



PROCESSO Nº: 33910.030767/2018-97

NOTA TÉCNICA Nº 7/2019/GASNT/DIRAD-DIDES/DIDES

Interessado:

DIRETORIA ADJUNTA DA DIDES, DIRETORIA DE DESENVOLVIMENTO SETORIAL, GERÊNCIA DE ANÁLISE SETORIAL E CONTRATUALIZAÇÃO COM PRESTADORES

Registro ANS: DIRAD-DIDES

1. ASSUNTO

1. Nota Técnica que visa a apresentar o relatório preliminar da participação social dirigida denominada Câmara Técnica de Contratualização e Relacionamento com Prestadores – CATEC, bem como propor encaminhamentos e ações para os problemas regulatórios discutidos no âmbito desta Câmara, tendo como base a análise de impacto regulatório – AIR elaborada e igualmente apresentada ao longo desta nota.

2. INTRODUÇÃO

2. A Câmara Técnica de Contratualização e Relacionamento com Prestadores (CATEC) foi instituída pela Portaria nº 8, de 15 de outubro de 2018, editada com fundamento nos problemas regulatórios elencados Notas Técnicas nº 1/DIDES (Doc SEI nº 13365363) e 18/GASNT (Doc SEI nº 8911869), aprovadas pela Diretoria Colegiada da ANS – DICOL, na reunião de nº 493, realizada em 08 de outubro de 2018, com a finalidade de colher subsídios para avaliação da necessidade de revisão e/ou aprimoramento da regulação setorial acerca da contratualização entre as operadoras de planos privados de assistência à saúde e os prestadores de serviços de assistência à saúde (regulamentação acerca da Lei nº 13.003, de 24 de junho de 2014).

3. Foram realizadas cinco reuniões (Doc SEI nº 11411903, 11411982, 13227637, 13227697 e 14549753), sendo a primeira, em 30/10/2018, a reunião de formação e apresentação dos temas, com discussão específica sobre "Remuneração de Materiais e Medicamentos de Uso Hospitalar"; a segunda, realizada em 20/12/2018 retomou a discussão do tema e prosseguiu com a discussão referente a "Remuneração por Pacotes em Consultas de Oftalmologia", adentrando, posteriormente no tema "Inadimplemento Contratual". A terceira reunião foi realizada em 07/02/2019 tendo sido discutidos os seguintes temas: "Glosa e não pagamento", "Aplicação de reajuste", "Rescisão contratual", "Subnotificação dos prestadores", "OPME". Nas quarta e a quinta reuniões, realizadas em 21/03/2019 e 05/06/2019, foram concluídas as discussões referente a todos os temas, apresentando-se encaminhamentos a serem dados para cada um deles, conforme discussões.

4. Para subsidiar esta Nota foi encaminhado, pela GASNT, um Requerimento de Informações (Processo SEI nº 33910.001081/2019-70), no qual todas as operadoras com planos hospitalares registrados tiveram que prestar informações sobre os contratos firmados com suas redes hospitalares, bem como foram enviados ofícios às entidades representativas de operadoras de planos de saúde e Prestadores de Serviço com intuito de receber contribuições acerca do tema "Glosas", para criação de um painel de indicadores sobre o tema, ampliando o acervo de informações disponíveis à sociedade, possibilitando, ainda uma leitura mais precisa da ANS sobre as condutas e práticas do mercado. (Processo SEI nº 33910.014646/2019-89).

5. Serviram, ainda, de subsídio para a presente Nota, além das discussões ocorridas nas cinco reuniões supra citadas, os Processos Administrativos analisados pela GASNT, bem como as Pesquisas de Contratualização, realizadas nos anos de 2016 e 2017, mencionadas na Nota 18/GASNT (Doc SEI nº 8911869) e demais iniciativas da DIDES, como as discussões ocorridas em outros Fóruns de discussão disponibilizados, como o GT de Remuneração (Processo Administrativo nº 33902.009038/2017-90), além de material enviado pelos participantes, no âmbito da CATEC, que se encontram juntados ao presente processo e pesquisas realizadas pela própria Gerência em bibliografia e sites de internet, conforme referenciados nesta Nota.

6. Para fins de instrução, mencionam-se aqui as normas editadas pela ANS que tratam da regulamentação da Lei 13.003/14, bem como outras normas correlatos aos temas tratados na CATEC, para conhecimento:

Norma	Ementa	Status
RN 42/03	<i>Estabelece os requisitos para a celebração dos instrumentos Jurídicos firmados entre as operadoras de planos de assistência à saúde e prestadores de serviços hospitalares.</i>	REVOGADA PELA RN 363/14
RN 54/03	<i>Estabelece os requisitos para a celebração dos instrumentos jurídicos firmados entre as operadoras de planos privados de assistência à saúde e prestadores de serviços auxiliares de</i>	REVOGADA PELA RN 363/14

	<i>diagnóstico e terapia e clínicas ambulatoriais.</i>	
RN 71/04	<i>Estabelece os requisitos dos instrumentos jurídicos a serem firmados entre as operadoras de planos privados de assistência à saúde ou seguradoras especializadas em saúde e profissionais de saúde ou pessoas jurídicas que prestam serviços em consultórios.</i>	REVOGADA PELA RN 363/14
RN 241/10	<i>Estabelece a obrigatoriedade de negociação dos instrumentos jurídicos firmados entre as operadoras de planos de assistência à saúde e os prestadores de serviços</i>	REVOGADA PELA RN 363/14
RN 286/12	<i>Altera a Resolução Normativa - RN nº 42, de 4 de julho de 2003, que estabelece os requisitos para a celebração dos instrumentos jurídicos firmados entre as operadoras de planos de assistência à saúde e prestadores de serviços hospitalares.</i>	REVOGADA PELA RN 363/14
RN 346/14	<i>Institui o Comitê de Incentivo às Boas Práticas entre Operadoras e Prestadores - COBOP no âmbito da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS</i>	REVOGADA PELA RN 363/14
RN 363/14	<i>Dispõe sobre as regras para celebração dos contratos escritos firmados entre as operadoras de planos de assistência à saúde e os prestadores de serviços de atenção à saúde e dá outras providências.</i>	VIGENTE (ALTERADA PELA RN 436)
RN 364/14	<i>Dispõe sobre a definição de índice de reajuste pela Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS - a ser aplicado pelas operadoras de planos de assistência à saúde aos seus prestadores de serviços de atenção à saúde em situações específicas.</i>	VIGENTE (ALTERADA PELA RN 436)
RN 365/14	<i>Dispõe sobre a substituição de prestadores de serviços de atenção à saúde não hospitalares.</i>	VIGENTE
RN 436/18	<i>Altera a RN nº 363, de 11 de dezembro de 2014, que dispõe sobre as regras para celebração dos contratos escritos firmados entre as operadoras de planos de assistência à saúde e os prestadores de serviços de atenção à saúde e dá outras providências e a RN nº 364, de 11 de dezembro de 2014, que dispõe sobre a definição de índice de reajuste pela ANS a ser aplicado pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde aos seus prestadores de serviço de atenção à saúde.</i>	VIGENTE
IN 49/DIDES	<i>Regulamenta o critério de reajuste, conforme disposto na alínea "c" do inciso VII do parágrafo único do artigo 2º das Resoluções Normativas - RN'S nº 42, de 4 de julho de 2003, nº 54, de 28</i>	REVOGADA PELA RN 363/14

	<i>de novembro de 2003 e nº 71, de 17 de março de 2004.</i>	
IN 56/DIDES	<i>Regulamenta o CAPÍTULO III da Resolução Normativa - RN nº 365, de 11 de dezembro de 2014, que dispõe sobre a disponibilização das informações relativas à substituição de prestadores de serviços de atenção à saúde não hospitalares no Portal Corporativo das operadoras de planos privados de assistência à saúde.</i>	VIGENTE
IN 62/DIDES	<i>Regulamenta o tratamento dispensado às reclamações, solicitações de providências ou petições assemelhadas, doravante denominadas demandas, que, por qualquer meio, forem recebidas pela DIDES, relacionadas às Resoluções Normativas nº 363, de 11 de dezembro de 2014, nº 364, de 11 de dezembro de 2014, e nº 365, de 11 de dezembro de 2014.</i>	VIGENTE

3. ANÁLISE

3.1. Remuneração de materiais e medicamentos de uso hospitalar

7. O tema foi colocado em discussão após o recebimento, pela ANS, de denúncias encaminhadas pelo Ministério Público Federal (Processo nº 33910.023921/2018-74) e Conselho de Administrativo de Defesa Econômica – CADE (Processo nº 33910.021693/2018-06), nas quais se questionou a utilização de tabelas privadas, pelos hospitais, para faturar materiais e medicamentos empregados nos atendimentos aos beneficiários de operadoras.

8. O questionamento derivou de normativa da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos – CMED que veda aos hospitais a atuação como revendedores de medicamentos, que deveriam ser utilizados e cobrados apenas como insumos necessários para correta prestação de sua atividade fim[1].

9. CADE e MPF, provocados pelas operadoras de planos de saúde, apuram se a adoção pelos hospitais das tabelas privadas como referência para a cobrança de medicamentos e materiais, caracterizaria ou não dano à livre concorrência ou conduta em desacordo com a legislação, com potencial prejuízo para o beneficiário de planos de saúde.

10. Argumentam que a utilização de tabelas privadas por hospitais traria distorções ao mercado, com os prestadores atuando como revendedores ao arrepio da norma, uma vez que essas não guardariam relação direta com o preço de aquisição, sendo muitas vezes bem superiores.

11. Em vista disso, a ANS, ao receber as denúncias, como forma de se apropriar do problema, que deriva de um normativo externo, procurou subsídios para a tomada de decisão, sendo as discussões da CATEC muito enriquecedoras por juntar em um único ambiente os representantes de todos os envolvidos, oportunizando a manifestação de todos os interessados.

12. Em síntese, o entendimento regulatório vigente nesta Agência sobre a utilização de tabelas privadas para a precificação de materiais e medicamentos de uso hospitalar consiste na possibilidade de sua utilização, consoante o art. 11, da RN nº 363/2014, da ANS[2].

13. Ademais, inexistente vedação normativa à cobrança pelos serviços de: seleção, programação, armazenamento, distribuição, manipulação, fracionamento, unitarização, dispensação, controle, aquisição e outros dos medicamentos utilizados pelos prestadores de atenção à saúde nos procedimentos ou serviços contratualizados com as operadoras para o atendimento de beneficiários, vinculada à tabela de referência.

14. Preteritamente à RN 363/14, havia normativo tratando especificamente do tema, sendo certo que a RN 241/10 previa como cláusula obrigatória nos contratos aquela com a previsão expressa de que tais serviços prestados pelos hospitais poderiam ser repassados às operadoras, não sendo considerados como margem de negociação de medicamentos[3].

15. Em oposição ao estatuído na citada Resolução nº 02/2018 da CMED, algumas entidades representativas de prestadores de serviços de atenção à saúde ingressaram judicialmente (conforme tabela abaixo), tendo obtido, inclusive, liminares favoráveis à cobrança de valores superiores aos preços de aquisição, de forma a compensar os custos por sua administração.

16. Sustentam, em suas demandas, o forte prejuízo ao qual seriam submetidas, caso a cobrança fosse restrita ao valor de aquisição, sem considerar o enorme custo relacionado à utilização dos medicamentos.

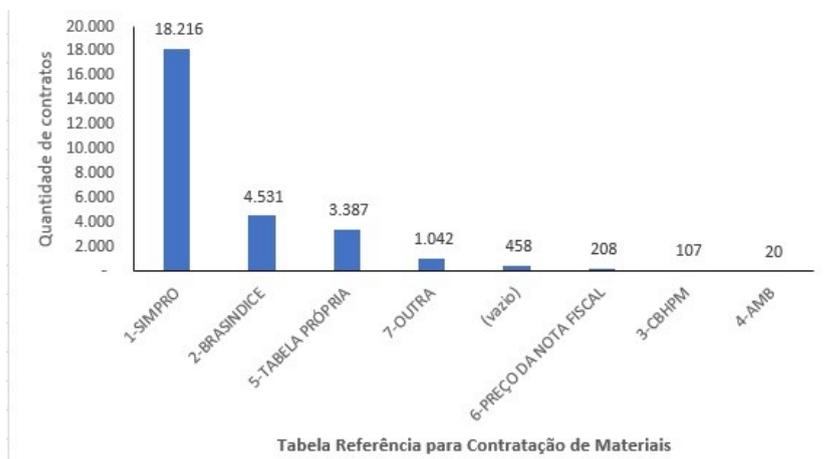
Nº do processo	Sigla	Réu	Data do ajuizamento	Vara	Liminar
1018885-35.2018.4.01.3400	ANAHP	União	12/09/2018	13ª Vara Federal Cível da SJDF	Favorável
1019156-10.2019.4.01.3400	FEHOSP	União		16ª Vara Federal Cível da SJDF	Favorável
1020812-36.2018.4.01.3400	FENAESS, SBH, SINDISSERO	União	03/10/2018	9ª Vara Federal Cível da SJDF	Favorável

1021758-08.2018.4.01.3400	FBH e AHESP	União	15/10/2018	1ª Vara Federal Cível da SJDF	Não apreciada
1007185-53.2018.4.01.3500	AHEG	União	21/10/2018	7ª Vara Federal Cível da SJGO	Revogada por questões formais
5012898-67.2018.4.02.5001	FEHOES	União	05/10/2018	4ª Vara Federal Cível de Vitória	Favorável
5015526-29.2018.4.02.5001	SINDHES	União	05/11/2018	4ª Vara Federal Cível de Vitória	Favorável
5024271-69.2018.4.03.6100	SINDHOSP, SUNDISUZANO, SINDJUNDIAÚI, SINDPRUDENTE e SINDRIBEIRÃO	União	26/09/2018	25ª Vara Cível Federal de São Paulo	Favorável
5039536-03.2018.4.04.7000	FEHOSPAR e SINDIPAR	União	07/09/2018	3ª Vara Federal Cível de Curitiba	Favorável
5024511-75.2018.4.02.5101	FEMERJ	União	11/09/2018	23ª Vara Federal Cível do Rio de Janeiro	Indeferida
5030249-44.2018.4.02.5101	AHERJ	União	08/10/2018	20ª Vara Federal Cível do Rio de Janeiro	Desistiu da ação
1028980-27.2018.4.01.3400	FEHOSUL FEHOESC FEBASE	União	19/12/2018	8ª Vara Federal Cível da SJDF	Não apreciada
5029410-19.2018.4.02.5101	SINDHRIO	União	03/10/2018	20ª Vara Federal Cível do Rio de Janeiro	Indeferida
5024511-75.2018.4.02.5101/	FEMERJ	União	11/09/2018	23ª VF do Rio de Janeiro	Indeferida
5065398-64.2018.4.04.7100	FESCFILRS e SINDIBERF	União	25/10/2018	4ª Vara Federal de Porto Alegre	Indeferida
1023105-76.2018.4.01.3400 (Distribuição por dependência ao processo da ANAHP)	SINDHESB	União	29/10/2018	13ª Vara Federal Cível da SJDF	Deferida em parte
5008502-83.2018.4.04.7202	Unimed Chapecó	União	01/11/2018	2ª Vara Federal de Chapecó	Deferida
5001401-93.2019.4.03.6100	-	União	01/02/2019	25ª Vara Federal Cível de São Paulo	Deferida
1006919-41.2019.4.01.3400	AHERJ	União	19/03/2019	2ª Vara Federal Cível da SJDF	Não apreciada
1008892-31.2019.4.01.3400	SINDESPA, SENDESSMAT, SENDHOMG, SENDESSTO, SENDESEM, SINDESSEC, SINDHOSPI, SINDESERN, SINDHOSP e SINDHOSPE	União	05/04/2019	3ª Vara Federal Cível SJDF	Deferida
1022737-67.2018.4.01.3400	Unimed Gurupi	União	24/10/2018	13ª Vara Federal Cível da SJDF	Deferida em parte
5003634-54.2019.4.03.6103	Santa Casa São José	União	14/05/2019	3ª Vara Federal Cível de São José dos Campos	Indeferida
0000009-16.2011.4.02.5001	SINDHESP	União	30/12/2010	4ª Vara Federal Cível do Espírito Santos	Indeferida

17. Em se tratando de Administração Pública, inafastável o Princípio da Legalidade Estrita, qual seja, o de que toda limitação de direito imposta ao administrado deve estar expressa, o que direciona o entendimento de que, na omissão da administração, será permitido o repasse dos custos inerentes à prestação do serviço.

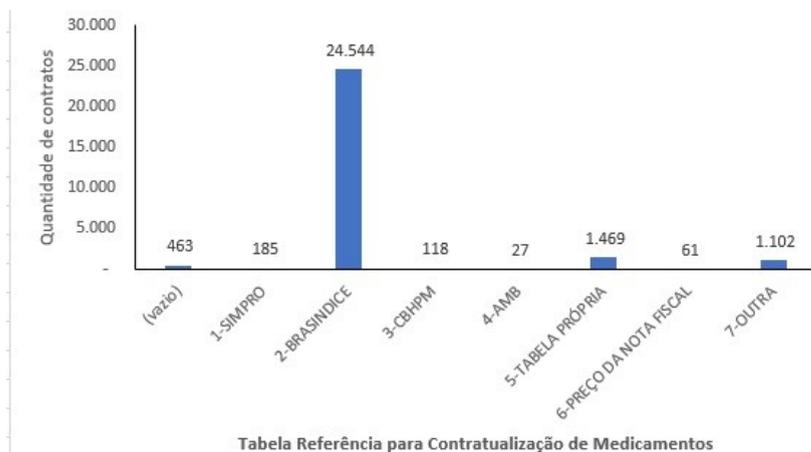
18. Ainda como forma de obter subsídios para tomada de decisões, a DIDES enviou Requerimento de Informação para todas as operadoras que possuíam Planos com assistência Hospitalar registrados na ANS e recebeu informações de 27.969 contratos firmados, entre 504 operadoras e 5.946 hospitais[4].

19. Dessa Base de Dados, quanto ao assunto do tópico, obteve as seguintes informações relevantes relativa à realidade atual do mercado:



Rótulos de Linha	Contagem Distinta de Identificação do Contrato
1-SIMPRO	17.651
2-BRASINDICE	4.426
5-TABELA PRÓPRIA	3.314
7-OUTRA	1.039
(vazio)	450
6-PREÇO DA NOTA FISCAL	207
3-CBHPM	107
4-AMB	20
Total Geral	27.214

20. Em relação aos materiais e aos parâmetros para cobrança utilizados nos contratos verifica-se uma predominância da utilização de tabelas privadas, sobretudo tabelas SIMPRO e BRASÍNDICE, de modo que, somando-se todas as tabelas privadas mencionadas nas respostas, ultrapassa-se 95% dos contratos, ao passo que o preço da Nota Fiscal foi informado apenas para 0,74% dos contratos, ou seja, os valores previstos nas tabelas embasam os valores previstos em contrato, ainda que com a presença de redutores ou majorantes.



(vazio)	1,66%
1-SIMPRO	0,66%
2-BRASINDICE	87,75%
3-CBHPM	0,42%
4-AMB	0,10%
5-TABELA PRÓPRIA	5,25%
6-PREÇO DA NOTA FISCAL	0,22%
7-OUTRA	3,94%
Total Geral	100,00%

21. Referente aos medicamentos, a tabela BRASÍNDICE é amplamente utilizada, estando presente em 87,75% dos contratos enquanto o preço de nota fiscal aparece em parcela irrisória dos contratos, não alcançando 1%.

22. Nesse contexto de profunda divergência quanto ao modo de remuneração de medicamentos e materiais de uso hospitalar, realizou-se na ANS Câmara Técnica de Contratualização e Relacionamento com Prestadores, com o intuito de abrir espaço de diálogo entre os interessados, órgãos fiscalizadores e entidades reguladoras, a fim de se alcançar o melhor tratamento a ser dado a questão.

23. A temática sobre a remuneração de materiais e medicamentos de uso hospitalar foi abordada, especificamente, na reunião nº 01 (SEI nº 11411903), nº 02 (SEI nº 11411982) e nº 04 (Sei nº 13236832), da CATEC.

24. Por sua vez, representantes da revista SIMPRO – Informações e Soluções em Saúde, cientes das reuniões da CATEC e da Audiência Pública nº 14/2019, solicitaram reunião com esta Gerência, ocorrida no dia 27/05/2019, na sala da DIRAD-DIDES.

25. Na reunião, ressaltaram que a publicação originou-se de demanda das operadoras de planos de saúde, as quais queriam um instrumento que facilitasse a negociação dos valores de insumos, permitindo que esses fossem negociados em blocos e não individualmente. Aduziram que os valores publicados seriam de inteira responsabilidade dos anunciantes e que sua fonte de renda seria oriunda da assinatura paga por associados, além do valor pago pelas publicações de anunciantes.

26. Retratada sob as óticas contrapostas das partes envolvidas (representantes de prestadores hospitalares e representantes de operadoras de planos de saúde), a questão foi objeto das seguintes propostas: (i) aquisição direta de medicamentos/materiais pelas operadoras de planos de saúde, vedada a intermediação das entidades hospitalares; (ii) ajuste negativo dos preços de materiais e medicamentos (iii) vedação de tabelas privadas; (iv) adoção de regulação no estilo do “Sunshine Act” e (v) livre negociação quanto à forma de precificação a ser utilizada, com realce para o incremento da transparência no setor.

27. A seguir, analisa-se cada uma das propostas acima, no contexto da saúde suplementar.

[1] Art. 5º As infrações à regulação do mercado de medicamentos serão classificadas, segundo sua natureza, em 2 (dois) grupos:

(...)

II - infrações classificadas como quantificáveis:

(...)

c) cobrar de paciente ou do plano de saúde valor superior àquele pelo qual o medicamento foi adquirido;

[2] Art. 11 os valores dos serviços contratados devem ser expressos em moeda corrente ou tabela de referência

[3] Art. 1o As operadoras de planos de assistência à saúde deverão ajustar os instrumentos jurídicos firmados com os prestadores de serviços, que apresentem como parte integrante dos seus serviços de atenção à saúde a utilização de medicamentos de usos restritos a hospitais e clínicas.

§1º O ajuste a que se refere o caput deste artigo deverá conter cláusula que contemple:

I – o valor e/ou referência de valores dos medicamentos utilizados;

II – a remuneração pelos serviços de seleção, programação, armazenamento, distribuição, manipulação, fracionamento, unitarização, dispensação, controle e aquisição dos medicamentos, quando prestados, de acordo com a estrutura do prestador de serviços.

§2º Os valores referenciados no inciso II do §1º do presente artigo referem-se a valores relativos a serviços e não a margem de comercialização de medicamentos.

Art. 2o O não cumprimento da obrigação prevista no artigo anterior caracteriza a conduta tipificada no artigo 43 [1]da Resolução Normativa nº 124, de 30 de março de 2006.

[4] Dados atualizados em 18/10/2019.

3.1.1. Aquisição direta de medicamentos/materiais pelas operadoras de planos de saúde, vedada a intermediação das entidades hospitalares

28. Aventou-se a possibilidade de aquisição direta dos materiais e medicamentos pelas operadoras, contudo, tal possibilidade foi confrontada com algumas dificuldades a ela inerentes, sobretudo a perda da eficiência dos recursos empregados, obrigando operadoras a lidar com funções e serviços externos aos seus negócios principais.

29. Ademais, a eliminação de um intermediário faria com que hospitais tivessem que negociar com diversas operadoras de forma distinta, além de impactar diretamente na prestação dos serviços necessários para utilização dos insumos, o que demandaria estrutura maior e, conseqüentemente, maiores custos administrativos, o que anularia qualquer ganho pela eliminação de intermediários.

30. Relevante, também, questionamento surgido acerca da liberdade e autonomia do profissional médico, uma vez que se adquiridos diretamente pela operadora, muito provavelmente não seria dada a opção ao profissional de saúde, em relação ao material ou medicamento a ser utilizado, estando restritos àqueles adquiridos pelas operadoras.

31. Desta feita verifica-se que a existência do intermediário nesta relação não afeta diretamente o resultado, que é a obtenção de materiais e medicamentos por preço superior aos de aquisição pelo prestador, não sendo esta a falha de mercado a ser combatida. Ao contrário, sua implementação incorreria no risco de aumentar os custos de transação para as partes[5] e, como consequência o preço final dos serviços.

[5] São os custos em que as partes incorrem no processo de efetivação de uma negociação (MANKIN, 2009)

3.1.2. Ajuste negativo dos preços de materiais e medicamentos

32. O ajuste negativo dos preços de materiais e medicamentos não se encontra no escopo das atribuições da ANS. Muito embora os custos reais devam estar discriminados em rubricas próprias, vale notar que a distorção que se quer corrigir, qual seja, a oneração da rubrica materiais/medicamentos em função da transferência de margens atinentes à rubrica diárias/taxas, cujos valores estariam a menor, origina-se da atuação das próprias partes ora colidentes, que à época assim acordaram, inexistindo, na avaliação desta diretoria de desenvolvimento setorial, abuso de posição dominante *per se*.

33. Desta forma, a ANS, mais uma vez, presta reverência às vontades autonomamente manifestadas e, a priori, sem qualquer vício a afetar o consentimento, razão pela qual não entrará no mérito sobre transposição de margem que, se distorcidas contratualmente, assim estaria pela vontade das partes que, igualmente pela própria vontade devem atuar para atingimento do equilíbrio desejado ou desejável.

34. Ressalta-se que a ANS não tem como mensurar eventual distorção dos valores previstos, sendo ineficiente sua atuação nesse sentido, sob o risco de uma intervenção severa que, além de ir de encontro ao previsto na Constituição Federal, no Capítulo I – Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica, do Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira, pode gerar aumento do custo e ainda maior ônus ao usuário final, o consumidor.

35. Reforça-se o argumento pela recente publicação da Lei 13.874/2019 que institui como Princípio a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício da atividade econômica[6].

[6] Lei 13.874/2019

Art. 2º (...)

III - a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas

3.1.3. Vedação de tabelas privadas

36. Socorrendo-se mais uma vez aos preceitos Constitucionais e legais acima citados, bem como ao potencial impacto de tal medida, que pode ser atestado pelos gráficos inseridos no início desta seção, a ANS, como entidade Reguladora do setor econômico dos Planos de Saúde, é refratária em adotar tal entendimento, sendo certo que se deve ser preservada a autonomia de vontade das partes, não havendo justificativa para uma vedação ou imposição de determinada tabela.

37. Tal entendimento não é novo nesta Agência, que já se manifestou de forma reiterada no sentido de se permitir a utilização de tabelas como referência nas negociações de valores, em caráter não vinculativo.

38. Tal posicionamento já foi exposto no Grupo Técnico que discutiu a regulamentação da Lei 13.003, cujas discussões podem ser acessadas em <http://www.ans.gov.br/participacao-da-sociedade/camaras-e-grupos-tecnicos/grupo-tecnico-lei-13-003-14>, no Grupo Técnico de Remuneração (acessível pelo link <http://www.ans.gov.br/participacao-da-sociedade/camaras-e-grupos-tecnicos/grupo-tecnico-de-remuneracao>) e na própria CATEC, cujos documentos estão disponíveis em <http://www.ans.gov.br/participacao-da-sociedade/camaras-e-grupos-tecnicos/camara-tecnica-de-contratualizacao-e-relacionamento-com-prestadores-catec>

39. Tabelas privadas como SIMPRO e BRASÍNDICE levam em conta valores informados pelos próprios fabricantes, não havendo, no entanto, qualquer tipo de análise quanto ao real valor dos produtos podendo haver distorções que derivariam de caducidade das informações prestadas ou, eventualmente, de estratégias comerciais das empresas contudo, o problema transpassa as atribuições deste ente regulador.

40. Tal entendimento não obsta, porém, que a maneira pela qual tais tabelas são elaboradas seja objeto de investigação pelas autoridades competentes, caso identifiquem, na conduta, indícios de irregularidades.

41. Contudo, por não competir a esta Agência a regulação sobre a confecção de tais tabelas/publicações, não há justificativa para interferência da ANS sobre sua utilização ou pelas não pelas partes que livremente anuírem contratar entre si. Ademais, não se pode desconsiderar o efeito que eventual proibição na utilização de tabelas de referência poderia ocasionar às relações do setor, que estão calcadas neste modelo de tabelas, sendo amplamente utilizadas, conforme demonstrado pelo Requerimento de Informações, a exemplo da inviabilização da existência de sociedades dedicadas à sua divulgação.

3.1.4. Adoção de regulação no estilo do “Sunshine Act”

42. Afasta-se a quarta proposta acima elencada: adoção de regulação ao estilo do “Sunshine Act”, isso porque a discussão ora travada não se dá em torno de eventuais condutas ilícitas ou imorais de profissionais médicos, que, a despeito das melhores evidências clínicas e científicas, supostamente prescreveriam sob influência de interesses outros, conforme se alegou durante as reuniões da CATEC que trataram do tema, mas, sim, da utilização de fontes de referência de preços, sem qualquer demonstração efetiva de sua correção ou modo de formatação, distante da realidade do mercado; logo, medida similar ao “Sunshine Act” não teria grande efeito na temática em discussão.

43. Em realidade, o *Sunshine Act* é parte de um ato maior com fulcro na proteção do paciente e racionalização de custos está na sec. 6002., com a redação abaixo:

Transparency reports and reporting of physician ownership or investment interests. (relatórios sobre transparência e relatórios de sociedades e investimentos dos médicos que atuam para programas governamentais).

44. O *Sunshine Act* leva em conta que na indústria médica há uma linha tênue entre a recepção de vantagens devidas e aquelas que são recebidas em troca de prescrições preferenciais para pacientes, sem que sejam levadas em conta as melhores evidências clínicas, desta forma seria possível vislumbrar se um médico estaria seguindo uma conduta/diretriz com base nas evidências ou se teria algum tipo de influência econômica em razão de benefícios concedidos ou interesses societários.

45. Pesquisa realizada em 2009[7] mostrou que 84% dos médicos possuíam alguma relação com a indústria farmacêutica, relações que iam desde refeições custeadas até financiamento direto de pesquisas.

46. A realidade discutida na CATEC, no entanto, não condiz com o fenômeno atacado pelo *Sunshine Act*, mas com a existência de fontes de referência de preços sem uma demonstração efetiva de sua correção ou mesmo de como estes preços estariam formatados.

47. O *Sunshine Act* teria mais relação com a questão de órteses e próteses discutido, porém consensuado na CATEC que não haveria um mecanismo de controle a ser inserido no âmbito dos contratos de prestação de serviço firmados[8].

48. Quando um prestador se utiliza de uma tabela divulgada pela CMED ou de tabelas privadas como SIMPRO e BRASÍNDICE o que se têm é a cobrança por medicamentos e materiais com a utilização de uma tabela de referência que, por vezes, não guarda qualquer relação com a realidade do mercado.

49. Em vista do exposto não se vislumbra tal opção como solução para o problema regulatório discutido, uma vez que empregada em situação diversa, não análoga ao que hora é enfrentado.

[7] Pesquisa disponível em <https://jamanetwork.com/journals/jamainternalmedicine/fullarticle/226207>

[8] Nesta seara, a ANS já vem atuando pela padronização de nomenclatura pela Terminologia Unificada da Saúde Suplementar – Tabela TUSS, que facilita a atuação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária em sua atribuição de registro e rastreamento dos materiais.

3.1.5. Livre negociação quanto à forma de precificação a ser utilizada, com realce para o incremento da transparência no setor

50. A ideia fundamental da proposta coaduna-se com os preceitos Constitucional e Legal mencionados anteriormente nesta Nota, qual seja, da liberdade econômica que também encontra proteção no Princípio da Legalidade que rege a Administração Pública.

51. Insere-se no contexto da Legalidade, uma vez que, em se tratando de uma relação entre entidades privadas, é lícito fazer aquilo que a lei não proíbe, diferente do que ocorre nas hipóteses em que a Administração Pública está envolvida, quando somente seria lícito fazer aquilo que se encontra expressamente autorizado em Lei[9].

52. Assim, em não havendo vedação legal para a utilização de tabelas privadas não haveria justificativa para impedir a livre negociação.

53. Contudo, há que se considerar que, também amparada pela Constituição Federal, a prestação de assistência à saúde é livre à iniciativa privada, conforme disposto no art. 199, contudo a livre iniciativa encontra-se expressamente mitigada pelo art. 197 da mesma Constituição, que prevê:

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

54. Neste aspecto a Administração Pública, através da Agência Reguladora, deve buscar a satisfação do interesse público.

55. Uma vez que as discussões ocorreram em torno da formatação de preços com diversas consequências para o mercado, considerando toda a cadeia produtiva, entende-se que o esclarecimento sobre quais seriam os custos referentes aos serviços prestados pelos hospitais, nos moldes do que fora previsto anteriormente pela RN 241/2010, tende a produzir resultados positivos para a sociedade.

56. A diferenciação dos custos envolvidos também auxiliaria no correto recolhimento dos tributos devidos, cuja natureza varia de acordo com o fato gerador que lhe dá causa[10]. Se por um lado os prestadores hospitalares alegam sigilo quanto ao preço de aquisição dos medicamentos/materiais, as operadoras afirmam que os preços do mercado já seriam de notório conhecimento, inexistindo risco sob o aspecto concorrencial.

57. Como conclusão, a ANS entende que a transparência do setor no aspecto específico sobrepõe-se a eventual sigilo empresarial aventado. Reforça, igualmente, não ser cabível qualquer forma de tabelamento de preços, divulgada por este ente regulador, ainda que somente para servir de referência em negociações, uma vez que economicamente tal iniciativa tenderia a gerar ineficiência alocativa dos recursos do setor.

58. Importante, portanto, é a ponderação entre o que a ANS pode fazer na abordagem de determinado tema, atacando problema regulatório específico, e as consequências que seu ato poderá gerar no mercado, incluindo o surgimento de novos problemas como verdadeiras externalidades negativas.[11]

59. Nessa ponderação, conforme a melhor doutrina sobre Análise de Impacto Regulatório, incluindo o Guia, editado pela Casa Civil do Governo brasileiro[12], deve ser adotada a medida que mais benefícios entrega à sociedade, gerando o menor custo para os agentes econômicos.

60. Evitar uma ruptura do modelo vigente e, ao mesmo tempo trazer para a sociedade uma maior quantidade de informações e segurança jurídica é o foco da medida. A alteração de contratos em vigor não deve ser forçada permitindo a diluição de eventuais custos no tempo, conforme a própria orientação do mercado, que avaliará a necessidade de contratar ou não novos prestadores, bem como alterar ou não cláusula contratual específica.

[9] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO. 17ª ed. Pg 90-95

[10] Considerando-se que, na hipótese de prestação de serviço incide o tributo municipal ISS – Imposto sobre Serviços (art. 156, III da CF/88) e o tributo estadual ICMS – Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (art. 155, II, da CF/88).

[11] Consequências negativas geradas do ato da ANS para indivíduos que não estariam diretamente relacionadas aos atos, especificamente os consumidores de planos de saúde, uma vez que o ato em comento dirige-se específica e diretamente aos prestadores de serviço de saúde e operadoras de planos privados de assistência à saúde.

[12] Disponível em: <http://www.casacivil.gov.br/governanca/regulacao/boas-praticas-regulatorias/consulta-publica/consulta-publica-001-2017-diretrizes-e-guia-air-pasta/encerramento/guia-air.pdf>

3.1.6. Encaminhamentos

61. Diante da nova composição da CMED, com novo representante nomeado, bem como em atenção aos apontamentos realizados pelo CADE e MPF acerca da adoção das tabelas privadas SIMPRO e BRASÍNDICE pelos hospitais, que sobrelevam a complexidade do assunto, propõe-se a necessidade da discussão prosseguir no âmbito de Comitê Permanente que deverá suceder a CATEC, conforme será proposta nesta própria nota.

62. Neste Comitê seria aprofundada a discussão do tema sobre a remuneração de materiais e medicamentos de uso hospitalar, mediante a avaliação dos custos e impactos de possível normatização da questão pela ANS no mercado de saúde suplementar, sem descuidar do disposto na regulamentação específica da CMED e dos contornos definidos pela Lei nº 9.961/2000.

63. Quanto ao âmbito de atuação da ANS, com enfoque na preservação da Autonomia de Vontades conjugado com incremento na transparência das informações prestadas/geradas, buscar-se-á pela contratualização suprir lacunas em relação a efetiva natureza dos gastos, ponderando-se a situação vigente, bem como a busca pelos menores impactos ao setor.

3.2. Remuneração Por Pacotes em Consultas de Oftalmologia

64. Conforme Nota Técnica nº 18/2018/GASNT/DIRAD-DIDES/DIDES, a ANS não possui competência legal para vedar ou impor uma determinada modalidade de pagamento/remuneração, visto serem as partes livres para pactuá-la, conforme o Princípio da Autonomia da Vontade, desde que observado o disposto na Lei nº 9.656/98, alterada pela Lei nº 13.003/2014, bem como na RN nº 363/2014, e respeitadas as normas de defesa da concorrência, sem descuidar da proteção à autonomia profissional do prestador de serviços, devendo ser evitado qualquer prejuízo aos pacientes, ou seja, observada a Função Social do Contrato.

65. A Lei 9961/00 apresenta as competências da ANS que, no que concerne ao relacionamento entre operadoras e prestadores, é expressa em conferir a atribuição de estabelecer as características gerais dos instrumentos contratuais utilizados na atividade das operadoras, o que corrobora a visão do MPF, exposta na segunda reunião da CATEC (Doc SEI nº 11411982).

66. Relevante considerar que a forma de cobrança por pacote não é vedada pela regulamentação vigente, sendo reconhecida e aceita pela ANS, possuindo codificação específica para fins de faturamento e envio de informações para a Agência. Por conseguinte, possível a celebração de acordo entre as partes que determine o pagamento por meio deste, devendo os procedimentos integrantes serem definidos com clareza no contrato estabelecido, não sendo possível estabelecer qualquer tipo de exigência que infrinja o Código de Ética das profissões ou ocupações regulamentadas na área da saúde, de responsabilidade dos Conselhos Profissionais constituídos para tal fim, aos quais incumbe o dever de fiscalizar o respeito às prerrogativas dos profissionais de saúde, conforme explicitado na Nota Técnica nº 12/2018/GASNT (Doc SEI nº 7912259).

67. Faz-se mister ressaltar a formação de Grupo Técnico, no âmbito desta Agência, criado para debater e mediar as diretrizes de modelos de remuneração que recentemente lançou projeto para Modelos de Remuneração Baseados em Valor que resultem em melhorias de qualidade da assistência, priorizando a saúde do beneficiário, cujas informações podem ser acessadas em <http://www.ans.gov.br/gestao-em-saude/projeto-modelos-de-remuneracao-baseados-em-valor>. Tais questões relativas ao empacotamento de serviços, utilização de protocolos e compartilhamento do risco necessitam ser, especificamente, debatidas no âmbito desta iniciativa.

68. Importante também distinguir a diferença entre protocolos clínicos e pacotes para fins remuneratórios. Enquanto os primeiros devem ser produzidos sob critérios técnicos, baseados pelas melhores evidências científicas, o segundo trata da forma de pagamento utilizada para racionalizar os fluxos na operação de planos de saúde. O limite do segundo encontra-se na vedação de interferir no primeiro, isto porque, o Conselho Federal de Medicina estabelece dentro de suas atribuições fiscalizatórias, pela Resolução CFM nº 1.642/2002, que as empresas de seguro-saúde deve adotar diretrizes e protocolos somente quando elaborados pelas Sociedades de Especialidades em conjunto com a Associação Médica Brasileira – AMB. [13]

69. O tema já foi discutido no âmbito da DIDES em GT que ocorreu no ano de 2010 [14] com ênfase em atendimentos de natureza hospitalar, contudo nada impede o aproveitamento de suas conclusões para procedimentos ambulatoriais como consultas oftalmológicas.

70. Ressalta-se que conforme o entendimento desta Agência, expresso do Guia para Implementação de Modelos de Remuneração Baseados em Valor [15], após estudos sobre as diversas formas de remuneração existentes, há um viés de não se apoiar a formatação de pacotes quando os mesmos apresentam as seguintes características:

- O pacote de consulta e procedimentos diagnósticos transfere o risco quase todo para os prestadores;
- Não utilizam Protocolos e Diretrizes baseados em evidências e respaldados por instituições nacionais e internacionais;
- Não fazem ajuste por desempenho;
- Não monitoram resultados de saúde por meio de indicadores;
- Têm como finalidade a redução de custos, sem necessariamente melhoria da qualidade.

71. Seriam atributos básicos de um modelo remuneratório baseado em valor, de acordo com a ANS:

- Devem ser elaborados na perspectiva da melhoria da qualidade do cuidado em saúde;
- Ser centrado no paciente;
- Adotar Protocolos e Diretrizes baseados em evidências e respaldados por instituições nacionais e internacionais;
- Contemplar monitoramento e avaliação dos resultados em saúde por meio de indicadores;
- Contar com sistema de informação para o acompanhamento dos indicadores de qualidade;

- Contemplar forte coordenação do cuidado;
- Colaborar para a maior sustentabilidade e qualidade da atenção;
- Diferenciar os métodos de pagamento, nos diferentes contextos (Cuidados Primários, Hospital, cuidados especializados); e
- Tornar os resultados transparentes para a sociedade.

72. Na CATEC, foi disponibilizado espaço para que o CBO - Conselho Brasileiro de Oftalmologia apresentasse o problema para a Câmara Técnica, tendo a entidade apresentado o panorama da situação sob o seu ponto de vista, alegando que há imposição de pacotes pelas operadoras, que seriam delineados sem critérios técnicos, mas meramente para contenção de custos e redução de demanda. Acrescentou que reconhece a existência de maus profissionais, mas que esses não devem nortear o relacionamento das partes e que estaria aberta a receber denúncias contra estes e tomar as providências cabíveis de forma a coibir más práticas profissionais.

73. Sustentou, ainda, a necessidade de condutas dos profissionais serem analisadas por auditorias, que deveriam ser reforçadas. Que o combate às práticas indesejadas não poderia anteciper a própria conduta, sob pena de violar a autonomia médica e gerar prejuízo aos pacientes. Finaliza com a afirmação de que sempre esteve aberta a negociações, mas que na prática essas não existem.

74. Importante mencionar que durante as discussões o CFM colocou-se contra a utilização de protocolos clínicos para definição de pacotes, pois estes afetariam diretamente a autonomia do profissional de saúde. Em seu lugar, entende o Conselho que devem ser previstas diretrizes para formatação dos pacotes, uma vez que essas seriam adaptáveis à realidade de cada atendimento.

75. Em sua manifestação, o Conselho Federal afirma que o empacotamento dos procedimentos não deve fugir do *fee for service*, tendo sua principal função a de redução dos custos da burocracia.

76. Citam-se abaixo, como forma de ilustrar a manifestação do CFM, os conceitos para Protocolos de Uso e Diretrizes Nacionais extraídos do site do Ministério da Saúde^[16]:

O que são os Protocolos de Uso?

Os Protocolos de Uso são documentos normativos de escopo mais estrito, que estabelecem critérios, parâmetros e padrões para a utilização de uma tecnologia específica em determinada doença ou condição.

O que são as Diretrizes Nacionais / Brasileiras?

As Diretrizes Nacionais/Brasileiras são documentos norteadores das melhores práticas a serem seguidas por profissionais de saúde e gestores, sejam eles do setor público ou privado da saúde.

77. Como contraponto, entidade representativa de operadoras reafirmou a necessidade de se prever o pagamento de consultas dentro de pacotes, uma vez que esta seria o fato gerador de todos os procedimentos realizados no sistema.

78. Em sua participação na CATEC, a equipe da GEEIQ/DIDES prestou esclarecimentos acerca dos novos modelos de remuneração que vêm sendo estudados e foram apresentados ao longo do Grupo de Trabalho sobre Remuneração coordenado pela ANS no âmbito da Saúde Suplementar.

79. Observou-se que a discussão estaria girando em torno da orçamentação dos procedimentos, que os pacotes seriam perfeitamente possíveis, mas seria necessária a aplicação do case mix, ou seja, levar em conta o que cada prestador faz, bem como a complexidade dos atendimentos realizados. Acredita que tal ajuste seja difícil para consultórios, embora possível, bem como que seria benéfico se houvesse uma bonificação por desempenho nesses.

80. Reforçou que a ANS preconiza que haja uma efetiva negociação entre as partes, bem como que haja parâmetros e modulações específicas. Discorre que os pacotes devem ser equilibrados para cima e para baixo, sob risco de subutilização, que a operadora é coordenadora do cuidado de seu beneficiário e deve acompanhar o que é realizado pela rede.

81. Importante, sobre esta manifestação, referenciar novamente o Guia para Implementação de Modelos de Remuneração Baseados em Valor, publicado pela DIDES que a partir de sua página 33 traz um resumo de como os pacotes funcionam no nosso sistema da saúde suplementar e como deveriam funcionar para atenderem as melhores práticas existentes com destaque para o quadro abaixo:

QUADRO 11 – PRINCIPAIS ASPECTOS RELATIVOS À ORÇAMENTAÇÃO:

Orçamentação			
Vantagens	Desvantagens	Modulação para correção de limitações	Tipo de informação coletada para funcionamento do modelo
Previsão de gastos ao órgão financiador; Previsão de receitas à unidade de saúde; Contenção de custos pode ser alcançada.	Pode não gerar nenhum incentivo ao bom desempenho do prestador de serviços, nem em termos quantitativos, nem qualitativos; Possível subutilização - redução do acesso e da utilização dos serviços e seleção adversa de risco; Responsabilização total por parte dos prestadores pelos riscos, lucros e perdas, em casos de orçamentações muito rígidas; Quantidade fixa de gastos, mas sem penalidade ao prestador em caso de ultrapassar as despesas, em casos de orçamentações suaves; Complexidade de implementação, e mensuração de indicadores, especialmente quando existem múltiplos pagadores de serviços vinculados ao estabelecimento, como é o caso do Brasil.	Adicionar monitoramento e avaliação da qualidade dos serviços; Monitoramento por meio de indicadores de qualidade e segurança do paciente; Pagamento de valores adicionais dependentes do desempenho do prestador de serviços de saúde; Ajuste do pagamento por fatores de risco; Adoção de protocolos e diretrizes clínicas baseados em evidência científica.	Custos + Metas por desempenho

Fonte: Adaptado de: UGÁ, 2012; BOACHIE et al., 2014; NORONHA et al., 2004; LIMA e RIVERA, 2012

82. Em resumo, as propostas apresentadas giraram em torno da aceitação ou não de tal prática pelas operadoras. A ANS reforça seu entendimento sobre a possibilidade de agrupamento de procedimentos, contudo não incentiva tais práticas quando isoladas, sem qualquer aspecto que considere a obtenção de melhores resultados e maior qualidade da prestação do serviço.

83. Esclarece que as discussões sobre novos modelos de remuneração não consideram a utilização de pacotes como mero agrupamento de procedimentos para fins de redução de custos e burocracia, o que seria uma variante do *fee for service*, mas como a utilização de mecanismos que incentivem a adoção das melhores práticas.

84. Contudo, é necessário reforçar o caráter da livre negociação entre as partes, de forma que o mero ajuste ao *Fee For Service*, com o agrupamento de procedimentos como pacote de procedimentos, embora não recomendado como uma forma autônoma e inovadora de remuneração, não traz, *per se*, prejuízo às partes, não justificando uma intervenção drástica da ANS.

85. Neste sentido, a ANS mantém o entendimento de não poder interferir nas negociações mantidas entre operadoras e prestadores, as quais, a princípio, desde que observadas as disposições regulatórias vigentes, não configuram infração sob a ótica regulatória, que não veda ou impõe a utilização de qualquer modelo remuneratório. Tampouco se pode afirmar que os Pacotes formatados estão em acordo com as orientações da ANS acerca de implementação de novos modelos de remuneração.

86. Contudo, considerando a natureza indutiva e não coercitiva das iniciativas da ANS nessa matéria, é importante ressaltar a inobservância de infrações de cunho regulatório por parte de operadoras que venham a adotar tal adaptação ao *fee for service*, sem afastar a possibilidade de, em uma análise específica pelo Conselho Profissional, seja apontada uma infração ética que pode vir a motivar uma autuação pela Agência Reguladora, na forma do disposto na RN 363/14.

87. Não existe impedimento para o agrupamento de procedimentos, ainda que o pagamento não se dê pela soma integral dos valores cobrados individualmente, até porque os custos administrativos podem diferir quando cobranças são feitas de forma otimizada. O que se veda é que essa cobrança de forma agrupada iniba a realização de procedimentos não previstos no agrupamento, por exemplo, prevendo que não serão pagos os procedimentos não incluídos no pacote, o que configuraria a vedação trazida no art. 5º, IV, da RN 363/14: "restringir, por qualquer meio, a liberdade do exercício de atividade profissional do Prestador;"

88. Portanto, em não havendo uma medida regulatória a ser implementada em relação ao tema discutido, não há que se falar em custos para o setor ou para a ANS.

[13] Art. 1º, 'b' em http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2002/1642_2002.htm

[14] A adoção do procedimento gerenciado objetiva aumentar a eficiência do sistema, eliminando custos de transação que não agregam valor ao paciente e propicia maior previsibilidade na gestão dos sinistros das operadoras de planos de saúde. Inicialmente essa modalidade é recomendada para procedimentos médico-hospitalares cirúrgicos de alta frequência, com baixa variabilidade de desfecho, processo assistencial, uso assistencial, uso de recursos e baixa prevalência de complicações, respeitando a especificidade de cada instituição. Devem ser negociados a viabilidade de aplicação, procedimentos associados, ajuste de risco, novos modelos de auditorias e quando não cabível a utilização do procedimento gerenciado. Nesse caso haveria exclusão do procedimento (conforme elegibilidade e condições clínicas do paciente que demandariam eventos não previstos nos procedimentos gerenciados) que seria cobrado como Conta Aberta Aprimorada, definida como a modalidade de cobrança pela permanência de um paciente por um período indivisível de até 24 horas em uma instituição hospitalar. Itens não compreendidos na Conta Aberta Aprimorada devem ser cobrados separadamente com base nos valores e métricas dos contratos vigentes (*fee-for-service*). No modelo de *fee-for-service*, todos os insumos e serviços são discriminados detalhadamente quando da apresentação da conta hospitalar à operadora.

[15] Acessível em: http://www.ans.gov.br/images/stories/Participacao_da_sociedade/2016_gt_remuneracao/guia_modelos_remuneracao_baseados_valor.pdf

[16] Disponível em <http://www.saude.gov.br/protocolos-e-diretrizes>

3.2.1. Encaminhamentos

89. A CATEC não chegou a uma solução quanto à utilização de pacotes, sendo recomendado pela ANS que a formatação observe as recomendações apresentadas nos guias e publicações da ANS, desincentivando-se, assim, sua adoção como mero agrupamento de procedimentos para fins de redução de custos.

90. Considerando que os novos modelos de remuneração no âmbito da saúde suplementar estão sob discussão na DIDES, bem como a complexidade envolvida nos serviços prestados e a orçamentação dos procedimentos, afastou-se a possibilidade de se normatizar os pacotes com

definição de parâmetros e modulações específicas, a fim de que tal ação não se configure como regulatoriamente abusiva ou excessivamente interventiva, afrontando-se, assim, a já mencionada Lei de Liberdade Econômica.

91. Dessa forma, conclui-se que não cabe à ANS vedar o agrupamento de procedimentos em modelo adaptado de *fee for service*, desde que não restrinja, expressamente, a atividade profissional. Tampouco interceder em relação a valores praticados. A atuação da entidade reguladora no sentido de se buscar uma remuneração baseada na qualidade vem sendo feita de forma indutiva, com a realização da discussão em fóruns específicos.

92. Que atualmente encontram-se abertas as inscrições para apresentação de Projetos que busquem a implementação de modelos de remuneração baseados em valor pelas operadoras, e cujos requisitos para submissão de projetos encontra-se em http://www.ans.gov.br/images/stories/gestao_em_saude/projeto-modelos-remuneracao/modelos-remuneracao-requisitos.pdf.

93. Todas as informações acerca da iniciativa podem ser obtidas acessando <http://www.ans.gov.br/gestao-em-saude/projeto-modelos-de-remuneracao-baseados-em-valor>.

94. A análise casuística sobre o aspecto regulatório seguirá os parâmetros aqui propostos, devendo-se destacar que é atribuição dos Conselhos Profissionais analisar condutas que violem os respectivos Códigos de Ética, razão pela qual, em sendo recebido pela ANS processos julgados pelos Conselhos, nos quais haja condenação das operadoras de planos de saúde por violação ética na formatação dos pacotes (agrupamento de procedimentos), as condutas, já julgadas, serão enquadradas dentro da vedação específica prevista na RN 363/14, com a respectiva lavratura de Representação pela configuração da conduta infrativa.

3.3. Dificuldades na Negociação Contratual

3.3.1. Contexto Jurídico

95. Historicamente, a ANS recebe diversos relatos acerca das dificuldades observadas por ambas as partes nas relações contratuais entre operadoras de planos de saúde e prestadores de serviços de saúde.

96. A atribuição da ANS para atuar nesta área encontra-se prevista na Lei 9.961/00, que em seu artigo 3º, combinado com o art. 4, II estabelece que a ANS tem competência para regular operadoras, inclusive quanto ao seu relacionamento com prestadores, o que inclui o estabelecimento das cláusulas contratuais que devem orientar a relação das partes^[17].

97. Desta feita, a ANS editou entre 2003 e 2004 diversas Resoluções Normativas que tratavam da contratualização. Até o ano de 2014, quando foram revogadas, diversas normas foram editadas com intuito de alterar ou incluir cláusulas obrigatórias, conforme mencionado na introdução desta Nota.

98. A relação contratual entre prestadores de serviço de saúde e operadoras de planos de saúde foi inserida no contexto da Lei 9.656/98 pela Lei 13.003/14 e, como premissa, a Lei trazia o entendimento de que a inexistência do contrato seria um grande problema, decorridos mais de 15 anos da edição da Lei 9.656/98, a Lei Geral dos Planos de Saúde, impactando diretamente o consumidor

99. Parecer apresentado na Comissão de Defesa do Consumidor, na Câmara dos Deputados, por exemplo, traz a seguinte justificativa:

É exatamente a ausência de um contrato escrito, entre as operadoras de plano de saúde e os hospitais, laboratórios e profissionais de saúde, que permite os descredenciamentos súbitos e imotivados de prestadores de serviço de saúde, por parte dos planos, o que muitas vezes prejudica o consumidor. Portanto, a obrigatoriedade de que o vínculo entre eles seja definido mediante um contrato escrito implicará maior segurança e estabilidade aos serviços prestados, haja vista que o consumidor não será mais surpreendido por descredenciamentos intempestivos^[18].

100. Em parecer da Comissão de Seguridade Social e Família, que rejeitou emenda modificativa que tratava da determinação de índice específico para reajustamento dos prestadores, a comissão deixou ainda mais clara a intenção da norma:

Apesar de concordarmos em tese com os argumentos apresentados, não podemos aceitá-la, porque entendemos que não é nesta proposta que ela deva estar, já que aqui tratamos de tornar obrigatória e regular a existência de contratos escritos entre as operadoras de planos de saúde e seus prestadores de serviços, pessoas físicas^[19].

101. Em se tratando da delimitação da atuação da ANS sob o ponto de vista da Lei, em uma interpretação histórica do contexto de sua publicação, vê-se que o campo de atuação da ANS deve ser limitado ao contratual, sob o enfoque da existência do ato como meio de atenuar as mazelas oriundas de uma informalidade na prestação dos serviços.

102. Pondere-se que, embora a RN 363/14 tenha determinado a adaptação de todos os contratos às suas regras, decorridos 5 anos de sua vigência, observa-se que os contratos em vigor não foram em sua totalidade adaptados, o que será demonstrado ao longo desta seção, muito embora no Requerimento de Informações enviado às operadoras conste que 27.210 contratos de 27.214 tenham sido aditivados após a vigência da RN 363/14.

103. Acresce-se ao contexto acima descrito as lições do Direito sobre a Teoria dos Contratos, discussões da CATEC, bem como o tratamento dado pelo Código Civil brasileiro.

104. O representante do Ministério Público Federal manifestou-se na segunda reunião da CATEC, realizada em 20/12/2018, no sentido de a Agência Reguladora, por seu papel no Estado brasileiro, ter plena legitimidade para ditar regras com fins a disciplinar o relacionamento das partes, mitigando, desta forma, a mera autonomia das vontades.

105. Busca-se conciliar a vontade das partes com o relevante interesse social envolvido no contrato firmado que, ao final, impactará em um terceiro, alheio à relação contratual, qual seja o consumidor de plano de saúde/paciente atendido pelo prestador de serviço de saúde, razão pela qual o Estado atua para que eventuais desacordos existentes sejam minimizados e não terminem por gerar desassistência à saúde da população que utiliza o sistema privado de saúde, como um autêntico guardião da Função Social do Contrato, prevista no art. 421 do Código Civil, recentemente alterado pela Lei 13.874/2019, com inclusão do parágrafo único, cuja sua previsão acaba por ser excepcionada na sequência, conforme será explicitado nas linhas que se seguem:

Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato. (Redação dada pela Lei nº 13.874, de 2019)

Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

106. Como se observa, em princípio, em se tratando de um negócio envolvendo dois entes privados, vigoraria o Princípio da Intervenção Mínima, o que estaria reforçado pelo art. 421-A que presume a paridade e simetria desses contratos, também inserido pela Chamada Lei da Liberdade Econômica. Contudo, tal interpretação não resiste à observação da existência de uma terceira parte, não diretamente envolvida no negócio jurídico, mas por ela criticamente afetada.

107. Ademais, esse mesmo artigo afastou a presunção em hipóteses previstas em Leis Especiais, o que ocorre com a relação em apreço, cujas regras contratuais estão insertas na Lei 9.656/98 e cuja motivação já foi exposta nos parágrafos anteriores.

Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que: [\(Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019\)](#).

I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução; [\(Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019\)](#).

II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e [\(Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019\)](#).

III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada. [\(Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019\)](#).

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, deverá-se adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

(...)

108. O Código Civil traz para o bojo das relações contratuais diversos princípios que devem ser considerados na elaboração, assinatura e execução do contrato, dentre os quais destacam-se o Princípio da Função Social do Contrato, Boa-fé Objetiva, Interpretação Mais Favorável ao Aderente, entre outros.

109. Socorrendo-se da doutrina jurídica menciona-se Carlos Roberto Gonçalves, que traz a seguinte citação, remetendo a lição de Caio Mário:

Segundo CAIO MÁRIO, a função social do contrato serve precipuamente para limitar a autonomia da vontade quando tal autonomia esteja em confronto com o interesse social e este deva prevalecer, ainda que essa limitação possa atingir a própria liberdade de não contratar, como ocorre nas hipóteses de contrato obrigatório. Tal princípio desafia a concepção clássica de que os contratantes tudo podem fazer, porque estão no exercício da autonomia da vontade. Essa constatação tem como consequência, por exemplo, possibilitar que terceiros, que não são propriamente partes do contrato, possam nele influir, em razão de serem direta ou indiretamente por ele atingidos[20].

110. A Lei da Liberdade Econômica em nada alterou a ideia exposta pelo representante do *Parquet* Federal, sobre os deveres da ANS ao tratar desta relação contratual, uma vez que ela, por estar prevista em Lei Especial, e por gerar consequências para terceiros, os beneficiários de planos de saúde, que terão sua assistência diretamente afetadas pelo surgimento de conflitos na execução dos contratos, não deve ser abandonadas à própria sorte pela presunção de paridade das partes.

111. GONÇALVES prossegue com citação do jurista Araken de Assis, que ilustra perfeitamente o que fora exposto no parágrafo anterior:

Respeitando sua função econômica, que é a de promover a circulação de riquezas, ou a manutenção das trocas econômicas, na qual o elemento ganho ou lucro jamais poderá ser desprezado, tolhido ou ignorado, tratando-se de uma economia de mercado.

(...)

Toda vez que o contrato inibe o movimento natural do comércio jurídico, prejudicando os demais integrantes da coletividade na obtenção dos bens da vida, descumpra sua função social.

112. Como corolário da Função Social do Contrato ganha protagonismo a Boa-fé, que de sua vertente objetiva, introduzida pelo Código Civil de 2002, apresenta-se como uma regra própria de conduta, e a probidade, previstos no art. 422, do Código Civil, que exigem das partes comportamento correto, probó, durante as tratativas e execução dos contratos.

113. Da Boa-Fé objetiva advém, ainda, deveres colaterais como o dever informacional, ou seja, de prestar todos os esclarecimentos necessários para a correta execução do contrato; proteção, evitando que situações prejudiciais ocorram; lealdade e cooperação, sendo a violação de qualquer desses deveres um autêntico descumprimento contratual.

114. Por fim, ainda que os contratos firmados entre operadoras de planos de saúde e prestadores de serviços de saúde não possam ser classificados como autênticos contratos de adesão, há que se reconhecer que tal característica impregna uma grande quantidade de relações contratuais firmadas entre essas partes, razão pela qual também se deve observar a premissa trazida pelo artigo 423 acerca da interpretação mais benéfica ao aderente no caso de omissões ou contradições presentes no contrato, de modo que, nas hipóteses em que os contratos celebrados resultarem de mera adesão de uma das partes ao instrumento elaborado e imposto pela outra, este se aplicará.

3.3.2. Contexto Econômico

115. Em se tratando de um negócio bilateral entre pessoas jurídicas de direito privado, a autonomia das vontades é essencial para que seja alcançado um acordo, um bom termo no relacionamento das partes, com a mínima interferência estatal conforme premissas já colocadas nesta nota.

116. Contudo, em uma economia de mercado, diversas dificuldades se impõem à realidade consensual de uma relação, podendo diminuir ou até eliminar o exercício da vontade de uma das partes, forçando acordos que atendam predominante ou exclusivamente uma das partes.

117. Chama-se esta situação de “exercício do poder dominante”, quando uma das partes possui um poder negocial capaz de suplantar a vontade da outra parte que se mostra extremamente dependente de um acordo, com a premissa de que um acordo muito ruim ainda será melhor que uma inexistência de acordo.

118. Mas nem sempre é fácil determinar se, e qual parte, detém o poder de conduzir de forma “unilateral” uma negociação, dependendo de diversos fatores e variáveis que dificultam uma análise *per se* de uma eventual conduta infrativa à ordem econômica.

119. Idealmente, o mercado da saúde suplementar ou qualquer mercado deveria ser perfeitamente competitivo, com uma grande variedade de compradores e vendedores e sem uma grande diferença dos serviços oferecidos, assim, os preços seriam estáveis e tenderiam a um equilíbrio. Ademais, a entrada e saída de empresas deveria ser livre, de forma a sempre garantir preços próximos ao custo marginal do produto ou serviço ofertado.

120. O mercado, no entanto, atua com diversas imperfeições, que deturpam o seu equilíbrio. Em havendo apenas um comprador, por exemplo, com operadoras de planos de saúde atuando sozinhas em determinados mercados, essas tendem a controlar o preço pago aos prestadores de serviço de saúde.

121. Possível, ainda, situação inversa, em que somente um prestador atua com monopólio da prestação de serviço, também podendo influenciar de forma direta e negativa na eficiência do mercado, gerando custos maiores com um grande alargamento de sua margem de lucro, o que também não se mostra sustentável.

122. Isto posto, as dificuldades existentes para que seja analisado o mercado da saúde suplementar, sob o ponto de vista do relacionamento entre operadoras e prestadores de serviço de saúde, não pode se limitar aos relatos recebidos de parte a parte, sendo necessária a análise conjuntural do mercado, que demanda um trabalho técnico e específico que vai além da contratualização entre as partes.

123. Existe grande dificuldade em se definir o padrão do mercado de saúde suplementar, cuja variação de sua estrutura, conforme a região do país, torna muito complicada uma resolução mediante a imposição de obrigações genéricas, ou seja, uma obrigação tida como razoável em um grande centro pode não sê-la no interior, o que impõe à ANS um extremo cuidado ao tratar do tema da contratualização.

124. Alguns pontos que precisam ser analisados estão listados abaixo:

- Concentração do mercado de operação de planos de saúde. Locais onde operadoras atuam em posição monopolista;
- Concentração do mercado na prestação de serviço de saúde. Locais onde prestadores atuam em posição monopolista;
- Dispersão da rede prestadora e impacto no preço pago pelas operadoras;
- Quantidade de profissionais existentes, bem como a quantidade de novos profissionais que ingressam no mercado de trabalho, graduados pelas universidades;
- Relação entre os valores praticados e as situações acima listadas;
- Comparativo entre os valores praticados em locais com mais e menos concorrência, por exemplo, separando os entes federativos em capitais e interior.

3.3.3. Dados Disponíveis

125. Para fins de revisão da norma quanto aos efeitos por ela produzidos, a DIDES já colocou em prática algumas iniciativas. Em 2017, elaborou questionário, denominado Pesquisa de Contratualização, já mencionada nesta nota, para obter informações das partes em relação a perguntas específicas, sendo certo que o questionário foi disponibilizado através do site da ANS, tendo como característica a voluntariedade das respostas.

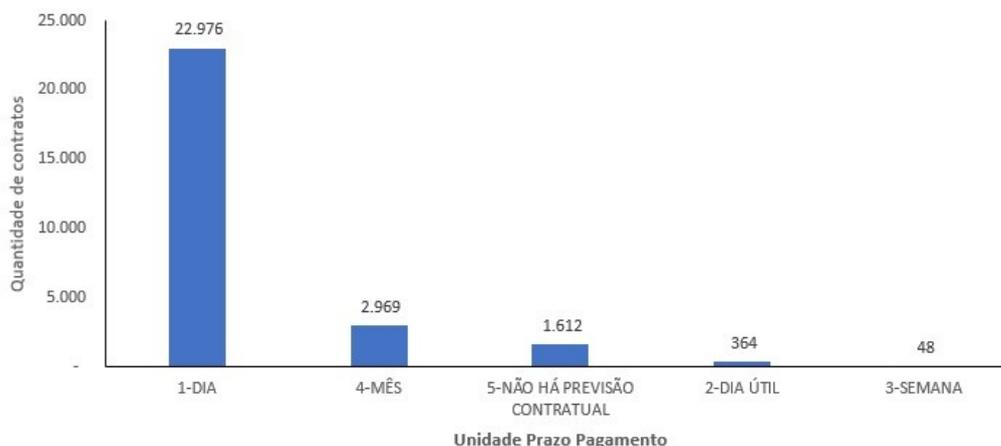
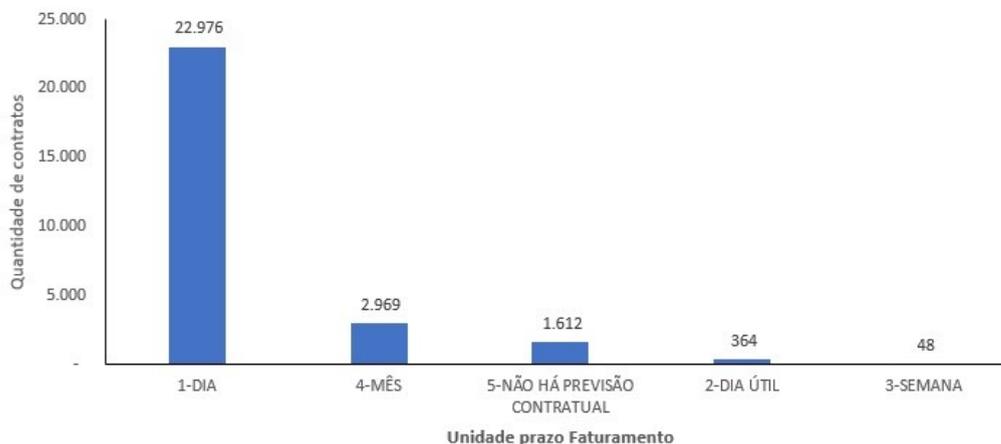
126. Com base nos formulários de resposta à pesquisa de contratualização, observaram-se as seguintes dificuldades na negociação contratual:

- Os prestadores de serviços de atenção à saúde salientam dificuldade em se discutir pontos de discordância nos instrumentos contratuais elaborados pelas operadoras e em alterar eventual cláusula contratual, sobretudo quando referentes à precificação ou ao reajuste, dispostas em contratos semelhantes aos de adesão.
- As operadoras salientam dificuldade em se discutir pontos de discordância nos instrumentos contratuais, sobretudo aqueles referentes à precificação ou ao reajuste, com certos prestadores de serviços, que se valem de sua posição de destaque em localidades carentes de especialidades, mediante a imposição de preços muito acima dos valores praticados no setor de saúde suplementar.

127. Tais dificuldades demonstram que apesar da edição da Lei 13.003/14 e sua regulamentação pela ANS, ainda existe um grau de desequilíbrio no mercado, embora o mesmo resultado deva ser relativizado em razão da metodologia da pesquisa e de seu aspecto voluntário

128. Além da Pesquisa acima mencionada, a ANS também realizou o Requerimento de Informações, também já abordado nesta Nota, em que diversas questões sobre as cláusulas contratuais vigentes foram colocadas. Como diferencial, esse requerimento foi de resposta obrigatória, obtendo-se dados mais qualificados sobre alguns aspectos contratuais.

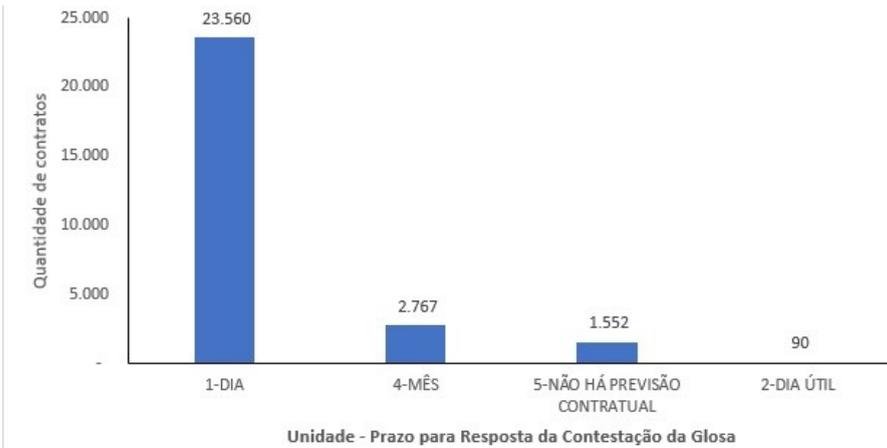
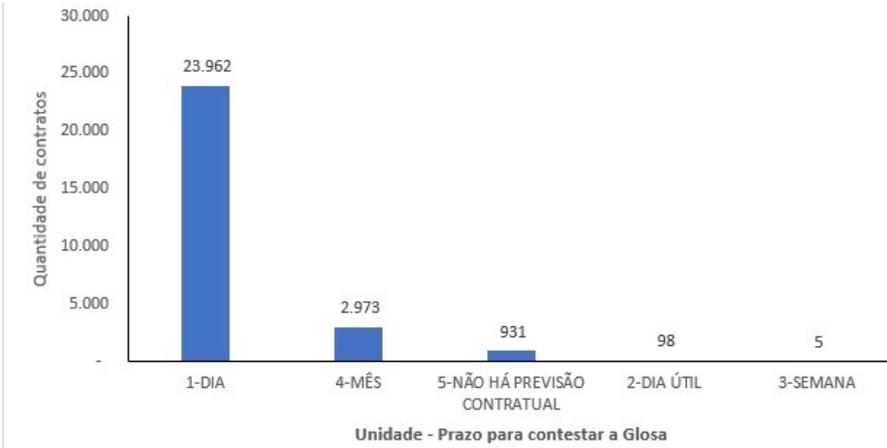
129. Verificou-se que diversas cláusulas tidas como obrigatória ainda não constam dos Contratos, bem como uma diferença relevante quando analisadas questões que seriam de interesse de uma ou de outra parte, apontando para a necessidade de uma revisão em busca dessa paridade através da definição de cláusulas espelho, ou seja, os direitos e deveres das partes devem ser correspondentes:



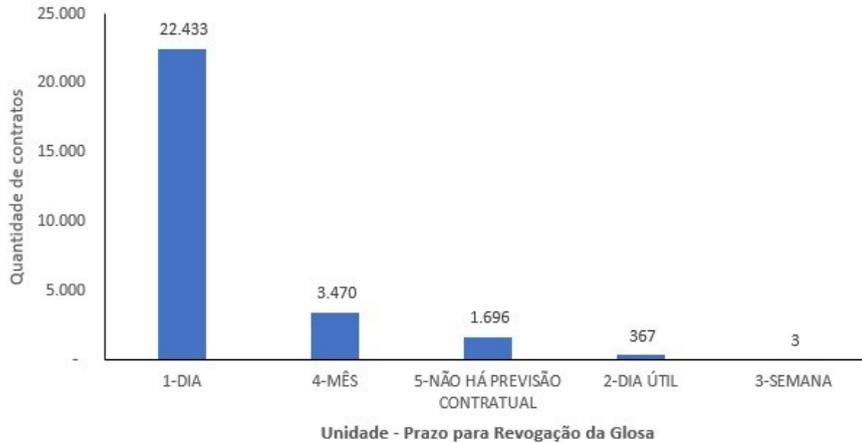
130. Prazos para faturamento e pagamento, por exemplo, são cláusulas obrigatórias, conforme art. 4º II da RN 363/14 e 17-A, §2º, II da Lei 9.656/98, mas constatou-se que, passados cerca de 5 anos da edição da Lei 13.003 e sua regulamentação, ainda há muitos contratos cuja cláusula

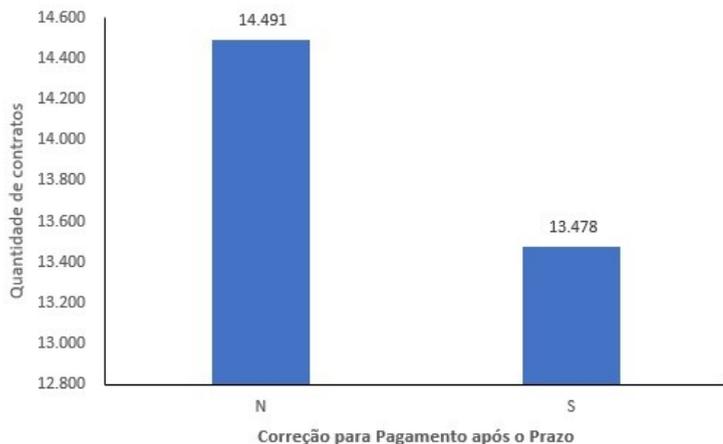
não existe.

131. Prazos de relativos à contestação de glosa e resposta da operadora, que deveriam ser espelhados, conforme o parágrafo único do art. 14 da RN 363/14 não o são e verifica-se que, em muitas situações, a obrigação para as operadoras é menos rigorosa que para os prestadores, haja vista que há um número bem maior de contratos que sequer tem prazo para que a operadora responda à contestação da glosa.

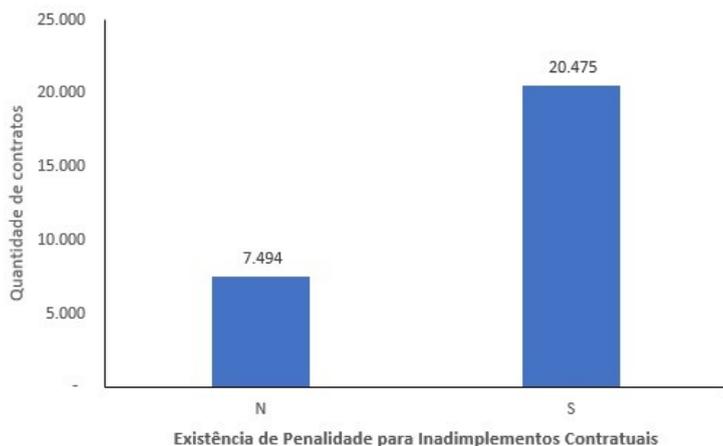


132. Inexiste prazo, ainda, para o pagamento, após a revogação da glosa, em quantidade relevante de contratos informados, acresça-se que mais da metade dos contratos sequer possui previsão de correção para os pagamentos quando feitos após o prazo:



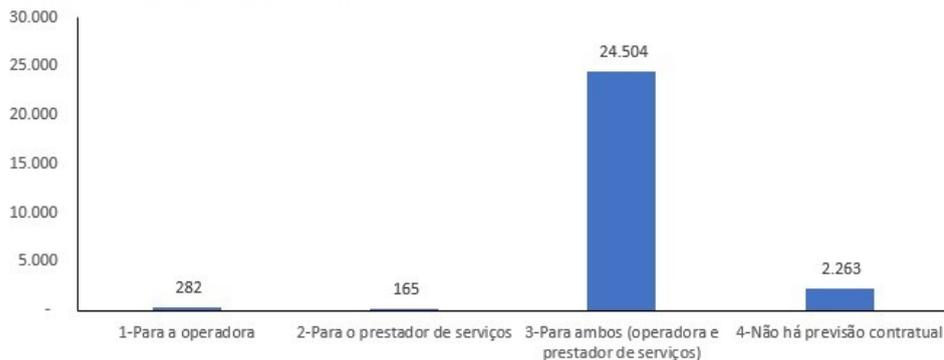


133. Outro ponto relevante que se destaca é que a maioria dos contratos não possui previsão de penalidade para o seu inadimplemento, outra cláusula que deveria ser obrigatória conforme o art. 17-A, §2º, V da Lei 9.656/14 e art. 4º, V, da RN 363/14:

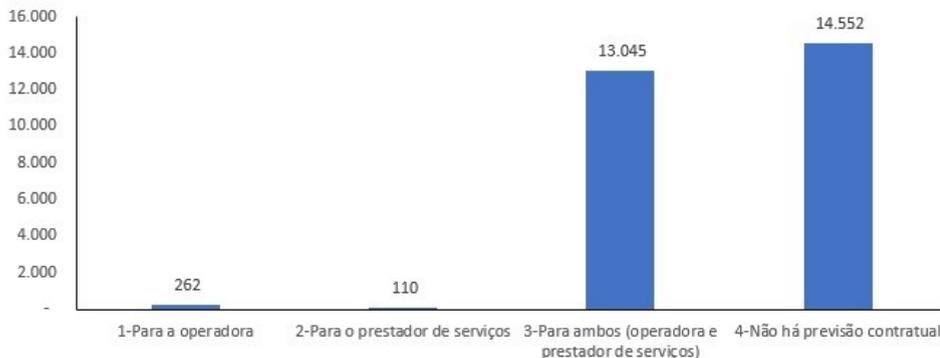


134. Outros exemplos de inefetividade da norma está na grande quantidade de contratos que não trazem prazos para que seja informada a rescisão contratual e, em especial, para a não renovação, ao arrepio do art. 17-A, §2º, IV da Lei 9.656/98 e art. 4º, IV da RN 363/14.

Contagem Distinta de Identificação do Contrato

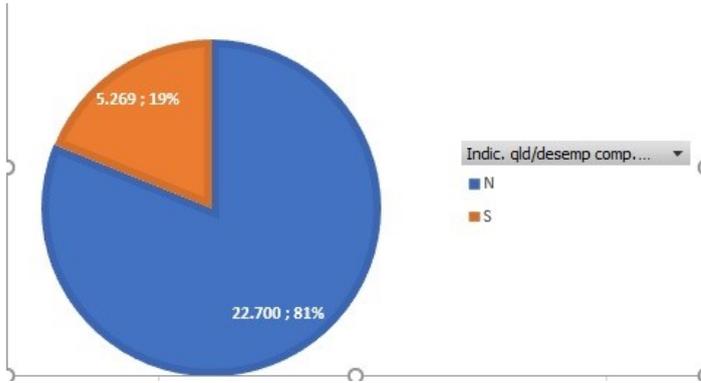


Prazo rescisão



Prazo não renovação

135. Além disso, os contratos são meramente formais e comerciais, com pouca ou nenhuma incorporação de aspectos relativos à qualidade da assistência contratada, não se refletindo na melhoria dos serviços prestados aos beneficiários de planos de saúde. Os contratos não contemplam conteúdo relativo a indicadores qualitativos ou quantitativos de qualidade assistencial ou, mesmo, critérios para indicação de procedimentos, como utilização de diretrizes clínicas ou protocolos.



136. Impende informar, neste aspecto, que em 2018 a ANS editou a RN 436/18 que impõe que os contratos firmados após sua vigência sejam elaborados considerando critérios de qualidade e qualificação, seja na definição da remuneração do prestador ou no reajuste a ser aplicado.

137. Diante de todos os dados expostos verifica-se que diversas cláusulas obrigatórias previstas pela Lei 9.656/98 e RN 363/14 sequer são observadas, sendo importante um reforço quanto a esta obrigatoriedade, sobretudo com uma maior determinação pela ANS de quais cláusulas necessitam estar em contrato.

138. Verifica-se que as previsões da RN 363/14 tendem a ser muito genéricas, com diversas cláusulas obrigatórias constando de um único artigo, inciso ou parágrafo, o que dificulta não apenas a observação das mesmas como a própria fiscalização e a negociação das partes, bem como a própria utilização de meios alternativos de solução de conflitos, uma vez que contratos pouco claros tornam o objeto da negociação, por vezes, obscuro ou impreciso.

139. Constatou-se que uma norma mais descritiva tende a trazer maiores benefícios em uma relação contratual, tornando-a menos desigual, pelo incremento na transparência e clareza de suas cláusulas.

140. A imposição de adaptação contratual, como feita no passado, traz questionamentos jurídicos relevantes, além de grandes custos para o setor, sendo um ponto de preocupação desta Diretoria em qualquer revisão normativa.

141. Salienta-se que com a edição da RN 436/18 a DIDES já inseriu artigo que desobrigava a adaptação automática de contratos, postergando-as para os momentos de negociação, seja de um novo contrato ou da assinatura de aditivos/renovação.

142. Na mesma linha, buscando reduzir os custos regulatórios das medidas adotadas, alterações na norma da contratualização não exigirão a adaptação dos contratos firmados, o que fará com que seus efeitos demorem mais para serem sentidos, uma vez que o ritmo de aderência a norma será menor, contudo seus custos serão substancialmente diluídos no tempo.

143. Operadoras e prestadores passarão a adotar contratos conforme nova norma somente após sua vigência, dispensando-se adaptação que gera enormes custos para o setor, podendo-se afirmar a inexistência de custos imediatos.

144. Em relação aos custos futuros pondera-se que havendo uma previsão mais clara de cláusulas a serem previstas gerará um custo para a elaboração de contratos, contudo trará o benefício de torná-los mais acessíveis por exigir menos esforço para analisá-los conforme o normativo, o que poderá trazer redução de custos em relação a necessidade de realização de análises jurídicas das minutas.

145. A redução da discricionariedade acerca de quais cláusulas deverão constar em contrato, refletida pelo incremento das determinações normativas, também permitirá a redução de custos administrativos pela maior padronização contratual e aqui, é importante que se diga, que essa redução não atinge, de forma alguma, a autonomia das partes em negociar, apenas aponta especificamente quais são os pontos de maior relevância que precisam estar no contrato, sem imposição de valores/prazos pelo regulador.

3.3.4. Encaminhamentos

146. Constatada a permanência de elevado número de contratos que ainda se encontram em desacordo com os ditames da Lei e de sua regulamentação, a ANS verifica que um maior detalhamento com relação as obrigações a serem positivadas em um contrato tende a torná-los mais efetivos;

147. Além disso, a observância dos Princípios que regem os contratos no ordenamento jurídico pátrio torna mais acessível a compreensão dos contratos em eventual necessidade de composição de lides;

148. Contratos com cláusulas mais bem definidas tendem a ser mais transparentes, facilitando sua negociação diretamente entre as partes ou com auxílio de terceiros;

149. A mera previsão normativa sobre a necessidade de adaptação dos contratos não é suficiente para induzir a adaptação dos instrumentos jurídicos, além de não ser a forma juridicamente mais indicada, por colidir com princípio da Segurança Jurídica pela não preservação do Ato Jurídico Perfeito;

150. Das discussões e reflexões aqui expostas restam como encaminhamentos a busca pelo incremento da qualidade no setor, o que a DIDES vem fazendo em outros fóruns, como forma de aumentar o poder negocial, sobretudo dos prestadores, colocando o incentivo a qualidade e qualificação como essencial para a sustentabilidade do setor;

151. Induzir, por outros meios, a adaptação contratual ou mesmo garantir uma maior equidade das partes através da valorização da negociação, com auxílio de profissionais especializados ou pela utilização da tecnologia, conforme será descrito mais adiante.

152. Por estas razões, a ANS estuda também mecanismos de incentivo/indução da utilização de metodologias alternativas de solução de conflitos que serão discutidas a seguir, uma vez que seria uma forma de reiniciar as discussões sob novos padrões, retornando aos níveis de confiança existentes preteritamente[21].

[17] Art. 3º A ANS terá por finalidade institucional 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.

Art. 4º Compete à ANS:

(...)

II - estabelecer as características gerais dos instrumentos contratuais utilizados na atividade das operadoras;

[18] Consultado em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=776322

[19] https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=E1CDA0844B116E0E300799456F51E6BF.proposicoesWebExterno?codteor=1249283&filename=Avulso+-PL+6964/2010

[20] GONÇALVES, Carlos Roberto, *Direito Civil Brasileiro, vol. III – Contratos e Atos Unilaterais*, 14ª Ed., 2017. Ed. Saraiva Jur.

[21] THALER, Richard H. *Misbehaving - A Construção da Economia Comportamental*. Ed Intrínseca, 2019

3.4. Fomentar a utilização de meios alternativos de solução de conflitos

153. Conforme contextualização do item anterior, a negociação entre as partes encontra diversos obstáculos para concretizar-se de forma efetiva, sobretudo por se tratar o mercado da Saúde Suplementar de um mercado heterogêneo, ora com ampla concorrência, ora contaminado pela existência de monopólios ou monopólios.

154. Contornar tais problemas envolve iniciativas em diversas áreas, contudo, estando a DIDES restrita ao campo da Contratualização nesta CATEC, o principal objetivo a ser buscado é a transparência das relações, o que deve ser alcançado pela existência de um contrato escrito que seja claro e detalhado o suficiente para evitar lacunas a serem preenchidas pelo exercício do poder dominante de uma das partes.

155. Uma vez que o problema vem sendo abordado há certo tempo, (como demonstrado a ANS já editou norma sobre este assunto desde o ano de 2003) faz-se necessário a busca, não apenas de aperfeiçoamento daquilo que já existe, como a adoção de novas abordagens para obtenção de melhores resultados.

156. Nos dias atuais já há uma grande tendência em se buscar uma solução fora do Poder Judiciário para a solução de contendas, eis que em se tratando de processo judicial, o que se busca é a resolução de uma pendência específica, não se importando com o problema que o causou. Tratam-se os sintomas, não a doença. Nesse sentido discorre Fernanda TARTUCE[22]:

No acesso à justiça no modelo tradicional, a busca da solução final acaba se resumindo a resolver apenas a crise jurídica, deixando em aberto impasses de outras naturezas; como estes não costumam ser conjuntamente dirimidos, a tendência é que retornem em um momento futuro “porventura até recrudescidas”

157. Diante das dificuldades supramencionadas na negociação contratual, vale chamar a atenção para a possibilidade de utilização de instrumentos de intermediação, com o intuito de se colaborar para o alcance de solução conciliatória, sendo possível ainda a previsão de cláusula contratual específica sobre meio alternativo de resolução de conflitos, a exemplo da mediação ou conciliação, sendo uma verdadeira afirmação do Princípio da Autonomia das Vontades, como pontuado por TARTUCE[23]:

A mediação permite que o indivíduo decida os rumos da controvérsia e protagonize uma saída consensual para o conflito: ao incluir o sujeito como importante ator na abordagem da crise, valoriza-se sua percepção e considera-se seu senso de justiça. Como facilmente se percebe, a autonomia da vontade está ligada à dignidade e à liberdade.

158. Nesse contexto, a ANS propõe a ampliação do diálogo entre as partes, com o reforço propósito de solução consensual dos conflitos, sobretudo pelo lado da operadora, uma vez que representa uma racionalização dos impactos impondo alterações para aquele agente que:

- Está melhor preparado para colocar em prática tal adaptação;
- Está em menor número de forma a minimizar a necessidade de alterações estruturais;
- O agente que realiza o pagamento pelos serviços prestados sendo onde estão localizados os principais entraves relacionais;
- Trata-se do ente regulado, por força de lei, pela ANS.

159. Esta ampliação do diálogo deve se dar através da instituição de um canal de comunicação previsto no próprio contrato firmado entre as partes, para o tratamento dos eventuais conflitos surgidos em virtude de sua execução, antes que a Agência Reguladora tenha que ser acionada para intervir.

160. A instituição deste canal tem como inspiração a previsão contida na RN nº 395/2015, , que *dispõe sobre as regras a serem observadas pelas Operadoras de Planos Privados de Assistência à Saúde nas solicitações de procedimentos e/ou serviços de cobertura assistencial apresentados pelos beneficiários, em qualquer modalidade de contratação*. Tal normativo obrigou operadoras a oferecerem estruturas para o atendimento de beneficiários, bem como tornou necessária a concessão de protocolos aos beneficiários para comprovação de contato:

Art. 8º Sempre que houver a apresentação de solicitação de procedimento e/ou serviço de cobertura assistencial pelo beneficiário, independente do canal pelo qual seja realizado ou qual seja sua finalidade, deverá ser fornecido número de protocolo como primeira ação, no início do atendimento ou logo que o atendente identifique tratar-se de demanda que envolva, ainda que indiretamente, cobertura assistencial.

161. Cumpre ressaltar que, embora a citada norma tenha servido de inspiração para a instituição deste canal, dada a natureza distinta das partes que compõem a relação ora analisada, a regulação não adentrará aos detalhes da implementação de tal canal, não dispondo sobre estrutura, prazo, rito, etc. Ater-se-á à previsão de que o contrato obrigatoriamente preveja a existência do canal, além do procedimento a ser observado para sua utilização.

162. Dessa forma, estimula-se o exaurimento das tentativas de autocomposição dos conflitos pelas próprias partes sem provocar aumento de custos, uma vez que será possível se promover apenas uma adaptação da estrutura já existente nas operadoras para tratamento das demandas originárias dos consumidores para tratar, também, as demandas oriundas de seus prestadores de serviços.

163. Nesse sentido, a princípio, para observância desta nova previsão regulatória, bastaria às operadoras promover treinamento dos agentes que tratarão das demandas dos prestadores ou mesmo tão somente ajustar o atuação de suas estruturas já existentes de gestão da rede prestadora de serviços, cuja existência se presume por ser inerentes ao negócio operação de planos privados de assistência à saúde.

164. O aproveitamento de uma estrutura existente, portanto, reduz de forma substancial o impacto da medida e o fato de se concentrar naquele agente que se encontra em menor número também reduz eventual custo global.

165. Por fim, a própria lógica do canal se presta a receber e resolver conflitos decorrentes da relação contratuais entre as partes que, em se tratando de relações econômicas, em grande medida, gira em torno de questões remuneratórias, sendo lógico a estruturação da fonte pagadora para receber demandas de quem remunera para prestar o serviço.

166. Ademais, é possível também às operadoras o aproveitamento da unidade de Ouvidoria para a realização de tal atividade, uma vez que estas já são de instituição obrigatória por força da RN 323/13, , conforme autoriza a própria RN:

Art. 3º, § 3º A estrutura dos canais de acesso à Ouvidoria poderá ser compartilhada com os demais canais de atendimento ou relacionamento da operadora.

167. Além disso, a própria adoção de modelo que fomenta a utilização de meios alternativos de solução de conflitos necessita passar por uma análise mais acurada, sob risco de se tornar letra morta qualquer previsão nesse sentido. Sendo assim, como hipóteses de tratamento das demandas que lhe serão submetidas, preliminarmente a ANS levantou algumas opções existentes.

OPÇÕES REGULATÓRIAS	VANTAGENS	DESVANTAGENS
<p style="text-align: center;">1</p> <p style="text-align: center;">Utilização de espaço específico para apresentação de denúncias, no site da ANS, com intermediação da Agência</p> <p style="text-align: center;">(visão genérica)</p>	<p>A utilização de ambiente virtual, especificamente o site da ANS, reduz os custos operacionais e facilita a conexão entre as partes e o acesso ao ente público, visto romper a barreira geográfica eventualmente existente, proporcionando, ainda, acessibilidade aos que possuem mobilidade reduzida, pelos mais variados motivos</p> <p>Com as demandas sendo apresentadas diretamente entre as partes, através de um espaço disponibilizado no site da ANS, dá-se a oportunidade de resolução do problema antes mesmo de a ANS começar a apurar eventual conduta infrativa, possibilitando a resolução de conflito com custo mínimo para a Administração.</p> <p>Busca pela desburocratização do serviço público com a facilitação do acesso e sistematização de processos.</p> <p>Possibilidade de receber documentos por via eletrônica, agilizando eventual apuração de conduta infrativa.</p>	<p>Não ataca a fonte do problema exposto no tópico anterior acerca das dificuldades advindas dos aspectos fáticos da relação.</p> <p>A sua concretização no plano fático depende da atuação conjunta de vários setores dentro e fora da ANS</p> <p>Igualmente, a sua concretização no plano fático depende da atuação concentrada da TI, a impor maior lapso temporal para a sua realização, não apenas pela complexidade da elaboração e execução do sistema, mas, igualmente, pela existência de fila de trabalhos submetidos à TI, a ser obedecida</p>
<p style="text-align: center;">2</p> <p style="text-align: center;">Instituições mediadoras, homologadas pela ANS, elencadas no site da ANS, para livre escolha das partes</p>	<p>Publicação no Portal da ANS das instituições mediadoras homologadas seria mais simples de concretização do que o desenvolvimento de um sistema próprio, ainda que se valendo de alguma estrutura já existente.</p> <p>A homologação das instituições mediadoras pela ANS, teoricamente, aumentaria a confiança no sucesso da autocomposição, sobretudo por serem de livre escolha dos interessados</p> <p>Composição de interesses mais técnica, pois a intermediação dar-se-ia por mediadores com conhecimento sobre saúde suplementar</p> <p>A realização de composição de interesses por instituição mediadora externa reduz risco de</p>	<p>A sua concretização no plano fático depende da atuação conjunta de vários setores dentro e fora da ANS</p> <p>Igualmente, a sua concretização no plano fático depende da promoção de procedimento prévio de chamamento público, ato de “prospecção do mercado”, com o intuito de selecionar número considerável de interessados a prestar o serviço.</p> <p>Maior custo para os interessados, em razão da necessidade da figura de um mediador para a autocomposição</p> <p>Requer um acordo com as instituições elencadas para que a ANS possa acompanhar não só a efetividade da proposta regulatória, como seu futuro aperfeiçoamento.</p> <p>Necessária elaboração de sistema para a recepção de informações (mecanismo de captura) oriundas das instituições mediadoras, após a celebração de acordo entre os interessados. Dentro dessa</p>

	<p>a ANS ser vista pelas partes como ente parcial.</p> <p>Obtido acordo nos moldes do artigo 784, do CPC/2015, será formado título executivo extrajudicial, passível de execução imediata no caso de descumprimento</p> <p>Se não obtido acordo, o mediador redigirá Acordo Negativo de Mediação, que poderá ser útil em eventual demanda judicial, ao sinalizar esforço prévio de não judicialização da questão</p>	<p>sistemática, necessária definição de padrão concernente à divulgação/críticas/identificador, entre outros</p>
<p>3</p> <p>Espaços temporários de autocomposição presencial nos núcleos da ANS</p>	<p>A reunião presencial das partes, sobretudo quando prestadores não possuem familiaridade com ferramentas digitais, contribui para o diálogo aberto e valoriza o aspecto pessoal das negociações, conhecido como <i>"face to face mediation"</i></p> <p>Facultativo o auxílio de mediador para o atingimento do consenso, de modo que se autocomposição sem a figura do mediador os custos para os interessados seriam praticamente nulos</p>	<p>O local da prestação de serviços nem sempre coincide com o lugar da sede/localização dos representantes das operadoras e, dado que o Brasil possui dimensões continentais e inúmeras peculiaridades regionais, isso poderia frustrar o encontro das partes, em razão dos custos operacionais, tais com: deslocamento, estadia, entre outros</p> <p>Exige controle por parte da ANS dos agendamentos realizados, a fim de organizar a disponibilidade dos espaços reservados para autocomposição a serem utilizadas pelos interessados</p> <p>Dada a existência de Núcleos espalhados pelo país exigiria um constante acompanhamento e capacitação dos servidores de forma a evitar abordagens dispares para demandas semelhantes.</p> <p>Caso escolhido o auxílio de mediador(es) pelos interessados tal implicaria em custo para os interessados</p> <p>O acordo poderá não se tornar título executivo extrajudicial, se não atendido o disposto no artigo 784, do CPC/2015</p> <p>Incapacidade operacional de tratamento deste tipo de demanda neste ambiente, devido a presença de poucos servidores que já desempenham as rotinas de fiscalização das demandas de beneficiários, atividade principal dos núcleos da ANS e que, segundo dados disponíveis, aumentam a cada ano.</p>

168. A primeira opção apresentada no quadro acima, ao menos em um primeiro momento, mostrou-se a mais viável e com os menores impactos para o setor, isso porque, se trata, essencialmente, de uma adaptação de um fluxo de recepção de demandas pela ANS que reflete, ainda, uma busca pela eficiência administrativa e resposta tempestiva da prestação do serviço público, em linha com o disposto nos Decreto nº 9.723, de 11 de março de 2019, que dispõe sobre a desburocratização na prestação do serviço público e no Decreto nº 9.739, de 28 de março de 2019, que Estabelece medidas de eficiência organizacional para o aprimoramento da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, estabelece normas sobre concursos públicos e dispõe sobre o Sistema de Organização e Inovação Institucional do Governo Federal - SIOIG [24].

169. Nesta opção, os custos de implementação estão basicamente concentrados na ANS, contudo são custos necessários em vista a preparar a Agência Reguladora para o futuro, com a redução da necessidade de mão de obra para dar andamento aos processos eventualmente abertos. Em relação às operadoras, vale mencionar, as alterações resumem-se a alterações de fluxo, com a necessidade de juntada de documentos e respostas antes mesmo de a ANS expedir ofício de notificação acerca da instauração do processo administrativo.

170. Tal mudança trará impactos às operadoras uma vez que a proposta incluirá uma ampliação da atuação de setor de responsável pelo atendimento aos prestadores, contudo esses custos tendem a ser compensados com a resolução prévia de demandas, redução da litigiosidade e

maior seleção das reclamações que dão entrada na ANS, sendo um aprimoramento do fluxo já previsto pela DIDES, através da IN 62/16, já mencionada nesta Nota.

171. Ressalta-se, ainda, que a utilização do canal eletrônico poderá gerar economias para toda as partes envolvidas.
172. À ANS, inicialmente, permitirá redução de custos na comunicação com prestadores, que ainda se dá através de ofícios encaminhados pelos Correios, com custo de envio e AR, uma vez que ao abrir um canal eletrônico, a maior parte das comunicações passará a ser feita através do mesmo.
173. No ano de 2019, em que a GASNT recebeu cerca de 200 denúncias, a economia poderia alcançar cerca de 500 ofícios enviados pelos correios, com AR. Isto porque, em todos os processos, há o envio de um ofício notificando a instauração do mesmo e outro notificando o final das apurações.
174. Os processos podem demandar instruções intermediárias, ademais, em diversas ocasiões uma única demanda envolve diversos prestadores e, por esta razão, mais ofícios acabam sendo enviados.
175. Esses ofícios podem representar um número ainda maior de folhas, pois em diversas situações se faz necessário mandar documentos como anexo.
176. Em relação às operadoras, a disponibilização de canal próprio pela ANS para contato com prestadores, traz, de imediato, o benefício de facilitar o contato e resolução de problemas, além de que, na forma como está sendo desenhado o portal de intermediação, presume-se que demandas mais simples serão resolvidas sem qualquer intervenção regulatória, trazendo mais racionalidade às atividades administrativas.
177. Ainda que a ampliação de um canal de contato com prestadores possa representar, em um primeiro momento, algum custo, ainda que quase totalmente mitigado por estruturas e qualificações já existentes dentro da operadora, com as demandas da ANS chegando através de um único canal,, torna-se mais fácil o monitoramento das mesmas, deixando os demais canais de comunicação, mais disponíveis para trabalhar em situações preventivas, como na prestação de informações.
178. Ademais, poderá, potencialmente, reduzir custos com papel e correspondências também para a operadora.
179. Em relação aos prestadores a existência de um canal institucional que os coloca em contato direto com todas as operadoras, bem como o estabelecimento de um canal específico nas operadoras, muitas vezes viabilizando um contato prévio, facilitará todo o trâmite burocrático de um relacionamento com as mesmas, o que tende a reduzir custos administrativos, bem como os custos eventuais com os Correios.
180. A facilidade da comunicação e a possibilidade de resolução do problema antes de o mesmo ser recebido e analisado pela ANS deve encorajá-los a apresentar suas reivindicações, tornando os contratos e, por consequência, a norma da ANS, mais efetivos.
181. Reforça-se que as operadoras já vêm se comunicando por meio eletrônico com a ANS em diversos processos internos e, especificamente nos processos referentes às denúncias feitas por prestadores de serviço, utiliza-se o PTA para receber e enviar arquivos[25].
182. Para sua implementação, além da necessidade de adequação de sistemas, sobretudo para permitir acesso de usuários externos, com a devida segurança, mostra-se essencial a adequação de normativos vigentes, como a IN nº 62/DIDES, que regulamenta o tratamento dispensado às reclamações, solicitações de providências ou petições assemelhadas, doravante denominadas demandas, que, por qualquer meio, forem recebidas pela DIDES, relacionadas às Resoluções Normativas nº 363, de 11 de dezembro de 2014, nº 364, de 11 de dezembro de 2014, e nº 365, de 11 de dezembro de 2014.
183. A lógica empregada na IN 62/16 é a de que as partes não se comunicam e, por esta razão, não haverá uma prévia busca pelo consenso, motivando, desde a entrada da demanda na ANS, a instauração de processo administrativo sancionador, o que se percebe da leitura de seu artigo 2º[26].
184. Um novo normativo deve dar ênfase a resolução prévia da controvérsia, deixando o processo administrativo sancionador como uma última alternativa, assim, mais que mera formalidade, é essencial que o normativo exponha sua finalidade pelo consenso das partes ao invés de a perpetuação da Lide.
185. O normativo deverá orientar as partes sobre quais seriam as informações e documentos necessários para que seja possível a análise de um caso específico, devendo, ainda, criar incentivos para que as partes resolvam suas pendências antes de ser aberto um processo administrativo para apuração de infração.
186. Essencial, ainda, que esteja prevista forma de apresentação de denúncia que preserve o anonimato do denunciante, deixando claro, no entanto, que o tratamento deste tipo de denúncia será feita de forma distinta, uma vez que a inexistência de identificação do denunciante/contratante inviabiliza a intermediação da demanda.
187. Ressalta-se, ainda, tratar-se de um instrumento a ser disponibilizado, também, às operadoras para apresentarem denúncias em face de condutas dos prestadores de serviço, que serão encaminhadas aos Conselhos Profissionais, através da ANS, conforme acordos de Cooperação a serem assinados entre as partes.
188. Em relação aos Acordos de cooperação a serem assinados entre ANS e Conselhos Profissionais foram abertos os seguintes processos no SEI:
- 33910.018297/2019-74 – Acordo de Cooperação a ser firmado entre ANS e CFM;
 - 33910.018389/2019-54 – Acordo de Cooperação a ser firmado entre ANS e CFO;
 - 33910.018451/2019-16 – Acordo de Cooperação a ser firmado entre ANS e COFEN;
 - 33910.018438/2019-59 – Acordo de Cooperação a ser firmado entre ANS e CFP;
 - 33910.018406/2019-53 – Acordo de Cooperação a ser firmado entre ANS e COFFITO.
189. Isto posto, a nova metodologia de apresentação de demandas permitirá à ANS uma análise mais qualificada das demandas, agrupando-as e penalizando-as de forma mais eficiente, buscando um tratamento mais coletivo, sem ignorar a necessidade individual de cada demandante, que sempre terá a possibilidade de resolver diretamente seu problema junto a parte demandada, exceto nas hipóteses em que se opta pela preservação do anonimato.
190. Em relação às demais opções, saliente-se que não são excludentes, porém demandam maior esforço para implementação, sobretudo em relação a mensuração de impactos regulatórios, neste contexto continuarão a ser discutidas no âmbito da CATEC permanente para oportuna implementação.
191. Neste sentido será importante analisar no contexto da Saúde Suplementar diversas leis e regulamentos que tratam sobre métodos alternativos de solução de conflitos, conforme elencado de modo não exaustivo abaixo:

- Lei da Arbitragem (nº 9.307/96)[27];

- Lei da Mediação (nº 13.140/15)[28];
- Lei Geral das Agências Reguladoras (nº 13.848/19)[29]

192. Uma possibilidade a ser melhor analisada é a elaboração de Programa de Certificação em Boas Práticas Contratuais, nos moldes do que foi instituído pela ANS através da RN 440/18, em que operadoras receberão certificações conforme suas práticas contratuais, sua resolatividade em relação às queixas de seus prestadores, ao grau de aderência a métodos alternativos de resolução de conflitos, bem como ao risco de ocorrer o descumprimento de um prestador após este buscar a solução de um conflito, seja pela via judicial ou alternativa.

193. Durante a CATEC, aventou-se, ainda, aumentar o diálogo das partes pelo reforço das estruturas de ouvidorias das operadoras para que essas passassem a ser responsáveis pelos atendimentos aos prestadores, pelo que sugere-se a incorporação de requisito prévio para a apresentação de demanda à ANS, de forma a incentivar o diálogo das partes, nos moldes do que se encontra previsto na RN 395/16[30].

[22] TARTUCE, Fernanda. Mediação nos Conflitos Cíveis. Ed. Método, 4ª Ed. 2018.

[23] idem

[24] Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9723.htm

[25] RN 411/16 disponível em <http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MzMwMg==>

[26] Art. 2º Para fins de identificação de indícios suficientes de infrações às normas dispostas nas RNs nº 363, de 2014 e nº 364, de 2014, a demanda deve preencher os seguintes requisitos:

(...)

[27] http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm

[28] http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm

[29] http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Lei/L13848.htm

[30] Que Dispõe sobre as regras a serem observadas pelas Operadoras de Planos Privados de Assistência à Saúde nas solicitações de procedimentos e/ou serviços de cobertura assistencial apresentados pelos beneficiários, em qualquer modalidade de contratação.

3.4.1. Encaminhamentos

194. Implementação de ambiente para resolução intermediada dos conflitos, com foco na solução do problema e não no sancionamento de uma das partes, o que se dará, primeiramente, na própria estrutura da operadora, bem como na recepção de denúncias pela ANS;

195. Adequação normativa para que esteja prevista a forma que se dará a intermediação entre operadoras e prestadores, pela ANS, com seus requisitos, fluxos e regras fiscalizatórias;

196. Prosseguir com estudos para elaboração de proposta que vise incentivar a adoção de boas práticas, incluindo a busca de solução consensual dos conflitos, com utilização de métodos alternativos de solução para os mesmos, nos moldes do que foi publicado pela ANS com a RN 440/18, que teve enfoque na Atenção Primária à Saúde, mas com enfoque nas relações contratuais.

3.5. Reiterados Casos de Inadimplência Contratual

197. Por um lado, os prestadores de serviço alegam que as operadoras de planos de saúde têm glosado, sem qualquer justificativa, o faturamento de procedimentos autorizados ou, mesmo, têm aplicado glosas lineares (glosas efetuadas pelas operadoras de maneira ampla e irrestrita, sem justificativa aparente, mesmo que os prestadores tenham atendido a todas as exigências contratuais)

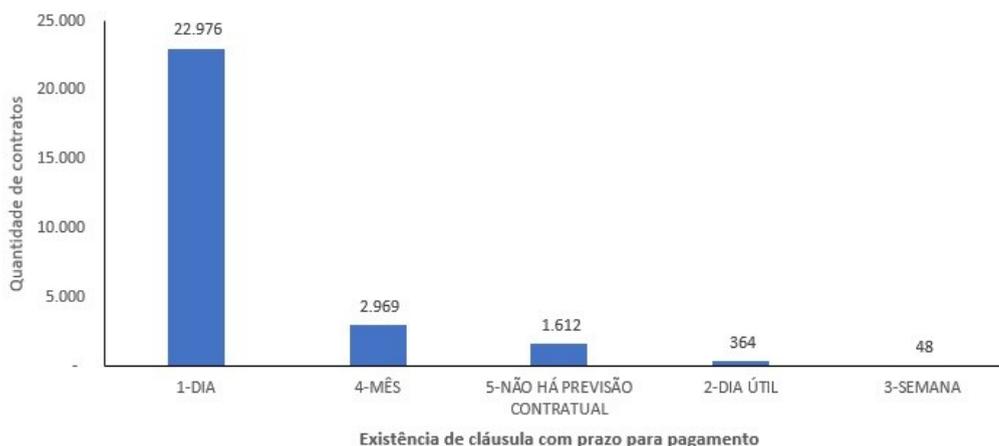
198. Alegam, ainda, que a ausência de prazo limite para a operadora impor glosa sobre o faturamento de procedimentos, previamente autorizados e já realizados, geraria graves transtornos financeiros, em razão do efeito surpresa.

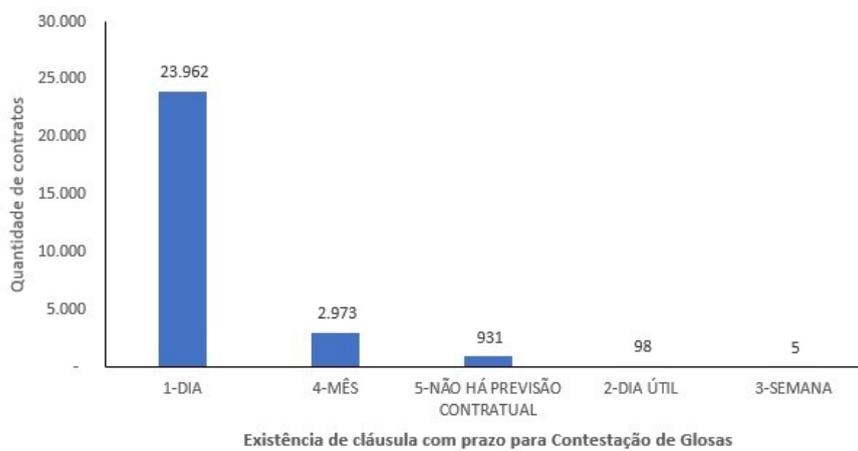
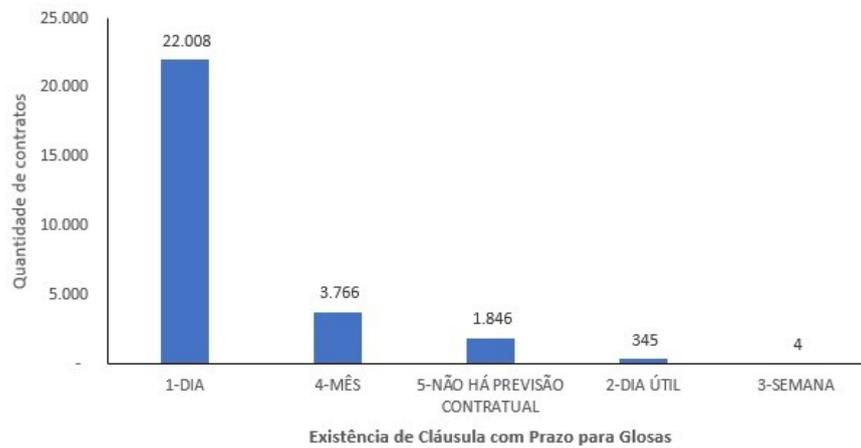
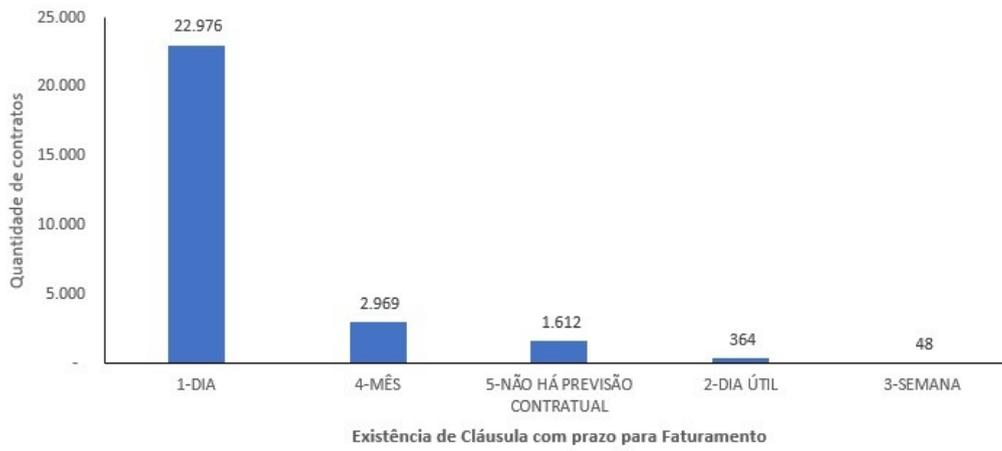
199. A seu turno, as operadoras de planos de saúde justificam as glosas por serem elas inseridas em procedimentos não contratualizados ou, ainda, em duplicidade, ou resultantes de contas superfaturadas. Acrescem que o envio inadequado da informação/documentação (ausência de sistemas informatizados por parte dos prestadores de serviços ou não utilização da versão mais recente da Guia TISS) legitimaria a aplicação de glosas.

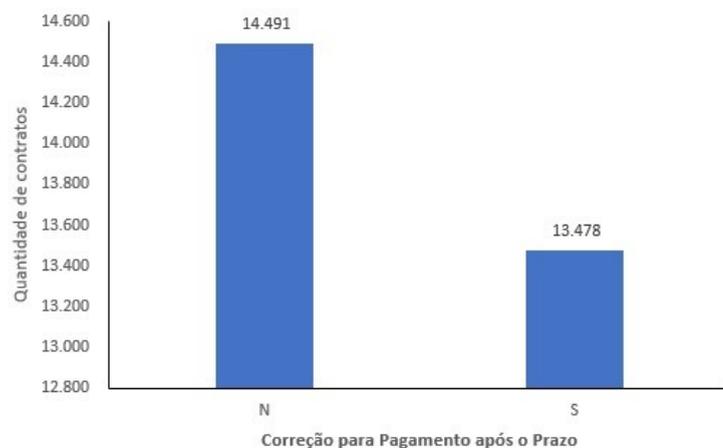
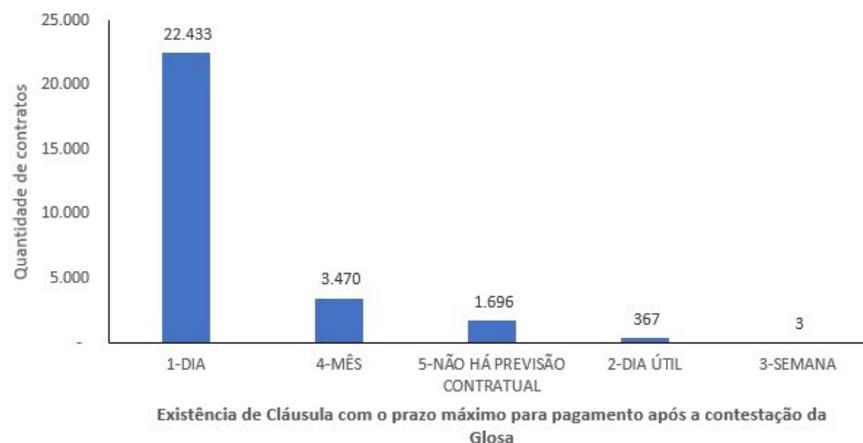
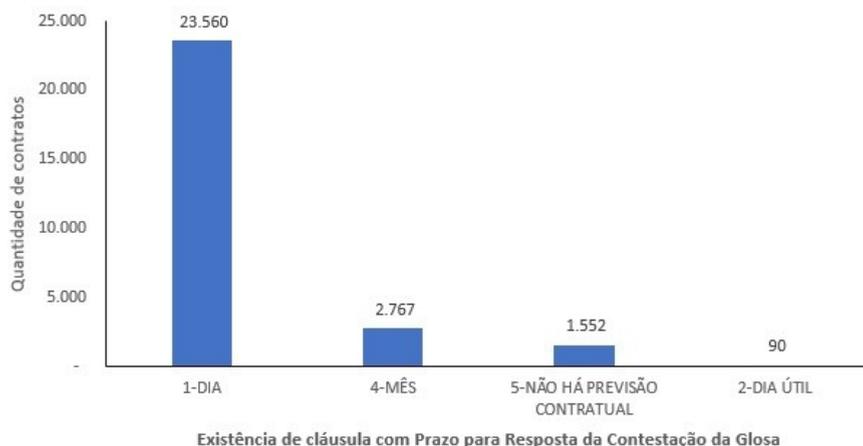
200. Reitera-se que na pesquisa de Contratualização realizada em 2017 o tema glosa não pareceu representar um problema geral do setor, quando muito um problema pontual. Necessário ressaltar que o número de respostas obtidas não foi suficiente para que se obtivesse um real retrato do setor, conforme exposto na apresentação feita na primeira reunião da CATEC (Doc SEI nº 11411868). Assim, para ter uma noção mais acurada sobre o problema faz-se necessário o aprofundamento dos estudos sobre o tema.

201. Expõe-se na sequência alguns dados relevantes do Requerimento de Informações feito pela DIDES:

202. Os dados do Requerimento de Informações apontaram para questões referentes aos tempos de faturamento, pagamento e glosas que corroboram diversas queixas apresentadas no âmbito da CATEC.



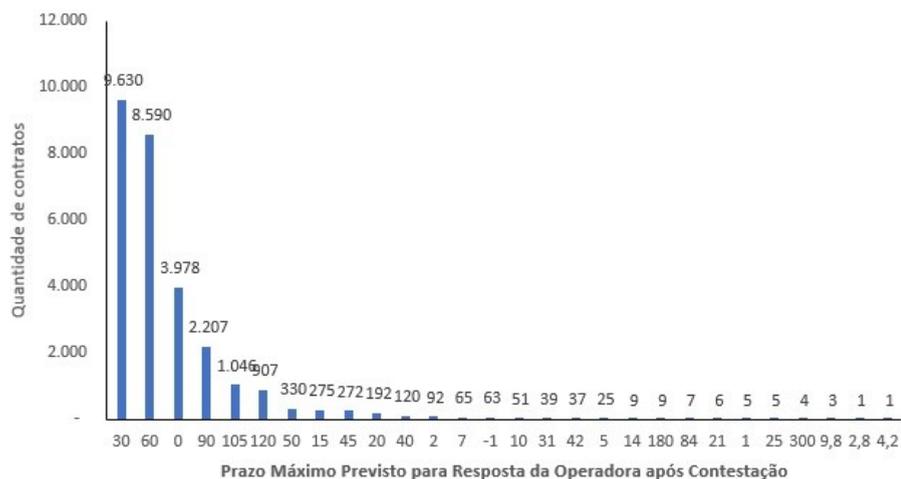
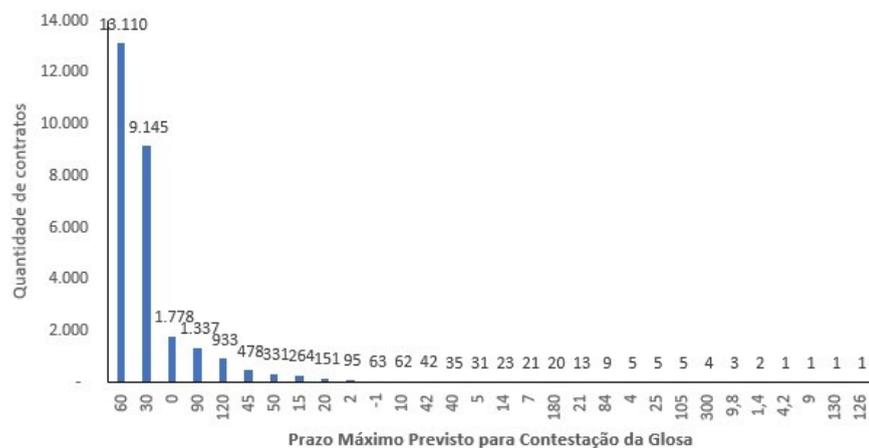




203. De todos os gráficos apresentados, constata-se que a inexistência de cláusula é mais acentuada naquelas situações em que a omissão favorece a pagadora, por exemplo, quando não há previsão de prazo para pagamento ou aplicação de correção de valores, o que é ainda mais significativo por se tratar a amostra de contratos com Hospitais, que presumidamente possuem muito maior poder de negociação que prestadores isolados.

204. Ao contrário, quando o prazo corre contra o prestador, nota-se que a tendência de inexistência de cláusula é menor, por exemplo, quando da previsão de cláusula com prazo para contestação da glosa.

205. Para as situações em que estão previstos prazos, destaca-se que os prazos que deveriam ser espelhados claramente não o são, demonstrando mais uma vez a inconformidade dos contratos em vigor com a norma. Ressalta-se, no entanto, que nesta situação o prazo para o prestador parece ser, em regra, maior que o prazo para a operadora.



206. O descumprimento da obrigação ocorre a partir do momento em que o pagamento se torna exigível. Portanto, inicialmente, cabe diferenciar o não pagamento por motivo de glosa do não pagamento puro e simples. O primeiro fornece ao prestador de serviços o motivo da realização da glosa do procedimento pela operadora, o que permite posterior apresentação de recurso contra a glosa aplicada, no caso de discordância do prestador, conforme definições, fluxos e rotinas de auditoria estabelecidos nos contratos. Já no não pagamento puro e simples, a operadora não apresenta qualquer justificativa, o que impossibilita, indevidamente, o recurso à glosa, ou a ausência de pagamento decorre apartada da rotina de faturamento estabelecida, não existindo parcela incontroversa.

207. Pode-se definir a glosa como o cancelamento ou recusa de pagamento, total ou parcial, por parte da operadora, de uma conta apresentada por um prestador de serviços, podendo ser técnica ou administrativa (também chamada de operacional):

- Glosa administrativa ou operacional: ocorre por falta de dados, ou dados divergentes. Não está relacionada ao tratamento em si, mas à forma como a cobrança dos procedimentos é apresentada.
- Glosa técnica: ocorre por dados referentes a procedimentos assistenciais e à aplicação de medicamentos, contestados pelas operadoras. Estão relacionadas ao tratamento realizado, que pode ser considerado desejável, aceitável ou inaceitável.

208. Glosa é, portanto, instrumento legítimo, que deve estar previsto em contrato quanto às suas regras e está prevista na Resolução Normativa vigente que a coloca como um instrumento a ser utilizado em sede de auditoria administrativa e/ou técnica[31]. Contudo, há que se avaliar se a regra, tal qual disposta no normativo, é suficiente para resolver ou ao menos mitigar os conflitos inerentes à sua utilização. Os motivos mais comuns para aplicação de glosas administrativas estão relacionados a:

- a) elegibilidade do beneficiário;
- b) erros de preenchimento de guia/formulários, por exemplo, falta de assinatura do paciente, falta de justificativa do médico para a realização do procedimento, falta do CID (Código Internacional de Doenças) que justifique o procedimento;
- c) cobrança incorreta, valor a maior ou divergente do que o negociado entre o prestador e a operadora de saúde, cobrança em duplicidade, quando o prestador cobra o mesmo procedimento/serviço mais de uma vez, cobrança de procedimento não contratualizado ou prestador não habilitado para realizar determinado procedimento;
- d) ou por falta de atendimento às peculiaridades exigidas pelas operadoras.

209. Já em relação às glosas técnicas, a suspensão de pagamento está relacionada às justificativas técnicas e indicação clínica para:

- a) a realização do procedimento, a quantidade, regime de atendimento (ambulatorial ou internação);
- b) tipo e quantidade de materiais médico-hospitalares utilizados;
- c) prescrição e dosagem de medicamentos e terapias específicas;
- d) a permanência ou utilização de instalação hospitalar e/ou serviços de saúde.

210. A RN 363/14 admite a análise e auditoria das contas pelas operadoras de planos de saúde; contudo, o ordenamento veda a utilização do recurso da glosa linear para manter o seu fluxo de caixa estável, conforme se denota da leitura da Súmula Normativa nº 16 da ANS, de 12 de abril de 2011[32]. Os prestadores de serviços argumentam não ter como identificar em muitas situações se a glosa é ou não procedente e o tempo e esforço para analisar e justificar o caso muitas vezes inviabiliza o seu recebimento, ou seja, é mais oneroso justificar a cobrança do que abrir mão de receber o valor propriamente dito.

211. Nas manifestações e discussões ocorridas na CATEC, em relação às glosas foi afirmado que os valores glosados, em geral, são pequenos, o que inibe a apresentação de recursos pelos prestadores, que esta seria uma estratégia das operadoras para pagar menos pelos

serviços prestados, bem como um mecanismo intimamente atrelado ao modelo de pagamento *fee for service*. Ademais, muitas vezes essas glosas não estariam sendo assinadas pelos auditores, contrariando as regras vigentes.

212. Foi aventada a hipótese de inverter a lógica vigente da glosa, em que o pagamento só é feito após todo o procedimento de recurso. Isto é, para glosar um evento/procedimento as operadoras deveriam primeiro pagar e, se fosse o caso, descontar o valor na fatura seguinte. Deve ser considerado que o prestador já arcou com o custo do imposto ao fazer o procedimento autorizado. Contudo, tal medida, segundo as operadoras, corresponderia a entrega de um "cheque em branco", beneficiando prestadores que agem de má-fé.

213. Foi alegada a inexistência de paridade de forças nas negociações, razão pela qual os contratos, em regra, favorecem as operadoras, o que em parte foi confirmado pelo Requerimento de Informações, sugerindo-se, por parte dos prestadores, o estabelecimento de parâmetros, como prazos na própria norma.

214. Em relação às medidas tomadas pela ANS quanto à matéria, cumpre ressaltar que consta do IDSS – Índice de Desempenho da Saúde Suplementar de 2017[33] um indicador que afere o índice de glosas ocorridas no setor ("Proporção de Glosas de Pagamentos a Prestadores de Serviços de Saúde"), conforme leitura dos dados assistenciais encaminhados pelas operadoras conforme o Padrão TISS.

215. Tal indicador visa representar a relação entre os valores cobrados pelos prestadores de serviços de saúde às operadoras de planos de saúde e as glosas aplicadas pelas mesmas, assim como a relação entre a quantidade de prestadores com glosas e o total de prestadores com os quais a operadora promoveu troca de informações no Padrão TISS no período selecionado, permitindo verificar a ocorrência de glosas praticadas pela operadora junto à sua rede de prestadores de serviços de saúde, a partir de duas diferentes perspectivas.

216. A primeira se refere à razão dos valores glosados diante do total dos valores informados dos procedimentos e itens assistenciais. A segunda perspectiva é dada pela proporção de prestadores com glosa no universo de prestadores com alguma troca de informação efetuada no período com a operadora. Ele monitora a ocorrência de glosa na operadora e gera conhecimentos que permitam a promoção do equilíbrio na relação entre a operadora e sua rede de prestadores de serviços de saúde. Ressalta-se que a metodologia de cálculo do indicador foi revista para o Ano-base 2019, de forma a aperfeiçoar o indicador, conforme pode ser observado no sítio eletrônico da ANS através do seguinte endereço (incluir link).

217. Os resultados do indicador foram disponibilizados no site da ANS e sua ficha foi revisada o ano de 2019, de forma a atender as demandas feitas pelo setor para aprimorá-lo. Segue um panorama do resultado aferido pelo indicador relativo ao ano base 2017, considerando o total de 1008 operadoras analisadas.

Faixa	Qtde OPS	% de Operadoras por Faixa.
0 - 0,1999	192	19,05%
0,2 - 0,3999	88	8,73%
0,4 - 0,5999	115	11,41%
0,6 - 0,7999	139	13,79%
0,8 - 1	324	32,14%
INC	150	14,88%
NA	0	0,00%

218. Vale lembrar que, de acordo com a Meta estabelecida para o indicador, quanto menor a ocorrência de glosas melhor a pontuação alcançada no indicador, sendo a pontuação máxima alcançada na situação de ausência de glosa no período considerado (resultado do indicador igual a zero).

219. Conforme apresentada na Audiência Pública 14[34], a ANS trouxe a possibilidade de extração de algumas informações enviadas via TISS pelas operadoras e, como encaminhamento, enviou ofícios para entidades representativas de operadoras e prestadores enviarem sugestões de indicadores acerca de práticas ocorridas no **relacionamento entre operadoras de planos de saúde médicos e/ou odontológicos e prestadores de serviços de saúde**, de forma a subsidiar análise conclusiva da questão pela ANS no Processo SEI nº 33910.014646/2019-89. O prazo concedido encerrou-se em 31/07/2019.

220. Até o momento de conclusão desta Nota, foram computadas 7 contribuições, sendo importante destacar que diversas entidades, sobretudo aquelas que representam operadoras, posicionaram-se quanto à necessidade de aprimorar o indicador de glosas já pertencente ao Programa IDSS e de que não sejam criados novos indicadores de monitoramento no âmbito da CATEC, sendo encaminhadas sugestões para aprimoramento de tal indicador.

221. Repisa-se, assim, que o indicador pertencente ao IDSS se encontra em processo de revisão e suas possíveis alterações, serão tratadas no âmbito das discussões e apreciações relacionadas ao IDSS, promovidas pela GEEIQ/DIDES, não sendo objeto de análise desta CATEC.

222. No que concerne a esta Câmara Técnica o ponto de partida, conforme discutido nas reuniões, ressaltando a importância da participação das entidades na construção de informações sistematizadas, seria aproveitar o indicador do programa IDSS, detalhando e estratificando os dados, a fim de que possa refletir e trazer um número maior e mais preciso de informações de forma mais tempestiva, uma vez que, por sua metodologia, os dados do IDSS referem-se ao período passado.

223. No tocante aos contratos firmados entre operadoras e prestadores, a atuação da ANS, na forma prevista na regulação setorial vigente, encontra-se adstrita à fiscalização do cumprimento das regras estabelecidas na norma e aplicação de penalidades em caso de desconformidades, na forma do artigo 43 da Resolução Normativa nº 124/06, que dispõe sobre a aplicação de penalidades para infrações à legislação dos planos privados de assistência à saúde.

224. Sob o ponto de vista do normativo atual não há que se falar em infração aos requisitos previstos na RN 363/14, uma vez que a RN traz apenas algumas regras em relação ao fluxo das glosas que, contudo, podem ser aprimoradas de forma a inibir comportamentos oportunistas de ambas as partes.

225. Além do potencial de gerar judicialização, haja vista a limitação legal de atuação da ANS, as situações de glosas recorrentes ou inadimplência também acarretam um grande prejuízo na assistência ao beneficiário.

226. Devido à insegurança de que o pagamento do procedimento será realizado, há relatos de negativas de cobertura ou suspensão de atendimento dos serviços contratados, culminando, até mesmo, no distrato contratual com a operadora, quando o profissional ou o estabelecimento não se vê mais em condição de arcar com os custos dos serviços.

227. Isto posto, a ANS entende que o assunto pode ter tratamento aprimorado no que tange à previsão normativa, de forma que seu fluxo esteja claramente posto para as partes, sem se interferir, contudo, na liberdade contratual, em especial no que tange aos prazos, motivos e consequências das glosas, mas com o estabelecimento de parâmetros gerais, a serem observados por todos os contratos.

228. Como já exposto, não se deve exigir qualquer adaptação dos contratos já firmados, de forma a não gerar custos desnecessários e desproporcionais ao setor, que, em última análise, acabarão sendo repassados ao consumidor e aos próprios prestadores em forma de reajustes menores.

229. Tal delimitação se justifica na medida em que, considerando-se o resultado das pesquisas de contratualização realizadas e o resultado do indicador Proporção de Glosas de Pagamentos a Prestadores de Serviços de Saúde do IDSS, não se pode afirmar a existência de problema sistêmico no tocante às glosas.

230. Deve-se considerar que um serviço efetivamente realizado deve ser remunerado, de modo que o próprio contrato, instrumento regulador da relação entre as partes, deve conter previsões expressas e materiais que assegurem a remuneração devida, não cabendo à ANS adotar instrumentos para execução contratual, por ausência de competência legal.

231. Quando controvérsias maiores surgem, é importante que existam mecanismos de resolução de conflitos eficientes e efetivos, evitando-se o recurso ao sistema judiciário, o que tende a prolongar o período de resolução do conflito, bem como não resolve a assistência ao beneficiário.

3.5.2. Painel de Indicadores

232. Além da análise dos parâmetros derivados do indicador de Proporção de Glosas de Pagamentos a Prestadores de Serviços de Saúde do IDSS, será elaborado um conjunto de dados que, conjuntamente, comporão um painel de dados e indicadores relacionados a autorização, faturamento e glosa dos procedimentos. Tal painel visa a dar maior transparência e análise do comportamento do setor em relação ao faturamento de procedimentos e aplicação de glosas, permitir maiores estudos e efetividade regulatória quanto a temática.

233. As alterações normativas propostas, bem como os indicadores que comporão o painel seguem descritas nos parágrafos subsequentes:

234. De uma breve análise das sugestões enviadas pelas operadoras, acerca de práticas ocorridas no **relacionamento entre operadoras de planos de saúde e prestadores de serviços de saúde**, bem como das discussões promovidas no âmbito da CATEC e das informações obtidas no sistema TISS e demais sistemas da ANS, apresenta-se um conjunto de possíveis informações e indicadores a serem disponibilizados no site da ANS, a fim de compor um painel de informações que permita o acompanhamento do fluxo financeiro entre prestadores e operadoras de saúde e do comportamento das práticas de glosas pelas operadoras.

235. A consolidação dos dados, também se propõe a medir a dispersão das glosas na perspectiva do prestador, com intuito de identificar quando muitas operadoras estejam tendo dificuldade com os procedimentos de cobrança do prestador. Conforme as sugestões recebidas, é importante construir indicadores de dispersão para aferir não apenas se a operadora teve episódio de glosa com um ou mais prestadores, mas que também mensurem caso o prestador esteja apresentando problemas com muitas operadoras, levando a algum processo de auditoria e glosa. *“Caso o prestador esteja com glosas em muitas operadoras, é mais provável que a raiz do problema esteja mais relacionada aos seus processos internos do que a processos de todas as operadoras de que ele é credenciado.”*

236. Ressalta-se que a lista abaixo elencada para compor o painel corresponde a uma agregação inicial, sendo que a efetiva coleta e divulgação dependerá da análise da viabilidade de se obter e processar tais informações, considerando os dados e sistemas disponíveis na ANS. Adicionalmente será verificado qualquer impedimento quanto à divulgação de dados que possa violar questões de sigilo empresarial/concorrência ou sigilo pessoal e de proteção de dados, o que também pode ser um empecilho para divulgação.

- Relação faturado/glosa de cada prestador por operadora
- Prazo médio de resposta para solicitação de autorizações
- Prazo médio de pagamento
- Quantidade média de glosa integral por guia
- Proporção ou volume de glosas total por operadora
- Total de glosa por tipo de prestador (hospitalar, laboratório, consultório etc)
- Total de glosa por operadora por tipo de prestador
- Valor em R\$ do somatório dos valores glosados/valores em R\$ do somatório dos valores informados
- Nº de prestadores com procedimentos glosados/total de prestadores com troca de informações
- Percentual de prestadores glosados por operadora
- Tipo de eventos/procedimentos mais glosados
- Tipo de eventos/procedimentos menos glosados
- Percentual dos eventos/procedimentos glosados
- Índice de Glosa Total Final - É valor percentual total glosado após o pagamento do recurso de glosas (antes do recurso de glosa).
- Tempo Médio de Autorização de Cirurgias - É a média mensal do tempo medido em dias entre a data de solicitação e a data de autorização pela operadora dos procedimentos cirúrgicos.
- Índice de Glosa Inicial - Apuração do valor % glosado inicialmente pelas operadoras do valor total dos serviços assistenciais executados e apresentados pelos prestadores para seus beneficiários.

- Índice de Glosa Final - Apuração do valor % glosado pelas operadoras do valor total dos serviços assistenciais executados e apresentados pelos prestadores para seus beneficiários, após todo o processo de análise e recurso de glosas iniciais.
- Tempo médio de conclusão do processo de glosa – Cálculo do tempo médio de conclusão da glosa desde o apontamento inicial até o seu efetivo pagamento e/ou perda.
- Percentual de número de guias em aberto após 30 dias do vencimento - Cálculo da participação de guias com 30 dias em aberto sobre o total recepcionado no XML enviado pelos prestadores de serviço.
- Percentual de número de guias em aberto após 90 dias do vencimento - Cálculo da participação de guias com 90 dias em aberto sobre o total recepcionado no XML enviado pelos prestadores de serviço.
- Percentual de número de guias em aberto após 180 dias do vencimento - Cálculo da participação de guias com 180 dias em aberto sobre o total recepcionado no XML enviado pelos prestadores de serviço.
- Percentual de número de guias em aberto após 360 dias do vencimento - Cálculo da participação de guias com 360 dias em aberto sobre o total recepcionado no XML enviado pelos prestadores de serviço.
- Percentual do montante (valor) de guias em aberto após 30 dias do vencimento - Cálculo da participação do montante (valor) de guias com 30 dias em aberto sobre o total recepcionado no XML enviado pelos prestadores de serviço.
- Percentual do montante (valor) de guias em aberto após 90 dias do vencimento - Cálculo da participação do montante (valor) de guias com 90 dias em aberto sobre o total recepcionado no XML enviado pelos prestadores de serviço.
- Percentual do montante (valor) de guias em aberto após 180 dias do vencimento - Cálculo da participação do montante (valor) de guias com 180 dias em aberto sobre o total recepcionado no XML enviado pelos prestadores de serviço.
- Percentual do montante (valor) de guias em aberto após 360 dias do vencimento - Cálculo da participação do montante (valor) de guias com 360 dias em aberto sobre o total recepcionado no XML enviado pelos prestadores de serviço.
- Tempo médio de autorização de internação eletiva - média do tempo entre solicitação e autorização das internações hospitalares eletivas clínicas e cirúrgicas.
- Tempo médio de autorização de internação de urgência - média do tempo entre solicitação e autorização das internações hospitalares de urgência clínicas e cirúrgicas.

237. Assim, a proposta a ser apresentada deve seguir na linha do que faz a ANS na divulgação do Índice Geral de Reclamações, incorporando alguns recortes mais importantes, dentro da viabilidade operacional da ANS, o que será analisado oportunamente.

238. Propõe-se ainda, por conta da impossibilidade operacional de a ANS rodar todos os indicadores propostos, divulgar todos os dados necessários, ressalvados os dados protegidos com sigilos obrigatórios, para que cada parte consiga rodar seus próprios indicadores, fortalecendo o compromisso da ANS com a transparência ativa das informações.

239. Além dos dados da operadora, onde couber, o resultado também será estratificado por segmento (Médico-hospitalar/odontológico), modalidade de operadora e pelo setor como um todo, bem como será computado além da média, a moda, mediana ou percentil.

240. Assim, com base nos dados do TISS enviados à ANS pelas operadoras, será possível analisar o perfil da relação entre operadoras e prestadores no tocante aos valores pagos e glosados e aos prazos de pagamento das contas.

[31] Art. 14. A rotina de auditoria administrativa e técnica deve ser expressa, inclusive quanto a:

I - hipóteses em que o Prestador poderá incorrer em glosa sobre o faturamento apresentado;

II - prazos para contestação da glosa, para resposta da operadora e para pagamento dos serviços em caso de revogação da glosa aplicada; e

III - conformidade com a legislação específica dos conselhos profissionais sobre o exercício da função de auditor.

Parágrafo único. O prazo acordado para contestação da glosa deve ser igual ao prazo acordado para resposta da operadora.

[32] Disponível em <http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTcxMg==>

[33] Os resultados do IDSS podem ser consultados no site da ANS em: <http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-e-indicadores-do-setor/dados-do-programa-de-qualificacao-de-operadoras>

[34] Documentos e informações disponíveis em <http://www.ans.gov.br/participacao-da-sociedade/audiencias-publicas/audiencias-publicas-realizadas/audiencia-publica-n-14>

3.5.3. Encaminhamentos

241. Inicialmente, reforça-se a providência quanto à inclusão no IDSS - Índice de Desempenho da Saúde Suplementar de um indicador que afere o índice de glosas ocorridas no setor, com finalidade de obter melhores informações sobre o problema das glosas relatados, e sua revisão e aperfeiçoamento para o ano base 2019.

242. Destaca-se, ainda, a implementação de um espaço específico no site da ANS para apresentação de denúncias, no contexto dos estudos de mecanismos de incentivo/indução da utilização de metodologias alternativas de solução de conflitos já descrito nos parágrafos 153 e seguintes desta nota, na tentativa de tornar mais efetiva a atuação da ANS quando da apresentação de denúncias.

243. Adicionalmente, considerando que as glosas e inadimplementos derivam de uma série de fatores e erros no processo de cobrança, que vão desde estar em desacordo com as regras estabelecidas em contrato a valores cobrados em duplicidade, entre outros, a ANS promoverá a revisão da Resolução Normativa – RN nº 363/2014, que dispõe sobre as regras para celebração dos contratos escritos firmados entre as operadoras de planos de assistência à saúde e os prestadores de serviços de atenção à saúde para prever parâmetros mais claros e objetivos para contratualização deste tema, sem interferir na liberdade contratual, adentrando em questões como prazos, valores e consequências da inobservância das regras deste instrumento, mas definindo que o contrato precisará dispor especificamente sobre estas questões.

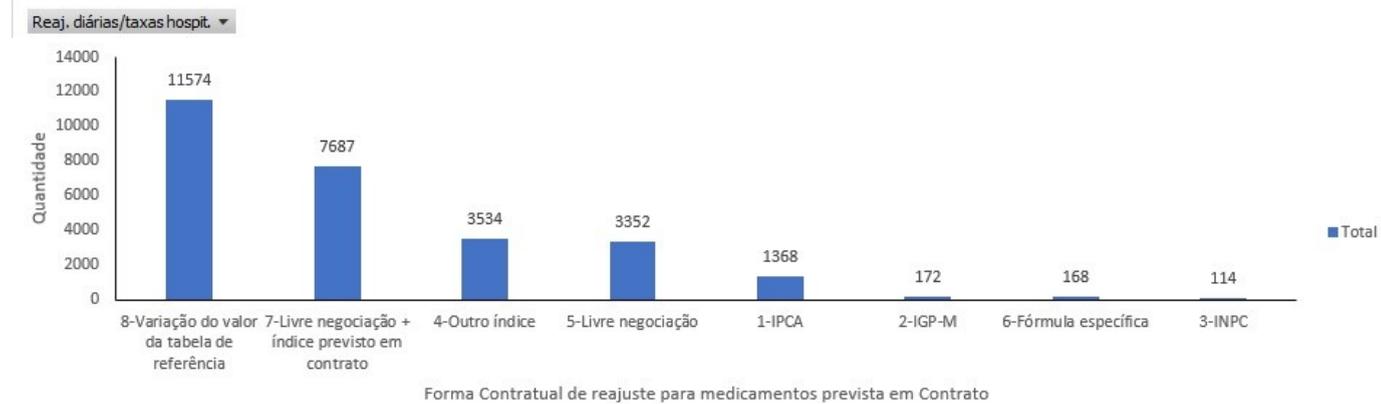
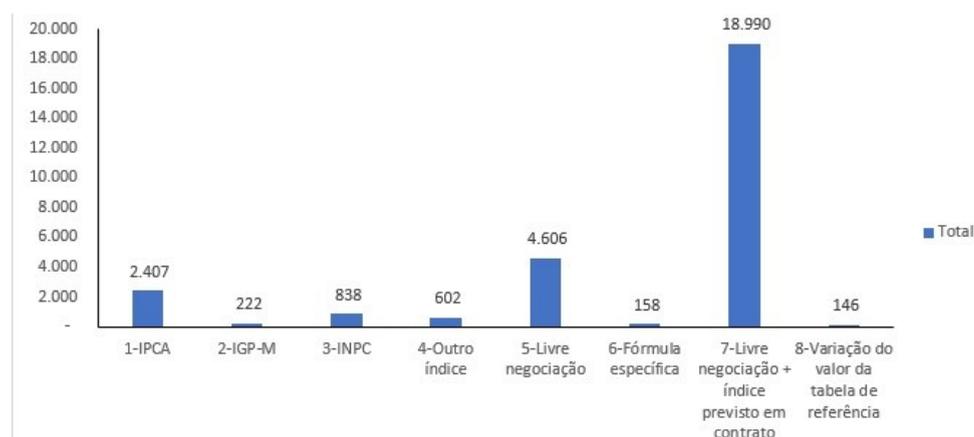
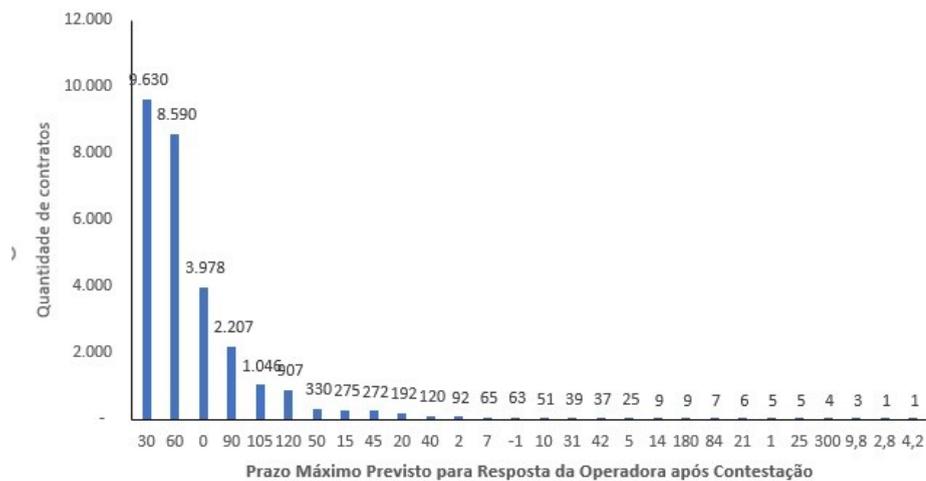
244. Elaboração de Painel de Indicadores de forma a tornar disponível para a sociedade as informações relevantes em relação ao inadimplemento de obrigações contratuais, na forma de glosas injustificadas/indevidas.

3.6. Não cumprimento das cláusulas contratuais referentes ao reajuste

245. Outro problema reportado corresponde ao descumprimento da obrigação pactuada, que ocorre a partir do momento em que o pagamento se torna exigível. Contudo, não está no escopo normativo da ANS o poder legal para compelir a operadora ou o prestador a cumprir as obrigações estabelecidas no contrato, conforme já explicado nesta nota.

246. Mais uma vez valendo-nos da proxy dos contratos celebrados entre operadoras e prestadores hospitalares, foram identificadas as seguintes situações em referência aos reajustes:

Data último reajuste	
Rótulos de Linha	Contagem Distinta de Identificação do Contrato
Reajuste:2018/2019	18.797
Anterior 2018/2019	4.796
Não Informado	4.376
Total Geral	27.969



Reaj. medicamentos

247. Em se tratando de cláusulas de reajuste com periodicidade anual, conforme previsto em Lei, pouco mais de 9000 contratos não teriam recebido qualquer correção nos últimos 2 anos.
248. Em relação às diárias e taxas, que seriam os itens que mais se aproximariam das negociações de honorários, vê-se predominância da forma livre-negociação + índice pré-determinado, ao passo que nos demais gráficos constata-se, mais uma vez, a dependência do setor em relação às tabelas privadas que acabam servindo de referência para o reajuste.
249. A RN 364/14 trouxe para o arcabouço regulatório o Fator de Qualidade, cuja intenção era iniciar uma promoção da valorização da qualidade/qualificação pelos prestadores de serviço, bem como um reconhecimento destes elementos pelas operadoras.
250. Do que se demonstrou desta pesquisa, o FQ é pouco utilizado pelo mercado, sinalizando a necessidade de a ANS rever seus critérios de aplicação.
251. A norma como se encontra termina por incentivar a livre negociação com o estabelecimento de um índice a ser aplicado na hipótese de não ser alcançado um acordo, o que coloca em posição de submissão a parte mais frágil da relação.
252. Também é notável a imprevisibilidade, sobretudo para o prestador, acerca de como será dado o reajuste anual, uma vez que a livre negociação não se encontra amparada por qualquer parâmetro e acaba se dando em um ambiente desprovido de informações, uma vez que nenhuma das partes é contratualmente obrigada a demonstrar seus cálculos para recomposição ou capacidade de pagamento.
253. Nesse sentido, é interessante que também sob o prisma da transparência, sejam garantidas informações às partes, nos moldes do previsto pela RN 389/15, que, ao obrigar o fornecimento, pela operadora, de um extrato pormenorizado justificando o reajuste aplicado, determina as variáveis que devem ser expostas para permitir uma efetiva negociação.
254. Importante, portanto, garantir previsibilidade ao setor, seja ao estabelecer critérios claros para o reajuste anual, seja para instruir as partes em uma eventual negociação. Para que negociem com conhecimento sobre as reais possibilidades e limitações existentes, aumentando a chance de um acordo.
255. Em se tratando de uma incógnita contratual, a livre negociação não deve ser a regra do mercado, ao contrário do que ocorre atualmente. Deve-se buscar que o reajuste esteja perfeitamente delimitado no contrato, seja pela previsão de um índice específico, seja pela inclusão de metodologia transparente para seu cálculo. A livre negociação de um contrato deve se dar antes de sua celebração. Após, as partes devem atuar sobre os termos previsíveis e claros do próprio contrato.
256. A livre negociação deve, no entanto, permanecer como possibilidade pelas vantagens que a flexibilização pode garantir em um ambiente econômico orgânico, mutável, mas como exceção e não como regra, diante da necessidade do contrato celebrado ser capaz de regular a relação das partes em todos os seus aspectos, em especial neste, fonte de muitos conflitos
257. Contudo, essencial que qualquer negociação contratual feita possa ser aferida de forma objetiva. A concordância das partes deve ser expressa, não existindo espaço para acordos tácitos, por exemplo, a manutenção da prestação de serviços como indicativo de aceitação de proposta pelo prestador.
258. Em não havendo previsão expressa no contrato, tampouco comprovação da concordância das partes, deve ser obrigatória a adoção do índice da ANS, consistindo em IPCA + FQ.
259. Na CATEC também se questionou sobre a possibilidade de a ANS tratar como infração as situações relativas a não aplicação de reajustes previstos em contrato, uma vez que a norma em vigor tipifica a conduta de não aplicação do índice ANS, nos casos específicos, omitindo-se em relação aos demais descumprimentos, contudo reitera-se o entendimento de impossibilidade de a Agência interferir no cumprimento das cláusulas contratuais.
260. O direcionamento da ANS em relação a tal pleito é o reforço das regras contratuais com a imposição de penalidades pelo descumprimento, contudo, igualmente em relação ao cumprimento das obrigações pactuadas, o foro para resolução da questão deve ser externo, seja através de meios alternativos de solução de conflitos ou pelo Poder Judiciário.
261. Por fim, foi sugerida, sob o argumento de inexistência da paridade de forças, que a ANS vede a possibilidade de estabelecimento de índices de reajuste que consistam em percentual de um índice oficial existente, por exemplo X% do IPCA, contudo, como já afirmado em outros tópicos, a ANS entende não ter amparo legal para interferir nas negociações de valores contratuais no âmbito privado, desde que clara e previamente pactuadas.
262. Pontue-se que também, neste tópico os custos da medida adotada se protraem no tempo, considerando a inexistência de previsão impondo-se a adaptação dos contratos já firmados em respeito ao ato jurídico perfeito.

3.6.1 Encaminhamentos

263. Isto posto, verifica-se a necessidade de se alterar, ainda que por via normativa, com observância do devido processo normativo, a previsão existente sobre reajuste, de forma a primar pela transparência, deslocando-se a livre negociação da “regra” para a “exceção”.
264. Reforço acerca da necessidade de previsão de cláusulas penais para hipóteses de descumprimento do pactuado nos contratos, privilegiando a solução privada dos problemas surgidos;
265. Critérios e formas de reajustes devem estar muito bem definidos em contrato, assim como as variáveis existentes em uma livre negociação. Ademais, deve-se buscar a garantia de efetivamente haver uma negociação.

3.7. Rescisão Contratual

266. A rescisão dos contratos de prestação de serviços de atenção à saúde, celebrados entre operadoras de planos privados e prestadores de serviços, rege-se pelo disposto no art. 17-A, §2º, IV, da Lei nº 9.656/98, regulamentado pelo art. 16, da RN nº 363/2014 da ANS. Tais regramentos sinalizam a obrigatoriedade de previsão contratual quanto à vigência e aos critérios e procedimentos para prorrogação, renovação e rescisão do contrato, conforme abaixo transcrito, *in verbis*:

Lei nº 9.656/98:

art.17-A (...)

§2º O contrato de que trata o caput deve estabelecer com clareza as condições para a sua execução, expressas em cláusulas que definam direitos, obrigações e responsabilidades das partes, incluídas, obrigatoriamente, as que determinem:

(...)

IV – a vigência do contrato e os critérios e procedimentos para prorrogação, renovação e rescisão.”

RN nº 363/2014:

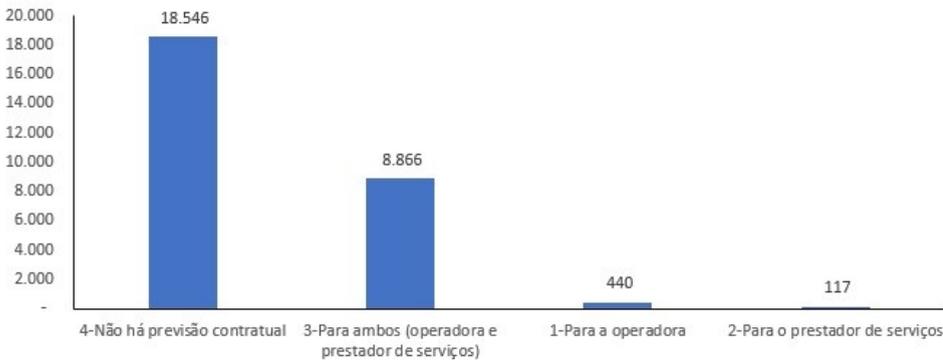
“Art. 16. O prazo de vigência, os critérios e procedimentos para prorrogação, renovação e rescisão do contrato devem ser expressos, inclusive quanto à:

I - prazo para notificação de rescisão ou não renovação contratual, bem como de suas eventuais exceções;

II - obrigação de identificação formal pelo Prestador, pessoa física ou jurídica, ao responsável técnico da operadora dos pacientes que se encontrem em tratamento continuado, pré-natal, pré-operatório ou que necessitem de atenção especial, acompanhada de laudo com as informações necessárias à continuidade do tratamento com outro Prestador, respeitado o sigilo profissional, sem prejuízo do disposto no §2º do art. 17 da Lei 9.656, de 3 de junho de 1998;

III - obrigação de comunicação formal pelo Prestador aos pacientes que se enquadrem no inciso II deste artigo.

267. A despeito do enunciado acima, a temática ainda é objeto de celeuma entre as partes, sobretudo no que se refere à motivação das rescisões contratuais e ao prazo de comunicação da rescisão unilateral, o que se confirma por meio dos dados obtidos na pesquisa de contratualização e do extraído do Requerimento de Informações, senão vejamos:



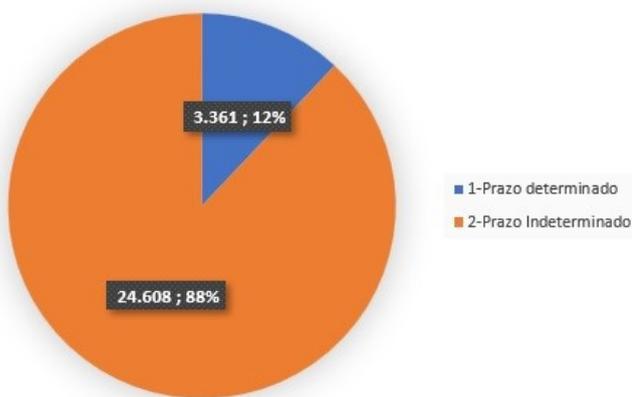
Rescisão imotivada ▾

268. Os relatos destacam que os contratos de prestação de serviços de atenção à saúde seriam unilateralmente rescindidos pelas operadoras, nas seguintes situações:

- divergência quanto aos valores dos eventos/procedimentos;
- divergência quanto ao reajuste a ser aplicado; e
- abertura de processos administrativos e/ou judiciais, a fim de questionar sobretudo: inadimplência, glosa sobre procedimentos contratados e autorizados, não aplicação do reajuste anual acordado contratualmente, restrição à liberdade do exercício profissional, entre outras questões.

269. Já existem no ordenamento alguns mecanismos mitigadores de riscos de eventuais rescisões imotivadas por parte de operadoras, a saber: (i) a RN nº 365/14, que regulamenta o art. 17, *caput*, da Lei nº 9.656/98, determina a obrigatoriedade da substituição dos prestadores não hospitalares excluídos da rede credenciada da operadora e (ii) a RN nº 259/11 estabelece os prazos de atendimento, cujo monitoramento pode resultar em suspensão de comercialização de planos.

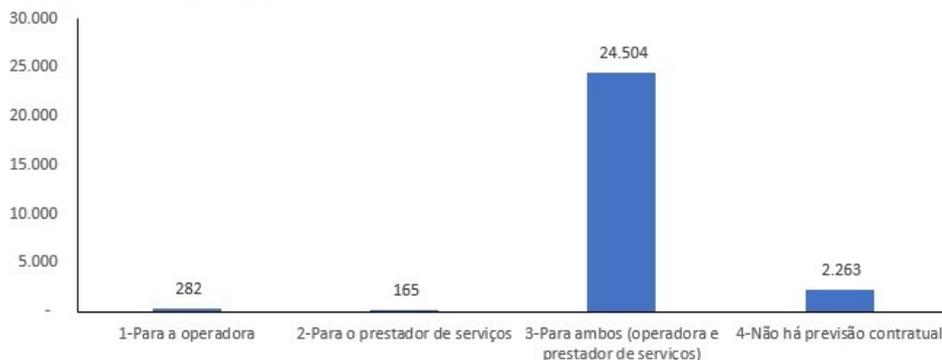
270. A grande incidência de contratos por prazo indeterminado, conforme demonstrado no gráfico abaixo, põe em relevo preocupação quanto à estabilidade do vínculo formado entre operadora e prestador de serviços, cujas expectativas frustradas por eventual rescisão unilateral podem gerar consequências por demais gravosas, a depender do investimento realizado por cada contratante, direcionado a contrato específico. Inexiste, assim, garantia temporal mínima para qualquer das partes quanto à permanência da relação.



271. Muito embora a RN nº 363/2014 exija cláusula contratual expressa quanto ao prazo para notificação de rescisão, no caso de contrato por prazo indeterminado, ou prazo para notificação de não renovação, no caso de contrato por prazo determinado, os gráficos seguintes revelam que há mais de 2.000 (dois mil) contratos sem cláusula expressa de prazo para notificação de rescisão, bem como mais de 14.000 (quatorze mil) contratos sem cláusula expressa de prazo para não renovação contratual, em contrariedade com o art. 16, do aludido normativo.

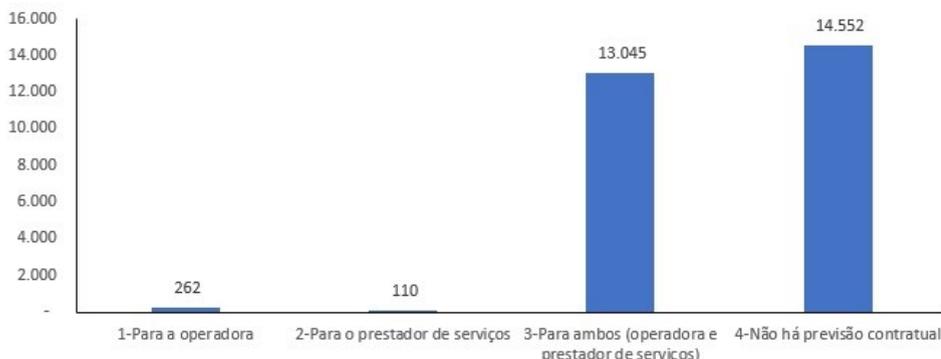
272. Prazo para notificação de rescisão contratual:

Contagem Distinta de Identificação do Contrato



Prazo rescisão

273. Prazo para manifestação da não renovação contratual:



Prazo não renovação

274. Dado que um dos problemas debatidos pela CATEC foi a utilização da rescisão contratual como forma de se burlar as regras de aplicação do reajuste anual, vislumbra-se a necessidade de uma regulação que contribua para o equilíbrio de forças contrapostas, por meio do reforço da previsibilidade quanto à duração do vínculo, a desencorajar rescisão imotivada, e quanto à fixação de prazo mínimo para a notificação da rescisão ou não renovação, com possível incidência de penalização.

275. Ainda que o art. 17, da Lei nº 9.656/98 preveja o prazo de 30 dias para a notificação dos beneficiários, vê-se importante garantir um prazo maior para a notificação da rescisão e não renovação contratual entre operadora e prestador, que, ao final, também permitirá ao beneficiário, em tratamento continuado ou procedimentos já agendados, preparar-se com mais antecedência, com apoio nos Princípios do Direito Contratual, tais como: Estabilidade das Relações, Previsibilidade, Segurança Jurídica, entre outros.

276. Há que se considerar que para comunicar com 30 dias de antecedência o beneficiário, a notificação de rescisão ou não renovação tem que ter sido feita antes deste prazo, sendo oportuno prever prazo similar para garantir a realização de todos os trâmites administrativos necessários.

277. Na falta de um parâmetro exato a ser adotado constatou-se que a própria RN 365/14 estabeleceu prazo de 60 dias para a substituição e notificação dos beneficiários quando da suspensão de atendimento de determinado prestador, quando não observados os prazos previstos em contrato [35], nesta seara verifica-se que o prazo considerado razoável para que ocorra o devido rearranjo/recomposição da rede é este.

[35] Art. 10. O Portal Corporativo e a Central de Atendimento das operadoras devem manter atualizadas as informações das substituições havidas em sua rede assistencial não hospitalar para consulta pelos beneficiários, observando os critérios mínimos definidos em Instrução Normativa da DIDES.

(...)

§ 2º Excepcionalmente, nos casos em que houver suspensão definitiva do atendimento por parte do Prestador, sem cumprimento do prazo para notificação ou não renovação contratual estabelecido entre as partes, ou rescisão contratual por fraude ou infração das normas sanitárias e fiscais em vigor, a Operadora deverá:

(...)

II - providenciar sua substituição e comunicá-la aos beneficiários no prazo de 60 dias, contados da data em que tomou conhecimento da suspensão do atendimento.

3.7.1. Encaminhamentos

278. A proteção das partes, sobretudo pela garantia da previsibilidade, bem como da estabilidade das relações contratuais aponta para a necessidade de se estabelecer um prazo mínimo para que qualquer das partes seja informada pela outra quanto a não manutenção do vínculo, sendo um raro e excepcional caso em que a ANS deve estipular um prazo mínimo a ser previsto em contrato, dada suas consequências e seus impactos sistêmicos, em especial para o consumidor;

279. A definição normativa de um prazo mínimo tende a reduzir problemas gerados pela inexistência de qualquer garantia aos prestadores em relação a não renovação de contratos cuja vigência é por prazo indeterminado e não possuem cláusulas estabelecendo prazos para notificação prévia;

280. Tal previsão não visa reduzir a margem comercial do contrato, mas garantir que as partes, sobretudo os beneficiários, não diretamente abrangidos pelo contrato, venham a ser prejudicados pelo seu término/interrupção.

3.8. Consulta à Procuradoria

281. Na primeira reunião a ANS apresentou de forma pontual as questões que seriam tratadas e, em relação a demanda feita por prestadores sobre estabelecer em norma a obrigatoriedade de realização de negociações coletivas houve o comprometimento de enviar consulta para a Procuradoria Federal com atuação junto a ANS, ponderando, ainda, posicionamentos do CADE sobre o tema, que apontam para a possibilidade de ocorrerem negociações coletivas, desde que observadas algumas vedações de condutas anticoncorrenciais.

282. Neste sentido foi elaborado o Despacho nº 19/2019/GASNT (Doc SEI nº 11504640) com os seguintes questionamentos:

- Considerando as atribuições legais existentes em relação aos prestadores de serviço, a ANS teria amparo legal para estabelecer regras para a negociação coletiva envolvendo prestadores e operadoras de planos de saúde?
- Haveria conflito de competências entre ANS e CADE na hipótese de a ANS definir regras para a negociação coletiva entre prestadores e operadoras?
- Na hipótese de a ANS poder regulamentar o tema, existiria alguma baliza legal a ser seguida pela ANS para conferir-lhe maior legitimidade?
- Seria possível, ao menos em tese, obrigar a instauração de negociações coletivas no âmbito do relacionamento entre prestadores e operadoras, considerando, ainda as regras existentes no art. 8º da Constituição Federal?

283. Em seu Parecer 00010/2019/GECOS/PFN/PGF/AGU (Doc SEI nº 11728888) a Procuradoria conclui da seguinte forma:

- a ANS não possui competência para dispor sobre a licitude de negociação coletiva envolvendo prestadores e operadoras de planos de saúde.
- a competência para verificar a eventual infração à ordem econômica pela violação à livre concorrência nas negociações coletivas para a fixação de índice de reajuste dos contratos de prestação de serviços de assistência média é do CADE.
- a obrigatoriedade da instauração de negociações coletivas viola a liberdade de associação e a livre concorrência.

284. Desta feita a ANS deixou expressa a impossibilidade de atender ao pleito apresentado por entidades representativas de prestadores de serviço.

3.9. Demais assuntos

285. Em relação aos itens que tratavam do descumprimento das obrigações referentes a utilização do Padrão TISS pelas operadoras, bem como àquele que tratava de questões relativas a eventuais abusos em relação à indicação pelos prestadores e/ou liberação de material diverso do solicitado por parte das operadoras, a CATEC entendeu que seriam objeto de discussão no âmbito da Câmara Técnica.

286. Em relação a utilização do Padrão TISS foi exposto que a norma já é suficientemente clara e adequada, que questões referentes ao descumprimento teriam mais relação com aspectos operacionais do que com problemas da norma, ademais, que há uma tendência crescente de conformidade, sobretudo em razão de medidas regulatórias adotadas pela ANS, como a utilização dos dados do TISS para fins de apuração do IDSS, a partir do ano base 2017, bem como o início do ciclo regular de representações de operadoras pelo não envio das informações do TISS, que se deu em 2018.

287. Em relação ao segundo item mencionado, o mesmo teria derivado do relatório final de GT que tratou do assunto no âmbito do Ministério da Saúde. Neste GT foram atribuídas tarefas para a ANS e para a ANVISA - Agência Nacional de Vigilância Sanitária, com as duas Agências Reguladoras Federais trabalhando em conjunto com um foco muito forte na transparência e rastreabilidade dos materiais.

288. A ANS, através da Gerência de Padronização, Interoperabilidade e Análise de Informação - GEPIN incorporou diversos códigos na Tabela TUSS, de forma a identificar corretamente os materiais, enquanto a ANVISA trabalha com o aprimoramento do sistema de registro dos mesmos.

289. Embora plausível a adoção de medida inspirada no Sunshine Act americano, tal iniciativa não está relacionada com a contratualização entre operadoras e prestadores.

290. Mencione-se grande demanda proveniente dos membros da Câmara Técnica para que se crie uma instância permanente de debates;

291. Por fim, foi colocado como um compromisso da atual gestão da DIDES que qualquer alteração normativa que venha a ser implementada passará por um rigoroso processo de análise de impactos, bem como respeitará o negócio jurídico perfeito, ou seja, valerá da vigência da norma em diante, não demandando a adaptação dos contratos firmados.

4. DO AMBIENTE PERMANENTE PARA DEBATES

292. A DIDES possui experiência bastante positiva no estabelecimento do diálogo entre os diversos setores do mercado da Saúde Suplementar.

293. O COPISS, previsto pela RN 305/09 e regulamentado através da IN nº 20/06 DIDES, reúne-se periodicamente tendo papel essencial para a implementação do Padrão TISS, bem como para um futuro modelo de prontuário eletrônico, temas que, por vezes colocam os integrantes do Comitê em posições opostas.

294. O sucesso alcançado por este Comitê, bem como a necessidade de se evoluir nas discussões relacionadas com a contratualização entre operadoras e prestadores de serviço, reforçada pela demanda dos integrantes da CATEC sugere a instauração de Comitê, a se dar através de normativo específico, para debater no âmbito administrativo questões que, se não resolvidas tempestivamente, podem gerar conflitos não contornáveis.

295. Tal Comitê, a exemplo do COPISS, poderia se reunir com sua composição completa ou em grupos de trabalho reduzidos, focados na resolução de determinados problemas que estariam localizados, sendo do interesse de parte e não de todos os integrantes do grupo.

296. Ressalta-se que a previsão de um grupo específico para a discussão da regulamentação da Lei 13.003/14^[36] encontra-se na própria Lei, não estando, portanto, abrangida pelo disposto no Decreto nº 9.759/19, que extinguiu e estabeleceu diretrizes, regras e limitações para colegiados da administração pública federal.

^[36] "Art. 17-A. As condições de prestação de serviços de atenção à saúde no âmbito dos planos privados de assistência à saúde por pessoas físicas ou jurídicas, independentemente de sua qualificação como contratadas, referenciadas ou credenciadas, serão reguladas por contrato escrito, estipulado entre a operadora do plano e o prestador de serviço.
§ 5º A ANS poderá constituir, na forma da legislação vigente, câmara técnica com representação proporcional das partes envolvidas para o adequado cumprimento desta Lei.

5. CONCLUSÃO

297. De todo o exposto chegam-se as seguintes conclusões a serem apresentadas nos parágrafos que se sucedem:.
298. Os problemas verificados têm como origem comum a dificuldade de interlocução entre os agentes econômicos que atuam no setor, apontando para a necessidade de a ANS atuar promovendo uma ampliação deste diálogo.
299. Esse diálogo deve ser reforçado nos momentos de pactuação dos contratos, bem como nos que marcam sua execução, devendo-se buscar mecanismos que ultrapassem os obstáculos existentes à atuação da ANS, como a ausência de previsão legal para atuar diretamente no cumprimento das obrigações pactuadas.
300. Contratos bem formatados geram menos problemas durante sua execução, de forma que se avalia que as previsões trazidas pela RN 363/14, por diversas vezes, mostraram-se insuficientes para trazer o desejado nível de paz na relação das partes.
301. Neste contexto, a proposta trazida busca um dirigismo maior acerca de quais cláusulas devem estar previstas no contrato, dirigismo esse que não se propõe, no entanto a interferir na autonomia das partes para negociar o conteúdo das cláusulas, salvo se verificado o descumprimento da função social do contrato e da boa-fé objetiva.
302. Assim se verificam os encaminhamentos dados nos itens III.3.4, parágrafos 146-152, que tratam das dificuldades nas negociações contratuais; item III.5.2, parágrafos 219-222, que tratam dos descumprimentos, sobretudo glosas; item III.6.1, parágrafos 241-243, que discorrem sobre a aplicação dos reajustes e item III.7.1, que traz encaminhamentos acerca das hipóteses de rescisão contratual.
303. Em se verificando o surgimento de controvérsias, a atuação da ANS estará focada na autocomposição entre as partes, pela previsão regulatória de estabelecimento de estruturas voltadas para este fim, desestimulando o embate judicial. Em alguma medida, os tempos atuais rumam para a desjudicialização, com redução da estrutura jurídica e fortalecimento do diálogo construtivo e de uma estrutura mais resolutive, com foco na prevenção do problema e não na sua resolução após instaurado.
304. A busca por meios alternativos para a composição de conflitos vem ganhando força no ordenamento jurídico e, recentemente, foram editadas Leis tratando da mediação e utilização da arbitragem no âmbito das Agências Reguladoras, sendo um momento oportuno para se fomentar tais práticas, como se observa dos encaminhamentos feitos no item III.4.1, parágrafos 195-197 desta Nota.
305. Outro ponto a ser explorado é o da necessária disponibilização de informações, no contexto da transparência ativa, por parte da ANS. Assim, considerando todas as informações recebidas através do Padrão TISS e o relevante valor social das mesmas, mostra-se como uma alternativa importante para a instauração do diálogo construtivo entre as partes a divulgação de informações que podem ser utilizadas para lançar luz em tema ainda um pouco obscuro, que é a ocorrência de glosas e inadimplementos na execução contratual, conforme encaminhamentos dados no item III.5.2, já mencionado acima..
306. A presente Nota finda-se com a indicação da necessidade de se continuarem os estudos para a implementação de medidas que estimulem ainda mais a resolução consensual de conflitos porventura existentes, bem como prosseguimento das discussões sobre itens em que não foi possível o alcance de um consenso dentro da CATEC, conforme encaminhamentos dados nos itens III.1.8, parágrafos 61-63, que finaliza a análise sobre o tema da utilização de tabelas privadas para remunerar medicamentos e matérias utilizados em âmbito hospitalar e item III.2.1, que conclui a discussão sobre a utilização de pacotes de procedimentos para remuneração de prestadores.
307. Isto posto, sugere-se o encaminhamento de minuta substitutiva à RN 363/14 e IN 62/16 DIDES à DICOL, conforme as conclusões dadas nos encaminhamentos desta Nota, para apreciação das mesmas, e consequente aprovação da submissão delas ao crivo da participação social ampla na forma de CONSULTA PÚBLICA, a ser disponibilizada pelo prazo de 45 dias, à sociedade.

OBS.: Atenção - Antes de assinar verifique se possui autoridade no Regimento interno da ANS para assinar este tipo de documento.



Documento assinado eletronicamente por **Gustavo de Barros Macieira, Gerente de Análise Setorial e Contratualização com Prestadores**, em 22/10/2019, às 13:38, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, do Decreto nº 8.539/2015.



Documento assinado eletronicamente por **DANIEL MEIRELLES FERNANDES PEREIRA, Diretor(a)-Adjunto(a) da DIDES**, em 22/10/2019, às 14:20, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, do Decreto nº 8.539/2015.



Documento assinado eletronicamente por **RODRIGO RODRIGUES DE AGUIAR, Diretor(a) de Desenvolvimento Setorial**, em 22/10/2019, às 14:26, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, do Decreto nº 8.539/2015.



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site <https://www.ans.gov.br/sei/autenticidade>, informando o código verificador **14628353** e o código CRC **DE2624F6**.