

Ministério da Saúde
Fundação Oswaldo Cruz
Escola Nacional de Saúde Pública - ENSP



**“O modelo de Agência Reguladora e a ANS:
construção do regime regulatório na saúde suplementar”**

por

Maria Thereza Carolina de Souza Gouveia

Dissertação apresentada para a obtenção do título de Mestre em Saúde Pública,
modalidade Profissional, na área de concentração Regulação em Saúde

Orientador: Prof. Dr. Nilson do Rosário Costa

Rio de Janeiro, maio de 2004

**O modelo de Agência Reguladora e a ANS:
construção do regime regulatório na saúde suplementar**

Dissertação apresentada à Escola Nacional de Saúde Pública, da Fundação Oswaldo Cruz, como pré-requisito para a obtenção do título de Mestre em Saúde Pública, na área de concentração Regulação em Saúde

31 de maio de 2004

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Nilson do Rosário Costa – Doutor em Planejamento Urbano e Regional
Instituição: Escola Nacional de Saúde Pública – ENSP

Professor Carlos Ari Sundfeld – Doutor em Direito Administrativo
Instituição: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Professor José Mendes Ribeiro – Doutor em Saúde Pública
Instituição: Escola Nacional de Saúde Pública – ENSP

A Nanda, Beto, Yuri e Yan, apenas em ordem cronológica, maior razão de meu sorriso.

AGRADECIMENTOS

Como um microcosmo da vida, o processo de elaboração deste estudo envolveu, sobretudo, escolhas, a começar pelas pessoas aqui mencionadas, pois este inventário de agradecimentos é permeado por angústias e um constante receio da injustiça de ter faltado à lembrança alguém que, ainda que não percebesse, colaborou para o resultado deste trabalho. Sendo assim, agradeço, de antemão, a todos os que estão e que se fazem presentes em meu dia-a-dia e em minha memória.

Aos coordenadores deste “programa piloto” pela ENSP/FIOCRUZ, Professores Carlos Gadelha, José Mendes Ribeiro e Nilson do Rosário Costa, pelo empenho, compromisso e frutíferos debates em sala de aula. Também à EPGE/FGV, pela condução ciosa de um Mestrado/MBA compartilhado.

Ao Professor Nilson agradeço também a orientação, materializada em conversas tão profícuas, e aos Professores José Mendes Ribeiro e Carlos Ari Sundfeld, pela gentileza em atender prontamente ao convite de participar da banca examinadora.

À Maria Stella Gregori, pela oportunidade, pelo convívio, pela inspiração para este trabalho e por tantas outras coisas que podem ser resumidas no fato de ela contrariar, com o charme que lhe é peculiar, as maledicências que se costuma dizer sobre chefes.

À Anna Samico, pelo fiel e valoroso exemplo do que seja o signo lingüístico “servidor público”, isso sem falar no estímulo, nos espaços de aprendizagem, no crédito e no apoio incondicional.

À ANS e aos colegas da DIFIS, pela troca contínua e, em particular, aos amigos Fabrício Neves, Roberta Madeira e Mercedes Schumacher, pelos ouvidos incansáveis às minhas divagações e respostas sempre oportunas, e ao ex-colega, mas sempre amigo, Celso Corrêa, por seus valiosos subsídios. Também à Lêda, Lúcia, Kátia, Marcelo Artur, Wladimir e Ivanildo, pelo aporte logístico e, por muitas vezes, psicológico.

À equipe da biblioteca da FGV e à Mônica Reis, da ENSP, cuja simpatia e eficiência no auxílio prestado foram fundamentais para a elaboração deste trabalho.

Aos colegas do Mestrado e, notadamente, ao “G6”: Ângela Araújo, Luciana Silveira, Alexandre Nogueira, Hélio Cruz e Olavo Salles, pelas amizade e parceria tecidas durante esses dois anos e pelos aprazíveis “domingos na Lulu”, compartilhando conhecimentos e comungando idéias. Ao Olavo e Alexandre, também pela paciência infinita em me fazer entender questões rudimentares de análise econômico-financiera e, mais do que isso, pelas memoráveis caronas.

Ao IBAM, por ter me feito compreender o melhor sentido de Estado, cidadania e políticas públicas. E aos amigos que lá encontrei, em especial Maria Velloso, amiga de fé; Adriana Loyola, pela alegria do reencontro na ANS e agora na DIFIS; Nelson Garcia dos Santos, pela despreziosa conversa que levou às primeiras reflexões sobre este estudo; e Marcos Flávio R. Gonçalves, com quem sempre tenho algo a aprender, por seu traço impresso neste estudo e em minha história.

À Professora Maria Emília Barcellos da Silva, por ter me ensinado que a palavra é o instrumento mais efetivo de libertação e os dicionários, verdadeiros reinos encantados.

À Cláudia Amorim e Patrizia Martucci, ou melhor, Din e Patty, irmãs por escolha, tão distantes e tão perto de mim, pela mão amiga de todas as horas e pela que se faz presente neste trabalho.

À Thereza Cristina, a Dinda meio irmã, meio mãe, por seu carinho e compreensão dos motivos de minha ausência.

Ao meu pai, José Lira Gouveia (*in memoriam*), pela trajetória que sonhou para mim.

E à minha mãe, Nilcy Souza, por ter me ensinado como e por onde caminhar.

O Estado deve fazer o que é útil. O indivíduo deve fazer o que é belo.

Oscar Wilde

RESUMO

Este estudo visa desenvolver uma análise sobre o regime regulatório brasileiro, com enfoque sobre o mercado operador de planos privados de assistência à saúde e o papel da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS como ente regulador. Como pano de fundo tem-se a arquitetura constitucional projetada para o sistema de saúde brasileiro, que, ao tempo em que consagra o Sistema Único de Saúde - SUS, permite sua coexistência com uma assistência considerada atividade livre à iniciativa privada, incorporando um *mix* entre o público e o privado no financiamento da atenção à saúde. O trabalho se estrutura sobre três eixos temáticos: a organização dos serviços de assistência à saúde no país, as relações entre Estado e mercado e o marco regulatório da saúde suplementar. Quanto ao primeiro tema, faz-se a revisão da literatura para identificar a diferença entre serviço público e atividade econômica, de modo a melhor conhecer os papéis dos setores público e privado na conformação da assistência à saúde, bem como se aborda o processo de formação e estrutura do mercado de saúde suplementar, com ênfase sobre suas falhas e especificidades. No outro campo, procura-se situar, em âmbito teórico, o grau de intervenção do Estado na ordem econômica e quais os modelos institucionais adotados para a consecução desse papel, partindo das autarquias tradicionais às agências reguladoras independentes trazidas no bojo da Reforma do Aparelho do Estado. Em um terceiro vértice, interessa conhecer a moldura jurídico-institucional da regulação da saúde suplementar, incluindo a recuperação de aspectos históricos que levaram à decisão política pela intervenção do Estado sobre essa atividade após um espaço de dez anos da normatização do SUS. Ao final é realizado um exame comparado sobre desenho institucional e ferramentas utilizadas no regime regulatório de mercados setoriais, para se verificar quais os possíveis fatores que teriam influenciado a anatomia institucional da ANS e a formação de uma *expertise* administrativa que deu base aos primeiros movimentos do processo de regulação no mercado de planos de saúde.

Palavras-chave: mercado de assistência à saúde; planos de saúde; regulação governamental; inovação organizacional.

ABSTRACT

The goal of the present study is to analyze the Brazilian regulatory system regarding the health care insurance market and the role of the National Health Agency (ANS) as the regulatory entity. The study is anchored in the Brazilian Federal Constitution as the main pillar of the health care legislation, allowing the coexistence of both public (SUS) and private health care systems. Thus, the Brazilian health care system is a mixed structure combining publicly and privately sponsored institutions. This work is composed by three main topics: the organization of health care services in Brazil, the relationship between Government and the market and the regulatory landmark the of health care insurance market. The first topic relates to the differences between the public service and the insurance market in order to better understand how they both shape the health care system. Furthermore, this first portion of the study is dedicated to the process of development of the Brazilian health insurance market, looking at its failures and specificities. The second subject focuses on the level of Government intervention in the economy and the institutional models adopted to this end, which range from the traditional autarchies to the independent regulatory agencies created in the event of the State legislative reform. The last topic approaches the legal framework around the health care regulation, taking into account the historical facts that led to the Government's decision to intervene in the health care private system ten years after SUS normalization. Lastly, a comparative analysis of regulatory tools and various institutional models is taken into effect to verify the basis for the creation of ANS and the first administrative steps taken towards the regulation of the health care system.

Key-words: health care sector; health plans; government regulation, organizational innovation.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 - Gastos com saúde segundo fontes de recursos	23
Gráfico 2 - Evolução da despesa do INAMPS com o setor privado contratado (1981-1989)	35
Gráfico 3 - Operadoras por região	46
Gráfico 4 - Beneficiários por região	46
Gráfico 5 - Distribuição de beneficiários por tipo de plano	52
Gráfico 6 - Distribuição de beneficiários por tipo de contrato	54
Gráfico 7 - Ressarcimento ao SUS	137

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 - Número de operadoras por forma de organização societária	45
Tabela 2 - Número de beneficiários por modalidade de operadoras	47
Tabela 3 - Número de beneficiários por segmentação do plano	53
Tabela 4 - Consultas e denúncias de consumidores recebidas pelo Disque ANS (2001-2004)	60
Tabela 5 - Planos de recuperação	136
Tabela 6 - Processos julgados pela Diretoria de Fiscalização	138

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 - Falhas dos modelos por estatização ou por delegação	70
Quadro 2 - Setores do Estado e formas de propriedade	82
Quadro 3 - Comparativo entre autarquias com funções de regulação	148

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADIn -	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AIS -	Ações Integradas de Saúde
AMB -	Associação Médica Brasileira
ANATEL -	Agência Nacional de Telecomunicações
ANEEL -	Agência Nacional de Energia Elétrica
ANP -	Agência Nacional do Petróleo
ANS -	Agência Nacional de Saúde Suplementar
ANVISA -	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
BACEN -	Banco Central do Brasil
CADE -	Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência
CAP -	Caixa de Aposentadorias e Pensões
CASSI -	Caixa de Assistência aos Funcionários do Banco do Brasil
CID -	Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde
CMN -	Conselho Monetário Nacional
CNPE -	Conselho Nacional de Política Energética
CNS -	Conselho Nacional de Saúde
CNSP -	Conselho Nacional de Seguros Privados
CONASEMS -	Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde
CONASP -	Conselho Consultivo da Administração da Saúde Previdenciária
CONASS -	Conselho Nacional de Secretários Estaduais de Saúde
CONSU -	Conselho de Saúde Suplementar
CRF -	Constituição da República Federativa do Brasil
CRSFN -	Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional
CRSNSP -	Conselho de Recursos do Sistema Nacional de Seguros Privados, de Previdência Privada Aberta e de Capitalização
CVM -	Comissão de Valores Mobiliários
DASP -	Departamento de Administração do Serviço Público
DESAS -	Departamento de Saúde Suplementar
DIOPS -	Documento de Informações Periódicas das Operadoras de Planos de Assistência à Saúde

DNAEE -	Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica
DNC -	Departamento Nacional de Combustíveis
FAS -	Fundo de Apoio ao Desenvolvimento Social
FISTEL -	Fundo de Fiscalização das Telecomunicações
FGC -	Fundo Garantidor de Crédito
<i>HMO -</i>	<i>Health Maintenance Organization</i>
GEAP -	Grupo Executivo Assistência Patronal
IAP -	Instituto de Aposentadorias e Pensões
IAPI -	Instituto de Aposentadoria e Pensão dos Industriários
INAMPS -	Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social
INPS -	Instituto Nacional de Previdência Social
LGT -	Lei Geral de Telecomunicações
LOS -	Lei Orgânica da Saúde
LOPS -	Lei Orgânica da Previdência Social
MARE -	Ministério da Administração e Reforma do Estado
<i>NHS -</i>	<i>National Health System</i>
NOAS -	Norma Operacional da Assistência à Saúde
NOB/SUS -	Norma Operacional Básica do Sistema Único de Saúde
OGU -	Orçamento Geral da União
P&D -	Pesquisa e Desenvolvimento
PIB	Produto Interno Bruto
PROER -	Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Fortalecimento do Sistema Financeiro Nacional
RAET -	Regime de Administração Especial Temporária
RDC -	Resolução de Diretoria Colegiada
RN -	Resolução Normativa
S.A. -	Sociedade Anônima
SADT -	Serviços de Apoio a Diagnóstico e Tratamento
SNDC -	Sistema Nacional de Defesa do Consumidor
STF -	Supremo Tribunal Federal
SUDS -	Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde
SUMOC -	Superintendência da Moeda e do Crédito
SUS -	Sistema Único de Saúde
SUSEP -	Superintendência de Seguros Privados
TUNEP -	Tabela Única Nacional de Equivalência de Procedimentos

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
CAPÍTULO I - SISTEMA BRASILEIRO DE SAÚDE	18
1.1. SAÚDE PÚBLICA x ASSISTÊNCIA À SAÚDE	20
1.2. NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO E SUA APLICAÇÃO NO SETOR SAÚDE	26
1.3. HIBRIDISMO DO PÚBLICO-PRIVADO NA ASSISTÊNCIA À SAÚDE	29
CAPÍTULO II - EVOLUÇÃO DO MERCADO DE SAÚDE SUPLEMENTAR NO BRASIL	
2.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS	39
2.2. ESTRUTURA ATUAL DO MERCADO	44
2.2.1. <u>Agentes Regulados</u>	46
2.2.2. <u>Produtos Regulados</u>	50
2.3. ESPECIFICIDADES E FALHAS DO MERCADO	55
CAPÍTULO III - REGIME REGULATÓRIO BRASILEIRO	
3.1. INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ATIVIDADE ECONÔMICA	66
3.1.1. <u>A Regulação</u>	68
3.2. DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO CONTEMPORÂNEO	73
3.2.1. <u>Mutações do Papel do Estado na Economia Brasileira</u>	76
3.2.2. <u>A Reforma do Aparelho do Estado</u>	78
3.2.3. <u>As Agências Reguladoras</u>	83
CAPÍTULO IV - COMPETÊNCIA DOS ENTES PÚBLICOS NA REGULAÇÃO SETORIAL	93
4.1. AS AUTARQUIAS TRADICIONAIS COM FUNÇÕES DE REGULAÇÃO	96
4.1.1. <u>O Banco Central do Brasil</u>	98
4.1.2. <u>A Comissão de Valores Mobiliários</u>	101
4.1.3. <u>A Superintendência de Seguros Privados</u>	103
4.2. AS AGÊNCIAS REGULADORAS DE PRIMEIRA GERAÇÃO	106
4.2.1. <u>A Agência Nacional de Telecomunicações</u>	107
4.2.2. <u>A Agência Nacional de Energia Elétrica</u>	110
4.2.3. <u>A Agência Nacional do Petróleo</u>	112
4.3. A REGULAÇÃO NO SETOR SAÚDE	114

4.3.1. <u>Agência Nacional de Vigilância Sanitária</u>	114
CAPÍTULO V - MARCO REGULATÓRIO DA SAÚDE SUPLEMENTAR	118
5.1. O PROCESSO LEGISLATIVO DA LEI Nº 9.656, DE 1998	119
5.2. A COMPETÊNCIA REGULATÓRIA NA SAÚDE SUPLEMENTAR: FAZENDA X SAÚDE	124
5.3. A AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR	128
5.3.1. <u>Grau de Autonomia e Competências Normativas</u>	132
5.3.2. <u>Primeiros Ciclos do Processo Regulatório</u>	134
5.3.3. <u>Novas Tendências para a Regulação do Setor</u>	136
CONSIDERAÇÕES FINAIS	146
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	151

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa de 1988 consagrou a expressão “saúde é direito de todos e dever do Estado” ao garantir ao cidadão, nos termos de seu art. 196, o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Sucedeu que a mesma Constituição também estatuiu ser a assistência à saúde livre à iniciativa privada, mas atividade de relevância pública de tal ordem que permite ao Estado dispor, nos termos da lei, sobre a regulamentação, fiscalização e controle das ações e serviços dessa natureza.

Foi sob essa inspiração constitucional que se fundamentou a discussão, no Congresso Nacional, do Projeto de Lei nº 4.425, de 1994, que levou à edição da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, a qual impôs uma nova moldura jurídica para a operação dos planos de saúde. Esta revela as especificidades de uma relação triangular de consumo que envolve, ao menos, três atores: operadoras, provedores de serviço e consumidores.

Assim é que a normatização do mercado de saúde suplementar surge dez anos após a promulgação da Constituição, quando o SUS já apresentava importantes marcos em seu processo de construção: a Lei Orgânica da Saúde e a Lei nº 8.142, ambas editadas em 1990, a extinção do INAMPS, em 1991, com a transferência da assistência médica da Previdência para o Ministério da Saúde, e a publicação das Normas Operacionais Básicas.

A partir do marco regulatório da saúde suplementar, passou-se a chamar as operadoras à responsabilidade pela manutenção e qualidade da atenção à saúde prestada. Deve-se frisar que a Lei nº 9.656, de 1998, não trata apenas das relações contratuais de consumo no setor saúde; cuida, em especial, de determinados aspectos do funcionamento desse mercado, buscando minimizar suas falhas, como assimetria de informações entre consumidores, operadoras e provedores de serviços, além de desenhar mecanismos que preservem seu equilíbrio sistêmico tanto em termos de sustentabilidade, quanto de competitividade.

É de se registrar que a regulação desse setor, de maneira diversa da que ocorre no regime regulatório das *utilities*, tem como peculiaridade o fato de se tratar de um mercado erigido pela iniciativa privada, em plena atividade há cerca de 40 anos e com suas ineficiências intimamente ligadas aos processos de formação e financiamento da atenção à saúde no país.

Sem regulamentação específica, assistiu-se a um crescimento desordenado de planos de assistência à saúde, o que passou a ser alvo de preocupação dos agentes públicos na década de 90, quando se percebeu a necessidade de intervenção estatal sobre a atuação dessas entidades, e culminou na edição da Lei nº 9.656, de 1998.

O marco regulatório, no entanto, não se limitou à edição de regras especiais para monitorar essa atividade. No plano político-institucional, optou-se pela criação de uma agência reguladora, a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, dotada de autonomia funcional e independência decisória não só para afastar o desgaste da burocracia tradicional, mas, principalmente, para assegurar atuação técnica, protegida de ingerências políticas e pautada apenas na Constituição e nas leis pertinentes, dado que as opções de ordem política foram preestabelecidas.

O presente trabalho tem por objetivo realizar um estudo analítico dos marcos legais do desenvolvimento do regime regulatório brasileiro no mercado operador de planos privados de assistência à saúde, bem como investigar o papel da ANS na agenda do setor.

Para desenvolver o tema, inicia-se pela abordagem do sistema de saúde brasileiro, a partir da análise da ordem constitucional em vigor quanto às políticas de saúde e da revisão da literatura correspondente, o que permitirá avaliar a interface entre setor público e iniciativa privada no campo da assistência à saúde. Isso porque é fato que a expansão dos serviços privados, aliada à própria configuração das políticas de saúde orientadas, até a Reforma Sanitária, para uma medicina individual e curativa, apontam para a configuração atual do sistema, cuja composição se revela híbrida entre público e privado na assistência à saúde.

A evolução do mercado de saúde suplementar e sua estrutura atual são os tópicos tratados em seguida, onde se destacam os agentes e produtos que o compõem e se apontam as principais falhas e especificidades que justificam a intervenção do Estado.

O terceiro capítulo dá ênfase ao regime regulatório brasileiro, em particular a interferência estatal na atividade econômica, com enfoque sobre os modelos institucionais que foram dotados ao Aparelho do Estado para a consecução dessa tarefa, bem como o papel da regulação nesse contexto. Trata também da opção política pela Reforma do Aparelho do Estado e da inserção das agências reguladoras no Brasil. Aqui, suas características gerais e peculiaridades são avaliadas.

Passa-se, então, à análise da legislação reitora dos principais entes autárquicos responsáveis pela regulação de mercado, com o fito de dimensionar o desenho institucional da ANS como órgão regulador. Entre as autarquias tradicionais, mas com funções regulatórias, situam-se o Banco Central do Brasil, a Comissão de Valores Mobiliários e a Superintendência de Seguros Privados. O enfoque sobre tais autarquias, muito embora não possuam características de agência independente, com os contornos assumidos após a Reforma do Aparelho do Estado, permitirá verificar se há pontos de tangência entre o espectro de atuação desses entes reguladores e o da ANS. Já em relação às autarquias especiais, focam-se apenas as que antecederam a criação da ANS, ou seja, a Agência Nacional de Telecomunicações, a Agência Nacional de Energia Elétrica, a Agência Nacional do Petróleo e a Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

Nessa esteira, deseja-se demarcar a distinção entre a regulação de infra-estrutura, que deu ensejo às chamadas agências de primeira geração, incumbidas do controle e do acompanhamento dos contratos de concessão após a privatização, e a regulação de atividade econômica privada. Esta, por incidir sobre um regime de economia liberal constitucionalmente assegurado, deve buscar a sintonia fina entre os princípios da livre iniciativa, concorrência e exercício da propriedade e a competência normativa e o poder do Estado de restringir uso e gozo de bens e atividades em benefício da coletividade.

Em relação à ANVISA, muito embora não seja considerada agência reguladora do setor de infra-estrutura, um exame comparativo se justifica não só por conta da afinidade temática, como também pela distinção quanto ao foco da regulação. A ANS regula um mercado setorial delimitado, ao passo que a regulação pela ANVISA não está direcionada para uma atividade econômica específica por abranger quaisquer produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública.

O último capítulo se destina a identificar as razões que levaram o Congresso Nacional, ainda que fortemente influenciado pelo Executivo, a optar pela regulação a intermediação privada dos serviços de assistência à saúde, atividade esta de inquestionável natureza econômica. Após isso, procura-se fazer um mapeamento das competências normativas da ANS na regulação do mercado de saúde suplementar, bem como das dimensões do processo regulatório após a instalação da Agência, como barreiras de entrada e de saída, proteção ao consumidor e qualidade da prestação dos serviços de atenção à saúde, apontando-se as possíveis tendências para a regulação do setor.

A metodologia de trabalho a ser adotada é descritiva e bibliográfica. Serão utilizados recursos de pesquisa disponíveis na literatura e na legislação sobre setor saúde, Reforma do Estado e regulação, incluindo consulta a bancos de dados.

No que diz respeito aos marcos legais em especial, serão analisadas as leis que criaram as mencionadas autarquias com função reguladora, assim também consideradas as agências independentes.

As Medidas Provisórias que alteraram a Lei nº 9.656, de 1998, servirão de fonte para se abordar a evolução da arquitetura institucional projetada para a regulação do mercado de saúde suplementar, inclusive no tocante aos aspectos de competência normativa e fiscalizadora que culminou na criação da ANS e de sua consolidação como uma agência reguladora de mercado setorial.

CAPÍTULO I - SISTEMA BRASILEIRO DE SAÚDE

Fruto da evolução político-institucional brasileira, os anos 80 assistiram a transformações profundas no sistema de saúde, capitaneadas pelo Movimento da Reforma Sanitária, agente de papel histórico na constituição de um novo referencial para os sistemas de proteção social, que culminou na consagração da seguridade social pela Constituição da República Federativa de 1988. Evidencia-se, assim, a preocupação dos *police makers* em ampliar os horizontes de cobertura de todos os riscos sociais, sob forte influência do *welfare*, fazendo surgir, no cenário jurídico-político brasileiro, a noção de direito social universal, entendido como um atributo da cidadania sem qualificações, ao qual deve corresponder uma ação estatal constitutiva da oferta de serviços que lhe são inerentes (FAVARET FILHO e OLIVEIRA, 1990).

A chamada “Constituição Cidadã” veio coroar a inserção de avanços significativos no campo da proteção social. Aos ideais clássicos de liberdade e de igualdade se agregou a concepção da solidariedade social. Privilegiou-se, com efeito, uma categoria de direitos extrapatrimoniais e se afirmou a preponderância do coletivo sobre o individual.

O Texto Constitucional de 1988 elegeu a dignidade da pessoa humana, o valor social do trabalho e da livre iniciativa, a redução das desigualdades e a função social da propriedade como fundamentos programáticos que norteiam todas as relações entre o Estado e o cidadão (arts. 1º a 4º), impondo a todos o ônus de tornar a sociedade mais justa (NEGREIROS, 2002). Também erigiu os Direitos Sociais à categoria de garantia fundamental do cidadão (arts. 6º a 11), conferiu à Ordem Social maior destaque e sistematização, destinando-lhe título específico (Título VIII) e concebeu a Seguridade Social com uma acepção mais ampla, ao compreender três sistemas de proteção, ordenados individualizadamente, mas que caminham de forma integrada: a saúde, a previdência e a assistência social (art. 194).

A Seguridade Social não mais se toma por seguro social, eis que este, como esclarece CORDEIRO (1991), decorre de um regime contributivo por parte do segurado inscrito no sistema, ao passo que a Seguridade dá acesso aos cidadãos, de forma universal, aos programas protetivos garantidos pelo Estado. Assim é que, à exceção da previdência

social, que se estrutura sobre um modelo contraprestacional de seus participantes, a assistência social e a saúde constituem direito público subjetivo de todo cidadão.

A Seguridade rege-se pelos princípios da universalidade da cobertura e do atendimento; da igualdade e equivalência dos benefícios e serviços e da seletividade e distributividade na sua prestação; da gestão democrática e descentralizada; e da solidariedade financeira para seu custeio (arts. 194 e 195). Tem-se, assim, que a saúde se constitui em um dos três sistemas que compõem a Seguridade Social brasileira, deixando de ser enquadrada como um programa da Previdência Social. Configura um direito social básico, fundada nos princípios da universalidade, equidade e integralidade e amplamente protegida pela ordem constitucional. É a saúde 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 (art. 196). Nesse sentido, as políticas públicas na área de saúde devem proporcionar o acesso a todos os cidadãos, propiciando a redução de desigualdades e não podendo criar quaisquer distinções.

É clara a preocupação do constituinte em forjar um elo entre saúde e cidadania, sendo esta um dos principais vetores das políticas públicas. Observe que o tema *saúde* percorre diversos pontos da Carta Constitucional. É ela expressamente declarada um direito social (art. 6º, *caput*) e considerada uma garantia no âmbito das relações de trabalho (art.7º, XXII).

As diretrizes para a condução das políticas de saúde passam a envolver não só os níveis nacionais, como os subnacionais de governo. A Lei Maior cuidou de fixar competências administrativas comuns e normativas concorrentes,¹ para a União, Estados e Municípios, com vistas a dar consecução às políticas públicas de saúde (arts. 23, II e 24, XII), figurando o Município como principal responsável pela provisão da atenção à saúde (art. 30, VII). Ditou também sua forma de financiamento (arts. 165, III; 167, IV; 195; 198, §§ 1º ao 3º; e 212, § 4º) e, aliado ao paradigma da redução de desigualdades, determinou a adoção de programas particularmente voltados para crianças, adolescentes, idosos e portadores de necessidades especiais (arts. 208, VII; e 227, §1º).

Diante de tais diretrizes, parece não restar dúvida de que o sistema de saúde proposto seguiu o modelo universalista, como indica o art. 196 da Constituição. O financiamento

público dos serviços de saúde é suportado por toda a sociedade, afastando qualquer regime contributivo para os serviços de saúde. Figura o Estado como o agente garantidor das ações e serviços de saúde.

Sucedeu, entretanto, que a mesma Constituição não considerou os serviços e o financiamento da atenção à saúde um monopólio estatal, na medida em que devem ser executados “diretamente ou através de terceiros”, uma vez que “a assistência à saúde é livre à iniciativa privada” (CRF, arts. 197 e 199), permitindo, assim, a coexistência do Sistema Único com um mercado privado de saúde, na época já bem estruturado.

Com efeito, o desenho constitucional para o sistema brasileiro de saúde deixa incorporar certa dualidade, oscilando entre o financiamento público e o privado. De um lado, voltou-se para todos os cidadãos, de forma gratuita, universal e igualitária, financiado por toda a sociedade e que, por essa razão, não admite cobrança pontual pelos serviços de saúde. Mas, por outro lado, ofereceu o legislador constituinte uma saída para o mercado, ou melhor, deixou uma porta aberta para que os arranjos privados de financiamento da saúde coabitassem com o SUS, como um subsistema paralelo, dirigido àqueles que podem ou desejam contratar, individual ou coletivamente, a intermediação dos serviços de saúde pela via do empresariamento da medicina. Talvez não pudesse ser diferente, pois a arquitetura constitucional do sistema de saúde brasileiro, de um lado universalista e, de outro, meritocrática, espelha a trajetória que a medicina projetou nos últimos 50 anos, inviabilizando qualquer ruptura radical com os velhos estamentos.

O Movimento Reformista, em que pese a inquestionável conquista cunhada na expressão constitucional “saúde é direito de todos e dever do Estado”, não conseguiu sufocar as costuras historicamente tecidas pelo setor médico empresarial com a burocracia e com as instâncias decisórias.

1.1. SAÚDE PÚBLICA X ASSISTÊNCIA À SAÚDE

Para melhor situar o objeto de estudo do presente trabalho, faz-se imperativo elucidar algumas distinções sobre o escopo da atenção à saúde.

A definição de *saúde* apresentada pela Organização Mundial de Saúde é “um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência da doença ou enfermidade”² e, com esse mesmo espírito, a Declaração Universal dos Direitos Humanos preconiza o direito à saúde, ao dizer, em particular, que toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde e bem-estar.³

Inspirada em tais valores, a Constituição de 1988 enunciou ser a saúde “direito de todos e dever do Estado”, não se limitando, em seu escopo, à assistência médico-hospitalar, mas tomando a *saúde* em uma acepção mais geral, pois, segundo CARVALHO e SANTOS (1992:36), engloba os seguintes “elementos constitutivos essenciais: atividade preventiva e serviços assistenciais; produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos de interesse para a saúde; teor nutricional dos alimentos; meio ambiente; saneamento básico; formação de recursos humanos; vigilância sanitária; vigilância epidemiológica e saúde do trabalhador (art. 200 da CRF e arts. 5º e 6º da LOS)”.

Pode parecer evidente, em um primeiro momento, que a dimensão da saúde não possa ser vista de forma reducionista, tomada por apenas um dos veios de suas ações e serviços, que é o campo da assistência à saúde, mas essa percepção é consequência inexorável da evolução do modelo assistencial implantado no Brasil, que, como anota FELICIELLO (1992), estruturou-se sobre a dicotomia entre saúde pública e medicina previdenciária.

NORONHA e LECOVITZ (1994) mostram que os serviços de saúde pública, em âmbito nacional, organizaram-se, desde a Primeira República, por meio das chamadas “campanhas sanitárias”, voltadas prioritariamente ao combate de epidemias nas áreas urbanas, ao passo que os primeiros passos da assistência médica no Brasil tiveram centrados na prática liberal e no surgimento de instituições de cunho filantrópico. As redes públicas estaduais e municipais estavam voltadas para o atendimento de “pronto-socorro” e da população marginal ao sistema previdenciário.

Foi com o surgimento de uma “medicina previdenciária”, a partir da criação das Caixas e, posteriormente, dos Institutos de Aposentadorias e Pensões, nos anos 20, que se deflagrou um processo centralizador da assistência médica, orientada por um padrão

urbano-industrial da sociedade brasileira e diretamente relacionada com o sistema de Previdência Social. MENDES (1993) observa ter sido um movimento simultâneo de crescimento da assistência médica previdenciária e de esvaziamento progressivo das ações campanhistas que acabou por levar à conformação de um modelo assistencial privatista, consagrando a prática de uma medicina curativa e individualizada.

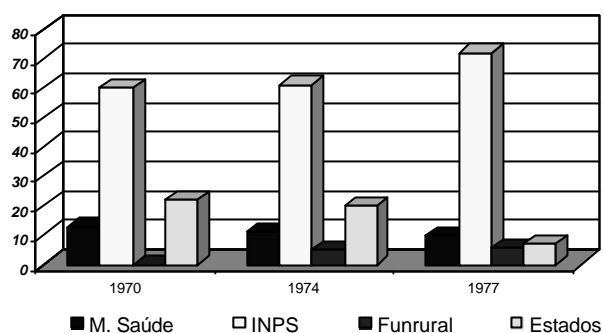
Vale dizer que esse câmbio, em boa parte, foi gerado pelo processo de industrialização acelerada que o Brasil viveu a partir da década de 30, intensificado nos anos 50, quando a indústria assumiu o setor primário da economia brasileira, deixando o país de ser efetivamente rural e agrícola para se tornar predominantemente urbano e industrial, o que, com efeito, gerou uma massa operária que precisava ser atendida pelo sistema de saúde. Tal fato aliou-se ao processo de implementação de uma “cidadania regulada”, surgida na Era Vargas, quando o direito do cidadão decorria dos direitos das profissões, estas, por sua vez, nascidas da normatização estatal, pelo que, nesse período, a carteira profissional se tornou verdadeira certidão de nascimento cívico (SANTOS, 1979).

Esse modelo de saúde, fundado na generalização de uma medicina curativa e individualizada e que construiu as bases para o complexo médico-industrial, teve seu apogeu em meados da década 60, com a unificação das instituições previdenciárias pela criação do INPS, que, mais tarde, viria a se transformar no INAMPS (NORONHA e LECOVITZ, 1994; BRAGA e PAULA, 1981; e CORDEIRO, 1983).

OLIVEIRA e FLEURY TEIXEIRA (1986) observam que a uniformização dos benefícios pela LOPS acentuou a crise pela não-satisfação das necessidades de assistência médica em função da carência de recursos para atender à demanda dos segurados. Não bastasse isso, a Previdência viu-se, de 1967 a 1973, compelida a ampliar as coberturas a tal ponto que, em 1974, a assistência médica abrangia não só os segurados, mas os trabalhadores do mercado informal de trabalho, atingindo quase toda a população urbana e parte da rural.

FELICIELLO (1992) identifica o vertiginoso crescimento da assistência médica previdenciária não só como modelo dominante de atenção à saúde, mas também em relação aos gastos do setor, como indicado no Gráfico 1:

Gráfico 1
Gastos com saúde segundo fontes de recursos



Fonte: POSSAS, 1981.

Acrescenta, ainda, que, enquanto o Ministério da Saúde recebia anualmente cerca de 1% do orçamento federal na década de 70, o Ministério da Previdência e Assistência Social, criado em 1974, possuía o segundo maior orçamento do país e chegou a despende cerca de 25% a 30% do montante dos recursos com assistência médica.

Denota-se, daí, a ênfase para uma medicina previdenciária - individual, assistencialista e especializada - combinada com um franco descaso com as políticas de saúde coletiva. A orientação da política nacional de saúde estava, então, voltada para a prática de uma medicina curativa em detrimento das medidas de saúde pública, de cunho preventivo e de interesse coletivo. Nesse sentido, MENDES (1993:23) assinala que “ao mesmo tempo em que se ampliava o âmbito da ação da Previdência Social, desnudava-se o caráter discriminatório da política de saúde, na medida em que ficavam claras as desigualdades no acesso quantitativo e qualitativo entre as diferentes clientela urbanas e entre estas e as rurais”. Traçava-se, assim, um processo que se consolidou nos anos 80, caracterizado pela expressão *universalização excludente* das políticas de saúde (FAVARET FILHO e OLIVEIRA, 1990).

O final da década de 70 foi marcado pelo esgotamento desse modelo assistencial, em muito, por força da crise fiscal do Estado, com repercussões diretas para a Previdência Social, mas também pela própria inadequação que esse modelo apresentava perante a realidade sanitária nacional. Emergia, assim, a necessidade de se mudar a configuração do modelo previdenciário e individualizado, de modo a reciclar suas bases, o que veio a ocorrer ao longo dos anos 80, inserido na conjuntura da transição democrática pela qual passava o país. É nessa época que se deu início ao Movimento da Reforma Sanitária Brasileira, constituído primeiramente por uma parcela da intelectualidade universitária e

dos profissionais da área da saúde, para depois se incorporarem outros segmentos da sociedade, como centrais sindicais, movimentos populares de saúde e alguns parlamentares.

O governo federal tentou formular alternativas para a crise financeira da Previdência Social e, nesse contexto, foi criado o Conselho Consultivo da Administração da Saúde Previdenciária, encarregado de estudar o setor, propor normas mais adequadas para a prestação de assistência à saúde, indicar a alocação de recursos e propor medidas de avaliação e controle do sistema de assistência médica. As experiências do CONASP, além de contribuir para intensificar o debate em torno da democratização da saúde, demarcaram os movimentos subseqüentes no âmbito da Previdência, sendo de se destacar o programa das Ações Integradas de Saúde - AIS, posteriormente transformado em ação estratégica de integração e racionalização da política do setor. Isso resultou na criação do Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde – SUDS, em 1987, o qual induzindo a unificação descentralizada, permitiu a livre expressão das diversas e heterogêneas realidades políticas estaduais e municipais, condição basilar para uma completa reorganização do sistema.

Cumprir mencionar a realização, em 1986, da VIII Conferência Nacional de Saúde, convocada e organizada pelo Ministério da Saúde, considerada marco no debate sobre a formação da agenda da reforma do setor. A partir daí, intensificou-se a discussão sobre as necessidades de mudança do modelo de atenção à saúde e isso se desdobrou nos trabalhos desenvolvidos pela Comissão Nacional da Reforma Sanitária, a qual se tornou instrumento político-ideológico para a disseminação da agenda reformista do setor saúde, cujas diretrizes estavam na universalização do acesso, na unificação do sistema e na descentralização da gestão. A saúde passou, assim, a ser definida como “resultante de condições de alimentação, habitação, educação, renda, meio ambiente, trabalho, transporte, emprego, lazer, liberdade, acesso e posse de terra e acesso a serviços de saúde” (BRASIL/MS, 1996:4).

NORONHA e LECOVITZ (1994) assinalam que a implantação da proposta do SUDS se deu concomitantemente aos debates da Assembléia Nacional Constituinte, de modo que as correntes progressistas ligadas ao Movimento da Reforma Sanitária conseguiram lograr a maior vitória legislativa de sua história ao incorporar, na Constituição de 1988, a essência do pensamento reformista setorial, compatível com a agenda formulada ao

longo da década de 70 e explicitada desde 1979 tanto em termos de uma ampla concepção do processo saúde-doença, quanto na garantia universal do direito à saúde enquanto expressão de cidadania.

Assim é que as ações e serviços que envolvem a atenção à saúde, no Brasil, são atualmente exercidas pelo Sistema Único de Saúde, cuja configuração institucional foi delineada na própria Carta Constitucional, tendo sido normatizada pela Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990) e pela Lei nº 8.142, de 28 de dezembro 1990, que disciplina a participação da comunidade na gestão do SUS e o sistema de transferência de recursos financeiros.

O Sistema Único de Saúde é fundamentado em três diretrizes básicas: a descentralização, o atendimento integral e a participação da comunidade. Seu financiamento deve ser partilhado entre os três níveis de governo: federal, estadual e municipal. Tal como defendido na VIII Conferência Nacional de Saúde, o modelo de atenção do SUS toma a questão da saúde em uma dimensão global, associada a políticas públicas de saneamento, alimentação, transporte, emprego e lazer.

Esse processo de descentralização tem sido orientado por Normas Operacionais, que são orientações específicas, formalmente baixadas por portaria do Ministro da Saúde, consoante ao pactuado com as representações nacionais dos Secretários Municipais e Estaduais de Saúde - CONASS e CONASEMS, como também com a Comissão Intergestores Tripartite - CIT e o Conselho Nacional de Saúde – CNS, que visam à repartição orçamentária entre os níveis de governo, atribuição de titularidade para gestão e a organização do modelo assistencial.

Feita essa digressão histórica, pode-se assentir que a assistência à saúde constitui uma das linhas de atividade da saúde pública. Nesse sentido, releva destacar o que prevê a NOB-SUS/96 sobre o campo da atenção à saúde:

“A atenção à saúde, que encerra todo o conjunto de ações levadas a efeito pelo SUS, em todos os níveis de governo, para o atendimento das demandas pessoais e das exigências ambientais, compreende três grandes campos, a saber:

a) o da assistência, em que as atividades são dirigidas às pessoas, individual ou coletivamente, e que é prestada no âmbito ambulatorial e hospitalar, bem como em outros espaços, especialmente no domiciliar;

b) o das intervenções ambientais, no seu sentido mais amplo, incluindo as relações e as condições sanitárias nos ambientes de vida e de trabalho, o controle de vetores e hospedeiros e a operação de sistemas de saneamento ambiental (mediante o pacto de interesses, as normalizações, as fiscalizações e outros); e

c) o das políticas externas ao setor saúde, que interferem nos determinantes sociais do processo saúde-doença das coletividades, de que são partes importantes questões relativas às políticas macroeconômicas, ao emprego, à habitação, à educação, ao lazer e à disponibilidade e qualidade dos alimentos.”

1.2 . NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO E SUA APLICAÇÃO NO SETOR SAÚDE

Para que se possa melhor abordar a estrutura e a configuração dos sistemas público e privado de assistência à saúde e, mais adiante, o processo regulatório brasileiro, é importante se ter presente a noção e abrangência daquilo que se convencionou chamar de “serviço público”.

Em linhas gerais, é possível dizer que serviço público representa toda atividade titularizada pelo Estado, destinado à provisão universal aos usuários, sendo suas natureza e prestação submetidas ao regime de direito público, com o objetivo de satisfazer as necessidades que a sociedade espera sejam pelo Estado atendidas. O serviço público é, pois, uma das atribuições executivas do Estado, paralelamente às atividades de fomento, de polícia e de intervenção (DI PIETRO, 1996).

Vale dizer que não há um conceito estático e uniforme sobre serviço público, nem aqui caberia analisar suas matizes e nuances, limitando-se a observar que a discussão sobre a definição de serviço público gira, basicamente, em torno de seus elementos constitutivos: subjetivo, que considera a pessoa jurídica prestadora da atividade; material, que considera a atividade exercida, isto é, utilidade ou comodidade; e formal, que considera o regime jurídico da prestação.

Na clássica definição de MEIRELLES (2000:319), “serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado”.

Já BANDEIRA DE MELLO (2000:575) afirma que por serviço público deve-se entender “toda a atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público - portanto consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais -, instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo”.

Releva salientar que restou superada a visão tradicional da Escola Francesa de Serviço Público, presente nas primeiras décadas do século XX, em que a concepção de serviço público estava umbilicalmente vinculada à atividade prestada pelo Estado, a qual, em sentido orgânico, representaria todo o complexo de órgãos, agentes e recursos da Administração Pública.

Assim é que MEDAUAR (1999), ao buscar uma definição a partir do elemento material constitutivo do serviço público, esclarece que, para se identificar uma atividade como tal, é preciso se remeter ao plano da concepção política dominante e da concepção do Estado sobre seu papel. A caracterização de uma atividade como serviço público se verifica, pois, no plano da escolha política, que pode estar fixada na Constituição, na lei ou, até mesmo, na tradição. Em suma, o que é serviço público cada povo o diz em seu sistema jurídico, que é onde se definem as atividades como tal consideradas.

Bastante apropriado é, nesse passo, o conceito proposto por MOREIRA NETO (2000:126) ao sintetizar serviço público como “as atividades pelas quais o Estado, direta ou indiretamente, promove ou assegura a satisfação de interesses públicos, assim por lei considerados, sob regime jurídico próprio a elas aplicável, ainda que não necessariamente de direito público”.

Pela ordem constitucional em vigor no Brasil, ao Estado incumbe a prestação de serviços públicos (art. 175), podendo sua execução ser direta ou indireta. Esta, por sua vez, pode decorrer de processos organizacionais de descentralização, o que se dá pela instituição de pessoas jurídicas de direito público (autarquias ou fundações) ou privado (sociedades de economia mista, serviços autônomos, empresas públicas) criadas com essa finalidade.

A prestação indireta de serviços públicos, de igual sorte, pode se dar por meio da delegação pelo Estado ao setor privado, sob os regimes de concessão ou permissão, pela autorização, ou, ainda, por outras figuras de parceria, as quais D PIETRO (1996) menciona como os *contracting out*, inserida aí a terceirização, que se traduz na forma pela qual o Estado celebra acordos de variados tipos para buscar a colaboração com o setor privado, como contratos administrativos, convênios, acordos de cooperação, franquias etc.

DI PIETRO (2003) ainda observa que, quanto ao objeto, o serviço público pode ser classificado em três espécies: o administrativo, que corresponde aos serviços realizados pela Administração Pública para atender a suas necessidades internas; o comercial ou industrial, que é o executado pelo Estado para atender às necessidades coletivas de ordem econômica, incluindo-se aí, entre outros, os serviços de telecomunicações, energia elétrica, transportes coletivos e gás canalizado; e o social, aquele que atende a necessidades coletivas em que a atuação do Estado é essencial mas que convivem com a iniciativa privada. É neste último caso que se inserem os serviços de saúde.

No campo da saúde, a Constituição de 1988 declarou serem serviço público as ações e serviços de saúde, por se tratarem de um “dever do Estado” (art. 196) a ser suportado pelo financiamento público (art.194).

A idéia de parceria com a iniciativa privada para a execução dos serviços públicos de assistência à saúde é expressa no § 1º do art. 199 da Carta Constitucional ao prever que “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, mas não exclusividade, as entidades filantrópicas”.

Tem-se, portanto, que a iniciativa privada, nesse caso, é considerada delegatária de um serviço público, fazendo as vezes do Estado na prestação aos seus administrados e se enquadrando não como um serviço concedido ou permitido, mas terceirizado, no qual o Estado figura como o comprador dos serviços prestados pela iniciativa privada à população.

Anota D PIETRO (1996:109) que a descentralização dos serviços de assistência à saúde por colaboração, mediante concessão ou permissão, “é inadequada para esse tipo de

atividade, uma vez que, em ambas as modalidades, o concessionário ou o permissionário são remunerados não pelo poder concedente, mas pelos usuários do serviço; sendo a saúde prestada gratuitamente, não há como utilizar esses institutos”. Contudo, a própria Constituição faz referência à possibilidade de serem os serviços públicos de saúde prestados por terceiros, mediante contrato de direito público ou convênio, o que leva a entender que a Constituição admite a terceirização da prestação desses serviços para a execução de determinadas atividades complementares aos serviços do SUS, sendo remunerada pelos cofres públicos.

1.3. HIBRIDISMO DO PÚBLICO-PRIVADO NA ASSISTÊNCIA À SAÚDE

Releva considerar, preliminarmente, que é a partir do modelo de proteção social adotado por um país que se dá a configuração de seu sistema de saúde, determinada segundo fatores culturais, políticos e sociais, que se expressa em variantes quanto à amplitude do acesso e da cobertura, bem como no *mix* público-privado no financiamento e na provisão dos serviços.

Buscando identificar padrões comuns de sistemas protetivos em diferentes países, TITMUSS (1974) propõe três modelos contrastantes de políticas sociais: o residual, o meritocrático e o institucional-redistributivo. O primeiro parte do pressuposto de que cabem à família e ao mercado satisfazer a maior parte das necessidades humanas, pelo que a intervenção do Estado se dá em caráter excepcional, a partir da definição de uma clientela sobre a qual haverá a proteção social, visando resolver problemas específicos e atingir grupos particulares (pobres, idosos, portadores de necessidades especiais etc.). No segundo, os esquemas de proteção social concedidos pelo Estado são baseados na estrutura ocupacional, estando atrelados ao mérito e ao desempenho de categorias protegidas, com forte vinculação, pois, à inserção do indivíduo no mercado de trabalho. Já o terceiro se caracteriza por uma política universalista e igualitária, assumindo o Estado papel essencial no sistema protetivo, uma vez que se baseia na premissa de que o acesso aos serviços de proteção se configura um direito inerente à cidadania. Importa verificar que, enquanto nos modelos residual e meritocrático a subsidiariedade é do Estado, no modelo institucional-redistributivo, ela está no mercado.

Os tipos polares dessa diversidade de modelos de proteção social podem observados pelos sistemas de saúde da Inglaterra, que bem representa o institucional-redistributivo, e dos Estados Unidos, de nítida feição meritocrática (FAVARET FILHO e OLIVEIRA, 1990).

Quanto ao modelo inglês, tem-se, em linhas gerais, que o Serviço Nacional de Saúde (*NHS*) se caracteriza pela ausência de barreiras de acesso aos serviços, onde prepondera o setor público na oferta. Este visa atender às necessidades de atenção à saúde e fornecer serviços, sob controle governamental, a todos os cidadãos, sendo totalmente gratuito no ato do provimento. O sistema hospitalar britânico é basicamente público e a atenção ambulatorial se caracteriza por elevada proporção de médicos generalistas. O financiamento é responsabilidade do Tesouro Nacional, suportado por impostos federais (ANDRADE e LISBOA, 2000). Mesmo com o crescimento das experiências no campo dos serviços privados nos anos 70, em que surgiram as empresas de seguro saúde, abrangendo empregados de grandes companhias e parte da classe média alta, o sistema inglês permanece, predominantemente, com oferta pública de serviços e com acesso efetivamente universal (FAVARET FILHO e OLIVEIRA, 1990).

Em oposição, o sistema norte-americano privilegia o setor privado na oferta dos serviços e dirige programas de atenção à saúde a grupos populacionais específicos, particularmente os mais pobres, desempregados e idosos, excluídos do acesso aos serviços de proteção social pela lógica do mercado. O sistema de saúde está assentado em uma rede hospitalar majoritariamente privada, sendo segmentado, pela ótica do financiamento dos gastos, no subsistema privado, em que os custos são financiados pelo desembolso dos benefícios ou de alguma forma de seguro privado, e no público, voltado para uma população bastante delimitada, cuja operacionalização se dá por um programa de caráter securitário, o *Medicare*, e outro tipicamente assistencial, o *Medicaid*. Há, ainda, um contingente sem cobertura (*uninsured*), cerca de 15% da população, em geral pertencentes a camadas médias de renda, como trabalhadores autônomos ou de pequenas empresas, que não têm possibilidade (dada às restrições a pacientes de risco) ou capacidade financeira para vincular-se a seguros privados e tampouco são elegíveis para os programas públicos (ALMEIDA, 1998).

No caso brasileiro, é possível afirmar que o sistema de saúde se caracteriza por seu hibridismo, sendo marcante a interação entre os serviços públicos e a oferta privada na conformação da prestação dos serviços de assistência à saúde (RIBEIRO, 2001; e BAHIA, 1999). Observa-se que a reforma do sistema de saúde, incorporada na Constituição de 1988, tem nítida inspiração no paradigma inglês, que privilegia o acesso universal e igualitário, mas está inserida em uma conjuntura estrutural mais próxima ao modelo norte-americano, onde predomina a estrutura de mercado. A combinação desses fatores díspares leva a certa ambigüidade entre institucional-redistributivo e meritocrático na definição do modelo de financiamento e provisão da assistência à saúde que se pretende adotar.

A Constituição, como já se disse, autorizou expressamente a atuação da iniciativa privada na prestação de serviços de assistência à saúde, sejam eles em regime público, sejam como atividade econômica. A combinação dos arts. 197 e 199 conduz à conclusão de que esses serviços são prestados diretamente pelo Estado ou por terceiros (art. 197, primeira parte), caso em que se previu a participação complementar do setor privado, mediante contrato de direito público ou convênio, integrando um *sistema único* (art. 199, § 1º).

A mesma interpretação sistemática desses dispositivos leva ao entendimento de que a Carta Constitucional admitiu, de igual sorte, a prestação da assistência à saúde “também por pessoa física ou jurídica de direito privado” (art. 197, parte final), uma vez que “a assistência à saúde é livre à iniciativa privada” (art. 199, *caput*). É nesse espaço que se insere o que MÉDICI (1992) chamou de setor autônomo de saúde.

Sem embargo, importa destacar que, em ambas as situações, as ações e os serviços de saúde devem ser regulamentados, fiscalizados e controlados pelo Poder Público, dada sua relevância pública (CRF, art.197).

Tem-se, assim, que, de um lado, estão os serviços privados de assistência à saúde executados em regime público, uma vez que integram a rede prestadora do SUS, os quais se subordinam à disciplina jurídica própria do direito público, inclusive no que diz respeito a normas de contratação e responsabilização. Esse braço do sistema público é conhecido como setor privado complementar.

De outro, está a assistência à saúde exercida pelo setor privado autônomo, por sua própria iniciativa, sendo esta uma atividade de natureza econômica típica, sujeita ao regime próprio do direito privado.

A esse respeito comentam BAHIA e VIANA (2002:10):

“No plano da oferta, o sistema de saúde brasileiro é composto, principalmente, por serviços privados. E constitui-se num dos maiores mercados de compra e venda de serviços de saúde no mundo. Essa realidade forçou a separação, em nosso país, do financiamento e da provisão desses serviços antes mesmo que esta recomendação fosse incluída na de reformas do sistema sanitário.

Esse grande mercado privado – profissionais médicos, ambulatorios, hospitais, serviços diagnóstico-terapêuticos, laboratórios – vende serviços de saúde tanto para o setor público, quanto para os planos e seguros privados.”

A despeito da ordem de grandeza deste mercado, observa-se que a LOS dedica apenas alguns dispositivos para tratar dos serviços privados de assistência à saúde (Título III) ao estabelecer regras genéricas sobre seu funcionamento e participação complementar no âmbito do SUS.

Reafirmando o estatuído na Constituição, reconhece ser a assistência à saúde livre à iniciativa privada (art. 21), mas, na prestação desses serviços, devem ser observados os princípios éticos e as normas expedidas pelo órgão de direção do SUS quanto às condições para seu funcionamento (art. 22). Sobre o assunto, CARVALHO e SANTOS (1992) assinalam que a competência para a regulação das atividades de saúde é das três esferas federativas, devendo deve ser assim entendida: à direção nacional compete editar as normas gerais; à direção estadual cabe suplementar as normas gerais; e à direção municipal cumpre elaborar as normas de interesse predominantemente local, respeitadas as fixadas pela União e pelo Estado, competindo-lhe também controlar e fiscalizar os procedimentos dos serviços privados de saúde. Vê-se, então, que a LOS preocupou-se mais em definir a repartição de competências entre as esferas federativas do que efetivamente delinear normas sobre requisitos de qualidade da assistência prestada.

Ao tratar especificamente da participação complementar, no SUS, dos serviços privados de assistência à saúde, limitou-se a LOS a estabelecer que esta somente ocorrerá quando as disponibilidades de rede pública não forem suficientes para garantir a cobertura

assistencial aos usuários do serviço público de determinada área (art. 24), com preferência para as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos, como já se disse. Os critérios e valores da remuneração dos serviços contratados são estabelecidos pela direção nacional do SUS, devendo a prestação desses serviços se submeter às normas técnicas e administrativas e aos princípios e diretrizes do SUS (art. 26).

A LOS deixou, ainda, uma brecha para os pagamentos *out-of-pocket*, criando polêmica sobre a real interpretação da norma e sobre o conflito com a premissa de gratuidade do SUS. É de se destacar que o art. 43 confirma a garantia constitucional da gratuidade dos serviços públicos de saúde ao estabelecer que “a gratuidade das ações e serviços de saúde fica preservada nos serviços públicos e privados contratados, ressalvando-se as cláusulas dos contratos ou convênios estabelecidos com as entidades privadas”. Observa-se certa dubiedade na interpretação desse dispositivo, que dá azo à possibilidade de cobrança de pagamentos *out-of-pocket* por serviços extraordinários. Sobre o assunto esclarecem CARVALHO e SANTOS (1992) que a melhor interpretação da norma aponta para que esse pagamento esteja relacionado apenas com os chamados “serviços de hotelaria” de um hospital, que corresponderiam a níveis de acomodação não compreendidos na assistência médico-hospitalar, nem a esta direta ou indiretamente relacionados.

Nessa esteira, é preciso remarcar que o sistema público de assistência à saúde se estruturou e se desenvolveu sob forte dependência e interconexão com a rede privada provedora dos serviços, o que se explica, em boa parte, pelos significativos incentivos governamentais ao setor privado de saúde no Brasil, impulsionado pela unificação da Previdência e com apogeu na década de 70.

MÉDICI (1992) observa que tais incentivos se deram sob três modalidades: incentivos à produção, o que se dá por meio de mecanismo de compra preferencial ou outro tipo de ação que garanta o escoamento da produção do serviço; incentivos à formação de preços, assim entendidos como auxílios à produção, incentivos fiscais ou garantias de redução de custos pelo fornecimento dos insumos ou por sua fixação abaixo do preço de mercado; e incentivos ao investimento, que consistem na adoção de linhas especiais de crédito.

No primeiro caso, a própria política da Previdência Social de ser o maior comprador dos serviços privados de assistência à saúde, como já relatado, serviu de grande incentivo ao crescimento do setor. Sob a justificativa da insuficiência da rede própria para fazer frente à demanda crescente da população, lançou-se mão do credenciamento dos serviços privados para atender os usuários, recebendo pagamento pelos serviços prestados com base em unidades de serviço.

Verifica-se, assim, que, progressivamente, os serviços hospitalares comprados de terceiros vão representando quase a totalidade dos gastos com a assistência médica previdenciária. Entre 1969 e 1975, estes giravam em torno de 90% da despesa geral da Previdência, com a maior parcela repassada para o setor lucrativo, chegando, nos anos 80, a absorver uma média de 90% dos recursos repassados à rede privada contratada (OLIVEIRA e FLEURY TEIXEIRA, 1986; CORDEIRO, 1985; e MÉDICI, 1992).

Os incentivos à formação de preço podem ser verificados pela incorporação à Previdência Social da chamada “medicina de fábrica” ou “medicina na empresa”. O INPS passou a financiar, mediante convênio, a assistência médica mantida pelas empresas, dispensando-as de parte do recolhimento da contribuição. Em contrapartida, estas assumiriam, em seu lugar, a responsabilidade da atenção médica aos empregados segurados.

Em relação aos incentivos ao investimento, OLIVEIRA e FLEURY TEIXEIRA (1986) anotam que o Fundo de Apoio ao Desenvolvimento Social – FAS proporcionou grande impulso à remodelação e ampliação dos hospitais da rede privada e à realização dos bens produzidos na indústria de equipamentos hospitalares. Observa-se que o FAS se prestou, basicamente, a financiar o setor privado (79,5% das propostas de financiamento aprovadas pela CEF), o que aponta para um grau de distorção na utilização dos recursos de um fundo, uma vez que o Conselho de Desenvolvimento Social recomendou que somente 30% dos recursos fossem destinados ao setor privado, sendo o restante para investimento social no setor público.

Vê-se, assim, o crescimento da rede hospitalar privada em paralelo com a estagnação da pública, a demonstrar, segundo BRAGA e PAULA (1981:157), que o Estado fomentou a capitalização da medicina, que teve no Hospital sua base técnica e econômica.

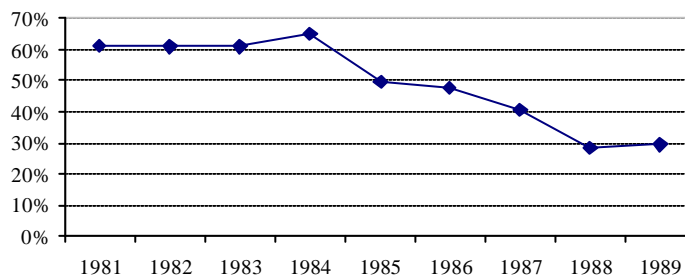
“A ênfase no hospital reflete a forma ‘especializada’ pela qual se tem desenvolvido os saberes em todas as áreas científicas; a expansão do conhecimento se tem dado através do recorte de objetos específicos, aprofundando-se no domínio do detalhe e reduzindo-se sua amplitude e generalidade. Este procedimento é seguido também no que se refere ao corpo humano. O diagnóstico e a terapia são agora resultado do trabalho ‘integrado’ de especialistas mais estritos. E o hospital é o lugar onde eles se encontram.”

MÉDICI (1992) observa que, já nos anos 50, a rede hospitalar era superior à pública e, na década de 60, mais de 60% dos leitos existentes no Brasil pertenciam a instituições privadas. Também acrescenta que os sistemas governamentais de saúde no Brasil continuam em franca dependência da rede privada contratada para a cobertura de suas metas assistenciais.

VIACAVA e BAHIA (*apud* REIS, 2000) informam que, nos anos 90, o setor privado continuou a ocupar posição privilegiada no conjunto da rede do SUS, com 75% dos leitos, 83% das clínicas médico-ambulatoriais e 40% das unidades de SADT.

Sucedo, no entanto, que, após o forte crescimento da oferta e produção dos serviços médico-hospitalares no final dos anos 70, assistiu-se a uma grande retração a partir dos anos 80. A parcela dos recursos da Previdência Social repassada à rede privada de serviços foi substancialmente reduzida tanto em termos absolutos quanto relativos (FAVARET FILHO e OLIVEIRA, 1990; e MÉDICI, 1992). O fim da década foi particularmente grave na redução dos recursos repassados, conforme mostra o gráfico abaixo.

Gráfico 2
Evolução da despesa do INAMPS com o setor privado contratado (1981-1989)



Fonte: INAMPS.

A resposta do setor privado, entre outras estratégias de compensação baseadas em superfaturamento de material e medicamentos, aumento dos SADT e prática de ágio e fraudes etc., foi buscar formas alternativas de organização da assistência médica

desvinculada do sistema público, abrindo, assim, espaço para o rápido crescimento do setor privado autônomo de saúde.

FAVARET FILHO e OLIVEIRA (1990) observam que, paralelamente à eficiente ação estratégica do setor privado, tornava-se crescente a insatisfação com os serviços públicos. Essa conjuntura permitia a consolidação de uma estrutura alternativa de assistência à saúde que, em 1987, já cobria cerca de 15,9% da população brasileira.

Muito embora se constate que as políticas de fortalecimento do modelo público, trazidas por força do Movimento da Reforma Sanitária, tenham ganhado corpo nos anos 90, o processo de implementação do SUS não retraiu a consolidação de um modelo privado autônomo paralelo ao sistema público (BAHIA e VIANA, 2002).

Verifica-se que, ainda nos dias de hoje, a atenção à saúde, no SUS, continua sendo operacionalizada por um sistema segmentado e desarticulado, o que, segundo MENDES (1995), em parte se deve à frágil capacidade reguladora penetrada por mecanismos de intermediação clientelista e corporativa.

O próprio Ministério da Saúde reconhece serem os atuais problemas enfrentados pelo SUS a insuficiência de recursos financeiros, a pouca participação dos Estados no financiamento, a deficiência quali-quantitativa de recursos humanos, a precarização das relações de trabalho, a baixa resolutividade e limitações no acesso aos serviços (BRASIL/MS, 2003).

Os interesses privados ainda percorrem os espaços públicos do SUS quando se garante serviços de alto custo para os consumidores da assistência privada à saúde, pois, como o setor se estruturou e cresceu sem cobrir os grandes riscos, o paciente que necessita da medicina de alta complexidade acaba por buscar o atendimento pelo SUS (CORDEIRO, 1983). Assinalam FAVARET FILHO e OLIVEIRA (1990) que o crescimento do subsistema privado esteve fortemente apoiado no surgimento de mecanismos de financiamento que potencializaram consideravelmente a capacidade de gasto das camadas populacionais médias. Estas passaram a recorrer, cada vez mais, aos serviços privados, buscando a rede pública apenas para procedimentos de alto custo e densidade tecnológica não cobertos pelos planos de saúde mais acessíveis.

Nesse passo, é de se registrar que dados do Ministério da Saúde dão conta de que o SUS atende 90% da população brasileira, sendo que 28,6% são usuários exclusivos e 61,5% o utiliza com algum outro sistema de atenção. Apenas 8,7% da população não utilizam o SUS (BRASIL/MS, 2003).

Para SILVA (2003), estimativas indicam que o SUS teoricamente estaria hoje atendendo, de forma exclusiva, 114,6 milhões de pessoas, subtraindo-se do total da população aquelas atendidas pelo setor de medicina supletiva, que, pelos números da ANS, gira em torno de 38 milhões de consumidores.

Vê-se, por esse panorama, que a oferta de serviços de assistência à saúde, no Brasil, deriva de uma combinação de dois sistemas. De um lado está o público, como já se disse, de acesso universal e gratuito e com a hegemonia na prestação dos serviços e, de outro, o setor privado autônomo, de caráter suplementar, que se estrutura sobre intermediação dos serviços de assistência à saúde, mediante a cobertura dos riscos assistenciais pelas nominadas Operadoras de Planos de Assistência à Saúde. É essa forma de organização da prestação dos serviços de assistência à saúde que forma o mercado de saúde suplementar,⁴ sendo este o núcleo da abordagem do presente estudo.

NOTAS:

1 - Segundo SILVA (1999), competência administrativa ou material quer significar a competência material para a execução dos serviços, que pode ser privativa (CRF, art. 21) ou comum (CRF, art. 23), esta devendo operar com espírito de cooperação, no intuito de manter o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional. Já por competência normativa ou legislativa entende-se a capacidade da unidade da Federação de editar normas, podendo ser ela privativa (CRF, art. 22) ou concorrente (CRF, art. 24, § 1º). Nesta, todos os entes da Federação partilham da prerrogativa de legislar sobre dada matéria, em que à União cabe ditar as normas gerais (art. 24, § 1º) sobrepondo-se as normas emanadas pelos Estados e Distrito Federal, incumbidos de normatizar os aspectos regionais (art. 24, §§ 2º e 3º) que, a seu turno, sobrepujam-se à legislação dos Municípios, dirigidas a atender os assuntos de interesse local ou para

suplementar a legislação federal ou estadual, no que couber (CRF, arts. 30, I e II). Sobre o assunto.

2 – Tradução livre de “la santé est un état de complet bien-être physique, mental et social, et ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d’atteindre”, constante do preâmbulo da Constituição da Organização Mundial de Saúde, aprovada em 22 de julho de 1946 e ratificada, no Brasil, pelo Decreto nº 26.042, de 17 de dezembro de 1948.

3 – Adotada e proclamada pela Resolução n.º 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948. Assinada pelo Brasil na mesma data, a Declaração Universal dos Direitos Humanos assim estabelece em seu artigo XXV: “1. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle. 2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.”

4 - Sobre a terminologia adequada para se referir a essa modalidade operacional de prestação de serviços de assistência à saúde, comenta ALMEIDA (1998:5): “não existe consenso na literatura sobre essa denominação, sendo que alguns utilizam o termo atenção médica supletiva (Mendes, 1994) e outros assistência médica complementar (Elias, 1996). Concordando com Lígia Bahia, adotamos a denominação assistência médica suplementar, que integra a classificação utilizada pelas seguradoras e significa a opção de pagar um seguro privado para ter acesso à assistência médica, a despeito da manutenção compulsória para a seguridade social que inclui o direito de acesso ao serviço público através de um sistema nacional de saúde.”

CAPÍTULO II - EVOLUÇÃO DO MERCADO DE SAÚDE SUPLEMENTAR NO BRASIL

2.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Em que pese o surgimento do mercado de saúde suplementar, no Brasil, datar de aproximadamente 40 anos, o elo entre assistência à saúde e setor privado tem raízes seculares, como também guarda íntima relação com a expansão da medicina previdenciária.

Em sua fase embrionária, a assistência à saúde estava centrada na prática liberal e no surgimento de instituições, em geral, de cunho caritativo e filantrópico, em particular as Santas Casas e Beneficências de imigrantes.

Nas principais cidades, a assistência à saúde estava sob a responsabilidade da própria população, organizada de forma solidária e suportada por recursos voluntários, destinada principalmente ao cuidado médico de pobres e indigentes. Já nas áreas rurais, predominava uma “medicina caseira e popular”, baseada no conhecimento de ervas, plantas e raízes difundido na comunidade por tradição oral e que tornava importantes as pessoas que o dominavam, como as parteiras, rezadeiras, ervantários e raizeiros (FERNANDES NETO, 2002).

A assistência médica privada antecede, assim, ao aparecimento dos hospitais públicos, que, surgidos no século XX, sob a influência pela “ideologia campanhista”, guardavam caráter de segregação e se restringiam aos casos terminais ou às enfermidades mentais (NORONHA e LEVCOVITZ, 1994; e MÉDICI, 1992).

Mas o nascimento dos arranjos privados de assistência à saúde ocorre com a institucionalização da Previdência Social pela Lei Eloy Chaves em 1923. É a partir da criação das CAPs e, nos anos 30, dos IAPs, financiados pela contribuição patronal e dos empregados, que surgem os primeiros esquemas de intermediação de serviços médico-hospitalares, operada pela cobertura de riscos assistenciais, ancorada na solidariedade e

no mutualismo. Destaque-se que, dentre os Institutos, o IAPI, um dos últimos a serem criados, foi o primeiro a optar pela prestação dos serviços de saúde mediante a compra com empresas médicas e casas de saúde, o que foi seguido pelos demais (CORDEIRO, 1983; e MÉDICI, 1992).

Nos anos 40, instituições do setor público e empresas privadas implantaram esquemas de assistência médico-hospitalar para seus funcionários. Nesse período, foi criada a Caixa de Assistência aos Funcionários do Banco do Brasil - CASSI e a assistência patronal para os servidores do antigo IAPI, que, mais tarde, daria origem ao Grupo Executivo Assistência Patronal, inicialmente um órgão da Administração federal, transformado em entidade fechada de previdência complementar (BAHIA, 1999).

Na iniciativa privada, a estruturação de sistemas assistenciais autônomos coincide com a expansão industrial dos Anos JK, em especial com a implantação das indústrias automobilísticas do ABC, região metropolitana de São Paulo. Tais sistemas nasceram em resposta à demanda criada pelas indústrias de provimento da assistência médica de sua força produtiva. O atendimento tendia a ser orientado para os casos de acidente de trabalho, no intuito de repor o trabalhador mais rapidamente à produção (CORDEIRO, 1984; e OLIVEIRA e FLEURY TEIXEIRA, 1986).

CORDEIRO (1983) ainda observa que é a partir dos anos 50 que se manifesta mais claramente a participação do setor privado lucrativo na assistência à saúde. As tradicionais instituições filantrópicas e religiosas vão perdendo sua característica original, ainda que mantidas no âmbito jurídico, e passam paulatinamente a se comportar como empresas.

É, no entanto, em meados da década de 60 que tomou propulsão o mercado de planos de saúde, como resultado das mudanças operadas no âmbito da medicina previdenciária, muito em função do elo formado entre a burocracia previdenciária e o setor empresarial (CORDEIRO, 1984). A Previdência passou, mediante convênio, a transferir para as empresas a responsabilidade pela assistência à saúde de seus empregados. Foi da chamada “medicina de fábrica” ou “medicina na empresa” que surgiram as empresas médicas especializadas na venda de serviços assistenciais, inicialmente por redes próprias e, depois, por sistema de credenciamento de prestadores de serviço médico-hospitalar. Esses convênios propiciaram um dinamismo próprio ao setor privado

autônomo, independentemente do financiamento próprio do Estado (OLIVEIRA e FLEURY TEIXEIRA, 1986; e REIS, 2000).

OLIVEIRA e FLEURY TEIXEIRA (1986) também anotam que à conta da Previdência ficaram os procedimentos médicos mais complexos e lentos no tratamento de empregados cobertos pelos convênios. Muito embora o INPS estivesse desobrigado a prestar assistência a tais empregados, era freqüente seu atendimento pela rede do Instituto, não havendo notícia da cobrança por tais serviços.

A assistência à saúde ao trabalhador era prestada inicialmente por departamentos médicos da própria empresa e, mais tarde, pela terceirização desse serviço para organizações de grupos médicos, daí nascendo do convênios entre entidades empregadoras e empresas médicas.

Surgem assim as medicinas de grupo, que se organizaram em torno de proprietários ou acionistas de hospitais, logo ampliando sua rede de serviços pela compra de consultas médicas realizadas pelos profissionais em seus próprios consultórios. Nesse mesmo período um movimento alternativo às medicinas de grupo, surgido em reação à ameaça do controle do ato médico por terceiros, organizou-se em cooperativas de trabalho médico, as Unimeds, inicialmente com o objetivo de preservar a prática dos consultórios médicos, mas, em seguida, complementando suas redes com o credenciamento de hospitais e laboratórios (BAHIA, 2001a; e DUARTE, 2001).

Ainda segundo BAHIA (2001b), nessa mesma época, muitas empresas empregadoras, em particular as paraestatais e grandes multinacionais, que mantinham seus planos próprios geridos por autogestão, também optaram pelo credenciamento de serviços como principal estratégia de organização de redes assistenciais, o que passou a representar alternativa adicional de remuneração dos prestadores privados de serviços.

Como já visto, os anos 70 foram marcados pelo significativo crescimento do complexo médico industrial, propiciado, entre outros fatores, pela expansão da cobertura da assistência médica pela Previdência Social, fator esse decisivo para que as empresas médicas, até então com presença tímida no mercado, tomassem fôlego e importância que lhes seriam conferidos na década de 80.

Na década de 80, verifica-se que o declínio da política de remuneração do INAMPS à rede privada de serviços levou a uma crescente deteriorização do sistema público de assistência à saúde, resultando na busca crescente da classe média pela alternativa dos planos de saúde.

Do mesmo modo, os trabalhadores passaram a exigir de suas empresas a inclusão de convênios médicos como item da cesta de benefícios. FAVARET FILHO e OLIVEIRA (1990) também mencionam o fato de que passou a ser cada vez mais comum a incorporação, na agenda de reivindicação dos movimentos sindicais, o oferecimento de planos de saúde pelas empresas empregadoras. A pressão dos sindicatos, aliada à estratégia das empresas em aumentar os salários por via indireta, bem como das empresas médicas de se fortalecerem no mercado, propiciaram aumento significativo do potencial expansivo desse mecanismo de acesso aos serviços privados de saúde.

Segundo Luz (*apud* REIS, 2000), a saúde passou a ser vista como um bem de consumo, especificamente um bem de consumo médico, fortemente induzido pela possibilidade de deduzir despesas com saúde no Imposto de Renda das pessoas físicas e jurídicas.

Nesse mesmo período, além do ambiente favorável ao mercado de planos de saúde, serviu de estímulo para a entrada das seguradoras no ramo saúde o processo de “financeirização” do seguro privado (KORNIS e SICSÚ, 2000), em que as atividades financeiras de bancos e de seguradoras se concentraram em conglomerados, passando a operar em larga escala e, com isso, diversificar seu portfólio de produtos.

Inicialmente as seguradoras não participavam da prestação do serviço, limitando-se a reembolsar as despesas, pois lhes cabia apenas a intermediação financeira, mas, em 1989,¹ foram autorizadas a oferecer uma rede referenciada de profissionais em saúde, entidades hospitalares e SADT como estratégia de competição no mercado, permanecendo vedada, no entanto, a manutenção de serviços próprios de atendimento médico-hospitalar. Formar-se-ia, daí, uma articulação entre o capital financeiro e a prestação dos serviços médicos, o que impulsionaria a “capitalização radical dos serviços de saúde”, como vaticinado por CORDEIRO (1983:29), ainda que sob o descrédito dos Sanitaristas.

Em face dessa conjuntura, FAVARET FILHO e OLIVEIRA (1990) apontam que os instrumentos de financiamento aos serviços privados autônomos de assistência viabilizaram o acesso de amplas camadas da população aos planos de saúde, formando uma estrutura de mercado que em muito se assemelha ao modelo norte-americano. De um lado estariam os planos de saúde individualmente contratados, operando de forma securitária e em sistema de pré-pagamento; de outro, os planos coletivos, com participação das empresas privadas empregadoras, oferecida como forma de benefício trabalhista; e, em um terceiro, os planos geridos pelas caixas próprias das empresas empregadoras, representando este uma especificidade do caso brasileiro.

O final da década 80, com desdobramentos para os anos 90, foi marcado pelo crescimento da comercialização de planos individuais e familiares. Segundo BAHIA (2001a), em alguma medida por conta do crescente aumento do mercado informal do trabalho e da perspectiva de aumento do poder de compra de um expressivo contingente populacional, proliferou-se a comercialização de planos individuais e familiares que ofereciam acesso a um grupo bastante restrito de serviços ou a um único estabelecimento hospitalar, geralmente localizado em regiões periféricas dos grandes centros urbanos.

Observa-se, assim, uma estratificação da cobertura e do acesso ditada pelo padrão socioeconômico do consumidor. Demanda e oferta conformam, como anota BAHIA (2001a), duas pirâmides opostas entre si. Pela primeira, situam-se, na base, mais de 50% de consumidores de planos básicos e, no topo, menos 10% dos vinculados a planos mais abrangentes. Já na segunda, a base é constituída de um grande número de serviços disponíveis para uma parcela reduzida de consumidores e, no vértice, uma quantidade reduzida de serviços para os consumidores de planos básicos.

Vale dizer que a configuração dos planos de saúde espelhou, pela via de mercado, o mesmo arranjo de compra de serviços de saúde pelo financiamento público, reproduzindo, no âmbito da intermediação privada (empresas médicas), os problemas na relação entre prestadores e INPS/INAMPS, com nítidos reflexos para a qualidade dos serviços. As velhas estratégias dos prestadores para aumentar o faturamento, quer pela indução da demanda, quer pelo uso de fraudes, começaram a se fazer presentes também no sistema privado autônomo. As empresas médicas, por sua vez, empenham-se em criar toda a forma de barreira para demandas que gerem gastos elevados. Conseqüência

disso é que os planos de saúde passaram a ocupar os primeiros lugares no *ranking* de reclamações nos Procons².

Não bastasse, o mesmo prestador de serviço passou a atender tanto pelo sistema público como pela intermediação dos convênios médicos, o que levou a perversos mecanismos de “dupla porta” nos hospitais, revelando uma realidade de um sistema de saúde ambíguo, que claudica entre o institucional-redistributivo e o meritocrático, ou, por outro lado, na expressão cunhada por FAVARET FILHO e OLIVEIRA (1990), tende a uma “universalização excludente”. Exemplo dessa realidade foi assim sintetizado no relato de CARVALHO (1995:42-43):

“Nesses hospitais, os serviços de saúde pública são divididos em dois: um para os que podem pagar e outro para os que não podem. Por exemplo, no INCOR, o ambulatório para atendimento do SUS fica no subsolo do edifício. A sala de espera tem poltronas de plástico e está sempre lotada. Sentados, alguns pacientes recebem soro ali mesmo. É o serviço dos pobres. O serviço para os que têm dinheiro para pagar o atendimento fica no andar de cima. Na entrada, uma placa afasta os desavisados: ‘Consultórios - Convênios Particulares’. Suas poltronas são de couro e o piso tem carpete. Quem tem dinheiro para pagar é atendido imediatamente, quem é cliente do SUS corre o risco de esperar até três meses.”

Em linhas gerais, foi esse o quadro que encontrou o Estado quando optou, em 1998, dez anos após a promulgação da Constituição e oito após a edição da Lei Orgânica da Saúde, pela regulação do mercado de saúde suplementar.

2.2. ESTRUTURA ATUAL DO MERCADO

Não bastasse o mercado de saúde suplementar operar com um produto ontologicamente complexo - a saúde - por implicar a indisponibilidade e integridade da vida humana, a trajetória de crescimento desse mercado já demonstra, *per se*, que sua estrutura não pode ser traduzida por modelos simplificados.

Os números atuais da ANS dão conta de que o mercado de saúde suplementar engloba mais de 38 milhões de beneficiários, o que significa quase um quarto da população, se considerados os mais de 172 bilhões de brasileiros apurados no último censo (IBGE,

2001) para um total de 2.232 operadoras³ ativas e quase 33 mil novos produtos aptos à oferta. A ordem de grandeza do setor também é percebida pela movimentação de recursos nele gerada, que gira em torno de R\$ 23 bilhões (ANS/MS, 2000), o que corresponde, a grosso modo, a uma participação de 2,5% do PIB nacional.

Acrescente-se que se trata de um mercado pulverizado e multifacetado, uma vez que compreende operadoras das mais variadas formas de organização societária, que vão desde grandes conglomerados ligados a *holdings* a modestas associações sem fins lucrativos ou órgãos internos de empresas que atuam em outros setores. Essa pluralidade, como mostrado na Tabela 1, confere não só um acentuado grau de desigualdade quanto ao porte econômico das operadoras, como também formas distintas de tratamento jurídico, principalmente no que se refere aos modos de constituição da pessoa jurídica e aspectos tributários.⁴

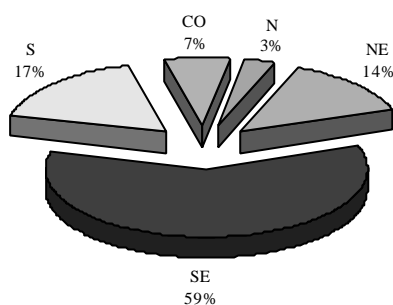
Tabela 1
Número de operadoras por forma de organização societária

Natureza Jurídica	OPS	OPS (%)
Sociedade por cota de participação limitada (LTDA)	773	34,63%
Sociedade cooperativa	542	24,28%
Sociedade civil com fins lucrativos	367	16,44%
Associação	155	6,94%
Sociedade civil sem fins lucrativos	116	5,20%
Sociedade anônima (S.A.)	113	5,06%
Sociedade comercial - Outras	97	4,35%
Fundação	43	1,93%
Empresa individual	14	0,63%
Empresa pública	11	0,49%
Dependência de empresa sediada no exterior	1	0,04%
Total:	2.232	100%

Fonte: ANS/MS - Mar. 2004.

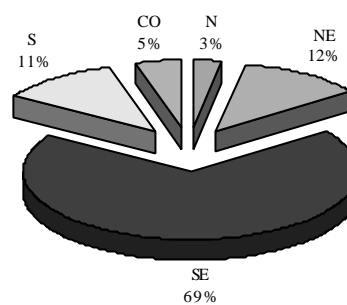
O expressivo número de operadoras existentes se deve, além do ambiente institucional que favoreceu sua proliferação, aos custos nulos de transação para a entrada e saída do mercado (COSTA e CASTRO, 2003). Contudo, verifica-se tendência de concentração das operadoras com mais de 100 mil consumidores, dado que apenas 58 operadoras ativas são responsáveis por mais da metade dos consumidores de planos de saúde, ao passo que cerca de 1.700 operam planos com até 10 mil consumidores, atendendo somente a 10% do mercado (ANS/MS, 2003). Além disso, o crescimento do mercado mostra-se desigual entre as Regiões brasileiras, o que se confirma pelos dados dos Gráficos 3 e 4, por onde se percebe intensa concentração de operadoras na Região Sudeste, com 69% dos consumidores de plano de saúde.

Gráfico 3
Operadoras por Região



Fonte: ANS/MS – Dez. 2003

Gráfico 4
Beneficiários por Região



Fonte: ANS/MS – Out. 2003

2.2.1. Agentes Regulados

Quanto à sua morfologia, a literatura registrava que esse mercado setorial era constituído basicamente por quatro modalidades organizacionais,⁵ quais sejam: medicinas de grupo, seguradoras, cooperativas e autogestões (BAHIA, 2001b; MÉDICI, 1992; e ALMEIDA, 1998).

Sucede, entretanto, que a regulamentação editada pela ANS⁶ estendeu o leque de classificação das operadoras por força das especificidades de cada organização tanto no que diz respeito à forma de escrituração contábil e de apuração de resultados como em função do tipo de atenção prestada.

Vale dizer que não integram o mercado de saúde suplementar as instituições de direito público das três unidades da Federação que mantêm programas de assistência à saúde voltados para seus servidores civis e militares.⁷

As operadoras passaram, assim, a estar classificadas nas seguintes modalidades organizacionais: medicina ou odontologia de grupo, seguradora, cooperativa médica ou odontológica, filantropia, autogestão e administradora. A composição do mercado está representada na Tabela 2:

Tabela 2
Número de beneficiários por modalidade de operadora

Modalidade Organizacional	OPS	OPS (%)	Benef.	Benef. (%)
Administradora	12	0,54	4.953	0,01
Autogestão Não Patrocinada	126	5,65	1.083.000	2,80
Autogestão Patrocinada	204	9,14	4.488.743	11,61
Cooperativa Médica	370	16,58	9.252.565	23,94
Cooperativa Odontológica	171	7,66	1.289.851	3,34
Filantropia	125	5,60	1.399.579	3,62
Medicina de Grupo	757	33,92	12.354.187	31,96
Odontologia de Grupo	453	20,30	2.939.570	7,60
Seguradora Especializada em Saúde	14	0,63	5.842.001	15,11
Total	2.232	100,00	38.654.449	100,00

Fonte: ANS/MS - Mar. 2004.

Enquadra-se na modalidade organizacional de Administradora a operadora que administra planos ou serviços de assistência à saúde sem assumir o risco decorrente da operação desses planos. O risco, nesse caso, é atribuído à empresa que a contrata. A Administradora, portanto, não comercializa plano de saúde, uma vez que tem apenas o objetivo de exercer, como uma empresa terceirizada, a gestão operacional (gerenciamento da rede assistencial, autorização de procedimentos etc.) do plano da operadora titular da carteira de consumidores. Por esse motivo, não possuem rede própria, credenciada ou referenciada, nem tampouco é a titular do cadastro de consumidores dos planos que administra.

São classificadas como Autogestão as entidades privadas que operam planos em sistema fechado, com população assistida delimitada, vinculada a instituições públicas ou organizações privadas ou, ainda, a sindicatos ou associações, operando o plano por intermédio de um setor interno, normalmente departamentos de recursos humanos, ou por uma pessoa com personalidade jurídica própria, sem finalidade lucrativa, criada com esse objetivo.⁸

O grande diferencial das autogestões é que não comercializam planos de saúde, pois apenas operam planos para um grupo predefinido, o qual pode ser patrocinado por uma ou mais empresas empregadoras (autogestões multipatrocinadas) ou até sem patrocínio, caso em que são custeadas apenas por seus associados. Segundo BAHIA (2001b), as autogestões originam-se da mais tradicional forma de proteção social aos trabalhadores, isto é, a assistência direta das empresas e, na maioria dos casos, caracterizam-se pela contribuição da empresa para o financiamento do plano, sendo também mais flexíveis do que a envolvida com o pré-pagamento *per capita* das modalidades comerciais.

As Cooperativas Médicas, por sua vez, são as operadoras que se organizam como sociedades de pessoas sem fins lucrativos, constituídas na forma da Lei n.º 5.764, de 1971, que operam planos de saúde. Além dos serviços dos próprios cooperados, em nível ambulatorial, as Cooperativas Médicas mantêm convênios com provedores de serviços médico-hospitalares, verificando-se uma recente rede própria crescente. A mesma definição é válida para a Cooperativa Odontológica, a não ser pelo fato de esta operar exclusivamente planos odontológicos.

Segundo ALMEIDA (1999), cooperativa médica é a modalidade na qual os médicos são simultaneamente sócios e prestadores de serviços que recebem pagamento de forma proporcional à produção de cada um, com base na tabela da Associação Médica Brasileira - AMB, além de participarem do rateio do lucro final obtido pelas unidades municipais. São predominantes nos Municípios de pequeno e médio portes, em boa parte em função da polêmica estratégia de unimilitância.⁹

Assinala também DUARTE (2001) que as cooperativas médicas se inserem no chamado “complexo Unimed”, sistema multicooperativo que congrega, além das cooperativas de trabalho médico (Unimeds), as de economia e crédito mútuo (Unicreds) e as de consumo para os integrantes do sistema Unimed (Usimeds), bem como um sistema empresarial que engloba instituições não cooperativistas, representadas por empresas de capital e uma fundação sem fins lucrativos.

Por Filantropia classificam-se as instituições sem fins lucrativos que operam planos de saúde que tenham obtido certificado de entidade filantrópica junto ao Conselho Nacional de Assistência Social - CNAS e declaração de utilidade pública federal, estadual ou municipal pelos órgãos governamentais competentes. As Santas Casas de Misericórdia são o mais recorrente exemplo dessa categoria de operadora.

Os planos de saúde operados pelas Filantropias, em geral, permitem o acesso a um grupo bastante restrito de serviços ou a um único estabelecimento hospitalar, geralmente localizados em municípios de pequeno e médio portes (BAHIA, 2001a). Registre-se, ainda, que adverte CORDEIRO (1983) sobre a tendência, claramente manifestada a partir dos anos 50, de redução da feição filantrópica dessas atividades, na medida em que essas instituições vêm mantendo sua categoria de filantropia apenas sob o ângulo

jurídico, ao passo que, do ponto de vista econômico, passaram a paulatinamente se comportar como empresas lucrativas, onde, ainda que não se configure uma apropriação privada do superávit produzido, verificam-se outras formas de remuneração que representam forma transversa de repartição da renda obtida.

Classificam-se como Medicina de Grupo as operadoras que operam planos de saúde pelos antes conhecidos como convênios médico-hospitalares. Pela regulamentação da ANS, a Medicina de Grupo figura como modalidade residual,¹⁰ na medida em que não há característica jurídico-institucional específica que lhe dite sua essência. É a forma dominante no mercado, tanto em número de operadoras como de consumidores, mas sua maioria é de operadoras de pequeno porte (ALMEIDA, 1999).

É inegável a similitude entre a estrutura das medicinas de grupo e as *HMO* norte-americanas e, como verifica MÉDICI (1992), podem ser classificadas em três tipos: *staff model*, representando as *HMO* que detêm seus próprios hospitais e assalariam os médicos; *group model*, em que grupos médicos são contratados pelas *HMO*; e *Individual Practice Association*, na qual as *HMO* contratam médicos individualmente para que atendam os pacientes em seus consultórios.

Nessa mesma linha está a Odontologia de Grupo, sendo que esta se dedica a operar somente planos odontológicos.

Classificam-se como Seguradoras Especializadas em Saúde as empresas que comercializam o seguro enquadrado como plano privado de assistência à saúde, devendo, para tanto, realizar a atividade com exclusividade, isto é, sem *mix* de carteiras com outros ramos do seguro.

A regulação do seguro saúde é anterior à do mercado de saúde suplementar.¹¹ Inicialmente as seguradoras operavam apenas com a modalidade reembolso, contra a apresentação dos comprovantes das despesas médico-hospitalares, pois não dispunham de rede assistencial e atuavam apenas com a intermediação financeira da provisão dos serviços. Posteriormente, foi-lhes autorizado o referenciamento de uma rede de profissionais em saúde, estabelecimentos hospitalares e SADT como estratégia de competição no mercado, restando-lhes, contudo, ainda vedada a manutenção de serviços próprios de atendimento médico-hospitalar.

As principais características dos planos operados pelas Seguradoras Especializadas em Saúde são a livre escolha dos serviços de assistência à saúde, garantindo o reembolso posterior das despesas, e a ausência de rede própria. São obrigatoriamente organizadas sob a forma de sociedades anônimas.

Verifica, ainda, BAHIA (2001b) que, embora as seguradoras especializadas representem a modalidade organizacional mais recente no mercado de saúde suplementar, sua importância transcende a mera participação numérica. Dados da ANS apontam para uma realidade altamente concentradora. Conforme demonstrado na Tabela 3, as 14 seguradoras especializadas representam 0,63% das operadoras e, no entanto, detêm 15% do total de beneficiários.

Releva ressaltar, ainda, que dos R\$23 bilhões que o setor de saúde suplementar movimentava, as seguradoras especializadas participam com cerca de R\$ 6 bilhões em prêmios totais, o que representa pouco mais de um quarto do montante total. Em ativos garantidores, tem-se que dos quase R\$ 1,3 bilhão de provisões técnicas constituídas pelas operadoras até dezembro de 2003 as 14 Seguradoras acumulam 68% do total provisionado, o que representa pouco menos de R\$ 1 bilhão, ao passo que todo o restante do mercado operador soma 32% (ANS/MS, 2003).

É curioso observar, no entanto, a existência de concentração entre as próprias Seguradoras, pois o mercado de seguro saúde está basicamente dividido entre duas grandes empresas: a Sul América e a Bradesco, captando ambas cerca de 80% do total de prêmios (ANS/MS, 2003).

2.2.2. Produtos Regulados

A primeira distinção que é preciso ser feita ao se tratar do produto em torno do qual opera o mercado de saúde suplementar é a coexistência entre os planos de saúde¹² regulados e os não regulados.

Considerando que a efetiva operação do produto começa a partir da assinatura de um contrato,¹³ verifica-se haver basicamente duas espécies de planos de saúde ativos: aqueles cujo contrato foi celebrado antes da vigência da Lei nº 9.656, de 1998,

usualmente chamados de planos antigos, e os firmados depois da vigência dessa Lei, os planos novos.

Por planos antigos tem-se os que não estão sob a égide da Lei nº 9.656, de 1998, e que seguem a disciplina jurídica vigente na época de sua celebração (Código de Defesa do Consumidor e Decreto-lei nº 73, de 1966, no caso de seguros).

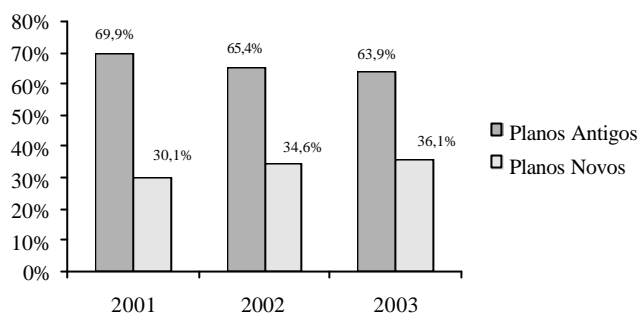
Vale dizer que o marco inicial para a operação de planos novos é 2 de janeiro de 1999, sendo isso o que se depreende da contagem do prazo previsto no art. 12, § 1º¹⁴ da Lei nº 9.656, de 1998, por onde se determina a oferta obrigatória de planos novos após 120 dias de a Lei entrar em vigor. Cabe esclarecer, nesse passo, que as mudanças legais provocadas pela edição de sucessivas Medidas Provisórias não alteraram o início da vigência da Lei nº 9.656, ou seja, 2 de setembro de 1998.

É possível, então, coexistirem, após a regulação do mercado de saúde suplementar, planos antigos e novos até o fim de 1998, uma vez que, durante esse espaço de tempo, a Lei ainda permitia a oferta de planos antigos. No entanto, não há informações disponíveis para que se possa aferir o volume de planos novos existentes no mercado antes do início da obrigatoriedade de seu oferecimento, mas pode-se arriscar a dizer que representam parcela pouco considerável, tendo em vista a necessidade de tempo para que o mercado pudesse conformar seus produtos com as novas regras, tanto assim que a Lei nº 9.656, de 1998, ressalvados alguns dispositivos pontuais, não teve vigência imediata.

Há, ainda, forte predominância, no mercado de saúde suplementar, dos planos antigos (64%) sobre os novos, o que se deve ao fato de ser a regulação recente em face de um mercado em operação há décadas. Acrescente-se que a Lei nº 9.656, de 1998, proibiu a oferta de planos antigos e previu a adaptação destes ao novo regime, mas, em atenção ao ato jurídico perfeito,¹⁵ não obrigou os consumidores a adaptar seus planos antigos. Dessa sorte, hoje ainda se convive com planos antigos, pelo que se estima que 25 milhões de consumidores estejam à margem da proteção contratual trazida pelo ambiente regulatório, sujeitos a contratos que prevêm exclusão de coberturas assistenciais e limitação de procedimentos.

Releva considerar, no entanto, que se observa um tênue processo migratório para os planos novos, como mostra o Gráfico 5, o que não necessariamente indica a ocorrência de adaptação dos contratos, sendo uma explicação possível a extinção dos contratos antigos, em particular os coletivos empresariais, em que a mobilidade é maior.

Gráfico 5
Distribuição de beneficiários por tipo de plano



Fonte: ANS/MS - Ago. 2003.

Nota: Projeção de dados para planos antigos.

Verifica-se, também, que, até o marco regulatório, não havia padrão de cobertura assistencial para os planos antigos, sendo amplo o leque de variações quanto ao acesso à rede de serviços. No entanto, BAHIA (2001a) observa que esses planos obedeciam, em geral, a regras claramente identificáveis associadas a uma hierarquização das demandas segundo o estrato socioeconômico do consumidor, seja quanto à possibilidade de escolha do médico, seja ao acesso e tipo de acomodação em estabelecimentos hospitalares.

A extensão da cobertura também não se apresentava uniforme. Cada segmento apresentava especificidades quanto ao plano oferecido e às formas de comercialização, o que levava a um alto grau de diferenciação entre produtos. Essas diferenças, porém, não descaracterizavam o mercado, na medida em que a heterogeneidade dos planos era relativizada pelo predomínio da limitação de tecnologias de alto custo e da exclusão de patologias crônico-degenerativas, revelando, em função desse traço comum, que os produtos eram, de certo modo, substitutos entre si (REIS, 2000).

A Lei nº 9.656, de 1998, trouxe a garantia da integralidade da cobertura assistencial, que passou a abranger todas as patologias catalogadas na CID, bem como a instituição do plano-referência, de oferecimento obrigatório pelas operadoras, com exceção das autogestões e odontologias, que compreende o atendimento ambulatorial e hospitalar,

com cobertura obstétrica, e inclui cobertura integral em situações de urgência e emergência, com padrão de enfermaria. No entanto, manteve a Lei, de certo modo, a configuração de produtos já sedimentada no mercado ao admitir a segmentação das coberturas segundo a complexidade do nível de atenção.

Os planos privados de assistência à saúde podem ser oferecidos pelas operadoras aos consumidores nas segmentações ambulatorial, hospitalar com ou sem obstetria, odontológico, ou na sua combinação, sem limitações de procedimentos correspondentes a cada nível de atenção. A participação no mercado de cada segmento de cobertura está assim distribuída, sendo predominante a cobertura combinada dos segmentos ambulatorial e hospitalar, conforme mostra a Tabela 3:

Tabela 3
Número de beneficiários por segmentação do plano

Segmentação do Plano	Benef.	Benef. (%)
Ambulatorial	625.520	4,1%
Hospitalar e Ambulatorial	9.190.678	59,7%
Hospitalar	191.490	1,2%
Odontológico	2.410.694	15,7%
Referência	2.965.116	19,3%
Total	15.383.498	100,0%

Fonte: ANS/MS – Out. 2003.

Nota: Foram considerados os beneficiários em planos novos.

Reproduzindo a configuração consolidada no mercado, a regulamentação¹⁶ definiu as formas de contratação de planos de saúde em três espécies: planos individuais ou familiares, planos coletivos empresariais e os por adesão.

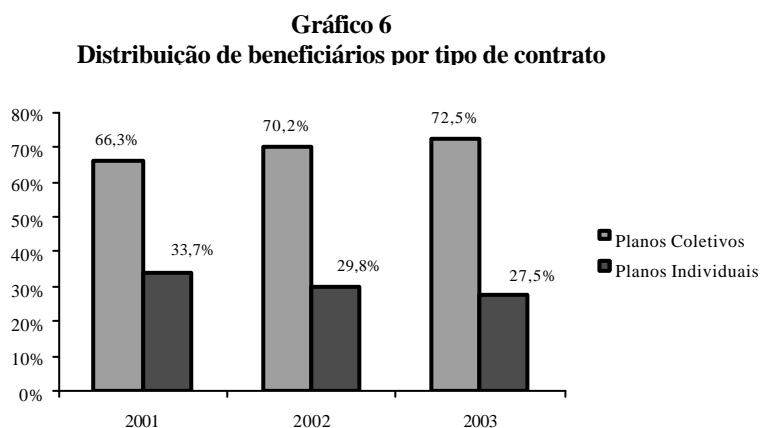
A contratação é individual ou familiar quando o consumidor pessoa física aderir livremente a qualquer segmento de plano oferecido no mercado de consumo, podendo ou não, incluir grupo familiar ou dependentes. São esses planos que receberam maior atenção da Lei, uma vez que, em tais situações, é visível o desequilíbrio de poder econômico entre a operadora e o consumidor singular. São exemplos de proteção contratual ao consumidor de plano individual ou familiar a vedação de discriminação de consumidores e de rescisão do contrato por vontade exclusiva da operadora, bem como a submissão aos índices de reajustes autorizados pelo órgão regulador.

É coletiva a contratação empresarial quando oferece cobertura a uma população delimitada e vinculada à determinada pessoa jurídica, podendo o vínculo ser

empregatício, associativo ou sindical. A adesão é automática e ocorre na data da contratação do plano ou no ato da vinculação à pessoa jurídica contratante, podendo haver a inclusão dos dependentes legais dos titulares. E é coletiva por adesão quando oferece cobertura para uma massa delimitada de consumidores, mas a adesão é espontânea e opcional do funcionário, associado ou sindicalizado, podendo ser incluídos os dependentes legais dos titulares.

Os contratos empresariais serão necessariamente patrocinados. Já os por adesão podem ser com ou sem patrocínio, sendo este último caso motivo de preocupação do regulador. Isso porque os planos sem patrocinador são os oferecidos por pessoa jurídica, com adesão opcional do consumidor, cabendo-lhe arcar com a integralidade das contraprestações pecuniárias diretamente à operadora. Esses arranjos contratuais, em alguns casos, revelam-se apenas uma camuflagem para se transacionar planos individuais e familiares, ressaltando-se que crescem as denúncias relativas à falsa coletivização de contratos, como mecanismo de burla à proibição do rompimento unilateral e ao controle de reajustes (ANS/MS, 2003).

Vê-se também predominância dos planos coletivos (72,5%) em relação aos individuais e familiares (27,5%), o que se justifica pela própria história do surgimento e expansão do mercado de saúde suplementar, cujas raízes estão na “medicina de fábrica”. No entanto, é de se observar, nos últimos anos, uma retração dos planos individuais ou familiares em relação aos coletivos, conforme aponta o Gráfico 6:



Fonte: ANS/MS - Ago. 2003.

Nota: Foram considerados os beneficiários em planos novos.

Uma explicação possível seria a tendência das operadoras em dar preferência à comercialização de planos coletivos, uma vez que a negociação do contrato pelas partes é mais flexível. Segundo COSTA (2002:28), entre as seguradoras especializadas, apenas duas permanecem ativas na captação de apólices individuais, pois “a preferência da maioria recai sobre os planos coletivos porque prevêm não só reajustes com periodicidade inferior a 12 meses e atrelados a índices de desempenho das apólices, mas também livre negociação entre as partes sobre critérios de utilização”.

2.3. ESPECIFICIDADES E FALHAS DO MERCADO

O mercado de saúde suplementar não pode ser considerado um mercado típico. Como se disse, sua formação se deu, nesses últimos 40 anos, sem nenhuma presença efetiva do Estado e, mais do que isso, surgiu a partir do fortalecimento de mecanismos privatísticos, promovidos pela própria atuação governamental, o que levou esse setor a uma expansão sem que houvesse pelo Estado intervenção mais efetiva. Não bastasse, a complexidade de sua estrutura, a relevância social do produto que nele se opera e a imbricada relação entre seus três principais agentes, operadoras, provedores de serviço e consumidores, já constituem *per se* fatores determinantes de sua singularidade.

Nessa reação triangular, os agentes põem em confronto valores antagônicos: em um vértice estão as operadoras, que buscam manter o equilíbrio econômico-financeiro que assegure a operação do produto; em outro estão os prestadores de serviço, que desejam ver preservada a integridade do ato médico; e no terceiro vértice estão os consumidores, que esperam ter os meios e acessos necessários à preservação de sua saúde, a um preço razoável.

Deve-se também ter presente que a prestação de serviços de assistência à saúde tem como pano de fundo um complexo médico-industrial que envolve, além dos prestadores de serviços, neles incluídos profissionais de saúde, estabelecimentos hospitalares, laboratórios e SADT, todo um leque de setores ligados à produção e comercialização de medicamentos, material e equipamentos médicos, inclusive com uso intensivo de P&D. A saúde suplementar recebe, assim, influência direta de outros mercados, de modo que a

tomada de decisão em um setor pode causar reflexo direto sobre os demais segmentos do complexo da saúde, com impactos para as condições de saúde da população.

Nesse passo, cumpre ressaltar a crescente elevação dos custos de produção nos serviços de saúde em função não só da ampliação das coberturas, mas também da incorporação de novas tecnologias. Esta, a seu turno, caracteriza-se por estar precipuamente direcionada aos meios de complementação diagnóstica (tomografia computadorizada e imagem por ressonância magnética são alguns exemplos), pressionando mais ainda os preços dos serviços, na medida em que o ingresso da inovação tecnológica não necessariamente representa uma redução do custo da produção ou um aumento de produtividade em si.

O desenvolvimento de novos equipamentos médicos provocou drástica mudança na organização dos serviços em saúde tanto na seara técnica, com a progressiva especialização da medicina, quanto na divisão social do trabalho médico. Segundo REIS (2000), os equipamentos médicos tendem a gerar novas especializações complexas, e não substituir o trabalho qualificado por trabalho simples, pelo que não elimina, mas, em alguns casos, intensifica o caráter *labor-intensive* do setor.

Vale dizer que tais especificidades não são um caso isolado brasileiro, mas algo que afeta todos os países, em especial os ditos emergentes. Em função da complexidade do setor, verifica-se que a provisão dos serviços de saúde enfrenta problemas em todo o mundo, em particular após a metade do último século, quando os gastos com saúde passaram a assumir largas proporções nos orçamentos públicos até mesmo dos países centrais (MÉDICI, 2002).

No caso brasileiro, impende considerar outra especificidade da assistência à saúde, que decorre do hibridismo que caracteriza seu sistema, no qual se verifica a existência de uma dupla intermediação dos serviços: pública, constituída pelo SUS, e privada, pelas operadoras (TEIXEIRA, 2001). Esse hibridismo gera uma série de impasses para a gestão pública dos serviços de saúde, que vão desde a falta de um planejamento integrado à formação de mecanismos de complementaridade instáveis e submetidos à lógica econômica privada, destacando-se, entre os problemas dessa configuração, o fato de a intermediação tanto privada quanto a pública demandar serviços de uma mesma rede de prestadores, a qual é predominantemente privada, como já relatado.

TEIXEIRA (2001) também aponta outra especificidade ao tocar nos problemas relacionados à capacidade instalada, que adquirem dimensões significativas quando se toma em conta que o Brasil possui dimensões continentais e é marcado por uma abissal desigualdade regional, seja de natureza socioeconômica, seja em termos de densidade demográfica. Há regiões com grande concentração de equipamentos, instalações e serviços, e outras onde predomina sua escassez, e até mesmo, sua inexistência.

Esses problemas se vêem agravados pelo fato de que as regiões onde se concentram equipamentos e serviços também são caracterizadas pela ocorrência de graves disparidades de renda e condições de vida e moradia. Dados do Ministério da Saúde (SOUZA, 2002) dão conta que o IDH de 1996 para o Brasil foi de 0,830, sendo, contudo, acentuadas as diferenças entre as regiões geográficas, variando desde 0,608 para a Região Nordeste a 0,860 para o Sul. E acrescentam que, quanto à distribuição de renda, 20% da população brasileira de melhor nível econômico detém 63,1% do total da renda, ao passo que os 20% mais pobres dispõem de 3,5%.

Soma-se a esse quadro o processo de transição epidemiológica pelo qual passou o Brasil nas últimas décadas, alterando o perfil de morbimortalidade da população, uma vez que as chamadas doenças infectocontagiosas e parasitárias, características de países com baixo grau de desenvolvimento, cederam espaço para as crônico-degenerativas. Essa transição retardada pode ser observada pela significativa alteração nos indicadores epidemiológicos clássicos entre 1950 e 2000, em que pese ainda persistirem as variações regionais. A taxa de mortalidade infantil passou de 135 para 29,6 óbitos por mil nascidos vivos; a taxa de mortalidade por doenças infectocontagiosas passou de 37 para 5,3 óbitos por cem mil habitantes; e a esperança de vida ao nascer passou de 45,7 para 69 anos (SOUZA, 2002), o que se reflete na transição demográfica provocada pelo processo de envelhecimento da população.

O impacto dessas transformações e mudanças tem reflexo imediato sobre o custo da atenção à saúde, porque a transição epidemiológica veio configurar um plexo de patologias típicas de um modo de vida urbano-industrial, cujo custo do tratamento se revela mais elevado, e porque, com a transição demográfica, a elevação da população idosa leva ao aumento das despesas médicas, por ser ela mais suscetível de atendimento médico-hospitalar.

É importante constatar também que, no mercado de saúde suplementar, a sinistralidade¹⁷ nas operações é bastante alta. Atualmente esse índice é, em média, 81% (ANS/MS, 2004), quando se considera que o cenário tido por razoável gira em torno de 70%,¹⁸ o que torna reduzida a margem de retorno obtida com as operações (resultado operacional), restando à operadora a alternativa de aumentar a rentabilidade com o resultado financeiro ao aplicar os recursos em renda fixa ou variável, por exemplo.

A essas especificidades agregam-se as falhas de mercado que são características do setor privado de saúde que, em seu conjunto, contribuem para tornar ainda mais complexas as relações nessa arena, bem como diferenciar o setor saúde dos demais setores da economia (TEIXEIRA,2001).

Vale dizer que a noção de falha de mercado está ligada à idéia da eficiência alocativa dos recursos, pelo que haverá falha quando a existência do mercado não gerar por si só resultados ótimos do ponto de vista de bem-estar econômico (MAJONE, 1996).

Stiglitz (1999) considera que são basicamente seis as falhas de mercado:

- a competição imperfeita decorrente de monopólio natural, em que, na ausência de substitutos entre si, o preço ditado pelo monopolista não corresponde ao custo marginal, não tendo, assim, incentivos para minimizar os custos de sua produção;
- os bens públicos, em que não se pode estabelecer preços via mercado, uma vez que não há custo adicional para que um indivíduo usufrua dos benefícios do bem produzido (não-rivalidade) e também é impossível excluir um indivíduo da fruição desse bem (não-exclusividade), tomando-se como exemplo de bem público a segurança nacional;
- as externalidades (negativas ou positivas), que se dão quando uma ação de um agente afeta outros, impondo-lhes um custo, sem compensá-los (ex.: poluição), ou um benefício, sem deles receber um retorno (ex.: vacinação);
- os mercados incompletos, aqueles que falham em prover bens ou serviços ainda que o custo seja menor do que os indivíduos estejam dispostos a pagar;

- a assimetria de informação, quando os agentes não dispõem de informações suficientes ou adequadas para fazer suas escolhas, levando-os a tomar decisões subótimas;
- o desemprego e outros distúrbios macroeconômicos, ressaltando que uma alta taxa de desemprego é a primeira e mais dramática evidência de que algo não está funcionando bem no mercado.

No caso do mercado de saúde suplementar, pode-se destacar a ocorrência de risco e de incerteza que leva à seleção adversa e ao risco moral (*moral hazard*); as externalidades e a assimetria informacional (DONALDSON e GERARD, 1993).

Ao contrário de outros produtos, a demanda por serviços de saúde é imprevisível, o que inviabiliza um planejamento individual sobre o consumo futuro de assistência à saúde. A resposta do mercado é a oferta de planos de saúde que, além dos custos assistenciais, paguem os custos administrativos e comerciais e dêem margem de lucro. Pelo lado do consumidor, tem ele a consciência de que paga por outras despesas além daquelas relacionadas com os gastos assistenciais, mas se dispõe a pagar o preço porque é avesso ao risco.

A tendência é, por conseguinte, de adquirir plano de saúde o consumidor mais propenso ao risco, utilizando-se de seu maior conhecimento sobre suas próprias propensões a doenças. As operadoras, com efeito, acabam por incorporar consumidores de maior risco em decorrência do desconhecimento sobre as reais condições de saúde do consumidor. Esse fenômeno se denomina *seleção adversa* e, por sua conta, as operadoras calculam o preço do plano com base em um risco médio.

A isso se adiciona outra estratégia adotada no mercado, que é a prática da chamada seleção de risco. Com o objetivo de maximizar as áreas sobre as quais têm controle e minimizar as que não permitem estabelecer previsões com um grau de precisão, as operadoras criam barreiras à entrada no plano de consumidores com perfil de alto risco, seja pela restrição direta de acesso ao plano, seja pela diferenciação de preços segundo o risco.

Segundo ANDRADE e LISBOA (2000), o cálculo do preço a ser pago pelo consumidor de plano de saúde é feito com base em um sistema de tarifação denominado *experience rating*, cuja consequência é que consumidores de maior grau de risco paguem preços mais elevados, o que gera efeitos perversos sobre a distribuição de renda do país e, em alguns casos, determina a exclusão de grupos sociais do mercado de saúde suplementar.

No Brasil, a seleção de risco é prática bastante usual, podendo ser identificada pela frequência das reclamações dos consumidores de planos de saúde. A Tabela 4 mostra que reajustes abusivos e negativas de cobertura lideram o *ranking* de denúncias recebidas pelo atendimento do Disque ANS, com quase 34% e 13% do total.

Tabela 4
Consultas e denúncias de consumidores recebidas pelo Disque ANS (2001- 2004)

Atendimentos Relação de Temas	Consultas	Consultas (%)	Denúncias	Denúncias (%)	Total	Total (%)
ANS	22.117	11,60	22	0,11	22.139	10,51
Aposentados, Demitidos e Exonerados	7.435	3,90	192	0,96	7.627	3,62
Aumento de Mensalidade	39.068	20,50	6.731	33,74	45.799	21,75
Carência	8.545	4,48	230	1,15	8.775	4,17
Cobertura Assistencial	31.411	16,48	2.573	12,90	33.984	16,14
Cobertura Geográfica	817	0,43	39	0,20	856	0,41
Contrato e Regulamento	22.337	11,72	1.691	8,48	24.028	11,41
Doença ou Lesão Preexistente	9.510	4,99	1.439	7,21	10.949	5,20
Internação	1.843	0,97	110	0,55	1.953	0,93
Mecanismos de Regulação	2.170	1,14	283	1,42	2.453	1,16
Operadoras e Planos de Saúde	29.981	15,73	1.834	9,19	31.815	15,11
Outros	2.101	1,10	362	1,81	2.463	1,17
Rede Prestadora	7.416	3,89	3.942	19,76	11.358	5,39
Reembolso	2.316	1,22	193	0,97	2.509	1,19
SUS – Sistema Único de Saúde	302	0,16	7	0,04	309	0,15
Urgência e Emergência	3.241	1,70	304	1,52	3.545	1,68
TOTAL	190.610	100	19.952	100	210.562	100

Fonte : ANS/MS - Fev. 2004.

Da parte dos consumidores, a falha presente no mercado de saúde suplementar é o chamado *risco moral*, o qual se opõe ao pressuposto da racionalidade (DONALDSON e GERARD, 1993), em que o consumo pode ser planejado e ocorrer na medida da necessidade do consumidor. Sucede que, nos planos de saúde, há uma tendência à sobreutilização dos serviços de assistência à saúde, dado que o consumidor não tem

incentivos para racionalizar o uso por não ter de suportar o custo total do atendimento. A operadora, a seu turno, incorpora esse comportamento do consumidor ao calcular as despesas esperadas, elevando o valor do preço do plano.

REIS (2000:138) aponta como risco moral a ênfase à importância do fator tecnológico na resolutividade dos problemas de saúde ao mencionar que “as políticas de *marketing* desenvolvidas pelos meios de comunicação de massa, notadamente a televisão, estariam favorecendo a propensão de consumir seus serviços”.

As externalidades também estão presentes no setor saúde, pois, como anota MÉDICI (1992), o consumo de cuidados de saúde está associado a efeitos externos e, para exemplificar, lembra que o benefício trazido por uma campanha de vacinação não se limita ao indivíduo, mas, sim, a toda a comunidade, com reflexos para a demanda de serviços de assistência à saúde. Do mesmo modo, mas em sentido contrário, pode-se citar a ineficiência no controle de uma epidemia, o que leva ao aumento da demanda dos serviços de assistência à saúde. Essa característica faz com que tais medidas necessitem de uma entidade coletiva, como o Estado, para sua consecução.

Releva mencionar a assimetria de informação na relação médico-paciente, por ser esta outra falha bastante característica do mercado de assistência à saúde. Subsiste uma relação técnica entre assistência à saúde e resolutividade do problema de saúde, que é o conhecimento que só o médico (provedor) detém. Assim, ao desconhecer as condições da incidência da doença e a eficácia no tratamento, o consumidor revela enorme dependência do provedor do serviço. É ele quem, a rigor, indicará quais tipos de serviços, medicamentos e exames deverão ser consumidos para um dado quadro de sintomas. Essa posição pode influenciar ao mesmo tempo oferta e demanda. Os médicos têm o poder de induzir a demanda, com a solicitação de procedimentos desnecessários pelo lado da oferta de serviços, problema relativamente contumaz entre os provedores e os consumidores, em função da desigualdade de informações.

MÉDICI (1992:80) também observa que, pelo lado da produção, “a determinação do preço não é dada somente pelas condições de oferta e demanda. O grande número de especialidades, corporações médicas, o caráter oligopolista dos hospitais de especialidades etc. fazem com que não existam padrões clássicos de formação de

preços. Estes, em geral, são formados por mecanismos externos ao mercado, como tabelas de remuneração fixadas por entidades médicas, por exemplo”.

Nesse sentido, assinala Stiglitz (1999) que informação é, em muitos casos, um bem público, pois dar informação a mais um indivíduo não implica a redução do *quantum* de informação que os demais detêm. E adverte que a eficiência do mercado requer que a informação seja livremente disseminada. O mercado privado irá freqüentemente fornecer informação inadequada, assim como ele fornece inadequada quantidade de outros bens públicos.

Outra falha de mercado é assinalada por DONALDSON e GERARD (1993) e recebe a denominação de *deseconomia de escala*, que ocorre no mercado de serviços de assistência à saúde, quando são muitas pequenas companhias competindo entre si, cada qual com custos diferentes. Isso significa um custo final, por unidade de produto, maior.

É essa a conjuntura que autoriza a intervenção do Estado no mercado de saúde suplementar, sendo que a intensidade da intervenção dependerá da intensidade de suas falhas (DONALDSON e GERARD, 1993).

NOTAS

1 - Circular SUSEP nº 5, 09/5/1989.

2 - Balanço do DPDC das principais reclamações do consumidor em 2003. Disponível em <<http://www.mj.gov.br/noticias/2004>>. Acessado em março de 2004.

3 - A denominação dada às empresas médicas pela Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, é Operadoras de Planos de Assistência à Saúde (art. 1º, II), mas, para efeito deste estudo, adotar-se-á a terminologia “operadora”, apenas por conveniência didática.

4 - As sociedades anônimas e as cooperativas têm sua organização minuciosamente detalhada em legislação especial (Leis nºs 6.040/76 e 5.764/71), ao passo que as demais se regem pelas normas gerais da lei substantiva civil e comercial. O mesmo se dá em

relação ao tratamento tributário, na medida em que regras de incidência, imunidade e incentivos tributários são diferenciadas entre os tipos de sociedades existentes.

5 - Concordando com BAHIA (2001a) no uso do termo “modalidade” para se referir às espécies de operadoras existentes no mercado de saúde suplementar, optou-se, neste estudo, por se adotar a expressão “modalidade organizacional”, em vez de “empresarial”, por ser aquela mais consentânea com a lei civil, visto que fundações privadas e associações sem fins lucrativos não se enquadram como empresas, por se organizarem com fins não econômicos (cf. arts. 53 e 62 da Lei nº 10.406/2002, Novo Código Civil). No entanto, cumpre registrar que o termo legalmente adotado é “segmentação das operadoras”, conforme indica o art. 4º, X da Lei nº 9.961, de 2000.

6 - Resolução CONSU nº 5/98, RDC nº 39, de 27/10/2000, com alteração da RN nº 40/2003, e RDC nº 65/2001.

7 - Esse não é o caso das Caixas de Assistência dos Advogados que, embora ainda não seja tema considerado pacífico (BARROSO, 2001), entende a ANS (Súmula nº 1/2002), tratarem-se de pessoas jurídicas de direito privado, por força do que dispõem os arts. 45, § 4º e 62 da Lei nº 8.906/94.

8 - As autogestões estão assim definidas pela Resolução CONSU nº 5, de 03/11/1998: “Art. 1º Para fins de aplicação das disposições contidas na Lei nº 9.656, de 1998, são caracterizados como sistemas de assistência à saúde na modalidade autogestão aqueles destinados exclusivamente a empregados ativos, aposentados, pensionistas e ex-empregados, bem como seus respectivos grupos familiares definidos, de uma ou mais empresas, ou ainda a participantes e dependentes de associações, sindicatos ou entidades de classes profissionais.” e “Art. 2º As autogestões deverão possuir gestão própria através de órgãos internos de empresas, entidades sindicais, ou através de entidade jurídica de direito privado, sem finalidade lucrativa, estabelecida precipuamente para este fim ou ainda através de fundações, sindicatos, caixas ou fundos de previdência fechada.” A RDC nº 39/2000 contemplou definição semelhante em seu art. 14.

9 - Denomina-se unimilitância (DUARTE, 2001) a proibição de que seus cooperados sejam credenciados ou empregados de outros planos de saúde, sob o argumento de que seguem a legislação especial das cooperativas. Prática nessa linha já era considerada

anticoncorrencial pelas normas da Lei nº 8.884/94, mas dependia da análise do caso concreto pelo CADE e, na esfera do Poder Judiciário, a questão, ainda, tormentosa. A Lei nº 9.656/98 veio vedá-la expressamente, conforme art. 18, II, ao determinar ser “expressamente vedado às operadoras, independentemente de sua natureza jurídica constitutiva, impor contratos de exclusividade”.

10 - A RDC nº 39/2000 assim define as Medicinas de Grupo em seu art. 15: “Classificam-se na modalidade medicina de grupo as empresas ou entidades que operam Planos Privados de Assistência à Saúde, excetuando-se aquelas classificadas nas modalidades contidas nas Seções I, II, IV e VII desta Resolução.”

11 - O seguro saúde era regido pelo Decreto-lei nº 73/66 e fiscalizado pela SUSEP, sob a regulamentação do CNSP. Com a edição das Leis nºs 9.656/98 e 9.961/2000, o seguro saúde passou a se enquadrar como plano privado de assistência à saúde e, por corolário, as seguradoras como operadoras de plano de assistência à saúde, conforme art. 2º da Lei nº 10.185/2001, que determina a especialização dessas sociedades e disciplina sua subordinação às normas e à fiscalização da ANS.

12 - Optou-se, neste estudo, por adotar a expressão “plano de saúde” inclusive para os seguros saúde por conta da identificação do produto pela Lei nº 9.656/98 (art. 1º, I e § 1º) e pela simetria entre planos e seguros ditada pela Lei nº 10.185/2001.

13 - Ao se mencionar contrato, deseja-se aludir a todas as formas de celebração de um acordo entre partes, podendo se concretizar por diferentes instrumentos jurídicos, como estatutos, regulamentos etc.

14 - Diz o art. 12, § 1º, “após cento e vinte dias da vigência desta Lei, fica proibido o oferecimento de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei fora das segmentações de que trata este artigo, observadas suas respectivas condições de abrangência e contratação”.

15 - Ato jurídico perfeito é aquele que, sob o regime da lei antiga, tornou-se apto para produzir os seus efeitos, pois apresentava todos os requisitos indispensáveis a sua validade, estando, por isso, imune aos efeitos da lei nova. Está protegido pela Constituição de 1988 (art. 5º, XXXVI), pelo que a lei nova não pode retroagir para alcançar-lhe.

16 - Resolução CONSU nº 14, de 03/11/1998.

17 - O índice de sinistralidade é obtido a partir da despesa com eventos ocorridos (sinistros) pela receita das contraprestações pecuniárias recebidas (prêmios).

18 - Tomou-se por base o índice de sinistralidade previsto para o mercado segurador pela Resolução CNSP nº 6 de 22/6/1994. A média da sinistralidade foi calculada com base nos índices das seguradoras, cooperativas médicas e medicinas de grupo, tendo em vista que, juntas, representam 80% do mercado.

CAPÍTULO III - REGIME REGULATÓRIO BRASILEIRO

Apresentado um referencial teórico acerca da formação do mercado de saúde suplementar no Brasil e sua interseção com o sistema público, bem como as especificidades e falhas desse mercado, cumpre situar, no campo conceitual, o papel do Estado quanto ao grau de intervenção sobre a ordem econômica, que levou à construção de um regime regulatório pela adoção do modelo de agência independente.

Este capítulo se dedica a identificar as relações entre Estado e mercado, em particular a interferência estatal na vida econômica, com um enfoque sobre os modelos institucionais que foram dotados ao Aparelho do Estado para a consecução desse papel.

3.1. INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ATIVIDADE ECONÔMICA

Desde tempos remotos, o Estado interfere no agir dos indivíduos, para controlá-los ou para dirigi-los, com mais ou menos intensidade, de acordo com o pensamento dominante na sociedade. Muito embora não se possa atribuir-lhe o papel de organizador exclusivo da vida social, sua presença é condição inafastável para a proteção do interesse coletivo. Também é assim no tocante à produção de bens e serviços, de tal modo que a relação entre Estado e mercado sempre se dará por um processo dialético e dinâmico, variando segundo as contingências políticas, ideológicas e econômicas.

MOREIRA NETO (2003:129) conceitua a intervenção do Estado sobre a atividade econômica “como a imposição imperativa que faz de uma ordem artificialmente engenhada, aquela abstratamente presumida como eficiente, para reger as relações das sociedades que jurisdiciona, afastando a ordem espontânea por elas gerada”.

Assim é que o autor classifica, do ponto de vista jurídico, a intervenção estatal em quatro espécies, em função de seu conteúdo: (i) a regulatória, que se caracteriza pela imposição de condutas positivas ou negativas sobre o desempenho de atividades

econômicas privadas; (ii) a concorrencial, que se configura pela imposição da presença do Estado como agente econômico, em regime de competição em condições igualitárias ou privilegiadas com os agentes privados; (iii) a monopolista, que consiste na presença do Estado como agente econômico exclusivo, afastando a competição com os agentes privados; e (iv) a sancionatória, que se constitui na imposição de sanções punitivas pelo Estado aos agentes privados que, no desempenho da atividade econômica, transgridem normas predefinidas. Acrescenta que o fomento público não se consubstancia forma de intervenção estatal por não ter natureza impositiva.

Esclarece também que a intervenção do Estado tem por objetivo proteger interesses públicos específicos legalmente definidos, sendo que, na modalidade interventiva de regulação, tais interesses resultam da ponderação extraída de um triângulo de relações, em que, em uma ponta, está o interesse público geral cuja proteção foi acometida ao Estado; em outra, os interesses individuais, coletivos e difusos dos usuários e consumidores; e, na terceira, os interesses privados dos agentes econômicos produtores de bens e de serviços referentes aos setores regulados.

Já sob a ótica político-econômica, os três principais tipos de intervenção do Estado na economia, segundo MAJONE (1996), são: a redistribuição de renda, que se dá pela transferência de recursos de um grupo de indivíduos para outro e pela provisão de “bens de mérito” (educação, saúde, seguro social etc.); a estabilização macroeconômica, pela qual se pretende atingir e manter níveis satisfatórios de crescimento e de emprego, tendo como principais instrumentos as políticas fiscal e monetária em conjunto com o mercado de trabalho e política industrial; e a regulação, cujo objetivo está em corrigir vários tipos de falhas de mercado: o poder de monopólio, as externalidades negativas, a informação incompleta e a provisão insuficiente de bens públicos.

Dentre as modalidades de intervenção do Estado sobre a atividade econômica, interessa abordar a *regulação*, termo este tão em voga no atual momento político-institucional, que, para SUNDFELD (2002a), quer significar uma série de acepções, ou o conjunto delas, podendo, assim, ser visto como um sinônimo de função administrativa, política econômica neo-liberal, planejamento pelo Estado do poder econômico, novo modo de ação jurídica do Estado, ou novo tipo de organização estatal. Tais acepções levam a crer que a regulação pode ser considerada uma opção política de modelo econômico em que

o Estado não assume diretamente a atividade empresarial, mas intervém no mercado, utilizando os instrumentos de autoridade que lhe são próprias.

3.1.1. A Regulação

Ao definir a “mão invisível” na economia, Adam Smith sustentava que, no mercado, as motivações particulares de cada agente na competição são consistentes com as metas sociais, já que o resultado dessa espécie de egoísmo coletivo é a maximização do bem-estar. A competição se torna, assim, um mecanismo poderoso, pois, enquanto cada empresa tenta maximizar o lucro realizado, os consumidores buscam maximizar suas próprias utilidades a partir de comportamentos individuais e particulares. O mercado estaria, portanto, situado em um ambiente de concorrência perfeita, quando os *stakeholders* aceitam os preços livremente formados, uma vez que estes não resultam de algo construído.

É consenso entre os economistas de que as forças competitivas no mercado levam à eficiência de Pareto,¹ além de estimular a inovação. No entanto, passados mais de duzentos anos do surgimento da teoria de Smith foi preciso reconhecer que algumas questões importantes fazem com que o mercado não funcione perfeitamente: as falhas de mercado (STIGLITZ, 1999), tema esse já tratado no capítulo anterior.

Assim é que a teoria econômica tradicional associa a necessidade de regulação à presença de falhas de mercado, com intuito de eliminá-las ou, se não, atenuá-las a um custo razoável, podendo, assim, melhorar a eficiência dos mercados ou mesmo assegurar sua viabilidade.

Mas é preciso dizer que a função regulatória do Estado pode ser definida sobre vários aspectos que se diferenciam e complementam, de acordo com a visão e enfoque disciplinar. BOYER (1990) entende por regulação uma conjunção de formas institucionais que criam, direcionam e até dificultam comportamentos individuais, assim como predeterminam mecanismos de ajuste sobre os agentes econômicos que, na maioria das vezes, decorrem de um conjunto de regras e princípios de organização sem os quais o mercado não poderia funcionar. Já BALDWIN e CAVE (1999) vêem a regulação como uma ação ampliada do Estado, que atua como norteador do rumo dos

mercados, agindo como censor e também como viabilizador de determinadas posturas. Sob esse enfoque, à regulação incumbe monitorar o comportamento e alcance dos mercados, ora propiciando os meios de sua expansão, ora colocando limites à sua atuação.

Ainda acerca do conceito de regulação, cabe mencionar ARAGÃO (2002), que a define como a integração de diversas funções do Estado para agir sobre as atividades econômicas, o que envolve três poderes a esta inerentes: o de editar regras, o de assegurar sua aplicação e o de reprimir as infrações. Sintetiza o autor definindo a regulação como um conjunto de medidas pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, controla ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, orientando o mercado em direções socialmente desejáveis.

A política regulatória abrange, assim, três dimensões: a regulação econômica, que se dá pela intervenção direta nas decisões de setores econômicos, com o propósito de facilitar, limitar ou intensificar os mercados pela correção de suas imperfeições, o que inclui formação de preços, competição, entrada e saída do mercado; a regulação social, que expressa a intervenção na provisão de bens públicos, definindo padrões para saúde, meio ambiente e segurança e os mecanismos de oferta desses bens; e a regulação administrativa, que compreende a intervenção nos mecanismos burocráticos e os procedimentos adotados pela Administração em sua relação com os administrados, promovendo a transparência dos processos. Mas é no campo da regulação econômica e social que as falhas de mercado têm motivado o crescimento das atividades regulatórias, estimulando a intervenção crescente dos governos em nome de consumidores, na proteção de contratos e na provisão de bens públicos (COSTA *et al*, 2001).

De acordo com MAJONE (1996), a regulação pode assumir, basicamente, duas formas de institucionalização, quer por propriedade pública ou por estatização, mediante a atuação de empresas estatais, quer por delegação, hipótese em que o poder regulatório é outorgado a instituições independentes para o controle do setor privado regulado. É nesse segundo caso que se inserem as agências reguladoras.

A regulação por propriedade pública foi a solução inicial encontrada por vários países para a insuficiência do mercado no provimento de bens e serviços ligados aos setores de infra-estrutura e de indústrias de base, tendo por fundamento a premissa de que a

atuação direta do Estado na tomada de decisão quanto aos níveis de produção e de formação de preço seria a forma mais eficiente de proteger o interesse público.

A regulação por entidades independentes (agências) surge a partir da constatação de que a confusão entre funções de regulação e de gerenciamento, ocorrida no regime estatizante, levou ao enfraquecimento da capacidade regulatória do próprio Estado. Por esse modelo, tem-se que o interesse público pode ser preservado a partir da separação das funções de regulação e gerenciamento, sendo esta transferida à iniciativa privada, ao passo que aquela permanece a cargo do Estado, mas delegada a uma entidade que integre a Administração Pública que possui independência de atuação, uma vez que recebe permissão para atuar fora do controle hierárquico da burocracia estatal.

O autor verifica, no entanto, que ambos os modelos apresentam falhas capazes de comprometer a eficácia das ações regulatórias, conforme sintetizado no Quadro 1.

Quadro 1
Falhas dos modelos por estatização e por delegação

<i>Regulação por Estatização</i>	<i>Regulação por Delegação</i>
Nenhum controle efetivo das empresas públicas pelo Congresso, tribunais ou ministério gestor	Insuficiente responsabilização política das agências independentes
Captura das empresas públicas por políticos e sindicatos	Captura dos reguladores pelas empresas reguladas
Excesso de pessoal	Supercapitalização
Monopólio público	Regulação não competitiva
Orientação dos gestores públicos por metas ambíguas e inconsistentes	Objetivos difusos em relação ao interesse público
Coordenação débil entre diferentes empresas públicas	Coordenação débil entre diferentes reguladores

Fonte: MAJONE (1996).

Dentre as falhas identificadas pelo autor releva destacar a responsabilização política do modelo de regulação por agências, falha que se imbrica na questão do controle democrático dessas instituições.

É importante, para o escopo deste estudo, mencionar a distinção feita por SANTOS (2002) entre a regulação de serviços públicos e atividade econômica privada, pois, embora guardem em comum a essência, uma vez que regulam o desenvolvimento de atividades, sejam públicas ou privadas, de setores fundamentais da economia, diferem em função dos pressupostos constitucionais e de elementos de ponderação.

Na regulação de serviços públicos, a intervenção do Estado deriva da possibilidade de a execução material da atividade ser delegada à iniciativa privada, em conformidade com o previsto na Constituição de 1988 (art. 175). Como já foi abordado, a prestação desse serviço se dá em regime de direito público e decorre de uma relação contratual estabelecida entre o Estado e o agente delegatário, em que restam estipuladas as obrigações recíprocas. A regulação, assim, deve se pautar na política setorial e tarifária predefinida, no nível adequado da prestação dos serviços e na disciplina legal e contratual reservada ao serviço delegado, utilizando-se o regulador dos instrumentos previstos na lei e no contrato, inclusive quanto ao poder sancionatório, que, por sua vez, circunscreve-se às infrações previstas no contrato e à aplicação das penalidades nele também descritas.

A regulação de atividade exercida em regime privado, de outro bordo, opera-se no sentido de relativizar o regime de liberdade previsto na Constituição, isto é, o exercício da liberdade de iniciativa, da livre concorrência e do direito de propriedade (art. 170) é restringido, controlado ou condicionado pela ação reguladora da atividade econômica reservada ao Estado, nos termos constitucionais (art. 174) e consoante aos limites e alcances preestabelecidos em lei. A regulação, nesse caso, origina-se de previsão legal e se equilibra entre dois pólos: de um lado os direitos de liberdade e, de outro, a competência do Estado de regular o poder econômico do setor privado.

SANTOS (2002) esclarece ainda que a regulação de atividades em regime privado exprime o exercício do poder de polícia do Estado, ou de administração ordenadora,² como prefere SUNDFELD (2003), com os atributos de auto-executoriedade e coercibilidade a ele inerentes, pelo que o descumprimento das determinações do órgão regulador pode dar ensejo à adoção de medidas administrativas típicas, como a aplicação de multas administrativas, a expedição de ordens de polícia e até a execução coercitiva, com o auxílio da força policial, se necessário.

Nessa linha, cumpre ainda destacar as hipóteses regulatórias segundo a classificação dos setores regulados, conforme formulado por SALOMÃO FILHO (2001). Para ele, há duas situações distintas nos mercados que justificam a regulação a partir do pressuposto da proteção à concorrência: a regulação de mercados dominados ou a de mercados de acesso e permanência controlados.

No primeiro caso, o objetivo primordial da regulação está na criação de um ambiente concorrencial em um mercado no qual ela não exista e com fortes empecilhos a seu estabelecimento.

Cabe esclarecer que a classificação de mercado dominado, nessa hipótese, ultrapassa a falha de monopólio descrita na teoria clássica, na medida em que pode até ser possível a presença de concorrentes no mercado, mas dependem eles da utilização de uma rede para concorrer. Trata-se do fenômeno dos chamados serviços de rede, em que todos os consumidores vão se integrando a uma rede única, cada vez mais completa e útil para cada um, sendo a internet um bom exemplo. Assim, em função do fator utilidade, essas redes levam a duas externalidades: primeiramente pelo fato de que, quanto mais consumidores a ela se agregam, mais útil ela se torna para cada um e, em consequência, esse número cada vez maior de consumidores leva a que mais serviços se agreguem à rede, tornando-a cada vez mais útil. Esse ciclo torna inviável a duplicação da rede, mais do que pelos custos altos nela envolvidos, por não haver estímulos para que o consumidor escolha uma rede concorrente. Essas redes são o elemento básico para a dominação dos mercados por parte dos agentes econômicos que as detêm.

Já a regulação de mercados de acesso e permanência controlados se justifica pela necessidade de se garantir a higidez e segurança do mercado, por meio de regras de controle e, não raro, de comportamento. Nessa hipótese regulatória, as condições de acesso e permanência visam à garantia da poupança ou segurança dos consumidores e, como efeito reverso, há uma tendência de se privilegiar as empresas sólidas e de grande dimensão, inibindo, dessa feita, a concorrência.

A regulação nesses setores enfrenta, assim, o desafio adicional de conciliar a necessidade de higidez e segurança do mercado com a concorrência. Essa conciliação, anota SALOMÃO FILHO (2001:47), “é possível desde que se entenda que, na verdade, para proteger os consumidores da própria higidez do mercado não é possível abrir mão da existência de concorrência. Existe uma pluralidade de agentes, e não um mercado monopolizado ou oligopolizado, nenhuma quebra poderá pôr em risco o sistema. Da mesma forma, a concorrência predatória, ainda que temida e combatida, também será ameaça iminente ao sistema.” O mercado de saúde suplementar parece estar enquadrado nessa situação.

3.2. DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO CONTEMPORÂNEO

Torna-se cada vez mais evidente que o desenvolvimento do mercado não resta assegurado sem um Estado que, entre outras incumbências, exerça as funções protetoras, mediadoras e redistributivas necessárias ao desenvolvimento socioeconômico (BRESSER PEREIRA e GRAU, 1999). Assim é que o papel de intervenção do Estado sobre a atividade econômica tem, nos últimos séculos e, em especial, nesse que passou, sofrido profundas alterações em sua maneira de proceder.

O mundo assistiu a transformações econômicas e sociais de tal ordem que os Estados nacionais não poderiam ser a elas impermeáveis. Somente no século XX, a Revolução Bolchevique, as duas Guerras Mundiais, o *crash* de 1929 e o *New Deal*, as crises do petróleo na década de 70 e o avanço galopante da inovação tecnológica, com especial destaque para a Revolução das Comunicações, são alguns marcos históricos que deram ensejo a mudanças estruturais profundas na sociedade, o que, no plano das instituições políticas, levou a novos desenhos das funções estatais.

A virada do século XIX para o XX exibiu um Estado marcado pelo absentéismo, com funções mínimas, ligadas a assuntos de segurança, justiça e serviços essenciais. Com fundamento nos chamados valores de primeira geração, em que reinavam absolutos os princípios da liberdade e igualdade individuais, resumidos na expressão *laissez-faire*, *laissez-passer*. Ao Estado era defeso interferir nos negócios privados, restando cada vez mais reduzida sua participação na vida dos cidadãos, e na economia imperava a livre fruição do mercado.

O Estado Liberal se colocava, então, como mero garantidor da ordem e do cumprimento dos contratos, sendo estes a expressão máxima do direito de propriedade e da supremacia do individual sobre o coletivo. A “mão invisível do mercado” regia a economia, pois, na visão de Adam Smith, o interesse coletivo é preservado quando cada indivíduo age simplesmente segundo sua própria vontade (STIGLITZ, 1999).

A Primeira Grande Guerra e a Depressão deram a tônica da crise do mercado e do Estado *laisser-faire*, restando premente a necessidade de intervenção estatal na atividade econômica em função da carência de racionalidade das decisões tomadas soberanamente pelo mercado. As forças livres do mercado deixaram de ser consideradas, por si só, a garantia da realização do bem-estar coletivo como comunhão do interesse individual. A crise vaticinada por Lord Keynes³ confirmava a iminência de uma intervenção estatal tonificante, adotada a partir da década de 30.

Emergiu-se, daí, um novo formato de Estado, inicialmente nos Estados Unidos e depois na Europa, que passou a desempenhar papel decisivo como condutor do desenvolvimento econômico-social, assumindo o fomento e a prestação dos serviços essenciais e de infra-estrutura, corrigindo distorções de mercado e atenuando iniquidades ao amparar os contingentes que ficavam à margem do progresso. Foi a partir do chamado Estado Social, que também recebeu os adjetivos de Estado do bem-estar, keynesiano, interventor ou provedor, que se consolidaram os direitos sociais, notadamente no campo do emprego, das condições de trabalho e das garantias laborais, impulsionado, já nessa fase, pelos direitos de segunda geração, em que a promoção da igualdade efetiva era princípio norteador das políticas públicas. O eixo deslocava-se da liberdade para a igualdade substantiva, gerando, diversamente do individualismo reinante no Estado Liberal, maior preocupação com o bem comum e com o interesse público.

Para tanto, o Estado chamou para si o desempenho da atividade econômica com o fito de reduzir os ciclos de altos e baixos da economia e de redistribuir o produto das riquezas entre os indivíduos, na medida de suas necessidades. Passou, assim, a atuar diretamente não só no provimento dos direitos sociais, executando ações e serviços em educação, saúde, moradia, previdência etc., mas também nos setores econômicos propriamente ditos, notadamente nas indústrias de base e infra-estrutura.

O Estado intervencionista buscou assegurar a propriedade privada e a livre iniciativa como características suas. Segundo MAJONE (1996), o mercado foi assim relegado ao papel de provisor de recursos para pagar a generosidade governamental, pelo que a presença de simples indício de falha de mercado já era considerada motivo suficiente para justificar a intervenção do Estado, pautada, muitas vezes, na forma intrusa da alocação central de capitais e da nacionalização de setores estratégicos da economia.

O último quartel do século XX foi marcado pela avalanche mundial da Globalização, desemprego crescente e elevação das taxas de inflação. Combinado a isso presenciou-se o agigantamento do Estado e o conseqüente aumento dos gastos públicos e ineficiência da máquina administrativa no desempenho do sem número de atividades, pondo, então, em xeque a concepção do Estado Social. Segundo BRESSER PEREIRA (2001), o Estado ensaiou uma resposta para a questão dos direitos sociais e para o problema da igualdade de oportunidades, mas revelou-se ineficiente em um mundo onde a eficiência econômica se torna cada vez mais presente.

O *welfare* foi, então, perdendo paulatinamente suas características primárias na medida em que o Estado resolveu se retirar da execução direta da atividade econômica, dando-se início a uma reliberalização, com a desestatização das empresas nacionalizadas.

Isso, contudo, não significa dizer que foi decretado o fim do bem-estar social. O que ocorreu foi uma mudança de sua perspectiva, na medida em que se verificou que o controle estatal não precisa ser feito por intermédio da assunção da propriedade dos meios de produção. No rastro dos chamados direitos de terceira geração, acrescenta-se ao social a idéia do democrático, em que o Estado, protetor das liberdades individuais, mas sem deixar de promover o bem comum, passou também a incluir a participação popular no processo político e no controle dos atos de gestão governamental. Aos ideais clássicos de liberdade e de igualdade se agregou o conceito de solidariedade social, privilegiando-se, com efeito, uma categoria de direitos extrapatrimoniais e se afirmando a preponderância do coletivo sobre o individual.

A crise do Estado do bem-estar levou, assim, à necessidade de redução das dimensões do Estado e de sua intervenção direta na atividade econômica, voltando-se, com efeito, a um modelo jurídico-institucional baseado no uso da competência normativa para ordenar a atuação do mercado.

É nesse contexto que se verifica a mudança de curso do sistema capitalista e, dessa feita, da postura do Estado, que deixa, aos poucos, o antigo modelo interventor para adotar a feição de ordenador e regulador da economia. Conseqüência disso foi a necessidade de redefinição do papel da máquina estatal, do aparelho que realiza ou executa a atividade material em seu âmbito interno.

3.2.1. Mutações do Papel do Estado na Economia Brasileira

O Brasil não viveu situação diversa. Em boa parte desse século que passou, presenciou-se forte intervenção estatal na vida da coletividade e na economia. Se considerada apenas a Era Vargas e o regime militar, somam-se cerca de trinta e cinco anos de regime fechado, que inibiam a livre iniciativa nacional e que tornavam o país fechado para a entrada de investimentos externos.

Nos anos 30, a Depressão havia colocado o Brasil no rumo da industrialização como estratégia alternativa às importações, para proteger a economia do impacto causado pela crise mundial (GONÇALVES, 2000).

A intervenção do Estado na economia se verificava pela instituição de normas reguladoras da produção e do comércio, como também de proteção social, pela via do trabalho e da previdência. Entre as principais medidas adotadas, estavam a edição das leis trabalhistas e a criação dos IAPs, a fixação de preços e o controle da produção do café, o controle cambial implantado em 1931 e a criação de autarquias destinadas a fomentar o crescimento de vários setores, como açúcar, mate, sal, pesca e marinha mercante. Foram também criados órgãos como o DASP, corroborando a tese de que o Estado intervencionista era formado por uma Administração burocrata.

Mas foi a partir da Segunda Guerra Mundial que o Brasil tomou a feição de um Estado empresário (SARAVIA, 1988), eis que a necessidade de insumos básicos para a produção motivou o início do processo de industrialização. Em função disso, o Estado brasileiro assumiu o papel de principal empreendedor do desenvolvimento, tomando para si a responsabilidade por inúmeras atividades econômicas e serviços, notadamente nos setores de infra-estrutura. A este pertenciam os monopólios da exploração de petróleo, de geração e distribuição de energia elétrica, de serviços de telefonia, entre outros. A inserção direta do Estado se dava em incontáveis áreas.

SARAVIA (1988) anota ainda que o argumento de que o Estado só intervinha em caráter supletivo⁴ à iniciativa privada raramente foi sincero, pois o que ditava as razões para a

conveniência de o Estado atuar em determinada área econômica não era a lógica técnico-racional, apenas uma decisão política.

Surgiu, assim, o que se chamou por Estado Desenvolvimentista que, com alguns saltos, estendeu-se até a década de 80. Esse novo arranjo institucional caracterizava-se principalmente pela excessiva intervenção, tanto no plano das liberdades pessoais quanto das liberdades econômicas, na medida em que era o próprio poder estatal que financiava o desenvolvimento do país.

Assim é que o crescimento desmedido do papel do Estado, determinado pela ampliação de suas atividades no setor econômico e por sua forma burocrática de organização, combinado com escassez de recursos, conduziu à ineficiência no desempenho de suas funções.

O desenvolvimentismo inaugurado por Vargas resistiu até o fim dos anos 80, mas com claros sinais de esgotamento, gerando, assim, a necessidade de se discutir uma nova forma de atuação do Estado. O modelo intervencionista gerou crescimento da dívida, o que estrangulou as contas públicas e sufocou a Administração, que, com efeito, não conseguiu mais manter o mesmo nível de investimento.

A partir da década de 80, a definição da melhor forma de participação do Estado na economia passou a ser alvo de preocupação do Governo Federal. Nesse período, foram instituídos o Programa Nacional de Desestatização,⁵ destinado a dinamizar as ações e funcionamento da Administração Pública, e, mais tarde, o Programa de Privatização,⁶ com a criação do Conselho Interministerial de Privatização.

A mudança de concepção do papel do Estado na intervenção da atividade privada foi sentida no texto da Constituição de 1988, em que, abandonando a faceta intervencionista, erigiu, entre outros valores, a livre iniciativa e a concorrência como princípios norteadores da ordem econômica. Verifica-se, pois, a opção da nova ordem constitucional por uma economia de mercado, na qual a presença do Estado como agente econômico se dá em caráter excepcional e subsidiário ao setor privado, priorizando seu papel como agente normativo e regulador da atividade econômica, pelo exercício das funções de fiscalização, incentivo e planejamento (arts. 173, 174 e 175).

Os primeiros movimentos mais concretos no intuito de minimizar as funções do Estado se deram no Governo Collor, pela abertura de mercado ao capital internacional e com a instituição pela Lei n° 8.031, de 1990, do Plano Nacional de Desestatização, destinado à privatização de empresas estatais nos setores industriais. Nessa época, existiam 210 empresas estatais no Governo Federal, sendo que 164 delas pertenciam ao setor produtivo (IPEA/IBAM/ENAP, 1994).

Em 1994, a desestatização assumiu contornos mais definidos com as políticas adotadas no Governo FHC, sendo nesse período que se iniciaram importantes reformas constitucionais com objetivo de diminuir o tamanho do Estado, pois ainda restavam intocados os monopólios estatais em áreas econômicas.

3.2.2. A Reforma do Aparelho do Estado

Observa BRESSER PEREIRA (1998) que a crise no Brasil abrangeu três aspectos principais: uma crise fiscal, uma crise do modo de intervenção do Estado e uma crise da forma burocrática pela qual o Estado era administrado.

Para BENJÓ (1999) a crise fiscal estava intrinsecamente ligada ao fato de a política fiscal do governo ser confundida com a definição dos orçamentos empresariais das estatais, na medida em que a falta de rentabilidade dos investimentos e a baixa produtividade eram compensadas com crescente participação tributária, penalizando o contribuinte e favorecendo o inchaço do corporativismo estatal. A situação se agravou com a crise financeira internacional do início dos anos 80, quando os Estados se viram, de um lado, como proprietários de gigantescos empreendimentos produtivos, ineficientes e mal geridos e, de outro, como devedores inadimplentes.

Seguindo a tendência européia,⁷ o país saiu de uma fase extremamente intervencionista para buscar a implantação de um novo modelo, o do Estado Regulador. Deixou, assim, de ser o agente financiador do desenvolvimento pela redução de sua atuação direta na realização da atividade econômica em sentido estrito e pela ampliação do grau de participação da iniciativa privada na economia, mediante processos de desestatização ou de desmonopolização, iniciados a partir da década de 90. Ao Estado coube apenas a

fiscalização e a regulação dos serviços concedidos, ficando, pois, a cargo do planejamento da economia.

BARROSO (2003) observa que as reformas estruturais na ordem econômica brasileira deram-se em três linhas estratégicas: a extinção de determinadas restrições ao capital estrangeiro pela Emenda Constitucional n^{os} 6 e 7, de 1995; a flexibilização dos monopólios estatais pelas Emendas Constitucionais n^{os} 5, 8 e 9, de 1995; e a privatização, que prescindiu de modificações à Constituição de 1988, tendo sido implantada pelo Programa Nacional de Privatização, já instituído pela Lei n^o 8.031, de 1990, mas substituído pela Lei n^o 9.491, de 1997, cujo objetivo era reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades inadequadamente exploradas pelo setor público, e contribuir para a modernização do parque industrial do país, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia.

Ressalta, ainda, que a redução expressiva das estruturas públicas de intervenção direta na economia não produziu um modelo que possa ser identificado como um Estado liberal, uma vez que apenas se deslocou para o setor privado a execução material do serviço ou atividade, mas manteve o domínio de sua disciplina jurídica, inclusive com ampliação de seu papel na regulação dos serviços públicos e da atividade econômica. Foi na década de 90 que ocorreu uma fecunda produção legislativa em temas econômicos, notadamente nos setores de energia, petróleo, telecomunicações, modernização dos portos e concessão de serviços públicos. Também foi nesse período que se editaram normas gerais de proteção ao consumidor, assim como as especialmente dirigidas às clientelas de planos de saúde e de escolas particulares, além do que foi instituída uma política específica de proteção ao meio ambiente e estruturado um sistema de defesa e manutenção das livres condições de concorrência.

Foi nesse ambiente que se formulou o Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado, pelo então Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado – MARE. Esse Plano define a crise do Estado como: “(1) uma crise fiscal, caracterizada pela crescente perda do crédito por parte do Estado e pela poupança pública que se torna negativa; (2) o esgotamento da estratégia estatizante de intervenção do Estado, a qual se reveste de várias formas: o Estado do bem-estar social nos países desenvolvidos, a estratégia de substituição de importações no terceiro mundo, e o estatismo nos países

comunistas; (3) a superação da forma de administrar o Estado, isto é, a superação da administração pública burocrática” (BRASIL/MARE, 1995:10-11).

Observam COSTA *et al* (2001) que o Plano Diretor estabeleceu um desenho institucional coerente com os processos em curso na experiência internacional dos anos 80 e, em âmbito interno, com o Programa Nacional de Desestatização e com as privatizações das empresas estatais ocorridas na década de 80.

Mas não bastava redefinir as funções do Estado diante da economia, uma vez que ao ajuste macroeconômico devia se seguir um redesenho da organização institucional do Estado, no intuito de redimensionar sua estrutura para ampliar sua capacidade gerencial, assim como desenvolver modelos regulatórios e aumentar o grau de responsabilização. Não haveria de se falar em Reforma do Estado sem se rever seu arcabouço burocrático, o qual devia ser orientado para a governabilidade.

Foi diante dessa conjuntura que a Reforma do Aparelho do Estado procurou a substituição do modelo de Estado administrativo-burocrático, centralizado e gestor direto, por um novo modelo de Administração, em que as organizações não governamentais e a iniciativa privada pudessem assumir a gestão de atividades econômicas e sociais antes realizadas pelo Estado.

A idéia estava em abandonar a Administração Pública Burocrática, rígida, unilateral, hierarquizada e linear, tolhida por seu engessamento. Superava-se a antiga dicotomia de interesses, antes limitada ao público *versus* privado, e passava-se a observar sua pluralização, diferenciando-se, no processo, o próprio conceito de público, o que redundou no surgimento da figura do público não estatal.

Passou-se, então, a adotar o conceito de Administração Gerencial, cuja gênese estava intimamente ligada à idéia do Estado-mínimo, voltado à execução das atividades dele exclusivas, outorgando a terceiros particulares os serviços não exclusivos, mas mantendo para si apenas a tarefa de fiscalizar e regular. Mantinha-se, assim, um núcleo estratégico, que corresponde ao próprio governo, em sentido lato, responsável pela definição das leis e políticas públicas, bem como pela cobrança de seu cumprimento. Cabia-lhe também a definição e supervisão dos contratos de gestão celebrados com os entes da Administração descentralizada e com o chamado terceiro setor.

A partir dos pressupostos da Reforma do Aparelho do Estado, passou-se a adotar modelos organizacionais distintos destinados a seus diversos setores, de acordo com a classificação prevista no Plano Diretor, como ilustrado no Quadro 2:

Quadro 2
Setores do Estado e formas de propriedade

	Forma de Propriedade			Forma de Administração	
	Estatal	Pública Não Estatal	Privada	Burocrática	Gerencial
NÚCLEO ESTRATÉGICO Legislativo, Judiciário, Presidência, Cúpula dos Ministérios, Ministério Público	●			●	
ATIVIDADES EXCLUSIVAS Regulamentação, Fiscalização, Fomento, Segurança Pública, Seguridade Social Básica	●				●
SERVIÇOS NÃO-EXCLUSIVOS Universidades, Hospitais, Centros de Pesquisa, Museus	Publicização →	●			●
PRODUÇÃO PARA O MERCADO Empresas Estatais		Privatização →	●		●

Fonte: BRASIL/MARE, 1995.

Vale salientar que a Administração Formal teve sua importância histórica, uma vez que, inspirada na dominação racional-legal de Weber, sua concepção emergiu da necessidade de distinguir o administrador público do ser político, visando à proteção do interesse público, em oposição ao antigo modelo de Administração Patrimonialista, em que a *res publica* era lida como “coisa do Rei”, e não “do Reino”. Mas a preocupação excessiva com o controle prévio dos procedimentos levou essa Administração a ter um fim em si mesma, distanciando-se de sua finalidade essencial: servir ao público. Nesse sentido, a Administração Gerencial não implica um rompimento com o modelo anterior, mas apenas flexibiliza seus princípios fundamentais. A diferença basilar está na forma de controle, que deixa de basear-se nos processos para concentrar-se nos resultados, conforme se esclarece no Plano Diretor (BRASIL/MARE, 1995: 16):

“A administração pública gerencial constitui um avanço, e até um certo ponto um rompimento com a administração pública burocrática. Isso não significa, entretanto, que negue todos os seus princípios. Pelo contrário, a administração pública gerencial está apoiada na anterior, da qual conserva, embora flexibilizando, alguns dos seus princípios fundamentais, como a admissão segundo rígidos critérios de mérito, a existência de um sistema estruturado e universal de remuneração, as carreiras, a avaliação constante de desempenho, o treinamento

sistemático. A diferença fundamental está na forma de controle, que deixa de basear-se nos processos para concentrar-se nos resultados, e não na rigorosa profissionalização da administração pública, que continua um princípio fundamental.”

O que se pretendeu buscar, com a Reforma, foram as vantagens da eficiência com o melhor aproveitamento das potencialidades de ambos os setores, explorando a cooperação entre entidades e órgãos públicos, bem como a parceria entre instituições públicas e privadas. A Administração Pública Gerencial apresentava-se, assim, como forma de gestão concentrada nos resultados diretamente voltados para o interesse público, com ênfase na descentralização, visando promover o aumento da qualidade e da eficiência dos serviços prestados pelo Estado.

Assim é que a implantação do modelo gerencial, segundo o Plano Diretor (BRASIL/MARE, 1995), estruturou-se sobre três projetos básicos: a avaliação estrutural, voltada a examinar, de forma global, a estrutura do governo; as organizações sociais, formadas para exercer os serviços não exclusivos, a partir do programa de “publicização”, pelo qual as fundações públicas seriam transformadas em entidades de direito privado sem finalidade lucrativa; e as agências autônomas, destinadas a exercer as atividades exclusivas, as quais disporiam de autonomia de gestão, mas com responsabilização pelos resultados.

Na Reforma do Aparelho do Estado, propunha-se, resumidamente, uma estrutura mais resolutiva para a tomada de decisões, permitida a partir da reformulação e reorganização no papel do Estado. Segundo BRESSER PEREIRA (2001:17), a Reforma consolidou, ao menos institucionalmente, a passagem formal do Estado do bem-estar social para o Estado social-liberal, no qual “somente os monopólios naturais podem continuar a ser estatais. Sempre que a concorrência for possível, o Estado ficará de fora. Quando a concorrência for possível, ainda que imperfeita, a regulação atuará como uma substituta parcial da concorrência”.

Para tanto, fez-se necessária a criação de organismos que realizassem a supervisão das atividades e serviços que estavam sendo transferidos ao setor privado. É, nesse contexto, que se inserem as agências reguladoras. BRESSER PEREIRA (2001) assinala, ainda, que, apesar desse redesenho da organização do Estado e essa mudança no seu papel, a demanda por regulação só irá aumentar, já que a responsabilidade do Estado em

relação aos mercados passa a ser a de supervisor e fiel da balança em busca de melhor equilíbrio na relação de seus agentes.

3.2.3. As Agências Reguladoras

Como visto, foi diante desse cenário de Reforma que surgiu, no Brasil, a figura das agências reguladoras.

Fruto, inicialmente, do processo de desestatização, pelo qual a execução da atividade é passada às mãos da iniciativa privada, mantendo o Estado a titularidade do serviço, restam a cargo dessas agências autônomas as tarefas de fiscalização, incentivo e planejamento. Para SUNDFELD (2002a) essas agências devem ser responsáveis por monitorar setores fundamentais da economia, garantindo seu funcionamento orgânico; impedir a degradação dos serviços e aumentar sua eficiência; buscar sua universalização, em benefício da justiça social; proteger o consumidor; e atuar contra os abusos do poder econômico.

Quanto a sua configuração institucional, tem-se que a agência reguladora é uma autarquia especial, criada por lei, com estrutura colegiada, incumbida de normatizar, monitorar e fiscalizar a execução por agentes privados de certos bens e serviços de utilidade e relevância pública, inseridos no campo da atividade econômica que o Estado optou por destacar e entregar à regulação autônoma e especializada de uma entidade administrativa relativamente independente da Administração central, conferindo-lhe, para tanto, independência decisória e autonomias gerencial e financeira.

A Constituição da República de 1988, ao dispor sobre a ordem econômica, fixa o papel do Estado como agente normativo e regulador e como executor subsidiário de atividades econômicas. Prevê, ainda, a hipótese de transferência à iniciativa privada da prestação de alguns serviços públicos, o que restou mais evidenciado após as Emendas Constitucionais ocorridas em 1995, pelas quais a execução desses serviços e atividades, antes monopolizada pelo Estado, foi aberta ao setor privado. Nesse passo, importa observar que a arquitetura do regime regulatório brasileiro, estruturado sobre a criação de entes autônomos, está intimamente atrelada a um processo de enxugamento da

máquina estatal, seguindo, assim, a tendência européia. Conforme anota MAJONE (1999:10):

“O fracasso da regulação através da propriedade estatal explica a mudança para um modo alternativo de controle, pelo qual os serviços públicos e outros setores, considerados importantes ao interesse público, são deixados em mãos privadas, mas sujeitos a regras desenvolvidas e aplicadas por agências especializadas. Essas entidades normalmente são criadas por estatuto, como autoridades administrativas independentes, no sentido de que lhes é permitido operar fora da linha de controle hierárquico pelos ministérios do governo central. Assim, o nexos causal entre a privatização e a regulação legal proporciona uma importante explicação, ainda que parcial, para o crescimento do Estado regulador.”

Com esse arrimo constitucional, foram criadas a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, a Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL e Agência Nacional do Petróleo – ANP, às quais foi transferida a competência regulatória relativa aos setores de energia elétrica, das telecomunicações e do petróleo.

Em seguida, criaram-se a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA e a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, o que prenunciou um movimento de expansão dessas entidades, que passaram a ter inserção direta nos diversos setores em que se faz necessária a presença mais efetiva do Estado, e não mais apenas na arena dos serviços públicos e atividades econômicas antes monopolizadas pelo Poder Público. Nessa mesma linha foram criadas, mais tarde, a Agência Nacional de Água - ANA, a Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ e a Agência Nacional do Cinema – ANCINE, compondo, assim, o quadro de Agências Reguladoras na esfera federal. Recentemente a Comissão de Valores Mobiliários – CVM, que já exercia funções regulatórias, recebeu maior autonomia, incluindo estabilidade por mandatos para seus diretores (Lei nº 10.411, de 2002).

Vale dizer que o modelo de regulação adotado no Brasil foi inspirado em soluções internacionais, sendo de se destacar os casos inglês e americano. Da experiência inglesa, a regulação brasileira aproxima-se dos modelos baseados no chamado *progressive governance*, inaugurado pelo Governo Thatcher, partidário do *deregulation*,⁸ em que se buscou promover uma existência harmônica entre setores público e privado na execução de serviços antes providos pelo monopólio estatal, visando reconfigurar a regulação

estatal e a competição em mercados e o controle tarifário para, com isso, obter eficiência produtiva e alocativa (COSTA *et al*, 2001).

Já em relação ao modelo americano, berço da regulação, as agências reguladoras brasileiras guardam semelhança, em sua forma organizacional, com as *Independent Regulatory Commissions*, entidades autônomas e altamente descentralizadas, com estrutura colegiada. Seus membros, os *commissioners*, têm mandato fixo do qual só podem ser exonerados em caso de deslize administrativo ou falta grave (*for cause shown*). Os mandatos não são coincidentes e a nomeação, inclusive a do presidente do colegiado, o *chairman*, cabe ao Chefe do Executivo, com prévia aprovação do Senado (BARBOSA GOMES, 2002).

Ressalte-se, no entanto, diferenciação significativa entre as agências norte-americanas e modelo brasileiro no que concerne ao exercício da competência regulatória. Nos Estados Unidos, as agências são detentoras de funções “quase legislativas”, “quase executivas” e “quase judiciais”, uma vez que possuem grande autonomia para editar normas, para apurar condutas infrativas e aplicar sanções aos infratores e para julgar litígios relativos à atividade objeto de regulação, mimetizando, assim, as atividades dos três Poderes tradicionais. O mesmo já não ocorre com igual intensidade no regime regulatório brasileiro, uma vez que tais poderes enfrentam algumas restrições de ordem constitucional, ou seja, o poder normativo das agências reguladoras se submete aos limites fixados na lei e suas decisões administrativas são passíveis de revisão pelo Judiciário (art. 5º, II e XXXV da CRF). Isso se deve a um outro aspecto que diferencia significativamente o modelo brasileiro do norte-americano, que diz respeito ao fato de a competência regulatória, nos Estados Unidos, ser conferida às agências diretamente pelo Poder Legislativo, havendo, assim, a chamada delegação “originária”, ao passo que, no modelo brasileiro, a criação das agências tem de originar, por força constitucional, de projeto de lei de iniciativa do Chefe do Poder Executivo, uma vez que se trata de descentralização de suas funções típicas (art. 61, § 1º, II da CRF).

No tocante ao grau de autonomia dessas agências, o modelo regulatório brasileiro segue as premissas da teoria da escolha racional e de sua vertente *agent-principal*, segundo a qual os agentes políticos (*principal*) desejam maximizar seus interesses em relação a seu *agent* (agências/burocratas).⁹ Verifica-se, nesse passo, que houve forte tendência a se optar pela delegação da competência regulatória para o aparato burocrático do Estado

com certo nível de insulamento, na medida em que as agências são dotadas de independência decisória e autonomias financeira e gerencial.

Objetiva-se, com isso, conferir mais credibilidade às ações regulatórias, mitigando o risco de captura por parte de políticos e dos próprios regulados, na medida em que os reguladores passam a ser impermeáveis às pressões político-partidárias e à escassez de recursos orçamentários. Algumas características do formato institucional insulado das agências podem ser assim descritas: nomeação dos diretores para exercer mandato fixo, mediante a indicação do Presidente da República e condicionada à aprovação do Senado Federal; mandato não coincidente com o ciclo eleitoral; proteção de exoneração *ad nutum*; quarentena de 4 meses; proibição de vínculo a agentes ou órgãos representativos do setor regulado e estruturas de responsabilização, como ouvidoria e conselhos e câmaras setoriais.

Daí a se observar, no tocante à independência decisória das agências, a opção pela racionalidade weberiana ao manter esse grupo sob o que NUNES (1997) chama por insulamento burocrático, tal como ocorrera com o DASP, nos anos 30, e com a SUMOC, em 1945, esta, aliás, com clara função regulatória.

Ao adotar um regime de regulação realizado por agências independentes, o Estado optou passar de uma fase endógena para exógena, transferindo as funções regulatórias para entes com personalidade jurídica própria, com independência técnica e sem subordinação hierárquica. Esse modelo modifica a estrutura de Poder, pois seu eixo se desloca dos Ministérios para as agências, o que se justifica pela tentativa de se abandonar antigos padrões clientelistas, arraigados na cultura organizacional da Administração Pública, em que preponderam redes baseadas em relações hierarquizadas e pessoais que repousam na troca generalizada e na intermediação de interesses (NUNES, 1997).

Em relação à autonomia financeira, materializada, principalmente, na atribuição legal de ser dotada de fonte de recursos próprios, inclusive mediante a arrecadação direta das chamadas “taxas regulatórias” incidente sobre os serviços ou atividades reguladas. Já a autonomia gerencial pode ser traduzida, em síntese, na flexibilidade de seus instrumentos de gestão, na medida em que detêm as agências competência originária para delinear sua estrutura organizacional, bem como para determinar o provimento dos

recursos humanos e materiais necessários ao desempenho de suas funções, conquanto observados os critérios gerais dirigidos à Administração Pública, como a realização de concursos públicos e procedimentos licitatórios, quando necessários.

No entanto, quanto ao poder normativo das agências regulatórias, é preciso reconhecer tratar-se de tema ainda controverso na órbita jurídica. A Constituição de 1988, seguindo a teoria montesquiana de separação dos Poderes, confere ao Legislativo a competência para a edição de leis, permitindo, no entanto, em caráter secundário, a atuação normativa, autônoma ou em caráter de colaboração, dos demais Poderes, sendo isso o que se denomina *regulamentação*.

Para a doutrina tradicional, há distinção entre *regulação* e *regulamentação*. Por regular entende-se estabelecer regras originárias, de competência constitucional do Poder Legislativo, ao passo que *regulamentar* seria atribuição exclusiva do Executivo e, portanto, não delegável (arts. 84, IV, e 87, II da CRF/88), que consiste em ditar normas complementares a uma lei prévia, ou, ainda, que trate de matéria não disciplinada em lei, chamado, nesse caso, de regulamento autônomo. Entendem, assim, que a função reguladora só tem respaldo constitucional para aquelas agências previstas na Constituição, de modo que, para as demais agências, prevalece o princípio da reserva legal, pelo qual a fixação de novos direitos e obrigações só pode advir de lei em sentido estrito (DI PIETRO, 2003; e BANDEIRA DE MELLO, 2000).

No entanto, a interpretação mais consentânea com o momento jurídico-político atual é no sentido de que, em que pese a Constituição atribuir competência ao Presidente da República para expedir decretos, e aos Ministros de Estado para baixar instruções a fim de dar fiel execução às leis, o exercício de função normativa não é exclusivo daquelas autoridades, pois o rol constitucionalmente previsto não é exaustivo, estando outras entidades da Administração Pública autorizadas a editar normas infralegais (CUÉLLAR, 2001; ARAGÃO, 2002; e BARROSO, 2003).

A normatização que compete às agências reguladoras se enquadra, na classificação proposta por ENTERRÍA e FERNÁNDEZ (1991), no tipo de delegação legislativa denominado deslegalização, que consiste na retirada, pelo próprio legislador, de certas matérias do domínio da lei, passando-as ao domínio do regulamento. A lei de deslegalização não necessita, assim, sequer penetrar na matéria de que cuida, bastando-

Ihe abrir a possibilidade de outras fontes normativas o fazerem. Nesse passo, observa ARAGÃO (2002) que as leis atributivas de poder normativo a entes reguladores específicos, dotados de grande conteúdo técnico, são exemplos do fenômeno da deslegalização e decorrem da necessidade de propiciar o desenvolvimento de normas setoriais aptas a, com autonomia e agilidade, regular a complexa e dinâmica realidade social contemporânea.

Às agências reguladoras, como autarquias de natureza especial, foi outorgado legalmente o poder normativo, o que significa dizer que elas têm competência para expedir normas jurídicas referentes às diversas áreas sob suas respectivas competências, conquanto observados os parâmetros preestabelecidos em lei. Nessa linha, CUÉLLAR (2001:124) anota que “os regulamentos não podem desrespeitar as normas e princípios de direito que lhe são superiores. É-lhes vedado modificar, suspender, derrogar ou revogar as normas e princípios constitucionais, ou contrariar a lei, entendida em sentido amplo”.

Em relação à defesa dos direitos do consumidor, ainda se encontra presente certa incompreensão quanto à dimensão do papel das agências reguladoras nessa seara, remanescendo interpretação no sentido de que o órgão regulador integra, de forma indireta, o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC, ainda que não expressamente previsto no Código de Defesa do Consumidor (art. 105).

Entendimento nesse sentido não se coaduna com a essência funcional das agências reguladoras, uma vez que são elas voltadas à execução das políticas do Estado, de orientação e planejamento da economia, com vistas à eficiência do mercado pela correção de suas falhas.

O SNDC tem por escopo a integração nacional dos diversos segmentos públicos e da sociedade civil organizada para o desenvolvimento das políticas de proteção ao consumidor. Sua composição é formada pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor - DPDC, órgão da Secretaria de Direito Econômico, do Ministério da Justiça, os órgãos municipais, estaduais e federais de defesa do consumidor (os Procons) e as entidades civis de defesa do consumidor. A estrutura do SNDC é horizontalizada, não havendo, portanto, relações hierárquicas entre esses órgãos autônomos, mas um compartilhamento de atribuições, assim definidas no Decreto nº 2.181, de 1997.

Seus órgãos têm funções de natureza eminentemente administrativa, dirigidas exclusivamente a viabilizar o efetivo cumprimento das normas de proteção consumerista fixadas no Código de Defesa do Consumidor, atuando, em muitos casos, como intermediários dos consumidores na conciliação de conflitos, como também na repressão das condutas infrativas ao CDC, inclusive com aplicação de sanções administrativas.

Tais funções não se assemelham às decorrentes das competências regulatórias atribuídas às agências. O foco da regulação não está em resolver conflitos pontuais, na ação sobre os agentes do mercado sob a perspectiva de solução de casos concretos. A regulação se processa sobre o setor regulado como um todo, na busca da eficiência do mercado, levando, com efeito, à situação de bem-estar do consumidor. Além das clássicas funções administrativas de intervenção do Estado sobre a atividade econômica, como a fiscalização, por exemplo, as agências detêm poder normativo e de monitoramento do mercado. Para MACEDO JÚNIOR (2002), agências reguladoras agem como um terceiro imparcial que regula a relação de consumo com objetivo de reequilibrar interesses opostos, aumentando, assim, a função do Estado nos setores regulados.

Para as agências reguladoras, a defesa dos consumidores assume caráter prospectivo e preventivo e se insere nas ações de monitoramento e acompanhamento do mercado e de fiscalização e controle do cumprimento dos normativos, sob as premissas da defesa da concorrência e da proteção ao consumidor, eis que se inscrevem como fundamentos constitucionais que norteiam a ordem econômica brasileira (art. 170 da CRF).

As agências reguladoras atuam, assim, de forma macro na proteção do consumidor, diversamente do papel dos órgãos de defesa, que têm dimensão centrada em um dos elos do mercado. A regulação se processa de forma imparcial, na promoção do equilíbrio sistêmico entre os atores sociais envolvidos. De acordo com COSTA *et al* (2001), a agenda da eficiência na regulação aceita soluções de soma positiva, isto é, todos os atores são afetados pelo bem público gerado pela política regulatória e, ainda que não se atinjam soluções ótimas ou unânimes, ao menos, admite-se uma segunda melhor alternativa, na impossibilidade de ampla maioria política.

Verifica-se, diante desse cenário, que a opção pela regulação desenvolvida por agências independentes implica mudança de paradigmas no campo das ciências políticas por trazer novas dimensões acerca da titularidade sobre a produção de fontes normativas, do desenho do processo decisório no aparato estatal e da relativização do modelo hierárquico e vertical de Administração Pública, com a emergência de mecanismos finalísticos de organização, ou seja, de instrumentos de administração autônoma gerencial. Essas transformações ainda se ressentem de um amadurecimento teórico, dado que a literatura aponta que a atitude dos especialistas tem sido muitas vezes extremada, quer para negá-las peremptoriamente, quer para aceitá-las incondicionalmente, demonstrando que ainda não se sedimentou uma cultura regulatória no país.

NOTAS:

1 - Em uma estrutura de mercado em concorrência perfeita, os recursos escassos são empregados com o máximo de eficiência alocativa. Tal resultado é uma situação de equilíbrio para cada agente e para a economia como um todo, pois nenhuma transação voluntária entre agentes poderia melhorar a situação de um sem piorar a de outros. A tal situação denominou-se Equilíbrio Ótimo de Pareto, expressão que se origina de Vilfredo Pareto, sociólogo italiano que formulou pela primeira vez a noção de eficiência econômica (PINDICK e RUBINFELD, 2002).

2 - Compartilha-se, aqui, da opinião de SUNDFELD (2003), na qual a expressão *poder de polícia* traz em seu bojo uma concepção limitada de imposição pelo Estado ao particular de um dever de abstenção, de não fazer, ao passo que a *administração ordenadora* congrega as operações do Estado na regulação do setor privado, desenvolvida com o uso do poder de autoridade, para disciplinar o comportamento dos agentes regulados no campo de atividades que lhe é próprio.

3 - A teoria geral de Keynes afirma a necessidade de o Estado induzir a demanda por meio de gastos públicos com vistas ao estabelecimento do pleno emprego dos fatores econômicos, entre os quais a força de trabalho. Quanto à propensão ao consumo, esta se

dá pelas classes proletarizadas. Procura, ainda, demonstrar que as despesas sociais por parte do Estado, pela criação de uma rede de proteção social, seriam fundamentais para manter o ciclo capitalista produção/consumo/produção, na medida em que esta estratégia implicaria uma *onda multiplicadora* de novos investimentos.

4 - Em que pese ter a Constituição de 1967 asseverado o caráter suplementar da exploração da atividade econômica pelo Estado (art. 170 e § 1º), estabelecia, em seu próprio texto, serem “facultados a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei federal, quando indispensável por motivo de segurança nacional ou para organizar o setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa” (art. 163).

5 - Instituído pelo Decreto nº 83.740/79, o programa de desestatização resultou, na etapa 1979-185, na conclusão de 42 processos, sendo 20 empresas vendidas à iniciativa privada, 3 transferidas para Governos Estaduais, 3 fundidas com outras empresas, 14 incorporadas a outras estatais e duas transformadas e incorporadas à Administração direta do Governo Federal (IPEA/IBAM/ENAP, 1994).

6 - Criado pelo Decreto nº 91.991/85, esse programa resultou na conclusão de 42 processos de desestatização, quando 18 empresas foram privatizadas, 2 incorporadas, 4 tiveram suas atividades encerradas e 18 foram transferidas para Governos Estaduais (IPEA/IBAM/ENAP, 1994).

7 - Na Inglaterra, a Primeira-Ministra Margareth Thatcher, eleita em 1979, foi quem primeiro enfrentou o problema do domínio exorbitante do Estado sobre os sistemas produtivos dos principais países capitalistas. Comandou, assim, a chamada revolução neoliberal, ao romper com um Estado intervencionista para privilegiar a eficiência econômica por considerar ser o único meio de aumentar a riqueza nacional, mediante a transferência de domínios públicos para o setor privado, por um processo de privatização. Os resultados foram significativos e o movimento liberal inglês contagiou as economias ocidentais.

8 - Para GRAU (*apud* ARAGÃO, 2002:29), “a busca de mais sociedade e menos Estado supõe a substituição da regulação estatal (= regulamentação) por regulações sociais. Aí a *deregulation* dos norte-americanos, que designamos mediante o uso do vocábulo

regulação”. Nesse mesmo sentido, MAJONE (1999) alerta que o termo *desregulação* pode ser enganador, pois não significa a volta de um Estado *laissez-faire*, mas uma mudança dos métodos tradicionais de regulação e controle para instrumentos de política em um nível diferente de governança.

9 - PRZEWORSKI (1998) observa que há um *trade-off* entre flexibilidade e controle na delegação de competência regulatória às agências, uma vez que os agentes políticos incorrem em “riscos delegativos” de a agência não se comportar segundo suas preferências, considerando, entretanto, que o custo de monitoração pode ser reduzido em função do contrato de gestão.

CAPÍTULO IV - COMPETÊNCIA DOS ENTES PÚBLICOS NA REGULAÇÃO SETORIAL

A ênfase a que se dá ao ainda recente surgimento de um Estado Regulador no Brasil, especialmente a partir dos anos 90, tem levado a uma interpretação de que as agências reguladoras figuram como um instituto novo no campo do direito público e no cenário organizacional da Administração. Afirmção nesse sentido não deve ser tomada sob um prisma absoluto. De fato, as agências como entes independentes é uma novidade no Brasil, o que não significa dizer, entretanto, que os atributos da regulação decorram da Reforma do Aparelho do Estado ocorrida há pouco menos de uma década.

A expressão *agência reguladora* deriva das *agencies* norte-americanas, não possuindo, no entanto, idêntica correspondência no aparato burocrático do Estado brasileiro. Anota ARAGÃO (2002) que o termo em si é vazio de conteúdo, pelo que a mera denominação de um órgão administrativo como tal nada significa sem que venha acompanhada de disciplina jurídica específica. Assim é que as agências reguladoras foram institucionalmente qualificadas como “autarquia sob regime especial”.

Nessa esteira, vale salientar que constituem as autarquias entes da Administração indireta, dotadas de personalidade jurídica própria e vinculadas ao Ministério em cuja área de competência se enquadra a sua atividade principal, gozando, entretanto, de autonomia administrativa e financeira, na medida em que é dotada de capacidade de auto-administração.

Sendo a autarquia um prolongamento do Poder Público, deve executar serviços próprios do Estado, em condições idênticas, com os mesmos privilégios da Administração direta, sendo, de igual modo, passíveis dos mesmos controles. Sua criação se faz por lei específica (art. 37, XIX da CRF/88), mas sua organização se opera por decreto. O patrimônio inicial é formado pela transferência de bens móveis e imóveis do órgão de origem, os quais se incorporam ao patrimônio do novo ente. O orçamento da autarquia integra a lei orçamentária do órgão a que se vincula, devendo adequar-se ao que consta da Lei nº 4.320, de 1964, e da Lei Complementar nº 101, de 2000. Os contratos administrativos firmados pelas autarquias no âmbito da gestão de seu patrimônio

obedecem à disciplina das Leis n^{os} 8.666, de 1993, e 10.520, de 2002, devendo se preceder de licitação. Para o preenchimento de seu quadro de pessoal efetivo as autarquias também são obrigadas a realizar concurso público.

O surgimento das autarquias decorre do processo de descentralização administrativa, de caráter funcional, já que desenvolvem capacidade específica para a realização das funções que lhes são atribuídas. Foram, assim, concebidas com o objetivo de executar os serviços típicos da Administração direta que requeriam, para seu funcionamento mais eficiente, gestões administrativa e financeira desvinculadas do governo central, ainda que sob seu controle administrativo e subordinação hierárquica.

A gênese da autarquia como ente autônomo se explica pelo próprio sentido do termo. CRETELLA JÚNIOR (*apud* DI PIETRO, 2003) observa que o vocábulo autarquia, de origem grega, é formado por dois elementos justapostos: *autós* (=próprio) e *arquia* (=comando, governo, direção), significando, etimologicamente, “comando próprio, direção própria, autogoverno”.

O primeiro conceito legal de autarquia foi dado pelo Decreto n^o 6.016, de 1943, que a definia como “o serviço estatal descentralizado, com personalidade de direito público, explícita ou implicitamente reconhecida por lei”. Mais tarde, a Reforma Administrativa trazida pelo Decreto-lei n^o 200, de 1967, definiu os atuais contornos das autarquias, ao prescrever serem elas um “serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar as atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada”.

Sucedem que as autarquias foram perdendo as características autônomas que apresentavam em sua concepção inicial, absorvendo paulatinamente o regime da Administração direta. A descentralização passou, assim, a assumir feição meramente formal em virtude do excessivo controle sobre os meios de sua atuação, resultando em seu engessamento, gerado pelo formalismo burocrático.

ARAGÃO (2002) constata que o fato de as agências independentes serem novidade no país se deve a uma mudança relativamente recente na orientação do Supremo Tribunal Federal sobre a possibilidade jurídica de se determinar, na lei de criação de uma

autarquia, mandato para seus dirigentes, protegendo-os da exoneração *ad nutum* pelo Chefe do Poder Executivo. O julgamento da liminar da ADIn nº 1.949-0 alterou o entendimento, antes consolidado na Súmula nº 25, de que a lei não poderia impedir a livre exoneração pelo Presidente da República de ocupante de cargo dirigente de autarquia. Até então, por décadas, o legislador admitia instituir autarquias em regime especial, com a previsão de mandato para seu corpo diretivo, mas sem sucesso, por prevalecer, na jurisprudência, a tese da inconstitucionalidade de estipulação legal nesse sentido.

Sobre o surgimento das agências, MOREIRA NETO (2003) observa que o esquema de descentralização autárquica, depois de um certo declínio, ressurgiu repaginado, como o arranjo institucional encontrado para conciliar o exercício da função reguladora, que, por ser de natureza típica do Estado, demanda personalidade jurídica de direito público, com flexibilidade gerencial, propiciada por uma ampliação da autonomia administrativa e financeira, pelo afastamento das burocracias típicas da Administração direta e, sobretudo, pelo insulamento em relação à arena político-partidária.

ARAGÃO (2002:270) também relata que o primeiro desenho jurídico proposto para as agências reguladoras, inspirado em algumas autoridades administrativas independentes européias, assumia formato independente em relação aos Poderes tripartidos, não integrando a Administração, quer direta, quer indireta, e seus dirigentes seriam nomeados, com mandato, pelo consenso entre o Chefe do Executivo e o Senado. O receio do ineditismo desse modelo levou à configuração das agências como “uma autarquia especial dirigida por um colegiado cujos membros são nomeados por prazo determinado pelo Presidente da República, após prévia aprovação pelo Senado, vedada a exoneração *ad nutum*”.

SALGADO (2003) aponta ser a decisão colegiada por membros investidos em mandato, aliada à impossibilidade de revisão dessa decisão na esfera administrativa, garantia de independência de pressões e interesses outros que não o interesse público.

Logo, em termos de configuração da estrutura organizacional, verifica-se que as agências reguladoras pouco se diferem do modelo tradicional de autarquia, tendo, porém, como característica peculiar, relativa independência técnica, gerencial e dirigentes investidos em mandato fixo. A idéia está em conferir-se mais eficiência a

essas autarquias, mediante a ampliação de sua autonomia, com vistas a transferir o *locus* decisório da Administração central, como já foi visto no capítulo anterior.

4.1. AS AUTARQUIAS TRADICIONAIS COM FUNÇÕES DE REGULAÇÃO

A literatura demonstra ser um equívoco associar-se função regulatória do Estado ao surgimento das agências e ao movimento de desestatização da década de 90 (ARAGÃO, 2002; MOREIRA NETO, 2000; DI PIETRO, 2003). Verifica-se que, no Brasil, desde longa data existem entes com função reguladora, com maior e menor alcance, instituídos sob a forma de autarquias tradicionais. FERREIRA FILHO (*apud* DI PIETRO, 2003) menciona a criação, no início do século passado, de alguns entes autárquicos, com a finalidade de regular a produção e o comércio de bens, enquadrando-se nessa categoria, dentre outros, o Comissariado de Alimentação Pública (1918), o Instituto de Defesa Permanente do Café (1923) e o Instituto do Açúcar e do Alcool (1933).

Também são exemplos de autarquias com funções de regulação o Banco Central da República do Brasil, a Comissão de Valores Mobiliários e a Superintendência de Seguros Privados, entes que compõem o Sistema Financeiro Nacional, a seguir abordados, tendo em vista que algumas de suas atribuições, no âmbito da regulação, influenciaram, em maior ou menor grau, a concepção do modelo regulatório da saúde suplementar.

O Sistema Financeiro Nacional, previsto na Constituição de 1988 (art. 192), é composto por um conjunto de instituições que tem objetivo de assegurar a estabilidade do poder de compra da moeda e a solidez do mercado financeiro, por meio de normas e procedimentos que visam coibir o abuso e manter a confiança na moeda (MELLAGI FILHO, 1994).

A regulação do Sistema Financeiro Nacional é nitidamente de natureza econômica e envolve os mercados de operações financeiras, de valores mobiliários e de seguros, cujo arcabouço compreende dois itens básicos. O primeiro diz respeito às redes de segurança financeira, que existem em função do risco sistêmico de que situações reversíveis de

iliquidez patrimonial se convertam em problemas irreversíveis de insolvência e quebra, provocados pelas “corridas aos bancos” (retirada em massa de depósitos), levando a um colapso do sistema por contágio. O segundo item guarda relação com o controle da assimetria informacional inerente à atividade financeira, além dos problemas associados à seleção adversa e ao risco moral, pois, segundo STIGLITZ (*apud* MATOS FILHO e CÂNDIDO JR., 1997), informação é o insumo básico do mercado financeiro, mas, em geral, o nível de informação, seja para se conceder um empréstimo, seja para comprar ações, é insuficiente ou incompleto.

MATOS FILHO e CÂNDIDO JR. (1997) assinalam que, para que a regulação atinja seus objetivos finais, isto é, gere eficiência, estabilidade e aprimoramento das regras do mercado financeiro, com impacto para toda a economia, é necessária a adoção de várias formas de intervenção no mercado, que podem ser classificadas em seis categorias: regulação macroeconômica, alocativa, estrutural, prudencial, organizacional e de proteção.

Dentre esses modelos, releva destacar a regulação prudencial, em função do ponto de tangência entre o mercado financeiro e o de saúde suplementar. Trata-se do tipo de controle que busca reduzir o risco sistêmico, minimizando comportamentos imprudentes ou fraudulentos, mediante a exigência de capacidade financeira e administrativa do agente regulado, o que requer capital mínimo, diversificação do risco, relatórios periódicos, profissionalização dos administradores, transparência na informação e sujeição a regimes especiais para uma efetiva supervisão do órgão regulador (COUTINHO e OLIVEIRA, 1999).

O Conselho Monetário Nacional - CMN é o órgão deliberativo máximo do Sistema Financeiro Nacional, a quem compete estabelecer as diretrizes gerais das políticas monetária, cambial e creditícia; regular as condições de constituição, funcionamento e fiscalização das instituições financeiras e disciplinar os instrumentos de política monetária e cambial. O CMN é constituído pelo Ministro da Fazenda, que o preside, pelo Ministro do Planejamento e Orçamento e pelo Presidente do Banco Central do Brasil - BACEN.

A execução das ações de supervisão e regulação cabe ao BACEN e, quanto ao mercado de valores mobiliários, à CVM, sendo de se destacar que suas decisões em julgamentos

administrativos são passíveis de recurso ao Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional – CRSFN, órgão este de última instância administrativa.

4.1.1. O Banco Central do Brasil

A estrutura e o financiamento do mercado financeiro estão disciplinados na Lei n° 4.595, de 1964, a qual submete as instituições financeiras a um intenso controle por parte das autoridades monetárias, cabendo esse papel ao BACEN, autarquia federal, com personalidade jurídica própria, criada para exercer as funções que, até então, eram exercidas pela SUMOC, pelo Banco do Brasil e pelo Tesouro Nacional. O BACEN é dirigido por um órgão colegiado, formado pelo Presidente e oito Diretores, todos nomeados pelo Presidente da República, após a aprovação do Senado Federal, entre brasileiros de ilibada reputação e notória capacidade em assuntos econômico-financeiros. Presidentes e Diretores são demissíveis *ad nutum* (ABRÃO, 1999).

Considerando o conjunto de atribuições legais e regulamentares, pode-se dizer, em resumo, que compete ao BACEN as seguintes funções: formular, executar e acompanhar as políticas monetária e cambial, inclusive nas relações com instituições financeiras internacionais; controlar as operações de crédito em todas as suas formas; emitir papel-moeda e moeda metálica e executar os serviços do meio circulante; e organizar, disciplinar e fiscalizar o mercado financeiro.

É este último aspecto das funções do BACEN, a chamada supervisão bancária, o alvo de interesse para este estudo, pois, o regime regulatório adotado, nesse espectro, visa à preservação da liquidez e solvência do mercado financeiro, com vistas à sua eficiência. Para tanto, compete ao BACEN formular normas aplicáveis ao sistema financeiro nacional, conceder autorização para o funcionamento de instituições financeiras e creditícias em geral e monitorar e fiscalizar essas atividades.

No âmbito da regulação prudencial, é importante destacar que o BACEN, além de supervisionar os itens que exigem capacidade financeira e administrativa do agente regulado (capital mínimo, ativos garantidores, plano de contas, normas sobre administradores etc.), dispõe de mecanismos de atuação saneadora sobre o mercado, interferindo mais diretamente sobre instituições financeiras ou creditícias em crise,

quando constatada a iminência ou a inevitabilidade de insolvência. São três as modalidades de regimes especiais que podem ser impostas aos agentes regulados: a administração especial temporária (RAET), a intervenção e a liquidação extrajudicial.¹

A intervenção é medida de natureza cautelar que visa evitar o agravamento da situação de risco patrimonial, com duração limitada no tempo e poderá ser seguida da retomada das atividades normais da instituição ou pelo encerramento de suas atividades. Trata-se de medida preventiva que visa reverter o quadro de dificuldade financeira transitória, mediante a nomeação de pessoa estranha à instituição financeira, que passa a geri-la, além de a decretação do regime levar à suspensão da exigibilidade das obrigações vencidas e da fluência do prazo das obrigações vincendas anteriormente contraídas, bem como à inexigibilidade dos depósitos já existentes à data de sua decretação.

Já o RAET surgiu como alternativa mais branda do que a intervenção, uma vez que não interrompe nem suspende as atividades normais da empresa, sendo seu principal efeito a perda do mandato dos dirigentes da instituição e sua substituição por um conselho diretor nomeado pelo BACEN, com amplos poderes de gestão (ABRÃO, 1999).

Não se revertendo o quadro de risco, ao RAET ou intervenção se segue a decretação da liquidação extrajudicial da instituição. Equiparada a uma falência, só que processada pela via administrativa, a liquidação extrajudicial se destina a proceder ao encerramento das atividades da instituição, promovendo a realização do ativo, o pagamento do passivo e a partilha do eventual acervo remanescente ou sua responsabilização pelo passivo a descoberto (FONSECA, 2000). Consiste, assim, forma de saída ordenada do agente regulado do mercado, a fim de preservar a estabilidade e o equilíbrio sistêmico do setor. É por essa razão que as instituições financeiras não são passíveis de falência a pedido do credor ou por elas próprias (autofalência), dado que esta apenas pode vir a ser decretada a pedido do BACEN, quando inexequível a liquidação extrajudicial.

Ainda no campo da regulação prudencial, vale destacar o conjunto de medidas introduzidas com o objetivo de proteger o mercado financeiro da possibilidade de crise, em face de algumas dificuldades enfrentadas por instituições financeiras após a estabilização da inflação ocorrida com o Plano Real. Buscando fortalecer e reestruturar o sistema financeiro, foi instituído o PROER, que engloba políticas de incentivo para ordenar a fusão e incorporação de bancos, bem como amplia os poderes ao BACEN

para transferir bens, direitos, obrigações e controle acionário de instituições, no resguardo da economia pública e dos interesses dos depositantes e investidores.

Também foi criado o Fundo Garantidor de Créditos – FGC, na forma de sociedade civil sem fins lucrativos, que tem por objetivo dar cobertura de até R\$ 20 mil ao titular de créditos referentes a depósitos e aplicações em instituições financeiras, nas hipóteses de decretação de intervenção, liquidação extrajudicial ou falência de instituição que participe do referido fundo, ou, ainda, de reconhecimento pelo BACEN de estado de insolvência da instituição. À exceção das cooperativas de crédito e seções de crédito das cooperativas, as instituições contribuem para o FGC com 0,025% do montante mensalmente escriturado relativamente aos saldos das contas correspondentes às obrigações objeto de garantia (ZETEL, 2003).

Atualmente está na ordem dos debates a questão da autonomia do BACEN no estabelecimento de uma política livre e dirigida por profissionais que saibam o momento certo de intervir no mercado. Sobre o assunto, convém registrar o entendimento de SOUTELLO (2000) de que a autonomia do BACEN já restou assegurada pela vedação constitucional de financiamento do Tesouro Nacional (art. 164, § 1º da CRF/88). Mas a Constituição autoriza, por outro lado, o BACEN a “comprar e vender títulos de emissão do Tesouro Nacional com o objetivo de regular a oferta da moeda e a taxa de juros” (§ 2º), o que o torna potencialmente vulnerável às pressões do Tesouro, permitindo seu uso como instrumento de financiamento do governo, além de lhe atribuir uma função de banco do governo ao determinar que as disponibilidades de caixa da União sejam depositadas no BACEN (§ 3º), pelo que conclui SADDI (1997:197), que “a disciplina constitucional do Banco Central, em resumo, é omissa nos detalhes da estabilidade de seus mandatários, não restringe de forma completa a vedação de empréstimos ao Tesouro e remete a uma futura lei complementar, até hoje não emanada, a disciplina do sistema financeiro nacional. Optando apenas pelos parâmetros gerais, o constituinte acabou não indicando o modelo de autoridade monetária para o Brasil: autônomo ou dependente do Poder Executivo.”

Ainda não há uma decisão política sobre os mandatos para os dirigentes do BACEN, sendo esta uma questão que divide opiniões, como aponta PEREIRA (2003). Nesse sentido, um dos grandes obstáculos à fixação de mandatos aos dirigentes do BACEN já foi removido, uma vez que a Emenda Constitucional nº 40, de 2003, ao reformular o art.

192, conferiu maior flexibilidade à normatização do SFN, antes tolhido pela exigência constitucional de se disciplinar, em um único diploma com nível de lei complementar, todo o regramento básico dos mercados financeiro, de capitais e segurador (WALD, 2003).

São receitas do BACEN as rendas referentes a operações financeiras e outras aplicações de seus recursos, a suas operações de câmbio, da compra e venda de ouro e de quaisquer outras operações em moeda estrangeira e ao produto da arrecadação da taxa de fiscalização, além das eventuais, inclusive as derivadas de multas e de juros de mora.

4.1.2. A Comissão de Valores Mobiliários

A Comissão de Valores Mobiliários foi instituída pela Lei n° 6.385, de 1976, como autarquia vinculada ao Ministério da Fazenda, destinada a disciplinar a emissão, distribuição e negociação dos valores mobiliários, bem como a organização, o funcionamento e as operações das bolsas de valores. Após a Lei da CVM, foi sancionada a Lei das S.A., Lei n° 6.404, de 1976, vindo a produzir uma interligação entre os agentes econômicos e financeiros por meio das ações, debêntures e outros papéis que giram no mercado. Com as alterações trazidas pelas Leis n°s 10.303, de 2001, e 10.411, de 2002, a CVM passou à categoria de agência reguladora, na medida em que foi dotada de independência decisória e recebeu uma série de competências normativas antes delegadas ao CMN. A CVM passou, assim, a ser definida como entidade autárquica em regime especial, “dotada de autoridade administrativa independente, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes, e autonomia financeira e orçamentária” (art. 5°).

A direção da CVM se dá por um órgão colegiado integrado pelo Presidente da autarquia e quatro Diretores, todos nomeados pelo Presidente da República, após aprovação do Senado Federal. Exercem mandatos fixos de cinco anos, vedada a recondução e devendo ser renovado um membro do colegiado a cada ano. A estabilidade no cargo é adquirida na assunção do mandato e sua perda somente pode ocorrer nos casos de renúncia, decisão judicial transitada em julgado e processo administrativo disciplinar. Não há contrato de gestão com o Ministério da Fazenda mesmo após as alterações da Lei n° 10.411, de 2002.

A CVM concentra, assim, poderes para regular o mercado de valores mobiliários, disciplinando e fiscalizando as entidades que negociam títulos emitidos por empresas para captar, junto ao público, recursos destinados ao financiamento de suas atividades. Trata-se de um mercado onde também se constata a presença de assimetria informacional, estando o investidor em posição de inferioridade em relação aos emissores de valores mobiliários e às instituições intermediárias a quem confia seus recursos. A regulação visa, assim, à proteção da poupança popular, bem como à higidez do mercado em si, preservando sua eficiência e integridade contra abusos e desvios de conduta (VERGARA, 2003).

Compete, então, à CVM regular as seguintes matérias: registro de companhias abertas; registro de distribuições de valores mobiliários; credenciamento de auditores independentes e administradores de carteiras de valores mobiliários; organização, funcionamento e operações das bolsas de valores; negociação e intermediação no mercado de valores mobiliários; administração de carteiras e a custódia de valores mobiliários; suspensão ou cancelamento de registros, credenciamentos ou autorizações; e suspensão de emissão, distribuição ou negociação de determinado valor mobiliário ou decretar recesso de bolsa de valores.

Mas a competência para definir a política de organização e de funcionamento do mercado de valores mobiliários foi reservada ao CMN, assim como lhe cabe regular a utilização do crédito nesse mercado; fixar a orientação geral à CVM para o exercício de suas atribuições; definir as ações coordenadas da CVM com o BACEN; e aprovar o quadro e o regulamento de pessoal da CVM, inclusive no tocante à remuneração.

Quanto à política geral de atuação, a CVM busca a consecução de seus objetivos por meio da indução de comportamento, da auto-regulação e da autodisciplina dos agentes, apenas intervindo diretamente nas atividades de mercado quando tal tipo de procedimento se mostra ineficaz. A fiscalização realizada pela CVM se faz por meio do acompanhamento das informações veiculadas ao mercado e a seus agentes. As inspeções se destinam à apuração de situações específicas sobre a atuação das empresas nos negócios com valores mobiliários. O exercício da atividade regulatória da CVM visa, portanto, à manutenção da eficiência e da confiabilidade do mercado de valores mobiliários, condições consideradas fundamentais para seu desenvolvimento. A

eficiência do mercado depende não só do grau de livre competição estabelecido entre os seus agentes, como também da capacidade de reação das cotações dos títulos, pois, segundo VERGARA (2003), o ideal é que a cotação de um título reflita toda a informação publicamente disponível.

No intuito de dotar a CVM de poderes para supervisionar as relações de mercado, a legislação conferiu-lhe, além de competências normativas, capacidade sancionatória, permitindo, assim, aplicar aos infratores as penas de advertência, multa, suspensão ou inabilitação temporária para exercício de cargo e suspensão ou cassação da autorização ou registro de exercício de atividades. Às penalidades aplicadas pelo colegiado da CVM cabe recurso ao CRSFN, tal como ocorre no BACEN.

Importa mencionar que a Lei nº 9.457, de 1997, instituiu a possibilidade de celebração pela CVM de Termo de Compromisso que possibilita a suspensão do procedimento administrativo, desde que o acusado cesse a prática do ato irregular ou corrija a irregularidade apontada, indenizando eventual prejudicado.

Para o custeio das despesas de seu funcionamento, foi reservada à CVM, entre outras receitas, a arrecadação de taxas decorrentes do exercício de sua administração ordenadora.

4.1.3. A Superintendência de Seguros Privados

É possível afirmar que o mercado segurador integra o Sistema Financeiro Nacional, tanto assim que esteve textualmente previsto na redação original do art. 192 da Constituição de 1988. Isso se deve, em parte, ao processo de “financeirização” do seguro privado, também conhecido por “financiamento securitizado” (KORNIS e SICSÚ, 2000; e LIMA, 2003), ocorrido, a partir dos anos 80, com a economia de escopo² obtida pela integração funcional de atividades bancárias e não bancárias dentro de um mesmo conglomerado.

A regulação do mercado segurador compreende as operações de seguro, resseguro, capitalização, previdência complementar aberta e corretagem de seguros.

A estrutura regulatória desse mercado é um tanto complexa, a começar pelo fato de a regulação da previdência complementar estar dividida entre dois Ministérios, cabendo à Fazenda a regulação dos fundos abertos, enquanto que o Ministério da Previdência Social, por intermédio de sua Secretaria de Previdência Complementar, regula as entidades fechadas de previdência complementar.

Além disso, as diretrizes e políticas para o mercado segurador são fixadas pelo Conselho Nacional de Seguros Privados – CNSP e, no entanto, o CMN também tem competência para ditar normas para o mercado segurador, naquilo que diz respeito às diretrizes sobre a gestão dos ativos financeiros que garantem as operações de seguro, previdência e capitalização.

O marco regulatório do mercado segurador é o Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966,³ e alterações posteriores, que institui o Sistema Nacional de Seguros Privados, ditando seu funcionamento e estrutura orgânica. O CNSP é o órgão normativo das atividades securitárias e tem como atribuições: regular a constituição, organização, funcionamento e fiscalização do mercado segurador; fixar as características gerais dos contratos de seguros, previdência privada aberta e capitalização; estabelecer as diretrizes gerais das operações de resseguro; prescrever os critérios de constituição das sociedades que operam no mercado segurador, com fixação dos limites legais e técnicos das respectivas operações; e disciplinar a corretagem do mercado e a profissão de corretor (MAGALHÃES, 1997).

A composição do CNSP tem sofrido várias mudanças, sendo a última a definida pela Lei nº 10.190, de 2001, que lhe determinou a atual estrutura, composta pelo Ministro da Fazenda, que o preside, o Superintendente da SUSEP, na qualidade de Vice-Presidente, e por representantes do BACEN, da CVM e dos Ministérios da Justiça e da Previdência Social.

A execução das ações de supervisão e regulação cabe à SUSEP, com exceção do mercado de resseguros, cuja atribuição de regulação e fiscalização compete ao IRB Brasil Resseguros S.A.⁴

Criada pelo Decreto-lei nº 73, de 1966, a SUSEP é uma autarquia vinculada ao Ministério da Fazenda desde 1979, dirigida por um Conselho Diretor, composto pelo

Superintendente e por quatro Diretores, todos nomeados pelo Presidente da República, a quem compete fixar as políticas gerais da autarquia, com vistas à ordenação das atividades do mercado, cumprir e fazer cumprir as deliberações do CNSP e aprovar instruções, circulares e pareceres de orientação em matérias de sua competência. A presidência desse órgão cabe ao Superintendente, cujas atribuições incluem os atos de gestão e representação da autarquia.

As principais atribuições da SUSEP são: cumprir e fazer cumprir as deliberações do CNSP e exercer as atividades por ele delegadas; fiscalizar a constituição, organização, funcionamento e operação das sociedades e entidades de previdência complementar aberta, na qualidade de executora da política traçada pelo CNSP; atuar no intuito de proteger a captação de poupança popular que se efetua mediante operações de seguros, de capitalização e de previdência complementar aberta; zelar pela defesa dos interesses dos consumidores dos mercados supervisionados; promover a estabilidade do mercado segurador, zelando pela liquidez e solvência das sociedades que o integram; disciplinar e monitorar os investimentos daquelas entidades, em especial os efetuados em bens garantidores de provisões técnicas. A SUSEP também é dotada de competência para editar instrumentos normativos operacionais, baixando instruções e expedindo circulares, de acordo com as diretrizes do CNSP.

De outra parte, releva salientar que as decisões do Conselho Diretor da SUSEP em processos administrativos estão sujeitas à revisão, em última instância administrativa, pelo Conselho de Recursos do Sistema Nacional de Seguros Privados, de Previdência Privada Aberta e de Capitalização - CRSNSP, órgão integrante da estrutura básica do Ministério da Fazenda, criado pela Medida Provisória nº 1.689-5, de 1998.

O papel da SUSEP é basicamente o de zelar pelo desenvolvimento e manutenção do equilíbrio do mercado segurador, atuando com a intenção de atenuar suas falhas, entre as quais se ressalta, tal como ocorre nos mercados financeiros e de valores mobiliários, a assimetria informacional. Com efeito, seus objetivos regulatórios estão fundados na indução de oferta de produtos adequados às necessidades dos consumidores, na credibilidade dos contratos e na redução dos custos de transação e contratação (BRASIL/MF/SUSEP, 2003).

No âmbito da regulação prudencial, a arquitetura regulatória da SUSEP em muito se assemelha com a do BACEN, uma vez que, além de adotar mecanismos de controle do risco sistêmico, ao exigir capacidade financeira e administrativa dos agentes por ela regulados, exerce função saneadora a partir da decretação dos regimes especiais de direção fiscal, intervenção e liquidação extrajudicial, com características próximas dos regimes adotados para o mercado financeiro.

Vale dizer que, assim como no BACEN, a intervenção representa uma ingerência mais efetiva sobre a instituição regulada no mercado segurador, na medida em que o interventor nomeado tem plenos poderes de gestão. O mesmo já não se dá na direção fiscal, pois, em que pese também ter por objetivo o saneamento das anormalidades econômico-financeiras detectadas, sua decretação não afeta o curso regular dos negócios da operadora nem seu normal funcionamento. Diversamente do que ocorre no RAET para as instituições financeiras, a nomeação do diretor fiscal não implica o afastamento dos administradores da sociedade, cumprindo-lhe exercer alguns atos de gestão e monitorar os atos negociais dos administradores.

As sociedades que operam no mercado segurador só se sujeitam à falência na hipótese de inexecuibilidade da liquidação extrajudicial, tal como ocorre no mercado financeiro.

Na mesma linha do BACEN e da CVM, a moldura sancionatória desenhada para a SUSEP inclui a possibilidade de aplicação de penalidades aos administradores das instituições reguladas, podendo-lhes suspender o exercício do cargo ou declarar-lhes inabilitados por período delimitado.

A SUSEP dispõe, como principal fonte de recursos, a taxa de fiscalização instituída pela Lei nº 7.944, de 1989, cujo fato gerador decorre do exercício da administração ordenadora que lhe é legalmente atribuída.

4.2. AS AGÊNCIAS REGULADORAS DE PRIMEIRA GERAÇÃO

Como se teve a oportunidade de abordar, a primeira geração de agências reguladoras teve papel fundamental para a inserção, no ordenamento brasileiro, da concepção de

agências independentes para a consecução das funções regulatórias típicas do Estado na intervenção na economia. Encarna, assim, o modelo de agências reguladoras nacionais com objetivos de regular, fiscalizar políticas setoriais, estabelecer tarifas, atrair o investidor internacional, controlando a entrada e saída de empresas do setor, criar um ambiente favorável à concorrência e garantir a competitividade com a manutenção de elevados padrões de desempenho e qualidade.

De acordo com SALGADO (2003), essas agências representam um novo desenho institucional do papel ocupado pelo Estado no ambiente econômico. Cumprem a dupla função de estruturar mercados e de garantir que eles se pautem por regras predefinidas, em que a concorrência se inscreve como parâmetro que orienta a ação regulatória. São consideradas agências de Estado, uma vez que comportam simultaneamente aspectos regulatórios e programáticos, aplicando a lei, na forma estabelecida pelo Legislativo.

A criação dessas agências guarda estreita relação com a necessidade de redução do tamanho do Estado, em particular como agente econômico. A desestatização foi desenvolvida no país, basicamente, em quatro formas distintas que podem ser classificadas como: concessão, permissão, privatização e terceirização. Todas elas passam por uma quinta forma, mais abrangente, que se intitula desregulamentação. Assim é que a execução da atividade é passada às mãos da iniciativa privada, pelo que, dependendo da política traçada para o setor, o serviço prestado continua sendo público, atuando o setor privado atua como uma *longa manus* do poder estatal.

Diante dessa conjuntura, é possível afirmar que a primeira geração de agências visa especificamente regular os setores desestatizados ou desmonopolizados. Enquadram-se nessa característica a ANATEL na área de telecomunicações, a ANEEL em energia elétrica e a ANP no setor petrolífero, cuja regulação incidirá sobre mercados recém-abertos.

4.2.1. A Agência Nacional de Telecomunicações

A ANATEL é a agência reguladora que mais se aproxima das características originalmente concebidas pelo projeto da Reforma do Estado, em termos de independência decisória. Foi criada pela Lei nº 9.472, de 1997, conhecida por Lei Geral

de Telecomunicações - LGT, que fixou estar ela submetida a um regime autárquico especial. PORTO NETO (2002:287) esclarece que por regime especial deve-se entender que o modelo organizacional da ANATEL nega o “tradicional figurino das autarquias”, pois a ela não se aplica o regime geral consagrado no Decreto-lei nº 200, de 1967. Com efeito, as normas que disciplinam a atuação da ANATEL são as previstas na própria Lei Geral de Telecomunicações, bem como os atos infralegais que a regulamentam. Os pontos fundamentais desse regime autárquico especial se traduzem na “independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo de seus dirigentes e autonomia financeira” (art. 8º), conferindo singularmente àquela Agência uma “autoridade administrativa independente” (art. 9º).

A ANATEL tem como órgão máximo um Conselho Diretor composto por cinco Conselheiros, os quais deliberam por maioria absoluta, o que determina o quórum mínimo de três conselheiros votando no mesmo sentido. Dentre eles um será investido na função de Presidente, a quem cabe a representação da Agência, o comando hierárquico sobre pessoal e serviço, exercendo todas as competências administrativas correspondentes, bem como a presidência das sessões do Conselho Diretor.

Os Conselheiros devem ser brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de sua especialidade, sendo nomeados pelo Presidente da República, após a aprovação do Senado Federal. Exercem mandatos fixos e não coincidentes de cinco anos, permitida a recondução. A estabilidade no mandato é adquirida no momento em que os Conselheiros o assumem, apenas podendo perdê-lo nas hipóteses de renúncia, decisão judicial transitada em julgado e processo administrativo disciplinar. A ANATEL não celebra contrato de gestão.

Cabe à ANATEL implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional de telecomunicações, nos termos da política estabelecida pelos Poderes Legislativo, mediante a edição de leis, e Executivo, a quem cabe organizar a exploração dos serviços de telecomunicações.

O papel do Executivo na definição da política de telecomunicações está delimitado na própria LGT, na qual se inserem as seguintes funções: instituir ou eliminar a prestação de modalidade de serviço no regime público, concomitantemente ou não com sua prestação no regime privado; aprovar o Plano Geral de Outorgas de serviço prestado no

regime público; aprovar o Plano Geral de Metas para a progressiva universalização de serviço prestado no regime público; e autorizar a participação de empresa brasileira em organizações ou consórcios intergovernamentais destinados ao provimento de meios ou à prestação de serviços de telecomunicações. Cumpre-lhe também a outorga dos serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens; a instalação da ANATEL mediante regulamento; e a nomeação de seus Conselheiros e do Ouvidor.

A ANATEL é responsável por adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade. Tem a Agência a última palavra quanto às matérias de sua alçada, não cabendo quaisquer recursos, salvo a revisão judicial, em face do princípio constitucional da jurisdição única pelo Poder Judiciário (art. 5º, XXXV).

Releva salientar que a ANATEL detém poderes para decretar intervenção sobre empresa concessionária, nas hipóteses previstas na LGT, que incluem, entre outras, a paralisação injustificada dos serviços ou a inadequação ou insuficiência de sua prestação, o desequilíbrio econômico-financeiro resultante de má administração que coloque em risco a continuidade dos serviços e a inobservância reiterada de atendimento a metas de universalização. A decretação da intervenção implica o afastamento de seus administradores, mas não afeta o curso regular do funcionamento da concessionária. É o ato de intervenção que define seus objetivos, limites e prazo e designa o interventor, a cargo de um colegiado ou empresa contratada para esse fim. Os procedimentos administrativos para decretação da intervenção assegurarão sempre a ampla defesa do concessionário.

A ANATEL conta ainda com um Conselho Consultivo, órgão este de participação institucionalizada da sociedade na Agência, sendo integrado por doze Conselheiros indicados pelo Senado Federal, pela Câmara dos Deputados, pelo Poder Executivo, por entidades de classes das prestadoras de serviços de telecomunicações, e por entidades representativas dos usuários e da sociedade.

Cabe ao Conselho Consultivo: opinar, antes de seu encaminhamento ao Ministério das Comunicações, sobre o Plano Geral de Outorgas, o Plano Geral de Metas para universalização dos serviços prestados no regime público e demais políticas

governamentais de telecomunicações; aconselhar quanto à instituição ou eliminação da prestação de serviço no regime público; apreciar os relatórios anuais do Conselho Diretor; e requerer informação e fazer proposição a respeito das ações de competência do Conselho Diretor.

A autonomia financeira da ANATEL é assegurada pela arrecadação direta e aplicação de suas próprias receitas. Foi transferida à Agência a administração do Fundo de Fiscalização das Telecomunicações – FISTEL, que engloba os recursos que advêm da atividade de fiscalização e demais receitas obtidas no exercício do poder concedente.

4.2.2. A Agência Nacional de Energia Elétrica

A ANEEL, criada pela Lei nº 9.427, de 1996, é a primeira agência reguladora surgida após a Reforma do Estado, sendo, pois, a pioneira na experiência de adequação do novo regime regulatório aplicado à prestação de serviços públicos.

Após a reestruturação do setor elétrico, o qual sofreu significativas modificações em função do processo de desestatização, a criação da ANEEL deu-se em substituição ao antigo órgão regulador setorial, o Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica – DNAEE, órgão do Ministério das Minas e Energia, ante a necessidade da existência de uma entidade reguladora e fiscalizadora em condições de atuar com eficiência na viabilização e preservação dos interesses dos usuários e investidores (GIRARDI, 2003).

Assim é que cabe à ANEEL exercer as funções relativas ao poder concedente dos serviços e do uso de potenciais de energia elétrica. Seu papel é autorizar, regulamentar e fiscalizar as atividades abrangidas nesse setor, defendendo os interesses entre os agentes do setor e entre estes e os consumidores.

As competências da ANEEL foram reforçadas pela Lei nº 9.648, de 1998, que lhe conferiu atribuição explícita no tocante à regulação da competição no mercado setorial, podendo estabelecer limites para a correspondente concentração econômica, a qual é exercida de forma coordenada com o CADE.

De igual sorte, foram conferidos à ANEEL poderes para conceder, permitir e autorizar instalações e serviços de energia, devendo também garantir tarifas justas, zelar pela qualidade do serviço, exigir investimentos e assegurar a universalização dos serviços, inclusive com poderes de intervenção sobre o concessionário, nos mesmos moldes da ANATEL. Compete-lhe, ainda, dirimir conflitos entre concessionários, permissionários e autorizados, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e seus consumidores, como instância administrativa final, pelo que sua decisão somente pode ser revista pela via judicial.

Vale dizer que as atividades que compreendem o setor de energia elétrica se segmentam em geração, transmissão, distribuição e comercialização. Assim, em relação aos regimes jurídicos dessas atividades, verifica-se que a geração se desdobra em serviço público, produção independente e autoprodução. A transmissão se enquadra apenas como serviço público; a distribuição envolve serviço público tanto passível de concessão como de permissão e comporta, ainda, atividade privada, e a comercialização pode se dar em conjunto com outras atividades ou de forma especializada (WALTENBERG, 2002). Verifica-se que o regime predominante é o de serviço público, mas há algumas atividades sujeitas a regime privado, como no caso da eletrificação para cooperados rurais, por exemplo.

Em relação a sua configuração institucional, a ANEEL é dirigida em regime colegiado, composto de Diretor-Geral e quatro Diretores, um deles com funções de Ouvidor, todos nomeados pelo Presidente da República, após a aprovação pelo Senado Federal, para exercer mandatos fixos e não coincidentes de quatro anos. A Lei, no entanto, prevê a possibilidade perda do mandato nas hipóteses de renúncia ou prática de atos de improbidade administrativa comprovada em processo administrativo disciplinar ou decisão judicial transitada em julgado.

A autonomia financeira é resguardada basicamente pelos recursos oriundos da Taxa de Fiscalização dos Serviços de Energia Elétrica.

Na ANEEL, existe a possibilidade de descentralização de suas atividades mediante convênios de cooperação com os Estados e o Distrito Federal, delegando parte de suas atribuições, principalmente para os entes reguladores dessas esferas.

4.2.3. A Agência Nacional do Petróleo

A indústria do petróleo sofreu mudanças estruturais a partir da Emenda Constitucional nº 9, de 1995, que flexibilizou o monopólio da União sobre a exploração, produção, transporte, importação, exportação e distribuição de petróleo, derivados e gás natural, ao permitir a contratação de empresas estatais ou privadas para a consecução dessas atividades, abrindo, assim, o mercado brasileiro de petróleo à concorrência.

Assim é que foi editada a Lei do Petróleo, Lei nº 9.478, de 1997, que dispõe sobre a política nacional do petróleo e as atividades relativas ao setor. Institui o Conselho Nacional de Política Energética, delineando os objetivos da Política Energética Nacional, dentre as quais destacam-se a preservação do meio ambiente, a promoção da livre concorrência e a ampliação do país no mercado internacional. O CNPE, no entanto, não é um conselho exclusivamente voltado ao mercado setorial regulado pela ANP, estando ligado a todos os órgãos reguladores do setor energético, o que inclui a ANEEL.

A Lei do Petróleo também criou a ANP, que segue o padrão das outras agências reguladoras que a antecederam, tendo a responsabilidade da implementação das políticas do setor de petróleo e gás, com funções regulatórias sobre as atividades relativas à indústria petrolífera, abrangendo, na expressão de AGEL (2003:248), “do poço ao posto”.

As atribuições conferidas à ANP implicam regulamentação, contratação e fiscalização sobre três áreas distintas: atividades *upstream*, relacionadas à exploração e produção do petróleo e gás, as *middlestream*, referentes às áreas de refino, transporte de petróleo e derivados e gás natural, e as *downstream*, que incluem a revenda e distribuição de combustíveis (AGEL, 2003).

Vale dizer que apenas as atividades de exploração e produção foram submetidas ao regime de concessão de serviços públicos, ao passo que para as demais exigiu-se a prévia autorização do órgão regulador, uma vez que o exercício da atividade não depende de outorga estatal por não se tratar de monopólio da União, mas sobre ela

incide a administração ordenadora do Estado, em função da necessidade de garantir a higidez e segurança do mercado (SUNDFELD, 2002b).

Nessa esteira, releva mencionar que as atividades de distribuição e revenda de combustíveis já eram reguladas antes do advento da Lei do Petróleo, tendo como primeiro órgão regulador o Conselho Nacional de Petróleo e, após, o Departamento Nacional de Combustíveis – DNC, órgão do Ministério das Minas e Energia. AGEL (2003) aponta que a ausência de autonomia e a estrutura fortemente burocratizada foram elementos centrais para o fracasso desses órgãos na construção de um mercado competitivo, com a agravante de que, na tentativa de se abrir o mercado, a liberação de barreiras de entrada para empresas na área de distribuição geraram fortes distorções no setor. Até o marco regulatório, não havia barreiras que demandassem investimentos mínimos para a entrada no mercado, o que favorecia a entrada de “empresas de papel”, atuando, na maioria dos casos, como meros atravessadores.

A ANP é dirigida, em regime de colegiado, por uma Diretoria composta de um Diretor Geral e quatro Diretores nomeados pelo Presidente da República, após a aprovação do Senado Federal, que cumprem mandato de quatro anos, não coincidentes, permitida a recondução. A estabilidade no cargo é adquirida na assunção do mandato e sua perda somente pode ocorrer nos casos de renúncia, decisão judicial transitada em julgado e processo administrativo disciplinar. Não há contrato de gestão com o Ministério das Minas e Energia. Na hipótese de vacância de membro da Diretoria, o novo Diretor será nomeado para cumprir o período remanescente do respectivo mandato. À Diretoria da ANP são atribuídas as responsabilidades de analisar e deliberar, em instância administrativa final, sobre matérias de competências da autarquia.

As receitas da ANP são provenientes, dentre outras rendas, da parcela das participações governamentais decorrentes de bônus de assinatura, participação especial e pagamento pela ocupação ou retenção de área, conforme prescrito no edital de licitação da concessões.

4.3. A REGULAÇÃO NO SETOR SAÚDE

A criação de duas agências reguladoras no setor saúde, a ANVISA e a ANS, marca um novo rumo para a definição do regime regulatório brasileiro na medida em que, nessa segunda geração de agências, desata-se o elo formado entre o processo de desestatização e a concepção do Estado Regulador.

Na opinião de SALGADO (2003), as agências dirigidas à regulação no setor saúde não têm a mesma natureza das de infra-estrutura, não sendo, pois, consideradas agências de Estado, mas voltadas a executar diretrizes de governo.

A ANVISA e a ANS prenunciam um movimento de expansão dos entes reguladores em mercados onde se faz necessária a presença mais efetiva do Estado, não mais se estruturando no interior de privatizações de monopólios estatais ou se voltando para estimular a concorrência e competitividade em mercados. Representam a regulação que expressa a administração ordenadora do Estado, na expressão de SUNDFELD (2003), com os atributos de auto-executoriedade e coercibilidade a ela inerentes. Não tratam de questões relativas à flexibilização de monopólios ou à abertura de mercados à iniciativa privada, eis que a presença de um regime regulatório no setor saúde se justifica pela necessidade de se manter a higidez do mercado, assim como pela relevância pública das atividades executadas por seus agentes.

4.3.1. Agência Nacional de Vigilância Sanitária

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA foi criada pela Lei nº 9.782, de 1999, que, por sua vez, define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária. À frente da ANVISA está uma Diretoria composta por cinco membros, sendo um deles o Diretor-Presidente, todos com mandatos fixos e não coincidentes de três anos, nomeados pelo Presidente da República, após a chancela do Senado Federal. Também é dotada de autonomia administrativa e financeira, com recursos oriundos principalmente da arrecadação da Taxa de Fiscalização de Vigilância Sanitária.

A exoneração imotivada de um Diretor é possível apenas nos quatro primeiros meses de mandato, pelo que, após esse período, a perda do mandato só pode ocorrer nos casos de improbidade administrativa, condenação penal transitada em julgado e de descumprimento injustificado do contrato de gestão firmado entre a Agência e o Ministério da Saúde.

A estrutura organizacional da ANVISA também contempla um Conselho Consultivo, órgão colegiado que acompanha e aprecia o desenvolvimento das atividades realizadas pela Agência. O Conselho é composto por doze membros, representantes da Administração Pública, da sociedade civil organizada e da comunidade científica, sendo presidido pelo Ministro da Saúde ou seu representante legal.

Compete ao Conselho Consultivo requerer informações e propor à Diretoria Colegiada as diretrizes e recomendações técnicas de assuntos de competência da ANVISA; opinar sobre propostas de políticas governamentais na área de atuação da Agência, antes do encaminhamento ao Ministro da Saúde; apreciar e emitir parecer sobre os relatórios anuais da Diretoria Colegiada; requerer informações e fazer proposições a respeito das ações da ANVISA.

A ANVISA foi a primeira agência reguladora surgida na área social. Sua criação deriva de um processo de descentralização e de fortalecimento institucional das ações de vigilância sanitária já desenvolvidas, desde 1976,⁵ pela extinta Secretaria Nacional de Vigilância Sanitária, órgão do Ministério da Saúde, tendo por finalidade a promoção da proteção à saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados, bem como o controle dos portos, dos aeroportos e das fronteiras (COSTA *et al*, 2000).

A definição da política geral para o setor é do Ministério da Saúde, cabendo à ANVISA oferecer subsídios e propostas. Tem essa Agência, ainda, amplas competências, que, além de ser a responsável pela coordenação do Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, atua em largos setores econômicos privados que geram potencial de risco à saúde pública, o que envolve produção, armazenamento, circulação e consumo e engloba os setores de medicamentos, materiais e equipamentos médico-hospitalares, odontológicos e laboratoriais, além dos ramos de alimentos, cosméticos, higiene e toda

a gama de serviços de interesse à saúde. Segundo COSTA *et al.* (2000), o escopo de regulação da ANVISA é bastante amplo, com incidência sobre diversos tipos de mercado.

A ANVISA atua por meio de regimes autorizativos e repressivos em relação a produtos que possam gerar potenciais riscos à saúde, sendo também responsável pela concessão do certificado de cumprimento de boas práticas de fabricação, pelo monitoramento de preços de medicamentos e de produtos para a saúde, pela regulamentação, controle e fiscalização da produção de derivados do tabaco, pelo suporte técnico na concessão de patentes pelo INPI e pelo controle da propaganda de produtos sujeitos ao regime de vigilância sanitária.

O foco de atuação ANVISA está fortemente concentrado em funções de fiscalização, o que leva a caracterizar suas atividades como de regulação social, na medida em que intervém na definição de padrões para saúde, meio e segurança, com vistas à proteção ao meio ambiente, ao consumidor e ao ambiente de trabalho.

No entanto, uma atuação recente no campo da vigilância sanitária tem tido repercussão sobre o mercado de medicamentos, no escopo de promover a redução de preços ao consumidor de remédios básicos e essenciais, configurando, nesse caso, forma de regulação econômica. Nesse aspecto, cabe à ANVISA o monitoramento de preços, o controle sobre as patentes e a criação dos genéricos, destacando-se que atua essa Agência na operação da política de controle de preços traçada no âmbito da Câmara Setorial de Medicamentos, composta pela Casa Civil da Presidência da República, pelos Ministérios da Saúde, da Fazenda e da Justiça.

NOTAS:

1 - O RAET está disciplinado pelo Decreto-lei nº 2.321/87, ao passo que a intervenção e a liquidação extrajudicial, pela Lei nº 6.024, de 1974. A Lei nº 9.447/97, estabeleceu a responsabilidade solidária dos controladores de instituições submetidas aos regimes especiais, determinando a indisponibilidade de seus bens.

2 - A economia de escopo ocorre quando a produção conjunta de uma única empresa é maior do que aquilo que se poderia ser produzido por duas empresas diferentes, cada uma das quais gerando um único produto (PINDICK e RUBINFELD, 2002).

3 - As operações na área de previdência complementar estão disciplinadas pela Lei Complementar nº 109/2001.

4 - Com o objetivo de privatizar o mercado segurador, foi editada a Lei nº 9.932/99, que, entre outras providências, transferia para a SUSEP as funções de regulação e de fiscalização do sistema de resseguros acometidas ao IRB. No entanto, o STF entendeu pela inconstitucionalidade da medida, na ADIn nº 2.223, com o fundamento na exigência de que a matéria seja tratada por lei complementar (art. 192 da CRF/88).

5 - A Lei nº 6.360/76, ainda que não expressasse a idéia de um sistema nacional de vigilância sanitária, já indicava uma divisão de papéis entres os níveis federal e estadual e a necessidade de uma ação articulada entre eles. No entanto, a ausência de previsão de recursos para a realização dessas tarefas, assim como a inexistência de um trabalho sistemático entre a Secretaria Nacional de Vigilância Sanitária e as secretarias estaduais revelaram-se fatores que contribuíram para a ineficácia de suas ações.

CAPÍTULO V - MARCO REGULATÓRIO DA SAÚDE SUPLEMENTAR

Para que se possa abordar a moldura jurídico-institucional que envolve a regulação do mercado de saúde suplementar, é importante ter presente a noção daquilo que vem a ser “marco regulatório”. A expressão engendrada por CONFORTO (1998:31) destina-se a nominar o conjunto de “regras, orientações, medidas de controle e valoração que possibilitem o exercício de controle público das atividades de serviços públicos”, não sendo impróprio afirmar que tal definição se estende às atividades econômicas de titularidade privada. Significa dizer que por marco regulatório deve-se entender a formulação de políticas, seja por meio do estabelecimento de uma nova normatividade, seja por uma completa revisão do corpo de normas já existentes, que visem condicionar a “prática de mercado” ao atendimento do interesse da sociedade.

No âmbito da saúde, como já dito, a Constituição de 1988 deixou claro serem “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). É esta a base constitucional para a formulação de um marco regulatório para o sistema de saúde, dirigido tanto para o setor público quanto para o privado, nele incluído o mercado de saúde suplementar.

Dois anos depois de promulgada a Constituição, a LOS, seguida da Lei nº 8.142, de 1990, delineou a moldura regulatória do SUS, sem, no entanto, tratar especificamente do mercado de assistência supletiva à saúde, cuja normatização veio a ocorrer quase 10 anos após. Assim é que o marco regulatório da saúde suplementar se consubstancia, basicamente, nas Leis nº 9.656, de 1998, e nº 9.961, de 2000, cabendo àquela disciplinar as bases da regulação setorial e a esta, as competências e responsabilidades da entidade reguladora respectiva, a ANS.

5.1. O PROCESSO LEGISLATIVO DA LEI Nº 9.656, DE 1998

Ainda que funcionando um mercado privado de intermediação de serviços de assistência à saúde há cerca de 40 anos, o marco regulatório do mercado de saúde suplementar constitui fato recente no cenário brasileiro. Até 1998, com a edição da Lei nº 9.656, a normatização existia apenas para o seguro saúde (Decreto-lei nº 73, de 1966), dirigida exclusivamente à esfera econômico-financeira da atividade securitária.

O mesmo diploma determinava que entidades médicas que operassem sistemas próprios de pré-pagamento de serviços médico-hospitalares estariam subordinadas às regras e à fiscalização dos órgãos supervisores do sistema securitário (art. 135).¹ Sucede, porém, que a regulamentação desses sistemas de pré-pagamento nunca se concretizou, o que propiciou que empresas médicas passassem a funcionar sem qualquer controle, franqueando espaço à plena autonomia privada, com nítidos prejuízos para os consumidores diante dos abusos inevitáveis (PASQUALOTTO, 1999).

Ainda na tentativa de se estabelecer alguma regulamentação para o setor, com arrimo na Lei nº 6.839, de 1980, que obrigou o registro de empresas e profissionais habilitados nas entidades fiscalizadoras do exercício de profissões, o Conselho Federal de Medicina editou a Resolução nº 1.401, de 1993, exigindo das empresas médicas a garantia do atendimento a todas as enfermidades relacionadas na CID, sob pena de cancelamento do registro e aplicação de sanções disciplinares contra os diretores técnicos. Anota PASQUALOTTO (1999) que a iniciativa não foi bem recebida no mercado, tendo a SUSEP, na Circular nº 10, de 1993, vedado a alteração das condições dos seguros de assistência à saúde, sustentando, para tanto, a “defesa dos interesses dos consumidores de seguros” e a “preservação da liquidez e solvência das sociedades seguradoras”.

Mais tarde, o Conselho Nacional de Seguros Privados resolveria regulamentar a matéria, limitando-se, porém, a reconhecer, pela Resolução CNSP nº 31, de 1994, a aplicabilidade das disposições legais do Código de Defesa do Consumidor relativas à proteção contratual do consumidor de seguro saúde.²

Na esfera estadual, verifica-se também terem havido iniciativas no intuito de criar normas que estabelecessem padrões de coberturas para os planos de saúde. Pela

Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo foi editada a Lei Estadual nº 9.495, de 1997, que obrigava os prestadores de serviços a darem atendimento às doenças relacionadas na CID. Com esse mesmo propósito, foi publicada, em Pernambuco, a Lei Estadual nº 11.446, de 1997. Todavia, ambas tiveram seus efeitos suspensos pelo STF³, por vício de inconstitucionalidade, pois entendeu a Corte Suprema, com fundamento no art. 22, I da CRF, competir privativamente à União legislar sobre matérias atinentes a Direito Civil e Comercial.

Daí a se observar que, até o marco regulatório da saúde suplementar, havia apenas uma espécie de regulação judicante do mercado, que se operava pela composição, na esfera judicial, de conflitos individuais oriundos dos contratos de planos de saúde, apoiados na legislação civil e, após 1991, no Código de Defesa do Consumidor. Acumulou-se, com efeito, uma gama significativa de jurisprudência protegendo o direito dos consumidores, fundamentada, contudo, no espectro geral das relações de consumo, sem uma investigação mais profunda sobre a dimensão do setor saúde, por ausência de suporte normativo.

Sob tal conjuntura, a questão da defesa dos consumidores de planos de saúde passou a ser um dos itens prioritários na agenda dos órgãos públicos e entidades civis de defesa do consumidor. Os principais problemas enfrentados diziam respeito a reajustes abusivos, estipulação de prazos excessivos de carência e restrições no atendimento, em função da exclusão ou limitação, em contrato, da cobertura de procedimentos de alto custo. Assinala RIBEIRO (2002) que a regulação do mercado de saúde suplementar entrou na agenda pública por iniciativa dos consumidores. Ao final dos anos 80, a criação de uma disciplina jurídica específica para os contratos nesse setor havia se tornado exigência do movimento de defesa do consumidor, entidades médicas e setores do governo, com repercussão no Legislativo, sob a forma de projetos de lei⁴.

O primeiro projeto foi apresentado em 1985 pelo Deputado Federal Rubens Ardenghi e propunha que a tabela de honorários da AMB fosse a base para a remuneração profissional nos convênios médicos, mas deixava de lado a relação com o consumidor. Já em 1991, a Deputada Irma Passoni apresentou projeto que obrigava as empresas de planos de saúde a manterem estabelecimentos próprios, sob pena de ressarcimento aos consumidores das despesas em outros hospitais. Entretanto, ambas as propostas foram arquivadas sem apreciação pelas Comissões Permanentes (BRASIL/CÂMARA DOS

DEPUTADOS, 2003). Ainda em 1991, o Deputado José Augusto Curvo apresentou o primeiro projeto de lei que realmente tratava dos limites e obrigações nos contratos de planos de saúde, tendo sido essa proposição apensada ao projeto que deu origem à Lei nº 9.656, de 1998.

Pelo lado do Senado Federal, em 1993, o Projeto de Lei nº 93 de autoria do Senador Iram Saraiva propunha, em apenas três artigos, a vedação à exclusão de patologias e outros agravos à saúde nos contratos de plano de saúde. A proposta foi aprovada por aquela Casa e seguiu para a Câmara dos Deputados, onde recebeu o nº 4.425, de 1994, tendo sido a ela apensados mais alguns outros projetos de lei que, de igual modo, visavam disciplinar as atividades das operadoras de planos de saúde.

Após passar pela análise das Comissões internas, a Mesa da Câmara determinou, em 1996, a criação de uma Comissão Especial para examinar o PL nº 4.425, de 1994, quando a discussão sobre a normatização da saúde suplementar alcançou maior destaque no parlamento. Até agosto de 1997, foram apresentados 24 novos projetos e 131 emendas, das quais apenas 13 foram aceitas e incorporadas ao Projeto de Lei.

Vale destacar que a participação do movimento sanitário, na arena parlamentar, foi muito baixa, deixando margem para a atuação das entidades de representação das operadoras (BAHIA, 1999). No entanto, observam PEREIRA *et al* (2000) que não houve aliança entre os representantes dos diferentes segmentos do mercado operador, mas atuação difusa e concorrencial que, de certa forma, funcionou como obstáculo a uma ação integrada do setor privado de criar embaraços à instituição do marco regulatório, já que a preocupação maior era em estabelecer, na lei, distinções e exceções de acordo com cada modalidade organizacional.

Foram realizadas 12 reuniões de audiência pública, com a intensa participação dos atores sociais envolvidos que, contudo, não resolveram os inúmeros pontos de conflito existentes, impedindo, assim, que o Relator da Comissão, Deputado Pinheiro Landin, oferecesse um texto consensual para ser submetido ao Plenário. O impasse levou ao pedido de renúncia da Comissão Especial, fazendo com que o Presidente da Câmara avocasse a matéria ao Plenário e designasse o mesmo Relator para proferir Parecer, instituindo, para tanto, um grupo informal de trabalho. Após intenso processo de discussão e em tempo exíguo, em função das pressões externas,⁵ o Substitutivo foi

apresentado em Plenário, em outubro de 1997, quando foi aprovado com 306 votos, sendo devolvido ao Senado Federal (BRASIL/CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1997).

As notas taquigráficas da sessão da Câmara que apreciou, em turno único, o PL nº 4.425, de 1994, dão conta da dimensão do assunto em debate, sendo elucidativo o seguinte trecho do discurso, na tribuna, do Deputado Ronaldo Cezar Coelho:

“Trata-se, Sr. Presidente, de regular uma atividade de profundo interesse público, ainda que de relações privadas. Trata-se de regular um mercado que cresceu de 800 mil consumidores para 44 milhões de consumidores nos dez últimos anos, um mercado que hoje gira 17 bilhões de reais previstos para o ano de 1997. Trata-se de regular um mercado hoje inteiramente sem lei, um mercado que permite toda a sorte de fraudes, de engodos, de planos que prometem, mas não cumprem, que permite toda sorte de assaltos, de ameaças à economia popular. Trata-se, portanto, de um projeto que vai regular uma atividade do interesse de milhões de consumidores.

Trata-se também, Sr. Presidente, de ter uma visão integrada da saúde pública. Concordo com o Deputado Jorge. Não se trata aqui de regular a atividade econômica de seguro de automóveis, de acidentes pessoais ou de incêndios. Trata-se de regular o maior volume de recursos para a saúde no Brasil. Quanto maior a saúde suplementar, quanto mais regulada, mais resolutiva, mais protetora dos interesses dos consumidores, mais garantias e melhor qualidade teremos nos serviços universais do Sistema Único de Saúde.”

Retornando ao Senado, o Projeto aprovado voltou a ser alvo de intensas discussões. Segundo BAHIA (1999), naquela Casa o debate foi mais permeável aos interesses dos consumidores e das entidades médicas. O grupo que defendia o Projeto aprovado na Câmara sustentava a necessidade de normatização imediata, ao passo que os opositores se apoiavam nas restrições de cobertura e no questionamento da SUSEP como órgão regulador de atividades de saúde. Destaque-se que a discussão sobre o *locus* regulatório, em particular, foi tema tormentoso durante a tramitação no Senado, dividindo opiniões entre parlamentares, segundo os grupos de interesse.⁶

O Executivo, em paralelo, havia criado um grupo de trabalho interministerial que envolvia as pastas da Saúde, Fazenda e Justiça e, ante as crescentes demandas da sociedade em torno do tema, veiculadas principalmente na mídia e pelas entidades de defesa do consumidor, passou a pressionar o Congresso Nacional para uma definição (BRASIL/CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1997). Verificam PEREIRA *et al* (2000) que, a partir desse momento, o Executivo figurou como principal ator no processo decisório e, ao cobrar agilidade do Legislativo, desarticulou tanto as resistências de alguns

parlamentares como do próprio mercado, vendo-se, porém, impelido a recuar em alguns pontos.

O então Ministro da Saúde, José Serra, intervindo no processo de discussão no Senado, propôs a aprovação integral do texto votado na Câmara, comprometendo-se, em contrapartida, a fazer as alterações necessárias via Medida Provisória para solucionar os pontos pendentes, o que evitaria o retorno do Projeto à Câmara e o conseqüente adiamento da edição da lei. O parecer do Relator Senador Sebastião Rocha foi submetido à Comissão de Assuntos Sociais e, em seguida, aprovado pelo Plenário. Após a sanção presidencial, foi publicada, em 3 de junho de 1998, a Lei nº 9.656.

A Lei tratou de disciplinar determinados aspectos de funcionamento do mercado de saúde suplementar, condicionando o exercício da atividade à autorização prévia pelo Estado, uniformizando os produtos oferecidos no setor e exigindo garantias para a manutenção da estabilidade da operação da assistência à saúde. Buscou também corrigir falhas de mercado, ao restringir, de um lado, a seleção de risco por parte das operadoras, normatizando a amplitude das coberturas, bem como o controle de preços e reajustes por faixa etária e, de outro, inibir a seleção adversa por parte dos consumidores, ao definir prazos de carência e de cobertura parcial, nas hipóteses de lesão ou doença preexistente.

Imediatamente após a publicação da Lei nº 9.656, de 1998, seguiu-se a edição da Medida Provisória nº 1.665, de 4 de junho de 1998, contendo as mudanças pactuadas com o Senado Federal. A essa Medida Provisória 43 outras se sucederam, algumas delas alterando substancialmente o conteúdo original da Lei, até a promulgação da Emenda Constitucional nº 32, de 2001, que limitou a utilização de medidas provisórias, ao determinar a perda de sua eficácia no prazo máximo de 120 dias, se não convertida em lei. Assim é que vigora até o momento o texto da última reedição, a Medida Provisória nº 2.177-44, de 24 de agosto de 2001, uma vez que foi editada em data anterior à da publicação da Emenda, pelo que continuará em vigor até que outra medida provisória a revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional (art. 2º da EC nº 32).

Complementam, ainda, o marco regulatório do mercado de saúde suplementar a Lei nº 10.185, de 2001, que dispõe sobre a especialização das sociedades seguradoras que

operam planos privados de saúde; a Lei nº 10.223, de 2001, que altera a Lei nº 9.656, de 1998, para tornar obrigatória a cobertura de cirurgia plástica reparadora de mama nos casos de mutilação decorrente de tratamento de câncer; e a Lei nº 10.850, de 2004, que atribui competência à ANS para definir as ações de implantação de programas especiais de incentivo à adaptação de contratos antigos, segundo as diretrizes ali fixadas.

5.2. A COMPETÊNCIA REGULATÓRIA NA SAÚDE SUPLEMENTAR: FAZENDA x SAÚDE

Diversamente do ocorrido na regulação de outros mercados, em particular nos setores de infra-estrutura, em que o marco regulatório incluiu, de pronto, a criação de uma entidade administrativa autônoma encarregada da regulação, a definição da competência regulatória no mercado de saúde suplementar é marcada por árduo processo de negociação entre os Poderes Executivo e Legislativo em torno do *locus* regulatório para a saúde suplementar. Duas correntes defendiam teses distintas, ambas, contudo, contemplando elementos significativos para a proteção dos consumidores. A corrente ligada ao Ministério da Fazenda sustentava a necessidade de proteger a poupança popular, privilegiando a regulação sobre o equilíbrio econômico-financeiro das operadoras; enquanto a outra, de origem no Ministério da Saúde, posicionava-se pela predominância de ações de promoção da saúde da população.

É de se salientar que um dos embates na apreciação do Projeto de Lei nº 4.425, de 1994, pelo Congresso Nacional dizia respeito à disputa entre as competências dos Ministérios da Fazenda e da Saúde na regulação. É bem ilustrativo o pronunciamento da Deputada Jandira Feghali durante a discussão do Projeto na Câmara dos Deputados, destacando-se o seguinte trecho taquigrafado (BRASIL/CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1997):

“É bom lembrar que o Conselho Nacional de Seguro Privado é o mesmo que trata de qualquer outro tipo de seguro, inclusive o de carros. É esse Conselho, com poder deliberativo, com hipertrofia da SUSEP, com a Presidência do Ministro da Fazenda, que tem voto qualitativo, que vai decidir sobre a regulamentação técnico-científica, financeira e atuarial dos planos de saúde.

Não é possível aceitar isso, Sr. Presidente, Sras. e Srs. Deputados.

Com esse destaque que apresenta, o que faz o Bloco de Oposição? Aproveita uma idéia da última versão do Relator, a de criar uma câmara técnica, e aumenta a

representação do setor de saúde nessa câmara, assim como a das entidades de consumidores, do PROCON, dos profissionais de saúde, ou seja, da sociedade civil e do setor de saúde, para que, com poder deliberativo, definam os aspectos técnicos, epidemiológicos e sanitários dos planos e seguros, deixando o lado financeiro e atuarial para que a SUSEP e o Conselho Nacional de Seguros privados deliberem sobre isso.

Isso é um mínimo de bom senso. Devemos deixar o aspecto técnico de saúde nas mãos de quem entende do assunto, e não apenas nas mãos de quem tem olho mercantil, lucrativo, empresarial e econômico sobre a questão.”

Observa-se que, nos primeiros momentos da discussão do Projeto de lei no Congresso Nacional, tendia-se por uma regulação focada no aspecto econômico-financeiro dos agentes de mercado, a ser realizada por um conjunto formado pelo CNSP, com competência para fixar diretrizes para o setor, e pela SUSEP, encarregada da execução material das ações regulatórias, ambos ligados à Fazenda Nacional. Ao Ministério da Saúde cabia função consultiva sobre questões relativas à prestação de serviços médico-hospitalares. A Câmara de Saúde Suplementar foi inicialmente concebida como órgão do CNSP.

Foi no Senado Federal que se começou a desenhar um modelo de regulação bipartido, com maior participação do Ministério da Saúde no processo regulatório. No entanto, em função do acordo feito com o Poder Executivo de não alterar o Projeto de Lei aprovado na Câmara, a redação original da Lei nº 9.656, de 1998, não deu conta da definição do *locus* regulatório, que acabou ocorrendo de forma progressiva, mediante ajustes feitos via medidas provisórias.

Assim é que entre as alterações trazidas à Lei pela MP nº 1.665, de 1998, estava a criação do Conselho de Saúde Suplementar - CONSU, com a responsabilidade da regulamentação da produção da assistência à saúde, no que se refere aos aspectos médico, sanitário e epidemiológico, mantendo-se, contudo, a competência do CNSP no tocante às atividades técnicas, de cunho econômico-financeiro e atuarial. A Câmara de Saúde Suplementar passou à categoria de órgão consultivo permanente ligado ao CONSU, com ampla participação dos agentes do setor e da sociedade civil.

O Ministério da Saúde, inicialmente com uma posição reduzida e subordinada, teve, com a MP nº 1.665, de 1998, sua atuação ampliada tanto na formulação de regras quanto nas atribuições de controle sobre a assistência suplementar à saúde. É nesse sentido a Exposição de Motivos Interministerial nº 52/MS/MF/MJ, dos Ministros da

Saúde, Fazenda e Justiça ao Presidente da República, valendo reproduzir as seguintes passagens:

“É de se ressaltar que, por esta Medida Provisória, amplia-se a capacidade regulatória do Ministério da Saúde, pela sua possibilidade de atuação junto ao setor privado de assistência à saúde, apontando-se para a conformação de um Sistema Nacional de Saúde.

/.../

O Ministério da Saúde passará a exercer efetivo acompanhamento do setor, a partir das normas expedidas pelo CONSU, no sentido de acompanhar, supervisionar e fiscalizar as operadoras, no que diz respeito à qualidade da atenção prestada aos consumidores.”

O órgão técnico da estrutura do Ministério da Saúde responsável pela formulação de propostas para a regulamentação, bem como pela fiscalização das operadoras no tocante aos aspectos da produção assistencial era o Departamento de Saúde Suplementar - DESAS, criado desde janeiro de 1998,⁷ no âmbito da Secretaria de Assistência à Saúde do Ministério.

Dessa feita, ao Ministério da Fazenda, por intermédio do CNSP e da SUSEP, coube a responsabilidade pelos aspectos econômico-financeiros, no tocante a normas para autorização de funcionamento das operadoras, política de reajustes e os respectivos atos de fiscalização. Já o Ministério da Saúde, por meio do CONSU e do DESAS, assumiu a competência sobre os aspectos assistenciais, como estabelecimento do rol de procedimentos de cobertura obrigatória, exigências para registro de produtos, qualidade da assistência e fiscalização correspondente.

É importante registrar que, para regulamentar a matéria sob sua competência, o CONSU editou, ao todo, 23 Resoluções, definindo normas e procedimentos relativos a acesso e amplitude da cobertura, formatação dos planos, garantia de continuidade da assistência, entre outros. Por outro lado, nenhum ato normativo foi editado pelo CNSP para o setor. Pela SUSEP baixou-se apenas a Circular nº 68, de 1998, regulamentando os dados cadastrais que deveriam ser enviados pelas operadoras para aquela autarquia.

Constata-se que o modelo bipartido de regulação não se mostrou efetivo. A ausência de sinergia entre as áreas da Fazenda e da Saúde, provocada pela separação estrutural das competências em função da natureza de seus objetivos, além da própria dimensão da

regulação e o ineditismo desse processo, levou a uma falta de unidade estratégica na condução das ações regulatórias (BRASIL/MS/ANS, 2003).

Assim é que, pela Medida Provisória nº 1908-18, de 1999, o *locus* regulatório passou a estar concentrado no Ministério da Saúde, sob a justificativa de que “tanto o processo legal quanto a regulamentação elaborada pelo Conselho de Saúde Suplementar - CONSU contaram com a ativa participação dos segmentos sociais interessados, demonstrando, de fato, uma especial preocupação com a questão e o reconhecimento do papel fundamental do Ministério da Saúde como fonte normativa”, conforme arrazoadado da Exposição de Motivos Interministerial nº 73/MS/MF/CCPR.

O DESAS assumiu, assim, as atribuições da SUSEP, enquanto que as competências normativas do CNSP para o setor foram absorvidas pelo CONSU. Este, a seu turno, foi transformado em Conselho Interministerial, integrado pelos Ministros da Casa Civil, da Saúde, da Fazenda, do Planejamento e Orçamento e da Justiça. A Câmara de Saúde Suplementar passou a acumular a competência para discutir e opinar sobre todo o sistema.

O modelo regulatório unificado no DESAS, no entanto, teve curta duração, pois, ao final de 1999, o processo de regulação do mercado de saúde suplementar sofreu outra inflexão com a criação de uma agência independente, a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, instituída pela Medida Provisória nº 1.928, de 1999, que dois meses depois se converteria na Lei nº 9.961, de 2000.⁸

Ao propor a criação de uma agência para regular o mercado de saúde suplementar, a Exposição de Motivos nº 86, do então Ministro da Saúde, reconheceu que nenhuma estrutura ministerial detinha “todas as atribuições necessárias ao exercício das competências exigidas para o órgão regulador governamental no setor de saúde suplementar”. Na motivação, sustentou-se, ainda, que:

“A preservação do mercado e do elenco de modalidades empresariais que atuam no sistema de planos de assistência à saúde implica o conhecimento sistematizado e atualizado a respeito dos impactos da legislação sobre a configuração das empresas de assistência médica suplementar. Implica a permanente, embora seletiva e eficiente fiscalização e controle sobre as operadoras, visando estabilidade e competição que redunde em desenvolvimento e maiores benefícios para os usuários.”

A experiência de regulação até então tem propiciado reais avanços, mas também tem esbarrado em limites, especialmente de natureza técnico-organizativa. A divisão legal estabelecida quanto atribuições do Ministério da Saúde de um lado e da Superintendência de Seguros Privados - SUSEP por outro limitaram ações mais integrais e efetivas de regulação, trazendo a necessária superação de tal dicotomia com a unificação regulamentadora no Conselho de Saúde Suplementar - CONSU e fiscalizadora do Ministério da Saúde, com a edição da MP nº 1.908-18, de 27 de setembro de 1999.

/.../

Aspectos relacionados à dimensão econômico-financeira das empresas operadoras neste setor e também relacionados à cobertura, ao conteúdo dos cuidados, à assistência médico-hospitalar, aos direitos dos consumidores, e ainda, às inter-relações com o sistema público de saúde passaram a ser objeto de atos regulatórios extensivos ao conjunto do setor.

Por sua vez, é assumido que o efetivo e permanente processo de regulação exige de um lado uma institucionalização marcada pela legitimidade, por outro, as regras legais só são implementadas mediante o controle e a avaliação a partir de instâncias que demonstrem possuir instrumentos capazes de traduzir os preceitos normativos e indutores legais em ações.”

Pouco mais de um ano após a edição da Lei nº 9.656, de 1998, viu-se a opção do Congresso Nacional, sob forte influência do Poder Executivo, por um arranjo institucional que congregasse autonomia e concentração das funções de regulação econômico-financeira e de qualidade assistencial sobre o mercado de saúde suplementar, a partir do novo desenho de agência, que daria ao órgão regulador maior grau de insulamento, quando comparado à burocracia tradicional.

5.3. A AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR - ANS

A Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, seguindo o desenho institucional de agências adotado após a Reforma do Aparelho do Estado, foi criada sob o regime de autarquia especial, vinculada ao Ministério da Saúde, com autonomia administrativa, financeira, patrimonial e de gestão de recursos humanos, bem como independência de suas decisões técnicas, assegurada pelo mandato fixo de seus dirigentes.

O órgão diretivo da ANS está estruturado sob a forma de Diretoria Colegiada, composta por cinco Diretores, dentre eles um Diretor-Presidente, todos nomeados pelo Presidente da República, após a aprovação do Senado Federal.

Os Diretores cumprem mandato de três anos, não coincidentes, sendo permitida uma recondução. A exoneração *ad nutum* só pode ocorrer nos primeiros quatro meses de mandato, após o que a quebra dessa estabilidade só pode ocorrer nos casos de improbidade administrativa, condenação penal transitada em julgado e de descumprimento injustificado de objetivos e metas do contrato de gestão celebrado com o Ministério da Saúde.

À Diretoria Colegiada da ANS são atribuídas as responsabilidades de apreciar e deliberar, em última instância, sobre matérias de competência da Agência, não estando suas decisões sujeitas a recurso ou revisão na esfera administrativa.

A estrutura da ANS está prevista Decreto nº 3.327, de 2000, que define as áreas de atuação das cinco Diretorias, cujas competências foram assim distribuídas segundo o estabelecido em seu Regimento Interno:

- Diretoria de Normas e Habilitação das Operadoras: responsável pela normatização, autorização e monitoramento do funcionamento das operadoras, inclusive na adoção de medidas relativas a regimes especiais;
- Diretoria de Normas e Habilitação de Produtos: responsável pela normatização, autorização e monitoramento dos produtos, inclusive o controle de reajustes;
- Diretoria de Fiscalização: responsável por todo o processo de fiscalização tanto dos aspectos econômicos–financeiros quanto dos aspectos médico–assistenciais, além do apoio ao consumidor e articulação com os órgãos de defesa do consumidor;
- Diretoria de Desenvolvimento Setorial: responsável pelo ressarcimento ao SUS e pelo desenvolvimento de instrumentos que viabilizem a melhoria de qualidade e o aumento da competitividade do setor;
- Diretoria de Gestão: responsável pelo sistema de gerenciamento (recursos financeiros, recursos humanos, suprimentos, informática e informação).

A Câmara de Saúde Suplementar é um órgão consultivo permanente, vinculado à Agência, onde têm assento agentes representantes do setor, tendo papel estratégico na construção de uma agenda de prioridades e na avaliação de resultados.

As receitas da ANS advêm, principalmente, da arrecadação da Taxa de Saúde Suplementar, mas também da retribuição de serviços prestados a terceiros; do produto da arrecadação das multas resultantes de suas ações fiscalizatórias e da execução da dívida ativa; das dotações consignadas no Orçamento Geral da União; dos recursos provenientes de convênios, acordos ou contratos; doações e similares; do produto da venda ou locação de móveis ou imóveis; e de valores apurados em aplicações de suas receitas no mercado financeiro.

A ANS foi criada com a função específica de promover o equilíbrio e a eficiência do setor de saúde suplementar, chamando as operadoras de planos de saúde à responsabilidade não só pela manutenção, mas pela qualidade dos serviços de assistência médico-hospitalar e odontológicos oferecidos no mercado privado. Assim como as agências que a antecederam, a ANS surge como parte do novo papel assumido pelo Estado brasileiro como agente normativo e regulador da atividade econômica.

A opção pela regulação setorial parte do pressuposto da reserva de mercado e, para criá-la, é preciso escolher um critério para identificar e isolar o setor (SUNDFELD, 2002c). No caso da saúde suplementar, o setor é determinado pelo produto que nele se opera: os planos privados de assistência à saúde, cujas características estão delineadas no marco regulatório (art. 1º, I e § 1º da Lei nº 9.656, de 1998).⁹ Este é o escopo de regulação da ANS, a qual se desenvolve por um processo de regulamentação e supervisão dessas atividades.

Ainda segundo SUNDFELD (2002c), o sujeito principal da regulação é quem atua como agente do mercado regulado, e são sujeitos secundários os demais atores envolvidos nas relações jurídicas inerentes a seu funcionamento. Nesse sentido, o agente principal da regulação, no mercado de saúde suplementar, são as operadoras de planos de assistência à saúde, pelo que figuram como agentes secundários os consumidores e provedores de serviço. Sublinhe-se que é sobre operadoras que incide a ação da ANS, uma vez que o alvo da regulação está na intermediação do provimento da assistência à saúde, e não nos serviços de médico-hospitalares ou odontológicos em si.

Vale dizer que a relação econômica entre o prestador de serviço e a operadora também não é objeto de regulação pela ANS, à exceção dos assuntos que afetam a manutenção e

qualidade da atenção à saúde, com o fim exclusivo de proteção ao consumidor. São os casos de credenciamento e descredenciamento da rede assistencial, bem como as regras incidentes diretamente sobre o prestador de serviço (art. 18 da Lei nº 9.656, de 1998), que vedam a discriminação no atendimento e determinam critérios de preferência em função da necessidade do consumidor (idoso, gestante, casos de urgência e emergência).

Um exame do marco regulatório da saúde suplementar permite inferir que os objetivos da regulação se desdobram em três níveis: (i) na regulação prudencial, que se realiza pelo controle da capacidade econômico-financeira das operadoras, inclusive com a adoção de medidas saneadoras, por intermédio dos chamados regimes especiais, com vistas a preservar a estabilidade do mercado e, com isso, a manutenção dos serviços de assistência à saúde; (ii) na regulação econômica, visando à correção das falhas de mercado, o que se faz pelo controle da assimetria de informações e pelo monitoramento dos aspectos concorrenciais; e (iii) na regulação consumerista, voltada à proteção dos direitos dos consumidores de serviços privados de assistência à saúde, pela imposição de limites à liberdade contratual e pela fiscalização das práticas do mercado, para compatibilizá-las com as exigências ditadas pela regulamentação, inclusive no que concerne à oferta e publicidade dos produtos (SUNDFELD, 2002c).

Visto sob outro ângulo, também é possível verificar que o marco regulatório, em especial a Lei nº 9.656, de 1998, delineou a regulação sobre três aspectos principais: (i) o estrutural, com a fixação de regras de inserção da operadora no setor, exigência de autorização de funcionamento da operadora e para a operação do produto, envio de dados cadastrais, classificação da operadora e segmentação do produto e aplicação de sanções administrativas; (ii) o econômico-financeiro, ao estabelecer normas relativas à solvência e liquidez das operadoras, com exigências de planos de contas, garantias financeiras, provisões técnicas, bem como a responsabilização dos representantes e administradores da operadora por má gestão; e (iii) o assistencial, disciplinando a cobertura assistencial, abrangência dos planos, rede credenciada, procedimentos e eventos cobertos e não cobertos, carências, doenças e lesões preexistentes e cumprimento de cláusulas contratuais.

5.3.1. Grau de autonomia e competências normativas

A ANS tem por finalidade, segundo o art. 3º de sua Lei criadora, “promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto a suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País”. Dos 42 incisos que compõem o rol de competências da ANS, delineado no art. 4º da Lei nº 9.961, de 2000, além das funções a ela diretamente dirigidas pela Lei nº 9.656, de 1998, pode-se extrair a seguinte síntese:

- propor políticas e diretrizes gerais para a regulação do mercado;
- estabelecer as características gerais dos instrumentos contratuais utilizados na atividade das operadoras;
- definir critérios para a concessão, manutenção e cancelamento da autorização de funcionamento das operadoras e de registro de produtos;
- estabelecer critérios de monitoramento e controle do acesso, manutenção e qualidade dos serviços de assistência à saúde oferecidos pelas operadoras, sejam eles próprios, credenciados ou referenciados;
- avaliar a capacidade técnico-operacional das operadoras, visando garantir a compatibilidade da cobertura oferecida com os recursos na área geográfica de abrangência, incluindo a fixação de critérios para o dimensionamento da rede assistencial;
- definir o rol de procedimentos e eventos em saúde que constituem a referência básica para as coberturas assistenciais, inclusive quanto à cobertura parcial temporária, nas hipóteses de lesão ou doença preexistente;
- monitorar a evolução dos preços dos planos, de seus prestadores de serviços e respectivos componentes e insumos, bem como autorizar reajustes e revisões das contraprestações pecuniárias dos planos de saúde, ouvido o Ministério da Fazenda;
- estabelecer normas para o ressarcimento ao SUS;
- estabelecer critérios de constituição de garantias para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro das operadoras, inclusive com a definição de índices e demais condições técnicas sobre investimentos e outras relações patrimoniais, assim como de normas e padrões para envio de informações;
- autorizar os processos de cisão, fusão, incorporação ou transferência do controle societário das operadoras, ouvidos os órgãos do sistema de defesa da concorrência;
- estabelecer critérios gerais para o exercício de cargos diretivos das operadoras;

- instituir o regime de direção fiscal ou técnica nas operadoras, proceder à liquidação extrajudicial da operadora e requerer sua falência ou insolvência civil;
- determinar a alienação da carteira de planos de saúde;
- fiscalizar as operadoras no tocante aos aspectos econômico-financeiros e assistenciais;
- requisitar o fornecimento de informações às operadoras, bem como à rede prestadora de serviço a ela credenciada ou referenciada;
- articular-se com os órgãos de defesa do consumidor, visando à eficácia da proteção ao consumidor de planos de saúde;
- celebrar com as operadoras termo de compromisso de ajuste de conduta ou termo de compromisso e fiscalizar seu cumprimento.

Para dar consecução ao leque de competências que lhe foi atribuído pelo marco regulatório, a ANS foi dotada dos poderes administrativos de regulamentar o mercado; de fiscalizar o cumprimento das normas, com o correspondente poder de sanção; de conceder autorizações e de extingui-las; e de proceder a intervenção direta na atividade nas operadoras, quando necessário.

Para regulamentar o setor, o Regimento Interno da ANS¹⁰ prevê que os atos de alcance externo da Diretoria Colegiada se dêem por: (i) Resolução Normativa - RN, destinada a regulamentar a implementação da política de saúde suplementar e a prestação dos serviços de assistência à saúde; (ii) Resolução Operacional - RO, para decisões com o fim de implementar ações ou procedimentos operacionais previstos na regra abstrata da regulamentação; (iii) Súmula Normativa, que expressa a interpretação da legislação aplicável à saúde suplementar; e (iv) Comunicado, que manifesta deliberação colegiada em análise de casos concretos. Convém esclarecer que RN e RO substituíram as antigas Resoluções de Diretoria Colegiada – RDC, editadas pela ANS até a última alteração do Regimento Interno.

As ações regulatórias da ANS se subordinam às diretrizes fixadas pelo CONSU,¹¹ órgão governamental com competência normativa para “estabelecer e supervisionar a execução de políticas e diretrizes gerais do setor de saúde suplementar” e para fixar “as diretrizes gerais para implementação do setor”. O Conselho é formado pelos Ministros da Justiça, que o preside, da Saúde, da Fazenda e do Planejamento, Orçamento e Gestão.

No entanto, importa observar que, desde a instalação da ANS, somente foram editadas três resoluções¹² do CONSU, tendo a competência normativa sido indiretamente repassada à ANS, seja por delegação expressa daquele órgão, seja por manobras legais, como no caso da alteração do art. 35-A da Lei nº 9.656, de 1998, pela Medida Provisória nº 1.976-30, de 2000, que, ao incluir parágrafo único a esse artigo, conferiu poder à ANS para fixar normas de competência originária daquele Conselho.¹³

A justificativa dessa medida encontra-se expressa na Exposição de Motivos nº 089/GM, do Ministério da Saúde, que assim argumentou:

“Não se pode olvidar que o modelo de administração gerencial que procura imprimir o atual Governo tem como vetor a gestão voltada para resultados, com foco dirigido para as demandas do cliente do Poder Público - em outras palavras - o cidadão, desprendendo-se do formalismo burocrático, de raiz secular nas repartições públicas brasileiras.

Assim é que um dos vértices pelo qual a eficiência se materializa está na ampliação da autonomia das Agências Reguladoras, como um passo racional da descentralização administrativa e com o fito de dinamizar o trato da coisa pública, deixando para trás o padrão uniforme, formal e inflexível, há muito cristalizado na organização do Estado.

/.../

É nesse contexto que fixar no CONSU a tarefa de estabelecer as diretrizes gerais relativas a constituição, organização, funcionamento e fiscalização das operadoras de planos e produtos de assistência à saúde apresenta-se como alternativa que mais se coaduna com o modelo das Agências Reguladoras, bem como o da Administração gerencial apregoada por este Governo.”

5.3.2. Primeiros ciclos do processo regulatório

Uma vez definido o *locus* regulatório na ANS, deu-se prioridade a uma regulamentação que permitisse a coleta de informações do mercado de saúde suplementar. Optou-se, primeiramente, por disciplinar critérios de ingresso, operação e saída do setor; instrumentos de acompanhamento econômico-financeiro das operadoras; formação do cadastro de beneficiários; condições essenciais para registro de produtos; e aplicação de penalidades por descumprimento da lei e de sua regulamentação. A partir daí, a ANS procurou intensificar sua atuação no sentido de sanear e profissionalizar o mercado.

Sob o aspecto econômico-financeiro das operadoras, a ANS estabeleceu sua segmentação, classificando-as segundo a modalidade organizacional, e determinou a

exigência de apresentação de plano de contas padrão, de envio de informações periódicas (DIOPS), de publicação de balanços e de constituição de garantias financeiras. Além disso, foram instituídas normas para o exercício do cargo de administrador e de transferência do controle societário das operadoras, fixada a exigência de plano de recuperação quando detectados indícios de problemas econômico-financeiros, e disciplinados os regimes especiais de direção fiscal e técnica e o procedimento de liquidação extrajudicial.

Importa destacar que os dados da ANS apontam que a exigência de constituição de ativos garantidores de provisões técnicas pelas operadoras levou, até dezembro de 2003, à acumulação de um patrimônio na ordem de R\$ 1,36 bilhão, devendo-se ressaltar que as seguradoras acumulam 68% do total provisionado, o que representam quase R\$ 1 bilhão.

Convém esclarecer, nesse passo, que o regime de direção fiscal se afigura instrumento de regulação prudencial derivado da matriz existente no mercado financeiro, em particular da SUSEP. Trata-se de medida preventiva que tem por finalidade superar dificuldade financeira transitória da operadora, mediante o monitoramento direto de seus atos negociais, mas sem afetar o curso regular de seu funcionamento. A interferência da ANS, por intermédio de um diretor fiscal nomeado, volta-se à orientação, coordenação e supervisão das atividades da operadora.

Já a criação do instrumento de direção técnica não encontrou parâmetros na experiência regulatória preexistente. Foi prevista, na regulação do mercado de saúde suplementar, com o objetivo de sanear anormalidades administrativas graves que coloquem em risco a continuidade ou a qualidade do atendimento à saúde, como excessiva evasão de consumidores do plano; desequilíbrio atuarial da carteira com queda da qualidade da rede assistencial; rotatividade injustificada da rede credenciada ou referenciada; criação de óbices ao acesso dos beneficiários; ou alteração da segmentação assistencial do produto sem a autorização do beneficiário.

Essa regulamentação teve reflexos concretos e imediatos para o setor. Dados atuais da ANS dão conta de que já foram instaladas 121 direções fiscais e 12 técnicas, dentre elas 25 culminaram em liquidação extrajudicial, sendo que 8 com falência requerida e 1 insolvência, salientando-se que a ANS orientou, tanto quanto possível, a absorção da

carteira pelo mercado, a fim de evitar prejuízo à continuidade da assistência. Tais medidas visam promover o equilíbrio sistêmico do mercado, com a progressiva retirada de empresas com alto grau de comprometimento financeiro na operação.

Destaque-se, nesse sentido, iniciativas adotadas na regulação, com vistas a evitar que as operadoras cheguem ao estágio do regime especial. Exemplo disso são os planos de recuperação exigidos pela ANS quando detectados indícios de problemas econômico-financeiros que, até o momento, resultaram no aumento do patrimônio na ordem de R\$ 184 milhões, dentre os planos apresentados pelas operadoras e aprovados pela ANS, conforme apontado no Tabela 5:

Tabela 5
Planos de Recuperação

	2002	2003	2004
Solicitados	108	120	123
Apresentados	93	98	100
Aprovados	34	38	36
Rejeitados ¹	6	14	23
Não entregues e cancelados	12	15	15
AUMENTO DE PATRIMÔNIO (R\$ MIL)			
Total aportado	184.069 ²		
Total do aporte programado	63.847		

(1) A rejeição do plano de recuperação implica instauração de direção fiscal.

(2) Até dezembro de 2003.

Fonte: MS/ANS - Mar. 2004.

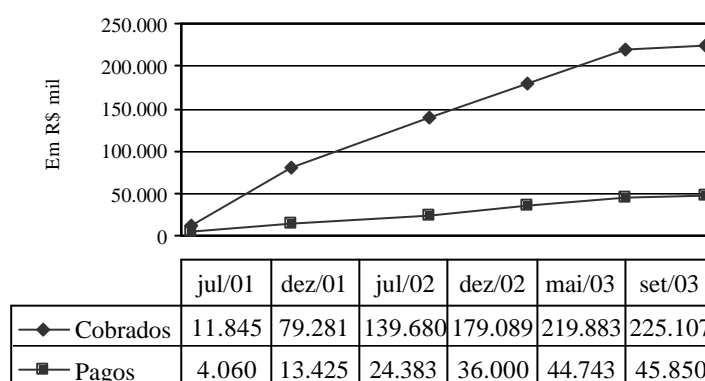
No campo da assistência, foram regulamentados, entre outros, os critérios para registro provisório de produtos; a atualização do rol de procedimentos estabelecido pelo CONSU,¹⁴ instituindo, inclusive, o rol de alta complexidade para efeito de cobertura parcial temporária; as condições para a alienação voluntária e compulsória da carteira de planos de saúde; a vedação da operação dos chamados cartão de desconto;¹⁵ e instituído o Sistema de Informações de Produtos - SIP, com dados sobre a produção em saúde.

Na regulação de preços, foram fixadas normas para reajustes e definidos mecanismos de acompanhamento da variação de preços dos contratos coletivos que não dependem de autorização da ANS, com vistas a subsidiar a formulação de uma política de controle. Regulamentou-se também a revisão técnica, que se traduz na remodelagem integral ou parcial de produtos, a fim de eliminar ou reduzir desequilíbrios na carteira de contratos antigos da operadora.

Quanto à relação entre operadoras e provedores de serviço, a regulação ainda é um tanto tímida, tendo sido normatizados, até o momento, apenas a vedação da prática de cheque-caução¹⁶ e os requisitos para a contratualização entre esses dois agentes.

De igual sorte, as iniciativas de interlocução com o sistema público de saúde se limitaram à implementação do ressarcimento ao SUS, tendo-se, para tanto, fixado a Tabela Única Nacional de Equivalência de Procedimentos – TUNEP e implantado o Cadastro de Beneficiários. Verifica-se, contudo, que o ressarcimento ainda encontra problemas de efetividade em parte porque ainda é acentuada a resistência das operadoras a sua cobrança, como se pode observar no Gráfico 7:

Gráfico 7
Ressarcimento ao SUS



Fonte: MS/ANS - Set. 2003.

No tocante à fiscalização da ANS, vale dizer que suas ações se desdobram em dois programas principais: o Cidadania Ativa, com foco na demanda do consumidor, deflagrada por meio de consultas ou denúncias levadas à ANS, e o Olho Vivo, com uma ação pró-ativa e permanente, que envolve a fiscalização das atividades de uma operadora como um todo, no cumprimento integral da legislação.

Como se pode observar na Tabela 4, de todos os atendimentos feitos pelo Disque ANS somente 10% geram a necessidade de apuração da ocorrência de infração às normas vigentes e, se procedente a denúncia, é instaurado o processo administrativo para aplicação de penalidade. Dados atuais da ANS dão conta de que dos mais de 5 mil processos, metade resulta em aplicação de sanção, conforme aponta a Tabela 6, devendo-se registrar que as decisões da Diretoria de Fiscalização estão sujeitas a interposição de recurso à Diretoria Colegiada.

Quadro 4
Processos Julgados pela Diretoria de Fiscalização

Ano	Processos julgados	Multas fixadas	Valor das multas (em R\$ mil)
2000	458	62	1.598,70
2001	396	85	1.530,60
2002	2.817	1.454	41.882,68
2003	1.496	938	33.828,66
2004	232	112	3.917,00
Total	5.399	2.651	82.757,64

Fonte: MS/ANS - Abr. -2004.

Nota: Excluídas as multas diárias de R\$ 10 mil.

O Programa Olho Vivo consiste em um modelo de fiscalização proativa, planejada e realizada de forma continuada, tendo por objetivo a verificação da situação econômico-financeira da operadora, a conformidade legal e o padrão de qualidade da assistência por esta oferecidas. A escolha das operadoras a ser fiscalizadas é feita a partir de uma amostra representativa do mercado, extraída de uma análise estatística de fluxos internos de informação e de indicadores. Nos anos de 2002 e 2003, foram fiscalizadas 445 operadoras das 500 selecionadas para a amostra.

Vale dizer que a ANS dispõe também de dois importantes instrumentos indutores do cumprimento da legislação: o termo de compromisso de ajuste de conduta, pacto celebrado com as operadoras, pelo qual elas se comprometem a cessar irregularidades e rever seus efeitos, e o termo de compromisso, voltado à implementação de práticas que consistam em vantagens para os consumidores. Tais ferramentas foram adotadas sob a inspiração dos termos de cessação de prática infrativa e de compromisso de desempenho já adotados pelo CADE.¹⁷ Até os dias atuais, a ANS firmou 41 termos de ajuste, em sua maioria para adequação de cláusulas contratuais visando a conformá-las com as exigências da Lei nº 9.656, de 1998, e de sua regulamentação, de modo a permitir a continuidade da comercialização dos produtos com contratos firmados dentro das normas legais.

5.3.3. Novas tendências para a regulação do setor

O ano de 2003 foi especialmente turbulento para a ANS, a começar pela assunção do novo Governo, oriundo de um partido de oposição que, de pronto, pôs na ordem dos

debates o modelo de agências adotado a partir da Reforma do Aparelho do Estado. A questão posta pelo atual Governo baseia-se na proposta de reformulação do papel das agências reguladoras e de sua relação com os Ministérios.

No que diz respeito ao processo regulatório do mercado de saúde suplementar, também se iniciou uma discussão para imprimir-lhe novos rumos, tendo, para isso, o Ministro da Saúde convocado a realização do Fórum de Saúde Suplementar, sob a coordenação do próprio Ministério da Saúde em conjunto com o Conselho Nacional de Saúde e a ANS. O Fórum, realizado em três etapas no segundo semestre de 2003, contou com a participação de representantes dos agentes envolvidos e teve por objetivo o debate em torno dos seguintes temas centrais: o escopo da regulação da saúde suplementar; a organização, abrangência e qualidade da assistência à saúde; o impacto da regulação na atividade econômica das diferentes modalidades de operadoras; o financiamento do setor e a regulação de preços e reajustes; as questões referentes às competências da ANS e sua sinergia com os diferentes órgãos da Administração, conselhos profissionais e de controle social; e a operação do setor e sua relação com o SUS.¹⁸

Ainda não foi divulgado o relatório final do Fórum, mas o Ministério da Saúde apresentou, na segunda etapa, 13 diretrizes a ser priorizadas na regulação do mercado de saúde suplementar. São elas:

- a saúde suplementar tem sua atuação no campo da produção da saúde;
- devem ser observados os princípios da integralidade da atenção (na segmentação contratada), da resolutividade e da qualidade dos serviços prestados;
- não será permitida a sub-segmentação da cobertura assistencial;
- modelo de atenção à saúde deve adotar medidas de promoção à saúde e prevenção e controle de doenças;
- a política de reajuste deve ser aperfeiçoada;
- a migração de contratos antigos deve ser fortemente estimulada;
- deve ser garantida a mobilidade com portabilidade;
- deve ser garantida a concorrência no setor e o aprimoramento das regras de reserva técnica das operadoras;
- deve ser construído um plano de contingência para os usuários de operadoras que não consigam sua adequação ao mercado;

- a contratualização entre prestadores e operadoras deve ser garantida, com direitos e deveres de ambas as partes, reduzindo-se o desequilíbrio atualmente existente;
- a existência de um efetivo controle social no setor é fundamental;
- devem ser aprimoradas a organização, o funcionamento e as atribuições da ANS;
- deve ser aprofundada a articulação entre a saúde suplementar e o SUS.

Também em meados de 2003 foi instaurada, na Câmara dos Deputados, Comissão Parlamentar de Inquérito com a finalidade de investigar denúncias de irregularidades praticadas por operadoras de planos de assistência à saúde. Os problemas foram identificados ao longo de cinco meses de funcionamento da CPI, resultando na aprovação do relatório de conclusão dos trabalhos que, em apertada síntese, entendeu pela necessidade de reavaliar os problemas, lacunas e avanços percebidos e acumulados ao longo dos cinco anos de aprovação da Lei nº 9.656, de 1998, e dos quase quatro anos de experiência da ANS, a fim de não só tornar justas as relações entre consumidores, operadoras e prestadores, mas também para dotar o setor de regras estáveis que lhe dêem viabilidade e resguardem os interesses existentes entre as partes (BRASIL/CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2003).

As sugestões de encaminhamento da CPI foram classificadas em cinco categorias básicas, a saber: propostas de projetos de lei e de lei complementar, a ser apresentadas ao Congresso Nacional e ao Poder Executivo, estas sob a forma de indicação; recomendações à ANS com vistas ao aperfeiçoamento do processo de gestão e de regulação setorial; apoio da CPI em matérias legislativas, pendentes de deliberação na Câmara dos Deputados, que guardem relação com a melhoria do setor de saúde suplementar; e encaminhamentos ao Ministério Público, com indiciamentos e recomendações para o aprofundamento de investigações iniciadas pela CPI.

Nesse meio tempo, o Supremo Tribunal Federal declarou, em decisão liminar, a inconstitucionalidade do art. 35-E da Lei nº 9.656, de 1998, no julgamento da ADIn nº 1931-8,¹⁹ impetrada pela Confederação Nacional de Saúde. Ao se confirmar o entendimento da predominância do princípio da irretroatividade das leis (art. 5º, XXXVI da CRF), restou vedada incidência da Lei nº 9.656, de 1998, sobre contratos antigos, deixando, assim, de estar sujeitos à regulação da ANS aspectos importantes da prática deletéria do mercado, como reajustes abusivos, limitação do tempo de internação hospitalar e rescisão unilateral de contratos individuais ou familiares, temas que, aliás,

foram o ponto de partida para a discussão do marco regulatório e que, atualmente, atingem a maioria do universo de planos de saúde existentes no mercado.

A solução encontrada pelo Governo para contornar o impacto da decisão do STF sobre o mercado, foi incentivar a adaptação dos contratos antigos, o que levou à edição da Medida Provisória nº 148, de 2003, já convertida na Lei nº 10.850, de 2004, para atribuir competências à ANS e fixar as diretrizes a serem observadas na definição de normas²⁰ para implantação de programas de incentivo à adaptação de contratos anteriores à Lei nº 9.656/98.

É interessante mencionar que, dentro de um contexto de discussão sobre o grau de autonomia das agências reguladoras, o caso da ANS parece caminhar na contramão das intenções políticas de se mitigar a independência decisória das agências, haja vista que a medida adotada pelo Governo foi no sentido de ampliar as competências da ANS para regular o mercado de saúde suplementar. É nessa direção a justificativa para a edição da MP colocada na Exposição de Motivos nº 99/2002, do Ministro da Saúde ao Presidente da República, sendo de se reproduzir a seguinte passagem:

“O principal foco da Medida apresentada é atribuição de competência à ANS para definição de programas de oferecimento coletivo de adaptação de contrato em condições mais acessíveis ao consumidor, agregando as necessárias garantias assistenciais e econômico-financeiras, como alternativa à situação de incerteza imposta pela prevalência das cláusulas originais, reconhecidamente desfavoráveis quanto aos aspectos econômico-financeiros e desvantajosas frente aos modelos e garantias assistenciais hoje garantidos, preconizados no âmbito das políticas públicas de saúde.

A medida prevê que esses programas de oferecimento coletivo serão definidos pela ANS, em condições especialmente estabelecidas para essa finalidade, com regras que definam as condições de transição das condições contratuais de mais impacto, como as carências, reajustes, cobertura obrigatória, doenças preexistentes, preços por faixa etária. Também poderão ser definidos pela ANS vinculação dos preços propostos a um índice mínimo de adesão aos programas, de forma a permitir a adoção de metodologia de cálculos para diluição de risco que obtenham preços mais vantajosos para o consumidor.”

Acrescente-se que recentemente o Poder Executivo enviou ao Congresso Nacional projeto de lei que dispõe sobre a gestão, a organização e o controle social das agências reguladoras, alterando a Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, bem como as leis criadoras das agências atualmente em funcionamento, entre elas a ANS. As medidas propostas são, em grande parte, resultado das recomendações do Grupo de Trabalho Interministerial criado em março de 2003 para analisar o arranjo institucional

regulatório no âmbito federal, avaliar o papel das agências reguladoras e propor medidas de aperfeiçoamento do modelo adotado.

Abrindo mão do debate em torno do tema, observa-se apenas que da proposta de “Lei Geral das Agências Reguladoras”, como aludido na Exposição de Motivos EM Nº 12/C, da Casa Civil, o modelo de agências que se pretende desenhar gera poucos impactos sobre a atual arquitetura institucional da ANS, na medida em que contempla instrumentos de controle social já adotados, como o contrato de gestão, a figura do Ouvidor independente e o processo de consulta pública, este, ainda que não obrigatório pela lei de criação da ANS, já vem sendo adotado na *praxis*, ainda que com certa parcimônia.²¹

No tocante à configuração do órgão diretivo das agências, as mudanças que afetam a ANS dizem respeito apenas à ampliação do mandato de seus dirigentes, que passaria de três para quatro anos, além de se encerrar a possibilidade de perda do mandato por descumprimento imotivado do contrato de gestão.

Em relação ao arranjo institucional das agências, já se faz presente no âmbito da ANS a concepção proposta pelo Governo de que o planejamento e a formulação de políticas setoriais caibam à Administração central, ficando a cargo das agências o papel de implementação de tais políticas e a fiscalização e regulamentação das atividades reguladas. O marco regulatório da saúde suplementar deixa claro que compete à ANS a execução das políticas preestabelecidas, ao passo que a definição das políticas setoriais é assunto afeto ao Ministério da Saúde, cabendo ao CONSU a definição das diretrizes gerais, ainda que em tese.

NOTAS:

1 - “Art. 135. As entidades organizadas sem objetivo de lucro, por profissionais médicos e paramédicos ou por estabelecimentos hospitalares, visando a institucionalizar suas atividades para a prática da medicina social e para a melhoria das condições técnicas e econômicas dos serviços assistenciais, isoladamente ou em regime de associação, poderão operar sistemas próprios de pré-pagamento de serviços médicos e/ou hospitalares, sujeitas ao que dispuser a Regulamentação desta Lei, às resoluções do

CNSP e à fiscalização dos órgãos competentes.” Anota Pasqualotto (1999) que a redação do Decreto-lei nº 73/66, indica que a medicina pré-paga não poderia ter objetivo de lucro, entretanto a finalidade altruísta foi deixada de lado por mero ato infraregal, já que a Portaria nº 3.286/86, do Ministério do Trabalho definiu a “empresa medicina de grupo” como “toda aquela pessoa jurídica de direito privado, organizada de acordo com as leis do país, que se dedique a assegurar a assistência médica ou hospitalar e ambulatorial, mediante uma contraprestação pecuniária estabelecida”.

2 - “Art. 1º Aplicam-se a toda e qualquer apólice de seguro de assistência médica e/ou hospitalar as disposições legais relativas a proteção contratual do consumidor, contidas no Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.”

3 - ADIn nº 1.596/SP, Relator Ministro Nelson Jobim, DJU de 19/12/2002, e ADIn nº 1.646/PE, Relator Ministro Neri da Silveira, DJU de 04/05/2001.

4 - Participaram do debate as entidades médicas, órgãos de defesa do consumidor, Ministérios da Saúde, da Fazenda e da Justiça, Congresso Nacional e entidades envolvidas com a prestação dos serviços de assistência à saúde na esfera privada.

5 - O Relatório do Deputado Pinheiro Landin reporta que, naquela ocasião, o assunto já havia ganhado as principais páginas dos jornais e divulgava-se, a todo instante, que o Poder Executivo se preparava para editar medida provisória tratando do tema (BRASIL/CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1997).

6 - Ao tempo em que os representantes das seguradoras argumentavam que a regulação pelo Ministério da Saúde descaracterizaria a operação do seguro saúde, as entidades ligadas às autogestões alinhavam-se às entidades médicas e de defesa dos consumidores para defender o controle por aquele Ministério (BAHIA, 1999).

7 - Decreto nº 2.477, de 28/01/1998.

8 - O Executivo encaminhou à apreciação do Congresso Nacional a primeira Medida Provisória que criara a ANS, entretanto, em função do princípio da anterioridade tributária, que, se não observado, impediria a arrecadação da taxa instituída para a

manutenção das ações regulatórias da ANS, levou a reedição da matéria pela MP nº 2.012-2, de 30/12/99, a qual foi convertida na Lei nº 9.961, de 2000 (Mensagem nº 3, de 2000-CN, da Presidência da República).

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

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

/.../

§ 1º Está subordinada às normas e à fiscalização da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS qualquer modalidade de produto, serviço e contrato que apresente, além da garantia de cobertura financeira de riscos de assistência médica, hospitalar e odontológica, outras características que o diferencie de atividade exclusivamente financeira, tais como: a) custeio de despesas; b) oferecimento de rede credenciada ou referenciada; c) reembolso de despesas; d) mecanismos de regulação; e) qualquer restrição contratual, técnica ou operacional para a cobertura de procedimentos solicitados por prestador escolhido pelo consumidor; e f) vinculação de cobertura financeira à aplicação de conceitos ou critérios médico-assistenciais.”

10 - cf. RDC nº 95, de 30/12/2002. As normas editadas pela ANS encontram-se disponíveis no *site* da ANS, no endereço <<http://www.ans.gov.br>>.

11 - A composição do CONSU foi alterada pelo Decreto nº 4.044, de 6/12/2001.

12 - A Resolução CONSU nº 1/2000, dispõe sobre as sanções administrativas e delega competência à ANS, a Resolução CONSU nº 2/2000, aprova o contrato de gestão a ser

celebrado entre a ANS e o Ministério da Saúde e, com esse mesmo objetivo, a Resolução CONSU nº 2/2002.

13 - “A ANS fixará normas sobre as matérias previstas no inciso IV deste artigo, devendo adequá-las, se necessário, quando houver diretrizes gerais estabelecidas pelo CONSU.” (art. 35-A, parágrafo único).

14 - Resolução CONSU nº 10/98.

15 - “Art. 1º Fica vedada às operadoras de planos de assistência à saúde e às seguradoras especializadas em saúde a operação de sistemas de descontos ou de garantia de preços diferenciados a serem pagos diretamente pelo consumidor ao prestador dos serviços, bem como a oferta de qualquer produto ou serviço de saúde que não apresente as características definidas no inciso I e § 1º do art. 1º da Lei n.º 9.656, de 1998.” (RN nº 40/2003).

16 - “Art. 1º Fica vedada, em qualquer situação, a exigência, por parte dos prestadores de serviços contratados, credenciados, cooperados ou referenciados das Operadoras de Planos de Assistência à Saúde e Seguradoras Especializadas em Saúde, de caução, depósito de qualquer natureza, nota promissória ou quaisquer outros títulos de crédito, no ato ou anteriormente à prestação do serviço.” (RN nº 44/2003).

17 - Lei nº 8.884/94, arts. 53 e 58.

18 - cf. Portaria nº 581, de 15/5/2003, do Gabinete do Ministro da Saúde.

19 - ADIn nº 1931-8, Relator Ministro Maurício Correa, DJU de 03/09/2003.

20 - RN nº 64/2003, que dispõe sobre o Programa de Incentivo à Adaptação de Contratos.

21 - Das mais de 100 Resoluções editadas pela ANS que possuem alcance externo para o mercado apenas 20 foram precedidas de consulta pública.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É de se reconhecer que a consagração do direito universal e igualitário à saúde pela Constituição de 1988, levando à criação do SUS, não inibiu a existência de um mercado privado, já em plena operação naquela época e considerado um setor significativo para a economia brasileira.

O sistema brasileiro de saúde compreende, assim, um hibridismo entre o público e o privado no financiamento e na provisão dos serviços de assistência à saúde, revelando, pois, certa dualidade na definição do modelo de proteção social adotado, que oscila entre o redistributivo e o meritocrático. O sistema público é dirigido a todos os cidadãos, ainda que dele façam uso aqueles que não têm acesso, por razões diversas, aos planos privados de assistência à saúde, ou quando esses planos não garantem a integralidade da cobertura, normalmente nos procedimentos considerados de alto custo.

Essa configuração em muito se deve ao fato de o sistema público ter se estruturado e desenvolvido sob forte dependência da rede privada prestadora dos serviços. Disso resulta uma interconexão direta entre os setores público e privado, em especial no campo da provisão dos serviços, na medida em que a rede assistencial privada presta serviços tanto ao SUS, sob permissão constitucional expressa, quanto às operadoras de planos de assistência à saúde.

As bases do funcionamento do sistema público fixadas pela Constituição de 1988 e sua moldura normativa estão na LOS. Esta se dedica basicamente à repartição de competências entre as três esferas federativas e o regime de financiamento, mas não regula o prestador, muito menos o setor privado. Deixou de lado a regulação da qualidade da assistência, tampouco regulamentou a intermediação dos serviços de saúde por agentes privados. Verifica-se, assim, um vácuo regulatório entre o estabelecimento dos fundamentos do sistema brasileiro de saúde e a efetiva normatização do setor privado, cujo marco se deu dez anos depois, com a edição da Lei nº 9.656, de 1998.

Além disso, não se verifica uma confluência entre os processos de regulação do SUS e da saúde suplementar, até porque se originaram de movimentos sociais distintos. Ao

tempo em que o SUS é fruto do esforço da Reforma Sanitária, o marco regulatório do mercado de saúde suplementar decorre, principalmente, da insatisfação dos consumidores de planos de saúde, o que pode figurar como uma possível explicação para o fato de o arcabouço normativo da Lei nº 9.656, de 1998, privilegiar aspectos da regulação econômica, com criação de barreiras de entrada, formação de preços e limitação da liberdade contratual, em relação aos aspectos voltados aos modelos e conteúdos assistenciais.

A criação da ANS como órgão regulador do mercado de saúde suplementar decorre de uma acirrada disputa interministerial em torno do *locus* regulatório. Seu desenho institucional advém da experiência brasileira com as agências reguladoras ligadas aos setores de infra-estrutura, surgidas a partir da Reforma do Aparelho do Estado e que seguiu alguns padrões já experimentados por outros países. Com essas agências a ANS guarda certa simetria nos aspectos relativos à independência decisória e à autonomia administrativa e financeira.

No entanto, ao contrário dos setores de infra-estrutura, a regulação da saúde suplementar não decorre de um processo de desestatização ou desmonopolização do Estado. O papel das aqui chamadas agências de primeira geração se volta, em um primeiro plano, a organizar a entrada de novos agentes no mercado, para realizar um serviço público ou uma atividade econômica recém-aberta à iniciativa privada. Já a ANS intervém em um mercado privado há muito já estruturado, mas com nítida ineficiência, dada a complexidade de seus elementos constitutivos, até em função de seu histórico e de sua formação heterogênea.

Observa-se, ainda, que as ferramentas regulatórias utilizadas pela ANS são inspiradas em modelos já experimentados por autarquias tradicionais com funções de regulação, em particular os instrumentos de monitoramento e controle da capacidade econômico-financeira do agente regulado, com vistas a preservar o equilíbrio sistêmico do mercado.

O Quadro 3 busca sintetizar os pontos de tangência entre o regime regulatório da ANS e os modelos adotados pelas autarquias com funções de regulação abordadas neste estudo, sejam as tradicionais, sejam as consideradas independentes.

Quadro 3

	BACEN	CVM	SUSEP	ANS	ANATEL	ANEEL	ANP	ANVISA
Natureza Jurídica da Organização	Autarquia	Autarquia sob regime especial ¹	Autarquia	Autarquia sob regime especial	Autarquia sob regime especial	Autarquia sob regime especial	Autarquia sob regime especial	Autarquia sob regime especial
Corpo Diretivo	Presidente e 8 Diretores	Presidente e 4 Diretores	Conselho Diretor com Superintendente e 4 Diretores	Diretoria Colegiada com 4 Diretores e Diretor-Presidente	Conselho Diretor com 4 Conselheiros e Presidente	Colegiado com Diretor-Geral e 4 Diretores	Diretoria com Diretor-Geral e 4 Diretores	Diretoria Colegiada com 4 Diretores e Diretor-Presidente
Investidura no Cargo	Nomeação pelo Presidente da República, após aprovação do Senado	Nomeação pelo Presidente da República, após aprovação do Senado	Nomeação pelo Presidente da República	Nomeação pelo Presidente da República, após aprovação do Senado	Nomeação pelo Presidente da República, após aprovação do Senado	Nomeação pelo Presidente da República, após aprovação do Senado	Nomeação pelo Presidente da República, após aprovação do Senado	Nomeação pelo Presidente da República, após aprovação do Senado
Grau de Insulamento	Presidente e Diretores demissíveis <i>ad nutum</i>	Mandato de 5 anos, com estabilidade imediata	Superintendente e Diretores demissíveis <i>ad nutum</i>	Mandato de 3 anos, estabilidade após os 4 meses iniciais e quarentena de 4 meses	Mandato de 5 anos, estabilidade imediata e quarentena de 4 meses	Mandato de 4 anos, estabilidade imediata e quarentena de 4 meses	Mandato de 4 anos, estabilidade imediata e quarentena de 4 meses	Mandato de 3 anos, estabilidade após os 4 meses iniciais e quarentena de 4 meses
Órgão Normativo Externo	CMN	CMN	CNSP (CMN)	CONSU	—	—	—	—
Recurso Administrativo das Decisões	CRSFN	CRSFN	CRSNSP	—	—	—	—	—
Contrato de Gestão	Não	Não	Não	Sim	Não	Sim	Não	Sim
Fontes de Recurso	Taxa de fiscalização, recursos do OGU e outras receitas	Taxa de fiscalização, recursos do OGU e outras receitas	Taxa de fiscalização, recursos do OGU e outras receitas	Taxa de Saúde Suplementar, recursos do OGU e outras receitas	FISTEL, recursos do OGU e outras receitas	Taxa de fiscalização, recursos do OGU e outras receitas	Parcela de participações governamentais sobre concessões, recursos do OGU e outras receitas	Taxa de fiscalização de vigilância sanitária, recursos do OGU e outras receitas
Tipo de Regulação	Econômica sobre atividade privada	Econômica sobre atividade privada	Econômica sobre atividade privada	Econômica/social sobre atividade privada	Econômica sobre serviço público/atividade privada ²	Econômica sobre serviço público/atividade privada	Econômica sobre serviço público/atividade privada	Social/econômica sobre atividade privada ³
Decretação de Regimes Especiais	RAET, Intervenção e Liquidação Extrajudicial	—	Direção Fiscal, Intervenção e Liquidação Extrajudicial	Direção Fiscal, Direção Técnica e Liquidação Extrajudicial	Intervenção sobre o concessionário	Intervenção sobre o concessionário	—	—
Termo de Compromisso	Não	Sim	Não	Sim	Não	Não	Não	Não

(1) A CVM, até a Lei nº 10.411/2002, era autarquia no modelo tradicional.

(2) A definição do regime público ou privado na prestação do serviço regulado é definida pelo Poder Executivo no Plano Geral de Outorgas.

(3) A ANVISA opera regulação econômica no setor de medicamentos.

Comparativo entre autarquias com funções de regulação

Essa comparação permite inferir que a diferença primordial entre as autarquias tradicionais e as ditas independentes, quanto à configuração de sua estrutura organizacional, está no grau de insulamento de seu corpo diretivo, em particular no estabelecimento de mandato fixo para seus dirigentes, protegendo-os da exoneração *ad nutum*, e no período de quarentena. É de se verificar, no tocante às autonomias administrativa e financeira, que estas pouco diferem das autarquias tradicionais, notadamente em se tratando de recolhimento de taxas como fonte própria de receita.

Também é possível perceber que não há uma uniformidade no tratamento dado ao desenho das agências reguladoras, havendo variações no que se refere à exigência de contrato de gestão, prazo dos mandatos, grau de intervenção sobre o agente regulado e

autonomia em relação aos Ministérios. Observa-se, a exemplo, o caso da CVM, hoje considerada agência reguladora, que tem algumas de suas decisões sujeitas à revisão administrativa por órgão externo, o CRSFN, e que ainda remanesce o CMN como órgão normatizador. Quanto ao grau poder normativo, vê-se que a ANS encontra-se em semelhante situação, dado que divide esse papel com o CONSU, embora se verifique que, depois de sua criação, não houve produção normativa por parte deste Conselho.

De um modo geral, a independência das agências reguladoras vem sendo, de quando em vez, mitigada pelo Poder Executivo. Alguns fatos ocorridos no cenário político parecem ilustrar essa assertiva. Em 2001, por conta do risco de “apagão” que abalou o país, as competências da ANEEL foram temporariamente retalhadas com a criação da Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica, à qual foram conferidas relevantes atribuições no setor. Dois anos depois, a ANATEL e o então Ministro das Comunicações entraram em um duro embate em função do reajuste das tarifas de telefonia fixa, que levou ao pedido de exoneração do Presidente daquela Agência, que se manteve no cargo de Conselheiro até o final cumprimento de seu mandato.

Mesma opinião não pode se extrair sobre a autonomia da ANS na regulação do mercado de saúde suplementar. Nesses quatro anos de funcionamento, 2003 parece ter sido o ano-chave para a discussão sobre seu papel como agência reguladora setorial. Das discussões travadas no Fórum de Saúde Suplementar e na CPI pode-se depreender que restou reafirmada a necessidade de se regular esse setor, reconhecendo ainda ser preciso aprimorar questões relativas a competências e forma de organização da ANS.

Fazendo um balanço sintético sobre o processo regulatório do mercado de saúde suplementar conduzido pela ANS nesses quatro anos, é possível verificar avanços no campo da regulação dos aspectos econômico-financeiros, com primeiros sinais do saneamento e profissionalização do mercado. Isso pode ser explicado em parte pelo fato de, antes do marco regulatório, já haver uma *expertise* consolidada no aparato estatal para a regulação prudencial. Verifica-se que a própria legislação do setor, bem como a regulamentação da ANS sobre o controle do risco sistêmico do mercado, foram fortemente influenciadas pelos normativos do Sistema Financeiro Nacional.

Nos demais aspectos da regulação, vê-se que a Lei nº 9.656, de 1998, foi concebida com foco na relação de consumo de planos de saúde, de sorte que o regime regulatório desse

mercado, que envolve relação triangular entre operadoras, prestadores e consumidores, acabou por se concentrar apenas na intermediação do serviço. Assim é que a ausência de um recorte de produção da saúde no marco regulatório, de certa forma, inibiu o desenvolvimento da regulação no aspecto assistencial. Na Lei, apenas o art. 18 traz normas de conduta para os prestadores ao estabelecer critérios de priorização de consumidores no atendimento, segundo suas necessidades, e proibir sua discriminação, vedando também a prática de unimilitância e a prestação de serviços para operadora que não tenha autorização da ANS para operar no mercado.

A Lei nº 9.961, de 2000, a seu turno, fala emblematicamente na missão da ANS em regular a qualidade da atenção à saúde, inclusive na relação entre operadoras e prestadores, mas não lhe confere instrumentos para tal, limitando-se a estipular a possibilidade de impor aos prestadores uma impraticável multa diária de cinco mil reais por obstrução ao acesso da ANS a informações ou documentos, o que, sobretudo, não se presta como mecanismo coercitivo para que a ANS possa exigir, ao menos, o cumprimento das obrigações fixadas no art. 18 da Lei nº 9.656, de 1998.

No âmbito da relação com o sistema público de saúde, o processo regulatório se limitou à implantação do ressarcimento ao SUS, não se verificando qualquer outro movimento da ANS no intuito de se articular com o setor público. Uma explicação provável está na própria concepção do marco regulatório que tratou do mercado de saúde suplementar como um setor paralelo ao SUS, que com este não se interage.

Diante dessa conjuntura, cogitar-se da implementação de uma política regulatória que permeie o setor saúde em seu conjunto conduz à revisão do marco regulatório, a fim de se permitir que a regulação seja mais permeável à provisão dos serviços e, com isso, feche o elo entre operadora, prestador e consumidor.

De igual sorte, é necessário serem pensados mecanismos mais efetivos de interação entre gestão pública e regulação privada, de forma a aumentar os níveis de equidade e eficiência do uso de serviços de saúde. A regulação da qualidade da atenção deve se dar de forma integrada com o Ministério da Saúde e demais instâncias de gestão e controle, pois dessa articulação depende o resultado final da assistência prestada à população, seja como consumidora, seja como cidadã.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABRÃO, N. 1999. *Direito bancário*. 5.ed. São Paulo: Saraiva.
- AGEL, S. 2003. Regulação do petróleo. In *Regulação pública da economia no Brasil* (R.E. Andrade, coord.), p. 247-270, Campinas: Edicamp.
- ALMEIDA, C. 1998. *O mercado privado de serviços de saúde no Brasil: panorama atual e tendências da assistência médica suplementar*. Brasília/DF: IPEA. Texto para discussão nº 599.
- ANDRADE, M.V. & LISBOA, M.B. 2000. Velhos dilemas de bens e serviços de saúde: uma comparação dos casos canadense, inglês e americano. *Revista nova economia*, Belo Horizonte: UFMG, v. 10, n. 2, p. 73-116.
- ARAGÃO, A.S. 2002. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense.
- BAHIA, L. 1999. *Mudanças e padrões das relações público-privado: seguros e planos de saúde no Brasil*. Tese de Doutorado. Rio de Janeiro: ENSP/FIOCRUZ.
- _____. 2001a. Planos privados de saúde: luzes e sombras no debate setorial dos anos 90. *Ciência & saúde coletiva*, Rio de Janeiro: Abrasco, 6 (2):329-339.
- _____. 2001b. O mercado de planos e seguros de saúde no Brasil: tendências pós-regulamentação. In *Brasil: radiografia da saúde* (B. Negri & G. di Giovanni, orgs.), p. 325-361, Campinas: Unicamp/IE.
- BAHIA, L. & VIANA, A.L. 2002. Introdução. In *Regulação & saúde: estrutura, evolução e perspectivas da assistência médica suplementar*, v. 1 (BRASIL, Ministério da Saúde. Agência Nacional de Saúde Suplementar), p. 9-18, Rio de Janeiro: ANS.

BALDIWIN, R. & CAVE, M. 1999. *Understanding regulation: theory, strategy and practice*. Oxford: Oxford University Press.

BANDEIRA DE MELLO, C.A. 2000. *Curso de direito administrativo*. 12.ed. São Paulo: Malheiros.

BARBOSA GOMES, J.B. *Agências reguladoras: a metamorfose do Estado e da democracia*. Disponível em <<http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto091.htm>>. Acesso em março de 2003.

BARROSO, L.R. 2000. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar.

_____. 2003. Introdução: aspectos constitucionais. In *Direito regulatório* (D.F. Moreira Neto), p. 15-66, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BENJÓ, I. 1999. *Fundamentos da economia da regulação*. Rio de Janeiro: Thex.

BOYER, R. 1990. *A teoria da regulação: uma análise crítica*. São Paulo: Nobel (R.B. Zicman, trad.).

BRAGA, J.C.S. 2001. Dimensões econômicas e sociais do mercado de assistência suplementar. *Cadernos de saúde suplementar: 2º ciclo de oficinas*, Rio de Janeiro: ANS, p. 29-44, out./dez.

BRAGA, J.C.S. & PAULA, S.G. 1981. *Saúde e previdência: estudos de política social*. São Paulo: Cebes/Hucitec.

BRASIL. Câmara dos Deputados. 1997. Projeto de Lei nº 4.425-A, de 1994. Discussão em turno único. *Diário da Câmara dos Deputados*, Brasília/DF, 8 out.

_____. 2003. *CPI dos planos de saúde: relatório final*. Relator Deputado Ribamar Alves. Brasília, DF. Mimeo.

BRASIL. Ministério da Administração e Reforma do Estado. 1995. Câmara da Reforma do Estado. *Plano diretor da Reforma do Estado*. Brasília/DF.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Superintendência de Seguros Privados. 2003. *Relatório de gestão de 2002*. Rio de Janeiro: SUSEP.

BRASIL. Ministério da Saúde. 1996. *Algumas questões básicas sobre o SUS e a gestão municipal em saúde*. Brasília/DF.

_____. 2003. *SUS – 15 anos de implantação: desafios e propostas para sua consolidação*. Brasília/DF. Série B. Textos Básicos de Saúde.

BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Saúde Suplementar. 2003. *Evolução e desafios da regulação do setor de saúde suplementar*. Rio de Janeiro. Subsídios ao Fórum de Saúde Suplementar.

BRESSER PEREIRA, L.C. 1998. *Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*. São Paulo: Editora 34.

_____. 2001. Uma nova gestão para um novo estado: liberal, social e republicano. *Revista do serviço público*, Brasília/DF: IPEA, v. 52, n. 1, p. 5-24, jan.

BRESSER PEREIRA, L.C. & GRAU, N.C. 1999. Entre o Estado e o mercado: o público não-estatal. In *O público não-estatal na Reforma do Estado*. (L.C. Bresser Pereira & N.C. Grau, orgs.), p. 15-48, Rio de Janeiro: FGV.

CARVALHO, G.I. 1995. O SUS dos pobres e o SUS dos ricos. *Súmula-Radis*, Rio de Janeiro: Fiocruz, n. 52, ago.

CARVALHO, G.I. & SANTOS, L. 1992. *Sistema Único de Saúde: comentários à Lei Orgânica da Saúde: Leis 8.080/90 e 8.142/90*. São Paulo: Hucitec.

CONFORTO, G. 1998. Descentralização e regulação da gestão de serviços públicos. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro: FGV, 32 (1): 27-40, jan./fev.

CORDEIRO, H. 1984. *As empresas médicas: transformações capitalistas da prática médica*. Rio de Janeiro: Graal.

_____. 1985. *A indústria da saúde no Brasil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Graal.

_____. 1991. *Sistema Único de Saúde*. Rio de Janeiro: Ayuri.

_____. 1983. A medicina de grupo e o complexo médico industrial. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro: FGV, 17 (3): 22-37, jul./set.

COSTA, N.R. *et al.* 2000. Análise comparada do regime regulatório na infra-estrutura e no setor saúde. Nota Técnica 4. In *Modelos de regulação e análise do caso brasileiro*, p. 51-91, Rio de Janeiro: ANS.

_____. 2001. O desenho institucional da reforma regulatória e as falhas de mercado no setor saúde. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro: FGV, 35 (2): 193-220, mar./abr.

COSTA, N.R. & CASTRO, A.J.W. 2003. *O regime regulatório e a estrutura de mercado de planos de assistência à saúde no Brasil*. Rio de Janeiro: ANS. Documentos técnicos de apoio ao Fórum de Saúde Suplementar. Mimeo.

COSTA, V. 2002. A debilidade da carteira de saúde. *Revista de Seguros*, Rio de Janeiro: Fenaseg, v. 83, n. 841: p. 28-9, abr./jun.

COUTINHO, P.C. & OLIVEIRA, A.R. 1999. Regulação prudencial e concorrência no setor bancário. *Revista de direito econômico*, Brasília/DF: CADE, n. 29: p. 77-99, jan./jul.

CUÉLLAR, L. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética.

DI PIETRO, M.S.Z. 2003. *Direito administrativo*. 16.ed. São Paulo: Atlas.

_____. 1996. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. São Paulo: Atlas.

DONALDSON, C. & GERARD, K. 1993. Market failure in health care. In *Economics of health care financing the visible hand*. London: MacMillan.

DUARTE, C.M.R. 2001. A assistência médica suplementar no Brasil: história e características da cooperativa de trabalho médico Unimed. In *Brasil: radiografia da saúde* (B. Negri & G. di Giovanni, orgs.), p. 363-393, Campinas: Unicamp/IE.

ENTERRÍA, E.G. & FERNÁNDEZ, T.R. 1990. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais (A. Setti, trad.).

FAVARET FILHO, P. & OLIVEIRA, P.J. 1990. A universalização excludente – reflexão sobre a tendência do sistema de saúde. *Revista planejamento e políticas públicas*, n. 3: p. 139-152, jun.

FERNANDES NETO, A.J. 2002. *Plano de saúde e direito do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey.

FELICIELLO, D. 1992. Modelos assistenciais e política de saúde no Brasil. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro: FGV, 26 (2): p. 62-78, abr./jun.

FONSECA, H.L.P. 2000. Liquidação extrajudicial das instituições financeiras e suspensão de processos judiciais. *Revista de direito bancário, do mercado, de capitais e da arbitragem*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 3 (8): p. 107-122, abr./jun.

GIRARDI, C. Regulação da energia elétrica: uma visão prática. In *Brasil: radiografia da saúde* (B. Negri & G. di Giovanni, orgs.), p. 173-211, Campinas: Unicamp/IE.

GONÇALVES, M.F.R. 2000. A intervenção no domínio econômico e seu impacto na organização governamental brasileira. *Boletim de direito administrativo*, São Paulo: NDJ, n. 6: p. 423-434, jun.

IPEA/IBAM/ENAP. 1994. *Subsídios para a Reforma do Estado: desestatização*, v. 3. Rio de Janeiro: IBAM.

KORNIS, G. & SICSÚ, B. 2000. *Sistema privado de seguro saúde: a influência da competição empresarial na saúde coletiva*. Rio de Janeiro: Abrasco.

LIMA, G.T. 2003. *Evolução recente da regulação bancária no Brasil*. Brasília/DF: Ministério da Fazenda/Secretaria de Assuntos Internacionais. Temas de Economia Internacional, v. 3.

MAGALHÃES, R.A. 1997. *O mercado de seguros no Brasil*. Rio de Janeiro: Funenseg.

MAJONE, G. 1996. *Regulating Europe*. Londres: Routledge.

_____. 1999. Do Estado regulador ao Estado positivo: causas e conseqüências de mudanças do modo de governança. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro: FGV, 50 (1): 5-36, jan./mar.

MATOS FILHO, J.C. & CÂNDIDO JR., J.O. 1997. *Poupança privada e sistema financeiro: possibilidades e limitações*. Brasília/DF: IPEA. Texto para discussão nº 488.

MACEDO JÚNIOR, R.P. 2002. A proteção dos usuários de serviços públicos - a perspectiva do Direito do Consumidor. In *Direito administrativo econômico* (C.A. Sundfeld, coord.), p. 239-254, São Paulo: Malheiros.

MEDAUAR, O. 1999. *Direito administrativo moderno*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

MÉDICI, A.C. 1992. Incentivos governamentais ao setor privado de saúde no Brasil. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro: FGV, 26 (2): 79-115, abr./jun.

_____. 2002. Aspectos técnicos e conceituais de financiamento das políticas de saúde. In *Economia em saúde: conceitos e contribuição para a gestão da saúde* (S.F. Piola & S.M. Vianna, org.), p. 23-67, Brasília/DF: IPEA.

MELLAGI FILHO, A. 1994. *Mercado financeiro e de capitais: uma introdução*. São Paulo: Atlas.

MENDES, E.V. 1993. As políticas de saúde no Brasil nos anos 80: a conformação da Reforma Sanitária e a construção da hegemonia do projeto neoliberal. In *Distrito sanitário: o processo social de mudança das práticas sanitárias do Sistema Único de Saúde*. (E.V. Mendes, org.), p. 19-91, São Paulo/Rio de Janeiro: Hucitec/Abrasco.

_____. 1995. Sistema de saúde: os espaços público e privado. *O desafio da questão social*. São Paulo: Lonrad-Adenauer-Stiftung. Série Debates, n. 5.

MEIRELLES, H.L. 2001. *Direito administrativo brasileiro*. 26.ed. São Paulo: Malheiros.

MOREIRA NETO, D.F. 2000. *Mutações de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar.

_____. 2003. *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar.

NEGREIROS, T. 2002. *Teoria dos contratos: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar.

NORONHA, J.C. & LECOVITZ, E. 1994. AIS-SUDS-SUS: os caminhos do direito à saúde. In *Saúde e sociedade no Brasil: anos 8*. (R. Guimarães & R. Tavares, orgs.), p. 73-111, Rio de Janeiro: Abrasco/IMS/UERJ.

NUNES, Edson. 1997. *A gramática política do Brasil: clientelismo e insulamento burocrático*. 2.ed. Brasília/DF: Jorge Zahar.

OLIVEIRA, J.A.A. & FLEURY TEIXEIRA, S.M. 1986. Implantação do modelo do privilegiamento do produto privado. In *(Im)previdência social: 60 anos de história da Previdência Social no Brasil*, p. 201-234, Rio de Janeiro: Abrasco/Vozes.

PASQUALOTTO, A. 1999. Regulamentação dos planos e seguros: uma interpretação construtiva. In *Saúde e responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde* (C.L. Marques et al, orgs.), p. 36-64, São Paulo: Revista dos Tribunais. Biblioteca de Direito do Consumidor, v.13.

PEREIRA, C. *et al.* 2000. O processo decisório da regulação da saúde suplementar no Brasil: análise dos interesses e do processo decisório na arena legislativa. Nota Técnica 12. In *Relações inter e intra-setoriais*, p. 262-281, Rio de Janeiro: ANS.

PEREIRA, E.M. 2003. *Autonomia do Banco Central: subsídios para discussão*. Brasília/DF: Câmara dos Deputados/Consultoria Legislativa.

PINDICK, R S. & RUBINFELD, D.L. 2002. *Microeconomia*. 5.ed. São Paulo: Prentice Hall. (E. Prado, trad.).

PORTO NETO, B. 2002. A Agência Nacional de Telecomunicações. In *Direito administrativo econômico* (C.A. Sundfeld, coord.), p. 286-299, São Paulo: Malheiros.

PRZEWORSKI, A. 1998. Sobre o desenho do Estado: uma perspectiva *agent x principal*. In *Reforma do Estado e Administração Pública gerencial*. (L.C. Bresser & P. Spink, orgs.), p. 39-73, Rio de Janeiro: FGV.

REIS, C.O.O. 2000. Planos privados de saúde no Brasil. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro: FGV, 51 (1): 125-149, jan.-mar.

RIBEIRO, J.M. 2001. Regulação e contratualização no setor saúde. In *Brasil: radiografia da saúde* (B. Negri & G. di Giovanni, orgs.), p. 409-443, Campinas: Unicamp/IE.

_____. 2002. Defesa dos consumidores e a regulação dos planos de saúde. In *Regulação & saúde: estrutura, evolução e perspectivas da assistência médica suplementar*, v. 1 (BRASIL, Ministério da Saúde. Agência Nacional de Saúde Suplementar), p. 161-199, Rio de Janeiro: ANS.

SADDI, J. 1997. *O poder e o cofre: repensando o Banco Central*. São Paulo: Textonovo.

SALGADO, L. H. 2003. *Agências regulatórias na experiência brasileira: um panorama do atual desenho institucional*. Brasília/DF: IPEA. Texto para discussão nº 941.

SALOMÃO FILHO, C. 2001. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros.

SANTOS, N.G.P. 2002. Regulação de serviços públicos. In *Direito empresarial público* (C. Marshall & M.J.V. Souto, orgs.), p. 215-231, Rio de Janeiro: Lumen Júris.

SANTOS, W.G. 1979. Cidadania e Justiça. In *Contribuições em ciências sociais*. Rio de Janeiro: Campus.

SARAVIA, E.J. 1988. *O sistema empresarial público no Brasil: gênese e tendências atuais*. Brasília/DF: IPEA/CEPAL.

SILVA, J.A. 1999. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros.

SILVA, P.L.B. 2003. Serviços de saúde: o dilema do SUS na nova década. *São Paulo em perspectiva*, 17 (1): 69-85.

SOUTELLO, L. H. G. 2003. Regulação financeira. *Regulação pública da economia no Brasil* (R.E. Andrade, coord.), p. 371-376, Campinas: Edicamp.

SOUZA, R.R. 2002. *O sistema público de saúde brasileiro*. Brasília/DF: Ministério da Saúde.

STIGLITZ, J.E. 1999. Market Failure. *Economics of public sector*. 3.ed. New York/London: W.W. Norton & Company, p. 55-92.

SUNDFELD, C.A. 2003. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros.

_____. 2002a. Introdução às agências reguladoras. In *Direito administrativo econômico* (C.A. Sundfeld, coord.), p. 17-38, São Paulo: Malheiros.

_____. 2002b. Regime jurídico do setor petrolífero. In *Direito administrativo econômico* (C.A. Sundfeld, coord.), p. 385-396, São Paulo: Malheiros.

_____. 2002c. *Atividade econômica e regulação*. Conferência proferida no 1º Seminário da Procuradoria da ANS. 30 de nov. e 1º de dez. de 2002. Araras: Rio de Janeiro. Anotações pessoais da autora.

TEIXEIRA, A. 2001. Mercado e imperfeições do mercado: o caso da assistência suplementar. *Cadernos de saúde suplementar: 2º ciclo de oficinas*, Rio de Janeiro: ANS, p. 4-22, out./dez.

TITMUSS, R.M. 1974. *Social policy*. London: Brian Abel-Smith/Kay Titmuss.

VERGARA, H.R. 2003. A regulação do mercado de valores mobiliários. In *Regulação pública da economia no Brasil* (R.E. Andrade, coord.), p. 377-402, Campinas: Edicamp.

WALD, A. 2003. A Emenda Constitucional 40 e a autonomia do Banco Central. *Revista de direito bancário, do mercado, de capitais e da arbitragem*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 6 (20): p. 107-122, abr./jun.

WALTEMBERG, D.A.M. 2002. O direito da energia elétrica e a ANEEL. In *Direito administrativo econômico* (C.A. Sundfeld, coord.), p. 352-375, São Paulo: Malheiros.

ZETEL, V. 2003. *Implementação dos regimes especiais: direção técnica, direção fiscal e liquidação extrajudicial*. Rio de Janeiro: ANS. Temas em Saúde Suplementar. Mimeo.