XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA

AUTONOMIA PRIVADA, REGULAÇÃO E ESTRATÉGIA

FREDERICO DE ANDRADE GABRICH

ROGERIO LUIZ NERY DA SILVA

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

A939

Autonomia privada, regulação e estratégia [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;
coordenadores: Frederico de Andrade Gabrich, Rogerio Luiz Nery Da Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-077-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

AUTONOMIA PRIVADA, REGULAÇÃO E ESTRATÉGIA

Apresentação

A necessidade crescente de promoção do desenvolvimento econômico sustentável, contraposta com a significativa regulação da atividade econômica, com o aumento da intervenção do Estado nos negócios e com a excessiva judicialização dos fenômenos jurídicos, são questões relevantes, contemporâneas e integram a base de diversos problemas científicos e práticos que envolvem as abordagens das tensões entre autonomia privada, regulação e estratégia.

Essa situação exige que o Direito seja reconhecido não apenas como ciência e instrumento legítimo de solução de conflitos, mas como elemento fundamental de estruturação dos objetivos das pessoas (naturais e jurídicas) e das organizações (privadas e públicas), para que estas realizem os seus objetivos estratégicos com o menor custo e com a maior eficiência possível, respeitados os limites normativos, filosóficos e éticos decorrentes do Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, é fundamental o desenvolvimento de ideias inovadoras no âmbito da ciência do Direito, bem como a análise, a reflexão e a crítica propositiva de questões estruturantes, tais como, dentre outras: os limites da intervenção estatal na atividade econômica e na autonomia privadas; a normatividade contemporânea e a estruturação lícita dos negócios e dos mercados globalizados; a liberdade de contratar; a interpretação finalística e contemporânea dos institutos clássicos do direito privado; o confronto entre a autonomia privada e o interesse público; a dicotomia entre a propriedade privada e a função social da empresa; as relações entre as empresas, o Estado e as organizações do terceiro setor; a composição de interesses privados e públicos nos mercados; a ineficiência dos instrumentos de controle da atividade econômica; as parcerias entre o público e o privado; as relações entre os modelos de negócios, o planejamento empresarial, a gestão estratégica das organizações e a eficiência dos planejamentos jurídicos (tributários, societários, contratuais, trabalhistas etc); o uso de estruturas jurídicas tipicamente privadas para organização da atividade estatal; a dominação de mercados e a livre concorrência; as combinações de negócios, fusões e aquisições; a liberdade de agir, de pensar, de informar e de ser informado, de empreender.

Por essa razão, o Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - Conpedi, em seu XXIV Congresso Nacional, ocorrido de 11 a 14 de novembro de 2015, em Belo

Horizonte, organizado em conjunto e sediado pelas Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Fundação Mineira de Educação e Cultura - Universidade FUMEC e Escola Superior Dom Helder Câmara, decidiram, muito oportunamente, por adotar entre os seus quase setenta grupos de trabalho, um que fosse destinado a cuidar especificamente dessas matérias de Autonomia Privada, Regulação e Estratégia. O fruto dos esforços nele desenvolvidos são aqui ofertados à Comunidade Acadêmica e Científica, com a convicção de servir não apenas de subsídio a estudos nessas áreas, mas, sobretudo, de estímulo e provocação a uma reflexão que se mostre sempre livre, crítica e útil a contribuir para construir uma sociedade melhor.

Prof. Dr. Frederico Gabrich - FUMEC Prof. Dr. Rogério Luiz Nery da Silva - UNOESC

Programa de Mestrado em Direito da Universidade Fumec Programa de Mestrado da Universidade do Oeste de Santa Catarina

AS ASSIMETRIAS DE INFORMAÇÕES NA SAÚDE SUPLEMENTAR BRASILEIRA ASPECTOS DA SELEÇÃO ADVERSA, SELEÇÃO DE RISCO E RISCO MORAL.

THE INFORMATION IN SUPPLEMENTAL HEALTH ASYMMETRIES BRAZILIAN - ASPECTS OF ADVERSE SELECTION, SELECTION AND MORAL RISK.

Rodrigo Borges Nogueira
Adriano Ferreira de Oliveira

Resumo

O mercado de saúde apresenta características bastante peculiares e é cercado por algumas falhas de mercado basicamente relacionado à assimetria de informação, na relação operadora x consumidor/beneficiário e relação operadora x ente regulador, que se referem a interferência na autonomia da vontade. Este artigo tem como principal observar a relevância no desdobramento da assimetria de informação em modalidades como a seleção de risco, risco moral e seleção adversa, que por sua vez causam repercussão na relação jurídica contratual, com o estabelecimento de mecanismos para justificar o equilíbrio e até mesmo a sobrevivência do sistema de saúde suplementar. Também avaliar os efeitos da presença da assimetria de informações sobre as atividades da saúde suplementar, tanto do lado empresarial, como do lado do consumidor. Para tanto, parte da apresentação do conceito de assimetria de informações, em suas modalidades (como exemplo: seleção adversa e risco moral) e os mecanismos contratuais decorrente das modalidades de assimetria (exemplo: carência, imposição de prazo para doença ou lesões preexistentes, faixas etárias).

Palavras-chave: Saúde, Regulação, Assimetria, Informação, Adversa, Risco. seleção

Abstract/Resumen/Résumé

The healthcare market has very peculiar features and is surrounded by some market failures primarily related to information asymmetry in the relationship operator x consumer / beneficiary relationship carrier x regulatory body, referring to interference in the autonomy of the will. This article is primarily observe the relevance in the deployment of information asymmetry in sports such as risk selection, moral hazard and adverse selection, which in turn cause repercussions in contractual legal relation with the establishment of mechanisms to justify the balance and up even the survival of the health insurance system. Also evaluate the effects of the presence of asymmetric information on the activities of health insurance, both the business side, such as consumer side. Therefore, part of the presentation of the concept of asymmetric information in its modalities (for example: adverse selection and moral hazard) and the contractual arrangements resulting from the asymmetric modes (eg shortage, term imposed for pre-existing illness or injury, tracks age).

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Regulation, Asymmetry, Information, Adverse, Risk, Selection

1 Introdução

A notável expansão do mercado de saúde suplementar desde os idos da década de 50 teve na Constituição de 1988 o estabelecimento do marco legal de atribuição do Estado para controle dos serviços de assistência à saúde explorada pela iniciativa privada

A regulação da saúde suplementar apresenta preocupação em equilibrar a relação econômica entre operadoras e os consumidores.

É uma postura da regulação econômica clássica, tal qual transposta no art. 170 da Constituição Federal de 1988. Contudo, a regulação da saúde suplementar vai além da regulação econômica tendo em vista diversos desequilíbrios, denominados assimetrias.

No intuito de reduzir as assimetrias existentes e proteger o consumidor dos serviços de saúde suplementar, o legislador brasileiro editou a Lei 9.656/98, marco regulatório respaldado na Constituição da República. Até então o Estado brasileiro não dispunha dos instrumentos necessários para a regulação do ramo de planos privados de assistência à saúde.

A intervenção regulatória do Estado no mercado privado de assistência a saúde fundou-se na necessidade de diminuir a assimetrias e proteger o consumidor dos excessos cometidos pelas operadoras, que culminavam em clamor público, reportagens midiáticas e pressão de demanda no poder judiciário, até então único bastião para os desvalidos de justiça diante das assimetrias e abusos existentes.

Dentre as assimetrias, pode se destacar a de informação, como uma justificativa de ordem normativa para adoção, pelo poder público, de mecanismo de regulação. No lastro do artigo 37 da Constituição Republicana de 1988, por meio de novas entidades reguladoras, reside a responsabilidade de evitar que assimetrias de informação funcionem como um incentivo oportunista dos agentes privados, levando o mercado a uma disfunção.

A relevância reside no desdobramento das assimetrias de informação em modalidades que causam repercussão na relação jurídica dos agentes e entidade reguladora, com o estabelecimento de mecanismos que visem dar condições de equilíbrio e até mesmo de sobrevivência do sistema de saúde suplementar.

Identificada tanto em mercados regulados quanto em mercados sujeitos ao regime de livre competição, as assimetrias podem irradiar efeitos sobre a autonomia da vontade em dadas realidades, de modo a demandar atuação diferenciada do Estado em cada situação.

Assim, este o artigo tem por objetivo avaliar os efeitos da presença da assimetria de informações sobre as atividades da saúde suplementar, tanto lado empresarial, como do lado do consumidor. Para tanto, parte da apresentação do conceito de assimetria de informações, em suas modalidades: seleção adversa, seleção de risco e risco moral e os mecanismos legais decorrente das modalidades de assimetria.

2 Assimetria de Informações

A teoria econômica em geral determina que consumidores e ofertantes possuam todas as informações relevantes a respeito das variáveis relativas à decisão que eles se defrontam.

Normalmente, pode ser possível a compradores e vendedores conhecimento suficiente das características da mercadoria e das condições de mercado, inclusive quanto à possibilidade de obtenção de vantagem adicional na comercialização e estimativa do quantum de tal vantagem.

Apesar disso, para algumas mercadorias/serviços, a suposição que ambos os agentes são satisfatoriamente informados acerca delas não é realista, são mercados na qual uma das partes detém mais informação que a outra, isto é, existe assimetria de informação.

Neste sentido, a assimetria de informação é uma situação usual nas relações econômicas. Por exemplo: o vendedor conhece mais a respeito do seu produto do que o comprador; os trabalhadores conhecem mais suas habilidades do que os empregadores; ou ainda, a administração de uma empresa considera melhor o efeito de suas ações para o resultado da empresa do que os acionistas.

Em situações como essas, o conhecimento da ação que está sendo tomada ou pelo menos o monitoramento das ações mútuas é de importância basal, sem o qual não é possível afiançar que as partes estejam agindo segundo foi pré-acordado.

Pode-se compreender como assimetria de informações o desequilíbrio verificado quando determinados ou indeterminados agentes econômicos, incluindo-se os consumidores, fornecedores, prestadores de serviço, estabelecem entre si uma transação econômica com uma das partes envolvidas detendo informações, qualitativa ou quantitativamente superiores aos da outra parte.

Esta diferença de conhecimento gera o que se define, na economia e no direito regulatório, como falhas de mercado, tendo, como espécies fenomênicas, a seleção adversa, o risco moral e a seleção de riscos, dentre outros.

Para a verificação das repercussões jurídicas postas pela normatização e regulação do mercado de saúde suplementar, pressupõe essencialmente a compreensão da potência da informação como ferramenta reguladora. O fenômeno da chamada assimetria de informações merece especial atenção. Nesse sentir:

> A investigação dos processos de regulação evidencia a potência da informação como ferramenta reguladora. A sociedade atual vive profundas mudanças nos modos de produção e reprodução de suas relações, configurando a forma histórica de "Sociedade da Informação". Esta nova formação traz consigo possibilidades e desafios, incluindo a redução das desigualdades econômicas e sociais. A informação é condição para a democracia, especialmente. (LIMA, 2005, P1)

Assim, o mercado de saúde apresenta características bastante peculiares e é cercado por algumas falhas de mercado basicamente relacionadas à assimetria de informações na relação operadora x consumidor/beneficiário, ocorrendo dos dois lados da relação.

A falta de conhecimento a respeito de informações escorreitas e suficientes para delimitar a atuação dos agentes econômicos limita sua capacidade de agir de forma eficiente, fato este que provoca um mau funcionamento do mercado e traz incertezas para ambas as partes que se relacionam com a prestação de determinado serviço oferecido.

Pode-se afirmar que a incerteza é a principal característica presente nos contratos de relação de consumo. Incerteza pode ocorrer pelo fato de o consumidor não saber quando e em que necessidade vai precisar dos serviços de planos de saúde; também quanto ao diagnóstico do paciente, e ao método mais eficaz de tratamento a ser adotado. Tal disparidade de informações pode resultar no uso indevido e inadequado dos procedimentos oferecidos pelos planos de saúde.

> A não existência de informações corretas e suficientes para orientar a decisão dos agentes econômicos limitam sua capacidade de agir de modo eficiente, sendo fonte de mau funcionamento dos mercados e perda de bem-estar. Nos mercados de saúde é certamente a informação imperfeita a falha de mercado mais importante, por trazer incerteza e assimetria de informações. (SANTACRUZ , 2001, v. 10, n. 29, p. 81-101).

A assimetria de informações pode provir de qualquer dos agentes atuantes no mercado, quais sejam: operadora, consumidores, prestadores de serviço e até o próprio agente regulador do mercado.

No caso da insuficiência de informação ser do consumidor, na contratação de plano de saúde, a assimetria pode ter causa em fatores como: complexidade do negócio e/ou de suas regras; falta de conhecimento/baixa escolarização, ou, ainda, falta da cultura para busca de informações e/ou de certificação prévia sobre as regras jurídicas para a contratação, seja por meios próprios ou por meio de auxilio/assessoramento.

O usuário do sistema é a parte mais vulnerável dos planos de saúde, mais frágil ainda quando comparado com outras relações de consumo, pois tem pouco controle sobre as variáveis do seu relacionamento com as operadoras do setor. Não tem instrumentos próprios para coibir os abusos que contra ele são cometidos, tem baixa capacidade de negociação, por não estar institucionalmente articulado, e pouco pode influir nas questões referentes à melhoria de qualidade do atendimento de saúde.

A vulnerabilidade informacional por parte do consumidor é o fator relevante para constatar a assimetria de informação, levando-o a aceitação das imposições dos contratos de adesão, tal como se enquadram os planos de Saúde.

Sobre o reconhecimento da vulnerabilidade informacional, vejamos o que diz douta doutrina:

> Mas a questão social aprofundou-se com a segunda revolução industrial, assim como os conflitos entre fortes e fracos, em especial com a massificação das contratações (agora realizadas por contratos de adesão e condições gerais contratuais), conflitos entre o detentor de informações sobre o produto e o serviço e o leigo-consumidor, criados por esta distância entre o fabricante e consumidor, pela despersonalização e massificação dos contratos (Marques, Contratos, p 163 e ss.). No direito privado, a vulnerabilidade informacional, fática, técnica e jurídica daí resultante levou o direito privado a evoluir e a tratar diferentemente estes mais fracos, quando contratam massificadamente (veja arts. 422 e 423 do CC/2002) ou quando se encontram em posição de vulnerabilidade estatutária, como os consumidores (veja art. 2º c/c art. 51 do CDC), impondo, em especial, um principio da repersonalização das relações e de valoração da conduta da parte forte, que o princípio da boa-fé objetiva.

E continua:

> O CDC tem como principio básico o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor (art. 4º, I) e a necessidade da presença do Estado no mercado para proteger este sujeito de direitos (art. 4, II) – daí a necessidade de proteção da liberdade do contratante mais fraco, o consumidor. Aqui a liberdade é a liberdade do alter, a liberdade do "outro", do vulnerável, do leigo, do consumidor e não do mais forte, do expert, do fornecedor de produtos e serviços no mercado brasileiro A igualdade procurada aqui é a material e não só a formal. Daí o papel preponderante da lei sobre a vontade das partes que acaba por impor uma maior boa-fé nas relações

> no mercado (art. 4, III) e conduz o ordenamento jurídico a controlar mais efetivamente o equilíbrio da relação de consumo, como o princípio do art. 4º,III, impõe. (BENJAMIM, 2007, p. 44).

Quando o paciente tem conhecimento dos possíveis resultados de cada tratamento a que vai se submeter, pode ter melhores condições de fazer escolhas mais eficientes, com fundamento nos custos e ganhos que vai ter ao contratar determinada prestação de serviços.

Entretanto, se o consumidor é carente de tais dados e informações, o mesmo não acontece com as empresas prestadoras de serviços na área de planos de saúde, pois o profissional da área da saúde tem muito mais conhecimento do que o cliente, e, tal diferença de informações, lhe permite, além de prestar os serviços, determinar também quais os serviços devem ser prestados ou não.

Verifica-se assim, como retro mencionado, a hipossuficiência de informações por parte dos beneficiários dos planos de saúde em relação às empresas prestadoras de respectivos serviços, pois, aqueles, além de não conhecerem os custos e a composição dos produtos que contratam, dependem de sua aquisição para alcançaram uma existência digna e saudável, além de não poderem escolher o melhor momento de utilização de um determinado produto/serviço ou de substituição de um produto/serviço por outro.

Neste sentido frisamos a necessidade de controle e monitoramento do poder econômico das operadoras de planos de saúde. Isso se dá em função da hipossuficiência de informações do consumidor em relação ao fornecedor no setor de saúde suplementar, da garantia de adequação mediante a qual se requer que os serviços operem com segurança e qualidade, e da informação que as operadoras devem prestar sobre os produtos e serviços que oferecem ao público.

Neste contexto caberia ao governo promover mecanismos suficientes para sua proteção. Ainda, quando discutem as políticas para melhorar a qualidade da prestação de serviços de assistência à saúde, os governos podem estimular a concorrência entre aqueles que prestam serviços de saúde, exigindo que eles ofereçam um "pacote-padrão" de serviços a preços previamente fixados.[1]

Dessa forma, permite-se que os usuários tenham melhores condições de escolher a prestação de serviços que for adquirir, de acordo com a qualidade e o preço que lhes for mais

---

1 Sobre o ponto em questão, convidamos a consulta a CUNHA, P. C. M. Regulação Jurídica da Saúde Suplementar no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

conveniente. Além do mais, a concorrência proporcionaria uma qualidade maior a preços mais acessíveis.

Quando a insuficiência de informação é da operadora de mercado, tal ocorre em razão do desconhecimento dos custos da prestação de seu serviço, e por não possuir dados suficientes para estabelecer um preço que beneficie o consumidor, competitivo, sem que a empresa sofra quaisquer espécies de prejuízos.

Nessa relação de informação assimétrica, verifica-se que as operadoras do mercado desconhecem os verdadeiros e precisos riscos de cada consumidor. Em decorrência disso, estabelece-se um preço único, ocorrendo assim uma transferência de renda entre consumidores de alto e de baixo risco, e sendo assim, as operadoras de plano de saúde cobram um prêmio mais alto para compensar tal disparidade.

Dessa forma, verifica-se que o mercado funciona de forma ineficiente, tendo-se em vista que não estabelece preços e serviços compatíveis e proporcionais à demanda de cada consumidor.

Diante disso, cria-se um enorme potencial de conflito de interesses entre a operadora que pretende vender e ganhar vez mais, e de outro lado, o paciente que busca cada vez mais receber como contraprestação serviços que sejam proporcionalmente pagos de acordo com suas necessidades.

Torna-se necessário também que, à medida que se aumenta a oferta de serviços na área de planos de saúde, o Estado aumente sua capacidade de regulamentar e fiscalizar referido setor privado, para que padrões mínimos de qualidade possam ser atingidos e para que não ocorram fraudes financeiras, nem irregularidades administrativas.

Com a dificuldade de monitoramento, aparecem os problemas conhecidos como relações agente-diretor ou do Principal Agente. Assim, apesar de acontecerem em situações mais complexas, elas permeiam os mercados mais variados e é observada em uma grande parte das transações entre agentes.

A teoria econômica do Principal-Agente busca fazer uma análise e estudo dos principais agentes econômicos que se relacionam no mercado econômico. Tal estudo é de fundamental importância e de aplicação relevante nas relações de contrato que se estabelecem entre as partes contratantes nos planos de saúde, pois permite entender as formas e particularidades de regulação na vida real, permitindo-se determinar estruturas regulatórias adequadas a cada tipo de comportamento.

Pratt e Zeckhauser (1985, p.25) definem que: "...na relação entre agentes, sempre que um depende da ação de outro, está criada uma relação de agência. Assim, o indivíduo que desempenha a ação é chamado de agente, enquanto a parte afetada é o principal".

Logo, considerando a relação mais usual na saúde, o paciente se torna o diretor e o médico o agente, pois é aguardado do médico que empregue do seu conhecimento no melhor interesse do paciente.

A relação de agência (não confundir com Agência Reguladora) se torna um problema quando o principal não consegue uma monitoração completa, sem enfrentar custos significativos, das informações e das ações tomadas pelo agente. São nestes casos que acontecem as mais significantes falhas de mercado.

Existindo a assimetria de informação, não se espera que negócios funcionem como em um mercado de perfeita informação. É necessário um adicional esforço por parte do diretor, já que a informação não é plausível de se obter, ao menos sem custos, e os apoios do agente e do diretor não são alinhados.

Porém, no presente artigo, não se adentrará na teoria do principal agente, circunscrevendo-se a temática às espécies de assimetrias mais comuns que impactam as relações de consumo dos planos de saúde suplementar.

Em suma, pode-se afirmar que a assimetria de informações ocorre quando uma das partes, munida de informações superiores qualitativa e quantitativamente, celebra contratos de prestação de serviços com outra parte hipossuficiente em termos de informações. Assimetria esta que é responsável por falhas no mercado e dá origem a espécies seletivas prejudiciais ao consumidor, tais como, seleção adversa, seleção de risco e risco moral.

Essa assimetria de informações entre consumidores e operadoras de planos de saúde prestadoras de serviços é a maior responsável pela iniciativa de regulamentação do mercado de planos de saúde, em função de a regulamentação ser um mecanismo capaz de atenuar a imperfeição das informações entre as partes contratantes, em benefício de toda sociedade consumidora.

3 Seleção adversa

Uma análise e abordagem econômica permitem compreender bem o mecanismo da seleção adversa. Esta ocorre em função da impossibilidade de o consumidor identificar

detalhadamente os tipos e características dos agentes prestadores de serviços. As operadoras de plano de saúde consistem na parte informada, que conhecem seus custos e sua produtividade. De outro lado, temos o consumidor, que, muitas vezes, conhece seus riscos desconhecidos pelas operadoras de planos de saúde.

Sendo assim, a seleção adversa ocorre quando existe uma assimetria nas informações entre prestadores de serviços e consumidores, no que se refere ao risco que estes representam para as empresas.

Quando as operadoras de planos de saúde se vêem incapazes de determinar de forma precisa os riscos que os consumidores apresentam, estabelecem um preço médio para todos os agentes, e, agindo dessa maneira, cobram dos consumidores de menor risco o mesmo valor cobrado de consumidores que poderiam acarretar um risco maior para as operadoras de plano de saúde.

Para DENARDIM:

> Seleção adversa: trata-se de um problema de informação assimétrica que se manifesta antes que a transação efetivamente ocorra, representa a possibilidade de serem selecionados, para a obtenção de empréstimos, os tomadores de risco ruim, ou seja, aqueles que se aventuram a tomar empréstimos independente da taxa de juros cobrada, uma vez que, não dispõe de intenção de honrar seus compromissos. (DENARDIM, 2010, P.3 e P.10)

A seleção adversa aparece quando existe a assimetria de informação *a priori* de uma das partes abarcadas no negócio. Por exemplo, um contrato arquitetado para uma classe de clientes com certa frequência de consumo, ou seja, um nível de risco é oferecido por uma seguradora. Porém, ao ser lançado no mercado ele seduz um segmento de clientes com uma constância de consumo maior, sem que ofertante conheça a princípio qual é o grau de risco dos clientes.

Esta situação mostra quando um contrato falha, completa/parcialmente, em conseguir o segmento de mercado para o qual foi desenhado originalmente, podendo essa falha tornar o negócio não sustentável.

Conforme Godoy *et all*:

> As pessoas ao adquirirem planos ou seguro de saúde sabem muito mais a respeito de seu próprio estado geral de saúde do que qualquer companhia seguradora possa ter esperança de saber mesmo se insistisse na realização de exames médicos e aplicação de questionários de auto-avaliação, mesmo os quais podendo inclusive conter quesitos sobre comportamentos de risco, como fumar, beber, hábitos esportivos,

> práticas sexuais, bem como sintomas psicológicos como depressão e ansiedade. (GODOY, 2010, p10).

Neste sentido, Bahia (2001 apud GODOY, et all, 2004) aponta, que os questionários podem não obter os resultados esperados devido aos seguintes fatores:

> 1) A subjetividade que pode levar a valorização de condições benignas e vice-versa;
> 2) Erros de mensuração em função das possibilidades de interpretação das perguntas;
> 3) Se a auto-avaliação é percebida como um instrumento de punição, ela estimula respostas para enganar o sistema.

Então Godoy revela que

> Conseqüentemente, ocorre uma *seleção adversa*, ou seja, pode existir a tendência do sistema de seguros de incorporar indivíduos de maior risco, significando que aqueles indivíduos com problemas médicos tendem a estar mais propensos a adquirir o seguro saúde, logo é esperado um gasto é maior. Em outros termos, a seleção das pessoas que compram o seguro ou plano de saúde não é uma amostra aleatória da população, mas sim uma amostra que tende a ter um forte viés para com o grupo de pessoas que possuem maior probabilidade de utilizar os serviços de saúde, ou seja, pessoas que são mais propensas a receberem um benefício maior do que o benefício médio da população. (GODOY, 2010, P.11)

A operadora por não ser capaz de identificar de forma precisa os consumidores no que se refere ao risco, acaba por cobrar um preço médio para todos os agentes. Isso geralmente ocorre em razão dos consumidores considerados de alto risco, tenderem a adquiri mais planos de saúde do que os consumidores considerados de menor risco.

Para superar este problema, as operadoras de mercado, buscam discriminar preços conforme o tipo de risco, onde o preço do plano é determinado pela expectativa de gastos dos consumidores através de uma análise de riscos. Porém tal conduta é difícil de executar no âmbito da saúde suplementar, em decorrência da conduta (risco moral) por parte do consumidor.

É da natureza humana – o consumidor de alto risco não tem incentivo a se mostrar no momento da contratação, não podendo a operadora estimar adequadamente o custo esperado.

Os consumidores de planos de saúde são heterogêneos com respeito aos seus custos esperados e possuem mais informação sobre seu risco do que a operadora, que não é, em princípio, capaz de diferenciá-lo.

Conforme observado por Arrow (1963, v.LIII, n.5, dec) nestes mercados geralmente é observado um agrupamento de riscos (*pooling*) que denota uma tendência a equalizar ao invés de diferenciar prêmios. Isso constitui na verdade uma redistribuição de renda daqueles com baixa probabilidade de adoecimento para aqueles com alta probabilidade".

Em razão da informação imperfeita sobre o risco individual do consumidor, acaba por induzir derivação de desajustes na relação de consumo, usada como pressupostos para a existência do próprio mercado de saúde suplementar.

Como exemplo da tentativa das operadoras em diminuir o ingresso de beneficiários, com alto risco, elas se valiam, antes da regulamentação, da criação de dificuldades, para pessoas com mais de 60 anos em contratar um plano de saúde, e com preços maiores na medida em que condição médica média dos idosos piora, reduzindo o incentivo para este tipo de contrato.

A respeito da seleção adversa, cabe mencionar o escólio de ALVES, assim aduz:

> Uma primeira geração de modelos desenvolveu-se no sentido de propor mecanismos de auto-seleção como alternativa para redução da ineficiência dos mercados sob seleção adversa. A idéia é que os indivíduos eram capazes de revelar suas características (risco) através da escolha dos contratos. Um indivíduo que escolhesse um contrato do tipo amplo, ou seja, com direito a um maior número de procedimentos, deveria ser um indivíduo com risco elevado. Sabendo disso, as seguradoras deveriam oferecer um cardápio variado de contratos, com diferentes níveis de cobertura e preços, a fim de que os indivíduos revelassem os seus riscos. Esta forma de alocação mostrou-se superior (em termos de eficiência econômica) do que aquela onde era cobrado um preço médio para todos os indivíduos. O principal trabalho nesta área pode ser atribuído a Rothschild e Stiglitz, (1976). Outras variações de modelos encontraram evidências onde a categorização de riscos, sob certas condições, melhorava a eficiência econômica assim como era possível melhorar a eficiência do mercado mediante o uso da informação relativa à experiência passada (histórico de doenças) do segurado como mecanismo de seleção. (ALVES, 2007, p15).

Em síntese, o fenômeno da assimetria de informações implica que as operadoras de planos de saúde não sabem a principio o correto e preciso risco de cada consumidor que deseja contratar seu produto e assim, tende-se absorve beneficiários/consumidores que apresentem maior risco de utilização dos serviços de saúde e que procuram um plano quando percebem que vai precisar dele – o que causa impacto financeiro imprevisível, podendo inviabilizar a existência do negocio e da prestação de serviço.

A operadora para manter a lucratividade e mesmo o equilíbrio financeiro para a manutenção do negócio acaba por cobrar um valor além da média para compensar os riscos elevados e em decorrência de cobrança de um preço alem da média de risco.

O que implica em uma transferência entre os consumidores de baixo e alto risco.

Em razão da seleção adversa, o mercado funciona de maneira ineficiente, não sendo capaz de estabelecer preços e condições socialmente aceitáveis e que requer intervenção regulatória por parte do Estado.

4 Seleção de risco[2]

É de conhecimento que, os consumidores são heterogêneos em relação aos custos que apresentam para as operadoras de planos de saúde, e possuem mais informações sobre seus riscos do que as empresas prestadoras de serviços, que não é capaz de diferenciá-los.

Sendo assim, a primeira idéia que se desenvolveu foi a de propor mecanismos de auto-seleção como alternativa para redução da ineficiência dos mercados de seleção adversa.

Partindo-se dessa análise, as seguradoras partiram do pressuposto de que os próprios consumidores seriam capazes de revelar seus riscos através da escolha de seus respectivos contratos. Aquele indivíduo que escolhesse um contrato amplo com direito a um maior número de procedimentos, deveria ser classificados como indivíduos de risco elevado.

Entretanto, apesar de tal critério ser menos prejudicial para o consumidor do que a simples seleção adversa, não é suficiente para determina a precisão dos custos/ benefícios dos planos de saúde contratados, visto que, o fato de um consumidor ter escolhido um plano mais amplo, necessariamente não significa que venha apresentar um maior risco para a operadora de plano de saúde.

A seleção de risco, em síntese, refere-se à tentativa das operadoras em se protegerem contra a combinação de planos de valor baixo e alto potencial de custos, através de barreira de entradas de consumidores na carteira de planos, criando-se dificuldades de acesso dos

2 O desenvolvimento deste item também teve como principal fonte de consulta o artigo supramencionado: ALVES, Sandro Leal. *Saúde Suplementar: Evidencias de Seleção Adversa Após a Regulação,* disponível em: http://www.anpec.org.br/encontro2007/artigos/A07A081.pdf

consumidores considerados de alto risco, como idosos, portadores de certas crônica e de elevado custo de tratamento.

A existência da seleção de risco indica uma ineficiência e induz uma necessária regulação. Assim é a lavra seguinte:

> A não eficiência se manifesta na forma de aumento dos custos administrativos e exclusão de compradores do sistema. Uma solução encontrada é a diferenciação de preços por risco, o que retira ainda mais transparência do mercado e aumenta a capacidade dos vendedores de manipularem as condições de oferta. Nesse sentido, a regulação pode ser necessária para criar regras que atenuem o efeito da informação imperfeita no mercado, em benefício de fornecedores e usuários do sistema de saúde.(MONTENEGRO, 2008, p16).

Se não mensurado e mitigado, a aceitação de todo e qualquer tipo de risco com o qual se defronta uma operadora de planos de saúde se configura é uma das principais causas de desequilíbrio econômico-financeiro das empresas do setor. E na tentativa de diminuir o risco e manter o equilíbrio, as operadoras fundamentam a conduta da seleção de riscos no intuito de maximizar as áreas de controle e minimiza o ingresso que não permitem uma previsão futura para desembolso financeiro.

O que se permite observar é que a operadora para se proteger da seleção adversa, acabam por praticar a denominada seleção de riscos, criando dificuldades á entradas de determinados consumidores em sua portfólio de planos, de modo a mitigar ou excluir o alto risco representado por idosos, portadores de deficiências e doentes crônicos.

A não eficiência se manifesta na forma de aumento dos custos administrativos e de exclusão de consumidores do sistema de saúde suplementar.

5 Risco moral[3]

A análise do risco moral nos revela que essa é uma tendência oportunista e praticada pelos agentes econômicos, principalmente pelas operadoras de planos de saúde, sendo tal procedimento uma questão de economia para as empresas prestadoras de serviços.

---

3 A fundamentação deste tópico teve como fonte de consulta a seguinte tese de doutorado: GODOY, Regina Márcia. *Regulamentação dos Planos de Saúde e Risco Moral: aplicação da regressão quantílica para dados de contagem.* Disponível em:http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/22653/000714842.pdf?sequence=1

O risco moral é estabelecido conforme o perfil dos consumidores, sendo classificado de duas formas diferentes: risco moral *ex-ante*, e risco moral *ex-post*, sendo que, o primeiro ocorre quando o consumidor não toma os devidos cuidados para a prevenção de sua saúde, e o segundo critério de classificação, ocorre quando o consumidor usa de forma excessiva os serviços de assistência médica após a contratação com as empresas de plano de saúde.

A mudança do comportamento dos consumidores pode provocar um desequilíbrio nas operadoras de plano de saúde. Sendo assim, tais empresas utilizam alguns mecanismos para amenizar os efeitos adversos do risco moral, com o intuito de não esgotarem os recursos dos fundos seguradores.

Dentre tais medidas cita-se: contrato de plano elaborado de forma incompleta; não inclusão de determinadas prestações e procedimentos no rol de serviços prestados; criação de mecanismos de controle, tais como auditorias; estabelecimento de uma quantia fixa a ser paga pelo simples fato de se acionar o seguro; limites para despesas; e utilização de mecanismos para se recorrer à procura desnecessária e excessiva de especialistas.

No Brasil, algumas empresas estão investindo em programas de prevenção a fim de se amenizar os efeitos do risco moral *ex-ante*, divulgando informações sobre hábitos e estilos de vida saudáveis para os consumidores, além do desenvolvimento de atividades preventivas que buscam uma melhoria da condição de saúde, procedimentos estes que refletem em melhores resultados financeiros para as operadoras de planos de saúde.

O problema para obter informações simétricas, além de acarretar o problema da seleção adversa, também consente que os beneficiários deformem o seu comportamento, pensando na individualidade em detrimento a coletividade. Este fato é reconhecido como risco moral.

Assim, no caso do mercado de saúde suplementar, a probabilidade de acesso a serviços de saúde sem custo adicional coligada à existência de assimetria de informação, impulsiona os beneficiários a pedirem mais serviços e cuidados médicos do que normalmente pediriam se não permanecessem cobertos por um plano de saúde.

Isto se aplica notadamente ao caso da demanda de consultas, pois no caso de demais serviços médicos, como diagnose e terapia, cirurgias/internações, a capacidade de decisão do beneficiário é diminuída, pois tem intervenção do médico.

Deste modo, não se espera que a cobertura por plano de saúde acenda alterações importantes nas decisões de pacientes no tocante a cuidados médicos que não a consulta.

Contudo por outro lado, o médico pode atuar de forma oportunista, requererendo exames e tratamentos mais caros, entusiasmado pelo fato de o paciente não ser culpado pelas despesas.

Conforme Arrow (1963, v.LIII, n.5, dec e 1985), o mercado de saúde suplementar tem características que o tornam propício ao surgimento do risco moral. Geralmente, o beneficiário tem informação sobre seu próprio estado de saúde e não o expõe à operadora; e o médico é culpado por decisões as quais o paciente nem sempre tem influência.

Visando dificultar o surgimento do risco moral, as operadoras em geral consagram restrições financeiras, como no caso da cobrança de co-pagamentos, pela qual os beneficiários cooperam com um percentual do valor total, no caso de procedimentos realizados ambulatoriais, e franquias, as quais admitem as operadoras cobrem uma taxa, pré-estipulada em contrato, em caso de internamentos.

Em outras palavras, o copagamento (coparticipação) consiste em uma atribuição de fração de custos para os segurados que procuram por cuidados médicos, minimizando-se assim o problema do risco moral, visto que é atribuída ao consumidor uma parcela dos custos pela utilização dos serviços de saúde.

Verifica-se assim que o risco moral afeta de forma relevante a probabilidade de uso e a freqüência de utilização de serviços de saúde.

Segundo DENARDIN:

> Risco Moral: por sua vez, representa um problema de assimetria de informação que se manifesta após a transação ter ocorrido, ou seja, quando o credor corre o risco de o tomador se engajar em atividades indesejáveis, ou excessivamente arriscadas, reduzindo a probabilidade de recuperação de um empréstimo.(DENARDIN, 2010, p.4)

O risco moral aparece quando a assimetria de informação acontece em situação *ex post* ao firmamento do contrato. Sendo que na situação em que o individuo passa a ter um maior consumo após o anuir ao contrato que no caso de não acontecer o contrato.

Conforme ARROW (1963, v.LIII, n.5, dec), é o caso onde o agente não arcar com a totalidade dos custos marginais de suas atitudes. Assim entende-se que o risco moral é um tipo de oportunismo localizado nas mais diversas relações econômicas e está conexo à existência de incerteza e ao fato dos agentes terem racionalidade limitada.

Em outro escólio, GODOY diz:

> O risco moral não altera apenas o comportamento do indivíduo, mas também cria ineficiência econômica, já que a percepção individual tanto do custo como do benefício da atividade difere do custo ou benefício da sociedade. Neste sentido, o termo risco moral foi utilizado pela literatura afim para conceituar qualquer atitude realizada pelo segurado que ocasionasse aumento de custo para a seguradora, sendo associado a esta alteração de comportamento os desvios de conduta ou os padrões de ética. Contudo, os economistas perceberam que a mudança de comportamento do assegurado após adquirir uma apólice de seguro é perfeitamente racional, não sendo relacionado a padrões de conduta ou ética, uma vez que o segurado é incentivado a mudar seu padrão de consumo de assistência médica. Uma consequência desta distorção de comportamento leva ao aumento dos preços dos planos de saúde. (GODOY, 2010, P9)

Na tentativa de minimizar o risco moral por parte do consumidor, criou-se o mecanismo de coparticipação/copagamento, mas também há admissão de mecanismos de regulação contratual, como, por exemplo, a utilização de médico generalista para indicação de especialista, de forma a não incentivar a utilização excessiva pelo consumidor, que detém livre acesso a especialidades médica. No talante, GODOY, exemplifica:

> Outro exemplo importante no que se refere à tentativa de minimizar os problemas advindos do risco moral é a implementação do *managed care* no mercado de saúde dos Estados Unidos. Este modelo visa racionar o uso de serviços de saúde a partir da introdução Pagamento do segurado Pagamento da seguradora co-pagamento franquia Gasto Médico $ Gasto do Paciente $ Stoploss Pagamento Total 10 do *médico generalista*, o qual é responsável por todos os encaminhamentos referente ao acesso do assegurado ao serviço de saúde, evitando, assim, a procura desnecessária a especialistas, bem como a sobre-utilização de exames sofisticados. Com efeito, o assegurado perde, de certa forma, a liberdade de procurar especialistas diretamente, pois necessita do aval do médico generalista, o qual irá decidir se é procedente ou não o pedido do assegurado. Este modelo também valoriza a prevenção contra doenças, dado que o médico generalista acompanha o assegurado por um longo período9, podendo este incentivar o assegurado a ter hábitos mais saudáveis, os quais reduzem a probabilidade de doenças. (GODOY, 2008, p.44).

O risco moral não se refere apenas a alteração do comportamento do indivíduo, mas também cria ineficiência econômica, já que a percepção individual tanto do custo como do benefício da atividade difere do custo ou benefício da sociedade.

Caso os consumidores determinassem quais gastos seriam cobertos, não haveria possibilidade de aparecimento de risco moral, contudo, contudo surgem oportunidades para os usuários alterarem seu comportamento, consumindo serviços médicos em excesso quando estão sob um plano de saúde e não arcam com os custos totais.

Existe risco moral quando os consumidores não realizam o nível apropriado de precaução

Enfim, diferentemente da seleção adversa, onde o problema se encontra no diferencial de risco entre os diferentes agentes econômicos, o caso do risco moral se baseia nas ações dos agentes, que podem acabar influenciando esse risco.

A questão posta é a moral dos consumidores, que podem tomar certos comportamentos de forma a aumentarem ou diminuírem a probabilidade de utilização do plano de saúde, em prejuízos de outros consumidores do plano, que contribuem em forma de mutualismo e que serão demandados a contribuírem com mais, para haver sustentabilidade do plano.

6 A mitigação da assimetria de informações por meio da Lei 9.656/98

A Lei 9.656/98 não se limitou a normatizar a regulação econômica do mercado de saúde suplementar, mas disciplinou também aspectos de manutenção e qualidade das coberturas assistenciais, contemplando assim regras de proteção contratual dirigidas aos planos privados de assistência à saúde.

A nova ordem trazida pela Lei 9.656/98 trouxe reconhecidos avanços no sentido de dar contornos mais definidos à dimensão assistencial do mercado de saúde suplementar. Passou-se a chamar as operadoras à responsabilidade não só pela manutenção, mas, principalmente, pela qualidade da assistência contratada pelo consumidor.

Dentre os principais avanços trazidos pela lei em apreço, podemos mencionar alguns dispositivos referentes à mitigação da assimetria de informações, visando coibir a seleção adversa, seleção de risco e risco moral, estabelecendo-se assim um controle dos desequilíbrios de mercado existente nos contratos de planos de saúde entre operadoras e consumidores.

A Lei 9.656/98 estabeleceu uma modelagem para os planos, segmentando-os, de acordo com a complexidade da cobertura, em assistência ambulatorial, hospitalar, com ou sem

obstetrícia, e odontológica, proibindo a limitação de consultas médicas, exames e internações hospitalares, inclusive em leitos de alta tecnologia.[4]

De igual sorte, delimitou o prazo de carência para 180 dias, à exceção da cobertura para parto a termo, em que fixou em 300 dias a carência, bem como os casos de urgência e emergência, determinando 24 horas de prazo máximo[5].

Além do mais, além a Lei 9.656/98 estabeleceu cláusulas contratuais obrigatórias em que devem constar em um plano privado de assistência à saúde, sendo certo que, no que se refere à amplitude de coberturas, não pode o contrato se distanciar das exigências legais mínimas para cada tipo de plano[6].

A Lei vedou às operadoras também a possibilidade de suspensão e a rescisão unilateral[7] dos contratos, salvo por fraude do consumidor ou não pagamento da contraprestação pecuniária por período superior a 60 (sessenta) dias, a cada ano de vigência do contrato, desde que avisado o consumidor até o qüinquagésimo dia de inadimplemento.

Além do mais, a suspensão ou rescisão não poderá ocorrer, em qualquer hipótese, se o consumidor titular do plano estiver internado.

A disposição legal da Lei dos Planos de Saúde proibiu as operadoras de impedir que o consumidor ingresso no plano em função da idade ou saúde[8], em particular, se for ele portador de doença ou lesão preexistente,[9].mitigando-se a chamada seleção de risco.

---

4 A definição de alta tecnologia foi dada pela Portaria GM 3.432, de 12.08.1998 do Ministério da Saúde.

5 Lei 9.656/12 - *Art. 12, inciso V - quando fixar períodos de carência: a) prazo máximo de trezentos dias para partos a termo; b) prazo máximo de cento e oitenta dias para os demais casos; c) prazo máximo de vinte e quatro horas para a cobertura dos casos de urgência e emergência.*

6 *Art. 16. Dos contratos, regulamentos ou condições gerais dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei devem constar dispositivos que indiquem com clareza:*
I - as condições de admissão;
II - o início da vigência;
III - os períodos de carência para consultas, internações, procedimentos e exames;
IV - as faixas etárias e os percentuais a que alude o caput do art. 15;
V - as condições de perda da qualidade de beneficiário;
VI - os eventos cobertos e excluídos;
VII - o regime, ou tipo de contratação:
a) individual ou familiar;
b) coletivo empresarial; ou
c) coletivo por adesão;
VIII - a franquia, os limites financeiros ou o percentual de co-participação do consumidor ou beneficiário, contratualmente previstos nas despesas com assistência médica, hospitalar e odontológica;
IX - os bônus, os descontos ou os agravamentos da contraprestação pecuniária;
X - a área geográfica de abrangência;

7 *Art. 13, II - a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato, salvo por fraude ou não-pagamento da mensalidade por período superior a sessenta dias, consecutivos ou não, nos últimos doze meses de vigência do contrato, desde que o consumidor seja comprovadamente notificado até o qüinquagésimo dia de inadimplência..*

8 Art. 14 da Lei 9.656/98.

Veda-se qualquer tipo de discriminação da pessoa humana em razão de seu estado de saúde ou de propensão a maior utilização dos serviços de saúde. O legislador reconheceu a necessidade afastar a seleção de risco por parte das operadoras, pratica comum até a edição da Lei 9.656/98, onde se primava à contratação de pessoas mais jovens em detrimento de idosos e portadores de doenças crônicas, como por exemplo, os portadores de HIV.

Se por lado a Lei, buscou mitigar a seleção de risco, por outro não deixou de considerar o risco moral, daqueles que somente buscariam um plano caso descobrissem portadores de doenças e que por isso buscassem a guarida em plano de saúde.

É necessário observar que um plano de saúde é na verdade um poupança coletiva, administrada por uma pessoa jurídica própria, que cobra suas administração. Mas no fundo se trata de um conjunto de pessoas em poupança coletiva para uso eventos futuros e incertos.

Assim, considerando, não seria justo que "alguém de fora" da poupança coletiva, viesse ao "pote" de imediato após o ingresso, resgatasse a "poupança" para se tratar. Fato é que se não houvesse mecanismo de controle, um "experto", somente ingressaria em plano de saúde quando precisasse – o que até mesmo invibializaria a existência de planos de saúde, uma vez que ninguém aceitaria pagar para os "outros" que não contribuíram para a poupança coletiva.

Assim, a Lei cria uma espécie de pedágio, chamada de carência ou no caso de doença e lesões já preexistentes, uma carência especial, (denominada na legislação de cobertura parcial temporária - CPT)

A Lei na busca o equilíbrio para a manutenção de planos de saúde, institui a possibilidade de uma carência especial visando a composição do equilíbrio–financeiro, tendo em vista o uso provável e superior de quem tem uma doença e lesão preexistente.

No escólio, decorridos 24 meses da contratação, restou também proibida à exclusão de cobertura, sob a alegação pela operadora de doença ou lesão preexistente.[10] Em contrapartida, previu a possibilidade de suspensão, da cobertura de eventos cirúrgicos, internação de leitos de alta tecnologia, de procedimentos de alta complexidade[11], ou do oferecimento de agravo[12], que é um acréscimo ao valor da prestação paga, para a cobertura de doenças preexistentes, observado o prazo de carência contratados.

---

9 Doença ou lesão pré-existente é aquela que o consumidor ou seu responsável saiba ser portador ou sofredor, à época da contratação de planos privados de assistência à saúde. (art. 1º da Resolução CONSU 2).
10 Art. 11 da Lei 9.656/98 e RN 162, de 17.10.2007.
11 RN 167, de 09.01.2008.
12 RN 162, de 17.10.2007.

Ressalta-se ser da operadora o ônus de prova do conhecimento prévio da preexistência pelo consumidor, assim como os procedimentos excluídos devem ser expressos, no contrato, com cláusula destinada à cobertura parcial temporária.[13]

Outro exemplo de medida legal mitigatória do risco moral, está inserida no tocante ao chamado reajuste por faixa etária. A Lei trata a questão de política de reajustes, de forma ampla, abrangendo os reajustes propriamente ditos (recomposição do valor da moeda), os aumentos por mudança de faixa etária e revisão técnica.

Os reajustes por variação de custos somente podem ocorrer após o decurso de, no mínimo, um ano[14], contado da data de assinatura do contrato. Todos os reajustes de plano individuais e de planos coletivos operados por autogestões não patrocinadas, cujo financiamento é feito exclusivamente pelos beneficiários, devem ser analisados e aprovados pela ANS[15].

Os reajustes dos demais planos coletivos deverão ser informados à Agência, no entanto, as partes podem estabelecer livremente o índice de reajuste, e devem ocorrer de 12 em 12 meses.

A Lei determinou também que a variação da contraprestação pecuniária em razão da idade está condicionada à previsão expressa, no contrato, das faixas estarias e dos percentuais de reajustes, devendo ser observados os termos e condições impostos pela ANS em sua regulamentação.[16] Além do mais, os consumidores que participem de plano ou seguro de saúde há mais de dez anos, não poderão ter variação de preço em razão da idade. [17]

O Legislador estabeleceu como questão de ordem pública a autorização do reajuste anual pela ANS para determinadas circunstâncias de contratação. Presumiu-se que o consumidor, na posição de contratante direto com a operadora, fica em posição de grande fragilidade, sem condições de discutir os critérios e condições dos reajustes aplicados. Dessa forma, ou seja, com consonância com dimensões protetivas do Código de Defesa do Consumidor.

---

13 RN 167, de 09.01.2008.

14 O art. 28 da Lei do Plano Real – Lei 9.069/95, determina que: *" Nos contratos celebrados ou convertidos em REAL com clásula de correção monetária por índices de preço ou índices que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados., a periodicidade de aplicação dessas cláusula será anual."*

15 Art. 35-E da Lei 9.656/98.

16 Arts. 15 e 35-E, inciso I, § 1º da Lei 9.656/98.

17 *Com a edição do Estatuto do Idoso (Lei 10.741/03), restou proibida qualquer variação da contraprestação pecuniária em razão da idade, mesmo para os consumidores que não participam do plano de saúde há mais de dez anos. A partir de 01.01.2004 a variação somente poderá ocorrer entre as seguintes faixas: 0 a 18; 19 a 23; 24 a 28; 29 a 33; 34 a 38; 39 a 43; 44 a 48; 49 a 53; 54 a 58; 59 anos ou mais, conforme determina o artigo 2º da RN 63, de 22.12.2003.*

Já o reajuste por mudança de faixa etária, leva em conta a probabilidade estatística de utilizar-se mais o plano com o avanço da idade (Fator marco de assimetria). Assim esse cálculo não visa a uma reposição inflacionária. Ou seja, para a viabilidade financeira do plano de saúde os consumidores idosos precisam pagar maiores mensalidades, em razão do maior índice estatístico de utilização dos serviços médicos oferecidos pela operadora.

O reajuste por faixa etária tem como fundamento jurídico de validade a proporcionalidade direta entre a ocorrência de sinistros (utilização dos serviços) e a idade do segurado. O estabelecimento de reajuste por faixas visa a mitigar o chamado risco moral, de somente se buscar plano de saúde, quando em idade avançada.

O legislador em reconhecimento do fenômeno da assimetria (Risco moral) deu guarida legal ao reajuste por faixa etária no artigo 15 da Lei 9.656/98[18].

O contrato de plano de saúde é parecido com as outras modalidades de seguro, sendo classificado juridicamente de "contrato aleatório". Indica-se que o valor é pago pelo consumidor mensalmente, mas a ocorrência do evento que se procura resguardar (necessidade de assistência médica) pode ou não ocorrer.

De acordo com o raciocínio atuarial, a mudança de faixa etária do consumidor implica na probabilidade de alteração de seu perfil de risco, ou seja, em uma maior chance de utilização do plano.

Essa concepção reflete-se nos valores mais acessíveis das mensalidades para os mais jovens e no gradativo aumento dos valores a serem pagos com o avanço das faixas de idade, ou seja, pela lógica dos serviços de seguro, quanto maior a probabilidade de o evento ocorrer, maior é a contribuição monetária a ser paga pelo consumidor.

Além dos principais avanços trazidos pela Lei 9.656/98 já comentados, é importante ressaltar os principais benefícios trazidos para a proteção ao consumidor, sendo importante fazer um paralelo com a situação fática encontrada no mercado antes do marco regulatório, em particular, no campo da proteção contratual.

A padronização dos planos permitiu a informação mais adequada e transparente para o consumidor sobre a cesta de coberturas oferecida no plano.

---

18 Lei 9.656/98 - Art. 15.A variação das contraprestações pecuniárias estabelecidas nos contratos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, em razão da idade do consumidor, somente poderá ocorrer caso estejam previstas no contrato inicial as faixas etárias e os percentuais de reajustes incidentes em cada uma delas, conforme normas expedidas pela ANS, ressalvado o disposto no art. 35-E.

No plano dos contratos, ampliou-se a intervenção do Estado na elaboração de planos contratuais. Estes passaram a ser regido com a observância dos requisitos mínimos pontualmente ditados pela Lei, o que inclui a obrigatoriedade de entregar ao consumidor de plano individual a cópia do contrato, além de material explicativo que descreva, em linguagem simples, todas suas características, direitos e obrigações.

A obrigação da globalização da assistência, ao incluir a cobertura de todas as doenças previstas na CID, tornou defesa a exclusão de patologias, bem como a limitação de procedimentos médicos, hospitalares ou odontológicos. As operadoras vendiam a idéia da integralidade da cobertura, mas deixavam à conta do SUS os procedimentos de alta complexidade e custos elevados. Determinaram livremente as condições contratuais, delimitando o que era e o que não era coberto.

A imposição de limites para o prazo de carência também colocou fim ao uso de mecanismos para postergar a cobertura de procedimentos de alto custo ou de duração mais prolongada. Algumas carências eram fixadas em até 36 meses. Além disso, vedou-se a recontagem do tempo de carência, prática comum para penalizar o consumidor pelo atraso no pagamento de contraprestação pecuniária.

Ainda quanto à carência, foi prevista sua isenção ao recém-nascido em planos com cobertura obstétrica, devendo para tanto, ser inscrito em até 30 dias após o parto. Na mesma linha, garantiu-se ao filho adotivo menor de 12 anos o aproveitamento de carências já cumpridas pelo adotante.

Limitou a Lei a autonomia da operadora quando à decisão sobre ingresso e autonomia de consumidores no plano, à medida que não lhes permitiu vetar o acesso de consumidores ao plano em razão de sua idade ou condição de saúde, bem como rescindir contratos individuais ou familiares, salvo nas hipóteses motivadas de fraude ou inadimplência do consumidor por mais de 60 dias, mediante comunicação prévia.

Com isso evitou-se a prática da seleção de risco, principalmente no momento da renovação dos contratos, momento em que as operadoras cobravam taxas elevadas, com vistas e excluir os consumidores que não lhes interessava economicamente. Após a vigência da Lei a renovação passou a ser automática e sem a cobrança de taxas.

Na seara do controle de preços antes da Lei 9.656/98, as operadoras eram livres para reajustar seus contratos no percentual ou índice de sua conveniência, em muitos casos sem haver precisão contratual de critérios para o reajuste.

Após o marco regulatório, as operadoras, para aplicar reajustes em contratos individuais/familiares ou coletivos de autogestões não patrocinadas, passaram a depender de autorização prévia da ANS, no índice por ela fixado. O percentual máximo do reajuste vem sendo calculado pela ANS a partir da média ponderada dos reajustes coletivos livremente negociados e a ela informados. A periodicidade desses reajustes não pode ser inferior a um ano.

A regulamentação[19] exigiu que as operados demonstrassem o custo do plano a ser oferecido no mercado, com vistas a impedir sua comercialização por preço inexeqüível.

Também deve haver nos contratos a definição clara e precisa de faixas etárias e os percentuais de reajustes, de acordo com a distribuição de faixas determinadas pela ANS na regulamentação. Evitou-se com isso, que o maior peso da variação da contraprestação pecuniária incidisse sobre os mais idosos, uma vez que tal prática tinha nítido objetivo de provocar a exclusão dos planos daqueles que mais necessitam.

Coibiu-se o descredenciamento de entidade hospitalar sem substituição por prestador equivalente. Consistia prática usual uma operadora contratar um hospital de renome para atrair novos consumidores para seu plano, sendo que, logo após o descredenciava.

Além disso, a Lei exigiu dos prestadores que integravam a rede assistencial das operadoras o compromisso de atender os consumidores sem discriminação ou atendimentos diferenciados, dando especial atenção aos casos de urgência e emergência, assim como aos idosos, às gestantes, lactantes e crianças até cinco anos.

Ainda em relação à rede prestadora, restou assegurado o acesso do consumidor a leito hospitalar em nível superior de acomodação, sem ônus adicional, na hipótese de indisponibilidade, nos estabelecimentos próprios ou credenciados, do padrão de acomodação do plano contratado.

A prática do cheque-caução também foi proibida pela regulamentação[20], não podendo ser exigida pelos prestadores como condição para o atendimento de um consumidor de plano privado de assistência à saúde.

A implementação do instrumento de Portabilidade de Carências[21] dos planos de saúde representa um grande avanço, no sentido de estimular a competição no setor regulado,

---

19 RN 85, de 07.12.2004, e RN 100, de 03.06.2005.

20 RN 44, de 24.07.2003.
21 RN 186, de 14.01.2009.

ao permitir ao consumidor mudar de plano de saúde sem o cumprimento de novas carências. Somente o consumidor individual/familiar é que poderá exercer o direito à portabilidade de carência, ele deve estar em dia com a mensalidade, deve estar pelo menos dois anos na operadora de origem ou há três anos nos casos de doença e lesão preexistente. Para auxiliar o consumidor que deseja mudar de operadora, foi desenvolvido o Guia ANS de Planos de Saúde.[22]

Cabe ressaltar que todas as regras introduzidas pela lei e sua regulamentação, impostas às operadoras, relativas aos aspectos institucionais e econômico-financeiros tem reflexo direto na proteção do consumidor, e, portanto, são consideradas como avanço da regulação.

De forma geral a lei 9.656/98 foi aprovada no sentido de regularizar a saúde suplementar e gerar mais informações para os consumidores, de forma a transformar esta relação em algo mais transparente.

Tentar regular ou controlar a assimetria de informações é uma constante no mercado de saúde suplementar para tentar gerar igualdade e poder de decisão para consumidores.

A necessidade de um contrapeso entre a eficiência econômica e a solidariedade social e suscitou ações públicas de intervenção no setor.

Houve necessidade de se estabelecer normas como a lei 9.656/98 que visa impedir que a competição encorajasse Seguradoras/operadoras de serviços de assistência à saúde a recusarem doentes fora do interesse econômico, como os de alto custo, idosos e pobres.

De forma geral, a regulamentação através da lei 9.656/98 procurou conciliar a garantia assistencial, através do acréscimo das coberturas obrigatórias, com a garantia de prestação continuada dos serviços, através da regulação econômico-financeira.

Aponta-se que o regramento dos planos de saúde com contratos que tentam equacionar os incentivos das partes envolvidas de modo a racionalizar a utilização de serviços médicos são ofertados objetiva controlar e/ou reduzir a assimetria de informações, no entanto para tal é essencial que a lei seja observada e que a regulação da saúde suplementar seja efetiva, de forma a gerar um balanço positivo das informações tanto do lado do contratante quanto do lado contratado, levando em consideração a livre iniciativa, a dignidade do

---

22 Sistema eletrônico disponível no site www.ans.gov.br, que permite o cruzamento de dados para consulta e comparação dos planos de saúde comercializados no mercado brasileiro.

consumidor, e outros pontos relativos à igualdade e transparência nas informações no cenário da saúde suplementar.

6 Conclusão

Como visto na regulação do mercado de saúde suplementar, faz-se fundamental conhecer as dificuldades do mercado de planos de saúde, decorrendo determinados comportamentos, tanto dos consumidores (risco moral e seleção adversa) quanto das operadoras (seleção de risco). Pode-se inferir, portanto, que a assimetria de informações cria uma falha de mercado, diminui a eficiência do mercado e piora o bem-estar da sociedade.

Em síntese, o risco moral refere-se à mudança de comportamento do consumidor acarretando em aumento de utilização de serviços a partir do momento da adesão.

No que tange a seleção adversa é a tendência do sistema de planos de saúde no sentido de ser procurado por indivíduos de maior fator de risco, isto é, aqueles cujas despesas serão maiores. No caso em que a operadora aplica preço médio para todo o grupo de consumidores beneficiários, promovendo transferência entre indivíduos com distintos graus de risco e por consequência, há então a tendência daqueles indivíduos com menor risco abandonarem o sistema ou não aderirem ao plano.

Já a seleção de risco é comportamento das operadoras em se protegerem contra a combinação de baixos prêmios e alto potencial de custo, por meio de barreiras à entrada dos consumidores em sua carteira de produtos, dificultando o acesso daqueles de alto risco, como por exemplo: idosos ou portadores de certas doenças.

Marco legal no setor de saúde suplementar no Brasil, a Lei 9.656/98 é resultado de um processo de construção de um conjunto de direitos do cidadão/consumidor, cujas raízes estão na Constituição de 1988, e fundamentos inscritos no Código de Defesa do Consumidor, lei de cunho geral e principiológico.

A Lei 9.656/98 procurou amenizar as repercussões jurídicas decorrentes da assimetria de informações existentes entre operadoras de planos de saúde e consumidores.

Várias medidas foram adotadas, tais como: coberturas que antes sua edição eram limitadas, coibindo-se assim a seleção risco; existência de coberturas parciais temporárias para doenças e lesões preexistentes e a existência de requisitos para coberturas em geral, a fim de se diminuir o risco moral dos consumidores; existência de faixas etárias para reajustes para

se permitir a existência dos próprios planos de saúde, sem os quais não haveriam condições de existir; proibição de discriminações mediante o impedimento de participação no plano de saúde, coibindo-se assim a seleção de riscos; dentro outros.

Sendo assim, os avanços trazidos pela Lei 9.656/98, se traduzem, entre outros, na padronização dos planos oferecidos no mercado; na transparência dos contratos; na eliminação de antigas exclusões e limitações de cobertura a procedimentos médicos, hospitalares e odontológicos; controle do preço dos planos; na delimitação dos prazos de carência; na vedação da discriminação de consumidores; no controle do descredenciamento da rede hospitalar; no compromisso da rede prestadora com a qualidade da assistência; na implementação dos instrumentos de portabilidade de carências, e nas regras institucionais e econômico-financeiras estabelecidas para as operadoras.

A assimetria de informação no sistema de saúde é um tema que ultrapassa o interesse apenas das empresas operadoras de seguro de saúde, de políticas públicas e de pesquisa acadêmica.

É inegável que a partir da mudança da Constituição, os planos de saúde passaram a ter maior importância no sistema de saúde, indo de uma posição marginal para uma de destaque. Neste sentido o Legislador criou regras fortes de proteção ao consumidor, por meio da edição da Lei dos Planos de saúde e regulações que mitigaram os efeitos das assimetrias de mercado, mormente as de informação.

Referência Bibliográfica:

ANS. Agência Nacional de Saúde Suplementar**. Caderno de Informações da Saúde Suplementar**. Disponível em: <www.ans.gov.br>**.** Acesso em: 29.jul.2015**.**

ALVES, Sandro Leal. **Entre a Proteção e a Eficiência: Evidências de Seleção no Mercado Brasileiro de Saúde Suplementar**. Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) - Annual Papers.Paper 050207-10, Berkeley, 2007.

ALVES, Sandro Leal. **Saúde Suplementar: Evidencias de Seleção Adversa Após a Regulação**, disponível em: <http://www.anpec.org.br/encontro2007/artigos/A07A081.pdf> Acesso em: 07.ago.2015.

ARROW, K. **Uncertainty and the Welfare Economics of Medical Care.** In: The American Economic Review, v.LIII, n.5, dec, 1963.

ARROW, K.J. **The economics of agency**. In: PRATT, J.; ZECKSAUSER, R. Principal and agents: the structure of business. Cambridge: Harvard Business Press, 1985.

BAHIA, Lígia**. O mercado de planos e seguros de saúde no Brasil**: Tendências pósregulamentação. In: Negri, B, D. Giovanni (orgs). Brasil: Radiografia da Saúde. Campinas: Instituto de Economia, Universidade Estadual de Campinas. 2001, p. 61-325

BENJAMIM, Marques, Bessa, Antônio Herman, Claudia Lima, Leonardo Roscoe, **Manual de Direito do Consumidor**, Editora Revista dos Tribunais, 2007.

CUNHA, P. C. M. **Regulação jurídica da saúde suplementar no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

DENARDIN, A. Assimetria de Informação, Seleção Adversa e Risco Moral. Disponível em: < ich.ufpel.edu.br/.../TEORIA%20DOS%20JOGOS%206.pdf.>. Acesso em dez 2010, p.4.

LIMA, Clóvis Ricardo Montenegro de. **Informação e Regulação da Assistência Suplementar a Saúde**. Disponível em: <www.ans.gov.br/data/files/FF8080822647FA8901264CC3C4B74FA6/Biblioteca_Tese-inf_reg_assist_supl_saude.pdf>. Acesso set.2013

LIMA, Clóvis Ricardo Montenegro. De. **Assimetria de Informações e Regulaçao de Mercados**. 2008. Disponível em: <http://www.rp-bahia.com.br/biblioteca/pdf/ClovisMontenegroDeLima.pdf>, Acesso em 17.ago.2015

GREGORI, Maria Stella. **Planos de Saúde. A ótica de proteção do consumidor**. 2ª Edição. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2010, p.18, p.176-177.

GODOY, MR. Et all. **Planos de Saúde e a Teoria da Informação Assimétrica.** Disponível em www.sep.org.br/artigo/ixcongresso84.pdf. Acesso em dez 2010. p.10-11.

GODOY, Regina Márcia**. Regulamentação dos Planos de Saúde e Risco Moral: aplicação da regressão quantílica para dados de contagem**. 2008. Disponível em: http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/22653/000714842.pdf?sequence=1. Acesso em: 08.ago.2015.

MEDEIROS, Marcio Lima. **As Falhas de Mercado e os Mecanismos de Regulação da Saúde Suplementar no Brasil com Uma Abordagem das Novas Responsabilidades para os Agentes desse Mercado**. 2010. 95 f. Dissertação (Mestrado em Economia) – Universidade de Brasília, Brasília, 2010.

MONTENEGRO de Lima, Clovis Ricardo; Nogueira, Ana Carolina & Alexandre Martins, Jacqueline, 2008, **Observatório da Saúde da UFSC: redução das assimetrias de informações entre operadoras de planos de saúde e seus beneficiários**., Revista TEXTOS de la CiberSociedad, 16. Monográfico: Internet, sistemas interativos e saúde. Disponivel em; < http://www.cibersociedad.net> Acesso em: 01.ago.2015.

MONTONE, J. **Evolução e desafios da regulação do setor de saúde suplementar. In: Ministério. da Saúde**, ANS. Documentos técnicos de apoio ao Fórum de Saúde, 2000.

PASQUALOTTO, Adalberto. **A regulamentação dos planos e seguros e assistência à saúde: uma interpretação construtiva.** In: MARQUES, Cláudia Lima; LOPES, José

Reinaldo de Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Saúde e responsabilidade: seguros e plenos de assistência à saúde. São Paulo: RT, 1999.

PRATT, J.W.; Zeckhauser, R.J. **Principals and agents: an overview.** In: PRATT, J.W.; ZECKHAUSER, R.J. Edits, principals and agents: the structure of business. Harvard: Harvard Business School Press, 1985

V. BENJAMIM, Marques, Bessa, Antônio Herman, Claudia Lima, Leonardo Roscoe, **Manual de Direito do Consumidor**, Editora Revista dos Tribunais, 2007, P.7- P.36, P.45, P.65-P.82, P.87-P.94.

RIBAS, Barbara Kirchner Corrêa. **Processo Regulatório em Saúde Suplementar: Dinâmica e Aperfeiçoamento da Regulação para a Produção da Saúde. 2009**. 214 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) - Universidade Federal do Estado do Paraná, Curitiba, 2009.

SANTOS, F.P., MALTA, D.C., MERHY, E.E. **A saúde suplementar e o modelo assistencial brasileiro: situação atual e perspectivas**. Ciência &Saúde Coletiva, v. 13, n. 5, 2008

SANTACRUZ, R. **Fundamentos da regulação pública dos mercados. Arché interdisciplinar, Rio de Janeiro,** v. 10, n. 29, p. 81-101, 2001 – disponível em http://www.rp-bahia.com.br/biblioteca/pdf/ClovisMontenegroDeLima.pdf. Acesso em ago.2010.