

Abrange

1. Faz-se necessária a regulamentação de algumas questões decorrentes da publicação da Lei nº 13.003, de 2014, antes de sua entrada em vigor, para que seja possível sua implementação.
2. A esse respeito, observa-se que, em conformidade com as disposições contidas no art. 8º da Lei Complementar nº 95, de 1998¹, c/c arts. 19 e 20 do Decreto nº 4.176, de 2002², a Lei nº 13.003, de 2014, previu em seu art. 4º que só entrará em vigor "após decorridos 180 (cento e oitenta) dias de sua publicação oficial".
3. Cumpre consignar que o estabelecimento de período considerável de 180 (cento e oitenta) dias de *vacatio legis* (isto é, o espaço de tempo entre o dia da publicação da nova lei e o dia em que ela entrará em vigor) decorre justamente do fato de que a nova lei aborda assunto de grande relevância e com repercussão para todo o mercado de saúde suplementar.
4. Desse modo, tendo em vista que o próprio legislador, reconhecendo a relevância da matéria, estabeleceu um período razoável de *vacatio legis*, entendemos, igualmente, que a norma a ser editada pela ANS para fins de regulação da Lei nº 13.003, de 2014, conceda prazo suficiente para que as operadoras possam se adaptar a ela, tal como foi autorizado pela Agência em 2003 e 2004, por ocasião da publicação das resoluções normativas referentes à contratualização.

¹Art. 8º A vigência da lei será indicada de forma expressa e de modo a contemplar prazo razoável para que dela se tenha amplo conhecimento, reservada a cláusula "entra em vigor na data de sua publicação" para as leis de pequena repercussão.

§ 1º A contagem do prazo para entrada em vigor das leis que estabeleçam período de vacância far-se-á com a inclusão da data da publicação e do último dia do prazo, entrando em vigor no dia subsequente à sua consumação integral.

§ 2º As leis que estabeleçam período de vacância deverão utilizar a cláusula 'esta lei entra em vigor após decorridos (o número de) dias de sua publicação oficial' .

²Vigência e Contagem de Prazo

Art. 19. O texto do projeto indicará de forma expressa a vigência do ato normativo.

§ 1º A cláusula "entra em vigor na data de sua publicação" somente será utilizada nos projetos de ato normativo de menor repercussão.

§ 2º Nos projetos de ato normativo de maior repercussão, será:

I - estabelecido período de vacância razoável para que deles se tenha amplo conhecimento; e

II - utilizada a cláusula "esta lei entra em vigor após decorridos (o número de) dias de sua publicação oficial".

Art. 20. A contagem do prazo para entrada em vigor dos atos normativos que estabeleçam período de vacância far-se-á incluindo a data da publicação e o último dia do prazo, entrando em vigor no dia subsequente à sua consumação integral.

5. Há que considerar que alguns dispositivos da Lei nº 13.003, de 2014, entrarão em vigor em dezembro de 2014 (180 dias da publicação da Lei), enquanto outros somente entrarão em vigor após a efetiva regulamentação da matéria pela ANS, por ser norma não auto-aplicável (ou seja, de eficácia limitada).
6. Dessa forma, a preocupação principal das entidades que representam as operadoras de planos de saúde está nos dispositivos que efetivamente entrarão em vigor independente da regulamentação da matéria, por poder gerar diversas controvérsias de interpretação caso não seja disciplinado pela ANS. Portanto, para esses casos, requeremos brevidade na publicação das normas, para que seja concedido um *vacatio legis* razoável.
7. Com relação aos aspectos que podem trazer dúvidas de interpretação e dependem de imediata regulamentação pela ANS, citamos:

A) Conceito de prestador equivalente

É relevante estabelecer o conceito do que seja “prestador equivalente”, uma vez que, a partir da vigência da nova redação conferida ao *caput* do art. 17 da Lei nº 9.656, de 1998, a exclusão de um prestador somente será admitida mediante a substituição do prestador descredenciado por outro equivalente, de forma a garantir que não haja interrupção no tratamento dos pacientes, além do dever de comunicar aos beneficiários a substituição com antecedência de 30 (trinta) dias.

Ou seja, com a vigência da nova lei, uma regra que até então era aplicável apenas às entidades hospitalares, qual seja a substituição do prestador passará a ser aplicada indistintamente a todos os prestadores de serviços (laboratórios, clínicas, médicos, dentistas, etc). Assim, não será mais possível a mera exclusão do prestador da rede assistencial da operadora. Ao contrário, a exclusão do prestador estará condicionada a sua respectiva substituição por outro prestador equivalente.

Considerando a dimensão da exigência prevista na nova lei, torna-se imprescindível que a norma regulamentadora da referida lei, a ser editada pela ANS, apresente clara definição do que deva ser entendido por “prestador equivalente”, eis que essa definição será de suma relevância para fins da correta aplicação da novel legislação.

Como sugestão, recomenda-se que o trabalho da ANS quanto à conceituação do referido termo leve em consideração as disposições

contidas na RN nº 259, de 2011. Isso porque, a pretexto de proteger os beneficiários de planos de saúde da instabilidade da rede credenciada oferecida pela operadora no momento da contratação do plano, o legislador criou um grande problema de gestão para as operadoras, na medida em que estas, receosas quanto às prováveis autuações e aplicação das penalidades cabíveis pela não substituição do prestador descredenciado por outro equivalente, conforme preconizado pela nova lei, se tornarão reféns das exigências negociais pretendidas pelo prestador.

Para essa hipótese, é importante que a norma regulamentadora da Lei nº 13.003, de 2014, leve em consideração também os preceitos estabelecidos pela Nota nº 393/2010/GGEO/DIPRO/ANS, conjugando os referidos entendimentos com as situações ora aqui tratadas.

Assim, caso seja constatada a hipótese em que o descredenciamento do prestador decorre do encerramento de suas atividades (seja pela estatização do prestador, seja pela mudança do perfil assistencial pelo encerramento de todas as atividades ou, ainda, pelo fechamento do estabelecimento) bem como na hipótese em que o descredenciamento é oriundo de vontade unilateral do prestador sem que a operadora tenha dado causa à rescisão contratual, a operadora ficaria desobrigada de promover a substituição do prestador descredenciado por outro equivalente, conforme determinado pela lei, tendo em vista a consumação do fato, cuja causa independe da vontade da operadora.

Dessa forma, é imperioso que a norma regulamentadora da Lei nº 13.003, de 2014, confira tratamento diferenciado aos casos em que a saída do prestador de serviços da rede credenciada da operadora tenha sido acarretada, única e exclusivamente, por motivos alheios a vontade da operadora, de modo que o normativo contemple previsão expressa acerca da possibilidade de se isentar às operadoras do dever de substituir o prestador caso seja verificada a ocorrência de uma das situações acima expostas.

Adiciona-se, ainda, a este fato a grande dificuldade enfrentada pelas operadoras no credenciamento de prestadores de determinadas especialidades, principalmente nas localidades em que há pouca oferta desses profissionais, o que reforça a ideia de que a regulação da ANS deva apresentar ressalvas.

Embora o exposto, é importante destacar que as sugestões apresentadas não deixarão o beneficiário desassistido, considerando os conceitos definidos pela RN nº 259, de 2011, referente aos casos de indisponibilidade e inexistência de prestador.

Portanto, a nosso ver, as disposições referentes à RN nº 259, de 2011, já garantem ao beneficiário atendimento por outros meios capazes de conferir acesso aos serviços contratados.

A ausência de regulamentação sobre prestador equivalente pode levar a uma série de embates sobre o efetivo cumprimento do art. 17 da Lei nº 9.656, de 1998, uma vez que poderia ser interpretado, pelo beneficiário, a obrigação da substituição do prestador por outro no mesmo município em que houve a exclusão de um determinado prestador, quando se sabe das dificuldades advindas da indisponibilidade ou inexistência de prestador em todos os municípios, que levou, inclusive, às atuais redações dos art. 4º e 5º da RN nº 259, de 2011.

B) Comunicado ao beneficiário

Nesta oportunidade, faz-se necessária também a apresentação de nossas considerações no que tange a exigência estabelecida pela nova redação conferida ao art. 17 da Lei nº 9.656, de 1998, conforme transcrição abaixo, acerca do dever das operadoras em comunicar os beneficiários das movimentações na rede assistencial.

Art. 17. A inclusão de qualquer prestador de serviço de saúde como contratado, referenciado ou credenciado dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei implica compromisso com os consumidores quanto à sua manutenção ao longo da vigência dos contratos, **permitindo-se sua substituição, desde que seja por outro prestador equivalente e mediante comunicação aos consumidores com 30 (trinta) dias de antecedência.**

Com relação à forma a ser observada pela Operadora para fins de comunicação da movimentação na rede assistencial, entendemos que, com o intuito de evitar uma onerosidade excessiva às operadoras, a comunicação possa se dar por meio eletrônico, através da divulgação dessa informação no Portal Corporativo da Operadora na *Internet*, nos termos estabelecidos pela RN nº 285, de 2011.

A esse respeito, cumpre mencionar, inclusive, o entendimento explanado pela Comissão de Defesa do Consumidor quando da apreciação do Projeto de Lei nº 6.964, de 2010, transformado na Lei nº 13.003, de 2014, que conclui pela ausência de normativo legal que estabeleça a obrigatoriedade desse tipo de comunicação pelos correios. Confira:

“Realmente, ao adicionarmos às substituições de hospitais todas as demais substituições que ocorrem num plano de saúde, evidentemente o número de substituições será maior, mas **a lei não obriga a operadora a comunicar as substituições pelo correio, ela poderá fazê-lo através de seu sítio na rede mundial de computadores ou através do correio eletrônico, com custos muito baixos.**”

Conforme se depreende da transcrição acima, a Comissão, já vislumbrando essa realidade, acertadamente, se manifestou no sentido de que a comunicação eletrônica é suficiente para atingir o fim a que se propôs, minimizando, com isso, os custos com impressão e postagem das correspondências individualizadas aos beneficiários e demais gastos advindos da efetivação de tal medida.

Desse modo, considerando não haver óbice legal a esse respeito, entendemos que a comunicação do descredenciamento e respectiva substituição do prestador aos beneficiários, com antecedência de 30 (trinta) dias, possa ser realizada mediante disponibilização da informação no Portal Corporativo da Operadora na internet, pelo que solicitamos haja regulamentação da ANS prevendo essa forma, com o propósito de evitar dúvidas a esse respeito.

8. No que diz respeito às questões que dependem de regulamentação obrigatória pela ANS para a entrada em vigor, a exemplo do art. 17-A introduzido na Lei nº 9.656, de 1998, pelas disposições contidas em seu § 6º, requeremos seja conferido ao menos o mesmo prazo concedido para as contratualizações à época da publicação das RN nº 42, 54 e 71, bem como seja precedido de amplo debate e discussão prévio, inclusive com requerimento de informações aos prestadores, nos moldes da competência estabelecida no art. 4º, inciso XXXI da Lei nº 9.961, de 2000, para que os trabalhos sejam realizados dentro de critérios adequados e proporcionais.
9. Do ato jurídico perfeito e da eficácia limitada referente ao art. 17-A da Lei nº 9.656, de 1998

Considerando que os dispositivos da Lei nº 9.656, de 1998, que traziam impactos aos contratos com os beneficiários celebrados anteriormente à vigência da Lei nº 9.656, 1998 tiveram a eficácia suspensa, por ferirem os princípios do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, nos termos da liminar concedida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1931, entendemos que as regras definidas no art. 17-A da Lei nº 9.656, de 1998, somente devem vigorar para os contratos celebrados a partir da vigência da Lei nº 13.003, de 2014. Dessa forma, a regulamentação a ser definida pela ANS, nos termos do §6º do referido art. 17-A deve levar em consideração esse fato.

Ao regulamentar a matéria, solicitamos atenção especial quanto ao conteúdo dos §3º do art. 17-A introduzido na Lei nº 9.656, de 1998.

Referido dispositivo parece ser contraditório, na medida em que prevê que a periodicidade do reajuste será anual (respeitando, portanto, a Lei do Plano Real), porém estabelece que será realizada no prazo improrrogável de 90 (noventa) dias contado do início de cada ano calendário.

Partindo do pressuposto que ano calendário seja o ano civil, que se inicia em primeiro de janeiro, os contratos celebrados nos meses antecedentes a janeiro teriam reajuste aplicado em menos de 12 (doze) meses (em desacordo com a Lei do Plano Real) caso fosse respeitada a regra de aplicação nos 90 (noventa) dias contado do início de cada ano calendário.

Dessa forma, requer que a regulamentação a ser editada contenha um critério válido para os dois casos, como, por exemplo, definir o índice nos 90 (noventa) dias do início de cada ano calendário, porém somente ser aplicado na data de aniversário. Ou, para que seja considerada como marco inicial para a contagem dos 90 dias, a data do aniversário dos contratos, de modo que as datas negociais não sofram alterações. Ou, então, definir que no primeiro ano de vigência contratual não haverá reajuste para que a data de aniversário seja postergada para os primeiros 90 (noventa) dias do ano calendário.

10. Da intervenção do poder público no domínio econômico

Com o advento da Lei 13.003 de 2014, mais especificamente no parágrafo 4º, do artigo 17-A, há a possibilidade da ANS estabelecer, por sua conta e risco, um índice que deverá ser aplicado aos contratos, onde

eventualmente as partes não tenham chegado a um consenso em suas negociações, contudo tal disposição, bem como a utilização de tal ferramenta é temerária, tanto do ponto de vista legal, como do ponto de vista econômico-financeiro-mercadológico.

O mencionado dispositivo legal não apenas ofende o Artigo 170 e seguintes da Constituição Federal, por caracterizar como verdadeira intervenção do poder público na iniciativa privada, haja vista que os contratos entre operadoras de planos privados de assistência à saúde e os prestadores de serviços tem natureza civil, portanto regulados pelo Código Civil, afinal constituem uma relação privada, firmada entre pessoas jurídicas, que baseados em um consenso comum firmam contrato de prestação de serviço.

Outrossim, tal ferramenta legal também vai de encontro com a lei da livre concorrência (lei nº 12.529, de 2011), uma vez que a padronização de um reajuste único, a ser aplicado a todos os prestadores ou a um grupo determinado, ofende a livre negociação, e, de certa forma, carteliza o mercado, trazendo prejuízos a todas as partes envolvidas, em especial as operadoras, haja vista que estas não poderão repassar os eventuais aumentos de custos aos beneficiários.

E, ainda, vai de encontro com um entendimento que já foi por diversas vezes externado por esta Agência, no sentido de que as negociações entre operadoras e prestadores de serviços devem ser feitas entre as partes, sendo que tal entendimento foi pacificado, quando iniciou-se, por parte das associações de classes representativas dos prestadores, um movimento de negociação coletiva para reajustes dos contratos, na oportunidade a ANS, externou seu entendimento no sentido de que as partes devem negociar individualmente entre si e que a ANS não poderia servir de intermediária.

Sendo assim, quando da regulamentação, roga-se a esta Agência Reguladora que pondere todos os aspectos acima expostos, no sentido de evitar a utilização desta ferramenta, evitando uma intervenção que se caracteriza como prejudicial para todo o segmento.

11. Da perda do objeto referente aos processos administrativos sancionadores

Destaca-se que as operadoras tiveram uma série de obrigações referentes à contratualização por conta dos normativos da ANS e, nos casos em que ocorreu fiscalização da Agência e houve lavratura de auto de infração, essas operadoras foram recentemente surpreendidas com aplicação de penalidades por manifestação de falta de interesse e oportunidade de celebrar TCAC.

Nos termos do Despacho nº 041/COAJU/GEFIR/GGFIS/DIFIS restou assim pronunciado:

(...) pelo critério de oportunidade, não se vislumbra mais qualquer efeito pedagógico com a ação estatal na celebração de TCAC. Passados tantos anos das práticas infrativas, com a dinâmica do mercado e as mudanças constantes na rede prestadora das operadoras, não se verifica eficiência no acordo substitutivo, que passaria a funcionar como mera alternativa à multa a ser aplicada.

(...)

É de se notar que a própria rede credenciada das operadoras, certamente, já sofreu mutações, tornando muito difícil a realização de ajuste sobre contratos que, por muitas vezes, nem existem mais.

Deve ser ressaltado que a ANS está em vias de finalizar o processo de consulta sobre um novo normativo a respeito do tema, que prevê novas regras para a contratualização, além de conferir o prazo de um ano para que as operadoras realizem a adequação de seus contratos.

As regras atuais ainda estão contidas basicamente em três Resoluções, para cada grupo de prestadores, o que dificultaria muito o acompanhamento e fiscalização do TCAC eventualmente celebrado, uma vez que toda a rede da operadora deveria estar adequada às regras então existentes.

Como se nota, reconhece a ANS que as circunstâncias iniciais que a fizeram apontar a série de ajustes contratuais não subsiste mais, ao menos no formato original, pela própria evolução normativa.

Assim, é correto dizer que não subsistem razões para exigir comportamento da Operadora em consonância com legislação alterada e/ou revogada. Contudo, também não existem razões para punir a Operadora por conta de condutas verificadas ao tempo de legislações revogadas e/ou alteradas.

Desse modo, todos os fundamentos descritos no Despacho nº 041/COAJU/GEFIR/GGFIS/DIFIS, e que supostamente apontam pela ausência de conveniência e oportunidade para celebração de TCAC, em verdade demonstram ter havido a perda do objeto da autuação que, se subsistente, servirá apenas para punir a Operadora, visto que as condutas verificadas e enquadradas em certos "tipos normativos", de fato, já sofreram alterações pela mutação da realidade e da própria legislação de regência, principalmente diante da publicação da Lei nº 13.003, de 2014.

Há de se lembrar que o objeto da revogação é um ato administrativo válido e não um ato viciado. Ou seja, ainda que a administração tenha agido corretamente, praticando ato amparado de legalidade, mesmo nesse caso permanece a possibilidade de revogação do ato, apenas por questão de conveniência apurada pelo órgão responsável.

Deve-se observar que tanto o ato ilegal, quanto aquele que, apesar de legal, não atende ao fim para o qual foi criado, podem perder seus efeitos, por ato de Administração Pública. Sobre isso já dispôs o Superior Tribunal Federal, através da Súmula 473:

A Administração Pública pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; **ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade** (...).

Desse modo, exatamente pelas razões descritas no Despacho nº 041/COAJU/GEFIR/GGFIS/DIFIS requeremos seja declarada a perda do objeto da autuação e revogar os autos de infração até então lavrados pelas regras de contratualização.

12. Do Comitê de Incentivo às Boas Práticas entre Operadoras e Prestadores – COBOP

Considerando essa fase de discussão sobre a implementação da Lei nº 13.003, de 2014 e nas respectivas normas regulamentares publicadas pela ANS a esse respeito, requer sejam temporariamente suspensas as ações do Comitê de Incentivo às Boas Práticas entre Operadoras e Prestadores – COBOP, de forma que as partes tenham tempo hábil de assimilar as novas regras para somente depois serem avaliadas as boas práticas.

