúde, não privativos*, deve ser instituída a partir dos princípios do Direito Econômico Sanitário Constitucional, ou seja, vale repetir, deve contribuir para a efetividade das finalidades gerais da saúde (art. 196) e dialogar com as diretrizes do SUS, no sentido de também contribuir para a efetividade de tais objetivos e jamais prejudicar o seu alcance.

Para tornar mais precisas as finalidades do art.196, pode-se fazer a seguinte interpretação.¹⁹² De um lado, impõe a obrigação de se implantarem políticas que contribuam para a redução dos riscos de doenças e outros agravos, ou seja, todas e quaisquer políticas, relacionadas a todos e quaisquer setores da sociedade, que resultem na distribuição de saúde propriamente dita (saúde como resultado ou *resultado de saúde*)¹⁹³. São exemplos desse tipo de política social e econômica de distribuição de “resultado de saúde”: (i) aquelas que impõem a obrigação de se colocarem filtros em ônibus e automóveis para reduzir a poluição ambiental; (ii) aquelas que impõem o respeito ao limite máximo de velocidade nas

¹⁹² Já consta no Capítulo 2 a interpretação de Fernando Aith sobre o art. 196. De todo modo, segue novamente:

“[...] obrigações relacionadas com a saúde pública e obrigações relacionadas com a saúde individual de cada cidadão. No que se refere às primeiras, o Estado deve adotar antecipadamente todas as condutas necessárias para a promoção, prevenção e recuperação da saúde da população. Estamos no campo de ações preventivas, ativas, obrigações expressas do Estado que podem ser identificadas, planejadas e exigidas. Já quando nos referimos a saúde individual, não há como exigir que o Estado dê saúde para todo mundo. O Estado deve garantir sim o acesso às ações e serviços necessários para a prevenção, promoção e recuperação da saúde, quando isso se mostrar possível e necessário.” (AITH, 2007, p. 85)

¹⁹³ A distinção entre “resultados de saúde” e “recursos de saúde” é de autoria de SEN, 2004, p. 28.

estradas para reduzir os acidentes rodoviários; (iii) aquelas que obrigam a vacinação de crianças para garantir uma cobertura mínima que reduza a transmissão de doenças contagiosas e proteção dos indivíduos que não podem tomar vacina; (iv) aquelas que promovem a ampliação de saneamento básico para reduzir consideravelmente a incidência de doenças parasitoides, dentre outras; (v) aquelas no âmbito da educação em saúde; e (vi) aquelas de desincentivo ao consumo de tabaco, açúcares, agrotóxicos etc.

De outro lado, o artigo impõe a obrigação de se implantarem políticas que contribuam para o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Em outras palavras, refere-se a políticas distributivas, no tocante aos recursos,¹⁹⁴ que promovem, protegem e recuperam a saúde (*recursos de saúde*). Nesse grupo de políticas estão aquelas que têm por objetivo a distribuição de médicos, hospitais, laboratórios e postos de saúde em todo o território nacional.

A saúde depende, portanto, de políticas distributivas de “resultado de saúde” e de políticas distributivas de “recursos de saúde”. Os princípios distributivos norteiam todo o SUS e os *serviços públicos de saúde, não privativos*, exercidos pelo setor privado. Porém, no tocante a estes, há de se fazer a dosagem de duas lógicas contrapostas: de um lado, a vantagem econômica pela exploração do *serviço público, não privativos*; de outro, a contribuição para (i) “redução do risco de doença e de outros agravos” e (ii) “acesso universal e igualitário aos serviços e ações de saúde”¹⁹⁵. Das normas atualmente vigentes, apenas a regra que trata do ressarcimento ao SUS, prevista no art. 32 da Lei nº 9.656/1998, tem finalidade distributiva, conforme será visto no Capítulo 4.

Portanto, além das finalidades já protegidas pela “regulação” vigente, a regulação dos *serviços públicos de saúde, não privativos*, deve, também, ser

¹⁹⁴ A distinção entre “resultado de saúde” e “recursos de saúde” é de autoria de SEN, 2004, p. 28.

¹⁹⁵ Esta afirmação é inspirada em COUTINHO, 2014, p. 112: “é necessário que se faça a dosagem de duas lógicas por vezes contrapostas: a vantagem econômica oferecida à empresa privada pela exploração rentável do serviço público e, de outro lado, sua contrapartida: obrigações de investimentos em expansão das redes, segurança, continuidade do serviço e cobrança de tarifas razoáveis. Em que proporções se traduz essa dosagem quando as privatizações que antecedem a regulação acontecem em um país cujo mercado interno de consumo é potencialmente extraordinário, ao mesmo tempo que uma parcela considerável da população não tem acesso a serviços essenciais, como é o caso do Brasil? Essas questões sintetizam, enfim, os desafios que envolvem diretamente a tensão entre equidade e eficiência na regulação, com a especial agravante de se tratar de um contexto de países em desenvolvimento.”

pautada pelas finalidades distributivas em saúde previstas no art. 196 da CF/88, fazendo-se a ponderação necessária com a legítima finalidade lucrativa.

Antes de tratar dos Princípios de Direito Econômico Sanitário, vale examinar como teóricos que pesquisam a regulação da atividade econômica vislumbram a adoção de normas distributivas na regulação de *serviços públicos de saúde, não privativos*.

3.3 Duas Dimensões da Regulação da Atividade Econômica

Nesta seção, examinam-se duas teorias sobre regulação da atividade econômica, a fim de identificar os posicionamentos dos autores sobre o tema desta tese. As teorias estão em duas obras: *Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)*¹⁹⁶, do Prof. Dr. Calixto Salomão Filho; e *Direito e Economia política na regulação de serviços públicos*¹⁹⁷, do Prof. Dr. Diogo R. Coutinho.

3.3.1 Teoria de Calixto Salomão Filho

O Prof. Dr. Calixto Salomão Filho define “regulação” como

[...] toda forma de organização da atividade econômica através do Estado, seja a intervenção através da concessão de serviço público ou o exercício do poder de polícia. A concepção ampla justifica-se pelas mesmas razões invocadas acima. Na verdade, o Estado está ordenando ou regulando a atividade econômica tanto quando concede ao particular a prestação de serviços públicos e regula sua utilização – impondo preços, quantidade produzida etc. – como quando edita regras no exercício do poder de polícia administrativa.¹⁹⁸

Na introdução da sua obra, o autor explica que uma regulação a partir do Direito Econômico – que tem origem constitucional nos princípios da ordem econômica – é útil e rica porque “admite a convivência entre vários princípios de sentido nem sempre coincidente (assim, por exemplo, a universalização e o combate ao poder econômico)”¹⁹⁹. E ressalta: “A coordenação entre tais princípios é o objetivo principal de uma regulação vista a partir do direito econômico.”²⁰⁰

¹⁹⁶ SALOMÃO FILHO, 2008.

¹⁹⁷ COUTINHO, 2014.

¹⁹⁸ SALOMÃO FILHO, 2008, p. 21.

¹⁹⁹ SALOMÃO FILHO, 2008, p.15.

²⁰⁰ SALOMÃO FILHO, 2008, p. 15.

O teórico critica a Escola do Interesse Público: “pela sua concentração em torno da noção de serviço público e por sua crença – desmentida pela prática – na possibilidade de controle dos agentes privados que prestam serviço público através do regime jurídico de direito público”²⁰¹. Em seguida, apresenta também críticas à teoria neoclássica da regulação, argumentando: “ser impossível e ineficaz pretender recriar o mercado em laboratório e, no plano teórico, ser por demais pobre entender que a regulação se resume a esta tarefa”²⁰².

Antes de apresentar sua teoria, Salomão Filho defende que há setores não regulamentáveis, ou seja, que há setores cuja prestação de serviço deve ser feita diretamente pelo Estado, como a saúde e educação.

Toda vez que determinada atividade econômica tiver externalidades sociais, sejam positivas ou negativas (respectivamente, benefícios ou malefícios), o mercado não será um elemento organizador eficiente, pois nesses casos o mercado não é capaz de recompensá-las.

[...] Na área social, externalidades são benefícios ou malefícios causados pela relação jurídica a grupos sociais menos favorecidos ou à organização da sociedade como um todo.

A ideia é, aqui, portanto, contrária aos pressupostos neoliberais. O objetivo é francamente redistributivo. Pouco importa se o resultado final será um aumento ou decréscimo da riqueza global (Pareto) ou, ainda, que exista essa possibilidade teórica de compensação (Kaldor-Hicks). O que importa é a existência de uma relevância social na atividade, que faz com que ela não possa ser prestada pelos particulares sem efeitos distributivos perversos.

Nessas áreas sensíveis, geradoras de externalidades sociais por natureza, é inviável a participação do particular.

Imagine-se o caso clássico da educação. Jamais o que o estudante está disposto ou tem condições de pagar pela escola pode remunerar o imenso benefício social trazido pela educação de cada indivíduo. Até porque esse benefício não é passível de mensuração. Isso responde pelos maus resultados da educação quando sujeita às regras de mercado – ou a escola privada desvirtua o sistema educacional, oferecendo ensino de baixa qualidade e, portanto, deixando de produzir externalidades sociais positivas, ou o preço cobrado pelo ensino geralmente torna-o inacessível à grande maioria, o que também gera grandes externalidades sociais negativas.

Ora, toda vez que estiverem presentes essas externalidades sociais não há possibilidade de participação do particular. É inútil tentar mudar sua natureza através de regimes jurídicos específicos. Não há regime de direito público que consiga mudar – ao menos no que tange às decisões econômicas – a mentalidade individualista dos particulares (o mesmo raciocínio feito acima poderia ser aplicado ao setor de saúde, por exemplo).

²⁰¹ SALOMÃO FILHO, 2008, p. 32/33.

²⁰² SALOMÃO FILHO, 2008, p. 33.

O setor é, portanto, não-regulamentável. O Estado deve prestar diretamente o serviço.²⁰³

Para o autor, portanto, os setores de saúde e educação são tão relevantes do ponto de vista social que devem estar sujeitos apenas à lógica distributiva. Mais do que isso, nesses setores sequer é possível regular, a partir de regimes jurídicos, o comportamento individualista dos particulares (pautado na lógica da obtenção da vantagem econômica). Por isso, conclui que somente o Estado deve prestar tais serviços.

No mesmo sentido, ao tratar de educação, Debra Satz argumenta de modo contrário ao seu fornecimento desigual:

[...] desigualdade em alguns bens, como educação ou influência política, é muito incoerente com a ideia de que somos todos iguais. Por exemplo, pode ser muito difícil manter esta convicção se o excesso de escolaridade privilegiada impõe enormes diferenças na vida futura das crianças.²⁰⁴

Outro argumento importante de Satz diz respeito ao efeito negativo para a organização de interesses coletivos, causado pela simples existência de mercados:

A segunda razão diz respeito ao efeito dos mercados na agregação de interesses [...]. Mercados permitem que as pessoas desistam de certos relacionamentos com produtores específicos, recorrendo a outros relacionamentos, para buscar novas formas de satisfazer suas preferências. [...] A “saída” de um mercado pode muitas vezes fortalecer interesses comuns (quando consumidores desistem de suportar um produto de má qualidade), mas ela pode também diminuir a possibilidade de formar ou satisfazer interesses comuns.²⁰⁵

De fato, já se sabe que o mercado de planos de saúde – em países nos quais existe um sistema público universal – é acessado pela população com maior renda e escolaridade.²⁰⁶ Se a satisfação de preferências dessa camada da população se dá em um mercado de planos, distinto do sistema público, há grande probabilidade de que a demanda coletiva de construção e fortalecimento de um sistema público seja enfraquecida. Além disso, há realmente grande dificuldade em se mensurarem os benefícios sociais da saúde e da educação. Por isso mesmo são direitos humanos, sociais e fundamentais – prerrogativas de todo ser humano.

²⁰³ SALOMÃO FILHO, 2008, p. 33/35.

²⁰⁴ SATZ, 2010, p. 106/107.

²⁰⁵ SATZ, 2010, p. 106/107.

²⁰⁶ KILL, 2012.

Se, por um lado, Salomão Júnior critica a efetividade de uma regulação distributiva em saúde em razão de sua limitação (ou até de sua “não efetividade”); por outro, tal crítica está fundamentada justamente na relevância social de tais setores e, portanto, na importância de se atingirem os objetivos distributivos. Essa posição revela claramente a dificuldade de se tratar saúde e educação a partir da lógica econômica. Mostra que saúde e educação só podem ser concebidas como direitos inerentes a todos; nesse sentido, estabelecer a distribuição a todos como única meta respeita integralmente a lógica dos direitos humanos.

A presente tese parte do quadro instituído pela Constituição atual. Nessa perspectiva, a teoria de Calixto acaba por legitimar a instituição de uma regulação distributiva quando contraposta à opção vigente (*i.e.*, atual regulação), que apresenta apenas uma regra distributiva (*i.e.*, ressarcimento ao SUS, segundo o art. 32 da Lei nº 9.656/1998). Talvez uma “regulação” com finalidade distributiva sobre os *serviços públicos, não privativos*, possa ser entendida como a progressividade necessária e possível no quadro do Direito Econômico Sanitário Constitucional. A progressividade pode ser compreendida tanto no sentido da concretização do direito humano à saúde como no sentido da distribuição igualitária de saúde.

3.3.2 Teoria de Diogo R. Coutinho

Na obra *Direito e economia política na regulação de serviços públicos*, o Prof. Dr. Diogo R. Coutinho

[...] procura oferecer um instrumento analítico para a reflexão sobre o papel da regulação nas políticas de desenvolvimento, em especial quanto à tarefa de universalização – isto é, a provisão de acesso a certos serviços essenciais independentemente da localização geográfica e da renda do beneficiário – dos serviços públicos no Brasil.²⁰⁷

O argumento central da obra é o de que

[...] a regulação em condições de subdesenvolvimento seja moldada ao contexto, história e circunstâncias locais, e possa, dentro de certas possibilidades, provocar e induzir ganhos de equidade – isto é, servir de canal de fomento de metas de justiça distributiva. Isso implica, em outras palavras, sustentar que a produção de medidas redistributivas não seria, como sugerem economistas liberais, estranha a uma regulação eficiente.

²⁰⁷ COUTINHO, 2014, p. 17.

Ao contrário, procuro demonstrar que elas podem ser vistas como elementos constitutivos da própria ação reguladora.²⁰⁸

Para isso, de início, o autor aborda o pensamento econômico neoclássico – em especial, o conceito de eficiência e a teoria da regulação. No primeiro capítulo, demonstra “o fio condutor que, por uma certa trilha da *law and economics*, liga a ideia de eficiência à noção, mais concreta, de regulação”²⁰⁹. Uma vez compreendida como se deu essa construção, ou seja, como a ideia de regulação acabou sendo pautada pela busca de eficiência, fica clara a insuficiência desse objetivo por diversas razões.

O autor explica que as políticas de regulação de serviços foram adotadas no Brasil na década de 1990, durante e após o período de intensa privatização de empresas estatais.²¹⁰ Naquela época, privilegiou-se o recebimento de receitas – para compensar os déficits fiscal e externo – em detrimento de investimentos futuros que se converteriam em “abatimentos” no preço:

Ou seja, um dos constrangimentos que marcaram países em desenvolvimento como o Brasil no período das privatizações foi a tensão existente entre arrecadações de empresas estatais em seus respectivos leilões, de um lado, e, de outro, o volume de investimentos a serem realizados futuramente pelos agentes econômicos compradores dos ativos alienados. Isso porque investimentos futuros compulsórios se traduziriam, na prática, em “abatimentos” ao preço pelo qual a empresa fora avaliada, o que sugere que um agente econômico racional (maximizador) tenha em relação à empresa a ser privatizada estimativas de valor líquido presente comparativamente menores. Isso significava, do ponto de vista macroeconômico, a diminuição das receitas extraordinárias (rubrica sob a qual as receitas da privatização foram classificadas) necessárias para compensar os déficits fiscal e externo.

.....

De modo geral, como resultado desse dilema, esses países terminaram por adotar estratégias influenciadas pelo *trade-off* acima mencionado. Como consequência, estatais tiveram seu valor de venda maximizado e, sob o constrangimento de uma regulação nascente, foram impostas metas de investimento que podem ser consideradas subótimas desde o referencial dos gargalos de investimento detectados. Assim, salvo exceções, pouca margem de manobra restou para que fossem elaboradas políticas ativas de expansão que pudessem reduzir o fosso que separa, em termos de acesso à infraestrutura, países em desenvolvimento de países desenvolvidos.

De outro lado, as escolhas realizadas no período indicam uma aposta implícita na concorrência. Em outras palavras, acreditou-se que as redes de infraestrutura seriam expandidas à medida que a concorrência – a

²⁰⁸ COUTINHO, 2014, p. 17.

²⁰⁹ COUTINHO, 2014, p. 17.

²¹⁰ COUTINHO, 2014, p. 51-97.

competição entre agentes privados – garantisse incentivos para investimentos e inovação.²¹¹

Foi, portanto, nesse contexto que se deu o debate sobre regulação de setores prestadores de serviços públicos, privatizados pelo Estado a partir da década de 1990. Objetivos sociais ou distributivos, como a expansão da infraestrutura, restaram prejudicados em razão do interesse pela maximização da receita. Mesmo não tendo havido privatização dos serviços de planos de saúde, os debates sobre a regulação desse setor também ocorreram nessa época – final da década de 1990, com a aprovação da Lei nº 9.656/1998²¹², que criou o marco regulatório do setor, e com a aprovação da Lei nº 9.961/2000²¹³, que criou a ANS²¹⁴.

Além disso, conforme explica Coutinho, a partir dos anos 1970, a própria teoria da regulação – que surge nos países desenvolvidos – acaba sendo fortemente conectada com a ideia de “Estado mínimo”, pautada então pela busca e preservação do livre mercado, por meio da busca por “eficiência” e “competitividade”. Vale a pena, então, mencionar, resumidamente, como Coutinho apresenta esse processo em que se deu a conexão da ideia de “regulação”²¹⁵ com a promoção da “eficiência”.

O autor explica que a escola denominada *neoclássica*, com seu arcabouço teórico sobre microeconomia, é a mais disseminada escola de pensamento econômico. Sua origem filosófica remonta ao mundo anglo-saxão e à Europa continental do final do século XIX. Simplificadamente, essa teoria defende que o valor de um bem é determinado por sua escassez subjetiva, ou seja, entende-se que “o equilíbrio de preços e quantidades de bens é determinado simultânea e conjuntamente pela oferta e demanda por esses bens”²¹⁶. Dentre outras características, a escola é em parte herdeira do utilitarismo inglês dos séculos XVIII e XIX. Conforme resume Coutinho, “pode-se dizer que na filosofia utilitarista não há princípios ético-morais de igualdade ou de justiça distributiva estruturados para

²¹¹ COUTINHO, 2014, p. 82/83.

²¹² BRASIL, 1998.

²¹³ BRASIL, 2000a.

²¹⁴ Não são desconsideradas as inúmeras diferenças de contexto e burocracias que ensejaram a criação de cada uma das agências (cf., PÓ; ABRUCIO, 2006).

²¹⁵ Nas palavras do autor: “(...) identificar, o fio condutor que, por uma certa trilha da *law and economics*, liga a ideia de eficiência à noção, mais concreta, de regulação.” (COUTINHO, 2014, p. 17)

²¹⁶ COUTINHO, 2014, p. 21.

formar *ex ante* as ações humanas. Essas decorrem de um único objetivo: alcançar maior felicidade e bem-estar”²¹⁷.

A partir daí, o autor reconstrói os caminhos por meio dos quais a filosofia utilitarista e o pensamento econômico neoclássico influenciaram muitas das reflexões contemporâneas sobre a regulação de mercados, partindo do conceito de eficiência. Primeiramente, apresenta a noção neoclássica de eficiência, relacionada ao ótimo de Pareto:

Trata-se de circunstância distributiva na qual nenhuma mudança pode elevar o grau de bem-estar de alguém sem com isso deprecia o grau de bem-estar de pelo menos outro indivíduo. Dito de outro modo: uma alocação de recursos será Pareto-ótima quando nenhuma mudança distributiva adicional puder deixar, simultaneamente, ao menos uma pessoa em situação melhor e nenhuma pessoa em situação pior.²¹⁸

A noção de eficiência – por meio da ferramenta “ótimo de Pareto” – dá origem a um critério de “bem comum”, apoiado em pressupostos filosóficos (éticos e morais) utilitaristas.

No entanto, percebendo-se a dificuldade de se aplicar na prática a alocação Pareto-ótima, Nicholas Kaldor e John Hicks propuseram outra concepção de eficiência mais conveniente. A alocação é Kaldor-Hicks eficiente

quando os indivíduos que dela se beneficiam experimentam ganhos que excedam as perdas de quaisquer outros indivíduos. Ademais, segundo o critério Kaldor-Hicks, aqueles que se prejudicam podem ser potencialmente compensados pelos que se beneficiam, com a vantagem de que, ao final, haverá ganhos líquidos.²¹⁹

Esse teorema é a base teórica das análises de custo-benefício, pois possibilita políticas que produzem perdedores como resultado final, sendo que a compensação (desses perdedores) é uma hipótese não necessária. Assim, “a eficiência passa a ser concebida como a maximização da riqueza social segundo

²¹⁷ COUTINHO, 2014, p. 23.

²¹⁸ COUTINHO, 2014, p. 25.

Nas palavras do autor: “[...] a noção de ótimo de Pareto é assim chamada por ter sido originalmente formulada pelo economista neoclássico italiano (nascido na França) Vilfredo Pareto (1848-1923).”

²¹⁹ COUTINHO, 2014, p. 27.

Nas palavras do autor: “Os economistas Nicholas Kaldor e John Hicks propuseram no final de 1930 uma concepção de eficiência distinta.”

critérios que nada têm a ver, em princípio, com a forma como se *distribuem* os benefícios entre os indivíduos”²²⁰.

A Análise Econômica do Direito, reforçada pela publicação de Posner de 1972²²¹, é “tida como uma vertente interdisciplinar da economia neoclássica por buscar, na produção e aplicação, do direito, explicações para comportamentos de agentes econômicos maximizadores de utilidade”²²²:

[...] numa hipótese em que o indivíduo “A” deseja vender um livro que acredita valer R\$20 e o indivíduo “B” oferece por ele R\$22, a realização da venda é eficiente e, conseqüentemente, *desejável*, porque maximizará o bem-estar de ambos, “A” e “B”. O primeiro terá vendido o livro por um valor superior ao que inicialmente estimara e o segundo terá comprado o livro por um preço aceitável ou, possivelmente, por menos do que se disporia a pagar no limite. Para Posner²²³, nesse caso “A” e “B” estarão mais “ricos” mais satisfeitos em termos de utilidade, quantificada pela satisfação pessoal e subjetiva.²²⁴

Explica o autor que as análises dessa teoria são positivas e normativas. São positivas quando observam fenômenos jurídicos e sociais, fazendo especulações e previsões em algum grau, a partir da premissa de que o indivíduo adota o comportamento maximizador racional. São normativas quando avaliam que tipo de equilíbrio é o mais desejável do ponto de vista social, a partir do instrumental de Kaldor-Hicks.

Coutinho destaca, então, a importância do argumento de Coase²²⁵ para a teoria da Análise Econômica do Direito,

a aplicação possivelmente mais significativa da análise econômica do direito à teoria jurídica foi feita pelo economista Ronald H. Coase em *The Problem of Social Cost* [...] Coase defende o argumento de que, se indivíduos são racionais e bem-informados, barganhas e transações privadas alocarão direitos de propriedade de forma eficiente, independentemente da distribuição inicial realizada pelo direito, que disciplina o regime desses direitos.²²⁶

Naturalizou-se a visão de Coase a respeito da distribuição de direitos a um governo (ou Estado) mínimo. Em vista disso,

²²⁰ COUTINHO, 2014, p. 29.

²²¹ Para uma minuciosa descrição da história da *law and economics*, cf. MACKAAY, 1999.

²²² COUTINHO, 2014, p. 29.

²²³ POSNER, 1972.

²²⁴ COUTINHO, 2014, p. 29.

²²⁵ COASE, 1960.

²²⁶ COUTINHO, 2014, p. 32.

autores neoclássicos, dentre os quais Posner, construindo ideias novas a partir de Coase, passaram a advogar a eficiência dos mercados como contraponto à ação e regulação estatais. O argumento principal de Posner é, grosso modo, o seguinte: sem custos de transação e com comportamento cooperativo dos agentes, o direito estatal não precisa definir direitos de propriedade porque o mercado tende a assegurar eficiência alocativa e maximização da utilidade agregada.

Ademais, a regulação pode ser ineficiente e “capturada” por interesses privados, de modo que a ação do Estado e sua ordem jurídica podem ser mais custosas do que a ação do mercado [...].²²⁷

Numa interpretação que extrapola Coase, Coutinho conclui que “a análise econômica do direito passou a advogar como princípio a realização de transações via mercados (com a mínima interferência do Estado) sempre que não houver custos relevantes de transação”²²⁸.

No campo da regulação, os teóricos da Escola de Chicago são os herdeiros da escola neoclássica, dentre os quais Coutinho destaca George J. Stigler e Milton Friedman. Esses economistas assumem postura contrária à tradicional justificativa para a regulação: a existência de falhas de mercado.²²⁹ Essa justificativa fora amplamente empregada na “era dourada” nos Estados Unidos:

[...] entre o fim da Segunda Guerra e o fim dos anos 1960, deu-se a “era dourada” no desenvolvimento capitalista e da regulação, agora em um sentido amplo de atuação do Estado no domínio econômico.

Como é sabido, nesse período, as economias avançadas experimentaram padrões de crescimento expressivos e, particularmente, ocorreu o florescimento da regulação como correção de falhas de mercado, e também a expansão de seu conteúdo, no sentido de abarcar mais setores da economia e cada um deles em maior intensidade.²³⁰

A partir da década de 1970, em decorrência do cenário econômico negativo, nos EUA sob o comando de Reagan e na Inglaterra sob o comando de Thatcher,

[...] buscou-se reduzir o tipo de regra de regulação considerada mais danosa para os teóricos de Chicago – aquela que, a pretexto de proteger a qualidade, segurança ou outro valor qualquer, termina, segundo seus críticos, por impor barreiras à entrada de novos concorrentes em mercados regulados. Com isso, buscava-se, por meio da abertura de mercados via processos de liberalização (desregulação e privatização),

²²⁷ COUTINHO, 2014, p. 35.

²²⁸ COUTINHO, 2014, p. 36.

²²⁹ COUTINHO, 2014, p. 38.

²³⁰ COUTINHO, 2014, p. 48/49.

mais concorrência e, por meio dos efeitos da rivalidade nos preços, mais eficiência.²³¹

A regulação econômica, portanto, tem gradações. Em tempos mais liberalizantes, até mesmo a correção das falhas de mercado pode ser considerada política muito interventiva. De todo modo, observa-se que, do ponto de vista da economia neoclássica, o bem comum é proporcionado por um mercado livre que possa gerar “eficiência” – conceito hoje mais próximo ao de Kaldor-Hicks e que, na prática, ao menos quando empregado no Brasil pelo CADE²³², parece se traduzir em produtos e serviços com a maior qualidade possível, ao menor custo possível.

Coutinho trata ainda da regulação social e sua definição, especialmente em contraposição à concepção tradicional de regulação econômica.²³³ O autor apresenta a tipologia de Anthony Ogus²³⁴, segundo a qual existem “razões econômicas” (e.g., as conhecidas falhas de mercado) e “razões não econômicas” (i.e., preocupações que transcendem a eficiência pura).²³⁵ Reporta também as três categorias analíticas nas quais podem ser inseridos os teóricos sobre regulação, conforme Christopher McCrudden²³⁶: (i) *social marketeers* (o regulador deve buscar um equilíbrio entre objetivos econômicos e sociais que competem entre si); (ii) *free marketeers* (o fim próprio da regulação é estabelecer rivalidade e competição suficientes); e (iii) *good governance* (o “por que regular?” é uma questão em aberto desde que o propósito seja legitimado por meios procedimentais).²³⁷

Coutinho também traz um debate ilustrativo entre Foster e Prosser.²³⁸ Foster acredita que a regulação social deve ficar reduzida a um mínimo,

pois “tende a produzir ineficiências”. Não é difícil deslindar o argumento aqui segundo o qual há uma relação de “trade-off” entre eficiência e equidade. Em particular, Foster refere-se aos efeitos indesejáveis para a concorrência que determinados arranjos regulatórios voltados para objetivos sociais podem produzir. O exemplo é o dos subsídios cruzados, utilizados no passado por empresas estatais prestadoras de serviços públicos como forma de, por meio da utilização de receitas de uma atividade lucrativa, subsidiar preços considerados desejáveis e essenciais

²³¹ COUTINHO, 2014, p. 50.

²³² Conclusão tirada a partir do emprego do termo “eficiência” nos *Cadernos* do Cade indicados e discutidos no Capítulo 2.

²³³ COUTINHO, 2014, p. 99-112.

²³⁴ OGUS, 1994.

²³⁵ COUTINHO, 2014, p. 100-101.

²³⁶ MCCRUDDEN, 1999.

²³⁷ COUTINHO, 2014, p. 105-105.

²³⁸ COUTINHO, 2014, p. 106-110.

desde o ponto de vista social. Do ângulo da eficiência econômica, subsídios cruzados significam distorções de preço tanto na atividade cuja produção de receita serve ao subsídio quanto na atividade subsidiada.

.....

Foster defende a tese segundo a qual em um ambiente regulatório instituído posteriormente a uma privatização de empresa estatal (em relação à qual a prática de subsídios cruzados era corriqueira) o regulador deve agir ativamente para reduzir a regulação social em favor da competição.²³⁹

Em oposição, Coutinho cita a visão de economia política de Anthony Prosser²⁴⁰, segundo quem a regulação pode seguir diferentes objetivos, tanto econômicos quanto sociais:

[...] a regulação é uma verdadeira política pública que se desdobra em diferentes níveis de governo, entre os quais o nível das agências setoriais. Isto significa dizer que a regulação não está desconectada da teia de relações sociais e também de visões de economia política. Como forma contemporânea de ação do Estado, a regulação não pode, em resumo, ser “blindada” em relação às demais políticas públicas setoriais de desenvolvimento, dir-se-ia.

Em segundo lugar, Prosser discorda da ideia de que a regulação deve ceder lugar, num processo cronológico, à concorrência. A regulação é uma forma complexa de ação do Estado que veio para ficar e para ser aperfeiçoada, afirma. Além disso, chama a atenção para um ponto por vezes negligenciado por estudiosos de regulação: o sistema jurídico de cada país é fator determinante dos contornos mais ou menos sociais (ou redistributivos) da ação estatal. Dito de outro modo, embora a regulação tenha disseminado práticas experimentadas e aprovadas internacionalmente (as “*best practices*”), não há uma teoria geral ou uniforme da regulação. Há isto sim, princípios jurídicos e de economia política subjacentes a cada espaço regulatório, sendo a noção de “serviço público” *vis-à-vis* a concepção anglo-saxônica de *public utility* um exemplo disso.

Prosser defende também que a relação de *trade-off* entre regulação econômica e regulação social pressupõe – erroneamente – a atividade regulatória como um fator exógeno de constrangimento dos mercados. Tal visão seria criticável porque, embora a regulação seja necessária para maximizar a eficiência em circunstâncias de elementos de monopólio, não se pode ignorar que um dos papéis reservados aos reguladores é o de criar e coordenar mercados, além de somente supervisioná-los. Aqui, Prosser aponta para o que chama de “mito” do *laissez-faire*: mercados, para funcionar de forma minimamente adequada, precisam da coação do direito e, conseqüentemente, da regulação. Assim, se os mercados são construções jurídicas (sociais, portanto) vê-los como resultado de uma “ordem natural” é um equívoco cuja consequência mais imediata é o afastamento da regulação (desregulação), e a mediata é o risco de crises e depressões estruturais. Assim, negar a existência de uma vertente social da regulação é ignorar seu papel de “engenharia social”, sustenta Prosser. Dessa forma, ver na regulação uma atividade exclusivamente voltada para

²³⁹ COUTINHO, 2014, p. 106-107.

²⁴⁰ PROSSER, 1997.

a promoção da eficiência é uma espécie de purismo ingênuo, pois não se pode insular totalmente o critério econômico de considerações sociais.²⁴¹

Resta claro que Coutinho se alinha a Prosser. Em outras palavras, objetivos de natureza econômica são tão legítimos quanto objetivos de natureza social, especialmente em razão das especificidades de cada país quanto aos seus princípios jurídicos e de economia política, ou seja, quanto àqueles valores que dizem respeito à sua coesão social. Além disso, Prosser é claro quanto ao mito da existência de um mercado decorrente de uma “ordem natural”. Mercados também são construções sociais, que dependem de uma série de condições prévias, inclusive da coação jurídica, para existirem.

No tocante à finalidade distributiva, conclui Coutinho:

[...] é razoável dizer que a regulação pode estar legitimamente pautada por considerações fundadas em um desejo político de se evitar resultados regressivos (ou mesmo neutros) em termos distributivos e, portanto, indesejáveis. Isso, sustenta-se aqui, tem especial relevância quando se trata de países em desenvolvimento, que têm traços marcantes de desigualdade de renda e carências significativas em termos de acesso a serviços públicos.²⁴²

Nesse sentido, cabe também citar Ha-Joon Chang²⁴³, segundo quem há uma falsa dicotomia entre política social e política econômica. O mercado só pode ser definido com referência a direitos e obrigações que definam seus legítimos participantes, o que, por sua vez, é o resultado de uma série de decisões políticas e sociais. Todos os mercados são baseados em decisões que regulam quem pode participar e quais são seus objetos legítimos. Tais instituições impõem direitos e obrigações aos agentes e regulam os processos de troca, dentre outras imposições. Em outros termos, todos os contornos dos mercados são definidos previamente pela sociedade.²⁴⁴

Também nesse sentido, Debra Satz assim afirma:

Mas os mercados não são meramente locais de encontro ou uma série de transações individuais: são instituições sociais que devem ser construídas e mantidas. Inicialmente, os mercados podem ser lançados espontaneamente, mas no final são sustentados socialmente; todos os mercados dependem, para sua operação, de regras básicas de propriedade e um complexo de instituições sociais, culturais e jurídicas.

²⁴¹ COUTINHO, 2014, p. 108-109.

²⁴² COUTINHO, 2014, p. 110.

²⁴³ CHANG, 2002, p. 3.

²⁴⁴ CHANG, 2002, p. 3.

.....

Por esse motivo, é equivocado considerar Estado e mercado como termos opostos; o Estado necessariamente molda e apoia o processo de transação no mercado. Na memorável frase de Robert Mnookin e Lewis Kornhauser²⁴⁵, todas as negociações (de mercado) ocorrem à sombra da lei.²⁴⁶

Portanto, pode-se dizer que, na linha de Coutinho, também Chang e Satz apontam a fragilidade da distinção entre regulações “puras”, ou seja, de finalidade puramente social ou puramente econômica.

3.4 Considerações Preliminares

Do exposto, resta claro que cabe a cada sociedade definir os contornos dos “mercados” que deseja permitir e das “eficiências” que deseja produzir. No Brasil, o Direito Econômico Sanitário Constitucional define deveres específicos que orientam a construção e o desenvolvimento do mercado de planos de saúde e das “eficiências” que dele devem resultar. Esse Direito impõe a distribuição de “saúde” e de “recursos de saúde” que, se por vezes podem significar objetivos distintos da “eficiência”²⁴⁷ identificada pelo CADE e pela ANS, outras vezes podem, de modo surpreendente, significar também objetivos que contribuem para a ampliação da

²⁴⁵ MNOOKIN; KORNHAUSER, 1979.

²⁴⁶ Minha tradução para:

“But markets are not merely meeting places or a series of individual transactions: they are social institutions that must be built up and maintained. Initially markets may be thrown up spontaneously, but in the end they are socially sustained; all markets depend for their operation on background property rules and a complex of social, cultural and legal institutions.

.....

For this reason it is mistaken to consider state and market to be opposite terms; the state necessarily shapes and supports the process of market transacting. In Robert Mnookin and Lewis Kornhauser’s memorable phrase, all (market) bargaining occurs in the shadow of the law.” (SATZ, 2010, p. 16)

²⁴⁷ Cf. MENDONÇA *et al.*, 2019, p. 3: “Os efeitos benignos de uma fusão e aquisição pode ser qualificados em quatro tipos de eficiências: eficiência alocativa, eficiência produtiva, eficiência dinâmica e eficiência transacional. A eficiência alocativa ocorre quando existe a combinação ótima de quantidades e preços que maximizam o bem-estar total. A eficiência produtiva se dá quando todos os bens são produzidos ao menor custo médio existente. Esse tipo de eficiência pode ser dividido em três: economias de escala, economias de escopo e sinergias. As economias de escala são obtidas quando as empresas estão operando na escala ótima. As economias de escopo são obtidas quando se torna mais barato produzir dois bens conjuntamente que separadamente. Classificam-se como sinergias àquelas eficiências produtivas que somente podem ser obtidas por intermédio da ocorrência de uma fusão e aquisição. A eficiência dinâmica está relacionada com os efeitos da competição atual e potencial sobre os custos e sobre a qualidade de produto ao longo do tempo. A eficiência transacional ocorre quando uma firma é capaz de reduzir os custos de transações via realização de negócios, contratos e formas organizacionais.”

compreensão do conceito de qualidade em saúde²⁴⁸ e até mesmo para a redução de custos com recursos de saúde.

Conforme será demonstrado no próximo capítulo, que trata, dentre outros, dos conceitos de distribuição de “resultados de saúde” e de “recursos de saúde”, esse mercado é muito específico²⁴⁹, de modo que não é possível de antemão sequer descartar a possibilidade de que a “distribuição” aqui defendida possa mesmo contribuir para algum tipo de “eficiência” de modo inesperado. De todo modo, isso não quer dizer que tal “distribuição” deva estar condicionada a qualquer tipo de “eficiência”. O que se pode afirmar é que a CF/88 impõe o desafio de identificar o melhor conjunto normativo (e.g., composto de normas com finalidades distributivas, econômicas, sociais) para regular os *serviços públicos de saúde, não privativos*, que devem ser garantidos em caráter universal, respeitando-se o legítimo interesse lucrativo.

No Capítulo 4, defende-se, a partir do Direito Econômico Sanitário Constitucional e dos fundamentos ora trazidos (Capítulo 3) sobre regulação econômica, que o mercado de planos de saúde deve ser regulado por uma política distributiva de saúde, conformada a partir dos princípios do Direito Econômico Sanitário. O capítulo 4 confirma, portanto, a tese de que “uma regulação distributiva para o mercado de planos de saúde encontra amparo no arcabouço jurídico constitucional vigente”, apontando seus princípios norteadores.

²⁴⁸ Hoje são conhecidos os efeitos negativos dos excessos causados por uma “mercantilização da saúde”, tanto para a saúde do indivíduo, que pode ser prejudicada pelo excesso de exames, medicamentos ou tratamentos, quanto para o sistema de saúde, que despende recursos desnecessariamente.

²⁴⁹ Egon Bockmann Moreira, ao tratar da lógica econômica público-privada aduz: “Bem vistas as coisas, os serviços públicos envolvem a administração de recursos (cada vez mais) escassos: bens físicos, recursos naturais, finanças, informações, tempo, tecnologia etc. A sua atribuição à titularidade pública não tem o condão de alterar essas qualidades. Por isso que, ao mesmo tempo em que confere tais bens e serviços aos Poderes Públicos, a Constituição permite que sejam economicamente explorados por meio de gestão privada, sob a lógica de investimentos de longo prazo – que pretenderão administrar de modo mais eficiente tais recursos, a fim de bem prestar os serviços públicos aos usuários e obter lucro com isso.” (MOREIRA, 2019, p. 291, grifo adicionado).

No entanto, na saúde, isto ocorre de modo diverso, já que eventual atribuição dos serviços de saúde à exclusiva titularidade pública *tem, sim*, o condão de alterar as qualidades desse bem – saúde –, que é tão complexo.

4 POLÍTICA DISTRIBUTIVA E PRINCÍPIOS DO DIREITO ECONÔMICO SANITÁRIO

A partir dos princípios de Direito Econômico Sanitário Constitucional, especialmente dos art. 196 e 170, inc. VII, da CF/88, cabe discutir e elaborar uma lei ordinária que disponha sobre a política de distribuição de “resultados de saúde” e de “recursos de saúde”, aplicável ao SUS e ao mercado de planos de saúde. Essa política deve ter duas finalidades principais: (i) promoção da igualdade de acesso aos recursos necessários à prevenção de doenças e à promoção e recuperação da saúde para toda população, independentemente da titularidade de planos de saúde (distribuição de “recursos de saúde”); e (ii) distribuição de “resultados de saúde” – por meio da implementação e monitoramento de indicadores de saúde, estabelecimento de linhas de cuidados etc. –, também direcionada a toda a população, sem distinção.

Regras distributivas devem ser estabelecidas para que situações de violação da *igualdade essencial do ser humano*²⁵⁰ sejam progressivamente reduzidas até restarem apenas situações de *simples diferença por fortuna patrimonial*. Em outras palavras, não pode haver desigualdade no acesso aos recursos necessários à saúde, mas pode haver diferenças relacionadas a recursos que promovem conforto ou que não sejam essenciais à saúde (cf. Seção 4.2).

De todo modo, primeiramente, é necessário compreender como o SUS e o mercado de planos de saúde estão organizados. No âmbito do SUS, não há como um ente da federação realizar sozinho da vacina ao transplante, em razão das grandes diferenças demográficas, geográficas e socioeconômicas do País. Daí a necessidade de se estabelecerem, de um lado, a descentralização das ações e serviços de saúde e, de outro, a aglutinação das autonomias federativas em regiões de saúde.²⁵¹

Essa integração de serviços na região é necessária para garantir a integralidade da saúde mediante o processo de referência de serviços, cabendo ao ente federativo de maior porte responder, na região, por serviços de maior complexidade que exigem escala e outras complexidades administrativas e tecnológicas, os quais poderão ser

²⁵⁰ Esses conceitos foram extraídos da teoria do Prof. Comparato e serão explicados adiante, quando se tratar do Princípio da Igualdade e Equidade.

²⁵¹ SANTOS, L., 2017, p. 1282.

acessados por munícipes de outros municípios [...] isso obriga os estados e a União a cofinanciarem as ações e os serviços de saúde.²⁵²

As regiões de saúde devem ser demarcadas pelo Estado (territorialmente). Seus elementos essenciais são as redes de atenção à saúde (organizadas de modo hierarquizado quanto à complexidade tecnológica), a atenção primária como ordenadora de todo o encadeamento do sistema e a atenção básica como porta de entrada do sistema.²⁵³

O funcionamento desse sistema está fundamentado no Decreto nº 7.508/2011²⁵⁴ e nos Contratos Organizativos de Ação Pública da Saúde (COAPS). Em cada região, é necessária a existência de um mínimo de ações e serviços de: (i) atenção primária; (ii) urgência e emergência; (iii) atenção psicossocial; (iv) atenção ambulatorial especializada e hospitalar; e (v) vigilância em saúde (art. 2º do Decreto nº 7.508/2011). Construída a região, que é inclusive referência para a transferência de recursos, “deve-se definir os macroprocessos periódicos, como: planejamento regional, a organização de reuniões intergestores, confecção dos mapas de saúde; relatórios de gestão regional, avaliação e controle e o contrato organizativo de ação pública da saúde”.²⁵⁵

Estudo publicado em 2015 aponta a existência de 436 regiões de saúde englobando os 5.565 municípios do Brasil. Essa pesquisa indica as principais características sociodemográficas para cada agrupamento e seu perfil de oferta e cobertura de serviços de saúde.²⁵⁶

Por sua vez, pesquisa da ANS – em conjunto com a Organização Mundial da Saúde (OMS), a Organização Panamericana da Saúde (OPAS) e o Centro de Desenvolvimento e Planejamento Regional da Universidade Federal de Minas Gerais (CEDEPLAR/UFMG) – mostra que há, no Brasil, 96 mercados distintos de planos de saúde²⁵⁷. Aponta ainda que, entre os mercados de planos individuais e os mercados de planos coletivos, existem diferenças importantes no tocante à concentração (estrutura da concorrência de mercado). A realidade social

²⁵² SANTOS, L., 2017, p. 1282.

²⁵³ SANTOS, L., 2017, p. 1282.

²⁵⁴ BRASIL, 2011a.

²⁵⁵ SANTOS, L., 2017, p. 1282.

²⁵⁶ VIANA *et al.*, 2015.

²⁵⁷ ANDRADE, M., *et al.*, 2015.

e econômica dos mercados de planos de saúde também é, portanto, diversa e complexa.²⁵⁸

A partir da institucionalização de uma política distributiva, é possível efetuar o cruzamento dessas regiões e desses mercados, identificando a distribuição de “recursos de saúde”, (e.g., leitos, médicos, tratamentos ambulatoriais), o acesso pela população (se via SUS, se via planos de saúde ou se via particular) e os “resultados de saúde” (e.g., índices de mortalidade). Veja-se que cada região pode abranger um, mais de um ou nenhum mercado de plano de saúde; portanto, cada região é um universo particular no que tange tanto às necessidades em saúde quanto à infraestrutura de recursos de saúde.

Critérios distributivos, processos de implementação, metas etc. devem ser elaborados a partir desse cruzamento e de um levantamento abrangente do conhecimento científico produzido até então. É fundamental incluir, nesse processo, a participação da população e dos diversos agentes e atores integrantes de cada região e de cada mercado. O caso de São Bernardo do Campo é emblemático:

Conhecer a saúde suplementar no âmbito do município é conhecer a totalidade do SUS. O município de São Bernardo do Campo tem uma cobertura de saúde suplementar superior a 60% da população, mas pouco se conhece dessa população. Entendendo a necessidade de articulação do SUS com a saúde suplementar e visando a corresponsabilização das ações de saúde no município, criou-se a gerência de regulação em saúde suplementar, marcada pela transversalidade em suas articulações. Desde sua criação, várias articulações têm sido feitas com ouvidoria, serviço social, vigilância sanitária, setor de informação, controle e avaliação, auditoria, tendo como principal objetivo a melhoria da qualidade e a sistematização de informações a respeito da saúde suplementar, conhecer a carga instalada nos serviços, bem como seu desempenho. Colocou-se aos atores do setor privado a impossibilidade de planejar a saúde do município sem essa articulação. Conseguimos um cadastro municipal mais próximo da realidade dos serviços. Foi realizado o 1º Encontro Regional de Saúde Suplementar, do qual resultou a primeira pactuação entre as esferas pública e privada no sentido de uma construção conjunta fortalecendo o SUS local. Outra ação importante foi à aproximação com o setor privado visando à redução da mortalidade materno-infantil, sendo que uma parcela significativa desses óbitos era da saúde suplementar e, sem uma ação conjunta, não conseguiríamos a redução da mortalidade. Outra ação muito importante foi o olhar de regulação estatal sobre o setor privado.²⁵⁹

²⁵⁸ ANDRADE, M. *et al.*, 2015.

²⁵⁹ MONTAÑO; TROCCOLI; FREITAS, 2013.

Extraí-se do texto que o Município de São Bernardo do Campo estabeleceu algumas ações como prioridade.²⁶⁰ Primeiramente, foi necessário identificar os dados referentes à população usuária do setor privado. A partir dos dados do CNES (Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde), de uma parceria com a Anvisa para atualização de tais dados e de visitas individualizadas aos estabelecimentos de saúde, foi possível identificar a oferta real de profissionais e da infraestrutura da região.

Em segundo lugar, já se sabia que a linha de cuidado materno-infantil apresentava problemas. Foram realizados encontros na região envolvendo os diversos atores do SUS e do mercado de planos para discutir o alto índice de mortalidade materna-infantil de responsabilidade do mercado de planos de saúde. Em seguida, foi criado um comitê de monitoramento dos índices de mortalidade integrado pelos diversos atores da cadeia (distribuição de “resultados em saúde”).

Em terceiro lugar, foram implementadas alternativas ao ressarcimento ao SUS. Identificados os usuários do SUS que também eram beneficiários de planos de saúde e faziam uso de terapia renal substitutiva e oxigenoterapia domiciliar, verificou-se que a maior parte deles tinha direito ao tratamento pelo plano, preferia realizar o tratamento pelo plano, mas não tinha recebido autorização para realizá-lo. Por meio de convênios com a Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, os casos foram encaminhados para negociação e discussão jurídicas, e a fila de espera do SUS foi reduzida (distribuição de “recursos de saúde”).²⁶¹

Casos como esse apontam o que já é possível ser feito, mesmo sem uma política distributiva aprovada em lei. Todavia, sem uma política legalmente instituída, tais ações permanecem sendo facultativas e, do ponto de vista político, podem se tornar inviáveis a depender do poder das organizações e entidades estabelecidas em cada região. Além disso, há diversas vantagens em se adotar uma política distributiva por meio de lei ordinária, como: organizar e consolidar dados e informações, institucionalizar e fomentar práticas, gerar e divulgar conhecimento²⁶², definir direitos e obrigações, construir metas progressivas.

²⁶⁰ MONTAÑO; TROCCOLI; FREITAS, 2013.

²⁶¹ MONTAÑO; TROCCOLI; FREITAS, 2013.

²⁶² Há diversos estudos que trazem dados sobre o público e o privado na saúde. É necessário, inclusive, sistematizá-los.

Portanto, normas distributivas em saúde são aquelas que contribuem para o alcance de uma distribuição igualitária de “recursos de saúde” e de “resultados de saúde” da população como um todo.²⁶³ É possível trazer aqui alguns princípios que devem nortear essa política.

Alexy, citado por Virgílio Afonso da Silva, define princípios como mandamentos de otimização, ou seja, como normas que exigem que algo seja realizado na maior medida possível:

O elemento central da teoria dos princípios de Alexy é a definição de princípios como *mandamentos de otimização*. Para ele, princípios são normas que exigem que algo seja realizado na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Isso significa, entre outras coisas, que, ao contrário do que ocorre com as regras jurídicas, os princípios podem ser realizados em diversos graus. A ideia regulativa é a realização máxima, mas esse grau de realização somente pode ocorrer se as condições fáticas e jurídicas forem ideais, o que dificilmente ocorre nos casos difíceis.²⁶⁴

Fazendo a distinção entre princípios e regras, explica Virgílio Afonso da Silva que o conceito de princípio deve ser compreendido

[...] como *mandamento de otimização*, ou seja, como norma que garante direitos ou impõe deveres *prima facie*. Não se fará, portanto, referência a *princípio* como disposição fundamental de um sistema, ou algo semelhante. O mesmo vale para as *regras*: quando mencionadas, estarão sempre em contraposição aos princípios, ou seja, como normas que garantem direitos ou impõem deveres *definitivos*.²⁶⁵

Nesse sentido, os princípios de direito econômico sanitário devem ser compreendidos como normas que garantem direitos ou impõem deveres *prima facie*, não definitivos.

A partir dos Princípios de Direito Sanitário, especialmente daqueles previstos nos art. 196 a 200 da CF/88 e dos Princípios da Ordem Econômica, especialmente aqueles previstos nos art. 1º, 3º e 170 da CF/88, podem-se elencar três grandes princípios de Direito Econômico Sanitário: (i) democracia sanitária; (ii) igualdade e equidade, ou solidariedade; e (iii) liberdade. Esses princípios são tema das subseções a seguir.

²⁶³ Esses conceitos são tratados na Seção 4.2.

²⁶⁴ SILVA, V., 2009, p. 46.

²⁶⁵ SILVA, V., 2009, p. 64.

4.1 Democracia Sanitária como Princípio

Aplicado ao Direito Econômico Sanitário

Como já mencionado, a obrigação atribuída ao Poder Público de regulamentar, fiscalizar e controlar as ações e serviços de saúde (cuja execução poderá ser feita por terceiros ou pelo setor privado) é parametrizada constitucionalmente pelas duas finalidades gerais da saúde, indicadas no art. 196 da CF/88 – (i) “redução do risco de doença e de outros agravos” e (ii) “acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” –, bem como por um diálogo com as diretrizes do SUS, o qual deve se dar no sentido de contribuir para a efetividade de tais objetivos e jamais prejudicar o seu alcance.

Dentre as diretrizes do SUS, encontra-se a participação da comunidade. Define o inc. III do art. 198 que as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com a participação da comunidade.

Conforme ensina Aith,

democracia sanitária é o regime de governo do povo, aplicado aos temas relacionados à saúde individual e coletiva, por meio do qual os cidadãos participam e influem ativamente, de forma deliberativa ou consultiva, nos processos de tomada de decisões estatais de saúde de competência dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.²⁶⁶

O Princípio da Democracia Sanitária é de importância central para o Direito Sanitário como um todo. A legitimação das decisões estatais, nas sociedades complexas contemporâneas, exige a participação social e o amplo debate em todas as esferas e âmbitos de decisão do Estado.

Além disso, o Princípio da Democracia Sanitária está em plena consonância com os Princípios da Ordem Econômica, especialmente com os fundamentos da República, já que o inc. III, do art. 198 da CF/88 dá concretude ao *caput* do art. 1º da CF/88, na medida em que reforça o Estado Democrático de Direito como fundamento da República brasileira, em consonância com a melhor interpretação de Direito Econômico Constitucional. Logo, a regulação do mercado de planos de saúde, pautada pelo diálogo com as diretrizes do SUS e fundamentada no art. 1º da CF/88, deve primeiro proporcionar um amplo diálogo

²⁶⁶ AITH, 2017, p. 86.

não só entre aqueles que vivem as ações e serviços de cada mercado de plano de saúde, mas também entre os beneficiários desses mercados e aqueles que vivem as ações e serviços públicos que integram a Região²⁶⁷ e a Rede de Atenção à Saúde²⁶⁸ do SUS no qual aquele mercado está inserido.

Conforme teoria de Dallari²⁶⁹, só assim é possível regular as ações e *serviços públicos, não privativos*, de cada mercado, em um diálogo que considera as ações e serviços públicos de cada Região. Só a partir dessa interação é possível estabelecer prioridades, construir e aprimorar a relação público-privada, do âmbito mais local para o âmbito nacional. Em outros termos, primeiramente há de se compreender a relação entre esses mercados, os Municípios e as Regiões de Saúde do País, os indicadores de saúde local, a infraestrutura pública e privada, bem como os recursos humanos em saúde em cada localidade. A partir daí, pode-se estabelecer, democraticamente, prioridades que permitam tanto a redução dos agravos e doenças, como a ampliação das ações e serviços de saúde em cada localidade, considerando-se também o legítimo interesse lucrativo do setor privado.

A participação social na regulação do mercado de planos de saúde – no âmbito tanto da ANS como do CADE – vem sendo aprimorada nos últimos anos, mas ainda está distante de proporcionar verdadeira Democracia Sanitária. A Câmara de Saúde Suplementar é o órgão de participação social institucionalizado na ANS: de caráter permanente e consultivo, tem por finalidade auxiliar a Diretoria Colegiada nas suas decisões. Estão disponíveis na internet²⁷⁰ atas e pautas das reuniões realizadas entre 1998 e 2014. A partir de 2015, passaram a constar (do

²⁶⁷ “Região de Saúde: espaço geográfico contínuo constituído por agrupamentos de Municípios limítrofes, delimitado a partir de identidades culturais, econômicas e sociais e de redes de comunicação e infraestrutura de transportes compartilhados, com a finalidade de integrar a organização e o planejamento de ações e serviços de saúde.” Conforme SANTOS, L., 2017, p. 1283.

²⁶⁸ “Trata-se de organizar o sistema regional em rede de atenção à saúde, que deve manter serviços de diversos níveis de complexidade técnico-sanitária, garantindo robustez tecnológica à rede mediante o somatório de serviços dos entes federativos. Serviços que se espraiam no sentido de permitir que diversos municípios deles se utilizem e outros que devem se concentrar para ganhar escala”. (SANTOS, L., 2017, p. 1285)

²⁶⁹ DALLARI; NUNES JÚNIOR, 2010.

²⁷⁰ Disponível em: <http://www.ans.gov.br/participacao-da-sociedade/camss-camara-de-saude-suplementar/documentos-das-reunioes-da-camss>. Acesso em: 10 jan. 2020.

site da Agência²⁷¹) as apresentações trazidas pelos participantes das referidas reuniões.

Os art. 4º, inc. VIII, 5º e 13 da Lei nº 9.961/2000 tratam da Câmara de Saúde Suplementar como órgão permanente e consultivo que deve ser integrado por diversos representantes da sociedade civil e do Estado. É possível replicar as Câmaras de Saúde Suplementar em cada um dos mercados identificados, mantendo-se a realização dos encontros nacionais da Câmara no Rio de Janeiro. Medidas como essa podem permitir o envolvimento de um número maior de agentes dos diferentes mercados e de atores do SUS (e.g., representantes dos beneficiários, gestores do SUS, profissionais da saúde, usuários, agentes comunitários de saúde, operadoras, hospitais, clínicas, laboratórios), ampliando significativamente a participação democrática no setor.

Entretanto, é fundamental que os representantes do mercado (e.g., operadoras, usuários, ANS, profissionais de saúde) também participem das diferentes instâncias do SUS, já instituídas ou que vierem a ser instituídas, para fomentar o diálogo entre o público e o privado.

Nesse ponto, o mercado de planos de saúde tem muito a aprender com o Sistema Único de Saúde. Ao longo dos últimos anos, atores e pesquisadores do SUS produziram conhecimento importante sobre federalismo e regionalismo sanitário, bem como sobre participação popular. A partir das diretrizes constitucionais do SUS, foram construídos diversos canais de participação direta da sociedade na gestão e elaboração das normas que regem esse Sistema. Destaquem-se, no âmbito do Poder Executivo, as Conferências Nacional, Estadual e Municipal da Saúde, os Conselhos de Saúde, as Audiências Públicas, as Comissões Intergestores Tripartite e Bipartite, bem como as Câmaras Técnicas.

Informações e decisões produzidas em ambientes democráticos, a partir de cada localidade, são mais efetivas para subsidiar a edição de normas e de outras decisões nas esferas do Estado (e.g., SUS, mercado de planos de saúde, CADE, Poder Judiciário, Poder Legislativo). Conforme sugere Aith,

[a] compreensão da expressão '**democracia sanitária**' não pode perder de vista a construção de canais de participação da sociedade na formulação, na execução e na avaliação das políticas públicas é inerente

²⁷¹ Disponível em: <http://www.ans.gov.br/participacao-da-sociedade/camss-camara-de-saude-suplementar/documentos-das-reunioes-da-camss>. Acesso em: 10 jan. 2020.

à própria ideia de Estado de Direito. Para a construção dessa democracia é indispensável que o Direito, que pode assegurar a coesão de sociedades complexas, tenha fundamento democrático. Deve-se proteger as condições procedimentais do processo democrático, isto é, deve-se garantir que as discussões relativas à aplicação do Direito sejam complementadas por aquelas referentes aos seus fundamentos. Assim, é indispensável a criação de um espaço jurídico público que suplante a cultura existente dos peritos, e suficientemente sensível para submeter ao debate público as decisões sobre princípios, tais como o da solidariedade social, dentro do qual a ideia de saúde como direito se insere. Para Habermas, a chave para a gênese democrática do Direito encontra-se na combinação e na mediação recíproca entre a soberania do povo juridicamente institucionalizada e a não institucionalizada. Ao autorizar a participação política em sua formação, o Direito institucionaliza juridicamente a formação pública da opinião e da vontade nos processos decisórios relativos aos projetos políticos e às leis. Tal equilíbrio implica a preservação de espaços públicos autônomos, a extensão da participação dos cidadãos, a domesticação do poder das mídias e a função mediadora dos partidos políticos.²⁷²

Coutinho assim expõe sobre a importância da legitimidade democrática na regulação em geral:

A regulação do capitalismo não é uma escolha binária de tudo ou nada; o que varia é sua intensidade e os instrumentos (bem como seu emprego combinado) de que ela dispõe para alcançar as finalidades politicamente almejadas. A regulação varia, ainda, em termos de legitimidade democrática, na medida em que pode estar, em termos de formulação e implementação, mais ou menos sujeita a processos de deliberação dos quais participam (ou não) e são ouvidos atores ou grupos representativos dos múltiplos interesses, projetos e agendas em dada sociedade.²⁷³

Por fim, tem-se que a Agência Nacional de Saúde Suplementar, por meio do Decreto nº 3.327/2000²⁷⁴ (Regulamento da ANS) e da Resolução nº 242/2010²⁷⁵, prevê a participação da sociedade civil e dos agentes regulados no processo de edição de normas e tomada de decisão, mediante a realização de Consultas, Audiências Públicas, Ouvidoria e Câmaras Técnicas. O CADE prevê formas de participação social, por meio de Audiências Públicas, Consultas Públicas, Ouvidoria, Disque Denúncia e Contribuições da Sociedade (Resolução nº 22/2019)²⁷⁶.

²⁷² AITH, 2017, p. 92, grifo como no original.

²⁷³ COUTINHO, 2019, *on-line*.

²⁷⁴ BRASIL, 2000b.

²⁷⁵ ANS, 2010.

²⁷⁶ CADE, 2019.

4.2 Igualdade e Equidade ou Solidariedade

A CF/1988, em seu art. 5º, *caput*, estabelece que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Trata-se do princípio da igualdade formal, igualdade de todos perante a lei, igualdade em direitos e obrigações, igualdade entre homens e mulheres, igualdade²⁷⁷ de acesso às ações e serviços de saúde no SUS e igualdade de acesso às condições necessárias para que cada indivíduo se desenvolva física, mental e espiritualmente em sua plenitude.

Comparato, ao tratar do art. II da Declaração Universal de Direitos Humanos, assim explica:

O princípio da igualdade essencial do ser humano, não obstante as múltiplas diferenças de ordem biológica e cultural que os distinguem entre si, é afirmado no artigo II. A isonomia ou igualdade perante a lei, proclamada no artigo VII, é mera decorrência deste princípio. O pecado capital contra a dignidade humana consiste, justamente, em considerar e tratar o outro – um indivíduo, uma classe social, um povo – como um ser inferior, sob pretexto da diferença de etnia, gênero, costumes ou fortuna patrimonial. Algumas diferenças humanas, aliás, não são deficiências, mas, bem ao contrário, fontes de valores positivos e, como tal, devem ser protegidas e estimuladas.²⁷⁸

Aith defende que, para combater as desigualdades e estimular as diferenças, deve-se analisar conjuntamente os princípios da igualdade e da equidade, pois o princípio da igualdade visa justamente preservar o direito à diferença:

A igualdade, como a liberdade, exige da sociedade uma luta permanente para sua concretização. Os princípios da igualdade e da equidade trazem embutidos em si a ideia de justiça. Assim, o Direito tentará oferecer um tratamento igual a todos (igualdade perante a lei e em direitos) bem como possibilidade de desenvolvimento pessoal idênticas a todos (por exemplo a igualdade de acesso às ações e serviços de saúde, pressupondo da universalização e, assim, a equidade). No Direito Sanitário, fala-se sobre a aplicação do princípio da igualdade no que se refere, por exemplo, às ações e serviços de medicina preventiva, de vigilância sanitária e epidemiológica. Essas ações e serviços devem ser distribuídos igualmente a todos, sem distinção. No entanto, quando nos referimos à medicina curativa, às ações e serviços de saúde voltados à recuperação da saúde, é preferível nos referirmos ao princípio da equidade: permitir a cada um, em função de sua liberdade, de se beneficiar dos serviços de saúde de que necessita.²⁷⁹

²⁷⁷ AITH, 2007, p. 217/218.

²⁷⁸ COMPARATO, 2013, p. 241.

²⁷⁹ AITH, 2007, p. 218/219.

Logo, o princípio da igualdade, no seu sentido material, é essencialmente fundado no princípio da equidade ou solidariedade que fundamenta todo o sistema da seguridade social:

Ou seja, para propiciar a todos e a cada um as condições materiais necessárias para o pleno desenvolvimento das suas potencialidades físicas, mentais e espirituais, a sociedade deve organizar um sistema público de solidariedade. O princípio da solidariedade é a base de todos os direitos sociais constitucionalmente reconhecidos, entre eles a saúde.²⁸⁰

Além disso, o princípio da equidade está relacionado com a integralidade do atendimento à saúde, diretriz do SUS prevista no art. 198, II da CF/88:

Outra dimensão do princípio da equidade é a integralidade do atendimento, que exige que o Estado organize uma rede de ações e serviços públicos de saúde que garanta ao cidadão o acesso a todos os tipos de tratamentos necessários para todos os tipos de doenças e em todos os níveis de evolução.²⁸¹

Esse princípio da equidade está relacionado também com a distribuição geográfica de ações e serviços de saúde, ou seja, com o desafio da universalidade:

O princípio da equidade exige do Poder Público a organização da oferta de ações e serviços públicos de saúde de acordo com a demanda existente no Brasil. Decerto que o custo da universalização enseja uma discussão sobre a racionalização dos gastos. Assim é necessária uma correta distribuição geográfica das ações e serviços de saúde. As ações de vigilância sanitária e epidemiológica por exemplo devem ser organizadas de tal forma que cubram todo o território nacional e dêem conta da vigilância de todas as atividades de interesse à saúde desenvolvidas no País. A igualdade de acesso às ações e serviços públicos de saúde depende, de um lado, da distribuição dessas ações e serviços pelo território nacional e, de outro lado, dos meios de que dispõem as pessoas. São desafios ao acesso universal questões relacionadas com a acessibilidade física aos serviços de saúde, como a distância e os meios de transporte disponíveis, bem como questões relacionadas com o tipo de demanda dos usuários.²⁸²

O art. 196 não deixa dúvidas quanto à gratuidade dos serviços públicos: “fica evidente que as ações e serviços públicos de saúde devem ser gratuitos, requisito fundamental para a sua universalidade”²⁸³.

Nesse sentido, também assevera Dallari:

²⁸⁰ AITH, 2007, p. 220.

²⁸¹ AITH, 2007, p. 223.

²⁸² AITH, 2007, p. 227.

²⁸³ AITH, 2007, p. 222.

Por outro lado, em 1988, o Brasil afirmou que a saúde é um direito de todos. É certo que a Constituição Federal de 1988 (CF/1988) condicionou sua garantia às políticas públicas destinadas a reduzir o risco de doenças e a assegurar o acesso às ações e aos serviços destinados a promover, proteger e recuperar a saúde. Políticas públicas para todos, para garantir a saúde de todos. Isso nunca significou que todo e qualquer produto, bem ou inovação pretensamente atuante no campo da redução dos riscos de doenças ou na promoção, proteção ou recuperação da saúde deva ser assegurado. Não. Sempre se desejou que as políticas públicas fossem competentes para identificar os melhores meios e produtos seguros e eficazes, tornando-os imediatamente disponíveis para todos aqueles que deles necessitarem. Supõem-se, então, a necessidade de um sistema de saúde complexo, capaz de responder tecnicamente a tais exigências. [...]

Nenhum obstáculo, portanto, a eventuais limitações na oferta de ações, serviços, bens e produtos de interesse para a saúde de todos. Basta que qualquer uma dessas limitações encontre justificativas técnicas e seja apoiada pela comunidade. O que não pode acontecer, porque absolutamente inconstitucional, é a limitação do direito à saúde à alguns. A saúde é direito de todos. Nada mais claro. Qualquer interpretação que exclua uma só pessoa da garantia desse direito é absurda e deve ser denunciada. Todos significa todos. [...]

Ora, “todos” não significa apenas aqueles que não tenham condições financeiras. A saúde é direito de todos, sem distinção de qualquer natureza, inclusive de condição financeira.²⁸⁴

Logo, ações e serviços públicos de saúde devem ser integrais e gratuitos, de acesso universal e igualitário, definidos e conformados democraticamente. A saúde é direito constitucional de todos, e a equidade ou solidariedade é o eixo que permite a gratuidade, a integralidade e a universalidade.

O SUS deve ser organizado de forma hierarquizada e descentralizada para atender a todas as regiões do País (universalidade), em redes que proporcionam a integralidade (todos os níveis de complexidade), de modo igualitário, com base na equidade, ou seja, proporcionando o acesso com base em critérios que considerem a necessidade de cada um e de todos. Tais critérios incluem desde a gravidade do quadro clínico e o tempo de espera para o atendimento em um pronto-socorro até critérios como compatibilidade genética e condições clínicas, dentre outros, no caso de transplantes.

Os desafios sobre o que distribuir e a quem distribuir envolvem também o que priorizar e a quem priorizar. Longe de estar pacificado, o tema da “igualdade em saúde” ou da “justiça em saúde” enseja inúmeras discussões, inclusive filosóficas, e é relevante para qualquer sistema de saúde.

²⁸⁴ DALLARI, 2018.

Para Sen, a “igualdade em saúde” é uma ampla disciplina, já que qualquer critério único para a sua definição é incompleto. Diferentes critérios podem ser úteis em diferentes circunstâncias e momentos:

[...] a equidade em saúde tem muitos aspectos e é melhor vista como um conceito multidimensional. Inclui preocupações com os resultados de saúde e a capacidade de se obter boa saúde, e não apenas a distribuição de cuidados de saúde. Mas também inclui a imparcialidade dos processos e, portanto, deve atribuir importância à não discriminação na prestação de serviços de saúde. Além disso, um compromisso adequado com a equidade em saúde também exige que as considerações sobre saúde sejam integradas a questões mais amplas de justiça social e equidade geral, prestando atenção adequada à versatilidade de recursos e ao alcance e impacto diversos de diferentes arranjos sociais. Nesse amplo campo da equidade em saúde, é possível, é claro, propor critérios específicos que enfatizem mais algumas preocupações e menos outras. Não estou tentando propor aqui uma fórmula única e preeminente que seja exatamente correta e superior a todas as outras que podem ser propostas (embora, suponho, fosse magnífico poder obter uma resposta canônica para essa investigação complexa). Meu objetivo, ao contrário, é identificar algumas considerações disparatadamente desiguais em relação à equidade em saúde e argumentar contra qualquer restrição arbitrária do domínio desse conceito imensamente rico. A equidade em saúde é uma disciplina ampla, e esse reconhecimento básico deve preceder a aceitação qualificada de um critério restrito ou outro para fins específicos – e contingentemente funcionais. As fórmulas especiais têm seus usos, mas a estrutura geral e inclusiva não é dispensável por esse motivo. Nós precisamos de ambas.²⁸⁵

Portanto, sem descuidar da complexidade da discussão acerca da igualdade em saúde, nesta tese cabe examinar os aspectos que dizem respeito à distribuição de saúde em sistemas duplicados, como o brasileiro, onde o mercado de planos de saúde duplica os serviços ofertados pelo sistema público universal.

²⁸⁵ Tradução da autora para:

“[...] health equity has many aspects, and is best seen as a multidimensional concept. It includes concerns about achievements of health and the capability to achieve good health, not just the distribution of health care. But it also includes the fairness of processes and thus must attach importance to nondiscrimination in the delivery of health care. Furthermore, an adequate engagement with health equity also requires that the considerations of health be integrated with broader issues of social justice and overall equity, paying adequate attention to the versatility of resources and the diverse reach and impact of different social arrangements.

Within this broad field of health equity, it is, of course, possible to propose particular criteria that put more focus on some concerns and less on others. I am not trying to propose here some unique and pre-eminent formula that would be exactly right and superior to all the other formulae that may be proposed (though it would have been, I suppose, rather magnificent to be able to obtain one canonical answer to this complex inquiry). My object, rather, has been to identify some disparately relevant considerations for health equity, and to argue against any arbitrary narrowing of the domain of that immensely rich concept. Health equity is a broad discipline, and this basic recognition has to precede the qualified acceptance of some narrow criterion or other for specific – and contingently functional – purposes. The special formulae have their uses, but the general and inclusive framework is not dispensable for that reason. We need both.” (SEN, 2004, p. 31)

4.2.1 Igualdade essencial do ser humano

Primeiramente, é preciso verificar se há violação do princípio da igualdade quando o acesso ao sistema de saúde se dá, de modo diferenciado, em razão da diferença de renda ou riqueza entre indivíduos. Ao facultar à livre iniciativa a prestação de ações e serviços de saúde, a CF/88 permite aos indivíduos com certa renda ou riqueza o *acesso ampliado* às ações e serviços de saúde. Em outras palavras, permite certa *diferenciação no acesso* a ações e serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde, no sentido de que indivíduos com maior renda e riqueza terão acesso a ações e serviços de saúde ofertados pelo setor privado, além das ações e serviços ofertados pelo setor público.

Cabe então examinar a natureza dessa *diferenciação*. Para isso, vale retomar a explicação de Comparato, ao tratar do art. II da Declaração Universal de Direitos Humanos:

O princípio da igualdade essencial do ser humano, não obstante as múltiplas diferenças de ordem biológica e cultural que os distinguem entre si, é afirmado no artigo II. A isonomia ou igualdade perante a lei, proclamada no artigo VII, é mera decorrência deste princípio. O pecado capital contra a dignidade humana consiste, justamente, em considerar e tratar o outro – um indivíduo, uma classe social, um povo – como um ser inferior, sob pretexto da diferença de etnia, gênero, costumes ou fortuna patrimonial. Algumas diferenças humanas, aliás, não são deficiências, mas, bem ao contrário, fontes de valores positivos e, como tal, devem ser protegidas e estimuladas.²⁸⁶

Portanto, há que se fazer uma distinção entre a desigualdade que trata o indivíduo *sem renda e sem riqueza* como um ser inferior e a desigualdade que consiste em *simples diferença ocasionada por fortuna patrimonial*. Essa distinção fica ilustrativa a partir de duas situações-limite que podem ser tomadas como parâmetros para análise.

Por um lado, pode-se dizer que há violação da *igualdade essencial do ser humano* sempre que indivíduos *sem renda e sem riqueza* deixam de acessar ações e serviços que possam prevenir-lhes a doença e promover-lhes ou recuperar-lhes a saúde, no tempo e com a qualidade necessários, se, em contrapartida, indivíduos *com renda ou riqueza* acessam tais ações e serviços por meio do mercado de planos de saúde. Por outro lado, há *simples diferença ocasionada por fortuna patrimonial* sempre que dois indivíduos, um *sem renda e*

²⁸⁶ COMPARATO, 2013, p. 241.

sem riqueza e o outro *com renda ou riqueza*, acessam as mesmas ações e serviços necessários à proteção, promoção e recuperação da sua saúde: o primeiro em enfermaria de hospital público por meio do sistema público; o segundo em apartamento de hospital privado, por meio de plano de saúde. Por conseguinte, a *igualdade essencial do ser humano* está na igualdade de acesso aos recursos necessários à prevenção de doenças e à promoção e recuperação da saúde. A *simples diferença* está nos recursos adicionais ou prescindíveis à saúde, ofertados como mercadorias de conforto (e.g., apartamento individual, televisão, telefone, tipo de alimentação).

Regras distributivas devem ser estabelecidas para que situações de violação da *igualdade essencial do ser humano* sejam progressivamente reduzidas até restarem apenas situações de *simples diferença por fortuna patrimonial*. Claro que os exemplos ora mencionados servem como parâmetros radicais para futuros diálogos. Em uma democracia sanitária, pode-se concluir, por exemplo, que determinados tipos de medicamentos serão fornecidos apenas a quem tem plano de saúde e que tal distinção não se configura violação à *igualdade essencial do ser humano*, mas apenas *simples diferença*, a partir da avaliação dos benefícios trazidos por esses medicamentos, dos custos que ele representa, entre outros elementos.

O que se quer destacar aqui são a importância e o tipo de pauta distributiva que deve estar presente nos debates democráticos sobre saúde e o mercado de planos. Portanto, em tese, a permissão constitucional de acesso a serviços privados por indivíduos *com renda ou riqueza* não caracteriza, por si só, violação ao princípio da igualdade essencial do ser humano em saúde. Há que se examinar cada caso específico.

4.2.2 Da progressividade como tema de regulação do setor privado

Pode-se indagar se esse tema – promoção da progressividade por meio de regras distributivas – é pertinente à regulação do setor privado de planos de saúde, entendendo-se progressividade aqui como distribuição igualitária de saúde (recursos e resultados). Ou seja, talvez alguns entendam que essa tarefa caiba apenas ao Direito Tributário e/ou às normas sobre orçamento público.

De fato, a progressiva distribuição igualitária de saúde depende da implementação de diversas regras e políticas, que não necessariamente pertencem ao âmbito da regulação do mercado de planos de saúde. O Direito Tributário e o Direito Financeiro são os ramos que, por excelência, devem pautar a realização desse princípio.

É sabido e amplamente aceito que a definição de patamar mínimo razoável de financiamento dos serviços públicos de saúde de um País é fundamental para a promoção da igualdade em saúde e, a princípio, a definição de tal patamar nada tem a ver com a regulação do mercado de planos de saúde.²⁸⁷ No entanto, como já visto na Seção 3.3, que trata da regulação econômica, a edição de regras distributivas não está confinada às esferas dos Direitos Tributário e Financeiro, sendo perfeitamente cabível no âmbito da Regulação das Atividades Econômicas em sentido amplo.

Pode-se argumentar também que, no Brasil, diferentemente de outros setores, o Estado, por meio do SUS, assumiu diretamente a obrigação de distribuir “resultados de saúde” e “recursos de saúde” a todos os indivíduos. Logo – e é bastante comum ouvir-se isso –, caberia apenas ao SUS a tarefa distributiva.

O ponto que distingue a saúde de outros setores é que, diferentemente do que ocorre em outros mercados²⁸⁸, a simples existência de um mercado de

²⁸⁷ No Brasil, o financiamento público da saúde sempre foi insuficiente quando comparado ao financiamento de países que se propuseram a fornecer saúde universal (comparação dos gastos públicos em saúde em percentual do PIB). Em 2016, o gasto do governo em saúde no Brasil foi 4% do PIB e o gasto privado foi 5,2% do PIB (Produto Interno Bruto); em 2018, o gasto do governo do Canadá foi 7,5% do PIB e o gasto privado 3,3% do PIB (OECD, 2019).

Ao mesmo tempo, o setor privado é beneficiado por gastos tributários em saúde (ou renúncia fiscal), de modo que se pode afirmar que a regulação do setor suplementar é regressiva, no tocante ao Direito Tributário. Apesar disso, extinguir tais gastos tributários sem aumentar o financiamento público em saúde é medida, no mínimo, polêmica no tocante à eficácia da progressividade da distribuição de saúde.

Sobre os gastos tributários, confira-se PINTO (2019), que os indica em uma relação de cinco áreas apontadas pelo Banco Mundial como críticas para a melhoria do SUS.

Sobre a extinção de gastos tributários sem a contrapartida do aumento do financiamento público, vale conferir SCHOUERI, 2018, p. 401:

“A fundamentação da progressividade na teoria distributiva não fica, por outro lado, isenta de críticas, quando se tem em conta que a justiça distributiva não deve ser buscada apenas pela arrecadação, mas também, e principalmente, pelos gastos. Com efeito, de pouco adiantaria, do ponto de vista da justiça distributiva, que um imposto fosse cobrado dos mais ricos, se os gastos públicos fossem a ele dirigidos. Daí por que a efetividade da justiça distributiva apenas se assegura quando se levam em conta os gastos públicos.”

²⁸⁸ Vale repetir uma nota citada anteriormente. Egon Bockmann Moreira, ao tratar da lógica econômica público-privada aduz:

planos de saúde do tipo duplicado – que fornece os mesmos serviços fornecidos pelo setor público – configura fator gerador e agravante de desigualdade na distribuição de “resultados de saúde” e de “recursos de saúde”. Mercados de plano de saúde, em sistemas duplicados como o brasileiro, não apenas introduzem, como também agravam a desigualdade entre os indivíduos que têm e os que não têm planos de saúde. Vale citar aqui ao menos três fatores²⁸⁹ que corroboram essa afirmação.

O primeiro fator diz respeito ao enfraquecimento da demanda social necessária para formar interesses comuns, que é requisito para a constituição de um “pool” de riscos efetivamente solidário por meio de financiamento público.²⁹⁰ Ao se permitir a existência de um mercado de planos (especialmente nos sistemas duplicados), estes tendem a ser consumidos pela parcela da população com maior renda e escolaridade, de modo que o interesse coletivo de construção e fortalecimento de um sistema público de saúde é enfraquecido.²⁹¹ Nesse sentido, o relatório da OMS aponta:

Embora beneficie seus membros, o VHI [*voluntary health insurance*, seguro de saúde voluntário] pode afetar negativamente o sistema de saúde, reforçando ou contribuindo para um sistema de duas classes, porque as pessoas com a cobertura do VHI têm acesso ampliado a

“Bem vistas as coisas, os serviços públicos envolvem a administração de recursos (cada vez mais) escassos: bens físicos, recursos naturais, finanças, informações, tempo, tecnologia etc. A sua atribuição à titularidade pública não tem o condão de alterar essas qualidades. Por isso que, ao mesmo tempo em que confere tais bens e serviços aos Poderes Públicos, a Constituição permite que sejam economicamente explorados por meio de gestão privada, sob a lógica de investimentos de longo prazo – que pretenderão administrar de modo mais eficiente tais recursos, a fim de bem prestar os serviços públicos aos usuários e obter lucro com isso.” (MOREIRA, 2019, p. 291, grifo adicionado).

No entanto, na saúde, isso ocorre de modo diverso, já que eventual atribuição dos serviços de saúde à exclusiva titularidade pública *tem, sim*, o condão de alterar as qualidades desse bem – saúde –, que é tão complexo.

²⁸⁹ MATHAUER; KUTZIN, 2018, p. 6.

²⁹⁰ Neste sentido, vale repetir Satz: “Mercados permitem que as pessoas desistam de certos relacionamentos com produtores específicos, recorrendo a outros relacionamentos, para buscar novas formas de satisfazer suas preferências. [...] A ‘saída’ de um mercado pode muitas vezes fortalecer interesses comuns (quando consumidores desistem de suportar um produto de má qualidade), mas ela pode também diminuir a possibilidade de formar ou satisfazer interesses comuns.” (SATZ, 2010, p. 106/107)

²⁹¹ “Como ocorre também nos países desenvolvidos, a distribuição da taxa de cobertura de seguro privado está associada à alta concentração da renda, maior quantidade de anos de estudo, regiões mais populosas e industrializadas, municípios de grande e médio porte, emprego formal. A população segurada tem maior longevidade e diferente perfil de mortalidade que a de todo o Brasil, com predomínio de doenças crônico-degenerativas incidindo em uma população mais idosa (perfil semelhante ao de países desenvolvidos): as doenças do aparelho circulatório e as neoplasias têm maior participação percentual na mortalidade dos segurados.” (SANTOS, I., 2011, p. 2748.)

benefícios maiores, incluindo serviços de saúde prestados no particular. Quando as pessoas com renda mais alta podem retirar-se do sistema de cobertura pública e escolher o VHI substitutivo, isso leva à segmentação de riscos, principalmente porque os grupos de renda mais abastados geralmente apresentam riscos à saúde mais baixos. O *pool* de VHI é composto por indivíduos com baixos riscos à saúde, enquanto o sistema público perde contribuições de pessoas em melhor situação e acaba cobrindo uma parcela desproporcional de pessoas de maior risco (THOMSON; MOSSIALOS, 2009).²⁹²

O segundo fator é econômico. O mercado de planos de saúde apresenta diversas falhas, conforme já mencionado. De um lado, operadoras tendem a incluir mais rapidamente, nas suas coberturas, novas tecnologias para seus beneficiários, que, em geral, são pessoas com maior renda e melhor condição de saúde. De outro lado, as operadoras tendem a fazer seleção de riscos, excluindo idosos e portadores de doenças crônicas, que são justamente aqueles que mais precisam de assistência à saúde. Nesse aspecto, vale citar relatório da OMS:

Embora se diga que o VHI [*voluntary health insurance*, seguro de saúde voluntário] ajuda a adotar novas tecnologias em saúde a longo prazo (PREKER *et al.*, 2007), a cobertura de serviços se expande apenas para a parte limitada da população contemplada pelo VHI, cujas taxas de utilização provavelmente aumentarão. A principal preocupação, no entanto, é que geralmente os mais abastados têm cobertura do VHI, enquanto as pessoas com maiores riscos à saúde (e.g., doentes e idosos) de rendas mais baixas não têm condições de aderir a um VHI. Isso é exacerbado pelas tentativas de seleção de risco das seguradoras de admitir apenas riscos “bons” com esperados custos mais baixos de assistência médica. Como resultado, as pessoas com maiores riscos à saúde permanecem com cobertura limitada, e as desigualdades no acesso aumentam ainda mais (THOMSON, 2010).²⁹³

²⁹² Tradução da autora para:

While benefitting its members, VHI may negatively affect the health system by contributing to or reinforcing a two-class system because people with VHI coverage have enhanced access to larger benefits including privately delivered health services. Where people with higher income can withdraw from the public coverage system and choose substitutive VHI, this leads to risk segmentation, in particular because better-off income groups have usually lower health risks. The VHI pool consists of individuals with low health risks, whereas the public system loses contributions of better-off people and ends up covering a disproportionate share of higher risk people (Thomson and Mossialos 2009).” (MATHAUER; KUTZIN, 2018, p. 6)

²⁹³ Tradução da autora para:

“While VHI is said to help uptake new health technologies in the long term (Preker et al. 2007), service coverage expands only for the limited part of the population enrolled in VHI, whose utilisation rates are likely to increase. The key concern, however, is that usually the better-off have VHI coverage, whereas people with higher health risks (e.g., sick and older people) with lower incomes cannot afford to purchase a VHI policy. This is exacerbated by risk selection attempts of insurers to enroll only ‘good’ risks with expected lower health care costs. As a result, people with higher health risks remain with limited coverage and inequities in access further increase (Thomson 2010).” (MATHAUER; KUTZIN, 2018, p. 5/6)

De acordo com a OCDE, indivíduos que necessitam de tratamentos mais caros, como idosos ou portadores de doenças crônicas, são atendidos por sistemas públicos ou privados subsidiados, mesmo nos países em que o seguro privado desempenha papel preponderante.²⁹⁴

O terceiro fator também é econômico. Mercados de planos de saúde concorrem com o Estado pela força de trabalho em saúde, que é escassa. É sabido que a demanda por médicos, enfermeiros e demais profissionais de saúde é especialmente restrita em países em desenvolvimento e tal restrição é agravada em países nos quais o Estado tem que competir com o mercado por tais profissionais.²⁹⁵ Como no Brasil o sistema é duplicado – pois o público e o privado ofertam os mesmos serviços –, estudos mostram que o setor privado disputa com o SUS também em leitos e em recursos financeiros (como nos gastos tributários já mencionados)²⁹⁶. Nesse ponto, assim dispõe o relatório da OMS:

Além disso, como o gasto com o VHI [*voluntary health insurance*, seguro de saúde voluntário] ocorre em grande parte no setor privado, este contribui para maiores oportunidades de renda dos profissionais de saúde (médicos, principalmente), motivando os profissionais de saúde a mudarem para o setor privado. Isso pode levar à escassez de profissionais

²⁹⁴ OECD, 2004, p. 12.

Confirma-se também Isabela Soares Santos:

“Sobressaem as desigualdades na oferta e no uso de serviços. Com exceção dos aparelhos para hemodiálise, a disponibilidade de oferta de leitos e de equipamentos de média e alta complexidades e custo é muito maior para os segurados que para uso pelo SUS. A grande parte dos leitos, equipamentos e unidades hospitalares privados e dos profissionais de saúde é compartilhada entre SUS e segmento suplementar, o que, sendo feito sem regras, permite aos prestadores a livre busca pela otimização da receita, combinando diferentes formas de trabalho, seja para o setor público, seja para o privado. Alguns serviços do SUS são proporcionalmente mais usados por segurados que outros, como as internações para realizar exames e parto cesáreo e alguns atendimentos de alta complexidade (quimioterapia, radioterapia, hemoterapia ou hemodiálise) e outros de baixa complexidade (vacinação, injeção, curativo ou pronto atendimento) – estes últimos geralmente não cobertos pelo seguro privado e, portanto, não configurando a duplicação de cobertura. Outros serviços são proporcionalmente menos usados pelos segurados no SUS (consulta médica, consulta de agente comunitário ou parteira).” (SANTOS, I., 2011, p. 2748/2749)

²⁹⁵ Tradução da autora para:

“Moreover, as VHI expenditure largely occurs in the private sector, it contributes to higher income opportunities of health workers (doctors in particular), as such motivating health workers to shift to the private sector. This could lead to shortages of skilled health workers in government facilities, thus further reinforcing inequities as to health service availability. It also may lead to spillover effects, such as rising prices and costs across the health system. These negative effects are more problematic to the extent that both expenditures through VHI are larger and population coverage with VHI is limited to persons with higher incomes.” (WHO, 2019, on-line)

²⁹⁶ No Brasil, o sistema é duplicado, e o setor privado disputa com o SUS em força de trabalho (médicos, enfermeiras e outros profissionais da saúde) e em leitos. Cf. VIACAVA *et al.* (2018). Disputa também em recursos financeiros, já que os sistema suplementar recebe incentivos fiscais.

de saúde qualificados nas instalações do governo, reforçando ainda mais as iniquidades quanto à disponibilidade de serviços de saúde. Também pode levar a efeitos colaterais, como aumento de preços e custos em todo o sistema de saúde. Esses efeitos negativos são mais problemáticos na medida em que tanto as despesas através do VHI são maiores quanto a cobertura da população com VHI é limitada a pessoas com renda mais alta.²⁹⁷

Alguns podem argumentar que a iniciativa privada em saúde é livre, mas que o mercado de planos de saúde, em específico, em razão de sua regressividade, deve ser proibido com fundamento nos princípios constitucionais citados. Do ponto de vista constitucional, a existência de lei que proíba o funcionamento desse mercado seria suficiente para legitimar essa medida, fundamentada inclusive no princípio da vedação ao retrocesso dos direitos sociais. Portanto, respeitada a garantia de legalidade, não haveria que se falar em violação à liberdade de iniciativa econômica, conforme será tratado na Seção 4.3.2. No tocante à defesa do consumidor, pode-se dizer que sua proteção constitucional deriva da proteção à livre concorrência, conforme será visto na mesma Seção.²⁹⁸

No entanto, fazendo-se a ponderação de direitos fundamentais, entende-se aqui que não ficou demonstrada a absoluta necessidade de uma restrição tão ampla à atividade econômica que atualmente é permitida por lei no Brasil (Capítulo 1). O conceito de “necessidade” aqui empregado é inspirado na teoria de Virgílio Afonso da Silva²⁹⁹: “[u]m ato estatal que limita um direito fundamental é somente necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido.”³⁰⁰ Como ainda não é possível dizer quais atos e em que medidas serão necessários para, ao mesmo tempo, permitir-se a existência do mercado de planos de saúde e garantir-se a proteção da igualdade na distribuição de “resultados de saúde” e de “recursos de saúde”, deve-se primeiro examinar essas possibilidades.

De todo modo, resta claro que o impacto regressivo na distribuição de “resultados de saúde” e de “recursos de saúde” é o elemento central que justifica e legitima a elaboração de um conjunto de normas distributivas, *inclusive* no âmbito

²⁹⁷ MATHAUER, KUTZIN, 2018, p. 6.

²⁹⁸ Entretanto, em havendo lei que autorize o funcionamento do mercado – como existe na atualidade – há que se proteger o consumidor inclusive na sua liberdade de escolha.

²⁹⁹ SILVA, V., 2002, p. 38/39.

³⁰⁰ SILVA, V., 2002, p. 38/39.

da regulação do mercado de planos de saúde, com a finalidade de minimizar ou neutralizar esse efeito. Cabe então examinar a distinção entre contribuição para (i) “redução do risco de doença e de outros agravos” (distribuição de “resultados de saúde”) e (ii) “acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde” (distribuição de “recursos de saúde”).

Uma das grandes contribuições de Amartya Sen foi identificar que a distribuição de saúde é mais complexa do que a distribuição de outros bens. Segundo o autor, para se distribuir saúde, é necessário distribuir dois diferentes tipos de “bens”: tanto “capacidades” ou “funcionamentos” (aqui denominados de “resultados de saúde”) propriamente ditos, como recursos propiciadores de saúde (aqui denominados de “recursos de saúde”). Conforme explica Sen,

[...] o estado de saúde de que uma pessoa desfruta é influenciado por várias considerações diferentes que nos levam muito além do papel dos fatores sociais e econômicos. Uma abordagem política adequada à saúde deve observar não apenas as influências advindas de fatores sociais e econômicos gerais, mas também uma variedade de outros parâmetros, como deficiências pessoais, propensão individual a doenças, riscos epidemiológicos de determinadas regiões, influência de variações climáticas etc. Uma teoria adequada da equidade em saúde deve dar a esses fatores o que lhes é devido na disciplina da equidade em saúde. Em geral, na elaboração de políticas de saúde, é necessário distinguir entre igualdade nos resultados de saúde (ou capacidades e liberdades correspondentes) e igualdade na distribuição do que geralmente pode ser chamado de recursos em saúde. Embora o último tenha relevância, argumentei, através de considerações de processo, que é o primeiro que ocupa um território central em termos de equidade em geral e de saúde em particular.³⁰¹

Nas seções 4.2.3 e 4.2.4, tanto a distribuição de “resultados de saúde” como a distribuição de “recursos de saúde” são examinadas com a finalidade específica de orientar a reflexão que deve pautar o processo de identificação dos objetivos de uma regulação para o mercado de planos de saúde.

³⁰¹ Tradução da autora para:

“[...] the state of health that a person enjoys is influenced by a number of different considerations which take us well beyond the role of social and economic factors. An adequate policy approach to health has to take note not only of the influences that come from general social and economic factors, but also from a variety of other parameters, such as personal disabilities, individual proneness to illness, epidemiological hazards of particular regions, the influence of climatic variations, and so on. A proper theory of health equity has to give these factors their due within the discipline of health equity. In general, in the making of health policy, there is a need to distinguish between equality in health achievements (or corresponding capabilities and freedoms) and equality in the distribution of what can be generally called health resources. While the latter has relevance, I have argued, through process considerations, it is the former that occupies a central territory of equity in general and health equity in particular.” (SEN, 2004, p. 28)

4.2.3 Distribuição de “resultados de saúde”

Vale repetir que estudo³⁰² da OCDE sobre planos privados demonstra que seguradores não envidam esforços significativos para influenciar a qualidade dos serviços que financiam:

Há apenas evidências fracas de que o PHI (seguro de saúde privado) promoveu a prestação de cuidados de alta qualidade na área da OCDE. Na maioria dos países, as seguradoras privadas de saúde não têm envidado esforços significativos para influenciar a qualidade dos serviços de saúde que financiam, e o impacto na qualidade da assistência provavelmente tem sido mínimo na maioria dos países da OCDE. Uma combinação de fatores explica essa tendência, indo da falta de incentivos regulatórios e financeiros para as seguradoras à resistência dos consumidores às restrições à escolha individual e à resistência dos prestadores à introdução de uma nova fonte de influência nas decisões sobre a adequação dos cuidados médicos.³⁰³

Contribuir para a redução do risco de doença e de outros agravos significa exigir, no caso do mercado de planos de saúde, que o setor contribua para a obtenção de “resultados de saúde” propriamente ditos.

O estudo de Maria Alicia Domínguez Ugá *et al.*³⁰⁴ demonstra que a contratação entre operadoras e hospitais envolve poucos ou quase nenhum aspecto relativo à qualidade da assistência contratada:

[...] Os hospitais que prestavam serviços a operadoras de planos de saúde não constituíam micro-sistemas de saúde paralelos ou suplementares ao Sistema Único de Saúde (SUS). Observou-se que os prestadores hospitalares privados eram majoritariamente vinculados ao SUS. Entretanto, não pertenciam à rede alguma de prestadores privados, ainda que fossem objeto de forte regulação da utilização de seus serviços, exercida pelas operadoras de planos de saúde. A intervenção das operadoras de planos de saúde enquanto gestoras de sistemas de cuidado foi incipiente ou quase ausente. Aproximadamente a metade dos hospitais declarou adotar diretrizes clínicas, enquanto apenas 25,4% afirmaram exercer a gestão da patologia e 30,5% mencionaram a gestão dos casos.

CONCLUSÕES: As relações contratuais entre hospitais e operadoras de planos de saúde se constituem em contratos meramente comerciais com

³⁰² OECD, 2004, p. 14.

³⁰³ Tradução da autora para:

“There is only weak evidence that PHI (Private Health Insurance) has promoted the delivery of high-quality care in the OECD area. In most countries, private health insurers have not engaged in significant efforts to influence the quality of the health care services they finance, and the impact on quality of care has probably been minimal in most OECD countries. A combination of factors explain this trend, ranging from the lack of regulatory and financial incentives for insurers, to resistance by consumers to restraints on individual choice, and providers resistance to the introduction of a new source of influence on decisions over appropriateness of care.” (OECD, 2004, p. 14)

³⁰⁴ UGÁ *et al.*, 2009.

pouca ou nenhuma incorporação de aspectos relativos à qualidade da assistência contratada, limitando-se, em geral, a aspectos como definição de valores, de prazos e procedimentos para pagamento.³⁰⁵

No referido estudo, identificou-se também que se atribui “pouca importância aos aspectos legais obrigatórios a serem preenchidos pelos hospitais e relativos ao cadastro nacional de estabelecimentos de saúde, à vigilância sanitária e ao sistema de qualificação da Agência Nacional de Saúde Suplementar.”³⁰⁶

A partir desse, outro estudo foi desenvolvido defendendo que caberia ao SUS, por meio da ANS, regular a relação entre operadoras e prestadores de serviços para melhorar a qualidade médico-assistencial:

[...] a proposta é de uma regulação progressiva, que deveria iniciar-se por aqueles aspectos e indicadores que não poderiam estar ausentes da atenção hospitalar até completar a totalidade dos aspectos e indicadores analisados pelos estudos que serviram de referência ao presente trabalho, e atingir a qualidade assistencial desejável para o setor hospitalar privado (Portela et al, 2008; 2010). Cinco seriam os indicadores escolhidos: a qualificação da gestão; a presença de estruturas e práticas de garantia e monitoramento da qualidade da assistência; as práticas de gestão da clínica; a presença de sistema de informação; e a exigência de acompanhamento de indicadores.³⁰⁷

Franco e Magalhães Júnior defendem que a clínica, tanto no setor público como no setor privado, organizou-se excessivamente à base do ato prescritivo e da produção de procedimentos e que poucos incentivos existem para o exercício da clínica traduzido em atos de fala/escuta e como exercício ampliado de multiprofissionais.³⁰⁸ Dados como “se e quais foram as informações clínicas colhidas pelos médicos (além das hipóteses diagnósticas) antes do encaminhamento a outros níveis de atendimento”³⁰⁹ poderiam ajudar a transformar modelos excessivamente “procedimentalizados” e segmentados em modelos baseados no cuidado integral. Nesse sentido, os autores defendem a construção de diretrizes e linhas de cuidado conjuntas.³¹⁰

³⁰⁵ UGÁ *et al.*, 2009.

³⁰⁶ UGÁ *et al.*, 2009.

³⁰⁷ GERSCHMAN *et al.*, 2012.

³⁰⁸ FRANCO; MAGALHÃES Jr., 2004.

³⁰⁹ FRANCO; MAGALHÃES Jr., 2004.

³¹⁰ FRANCO; MAGALHÃES Jr., 2004.

Malta demonstra a complexidade da saúde e a impossibilidade de tratá-la como mercadoria:

[...] O trabalho em saúde possui especificidades que o diferenciam dos outros trabalhos, pois implica um espaço relacional, envolvendo o usuário e o produtor. Mesmo com os atravessamentos das operadoras e administradoras, essa relação intercessora entre o cliente e o produtor de saúde se dá em ato, em cada encontro e produz momentos criativos, carregados de subjetividades que são determinantes no processo de recuperação da saúde. Portanto, ao falar de modelo assistencial, a dimensão do processo de trabalho em saúde não pode ser de maneira alguma preterida, pois depende essencialmente do trabalho humano, vivo e em ato, sendo essa característica fundamental e insubstituível. O consumo de ações de saúde difere do consumo de serviços em geral, pois não se operam escolhas livres no ato da decisão do consumo. O usuário não se porta como um consumidor comum diante da mercadoria, em função de ser desprovido de conhecimentos técnicos e por não deter as informações necessárias para a tomada de decisão sobre o que irá consumir. Não cabem as premissas comuns ao mercado, como a livre escolha e a concorrência. Muitas vezes o consumo em saúde é imposto por situações de emergência, quando até a escolha do serviço e do profissional torna-se muitas vezes imposta por outros determinantes, como, por exemplo, a proximidade e a disponibilidade.³¹¹

Daros *et al.* – a partir das reclamações dos beneficiários apresentadas à ANS (2016) – indica que, para além da negação do acesso aos serviços e procedimentos, há também restrição à continuidade do cuidado, levando os pesquisadores a questionar a estrutura do setor em seus aspectos jurídicos:

Os resultados nos colocam o desafio de questionar a estruturação desse setor, cujos contratos se baseiam na definição de um rol de procedimentos e as estratégias de redução de custos se configuram como instrumento de restrição ao próprio direito à saúde, para além do respeito necessário ao direito do consumidor.³¹²

Em contrapartida, o mercado de planos tem demonstrado interesse em implementar novos modelos de remuneração de serviços médicos e hospitalares, assunto relevante que deveria ser compartilhado e discutido também com o setor público e o SUS.³¹³

O tema é rico, diz respeito aos conceitos de qualidade e integralidade da saúde; e, aqui, é feita apenas uma introdução à regulação sobre a qual se deve refletir e implementar. Cabe reforçar a importância de pesquisas e diálogos entre o público e o privado, entre a saúde e o direito, que possam fomentar uma regulação

³¹¹ MALTA *et al.*, 2004, p. 439.

³¹² DAROS *et al.*, 2016.

³¹³ IEES, 2019, *on-line*.

específica sobre o que ora se denomina de distribuição de “saúde como resultado”, pertinente ao mercado de planos de saúde.

4.2.4 Distribuição de “recursos de saúde”

O mercado de planos de saúde deve contribuir para o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde. Isso significa que esse mercado deve ampliar o acesso a “recursos de saúde”, ou seja, deve contribuir para a ampliação da rede de serviços e dos atendimentos médicos, hospitalares, laboratoriais preventivos e curativos, que sejam efetivamente necessários à promoção, prevenção e recuperação da saúde.

Conforme mencionado no Capítulo 2, o art. 32 da Lei nº 9.656/1998 é exemplo de regulamentação aplicada ao setor privado com a finalidade de garantir o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde. Referido dispositivo determina que as operadoras de planos de saúde ressarcirão ao SUS os serviços que forem prestados por este aos beneficiários daquelas que, por contrato, teriam direito de ter recebido tais serviços da rede da operadora contratada. Vários objetivos decorrem dessa norma, conforme apontado a seguir³¹⁴.

Primeiramente, a regra pretende evitar que a rede pública sirva de suporte “indireto” às operadoras privadas de saúde, estimulando assim o desenvolvimento de um setor privado autossustentável, do ponto de vista econômico-financeiro, ou seja, que mantenha e proporcione uma estrutura de serviços compatível com a demanda de seus usuários. Vale dizer que a utilização de serviços públicos por usuários de planos de saúde, sem qualquer ônus às operadoras, acabaria por institucionalizar tanto a fraude contra o consumidor (que já tem acesso a esses serviços como usuário do SUS) quanto violar a livre concorrência (que busca garantir um ambiente de igualdade de condições competitivas entre os agentes do mercado – nesse caso, entre as operadoras) – fundamentados nos art. 170, inc. V e IV, da CF/88.

³¹⁴ No RE/STF nº 597.064/RJ, que discute a constitucionalidade do ressarcimento ao SUS, em Repercussão Geral, o Ministro Alexandre de Moraes apresentou voto no sentido de que a função do art. 32 da Lei nº 9.656/1998 é adjudicar de maneira socialmente adequada as responsabilidades pelo custeio de um sistema de saúde que integra o Poder Público e a iniciativa privada. (BRASIL, 2017)

Além disso, a regra visa garantir que as operadoras estejam efetivamente contribuindo para a ampliação da oferta de ações e serviços de saúde no País, a partir da receita auferida com os prêmios ou mensalidades pagas pelos consumidores. Dessa forma, pretende-se assegurar que o maior número possível de cidadãos brasileiros tenha acesso às ações e serviços públicos de saúde, especialmente a parcela da população brasileira que não possui plano de saúde, considerando que os recursos públicos destinados ao setor são insuficientes para o atendimento de toda a população. Trata-se de norma que busca direcionar o comportamento econômico dos agentes e que, portanto, tem natureza estrutural, fundamentada nos art. 3º e 196 da CF/88, com o fim de reduzir as desigualdades em saúde (sociais e regionais).

Nesse sentido, é interessante destacar que a norma é uma das condições definidoras da “eficiência” que se quer extrair desse mercado. A “eficiência” deve ser alcançada por meio de um complexo gerenciamento empresarial: de um lado, a contratação de uma rede de serviços de assistência médica; de outro, a administração da demanda de uma carteira de beneficiários, com o objetivo de garantir a cobertura de todas as doenças e procedimentos contratados, a partir de cálculos adequados de risco e de negociação dos preços dos serviços médicos. Esse é um objetivo importante para o qual o mercado de planos de saúde foi instituído.

Por fim, a norma ainda permite, ao Poder Público, a coleta permanente de dados e informações sobre serviços públicos fornecidos a usuários de planos de saúde. Destarte, é possível ao regulador aprimorar constantemente a regulamentação, a fiscalização e o controle dos serviços prestados (ou não) pelas operadoras de planos de saúde.

Há outros “recursos de saúde” a serem distribuídos, como leitos dos hospitais públicos e privados, médicos e enfermeiras. Há que se avaliar e criar parâmetros de capacidade contributiva em recursos de saúde, de cada operadora, de cada hospital, dos médicos e profissionais da saúde conveniados, dos laboratórios e clínicas médicas conveniados, para se elaborarem normas e parâmetros de “distribuição” de “recursos em saúde”. A distribuição desses e de outros recursos deve ser efetuada a partir do princípio de que o mercado de planos de saúde deve contribuir para ampliar o acesso a todos os “recursos de saúde”.

A redução da *desigualdade essencial do ser humano* deve ser mensurada e progressivamente reduzida, mediante a ampliação do acesso e o aprimoramento da distribuição desses recursos. Logo, há que se refletir e elaborar regras de progressividade em distribuição de “recursos de saúde”, também como parte da regulação do mercado de planos de saúde.

4.3 Liberdade

O direito à liberdade está reconhecido como fundamento da República (art. 1º) e como direito fundamental (art. 5º) quando a CF/88 garante a brasileiros e estrangeiros a inviolabilidade do direito à liberdade, salvo em virtude de lei (inc. II). A liberdade se decompõe em várias espécies: política, econômica, intelectual, artística, de ensino, de palavra, de ação etc. (art. 5º, inc. VI, IX, XIII, XIV, XVI, XVII, XX; e art. 206, inc. II)³¹⁵.

A liberdade política é especialmente cara ao Direito Sanitário, visto que fundamenta o princípio da Democracia Sanitária, já abordado na Seção 4.1. Conforme ressalta Comparato, os aspectos individual e político da liberdade estão intimamente relacionados:

Na Declaração Universal dos Direitos do Homem, o princípio da liberdade compreende tanto a dimensão política quanto a individual. A primeira vem declarada no art XXI e a segunda nos artigos VII a XIII e XVI a XX. Reconhece-se, com isto, que ambas essas dimensões da liberdade são complementares e interdependentes. A liberdade política, sem as liberdades individuais, não passa de engodo demagógico de Estados autoritários ou totalitários. E o reconhecimento das liberdades individuais, sem efetiva participação política do povo no governo, mal esconde a dominação oligárquica dos mais ricos.³¹⁶

No tocante aos seus aspectos individuais e coletivos, a liberdade rege as ações e serviços de saúde, conforme explica Aith:

A proteção à saúde envolve o desenvolvimento e a execução de ações e serviços de saúde que foram considerados pela Constituição Federal como de relevância pública (Art. 197 da CF). Tal dispositivo da Constituição deve ser compreendido, à luz do princípio da liberdade, através de dois enfoques distintos. De um lado, tanto os profissionais da saúde (médicos, enfermeiros, farmacêuticos etc.) quanto os pacientes devem usufruir de ampla liberdade, seja para o exercício profissional, seja para a proteção do paciente. A liberdade é um princípio fundamental que rege as ações e serviços de saúde. Entretanto, essa liberdade poderá ser

³¹⁵ GRAU, 2018, p. 198.

³¹⁶ COMPARATO, 2013, p. 242.

limitada sempre que houver motivos de interesse público que exijam a sua limitação em benefício da coletividade, da sociedade.³¹⁷

Logo, o Direito Sanitário define as liberdades e limitações das ações e serviços de saúde asseguradas aos usuários e aos profissionais de saúde. No que diz respeito aos usuários, podem-se elencar as liberdades de escolha do médico, de disposição do corpo e seus aspectos controversos, de acesso às informações médicas e do regime especial aplicável aos presos ou sujeitos a medidas de segurança.³¹⁸ Em se tratando dos profissionais de saúde, têm-se as liberdades de exercício profissional, de escolha do paciente, de instalação e de prescrição.³¹⁹

Neste trabalho, cabe examinar inicialmente a liberdade da sociedade, prevista no art. 3, I da CF/88, e a liberdade de iniciativa econômica e a defesa do consumidor, previstas no art. 170 da CF/88.

4.3.1 Liberdade da sociedade

A liberdade da sociedade pode ser encontrada no art. 3º, I da CF/88, na medida em que se reconhece que a construção de uma sociedade livre é objetivo da República. Eros Grau explica que

[s]ociedade livre é sociedade sob o primado da liberdade, em todas as suas manifestações, e não apenas enquanto liberdade formal, mas, sobretudo, como liberdade real. Liberdade da qual, neste sentido, consignado no art. 3º, inc. I, é titular – ou cotitular, ao menos paralelamente ao indivíduo – a sociedade.³²⁰

Logo, pode-se dizer que construir uma sociedade livre, justa e solidária é, tal qual garantir o desenvolvimento nacional, realizar políticas públicas cuja reivindicação, pela sociedade, encontra fundamentação nesse art. 3º, II.³²¹

A Constituição reconhece um quadro de subdesenvolvimento (pobreza, marginalização e desigualdades, sociais e regionais) que se pretende reverter por meio do desenvolvimento econômico. Esse desenvolvimento implica, nas palavras de Eros Grau, “o salto de uma estrutura social para outra”³²² ou, nas palavras de

³¹⁷ AITH, 2007, p. 195.

³¹⁸ AITH, 2007, p. 196/206.

³¹⁹ AITH, 2007, p. 206/216.

³²⁰ GRAU, 2018, p. 210.

³²¹ GRAU, 2018, p. 212.

³²² GRAU, 2018, p. 211.

Comparato, “a conjugação do crescimento econômico com a progressiva eliminação das desigualdades sociais”³²³, processo que não é natural, mas voluntário e programado.

Nesse sentido, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária está em consonância com os princípios da democracia econômica sanitária e da igualdade e equidade. Está também em plena harmonia com a essencialidade da saúde e o reconhecimento constitucional do SUS e seus princípios.

Há de se analisar então o princípio da liberdade, nos seus aspectos relacionados à liberdade de iniciativa econômica e à defesa do consumidor.

4.3.2 Liberdade de iniciativa econômica e defesa do consumidor

A livre iniciativa vem consagrada no art. 1º, inc. IV, da CF/88, como fundamento da República e do Estado Democrático de Direito e, no art. 170 *caput*, como fundamento da ordem econômica. Uma das suas faces é a liberdade econômica de titularidade da empresa.

De acordo com Eros Grau, nem mesmo em sua origem se consagrava a liberdade absoluta de iniciativa econômica:

Em sua raiz, o princípio era expressão de uma garantia de legalidade, o que torna bem explícita a correção da observação de Galgano³²⁴, nos termos da qual o conceito de Estado de Direito exprime, em relação ao burguês singelamente, aquela mesma exigência – de um limite à ação pública, para salvaguarda da iniciativa privada – que o conceito de *Estado liberal* exprime em relação à burguesia no seu todo.³²⁵

Nesse sentido, “a postulação primária da garantia de liberdade de iniciativa econômica [...] é a garantia da legalidade: liberdade de iniciativa econômica é liberdade pública precisamente ao expressar *não sujeição a qualquer restrição estatal senão em virtude de lei*”³²⁶.

J. Andrade e Pinto também apontam para a mesma direção:

A regra mais específica e primeira que decorre da livre-iniciativa é a que vai disposta no parágrafo primeiro do art. 170 da ordem econômica: É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

³²³ GRAU, 2018, p. 212.

³²⁴ GALGANO, 1979.

³²⁵ GRAU, 2018, p. 199.

³²⁶ GRAU, 2018, p. 201, grifo como no original.

As intervenções e limitações sempre foram possíveis, e também o são na ordem econômica de 1988, mas elas precisam ser autorizadas pelo Poder Legislativo. Trata-se da regra de reserva legal (uma espécie de legalidade econômica estrita).³²⁷

Pode-se afirmar, então, que a liberdade de iniciativa econômica deve ser entendida como garantia de legalidade, o que é de todo coerente com a conclusão apresentada na Seção 3.3. Em outras palavras, todos os mercados são baseados em decisões que regulam quem pode participar e quais são seus objetos legítimos. Tais instituições impõem direitos e obrigações aos agentes e regulam os processos de troca, entre outros. Logo, todos os contornos dos mercados são definidos previamente pela sociedade.

Não obstante, conforme tratado na Seção 3.2, ao Estado cabe preservar os vínculos sociais e promover a coesão social, assumindo a responsabilidade pelas *atividades econômicas em sentido amplo* indispensáveis à preservação desses vínculos e dessa coesão. Dentre tais atividades, encontram-se a saúde e a educação.³²⁸

Vale reiterar a característica de indispensabilidade desses serviços, sejam eles privativos ou não. Cabe reiterar também que a indispensabilidade da atividade de saúde está diretamente relacionada com a universalidade do sistema que se quer construir. Se a saúde é indispensável ao desenvolvimento e à interdependência social, deve mesmo ser universal, no sentido de que é direito e de que é de todos, indistintamente. Nesse sentido, a Constituição não só reconhece essencialidade da saúde, como também institui o SUS e seus princípios de funcionamento, nos art. 196 a 200 da CF/88.

Logo, a partir da Constituição Federal de 1988, não há que se falar em direito *prima facie* no tocante à liberdade de iniciativa econômica no setor de saúde. Pelo contrário: nesse setor, a liberdade de iniciativa econômica está condicionada ao princípio da legalidade e, caso seja autorizada ou não seja vedada por lei, a atividade econômica está sujeita também aos princípios constitucionais do Direito Econômico Sanitário.

³²⁷ ANDRADE, J.; PINTO, 2019, p. 109.

³²⁸ GRAU, 2018, p. 118-119.

Além disso, conforme destaca Vinicius Marques de Carvalho³²⁹, a relevância da realização da justiça social também é uma limitação importante à liberdade de iniciativa econômica:

[...] os princípios se limitam mutuamente, muito embora a liberdade de iniciativa econômica privada, no contexto de uma Constituição preocupada com a realização da justiça social (o fim condiciona os meios), não possa significar muito. Isto é, não mais do que liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo Poder Público, e, portanto, possibilidade de gozar de facilidades, e necessidade de submeter-se às limitações postas por ele.

Por sua vez, do princípio da livre iniciativa econômica, desdobra-se o princípio da livre concorrência, contemplado no art. 170, inc. IV, da CF/88 ao lado de outros princípios da ordem econômica, inclusive, o princípio de proteção ao consumidor.

Eros Grau³³⁰ elenca os sentidos que podem ser extraídos do princípio da livre iniciativa em sua face de liberdade de comércio e indústria (não ingerência do Estado no domínio econômico; faculdade de criar e explorar atividade econômica a título privado; e não sujeição à restrição estatal senão em virtude de lei) e em sua face de liberdade de concorrência (faculdade de conquistar clientela; proibição de formas de atuação que deteriam a concorrência; e neutralidade do Estado diante do fenômeno concorrencial). O autor explica que não há oposição entre o princípio da livre concorrência e o princípio da repressão aos abusos do poder econômico, previsto no art. 173, §4º, da CF/88, que é fragmento do primeiro³³¹:

É que o poder econômico é a regra e não a exceção. Frustra-se, assim, a suposição de que o mercado esteja organizado, naturalmente, em função do consumidor. A ordem privada, que o conforma, é determinada por manifestações que se imaginava fossem patológicas, convertidas, porém, na dinâmica de sua realidade, em um elemento próprio a sua constituição natural.

Em seguida, recorrendo a Tercio Sampaio³³², Eros Grau³³³ explica que a competitividade é o elemento comportamental que define a concorrência, pois exige descentralização como base de formação nos preços – o que supõe livre

³²⁹ CARVALHO, 2019, p. 203.

³³⁰ GRAU, 2018, p. 199/200.

³³¹ GRAU, 2018, p. 205.

³³² SAMPAIO, 1989.

³³³ GRAU, 2018, p. 205/206.

iniciativa e apropriação privada dos bens de produção. Por isso, a livre concorrência é também forma de tutela do consumidor, na medida em que a competitividade induz a uma distribuição de recursos a mais baixo preço.

Portanto, em havendo mercado, este há de ser livre e competitivo para garantir a proteção ao consumidor, no sentido de que seja possibilitada a distribuição de recursos a preços mais baixos. Em outros termos, a defesa do consumidor como princípio constitucional se dá por meio da defesa da livre concorrência.

Adicione-se que a proteção ao consumidor – no tocante à sua vulnerabilidade – exige o cumprimento de um conjunto de regras que assegurem, quanto ao produto e ao contrato, clareza de informações, transparência, qualidade, boa-fé objetiva, dentre outros atributos e medidas amplamente reconhecidos pelo Código de Defesa do Consumidor³³⁴. Pode-se dizer que, garantidos tais atributos e medidas, garantem-se também a defesa e a liberdade de escolha do consumidor.³³⁵

Logo, a partir da Constituição Federal de 1988, não há que se falar em direito *prima facie* no tocante à liberdade de escolha do consumidor sobre ações e serviços de saúde. Pelo contrário: do ponto de vista constitucional, a defesa do consumidor e sua liberdade de escolha, em qualquer mercado, são garantidas via proteção da liberdade de concorrência. Ou seja, quando permitida por lei a exploração de ações e serviços de saúde pelo setor privado, há de se garantir a livre concorrência e a defesa do consumidor, inclusive no tocante à sua vulnerabilidade, nos termos do art. 170 da CF/88.

Vale reforçar que, do ponto de vista constitucional, ações e serviços de saúde são *serviços públicos, não privativos*, ou seja, têm natureza pública mesmo quando prestados pela iniciativa privada.

³³⁴ BRASIL, 1990a.

³³⁵ Há ainda outros desdobramentos da proteção constitucional da defesa do consumidor tratados por GRAU (2018, p. 247)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De um lado, há de se admitir que o consenso estabelecido pela CF/88, por meio dos art. 196 a 200, não impôs um modelo específico de sistema público-privado de saúde. De outro, há de se reconhecer também que a concepção de saúde, como direito, foi consolidada no Brasil – haja vista, por exemplo, a crescente judicialização sobre esse tema. Isso, porém, não quer dizer que o direito à saúde tenha sido efetivado (vejam-se as dificuldades de se garantir um financiamento público adequado, de se implementar as regiões de saúde etc.).

Parte desse problema se deve à adoção de um sistema duplicado gerador de desigualdades, conforme foi demonstrado nesta tese. Se, de um lado, a experiência internacional sinaliza que sistemas públicos são mais eficazes na garantia e na oferta de serviços de saúde universais; de outro, constata-se o crescente fortalecimento do setor privado de saúde no Brasil. Nesse contexto, inicialmente, esta tese buscou identificar os princípios que norteiam a regulação do mercado de planos de saúde a partir do arcabouço constitucional vigente.

Foram apontados os princípios constitucionais que devem nortear a atividade privada de saúde no País, com base em uma pesquisa descritiva sobre os art. 196 a 200 da CF/88, que considera tanto o contexto social e político que ensejou a edição desses dispositivos como a doutrina jurídica construída sobre eles. Conclui-se que a atuação estatal no tocante aos serviços privados (fiscalização, regulação e controle) é norteada pelos princípios constitucionais previstos no art. 196 da CF/88 e pelo diálogo constante com os princípios constitucionais previstos no art. 198 da CF/88, no sentido de contribuir para a implementação do Sistema Único de Saúde e jamais prejudicá-lo.

A leitura conjunta dos dispositivos constitucionais que tratam da Saúde e da Ordem Econômica forma a moldura Direito Econômico Sanitário Constitucional. Dessa leitura se depreende que se deve promover a igualdade em “recursos de saúde” e em “resultado de saúde” como parte da finalidade de Direito Econômico, no tocante à redução das desigualdades sociais e regionais, e como parte do próprio fundamento da República, calcado na “dignidade da pessoa humana” (Capítulo 3).

A partir dos princípios de direito econômico sanitário, é possível seguir caminhos regulatórios mais amplos e ousados. É possível romper barreiras

jurídicas e sociais historicamente estabelecidas. É possível envolver e pactuar com o setor privado questões e princípios de justiça e de distribuição.

Demonstrou-se também que teóricos da “Regulação Econômica” estão afinados com teóricos do “Direito Econômico Sanitário Constitucional”. Já se reconhece que objetivos de natureza econômica são tão legítimos quanto objetivos de natureza social, especialmente objetivos distributivos, em razão das especificidades de cada País quanto aos seus princípios jurídicos e de economia política, ou seja, quanto àqueles valores que dizem respeito à sua coesão social. Mais do que isso, pode-se afirmar que todos os contornos dos mercados são definidos previamente pela sociedade, já que mercados são construções sociais que dependem do estabelecimento de condições prévias, inclusive da coação jurídica, para existirem.

Em outras palavras: é necessário definir as condições prévias que promoverão a “eficiência” desse mercado, para se progredir rumo à realização da *igualdade essencial do ser humano* e concretização do direito à saúde. Cabe destacar também que a ordem constitucional veda expressamente a “regressividade” na distribuição de saúde e que, portanto, normas desse tipo são inconstitucionais.

Por isso, é fundamental tratar dos desdobramentos do princípio da liberdade. A sua compreensão reforça a importância da atenção que se deve dar às decisões políticas e sociais, aos valores e princípios que pautam e modulam os mercados. Além disso, cabe destacar que os princípios de direito econômico sanitário permitem uma ampla participação social na construção desse sistema. A palavra construção aqui não é arbitrária: pode-se afirmar que hoje não existe um sistema público-privado organizado nem pautado por princípios claros. É preciso construí-lo; e fazer isso em um País altamente desigual, de dimensão continental, só é possível por meio de ampla participação popular – daí a importância de um princípio tão caro ao Direito Sanitário, que é o princípio da Democracia Sanitária. É imprescindível ampliar as formas de participação democrática, levando dados sociais e econômicos, parâmetros técnicos adequados e atualizados sobre saúde, além de outros elementos, às diversas comunidades e mercados existentes no Brasil.

Por fim, o que se procura ressaltar é que a saúde de todos (dentro das limitações daquilo que a própria comunidade deve formular como possível) é o resultado da ação de uma ampla gama de serviços e políticas articuladas para essa finalidade. E é assim que a saúde é reconhecida pela CF/88: como valor e como sistema que integra a seguridade social, fundamentado no princípio da solidariedade. Ou seja, a assistência curativa é apenas uma das atribuições do Sistema Único de Saúde, e a realização do direito de todos depende do bom funcionamento de um amplo conjunto de políticas e serviços, que inclui também a regulação do mercado de planos de saúde.

Há, portanto, fundamentos normativos e fáticos que justificam uma regulação econômica (normas que promovam a redução das falhas de mercado), uma regulação social (normas que protejam o consumidor e o sistema financeiro nacional) e uma regulação distributiva (normas que promovam a distribuição de “resultado de saúde” e de “recursos de saúde”) do mercado de planos de saúde. As discussões que pautam toda essa regulação não podem prescindir dos princípios de Direito Econômico Sanitário ora apresentados nem de outros elementos sociais, econômicos e jurídicos importantes a esse ramo do Direito que não foram tratados aqui (e.g., construção do complexo industrial da saúde, tendência de financeirização do setor privado de saúde, conhecimentos existentes sobre gestão e administração de serviços de saúde, e sistema de direito tributário e financeiro).

Reconhecendo a complexidade desses desafios, é necessário iniciar a discussão e a implementação de uma política distributiva de “recursos de saúde” e de “resultado de saúde” para regular a atuação do mercado de planos de saúde considerando os princípios de direito econômico sanitário, a partir de dados, informações e balizas técnicas a serem organizados para essa finalidade. Portanto, com fundamento no Direito Econômico Sanitário Constitucional, especialmente no art. 196 e no art. 170, inc. VII, da CF/88, é necessário iniciar o processo para o debate de uma lei ordinária que institua uma política pública dessa natureza. A identificação do arcabouço teórico constitucional apresentado aqui autoriza e impõe a elaboração dessa política distributiva.

Foi apresentada uma solução jurídica que pode contribuir para a distribuição igualitária de saúde e favorecer a progressão da efetivação desse

direito. Não se imagina que um problema tão complexo seja resolvido apenas por meio da solução apontada aqui. Mas iniciar esse debate, reconhecendo-se a legitimidade e a necessidade da construção desta política, é um passo importante.

Por fim, conclui-se que os objetivos específicos da pesquisa foram atingidos e que a resposta ao objetivo geral é positiva, ou seja, uma regulação distributiva para o mercado de planos de saúde encontra amparo no arcabouço jurídico constitucional brasileiro. Esta tese apresenta também uma conclusão normativa: identifica não só os fundamentos jurídicos que justificam uma política distributiva para o mercado de planos de saúde, como também os princípios constitucionais que devem orientar essa política. Espera-se que, a partir daqui, horizontes mais amplos possam ser perseguidos no desenvolvimento de pesquisas sobre regulação do mercado de planos de saúde.

REFERÊNCIAS

AITH, Fernando Mussa Abujamra. *Curso de direito sanitário*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

AITH, Fernando Mussa Abujamra. *Direito à saúde e democracia sanitária*. São Paulo: Quartier Latin, 2017.

AKERLOF, George A. The market for “lemons”: qualitative uncertainty and the market mechanism. *Quarterly Journal of Economics*, Cambridge/MA, v. 84, n. 3, p.488-500, ago. 1970. DOI: <https://doi.org/10.2307/1879431>.

ALEXY, Robert. Zum Begriff des Rechtsprinzips. In ALEXY, Robert. *Recht, Vernunft, Diskurs*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995.

ANDRADE, José Maria Arruda de; PINTO, Alexandre Evaristo. Da livre iniciativa na Constituição Federal de 1988. In: NUSDEO, Fábio (Coord.). *A ordem econômica constitucional*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 91-110.

ANDRADE, Mônica Viegas; MAIA, Ana Carolina; RIBEIRO, Mirian Martins; LIMA, Helena Wajnman; CARVALHO, Lucas Resende de. *Estrutura de concorrência no setor de operadoras de planos de saúde no Brasil*. Rio de Janeiro: ANS, CEDEPLAR/UFGM, OMS, OPAS, 2015.

ANS – AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE. Resolução Normativa – RN nº 39, de 27 de outubro de 2000. Dispõe sobre a definição, a segmentação e a classificação das Operadoras de Planos de Assistência à Saúde. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=Mzgw>. Acesso em: 18 dez. 2019.

ANS – AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE. Resolução de Diretoria Colegiada – RDC nº 65, de 16 de abril de 2001. Dispõe sobre as sociedades seguradoras especializadas em saúde. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MzU2>. Acesso em: 18 dez. 2019.

ANS – AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE. Resolução Normativa – RN nº 137, de 14 de novembro de 2006. Dispõe sobre as entidades de autogestão no âmbito do sistema de saúde suplementar. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTEwNw==>. Acesso em: 18 dez. 2019.

ANS – AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE. Resolução Normativa – RN nº 148, de 3 de março de 2007. Altera a Resolução Normativa – RN nº 124, de 30 de março de 2006; a RN nº 128, de 18 de maio de 2006; a RN nº 129, de 18 de maio de 2006; a RN nº 137, de 14 de novembro de 2006; a RN nº 94, de 23 de março de 2005; a RN nº 112, de 28 de agosto de 2005; a RN nº 67, de 4 de fevereiro de 2004; a RN nº 26, de 1 de abril de 2003; a RN nº 19, de 11 de dezembro de 2002; e a Resolução de Diretoria Colegiada – RDC nº 77, de 17 de julho de 2001. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=ODQz>. Acesso em: 18 dez. 2019.

ANS – AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE. Resolução Normativa – RN nº 195, de 14 de julho de 2009a. Dispõe sobre a classificação e características dos planos privados de assistência à saúde, regulamenta a sua contratação, institui a orientação para contratação de planos privados de assistência à saúde e dá outras providências. Disponível em:

<https://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTQ1OA==>. Acesso em: 18 dez. 2019.

ANS – AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE. Resolução Normativa – RN nº 196, de 14 de julho de 2009b. Dispõe sobre a Administradora de Benefícios. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTQ1OQ==>. Acesso em: 18 dez. 2019.

ANS – AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE. Resolução Normativa – RN nº 200, de 13 de agosto de 2009. Altera as Resoluções Normativas nos 195, de 14 de julho de 2009 e 162, de 17 de outubro de 2007. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTQ4NA==>. Acesso em: 18 dez. 2019.

ANS – AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE. Resolução Normativa – RN nº 242, de 7 de dezembro de 2010. Dispõe sobre a participação da sociedade civil e dos agentes regulados no processo de edição de normas e tomada de decisão da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS mediante a realização de consultas e audiências públicas, e câmaras técnicas. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTYxNg==>. Acesso em: 18 dez. 2019.

ANS – AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE. Resolução Normativa – RN nº 259, de 17 de junho de 2011a. Dispõe sobre a garantia de atendimento dos beneficiários de plano privado de assistência à saúde e altera a Instrução Normativa – IN nº 23, de 1º de dezembro de 2009, da Diretoria de Normas e Habilitação dos Produtos – DIPRO. Disponível em: <http://ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTc4Mw==>. Acesso em: 18 dez. 2019.

ANS – AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE. Súmula Normativa SN nº 19, de 28 de julho de 2011b. Disponível em: <http://ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTc4Mw==>. Acesso em: 18 dez. 2019.

ANS – AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE. Resolução Normativa DC/ANS nº 272 de 20, de outubro de 2011c. Altera a Resolução Normativa – RN nº 137, de 14 de novembro de 2006, que dispõe sobre as entidades de autogestão no âmbito do sistema de saúde suplementar; altera RN nº 124, de 30 de março de 2006, que dispõe sobre a aplicação de penalidades para as infrações à legislação dos planos privados de assistência à saúde; e dá outras providências. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=114955>. Acesso em: 18 dez. 2019.

ANS – AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. Resolução Normativa – RN nº 386, de 9 de outubro de 2015. Dispõe sobre o Programa de Qualificação de Operadoras e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MzEwMA==>. Acesso em: 29 ago. 2019.

ANS – AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. Resolução Normativa – RN nº 405, de 9 de maio de 2016. Dispõe sobre o Programa de Qualificação dos Prestadores de Serviços na Saúde Suplementar – QUALISS; revoga a Resolução Normativa – RN nº 267, de 24 de agosto de 2011, com exceção do art.44-B incorporado à RN nº 124, de 30 de março de 2006; e revoga também a RN nº 275, de 1º de novembro de 2011, a RN nº 321, de 21 de março de 2013, a RN nº 350, de 19 de maio de 2014, e a Instrução Normativa – IN nº 52, de 22 de março de 2013 da Diretoria de Desenvolvimento Setorial, e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MzEwMA==>. Acesso em: 29 ago. 2019.

ANS – AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. Resolução Normativa – RN nº 423, de 11 de maio de 2017a. Altera a Resolução Normativa – RN nº 386, de 9 de outubro de 2015, que dispõe sobre o Programa de Qualificação de Operadoras. Disponível em:

<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MzQyMw==>. Acesso em: 29 ago. 2019.

ANS – AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. *Relatório descritivo do GT de planos acessíveis ANS*, 22 de agosto de 2017b. Disponível em: http://www.ans.gov.br/images/stories/noticias/pdf/VERSÃO_FINAL_RELATORIO_DESCRITIVO_GT_ANS_PROJETO_PLANO_DE_SAUDE_ACESSIVEL_FINAL_.pdf. Acesso em: 29 ago. 2019.

ANS – AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. Resolução Normativa ANS nº 438, de 3 dezembro de 2018a. Dispõe sobre a regulamentação da portabilidade de carências para beneficiários de planos privados de assistência à saúde, revoga a Resolução Normativa – RN nº 186, de 14 de janeiro de 2009, que dispõe sobre a regulamentação da portabilidade das carências previstas no inciso V do art. 12 da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, e sem a imposição de cobertura parcial temporária, e revoga os artigos 1º, 3º, 4º e 7º e o §2º do artigo 9º, todos da RN nº 252, de 28 de abril de 2011, que dispõe sobre as regras de portabilidade e de portabilidade especial de carências. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MzY1NA==>. Acesso em: 29 ago. 2019.

ANS – AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. Programa de qualificação de operadoras, 2018b. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/planos-de-saude-e-operadoras/informacoes-e-avaliacoes-de-operadoras/qualificacao-ans>. Acesso em: 11 jul. 2019.

ANS – AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. Resolução Normativa – RN nº 441, de 19 de dezembro de 2018c. Estabelece critérios para cálculo do reajuste máximo das contraprestações pecuniárias dos planos privados de assistência à saúde individuais ou familiares, médico-hospitalares, com ou sem cobertura odontológica, que tenham sido contratados após 1º de janeiro de 1999 ou adaptados à Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998. Disponível em:

http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/56126019/do1-2018-12-20-resolucao-normativa-rn-n-441-de-19-de-dezembro-de-2018-56125847. Acesso em: 11 jul. 2019.

ANS – AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE. Dados e indicadores do setor. 2019. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-e-indicadores-do-setor/integracao-e-ressarcimento-ao-sus>. Acesso em: 18 dez. 2019.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. O conceito de “relevância pública” na Constituição Federal de 1988. *Revista de Direito Sanitário*, v. 5, n. 2, p. 90-97, jul. 2004. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v5i2p90-97>.

ARROW, K., Uncertainty and the welfare economics of medical care, *The American Economic Review*, Pittsburgh, v. 53, n. 5, p. 941-973, 1963.

BAHIA, Ligia. Avanços e percalços do SUS: a regulação das relações entre o público e o privado. *Trabalho, Educação e Saúde*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, p. 159-170, 2006. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S1981-77462006000100010>.

BALDWIN, Robert; CAVE, Martin. *Understanding regulation: theory, strategy and practice*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

BODRA, Maria Eugênia Ferraz do Amaral. O contrato coletivo empresarial de assistência à saúde. In: COELHO, Fabio Ulhoa (Org.). *Tratado de direito comercial*. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 5, p. 452-483.

BRASIL. Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964. Dispõe sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias; cria o conselho monetário nacional e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 31 dez. 1964.

BRASIL. Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971. Define a Política Nacional de Cooperativismo, institui o regime jurídico das sociedades cooperativas, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 16 dez. 1971.

BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 24 jul. 1985.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Relatório final: 8ª Conferência Nacional de Saúde*, 14-21 mar. 1986. Brasília: MS, 1986. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/8_conferencia_nacional_saude_relatorio_final.pdf. Acesso em: 4 jan. 2020.

BRASIL. Senado Federal. Assembleia Nacional Constituinte. Ata da 1ª reunião (instalação) da Subcomissão de Saúde, Seguridade, e meio ambiente, realizada dia 7 de abril de 1987. Disponível em: http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/7b_Subcomissao_De_Saude,_Seguridade_E_Meio_Ambiente.pdf. Acesso em: 21 ago. 2018.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Senado: Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 7.1.2020.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 12 set. 1990a.

BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 20 set. 1990b.

BRASIL. Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 31 dez. 1990c.

BRASIL. Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. *Diário Oficial da União*, Brasília, Seção 1, p. 1, 4 jun. 1998.

BRASIL. Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 29 jan. 2000a.

BRASIL. Lei nº 3.327, de 5 de janeiro de 2000. Aprova o Regulamento da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 6 jan. 2000b.

BRASIL. Medida Provisória nº 2.177-44, de 24 de agosto de 2001. Altera a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos privados de assistência à saúde e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 28 ago. 2001.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 jan. 2002.

BRASIL. Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011. Regulamenta a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde - SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 29 jun. 2011.

BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2 dez. 2011b.

BRASIL. Lei nº 13.003, de 24 de junho de 2014. Altera a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, com a redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 24 de agosto de 2001, para tornar obrigatória a existência de contratos escritos entre as operadoras e seus prestadores de serviços. *Diário Oficial da União*, Brasília, 25 jun. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário RE nº 597.064 AgR-ED /RJ – Rio de Janeiro. Relator: Ministro Dias Toffoli. Pesquisa de Jurisprudência, 12 maio 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 5 jan. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1931/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 7 fev. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 5 jan. 2018.

CADE – CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Cadernos do CADE: mercado de saúde suplementar – condutas*. Brasília: DEE, 2015. http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/dee-publicacoes-anexos/copy_of_cadernos-do-cade-2013-mercado-de-saude-suplementar-condutas-2013-2015.pdf. Acesso em: 14 ago. 2019.

CADE – CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Cadernos do CADE: atos de concentração nos mercados de plano de saúde, hospitais e medicina diagnóstica*. Brasília: DEE, 2018. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/publicacoes-dee/cadernos-do-cade-atos-de-concentracao-nos-mercados-de-planos-de-saude-hospitais-e-medicina-diagnostica.pdf/view>. Acesso em: 13 ago. 2019.

CADE – CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Resolução nº 22, de 19 de junho de 2019. Aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-no-22-de-19-de-junho-de-2019/view>. Acesso em: 5 jan. 2020.

CARVALHO, Vinicius Marques de. As finalidades da defesa da concorrência: uma leitura a partir da ordem econômica constitucional. In: NUSDEO, Fábio (Coord.). *A ordem econômica constitucional*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019. p. 199-222.

CHANG, Ha-Joon. *The role of social policy in economic development*. Some theoretical reflections and lessons from East Asia. Geneva: United Nations Research Institute for Social Development, 2002. Disponível em: [http://unrisd.org/80256B3C005BCCF9/\(httpAuxPages\)/D7A4D3693E1D5EBDC1256C77003A0FBE/\\$file/chanlong.pdf](http://unrisd.org/80256B3C005BCCF9/(httpAuxPages)/D7A4D3693E1D5EBDC1256C77003A0FBE/$file/chanlong.pdf). Acesso em: 16 out. 2019.

CIRNE LIMA, Roy. *Princípios de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 1982.

CNJ – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução*. Relatório analítico propositivo. Brasília INSPER – Instituto de Ensino e Pesquisa, CEPEDISA – Centro de Estudos e Pesquisas em Direito Sanitário, 2019.

COASE, Ronald H. The problem of social cost. *Journal of Law and Economics*, Chicago, v. 3, p. 1-44, out. 1960. DOI: <https://doi.org/10.1086/466560>.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio e pareceres de direito empresarial, o indispensável direito econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

COSTA, T. A. D. *O Cálculo atuarial aplicado aos planos de saúde: aplicação aos dados da Cassi*. Brasília, 1999.

COUTINHO, Diogo R. *Direito e economia política na regulação de serviços públicos*. São Paulo: Saraiva, 2014.

COUTINHO, Diogo R. A MP da liberdade econômica e a mão invisível. *Jota, on-line*, 28 maio 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/regulacao/a-utopia-do-laissez-faire-28052019>. Acesso em: 28 outubro 2019.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Basta! Nenhuma Inconstitucionalidade é Conveniente! *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 19, n. 1, p. 7-10, mar.-jun. 2018. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v19i1p7-10>

DALLARI, Sueli Gandolfi, NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Direito Sanitário*. São Paulo: Ed. Verbatim, 2010.

DAROS, Raphaella Fagundes; GOMES, Rafael da Silveira; SILVA, Fabio Hebert da; LOPES, Tatiana Coelho. A satisfação do beneficiário da saúde suplementar sob a perspectiva da qualidade e integralidade, *Physis: Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 26, n. 2, p. 525-547, 2016. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0103-73312016000200010>.

DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel*. 3. ed. Paris: E. de Boccard, 1928.

FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. O conceito de “relevância pública” na Constituição Federal. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 5, n. 2, p. 77-89, jul. 2004. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v5i2p77-89>.

FLEURY, S. M. (Org.). *Saúde e democracia: a luta do Cebes*. São Paulo: Lemos, 1997.

FOSTER, Christopher. *Privatization, public ownership and regulation of natural monopoly*. Oxford: Blackwell, 1992.

FRANCO, Tulio Batista, MAGALHÃES Jr., Helvécio Miranda. Integralidade na assistência à saúde: a organização das linhas do cuidado. *In*: MERHY, Emerson Elias; MAGALHÃES JÚNIOR, Helvécio Miranda; RIMOLI, Josely; FRANCO, Túlio Batista; BUENO, Wanderley Silva (Org.). *O trabalho em saúde: olhando e experienciando o SUS no cotidiano*. 2. ed. São Paulo: HUCITEC, 2004.

FURQUIM DE AZEVEDO, Paulo; FÁGA DE ALMEIDA, Silvia; COSTA ITO, Nobuiuki; BOARATI, Vanessa; RAIZ MORON, Caroline; INHASZ, William; ROUSSET, Fernanda. *A cadeia de saúde suplementar no Brasil: avaliação de falhas de mercado e propostas de políticas*. São Paulo: INSUPER, 2016.

GALGANO, Francesco. *Il diritto privato fra codice e costituzione*. BOLONHA: Zanichelli, 1979.

GERSCHMAN, Silvia; UGÁ, Maria Alicia D.; PORTELA, Margareth; LIMA, Sheyla Maria Lemos. O papel necessário da Agência Nacional de saúde suplementar na regulação das relações entre operadoras de planos de saúde e prestadores de serviços. *Physis: Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 2, p. 463-476, 2012. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0103-73312012000200004>.

GRAU, Eros Roberto. Constituição e serviço público. *In*: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direito Constitucional Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides*. 1. ed., 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 249-267.

GRAU, Eros Roberto. O conceito de “relevância pública” na Constituição de 1988. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 5, n. 2, p. 68-76, jul. 2004. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v5i2p68-76>

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 19. ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2018.

IESS – INSTITUTO DE ESTUDO DE SAÚDE SUPLEMENTAR – IESS. Área temática. Modelos de remuneração de prestadores. 2019. Disponível em: https://www.iess.org.br/?p=area_tematica. Acesso em: 18 set. 2019.

IDEC – INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Planos Coletivos. 2019. Disponível em: <https://idec.org.br/planos-de-saude/planos-coletivos>. Acesso em: 18 set. 2019.

JOWETT, Matthew; KUTZIN, Joseph. *Raising revenues for health in support of UHC: strategic issues for policy makers*. Health Financing Policy Brief No. 1: World Health Organization. Geneva: WHO, 2015.

KILL, Astrid. What characterises the privately insured in universal health care systems? A review of the empirical evidence. *Health Policy*, v. 106, n. 1, p. 60-75, 2012. DOI: 10.1016/j.healthpol.2012.02.019.

LOBATO, Lenaura de Vasconcelos; GIOVANELLA, Lígia. Sistemas de saúde: Origens, Componentes e Dinâmica. *In*: GIOVANELLA, Lígia; ESCOREL, Sarah; LOBATO, Lenaura de Vasconcelos Costa; NORONHA, José Carvalho de;

CARVALHO, Antonio Ivo de. (Org.). *Políticas e sistema de saúde no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2012. p.107-140.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *As palavras e a lei*. Direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno. São Paulo: Ed.34/Edesp, 2004.

LOUGHLIN, Martin. What is constitutionalization? In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin. *The twilight of constitutionalism*. Oxford: Oxford University Press, 2010. Chapter 3, E-book.

MACHADO, Juliana Pires; MARTINS, Mônica; LEITE, Iuri da Costa. O mix público-privado e os arranjos de financiamento hospitalar no Brasil. *Saúde em Debate*, Rio de Janeiro, v. 39, n. especial, p. 39-50, dez. 2015. DOI: <https://doi.org/10.5935/0103-1104.2015S005245>.

MACKAAY, Ejan. History of law and economics. In: *Encyclopedia of Law and Economics Website*, 1999. Disponível em: www.encyclo.findlaw.com/tablebib.html. Acesso em: 10 jan. 2019.

MALTA, Deborah Carvalho; CECÍLIO, Luiz Carlos de Oliveira; MERHY, Emerson Elias; FRANCO, Túlio Batista; JORGE, Alzira de Oliveira; COSTA, Mônica Aparecida. Perspectivas da regulação na saúde suplementar diante dos modelos assistenciais. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 2, p. 433-444, 2004. DOI: <https://doi.org/10.1590/S1413-81232004000200019>.

MARQUES, Cláudia Lima; LOPES, José Reinado de Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Org.). *Saúde e Responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MATHAUER, Inke; KUTZIN, Joseph. Voluntary health insurance: potentials and limits in moving towards UHC. *Health Financing Policy Brief*, WHO – World Health Organization, n. 5, 2018, p. 1. Disponível em: <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/274317/WHO-HIS-HGF-PolicyBrief-18.5-eng.pdf?ua=1>. Acesso em: 30 out. 2019.

MATHAUER Inke; MATHIVET, Benoit; KUTZIN, Joseph. *Community based health insurance: How can it contribute to progress towards UHC?* WHO: Geneva, 2017.

McCRUDDEN, Christopher. *Social policy and economic regulators: some issues from the reform of utility regulation, regulation and deregulation*. Oxford: Oxford Clarendon, 1999.

MENDONÇA, Elvino de Carvalho; REIS, Marcel Stenner dos; MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. Fusões e aquisições, concentração industrial e a eficiência técnica: evidências empíricas para a indústria de transformação brasileira. In: ENCONTRO ANPEC, 2008. *Anais...* [s.l.]: ANPEC, 2008. Disponível em: www.anpec.org.br/encontro2008/artigos/200807211113060-.pdf. Acesso em: 02 jan. 2020.

MENESES, Consuelo Sampaio; CECÍLIO, Luiz Carlos de Oliveira; ANDREAZZA, Rosemarie; CARAPINHEIRO, Graça; ANDRADE, Maria da Graça Garcia;

SANTIAGO, Silvia Maria; ARAÚJO, Eliane Cardoso; SOUZA, Ana Lúcia Medeiros; REIS, Denizi Oliveira; PINTO, Nicanor Rodrigues da Silva; SPEDO, Sandra Maria. O agir leigo e a produção de mapas de cuidado mistos público-privados. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 6, p. 2013-2024, 2017. DOI: <https://doi.org/10.1590/1413-81232017226.14822016>.

MINHOTO, Laurindo Dias. Paradoxos da proteção jurídica da saúde. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 8, n. 3, p. 49-62, nov. 2007-fev.2008. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v8i3p49-62>.

MNOOKIN, Robert H.; KORNHAUSER, Lewis. Bargaining in the shadow of the law: the case of divorce. *Yale Law Journal*, v. 88, n. 5, p. 950-997, abr. 1979. DOI: <https://doi.org/10.2307/795824>.

MONTAÑO, Elisabete Lira Quelhas; TROCCOLI, Francisco Torres; FREITAS, Carolina Regina Teixeira de. Aproximação do setor público do setor privado visando o fortalecimento do SUS, Cadernos Iber-Americanos de Direito Sanitário, Brasília, v. 2, n. 2, p. 617-624, jul. /dez. 2013. DOI: 10.17566/ciads.v2i2.109

MOREIRA, Egon Bockmann. O artigo 175 da Constituição: a lógica econômica da prestação de serviços públicos. In: NUSDEO, Fábio (Coord.). *A ordem econômica constitucional*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 269-292.

OCKÉ-REIS, Carlos Octávio. *SUS: o desafio de ser único*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2012. DOI: <https://doi.org/10.7476/9788575415276>.

OCTAVIANI, Alessandro. Atuação do Estado em relação à economia dos seguros privados: pensando a partir de Eros Grau. In: COSTA, José Augusto Fontoura; ANDRADE, José Maria Arruda de; MATSUO, Alexandra Mery Hansen (Org.). *Direito: teoria e experiência – estudos em homenagem a Eros Roberto Grau*. São Paulo: Malheiros, 2013, v.1, p. 1211-1251.

OGUS, Anthony. *Regulation: legal form and economic theory*. Oxford: Oxford university Press, 1994.

OEA – ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana de Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 15 nov. 2019.

OEA – ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales – "Protocolo de san salvador", de 17 de novembro de 1988. Disponível em: http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm. Acesso em: 15 nov. 2019.

OECD – ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. *The OECD health project – private health insurance in OECD countries*. Paris: OECD, 2004.

OECD - – ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT; EUROSTAT; WHO – WORLD HEALTH ORGANIZATION. *A system of health accounts*: 2011 Edition. Geneva: OECD Publishing, 2011.

OECD – ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. Health Spending. 2019. Disponível em: <https://data.oecd.org/healthres/health-spending.htm>. Acesso em 15 nov. 2019.

ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 15 nov. 2019.

ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Adotado pela Resolução nº 2.200-A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966 e ratificada pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Econômicos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2019.

PAIM, Jairnilson Silva. *Reforma sanitária brasileira*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2008.

PAIM, Jairnilson; TRAVASSOS, Claudia; ALMEIDA, Celia; BAHIA, Ligia; MACINKO, James. O sistema de saúde brasileiro: história, avanços e desafios. 2011. *The Lancet*, on-line, p. 11-31, 2011. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/artigos/artigo_saude_brasil_1.pdf. Acesso em: 4 jan. 2020.

PASQUALOTO, A. A regulamentação dos planos e seguros de assistência à Saúde: uma interpretação construtiva. In: MARQUES, Cláudia Lima; LOPES, José Reinado de; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Org.). *Saúde e responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 55.

PINDYCK, Robert. S., RUBINFELD, Daniel L. Microeconomia. Tradução de Eleutério Prado, Thelma Guimarães e Luciana do Amaral Teixeira. 7. ed. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2010

PINHEIRO, Maria do Carmo Gomes; ROMERO, Luiz Carlos. Saúde como matéria de Direito Constitucional no Brasil, *Caderno Ibero-Americano de Direito Sanitário*, Brasília, v.1, n. 2, p. 47-71, jul.-dez. 2012. DOI: <https://doi.org/10.17566/ciads.v1i2.45>.

PINTO, Élide Graziane. Prestação de contas nos repasses ao terceiro setor reclama revisão profunda. *Consultor Jurídico*, 22 out. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-out-22/contas-vista-prestacao-repasses-terceiro-setor-requer-revisao-profunda>. Acesso em: 22 out. 2019

POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. Boston: Little Brown, 1972.

PLURALL. Ministro anuncia ideias para baratear planos de saúde, 23 ago. 2019. Disponível em: <http://plurall.com.br/plurall/ministro-anuncia-ideias-para-baratear-planos-de-saude/>. Acesso em: 27 ago. 2019.

PÓ, Marcos Vinicius Pó; ABRUCIO, Fernando Luiz. Desenho e funcionamento dos mecanismos de controle e accountability das agências reguladoras brasileiras: semelhanças e diferenças. *RAP – Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 40, n. 4, p. 679-98, jul.-ago. 2006. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0034-76122006000400009>.

PORTELA, Margareth Crisóstomo; LIMA, Sheyla Maria Lemos; FERREIRA, Vanja Maria Bessa; ESCOSTEGUY, Claudia Caminha; BRITO, Cláudia; VASCONCELLOS, Maurício Teixeira Leite de. Diretrizes clínicas e outras práticas voltadas para a melhoria da qualidade assistencial em operadoras de planos de saúde sob a perspectiva dos seus dirigentes no Brasil. *Caderno de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 24, n. 2, p. 253-266, 2008. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0102-311X2008000200004>.

PORTELA, Margareth Crisóstomo; LIMA, Sheyla Maria Lemos; UGÁ, Maria Alícia Dominguez; GERSCHMAN, Silvia; VASCONCELLOS, Maurício Teixeira Leite de. Estrutura e qualidade assistencial dos prestadores de serviços hospitalares. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 26, n. 2, p. 399-408, 2010. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0102-311X2010000200019>.

PREKER, Alexander S; Zweifel, Peter; Schellekens Onno P. *Global market place for private health insurance: strength in numbers*. Washington DC: World Bank, 2010. DOI: <https://doi.org/10.1596/978-0-8213-7507-5>.

PROSSER, Tony. *Law and the regulators*. Oxford: Oxford Clarendon, 1997.

REIS, Ademar Arthur Chioro; SÓTER, Ana Paula Menezes; FURTADO, Lumena Almeida Castro; PEREIRA, Silvana Souza da Silva. Tudo a temer: financiamento, relação público e privado e o futuro do SUS, *Saúde Debate*, Rio de Janeiro, v. 40, n. especial, p. 122-135, dez. 2016.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SAMPAIO, Tércio. A economia e o controle do Estado. *O Estado de S. Paulo*, 4 jun. 1989.

SANTOS, Isabela Soares. Evidência sobre o mix público-privado em países com cobertura duplicada: agravamento das iniquidades e da segmentação em sistemas nacionais de saúde. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 6, p. 2743-2752, 2011. DOI: <https://doi.org/10.1590/S1413-81232011000600013>.

SANTOS, Lenir, Região de saúde e suas redes de atenção: modelo organizativo-sistêmico do SUS. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 4, p. 1281-1289, 2017. DOI: <https://doi.org/10.1590/1413-81232017224.26392016>.

SARLET, Ingo. A Influência dos direitos fundamentais no direito privado: notas sobre a evolução brasileira. In: SALES, Gabrielle Bezerra; GONÇALVES, Camila Figueiredo Oliveira; CASTILHO, Natalia Martinuzzi (Org.). *A concretização dos direitos fundamentais na contemporaneidade*. 1. ed. Fortaleza: Boulesis Editora, 2016. p. 17-53.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 67, p. 125-172, 2008. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_coletanea_TAnia_10_04_09.pdf. Acesso em: 23 jul. 2019.

SATZ, Debra. *Why some things should not be for sale – the moral limits of markets*. New York: Oxford University Press, 2010. DOI: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780195311594.001.0001>.

SCHEFFER, Mário César (Coord.) Grupo de estudos sobre planos de saúde (GEPS – DMP/FM-USP). Disponível em: <https://sites.usp.br/geps/>. Acesso em: 13 jan. 2020.

SEN, Amartya. Why health equity? In: ANAND, Sudhir; PETER, Fabienne; SEN, Amartya. *Public health, ethics and equity*. New York: Oxford University Press, 2004, p. 21-33.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SESTELO, José Antônio de Freitas; SOUZA, Luis Eugenio Portela Fernandes de; BAHIA, Lígia. Saúde suplementar no Brasil: abordagens sobre a articulação público/privada na assistência à saúde. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 29, n. 5, p. 851-866, maio 2013. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0102-311X2013000500004>.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 798, p. 23-50, 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

THOMSON, Sarah; MOSSIALOS, Elias. *Private health insurance in the European Union*. Brussels: European Commission, 2009.

TRETTEL, Daniela Batalha. *Planos de saúde e envelhecimento populacional: um modelo viável?* 2015. 131 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

UGÁ, Maria Alicia; VASCONCELLOS, Miguel Murat; LIMA, Sheyla Maria Lemos; PORTELA, Margareth Crisóstomo; GERSCHMAN, Silvia. Mecanismos de microrregulação aplicados por operadoras de planos de saúde sobre hospitais privados. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 43, n. 5, p. 832-838, 2009. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0034-89102009005000053>.

VIACAVA, Francisco; OLIVEIRA, Ricardo Antunes Dantas de; CARVALHO, Carolina de Campos; LAGUARDIA, Josué; BELLIDO, Jaime Gregório. SUS: oferta, acesso e utilização de serviços de saúde nos últimos 30 anos. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 23, n. 6, p. 1751-1762, 2018.

VIANA, Ana Luiza D'Avila; BOUSQUAT, Aylene; PEREIRA, Ana Paula Chancharulo de M.; UCHIMURA, Liza Yurie Teruya; ALBUQUERQUE, Mariana Vercesi de; MOTA, Paulo Henrique dos Santos; DEMARZO, Marcelo Marcos Piva; FERREIRA, Maria Paula. *Saúde e Sociedade*, São Paulo, v. 24, n. 2, p. 413-422, 2015. DOI: <https://doi.org/10.1590/1413-81232018236.06022018>.

VIEIRA Junior, Wilson Marques; MARTINS, Monica. Idosos e planos de saúde no Brasil: análise das reclamações recebidas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 12, p. 3817-3826, dez. 2015. DOI: <https://doi.org/10.1590/1413-812320152012.11082014>.

WERNECK, Heitor Franco. Os seguros privados de saúde no Brasil: uma análise taxonômica a partir da OCDE. Rio de Janeiro: Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, 2010. (Textos para Discussão nº 02). Disponível em: http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Materiais_por_assunto/ProdEditorialANS_Textos_para_discussao_02.pdf. Acesso em 24 out. 2019.

WHO – WORLD HEALTH ORGANIZATION. *The Constitution of the World Health Organization*, opened for signature July 22, 1946, 62 Stat. 2679, 14 U.N.T.S. 186. Geneva: WHO, 1946.

WHO – WORLD HEALTH ORGANIZATION. *World health report 2010*. Health systems financing. The path to universal coverage. Geneva: WHO, 2010.

WHO – WORLD HEALTH ORGANIZATION. Constitution, 2018a. Disponível em: <http://www.who.int/about/who-we-are/en/>. Acesso em: 26 jun. 2018.

WHO – WORLD HEALTH ORGANIZATION. Social Determinants – About, 2018b. Disponível em: http://www.who.int/social_determinants/about/en/ Acesso em: 26 jun. 2018

WHO – WORLD HEALTH ORGANIZATION. About WHO. Constitution of WHO. Principles. 2018c. Disponível em: <http://www.who.int/about/mission/en/>. Acesso em: 29 mar. 2018.

WHO – WORLD HEALTH ORGANIZATION. WHO Health Workforce, 2019. Disponível em: https://www.who.int/health-topics/health-workforce#tab=tab_1. Acesso em 24 out. 2019.