



Recebido 04 mar. 2013

Aceito 13 abr. 2013

A PORTABILIDADE DOS PLANOS DE ASSISTÊNCIA PRIVADA À SAÚDE: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA CONSUMERISTA

Émerson Antoine Santos de Araújo¹

Laura Maria Pessoa Batista Alves²

Orientador: Professor Victor Rafael Fernandes Alves

RESUMO

Este trabalho trata da portabilidade de carências nos planos privados de assistência à saúde. Tem por objetivo verificar se a vigente regulamentação dessa matéria adequa-se às necessidades consumeristas, contrabalanceando a marcante hipossuficiência dos usuários. É apresentado breve histórico sobre a evolução dos planos de saúde no Brasil. São descritas as condições e restrições para que se opere a portabilidade de carências, destacando-se as que sinalizam ir de encontro à proteção insculpida no CDC. Conclui-se que a regulação dos planos de saúde segue tendência lenta e gradual de maior proteção aos consumidores, embora ainda possua aspectos falhos.

Palavras-chave: Plano de saúde. Portabilidade de carências. Direito do Consumidor.

"A saúde é direito de todos e dever do Estado [...]"

(Art. 196, Constituição Federal de 1988)

¹ Graduando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Graduado em Ciência da Computação pela mesma instituição.

² Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Graduada em Biomedicina pela mesma instituição.

1 INTRODUÇÃO

O direito à saúde é, no ordenamento jurídico pátrio, alçado à categoria de direito fundamental, sendo inerente e indispensável à dignidade da pessoa humana. A saúde é um pressuposto elementar à ideia de qualidade de vida, escopo de todo ser humano, e em razão disso, apresenta extrema relevância para a harmonia social, a qual é fundamento do Estado e objetivo primário do Direito. Por seu caráter indispensável à sociedade, o direito à saúde é consagrado pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e, em nosso ordenamento, pela Constituição Federal de 1988, que o impõe como direito fundamental, exigindo-se uma prestação positiva do Estado.

Não obstante, vigora no Brasil um sistema de saúde misto: parte é custeada pelo Estado, através do Sistema Único de Saúde (SUS) e parte é privada. O serviço público de saúde é precário e insuficiente, atendendo, em regra, os grupos de baixo poder aquisitivo e que não possuem condições de custear um plano de assistência privada. Nesse contexto, o setor privado possui como grande aliada a insuficiência do poder público.

Percebe-se, contudo, que o mercado de serviços de saúde, em razão da natureza e importância de sua prestação àqueles que dele se utilizam, possui uma particularidade incomparável: envolve forte apelo moral e emocional. Se nas demais relações consumeristas é notória a hipossuficiência do consumidor perante a magnitude técnica e econômica do fornecedor, no âmbito dos serviços de saúde esse desequilíbrio é acentuado, uma vez que o comprometimento desta fragiliza o ser humano porquanto o atinge no que lhe é mais precioso: sua vida. Esse quadro agrava-se ainda mais diante da falência do sistema público de saúde brasileiro. Desamparado pelo Estado, só resta ao cidadão buscar os planos privados de assistência à saúde, de forma que o consumidor torna-se refém de tais operadoras.

Fazendo uma analogia, um seguro ou um plano de saúde assemelha-se a uma espécie de jogo de apostas entre o usuário e a empresa ofertadora do plano. A empresa aposta que vai ganhar mais dinheiro com as mensalidades do que vai ter que pagar em benefícios. E, em razão disso, o usuário é que tende a sair prejudicado.

Nesse contexto e à luz do CDC brasileiro, busca-se responder, na presente pesquisa, os seguintes questionamentos: está hoje o consumidor dos planos e seguros de saúde coberto por uma regulamentação adequada? Está esse consumidor municiado de instrumentos que diminuam a sua vulnerabilidade e a sua hipossuficiência frente a essas empresas? Questiona-

se também, se a legislação vigente propicia àquele uma maior liberdade de escolha, e ainda, se estimula a livre concorrência e a conseqüente melhora dos serviços prestados por essas empresas.

2 BREVE HISTÓRICO DOS PLANOS DE SAÚDE

A primeira forma de plano de saúde foi o seguro por acidentes, que normalmente pagava um valor específico e pré-determinado ao segurado no caso de um acidente. Funcionava mais como o seguro de incapacidade de hoje e era o único tipo de seguro disponível até então.³

O precursor dos planos de saúde modernos foi Justin Kimball, ao criar em 1929, na cidade de Dallas, Estados Unidos, a empresa de seguro hospitalar Blue Cross. Essa empresa segurava as despesas médicas das professoras locais, para os casos de uma eventual gravidez. Esse seguro maternidade, paulatinamente, estendeu sua abrangência, passando a cobrir também doenças e acidentes, o que, mais tarde, originou a empresa Blue Shield, sendo esta uma das mais antigas empresas de planos e seguros de saúde em atividade no mundo.⁴

Já no Brasil, os Planos e Seguros de Saúde nasceram com a indústria automobilística e com o deslocamento da economia para os centros urbanos, na década de 50. Em um estágio anterior, nos anos 40, foram criadas as Caixas de Assistência de Funcionários, como a Caixa de Assistência dos Funcionários do Banco do Brasil (CASSI), a qual tinha o propósito de complementar o atendimento médico que era realizado pela Previdência oficial através do Instituto de Aposentadorias e Pensões dos Bancários (IAPB).

A criação dessas caixas de assistência significou inegável avanço no setor de saúde suplementar, uma vez que foram as pioneiras na complementação às prestações estatais relativas à saúde. Contudo, devido às diferenças de poder político entre as classes profissionais, às pressões sindicais para ampliação de beneficiários e à impossibilidade de redistribuição entre as categorias de trabalhadores, havia possibilidades de acesso desiguais, o que acabou por resultar na deterioração dessas caixas de assistência (FONSECA, 2004, p.14).

Apesar dessas primeiras iniciativas, os empresários americanos e franceses da indústria automobilística, que chegaram ao país nos anos 50, mostraram-se insatisfeitos com a

³ OBRINGER, Lee Ann. *Como funcionam os planos de saúde nos EUA*. Disponível em: <<http://saude.hsw.uol.com.br/planos-de-saude1.htm>>. Acesso em 25 out. 2011.

⁴ OBRINGER, Lee Ann. *Como funcionam os planos de saúde nos EUA*. Disponível em: <<http://saude.hsw.uol.com.br/planos-de-saude1.htm>>. Acesso em 25 out. 2011.

atenção médica oferecida pelo Estado à época. Assim, por iniciativa dos dirigentes das montadoras Ford e General Motors e inspirados na experiência americana, surgiram sistemas de seguros de saúde mais elaborados, que logo se estenderam a outras empresas.

A industrialização crescente da década de 50 levou à criação de sistemas de assistência própria e à organização dos servidores públicos em Institutos de Aposentadoria e Pensões aparte da Previdência Social. Um exemplo é o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Industriários que hoje é o Grupo Executivo de Assistência Patronal – Geap (FONSECA, 2004, p. 14-15).

A primeira regulamentação do setor de seguros de saúde surgiu, embora de forma muito tímida, através do Decreto Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966⁵, que abarcava o setor de seguros privados como um todo, pois poucas empresas atuavam exclusivamente no ramo dos planos de saúde nessa época. Foi somente no início dos anos 90, em decorrência da crise institucional e financeira ocorrida no Brasil e com a consequente queda na qualidade e na abrangência da cobertura do SUS, que houve uma explosão significativa no número de empresas atuantes unicamente neste setor.

No contexto atual, existem mais de 1.600 empresas dessa natureza em atividade no Brasil, que atendem mais de 46 milhões de usuários, quase 25% da população brasileira⁶. Mas essa imensa e crescente categoria de consumidores ficou inserida, até final da década de 90, em um contexto de fraca regulação, que conduziu à prevalência de práticas contratuais abusivas ao consumidor, por exemplo, a seleção de riscos, à exclusão de tratamentos de alto custo ou de longa duração e ainda o aumento unilateral de preços. Essa exploração dos usuários por parte das operadoras de planos de saúde provocou uma robusta reação da opinião pública, a qual repercutiu fortemente na mídia de modo a pressionar o Estado a interferir na atividade através da implantação de um sistema regulador mais rigoroso (COSTA, 2003, p. 56).

A Lei nº. 9.656, de 03 de junho de 1998, foi um grande marco regulatório da assistência suplementar de saúde. O referido ato normativo trouxe em seu bojo o conceito de

⁵ BRASIL. Decreto - Lei n. 73, de 21 de Novembro de 1966. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decllei/1960-1969/decreto-lei-73-21-novembro-1966-374590-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 20 out. 2011.

⁶ ANS. **Dados Gerais sobre beneficiários de planos privados de saúde no Brasil de 2003 a 2011**. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/index.php/materiais-para-pesquisas/perfil-do-setor/dados-gerais>>. Acesso em: 27 out. 2011.

plano de saúde⁷ e criou para os usuários várias garantias essenciais no tocante ao acesso e à cobertura, tais como:

proibição da interrupção da internação hospitalar (inclusive em unidade de terapia intensiva ou de alta complexidade), atendimento de urgência e emergência, renovação automática dos contratos individuais, proibição da rescisão unilateral (exceto por inadimplência superior a 60 dias) e garantia de inscrição e atendimento ao filho recém nascido ou adotivo (FONSECA, 2004, p. 24).

A referida lei previa ainda a obrigatoriedade da conversão dos contratos antigos aos seus moldes após um ano de sua vigência, de forma que em janeiro do ano 2000 todos os contratos de planos de saúde deveriam estar adequados à nova regulamentação. Todavia, em virtude de pressões da sociedade e de órgãos de defesa do consumidor, a adaptação contratual inicialmente obrigatória passou a ser uma faculdade do usuário. A empresa tem o dever de fornecer a opção de adequação, mas ao consumidor é oportunizado o direito de escolha. Ressalte-se ainda que o Supremo Tribunal Federal, em decisão publicada no Diário Oficial da União de 3/9/2003⁸, declarou a inconstitucionalidade da aplicação retroativa da Lei 9.656/98 aos contratos firmados anteriormente à sua vigência.

Em 28 de janeiro de 2000, foi sancionada a Lei n.º. 9.961⁹ que criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), na qualidade de autarquia sob o regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde. Esse diploma traz em seu art. 3º, o objetivo primordial da ANS, qual seja: “promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País”. Na

⁷ BRASIL. Lei 9.656/98. Art. 1º, I – Plano Privado de Assistência à Saúde: prestação continuada de serviço 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; (Incluído pela Medida Provisória n.º 2.177-44, de 2001)

⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1931/DF. Pleno. Min. Marco Aurélio. j. liminar 21.08.03. DJU 28.05.04.

⁹ BRASIL. Lei 9.961/2000. Art. 1º - É criada a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, autarquia sob o regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, com sede e foro na cidade do Rio de Janeiro - RJ, prazo de duração indeterminado e atuação em todo o território nacional, como órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde. Parágrafo único. A natureza de autarquia especial conferida à ANS é caracterizada por autonomia administrativa, financeira, patrimonial e de gestão de recursos humanos, autonomia nas suas decisões técnicas e mandato fixo de seus dirigentes.

qualidade de agência reguladora, a ANS, dispõe de autonomia administrativa, financeira e decisória – esta última quanto a aspectos de ordem técnica.

A regulação dos serviços privados de saúde varia conforme o tipo de contratação, podendo essa ser de três tipos:

- 1) plano individual ou familiar, contratado por pessoas físicas, no qual a contraprestação pecuniária é integralmente paga pelo beneficiário, diretamente à operadora;
- 2) plano coletivo sem patrocinador, contratado por pessoa jurídica, em que a contraprestação pecuniária é integralmente paga pelo beneficiário, diretamente à operadora;
- 3) plano coletivo com patrocinador, contratado por pessoa jurídica, no qual a contraprestação pecuniária é, total ou parcialmente, paga pela pessoa jurídica contratante, à operadora (ANDRADE; MAIA, 2006, p. 3).

Segundo dados da ANS¹⁰, os planos coletivos (com ou sem patrocinador) – adesão coletiva – respondem por cerca de 65% da cobertura, enquanto os planos individuais por cerca de 22%. Paradoxalmente, mesmo respondendo por 2/3 de todos os contratos de planos de saúde no Brasil, os contratos coletivos são justamente os regulados com menor intensidade, sob o argumento de que por encontrarem no polo contraente uma pessoa jurídica – o empregador – possuem maior poder de negociação. De outro modo, os planos individuais passaram a ser regulados de forma mais ampla e intensa.

3 DA PORTABILIDADE DE CARÊNCIAS

Muito embora a Lei 9.656/98 tenha regulamentado os planos de assistência privada de saúde, ela o fez de forma genérica, especialmente no que concerne à temática das carências, não chegando sequer a definir seu significado. O citado diploma, todavia, fixa as possibilidades de carência legalmente admitidas bem como seus prazos máximos.¹¹

¹⁰ ANS. **Dados Gerais sobre beneficiários de planos privados de saúde no Brasil de 2003 a 2011**. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/index.php/materiais-para-pesquisas/perfil-do-setor/dados-gerais>>. Acesso em: 27 out. 2011.

¹¹ BRASIL. Lei 9.656/98 - Art.12. São facultadas a oferta, a contratação e a vigência dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, nas segmentações previstas nos incisos I a IV deste artigo, respeitadas as respectivas amplitudes de cobertura definidas no plano-referência de que trata o art. 10, segundo as seguintes exigências mínimas: 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; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001).

Essa matéria só foi regulamentada uma década depois, pela Resolução Normativa nº 186, de 14 de janeiro de 2009¹², que finalmente trouxe o conceito jurídico de carência em seu art. 2º, III:

Carência é o período ininterrupto, contado a partir da data de início da vigência do contrato do plano privado de assistência à saúde, durante o qual o contratante paga as mensalidades, mas ainda não tem acesso a determinadas coberturas previstas no contrato, conforme previsto no inciso V do artigo 12 da Lei nº 9656, de 1998, nos termos desta Resolução.

A definição de portabilidade de carência, conforme ressalta Fonseca (2004, p. 4), vai além da “compra de carências”, prática habitual das operadoras de planos de saúde, as quais dispensam o cumprimento de novos períodos de carência por parte de beneficiários oriundos de outras empresas, mediante a negociação do tempo cumprido na empresa de origem, fixando um valor adicional ao contrato a ser pago pelo consumidor.

A Resolução Normativa 186/2009, posteriormente alterada pela Resolução Normativa 252/2011¹³, também da ANS, define, em seu art. 2º, inc. VII, a portabilidade de carências como:

a contratação de um plano privado de assistência à saúde individual ou familiar ou coletivo por adesão, com registro de produto na ANS, em operadoras, concomitantemente à rescisão do contrato referente a um plano privado de assistência à saúde, individual ou familiar ou coletivo por adesão, contratado após 1º de janeiro de 1999 ou adaptado à Lei nº 9656, de 1998, em tipo compatível, observado o prazo de permanência, na qual o beneficiário está dispensado do cumprimento de novos períodos de carência ou cobertura parcial temporária;

Percebe-se, pela simples leitura do artigo, que não estão acobertados pela portabilidade os planos de saúde contratados anteriormente à vigência da Lei 9.656/98 ou que a ela não foram adaptados.

Ademais, o dispositivo traz em seu inciso VIII um conceito de portabilidade especial de carências, a qual ocorre nos casos de cancelamento compulsório do registro da operadora

¹² BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Resolução nº 186. Brasília, 2009. Disponível em:

<http://www.ans.gov.br/index2.php?option=com_legislacao&view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=1389> . Acesso em: 20 de outubro de 2011.

¹³ BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Resolução nº. 252. Brasília, 2011. Disponível em:< http://www.ans.gov.br/texto_lei.php?id=1728> . Acesso: em 20 de outubro de 2011.

(isto é, quando a empresa tem suas atividades encerradas em razão de descumprimento de exigências feitas pela agência reguladora) ou de liquidação extrajudicial sem regime especial prévio.

Conforme Souza (2009, p. de internet), a ANS verificou que a Resolução 186/2009 incidiu sobre cerca de 7,5 milhões de consumidores, o que equivale apenas a aproximadamente 30% do número total de usuários de planos de saúde. Isso ocorreu em virtude das suas determinações aplicarem-se somente aos consumidores pessoas físicas, excluindo os contratos coletivos firmados por pessoas jurídicas, os quais correspondem à maioria dos beneficiários.

Em contrapartida, a Resolução 252/2011 ampliou o raio de incidência regulatória ao estender-se também aos planos de saúde coletivos por adesão, passando a atingir cerca de 12 milhões de beneficiários, segundo notícia da Folha de São Paulo¹⁴.

Ressalta-se que a possibilidade de os beneficiários de planos de saúde migrarem de plano ou operadora, sem a necessidade de cumprir novos períodos de carência ou Cobertura Parcial Temporária, não é irrestrita, devendo ser realizada nos moldes dos ditames das resoluções supramencionadas.

Desse modo, só faz jus à portabilidade de carências o usuário que está adimplente junto à operadora do plano de origem. E nos casos de primeira migração, é necessário possuir prazo de permanência de, no mínimo, dois ou três anos no plano de origem, na hipótese de o beneficiário ter cumprido cobertura parcial temporária, ou de um ano, para as migrações posteriores.

Ademais, só é possível o exercício da portabilidade na migração se houver compatibilidade entre os planos de destino e de origem. Essa compatibilidade é pré-determinada pela ANS e deve observar os critérios de abrangência geográfica (nacional, estadual ou municipal), cobertura assistencial (sem internação, internação sem obstetrícia, internação com obstetrícia ou odontológica), e ainda, a faixa de preços, sendo disponibilizada pela agência em seu sítio eletrônico e devendo o consumidor consultá-la.

Além da compatibilidade, as resoluções da ANS determinam só ser possível a mobilidade caso a faixa de preço do plano de destino seja igual ou inferior a que se enquadra o seu plano de origem, considerada a data da assinatura da proposta de adesão (art. 3º, IV, RN 186/2009). Isso não significa que o valor do novo contrato deverá ser igual ou inferior ao

¹⁴ NOVA PORTABILIDADE DE CARÊNCIA DE PLANOS DE SAÚDE ENTRA EM VIGOR. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 27 jul. 2011. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/950417-nova-portabilidade-de-carencia-de-planos-de-saude-entra-em-vigor.shtml>>. Acesso em: 29 out. 2011.

antigo; ele poderá também ser superior. A faixa de preço representa uma referência e é calculada com base em informações enviadas à ANS pelas operadoras, sendo expressas em cifrões.

Há também uma restrição temporal para utilização da portabilidade: ela só poderá ser requerida pelo beneficiário no período compreendido entre o primeiro dia do mês de aniversário do contrato e o último dia útil do terceiro mês subsequente. Ou seja, o consumidor dispõe somente de alguns meses no ano para o exercício do seu direito. Apesar disso, a Resolução 252/2011 assegura a obrigatoriedade por parte da operadora originária de comunicar, por qualquer meio que garanta a sua ciência, a todos os beneficiários cujos contratos se submetem à Lei 9.656/98, acerca da data inicial e final do referido período.

A Resolução 186/2009 da ANS traz, expressamente, em seu art. 4º¹⁵, vedação a qualquer cobrança adicional para o exercício da portabilidade de carências, sob pena de multa no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil Reais), conforme determinado pela Resolução Normativa nº 124 de 2006¹⁶, a qual dispõe sobre a aplicação de penalidades para as infrações à legislação dos planos privados de assistência à saúde. Além disso, o artigo subsequente proíbe a discriminação de preços de planos em virtude da utilização da regra de portabilidade de carências¹⁷.

Assim, pode-se ver que existem várias restrições, sejam de ordem temporal, espacial ou qualitativa, para que o consumidor seja dispensado do cumprimento de novos períodos de carência.

4 A PORTABILIDADE COMO ARMA DO CONSUMIDOR

O consumidor de plano de saúde possui uma informação assimétrica sobre as empresas fornecedoras deste tipo de serviço, ou seja, quase sempre detém pouca ou nenhuma informação acerca da eficiência, qualidade e abrangência do seu plano de saúde, exceto as informações óbvias repassadas pelo vendedor. Por outro lado, as empresas possuem um perfil e um estudo muito mais minucioso sobre os seus clientes em potencial. Devido a essa

¹⁵ RN 186/2009 - Art. 4º Não poderá haver cobrança de custas adicionais em virtude do exercício do direito previsto nesta Resolução, seja pela operadora de plano de origem ou pela operadora de plano de destino.

¹⁶ RN 124/2006 - Art. 62- Cobrar custas adicionais em virtude do exercício do direito à portabilidade de carências ou à portabilidade especial de carências:(Redação dada pela RN nº 252, de 28/04/2011). Sanção – advertência; Multa de R\$ 30.000,00. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/texto_lei.php?id=790> . Acesso em: 21 de outubro de 2011.

¹⁷ RN 186/2009 - Art. 5º Não poderá haver discriminação de preços de planos em virtude da utilização da regra de portabilidade de carências.

assimetria, não são raros os casos de insatisfação com o plano de saúde escolhido, e o conseqüente, para não dizer natural, desejo de trocar de plano.

O ônus para aquele consumidor que optava por essa mudança de plano cristalizava-se sob a forma de perda dos prazos de carência já cumpridos e também de perda do direito ao tratamento de doenças pré-existentes, ferindo frontalmente a essência da tão almejada proteção ao consumidor perseguida pelo CDC. Com isso em mente, e tendo por fulcro o princípio da vulnerabilidade do consumidor, a obrigatoriedade da intervenção estatal com o intuito de proteger os interesses daquele (expressos no art. 4º do CDC) e o princípio da equidade, expressos no art. 7º e no inciso IV do art. 51, também do já referido código, entende-se que a portabilidade era não só cabível, mas também necessária.

O direito à troca do plano de saúde, cujo atendimento se mostra insatisfatório ou demasiadamente oneroso, sem a necessidade de enfrentar novos prazos de carência e com a absorção de doenças pré-existentes, é arma indispensável para restabelecer o poder do consumidor frente às operadoras de planos de saúde, estimulando a livre concorrência e a competitividade entre as empresas deste setor.

Se por um lado as empresas alegam que a portabilidade é geradora de custos adicionais e que esses custos não deveriam ser suportados integralmente por elas, entende-se que, por outro lado, esse eventual custo faz parte do natural risco do empreendimento e que obviamente ele estaria diluído pelas mensalidades de todos os seus usuários. Portanto, pode-se chegar à conclusão de que esse custo seria inversamente proporcional à eficiência e qualidade do serviço prestado pela empresa: quanto melhor o serviço menor seria o percentual de evasão dentre os seus usuários e maior o percentual de novos clientes oriundos de outras empresas.

5 ANÁLISE DA ATUAL REGULAMENTAÇÃO DA PORTABILIDADE

Tendo em vista a perspectiva consumerista no que concerne à portabilidade de carências nos planos de saúde, há três questões que merecem ser destacadas por irem de encontro aos interesses e à proteção do consumidor: a) a não incidência sobre os contratos anteriores à Lei 9.656/98 ou a ela não adaptados; b) a exigência de tempo mínimo de permanência no plano anterior; e c) a restrição da possibilidade de migração somente no período de aniversário do contrato.

5.1 A não incidência sobre os contratos anteriores à Lei 9.656/98 ou a ela não adaptados

Os atos normativos da ANS regulamentam a Lei 9.656/98. E esta não incide retroativamente sobre os contratos anteriores à sua vigência, de forma que toda a cadeia regulatória dela subsequente também não alcançará os chamados contratos antigos, isto é, anteriores à Lei dos Planos de Saúde. A adaptação dos planos antigos aos novos parâmetros contratuais é uma faculdade conferida ao usuário, todavia, não se pode falar em direito de escolha quando não é evidenciado o direito à informação, esse previsto no art. 6º, II, do CDC¹⁸, como um dos direitos básicos.

No que diz respeito aos contratos de planos de saúde, a educação dos consumidores é praticamente inexistente, especialmente no que se refere à adequação aos diplomas normativos que surgem no ordenamento. O que o consumidor busca é ter um custo razoável, que não comprometa excessivamente o seu orçamento familiar e que lhe dê segurança em suas despesas médicas. O usuário de plano de saúde, leigo e hipossuficiente (uma vez que o ordenamento pátrio presume a hipossuficiência dos consumidores), não está preocupado se seu contrato será regulamentado por esta ou aquela lei, o que ele deseja é a pronta utilização dos serviços médico-hospitalares quando se fizerem necessários.

Na perspectiva das operadoras, mostra-se bastante conveniente a manutenção desses contratos antigos, uma vez que são frouxamente regulados. A elas basta o oferecimento da possibilidade de adequação do plano antigo à lei vigente. Contudo, a apresentação dessa oferta não significa o esclarecimento do usuário sobre todas as vantagens e desvantagens acerca da manutenção ou não do contrato. Some-se a isso o fato de os contratos antigos não estarem acobertados pela portabilidade. Dessa forma, caso opte por permutar de plano ou de operadora, o beneficiário que não realiza a adaptação terá que cumprir novos prazos de carência, ficando, assim, refém do contrato presente.

Nesse passo, é de se esperar que o consumidor permaneça nos moldes a que já está acostumado, uma vez que toda mudança traz consigo certa dose de insegurança. Além disso, o consumidor teme a elevação dos preços cobrados pelas operadoras, já que os valores dos novos contratos, por demandarem a obrigatoriedade de uma série de coberturas onerosas - como a hemodiálise, a absorção de doenças pré-existentes e a internação sem limitação de permanência -, tendem a ser mais elevados que os antigos. Esse contexto explica a prevalência quantitativa dos contratos antigos sobre os novos, mostrando, entretanto, o descumprimento da proteção ao consumidor.

¹⁸ Art. 6º, CDC - São direitos básicos do consumidor: II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;

5.2 A exigência de tempo mínimo de permanência no plano anterior

Um segundo aspecto a ser destacado nos atos normativos da ANS que regulamentam os pré-requisitos da portabilidade, é a exigência de um tempo mínimo no plano anterior. Esses prazos são definidos no artigo 3º, II, ‘a’, que estabelece, para a primeira portabilidade, um prazo mínimo de 2 anos no plano de origem ou de 3 anos no caso do usuário ter cumprido cobertura parcial temporária. E também um prazo de 1 ano de permanência para as eventuais portabilidades subsequentes.

Sob a perspectiva do consumidor, entende-se que esses prazos são descabidos e prejudiciais ao usuário, pois na prática, o torna “refém” do plano de saúde ineficiente e/ou excessivamente oneroso, por um prazo muito além do razoável. Ora, a grande vantagem da portabilidade é justamente a absorção dos prazos de carência, de modo a prover o usuário com liberdade de escolha e de forma que o consumidor não seja prejudicado na migração. Logo, essa espécie de quarentena para a portabilidade estabelece, na prática, uma carência para exercer o direito de não ter que cumprir a carência, o que configura algo paradoxal, para não dizer surreal.

Nesse sentido, fazendo uma analogia dessa problemática com o art.20 do CDC, observa-se que, no caso de um bem ou serviço apresentar um vício, tem o fornecedor apenas 30 dias para saná-lo, sob pena do consumidor exigir a restituição dos valores pagos sem prejuízo das perdas e danos. Mas será que obrigar o consumidor de plano de saúde a permanecer, por dois ou até três anos, atrelado a um plano de saúde “viciado”, sem que ele possa exercer a portabilidade, poderia realmente ser considerada uma forma encontrada pela ANS de mitigar um pouco os danos e perdas sofridos por este consumidor? Parece-nos que não.

Entende-se, diante do que foi exposto, que o direito à portabilidade deveria poder ser exercido num prazo de “quarentena”, chamemos assim, bem mais curto, de três ou quatro meses, por exemplo, de modo que a sua observância não pudesse comprometer em demasia as finanças ou a saúde do usuário, acaso fosse ele vítima de um plano insatisfatório sob qualquer critério. Ou, numa perspectiva ainda mais protetora, essa quarentena não deveria sequer existir, isto é, uma vez cumpridos os prazos de carência para determinada cobertura, não seria necessário o beneficiário aguardar esse período para exercer a portabilidade.

5.3 A restrição da possibilidade de migração somente no período de aniversário do contrato

Por fim, destacamos a restrição de portabilidade somente em um período específico do ano. A já referida resolução 186 da ANS estabelecia no seu art. 3º, § 2º, que a migração de plano de saúde só poderia ser requisitada pelo usuário no período compreendido entre o primeiro dia do mês de aniversário do contrato e o último dia útil do mês subsequente, dando a este usuário um intervalo para o exercício da portabilidade de cerca de apenas 2 meses por ano.

Posteriormente, a também já aludida resolução 252 da ANS, estendeu esse prazo, mudando a redação do § 2º, e estabelecendo um prazo que vai do primeiro dia do mês de aniversário do contrato ao último dia útil do terceiro mês subsequente. E estabelece ainda algumas ressalvas a esse prazo, aumentando na prática, a janela de migração do usuário de dois para quatro meses por ano.

Pode-se vislumbrar por parte das empresas operadoras de planos de saúde, alguns argumentos que fundamentam tal restrição. Um deles poderia ser o fato de que os reajustes dos planos são anuais, justamente nas datas em que fazem aniversário, e é com base no volume de receitas e despesas dos doze meses anteriores que as operadoras definem o percentual de seu reajuste para os doze meses subsequentes, de modo que a eventual dispersão de usuários, a qualquer tempo, colocaria por terra a mais eficiente planilha financeira. Isso comprometeria sobremaneira a viabilidade econômica do plano e, conseqüentemente, a sua própria existência, além de prejudicar terrivelmente aqueles usuários que nele permanecessem. Entretanto, do ponto de vista prático, pode-se acreditar que uma saída em massa de todos os usuários de um plano, concentrada em um único período do ano, é pouco provável. Portanto, a eventual diminuição da receita por migração de usuários é um risco inerente ao empreendimento, e proporcional à qualidade dos serviços oferecidos.

Assim, entende-se que este pré-requisito, a exemplo da situação abordada no item anterior, fere frontalmente o conteúdo principiológico do CDC, na medida em que limita temporalmente o exercício de um direito do consumidor, restringindo-o a somente determinadas épocas do ano.

Adotando a mesma linha de raciocínio do tópico acima, ao fazer uma leitura do art.26 do CDC, que trata dos prazos de decadência e prescrição, percebe-se que a existência desse período anual de migração cria, na prática, um prazo decadencial cíclico para o consumidor, que se vê obrigado a permanecer com o seu plano de saúde eivado de “vício”,

em 2/3 do ano, todos os anos. Diante disso, apreende-se que a existência dessa limitação não se assenta em qualquer fundamento razoável, não devendo ela existir, sendo franqueada ao usuário a migração de plano em qualquer época do ano.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do que foi exposto, percebe-se que apesar dos planos e seguros de saúde no Brasil existirem há décadas, somente nos últimos 12 anos o Estado realmente preocupou-se com a sua regulamentação, sendo prova disso a edição da Lei 9.656/98, a criação da Agência Nacional de Saúde no ano 2000 e a publicação, por essa agência, de uma série de atos normativos.

No entanto, esse é um processo lento, que precisa ser alvo de um amplo debate entre as empresas, do poder público e dos usuários, uma vez que qualquer mudança mais brusca na sua regulamentação espalhará os seus efeitos por milhões de pessoas, numa área essencial como a saúde.

De todo modo, a ANS vem desempenhando um papel significativo no contínuo processo de aprimoramento da legislação, e nesse sentido, a criação da portabilidade de carências, há muito almejada pelos consumidores, é um passo importante em direção ao seu aperfeiçoamento. Desprovidos do temor de ter que passar por novos períodos de carência, os consumidores ganharam maior força para exigir melhorias nos contratos de planos de saúde, bem como maior liberdade para mudar de operadora, caso seus anseios não sejam atendidos pela empresa.

Entretanto, no que tange especificamente à portabilidade, observa-se que muito ainda pode ser aprimorado, principalmente ao analisar sua regulação à luz do CDC. Além disso, foi possível verificar que determinados aspectos das normatizações da ANS ainda conflitam com balizamentos principiológicos do CDC, inclusive em pontos considerados nevrálgicos, como a possibilidade de migração somente no período de aniversário do contrato, a exigência de tempo mínimo de permanência no plano anterior e a não incidência da Lei 9.656/98 sobre os contratos a ela anteriores ou não adaptados.

Todavia, pode-se acreditar que a regulação exercida pela ANS, nos moldes em que está sendo realizada, com a ampla participação das empresas, da sociedade civil e do Estado, encontra-se no rumo certo, embora não se possa jamais esquecer que tal regulação deve ser

objeto de um aperfeiçoamento contínuo, sempre tendo por norte os princípios que regem o CDC.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mônica Viegas; MAIA, Ana Carolina. **Demanda por planos de saúde no Brasil**. 2006. Disponível em: <<http://www.anpec.org.br/encontro2006/artigos/A06A106.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2011.

COSTA, Nilson do Rosário. O regime regulatório e a estrutura do mercado de planos de assistência à saúde no Brasil. *In*: Ministério da Saúde; Agência Nacional de Saúde Suplementar; MONTONE, Januário; CASTRO, Joaquim Werneck de (Org.). **Regulação e saúde**: documentos técnicos de apoio ao Fórum de Saúde Suplementar de 2003. Tomo 1. v. 3. Rio de Janeiro, 2004, p 49-64. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Materiais_por_assunto/ProdEditorialANS_Serie_regulacao_e_saude_Vol_3_Tomo_1.pdf>. Acesso em: 25 out. 2011.

FONSECA, Artur Lourenço da. **Portabilidade em planos de saúde no Brasil**. Dissertação (Mestrado Profissionalizante em Regulação de Saúde Suplementar) - Escola Nacional de Saúde Pública, Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2004. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Materiais_por_assunto/Dissemtacoes_Portabilidade_Formas_de_Implementacao.pdf> Acesso em: 25 out. 2011.

SOUZA, Felipe Hannickel. Planos de saúde: portabilidade de carências. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2251, 30 ago. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/13418>>. Acesso em: 26 ago. 2011.

LA PORTABILIDAD DE LOS PLANES DE ATENCIÓN DE SALUD: UN ANÁLISIS EN LA PERSPECTIVA DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR

RESUMEN

Este artículo trata la portabilidad del plazo de gracia de los planes privados de atención a la salud, con el objetivo de verificar si la materia regulatoria vigente se adapta a las necesidades consumeristas. Se presenta breve historia de la evolución de los planes de salud en Brasil se describen las condiciones y restricciones para que opere la portabilidad del plazo de gracia, especialmente aquellas que van en contra la inculpada protección del CDC. Concluimos que la regulación de los planes de salud siguen una tendencia lenta y gradual de mayor protección a los consumidores, aunque tenga aspectos fallos.

Palabras clave: Planes de salud. Portabilidad del plazo de gracia. Derecho del Consumidor.