

Voto n° 30/2018/DIDES

Processo: 33910.012414/2017-24 SEI

Assunto: Voto em deliberação sobre autorização de abertura Consulta Pública de proposta de Resolução Normativa que estabelece critérios para aplicação de reajuste das contraprestações pecuniárias dos planos privados de assistência à saúde contratados no tipo individual

1. Do Relatório

1. Trata-se de proposta de Resolução Normativa que visa estabelecer a metodologia do reajuste das contraprestações pecuniárias dos planos privados de assistência à saúde, médico-hospitalares, contratados individualmente, a partir de 1º de janeiro de 1999 ou adaptados, consubstanciada no processo administrativo normativo instaurado, sob o n° 33910.012414/2017-24, incluída na pauta da 482ª reunião de Diretoria Colegiada – DICOL da ANS para autorização de submissão da proposta de resolução normativa à consulta pública, a partir de voto relator da Diretora de Normas e Habilitação de Produtos – DIPRO.

2. Da análise

2.1. Dos requisitos formais do processo administrativo normativo

1. Os requisitos formais para submissão da matéria à Diretoria Colegiada foram atendidos apenas parcialmente, por intermédio do despacho n° 42/2018/GEFAP/GGREP/DIRAD-DIPRO/DIPRO, donde se extrai a solicitação de deferimento de pauta devidamente assinado pela Diretora competente, respeitando-se o rito formal previsto pelo art. 4º da RN n° 242/10 e art. 13 da IS DICOL n° 2/13.

2. Todavia, insta salientar que as peças preparatórias que compõe o processo administrativo e que fundamentam a apresentação da proposta de ato normativo não foram integralmente disponibilizadas para vista e consulta dos demais diretores, na forma que determina o §1º do art. 26 da IS DICOL n° 2/13, pois todos os documentos constantes do processo estão classificados como reservados e, portanto, inacessíveis, conforme demonstra a tela anexada a este voto.

3. É importante destacar que o art. 11 da IS DICOL n° 02/2015, ao tratar dos temas que devem ser mantidos sob reserva, elenca apenas o índice de reajuste, não havendo razão, portanto, para que o processo normativo que visa justamente conferir transparência e previsibilidade ao processo de cálculo e divulgação do índice de reajuste autorizado pela ANS seja mantido em sigilo. Ademais, não há o que se falar em sigilo aos diretores, que devem ter total acesso para proferir seus votos, conforme a parte final do dispositivo supracitado:



Art. 11. Os regimes especiais, alienações compulsórias de carteira, editais de oferta pública, portabilidade especial, **índices de reajuste e o resultado do programa de monitoramento das operadoras, serão mantidos sob reserva, em pasta específica na rede da ANS, para acompanhamento e deliberação pelos Diretores e Diretores-Adjuntos, e demais pessoas por estes autorizadas, considerando o sigilo inerente à matéria. (grifou-se)**

4. Esta circunstância compromete de sobremaneira o exercício de voto dos diretores, visto que não dispõem de todos os elementos necessários para a formação de sua convicção, devendo ater a análise exclusivamente nos documentos disponibilizados no Sistema da Diretoria Colegiada – SDCOL.

5. Ademais, tem-se que se refletir sobre a própria essência do processo regulatório, cuja transparência é elemento fundamental para a recomposição do déficit de legitimidade que caracteriza os diretores das Agências Reguladoras por não terem sido eleitos pelo povo, mas escolhidos, a partir de requisitos, pelo Presidente da República. Assim, segundo Fabrizio Gilardi (2003), um dos argumentos que explicam a racionalidade por trás da criação das agências reguladoras, *ex vi*:

O processo decisório das agências reguladoras é mais aberto e transparente que outros núcleos burocráticos e, assim, é mais sensível aos interesses sociais difusos, como os dos consumidores. (...). Isso contribui para melhor regulação. **A abertura e transparência no processo decisório não são apenas meio, mas fim em si mesmo e estão relacionadas ao *accountability*. (grifou-se)¹**

6. Contudo, embora a estrita observância destes requisitos e elementos se demonstrem como fundamentais para a qualidade do ato regulatório que se pretende produzir, diante da relevância e sensibilidade do tema abordado, prosseguir-se-á para a análise do mérito dos documentos que foram disponibilizados.

2.2. Da análise do material disponibilizado

7. A proposta de resolução normativa cuja autorização para realização de consulta pública foi pautada para deliberação da Diretoria Colegiada é fundamentada nos seguintes

¹ GILARDI, Fabrizio. *Institucional change in regulatory policies: regulating through independent agencies and the three news institutionalisms*. In: JORDANA, Jacint; LEVIFAUR, David. *The politics of regulation: institutions and regulatory reforms for the age of governance*. Northampton, MA: Edward Edgar, 2004, *apud* RAMALHO, Pedro Ivo Sebba (Org.). *Regulação e Agências Reguladoras: governança e análise de impacto regulatório*. – Brasília: ANVISA, 2009. P. 67. Disponível em: <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/presidencia/dilma-rousseff/publicacoes/orgao-essenciais/casa-civil/programa-de-fortalecimento-da-capacidade-institucional-para-gestao-em-regulacao-pro-reg/regulacao-e-agencias-reguladoras-governanca-e-analise-de-impacto-regulatorio/view>

documentos preparatórios, cronologicamente organizados: Nota Técnica nº 2010/2017/GEFAP/GGREP/DIRAD-DIPRO/DIPRO; Relatório de Análise de Impacto Regulatório (Política de Preços e Reajustes dos Planos de Saúde) e Nota nº 008/2018/GEFAP/GGREP/DIRPO (conteúdo sigiloso), os quais, ao serem apresentados à DICOL, passam compor o voto relator de sua Diretora, sobre o que se dará à análise a partir de então.

2.2.1 Da Nota Técnica nº 2010/2017/GEFAP/GGREP/DIRAD-DIPRO/DIPRO

8. A introdução da Nota Técnica afirma que suas proposições também estão contidas no conjunto de medidas propostas no processo nº 33910.012414/2017-24, cuja base é a Nota Técnica nº 2011/2017/GEFAP/GGREP/DIRAD-DIPRO/DIPRO, destacando que, portanto, sua adoção não deve ocorrer de modo dissociado dessas medidas propostas.

9. Entretanto, tanto a referida nota técnica, quanto o processo não foram disponibilizados aos diretores, tampouco no já supracitado sistema específico da DICOL (SDCOL), não sendo possível, portanto, que sejam levados em consideração nesta análise.

10. No que tange ao conteúdo da nota, extrai-se de relevante a constatação de que a aplicação do *Yardstick Competition* ao longo do tempo não causou desequilíbrios estruturais no setor quando comparado à aplicação de metodologia baseada na Variação dos Custos Médico-Hospitalares - VCMH, *in verbis*:

“A comparação entre as variações acumuladas do VCMH e dos reajustes dos planos individuais (reajuste financeiro anual baseado no RPC + reajuste médio por faixa etária) permite inferir a não existência de desequilíbrios estruturais da atual política de reajustes, vista a imaterialidade do desvio verificado de 1,3% especialmente quando se considera o conjunto de hipóteses adotadas, sancionado a ideia de equilíbrio promovido por esta política.”

11. E assim prossegue a nota, com trechos que variam entre a defesa da manutenção do modelo *Yardstick Competition* e da metodologia baseada no VCMH.

12. Contudo, inadvertidamente, a partir do capítulo denominado “III – Diretrizes para a Revisão da Política de Reajustes Individuais”, a referida nota passa a sugerir, sem ter demonstrado cabalmente qual seria a metodologia mais adequada para ser aplicada no setor de saúde suplementar, a adoção da metodologia que calcula o índice de reajuste através do VCMH.

13. Ou seja, sem que tenha havido a adequada e precisa apresentação do problema regulatório, com suas causas e extensão, tampouco sem apresentar as possíveis alternativas para o enfrentamento do problema regulatório identificado e, o mais relevante, sem expor os possíveis impactos das alternativas identificadas, apontando, justificadamente, a alternativa ou a combinação de alternativas que se mostra mais adequada para alcançar os objetivos pretendidos.



14. Logo, é possível concluir que este documento não atende ao seu objetivo de subsidiar os membros da diretoria colegiada da ANS para a tomada de uma decisão quanto à metodologia a ser empregada para calcular os reajustes dos planos individuais/familiares, pois não comprovou, em uma análise contextual, abrangente e com fundamentação intensiva em dados demonstrativos, que o cálculo através do VCMH deve ser eleito como a melhor referência de variação de custos.

15. Por fim, vale salientar que, não obstante se tenha recomendado a aplicação de uma metodologia de cálculo do índice de reajuste que reflita a qualidade da operadora, tal qual o *price cap*, que não considere apenas a média setorial, a nota restou inconclusiva quanto ao melhor parâmetro de qualidade, lançando apenas hipoteticamente o Índice de Desempenho da Saúde Suplementar - IDSS como possível Fator Y (de qualidade).

16. Assim, é possível inferir que a decisão sobre qual medida ser tomada e as diretrizes traçadas foram definidas em um documento anterior ao relatório de impacto regulatório, sem o cumprimento dos conteúdos mínimos elencados pelas boas práticas já conhecidas, nem minimamente aquelas descritas nas diretrizes gerais e roteiro analítico sugerido para análise de impacto regulatório, elaborado pela Casa Civil da Presidência da República com vistas a orientar e uniformizar a atuação das Agências Reguladoras.

2.2.2 Do Relatório de Análise de Impacto Regulatório

17. Vale salientar que, nessa parte da análise, serão feitas ponderações acerca das boas práticas de governança regulatória que precisam ser observados na edição de atos normativos de caráter regulatório, conforme inspirações extraídas do Guia de Análise de Impacto Regulatório - AIR², bem como das Diretrizes Gerais de AIR que compõe o PL nº 6.621/16 – PL das Agências³.

18. Segundo os diplomas mencionados, o processo regulatório deve considerar inicialmente o desafio de enxergar o problema a ser solucionado. Logo, a AIR deve buscar entender a natureza e a magnitude do problema regulatório, definir quais os objetivos pretendidos pela Agência e analisar se algum tipo de intervenção é de fato necessária.

19. Além disso, a AIR deve adotar metodologia descrita de forma clara e objetiva, em conformidade com as características e a complexidade da matéria objeto da análise e das informações e dados disponíveis, cujas fontes de consulta devem ser citadas. No mais, sempre que possível, deverá contemplar análises quantitativas que permitam mensurar e comparar, de forma objetiva, os custos e benefícios das alternativas identificadas.

20. Feitas estas considerações, passa-se a análise detida aa AIR apresentada:

² Disponível em: <http://www.regulacao.gov.br/agenciasreguladoras/consulta-publica/consulta-publica-001-2017/encerramento/guia-air.pdf>.

³ Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2120019>

21. O relatório de AIR já inicia afirmando que tratará das recomendações (p.3 - §§ 1º e 2º), enquanto deveria iniciar pela identificação do problema regulatório, demonstrando porque o tema precisa ser revisado, com alteração da atual regulação.

22. Já se conclui, na introdução, que as regras de reajuste de planos individuais e a regra para o reajuste dos planos coletivos com até 30 vidas precisam ser revistas, sem, antes, demonstrar, com base em estudos, dados e referências na literatura reconhecida, o porquê desta necessidade (p.3).

23. Além disso, na Nota Técnica nº 2010/2017/GEFAP/GGREP/DIRAD-DIPRO/DIPRO (páginas 2 e 3 – item 2 - §§ 1º ao 4º) há a apresentação de estudo que não identificou desvios na comparabilidade entre a VCMH acumulada e os reajustes individuais (reajuste anual + reajuste médio por faixa etária), afastando-se a hipótese de desequilíbrio. Logo, há uma aparente contradição na definição do problema regulatório em questão.

24. Há boa fundamentação teórica sustentando a inadequação do modelo atual de reajuste e a necessidade de mudança, sem, contudo, apresentar dados e números que demonstrem graficamente esta afirmação (p.3), conforme exige a metodologia definida para as Boas Práticas Regulatórias, nas Diretrizes Gerais de AIR que compõe o PL nº 6.621/16 – PL das Agências.

25. Nesse sentido, cumpre colacionar os importantes ensinamentos sobre análise de impacto regulatório extraído do livro publicado pela ANVISA sobre o tema, no qual se afirma que, *in verbis*:

A análise de impacto regulatório é instrumento formal que permite a explicitação dos problemas regulatórios, das opções disponíveis de política e das consequências das decisões regulatórias, em cada caso concreto, mediante da utilização de dados empíricos.⁴

26. No item 39 (p. 9), a afirmação acerca da inflação da saúde ser maior que a inflação geral carece de demonstração numérica ou de referência a estudos que comprovem.

27. No item 44 (p. 10), não se denominam os analistas que consideram a afirmação nele contida, tampouco se encontra a indicação da base técnica sobre a qual se ancora a afirmação contida no item.

28. No item 50 (p. 11), não se indicam as referências bibliográficas de estudos técnicos sobre a qual se ancora a afirmação contida no item acerca dos efeitos da

⁴GAETANI, Fancisco e Albuquerque, Kélvia. *Análise de Impacto Regulatório e Melhoria Regulatória. In* Regulação e Agências Reguladoras: governança e análise de impacto regulatório. – Brasília: ANVISA, 2009. P. 195. Disponível em: <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/presidencia/dilma-vanarousseff/publicacoes/orgao-essenciais/casa-civil/programa-de-fortalecimento-da-capacidade-institucional-para-gestao-em-regulacao-pro-reg/regulacao-e-agencias-reguladoras-governanca-e-analise-de-impacto-regulatorio/view>

intervenção estatal aumentar a eficiência de um mercado não competitivo. É válido destacar que não se está aqui discutindo ou debatendo a correção da afirmação, mas apenas apontando deficiências na elaboração de tão relevante documento.

29. No item 51 (p.11), novamente não há a indicação da base para sustentar o fundamento de que há agentes com poder de mercado no setor e que o mercado não é perfeitamente competitivo. Além disso, neste item, tratando a regulação como um grande sistema uno, separado em diplomas com o mero objetivo de simplificar a compreensão, caberia, ao final, menção à revisão que se está propondo para portabilidade de carências, cujo objetivo principal é justamente ampliar a concorrência no setor.

30. Os argumentos do item 85 (p. 16) não suportam a afirmação contida no item 86 (p. 16). O item 85 (p. 16) carece de maior e melhor desenvolvimento, com demonstrações claras e práticas de suas afirmações.

31. No item 91 (p. 17), aponta-se para a aplicação do IDSS como fator Y da equação do cálculo do reajuste. Após, não há justificativa para ele não ter sido adotado.

32. No item 97 (p. 18), não se apresenta uma proposta conclusiva sobre a alternativa cogitada. A ideia da proposta de pool de risco regulado é, aparentemente, interessante, não sendo possível efetivamente concluir que é em razão da ausência de maior e melhor desenvolvimento desta alternativa com a apresentação de cenários e dados, na forma que prega a metodologia das Diretrizes Gerais de AIR.

33. No item 99 (p. 18), não se encontra fundamento, tampouco coerência na regulação da ANS atualmente vigente para incluir, no mesmo grupo, os contratos individuais, os coletivos empresariais com menos de 30 vidas e todos os de adesão: primeiro, porque, de acordo com os fundamentos das normas regulatórias em vigor, a necessidade de maior tutela estatal está diretamente ligada à vulnerabilidade dos agentes de mercado, o que, na visão histórica da ANS, é intrínseca ao poder de negociação/barganha dos contratantes, o que contradiz a ideia de distinguir um contrato coletivo empresarial com mais de 30 dias vidas de um contrato coletivo por adesão com mais de 30 vida.

34. O Relatório de AIR não apresenta testes e/ou simulações da aplicação do modelo de reajuste proposto, a fim de confirmar sua adequação e comparabilidade com o cenário atual. A descrição das possíveis alternativas para o enfrentamento do problema regulatório identificado e a comparação das mesmas, considerando a opção de não ação, deve ser adotado na AIR, conforme as já citadas Diretrizes Gerais.

35. O Relatório de AIR não contempla os impactos que tal alteração poderá ensejar na estrutura interna da ANS, especialmente no seu órgão competente para o processamento de dados e informações, caso haja a necessidade deste processar os dados para elaboração do cálculo, que, pela proposta, teria que ser feito trimestralmente, o que também não encontra suficiente justificativa.

36. Não há informação sobre quais critérios foram utilizados para o preenchimento dos anexos (item 122 – p. 25), especialmente sobre como foi definida a classificação.
37. A matriz de referência contém informações não contempladas no AIR, que não permitem concluir que a alternativa proposta de fato é a melhor e mais adequada.
38. Ademais, há referência ao "método Ipiranga e Matos", o qual não está demonstrado e fundamentado no AIR.
39. Tampouco consta fundamentação específica sobre o método escolhido para cálculo do fator X ser o mais adequado, já que não foram suficientemente apresentadas as opções.
40. Por tudo isso, é possível concluir que a Análise de Impacto Regulatório apresentada como fundamento de validade e legitimidade da resolução normativa ora em comento não observou os requisitos de boas práticas regulatórias já difundidos através de diversos instrumentos, inclusive os mencionados neste voto.
41. Neste ponto, torna-se importante trazer à luz as sábias palavras do professor Alexandre de Aragão, *ex vi*:

Toda regra jurídica só será válida ou validamente aplicada se, *ex vi* do princípio da eficiência – art. 37, caput, CF – for a maneira mais eficiente ou, na impossibilidade de se definir esta, se for pelo menos uma forma razoavelmente eficiente de realização dos objetivos do ordenamento jurídico afinados com a situação a ser regradada. É o princípio constitucional da eficiência – art. 37, caput, CF – que deve iluminar a aplicação das regras constitucionais, legais ou regulamentares, para que ela não leve a uma consecução ineficiente ou menos eficientes dos seus objetivos primários. As normas jurídicas passam a ter o seu critério de validade aferido não apenas em virtude da higidez do seu procedimento criador, como da sua aptidão para atender aos objetivos da política pública, além da sua capacidade de resolver os males que esta pretende combater.⁵

42. Ressalte-se que uma intervenção regulatória sem a adoção de uma metodologia não testada, simulada e cotejada com outras pode causar mais efeitos adversos e indesejados no setor, como diminuição de ofertas de planos individuais aos consumidores, do que a não-intervenção.

⁵ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Interpretação consequencialista e análise de econômica do Direito Público à luz dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade*. In *Regulação e Agências Reguladoras: governança e análise de impacto regulatório*. – Brasília: ANVISA, 2009. p. 42. Disponível em: <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/presidencia/dilma-vana-rousseff/publicacoes/orgao-essenciais/casa-civil/programa-de-fortalecimento-da-capacidade-institucional-para-gestao-em-regulacao-pro-reg/regulacao-e-agencias-reguladoras-governanca-e-analise-de-impacto-regulatorio/view>.

2.3. Da análise da minuta proposta

43. Feitas as considerações sobre a parte dos fundamentos do voto relator, passa-se, então, à análise dos artigos da minuta de norma proposta:

44. No art. 3º, há referência a outro normativo, embora o mais adequado fosse, em observância à boa técnica normativa e regulatória, a consolidação de diplomas que tratem de matéria similares e/ou inter-relacionadas, a fim de conferir racionalidade e coerência ao arcabouço regulatório, além de ser uma oportunidade de se rever os procedimentos operacionais adotados, que podem estar defasados, face o lapso temporal transcorrido desde a edição da norma (2008).

45. No art. 4º, deve ser analisado qual o impacto para a gestão de informação da ANS, sendo apontado quem irá providenciar tais informações, onde serão registradas, etc.

46. No art. 5º, há necessidade de avaliação dessa divulgação pela ANS.

47. No art. 6º, I, remete-se aos mesmos comentários ao art. 3º.

48. Quanto ao art. 6º, II, se for para ser mantido, tem que estar disposto em norma, para conferir previsibilidade e segurança jurídica.

49. Em relação ao art. 7º, é necessário restringir essa regra aos planos individuais.

50. Não houve uma especificação do aplicativo, no art. 9º.

51. Os Anexos 1 e 2 carecem de maior detalhamento, especialmente quanto aos conceitos: Ex. a = se refere à ser ano de referência?

52. O Anexo 3 carece de maior precisão. A explicação nele contida deveria estar no AIR, de forma muito bem explicada e detalhada, demonstrando claramente quais foram os critérios para definição dos valores ali contidos (ex. qual o critério para fronteiriços?).

53. No Anexo 3, questiona-se se não caberia uma atualização anual do FFE, para evitar defasagem. Repisa-se que tal informação deveria estar detalhada no AIR.

54. Em relação ao Anexo 4, considerando tal cálculo ser amplamente adotado por outros setores econômicos, questiona-se se já há cálculo por outra entidade e bastaria fazer referência para sua utilização. Ademais, questiona-se também a ausência de alternativas para cálculo deste fator na análise de impacto regulatório.

55. Além disso, considerando-se que a metodologia de cálculo do limite de reajustes envolve efeitos restritivos de direitos patrimoniais, entende-se que deve necessariamente ser regulamentada por um ato normativo, *in casu* uma Resolução Normativa. Ressalta-se que a legislação correlata, Resolução Normativa - RN nº 171 de 2008, apenas trata do



procedimento de autorização e critérios gerais para a sua concessão, mas não trata do índice propriamente.

3. CONCLUSÃO

56. Em suma, em relação a análise da matéria propriamente dita, verifica-se que AIR elaborada não permite, de forma clara, precisa e segura, que se chegue a uma conclusão sobre a natureza e a magnitude do problema regulatório, a definição de quais os objetivos pretendidos pela ANS com sua propositura, bem como se algum tipo de intervenção é de fato necessária e, mesmo sendo, qual das opções cogitadas é a mais adequada para os fins colimados

57. Deve ser registrado, ainda, que houve a instituição de um grupo técnico interno, coordenado pelo Diretor-Presidente Substituto em conjunto com sua assessora especial na Diretoria de Normas e Habilitação de Operadoras – DIOPE, composto por representantes da Gerência-Geral Regulatória da Estrutura dos Produtos - GGREP/DIPRO para debater a revisão da metodologia de reajustes de planos individuais/familiares, e acompanhamento de representantes das demais diretorias (DIFIS, DIGES e DIDES). Porém, não há citação de seus encaminhamentos e conclusões nos documentos disponibilizados para análise.

58. Diante de todo o exposto, conclui-se que, tendo em vista as inconsistência e insuficiências apontadas no decorrer deste voto, especialmente no que se refere à não elaboração de uma efetiva análise de impacto regulatório, que permita, de forma clara, precisa e segura, a correta definição da natureza e da magnitude do problema regulatório, de quais são os objetivos pretendidos pela ANS para os fins colimados, bem como se algum tipo de intervenção é de fato necessária, não há segurança que permita o prosseguimento deste processo regulatório/normativo, pois sua submissão a uma consulta pública poderia gera expectativas na sociedade, especialmente na parte que atua diretamente no setor de saúde suplementar, que podem não se confirmar.

59. Assim, voto pela não autorização para submissão à Consulta Pública da proposta de Resolução Normativa que estabelece critérios para aplicação de reajuste das contraprestações pecuniárias dos planos privados de assistência à saúde contratados pelo tipo individual/familiar, bem como para que os estudos sejam aprofundados, com a demonstração, a partir da utilização intensiva de dados empíricos, dos impactos regulatórios que podem advir da aplicação desta medida regulatória.

Rio de Janeiro, 16 de março de 2018.

RODRIGO RODRIGUES DE AGUIAR

Diretor de Desenvolvimento Setorial

