

ENTENDIMENTO DIFIS Nº 02 - 07 DE ABRIL DE 2016.

Planos coletivos por adesão. Elementos necessários para verificação da legitimidade da pessoa jurídica contratante e da elegibilidade dos beneficiários. Análise das disposições contidas no art. 9º da RN nº 195, de 14 de julho 2009, à luz dos instrumentos fiscalizatórios.

I - Introdução:

1. Esta Diretoria de Fiscalização foi instada a se manifestar acerca dos elementos necessários para a verificação da legitimidade da pessoa jurídica contratante, bem como da elegibilidade dos beneficiários, no que tange aos planos coletivos por adesão.
2. Nesse contexto, deve ser ressaltado que o vínculo do plano coletivo é realizado entre uma Operadora de planos privados de assistência à saúde ou Administradora de Benefícios e uma pessoa jurídica, que representa os interesses de uma coletividade de pessoas pertencentes à determinada classe ou categoria.
3. Com base nessa premissa, a ANS vem se posicionando no sentido de que os planos de natureza coletiva devem ficar à margem de determinadas questões relevantes da regulação setorial, eis que os interesses do grupo seriam menos desequilibrados em comparação a um indivíduo isolado, que contrata um plano de natureza individual.
4. O suposto equilíbrio contratual existente nos planos coletivos é o argumento utilizado para sustentar a menor interferência regulatória, tendo como exemplo claro a questão do reajuste, que é bastante diferenciada para esses tipos de planos.
5. Sendo assim, é notório que o tema em questão pode ensejar insegurança jurídica, principalmente, quanto ao tratamento que vem sendo utilizado para a condução dos processos sancionadores instaurados para apurar eventuais infrações referentes à celebração de contratos ilegítimos, vulgarmente conhecidos como “falsos coletivos”.
6. A “falsa coletivização” de planos de saúde é o termo utilizado para descrever aqueles planos de saúde que possuem natureza de contrato individual, mas que se utilizam de Pessoas Jurídicas para dar-lhes uma roupagem de plano coletivo - e, com isso, permanecem mantidos à margem de toda a rigidez regulatória da ANS que se aplica aos planos individuais
7. Diante do cenário apresentado, evidencia-se que a matéria em comento pode trazer uma série de dúvidas no curso regular das ações fiscalizatórias e divergências de entendimentos nas decisões proferidas pelos núcleos de fiscalização.

II - Fundamentação:

8. Para melhor delineamento da questão em tela, cabe destacar que a Resolução Normativa -RN n.º 195, de 14 de julho de 2009, foi editada com o intuito de regulamentar as contratações coletivas e

definir regras mais claras para este tipo de contratação. A normatização incipiente até então, garantida pela Resolução CONSU n.º 14, deixava uma série de lacunas, o que permitia a formalização de contratos “falsos coletivos”.

9. Em face desta problemática, a referida RN buscou elencar uma série de requisitos para a contratação coletiva por adesão, que foram positivadas pelo art. 9º, in verbis:

“Art. 9º Plano privado de assistência à saúde coletivo por adesão é aquele que oferece cobertura da atenção prestada à população que mantenha vínculo com as seguintes pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial:

I - conselhos profissionais e entidades de classe, nos quais seja necessário o registro para o exercício da profissão;

II - sindicatos, centrais sindicais e respectivas federações e confederações;

III - associações profissionais legalmente constituídas;

IV - cooperativas que congreguem membros de categorias ou classes de profissões regulamentadas;

V - caixas de assistência e fundações de direito privado que se enquadrem nas disposições desta resolução;

VI - entidades previstas na Lei no 7.395, de 31 de outubro de 1985, e na Lei no 7.398, de 4 de novembro de 1985;

§1º Poderá ainda aderir ao plano privado de assistência à saúde coletivo por adesão, desde que previsto contratualmente, o grupo familiar do beneficiário titular até o terceiro grau de parentesco consanguíneo, até o segundo grau de parentesco por afinidade, cônjuge ou

companheiro.

§2º A adesão do grupo familiar a que se refere o §1º deste artigo dependerá da participação do beneficiário titular no contrato de plano de assistência à saúde.

§3º Caberá à operadora exigir e comprovar a legitimidade da pessoa jurídica contratante, na forma do caput e a condição de elegibilidade do beneficiário.

§4º Na forma de contratação prevista no inciso III do artigo 23 caberá tanto à Administradora de Benefícios quanto à Operadora de Plano de Assistência à Saúde comprovar a legitimidade da pessoa jurídica contratante, na forma do caput deste artigo, e a condição de elegibilidade do beneficiário.”

10. Dessa forma, antes de contratar com uma determinada pessoa jurídica, as Operadoras de Planos Privados de Assistência à Saúde e as Administradoras de Benefícios devem estar atentas ao seu objeto social, de modo a verificar a sua compatibilidade com os incisos do art. 9º da RN n.º 195 de 2009, sob pena de, em não o fazendo, estabelecer vínculos equiparados ao de planos individuais/familiares, segundo o disposto no art. 32 da referida Resolução Normativa:

“Art. 32 O ingresso de novos beneficiários que não atendam aos requisitos de elegibilidade previstos nos artigos 5º e 9º desta resolução constituirá vínculo direto e individual com a operadora, equiparando-se para todos os efeitos legais ao plano individual ou familiar”.

11. Nesse ponto, vale frisar que tanto as Operadoras quanto as Administradoras de Benefícios possuem a obrigatoriedade de exigir a comprovação da legitimidade da pessoa jurídica contratante e da condição de elegibilidade do beneficiário, tema que já foi pacificado pela Diretoria de Fiscalização - DIFIS, sob pena de incidência do artigo acima, não podendo a operadora ou administradora de benefícios excluir o beneficiário.

12. Em vista disso, de forma a delinear mais adequadamente o conteúdo ora tratado, será feita uma análise específica das questões mais relevantes atinentes à verificação da legitimidade da pessoa jurídica, bem como da elegibilidade do beneficiário.

A) Da Legitimidade da Pessoa Jurídica:

13. No que tange à questão da verificação da legitimidade da pessoa jurídica contratante, uma análise mais detalhada do art. 9º da RN nº 195 de 2009 deve ser efetuada. A definição de uma lista restritiva das entidades legitimadas a contratar, prevista nesse artigo, evidencia uma preocupação do órgão regulador em evitar contratações coletivas de fachada - formando-se a coletivização de planos que deveriam ser tratados como individuais.

14. Nesse contexto, cabe ressaltar que apesar de alguns incisos do referido artigo da RN nº 195 de 2009 terem delineado com maior precisão o escopo do grupo a ser legitimado para contratar planos coletivos, em outros, a RN deixou uma margem interpretativa perigosa, colocando em risco a própria a ratio legis (razão legal, razão de ser da Lei) do instrumento normativo.

15. Tal falha vem se apresentando como uma janela de oportunidade para contratação irregular de planos coletivos por adesão, de modo prejudicial a uma massa de beneficiários que não detêm informações suficientes para avaliar o impacto futuro que isso poderá acarretar.

16. Trata-se, portanto, de um movimento oportunista, carreado por diversos agentes do mercado, que vislumbraram uma lacuna da regulação que poderia permitir a contratação simulada de contratos coletivos no lugar de planos individuais.

17. Durante o curso da atividade fiscalizatória, ao longo dos últimos anos, foram constatados alguns casos em que ocorreu a seguinte prática: ao invés de formalizar um contrato individual, a operadora ou administradora de benefícios, ofertava um plano coletivo ao consumidor, utilizando, para tanto, entidades associativas de espectro demasiadamente amplo. Como exemplos, podem ser citados os processos administrativos sancionadores nº 33902.116370/2010-33 e nº 33902.051585/2010-00.

18. Desse modo, no presente momento será realizado um delineamento mais detalhado das disposições contidas no art. 9º da RN nº 195 de 2009, à luz dos instrumentos fiscalizatórios.

19. Antes de ser realizada uma análise pormenorizada dos incisos que compõem o art. 9º da citada RN, torna-se necessário esclarecer que se trata de rol taxativo, não comportando exceções para além dos casos expressamente descritos na norma. Tanto é assim que o inciso VII foi revogado pela Resolução Normativa - RN nº 260, de 27 de julho de 2011, devido à sua ampla margem de abertura e discricionariedade.

20. Feita essa ressalva inicial, passa-se a análise dos referidos incisos. O inciso I do referido artigo traz a seguinte figura: conselhos profissionais e entidades de classe, nos quais seja necessário o registro para o exercício da profissão.

21. Os conselhos profissionais efetivamente possuem a representatividade de uma profissão, sendo criados fundamentalmente para defesa de determinada profissão ou classe, tanto é assim que muitos deles exigem o pagamento de anualidade (contraprestação periódica) por parte de seus associados.

22. Além disso, em virtude de sua natureza fiscalizatória, os conselhos profissionais precisam ter natureza autárquica, o que restringe muito a possibilidade de criação de um falso coletivo. Ressalte-se que o próprio STF já se manifestou quanto a esta natureza, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.717/DF.

23. Portanto, verifica-se que a comprovação da legitimidade da pessoa jurídica é eminentemente objetiva, não ensejando maiores desdobramentos.

24. De modo semelhante o inciso II traz a seguinte figura: sindicatos, centrais sindicais e respectivas federações e confederações.

25. As entidades sindicais são gênero das quais são espécies, conforme o ordenamento jurídico

brasileiro, os seguintes entes: os sindicatos, as federações, as confederações e as centrais sindicais. As três primeiras são entidades de 1º, 2º e 3º graus, respectivamente, já as centrais sindicais, regulamentadas pela Lei nº 11.648 de 2008, são entidades de representação geral dos trabalhadores.

26. A Constituição Federal de 1988 coloca como função dos sindicatos a defesa de direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, tanto em questões judiciais como em questões administrativas (art. 8º, III) e a participação nas negociações coletivas de trabalho (art. 8º, VI).

27. Já a CLT, em seu art. 513, dispõe que são prerrogativas dos sindicatos:

a) a representação, judicial e administrativa, dos interesses gerais e individuais da categoria representada;

b) a celebração de acordos ou convenções coletivas;

c) eleger seus representantes;

d) colaborar com o Estado, como órgãos técnicos e consultivos, em temas relacionados à categoria representada; e

e) impor contribuições aos participantes da categoria representada.

28. Aqui também resta evidenciada a latente representatividade do grupo, o que dificulta a perpetuação dos falsos coletivos. Desse modo, conclui-se que a comprovação da legitimidade da pessoa jurídica também é eminentemente objetiva.

29. Por outro lado o inciso III elenca: associações profissionais legalmente constituídas. Constata-se que diferentemente dos dois incisos anteriormente analisados, esse inciso III apresenta um conceito um pouco mais aberto, trazendo certa subjetividade.

30. De toda forma, o termo “profissional” já afasta de plano a possibilidade de contratação de planos coletivos por adesão por pessoas jurídicas (associações) que não tenham como objeto o exercício profissional. A norma exclui de imediato a possibilidade de contratação com associações que não possuam dentro do seu espectro representativo uma atividade profissional.

31. Portanto, de modo a exemplificar a questão, não serão consideradas legítimas para a contratação de planos coletivos por adesão figuras como: clubes recreativos ou associações de clubes; condomínios ou associações de condomínios; associações de moradores, bairros, cidades, etc; entidades religiosas ou associações de entidades religiosas; dentre outras. Enfim, afastam-se todas as associações que não sejam profissionais, que não tenham por objeto a representatividade de determinada classe profissional ou profissão regulamentada.

32. Superada esta questão inicial, ainda se tem a problemática quanto à amplitude do termo “profissional”, pois é demasiadamente aberto, podendo ser utilizado como manobra para a implementação de falsos coletivos.

33. Desse modo, basta que um órgão regulado, que queira coletivizar planos de natureza individual,

celebre um acordo com alguma associação que tenha um objeto extremamente amplo, que permita a inclusão de quase a totalidade da população brasileira. Por exemplo, uma pessoa jurídica intitulada Associação dos Trabalhadores do Brasil, que poderia abranger empregados, servidores públicos, trabalhadores autônomos, profissionais liberais, enfim, praticamente qualquer indivíduo do território brasileiro.

34. Em vista disso, constata-se a necessidade de delimitação do alcance do conceito de associação profissional, pois a análise não pode se sustentar em juízos de valor ou critérios subjetivos, mas sim levar em conta a integração do conceito jurídico indeterminado por meio da especialidade técnica deste órgão regulador.

35. O conceito jurídico indeterminado, entendido como um dispositivo vago e que também possibilita interpretação ampla, não depende de edição posterior de outra norma. É instituto de grande amplitude, ou de fluidez, como caracteriza o professor Celso Antonio Bandeira de Mello .

36. Alguns juristas aduzem ainda que estes conceitos são estruturados de maneira “vaga”, permitindo o surgimento de novas normas advindas da relação destes conceitos indeterminados com “princípios, diretrizes e máximas de conduta”. São institutos, segundo os doutrinadores, de grande abertura semântica.

37. Esta metodologia foi idealizada, dentre outros, pelo doutrinador Walter Jelinek, citado pelo jurista brasileiro Sergio Guerra em seu livro - Controle judicial dos Atos Regulatórios, a saber:

“(...) o conceito jurídico indeterminado constitui a antítese do conceito jurídico determinado. Pelo pensamento desse Autor, como o conceito jurídico determinado, o conceito jurídico indeterminado também tem limites, pois, ao contrário, não seria um conceito. (...)”

Nessa ordem de convicções, o conceito jurídico indeterminado também permite realizar juízos seguros (certos), mas entre o juízo positivo e o negativo existe um terreno limítrofe de mera possibilidade”.

38. Nesse contexto, verifica-se que a princípio o termo conceito jurídico indeterminado pode levar a uma falsa conclusão de total abertura interpretativa e espaço de indeterminação. Contudo, mesmo nestes casos há uma faixa determinável, ao menos daquilo que com certeza se encaixa (certeza positiva) e daquilo que com certeza não se encaixa no conceito (certeza negativa).

39. Em vista disso, faz-se necessário estabelecer um juízo de ponderação acerca das zonas de certeza do termo: associação profissional, demonstrando que termos vagos como trabalhador, trabalhador autônomo, profissional liberal e equivalentes devem permanecer na zona de certeza negativa.

40. Desse modo, é perfeitamente possível que esta Agência efetue a aferição da representatividade

da pessoa jurídica (associação) para celebração de contratos de planos privados de assistência à saúde. Consequentemente, impossibilitando a celebração de planos coletivos por associações que dizem representar quase todos, mas, em verdade, não representam ninguém.

41. Nesse diapasão, deve ser rechaçada qualquer tentativa de inclusão dos conceitos profissionais liberais ou trabalhadores autônomos como sendo integrantes do conceito macro: atividade profissional, uma vez que deve existir um critério profissional realmente representativo, para vinculação daquela massa.

42. Ressalte-se que, ontologicamente, e levando-se em consideração a abordagem conceitual que traz a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT resta evidenciado que os conceitos de profissionais liberais e trabalhador autônomo correspondem a formas de trabalhar e não a uma atividade profissional.

43. Os profissionais liberais podem ser definidos como aqueles profissionais, trabalhadores, que podem exercer com liberdade e autonomia a sua profissão, decorrente de formação técnica ou superior específica, legalmente reconhecida, formação essa advinda de estudos e de conhecimentos técnicos e científicos.

44. Nessa linha de raciocínio, profissional liberal corresponde a todo aquele que desenvolve atividade específica de serviços, com independência técnica, e com qualificação e habilitação determinadas pela lei.

45. De acordo com definição do Ministério do Trabalho e Emprego - MTE:

“Os profissionais liberais são profissionais pertencentes a categorias diferenciadas regidos por estatuto próprio, ou seja, legislação específica, inserindo-se no conceito de profissões regulamentadas”.

46. Desse modo, constata-se que o termo profissional liberal refere-se a uma forma de trabalhar, a uma forma de exercer uma atividade profissional e não a uma atividade profissional propriamente dita. Tanto é assim que, como exemplos de profissional liberal, podem ser citados: fisioterapeuta, advogado, contador, dentista, médico, economista, administrador de empresa, engenheiro, arquiteto, etc. Frise-se: o conceito de profissional liberal corresponde a uma forma de trabalhar que engloba uma série de profissões, não podendo ser confundido com a própria atividade profissional.

47. Destarte, é perfeitamente possível a celebração de um contrato coletivo por adesão com uma associação que representa, por exemplo, os arquitetos, que são espécie de profissionais liberais. O que não pode ser admitido é a celebração de um contrato com uma associação que possui o termo genérico “profissional liberal” ou “profissionais liberais”, sem qualquer especificação da categoria profissional que está sendo representada.

48. Por seu turno, no que tange ao conceito de trabalhador autônomo, segundo Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena, destaca-se: Autônomo é o trabalhador que desenvolve sua atividade com organização própria, iniciativa e discricionariedade, além da escolha do lugar, do modo, do tempo e da forma de execução. A principal característica da atividade do autônomo é sua independência, pois a sua

atuação não possui subordinação a um empregador.

49. O profissional autônomo é aquele que possui determinadas habilidades técnicas, manuais ou intelectuais e decide trabalhar por conta própria, sem vínculo empregatício. Cumpre registrar que existem duas espécies de trabalhadores autônomos, a saber:

- prestadores de serviços de profissões não regulamentadas: como por exemplo: encanador, digitador, pintor, faxineiro, pedreiro, jornalista, vendedores ambulantes e outros assemelhados;

- prestadores de serviços de profissões regulamentadas: como por exemplo: advogado, médico, contabilista, engenheiro, nutricionista, psicólogo, e outros registrados nos seus respectivos conselhos regionais de fiscalização profissional.

50. Em face dessa classificação, do mesmo modo que o profissional liberal, evidencia-se que o trabalho autônomo corresponde a uma forma de exercício de uma atividade profissional e não à atividade profissional em si. Considerando os exemplos citados, a atividade profissional corresponde à atividade desempenhada: jornalista, encanador, engenheiro, psicólogo, etc.

51. Aqui também merece ser feita a mesma ressalva efetuada quanto aos profissionais liberais, sendo possível a celebração de um contrato coletivo por adesão, por exemplo, com uma associação que representa a categoria dos psicólogos, espécie de trabalho autônomo. O que é vedado é a celebração de um contrato coletivo com uma associação que se refere aos trabalhadores autônomos genericamente, eis que não representa uma profissão e sim uma forma de trabalhar.

52. Portanto, tendo em vista todos os argumentos apresentados na presente Nota, resta sedimentado que todas aquelas associações que não estejam vinculadas a uma classe profissional ou profissão regulamentada (associação profissional), mas que apenas vinculam-se a um conceito aberto e abstrato de trabalho, ou a uma forma de trabalhar devem ser considerados dentro da zona de certeza negativa. Não sendo consideradas legítimas para contratação de planos coletivos por adesão, à luz do inciso III do art. 9º da RN nº 195 de 2009.

53. De modo a exemplificar a questão, não serão consideradas legítimas para a contratação de planos coletivos por adesão, ainda que sob a denominação de associação, pessoas jurídicas que não estejam relacionadas a uma classe profissional definida, referindo-se tão somente a uma condição de emprego ou a uma forma de trabalhar, vale dizer: associações de profissionais liberais; associações de trabalhadores autônomos; associação de trabalhadores civis; associação de aposentados; associação de desempregados; associações de trabalhadores/empregados de determinados municípios, estados ou país, dentre outras.

54. Todavia, mais uma ressalva importante deve ser feita, estariam abrangidas no conceito de atividade profissional, previsto no inciso III, do art. 9º da RN nº 195 de 2009 associações que representam uma profissão ou classe profissional que atua em determinado setor produtivo do governo, da indústria ou do comércio. Como exemplo, observa-se: associações dos servidores públicos do judiciário de determinado estado; associação dos servidores públicos da polícia federal; associação municipal ou estadual de metalúrgicos; associação de professores de determinada instituição de ensino, associação municipal ou estadual dos técnicos em mecânica industrial, dentre outras do gênero.

55. Prosseguindo à análise dos incisos elencados no art. 9º da RN nº 195 de 2009, destaca-se o

inciso IV: cooperativas que congreguem membros de categorias ou classes de profissões regulamentadas.

56. Em virtude das disposições desse inciso, conclui-se que para que uma cooperativa seja legítima para figurar na contratação de planos coletivos por adesão deverá congrega membros de categorias ou classes de profissões regulamentadas, o que permite deduzir que essa entidade não poderá trazer um conceito amplo e abstrato de classe ou categoria de trabalho, mas sim uma profissão devidamente regulamentada pelo MTE. Logo, o grupo de indivíduos que se encontra representado por essas cooperativas é perfeitamente identificável.

57. Dessa forma, também não podem ser admitidas cooperativas que empreguem termos genéricos e demasiadamente abertos, que extrapolem o conceito de profissão regulamentada. Do mesmo modo como ocorre nos incisos I e II, constata-se que a comprovação da legitimidade da pessoa jurídica, nesses casos, também é eminentemente objetiva.

58. No que tange ao inciso V, constam em seu bojo as seguintes entidades: caixas de assistência e fundações de direito privado que se enquadrem nas disposições desta resolução.

59. As caixas de assistência são entidades com personalidade jurídica própria e destinam-se a prestar assistência aos seus inscritos. Para se ter um exemplo, cabe citar o disposto no art. 62 da Lei nº 8.906, de 04 de Julho de 1994, in verbis:

“Art. 62. A Caixa de Assistência dos Advogados, com personalidade jurídica própria, destina-se a prestar assistência aos inscritos no Conselho Seccional a que se vincule.

§ 1º A Caixa é criada e adquire personalidade jurídica com a aprovação e registro de seu estatuto pelo respectivo Conselho Seccional da OAB, na forma do regulamento geral.

§ 2º A Caixa pode, em benefício dos advogados, promover a seguridade complementar.

§ 3º Compete ao Conselho Seccional fixar contribuição obrigatória devida por seus inscritos, destinada à manutenção do disposto no parágrafo anterior, incidente sobre atos decorrentes do efetivo exercício da advocacia.

§ 4º A diretoria da Caixa é composta de cinco membros, com atribuições definidas no seu regimento interno”.

60. Já as fundações de direito privado são constituídas a partir de um patrimônio ou viabilidade econômica, estabelecendo seu funcionamento e organização através de um Estatuto, que passa a ser a lei que rege as relações jurídicas envolvidas. Assim, cumpre registrar o que estabelece o art. 62 do Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, a saber:

“Art. 62. Para criar uma fundação, o seu instituidor fará, por escritura pública ou testamento, dotação especial de bens livres, especificando o fim a que se destina, e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la”.

61. Além disso, caberá ao Ministério Público dos respectivos estados federados velar pela constituição e funcionamento dessas fundações, conforme preceitua o art. 66 do Código Civil:

“Art. 66. Velará pelas fundações o Ministério Público do Estado onde situadas”.

62. Nesse sentido, quanto às caixas de assistência, é latente sua representatividade, eis que tem por escopo prestar assistência aos seus inscritos, que correspondem à determinada categoria, como, por exemplo, os advogados.

63. Por outro lado, no tocante às fundações de direito privado, a própria RN nº 195 de 2009 não deixou muito clara sua possibilidade de enquadramento, pois é muito difícil que uma fundação de direito privado consiga atender às determinações contidas nas disposições dessa Resolução Normativa.

64. Com relação ao inciso VI, observa-se as seguintes figuras: entidades previstas na Lei nº 7.395, de 31 de outubro de 1985, e na Lei nº 7.398, de 4 de novembro de 1985.

65. Nesse contexto, a Lei nº 7.395, de 31 de outubro de 1985, dispõe sobre os órgãos de representação dos estudantes de nível superior e dá outras providências, enquanto que a Lei nº 7.398, de 4 de novembro de 1985, dispõe sobre a organização de entidades representativas dos estudantes de 1º e 2º graus e dá outras providências.

66. Nota-se que apesar de as entidades estudantis não corresponderem a atividades profissionais propriamente ditas, a RN nº 195, de 2009, fez remissão expressa a essas pessoas jurídicas. Tal fato corrobora, mais uma vez, os argumentos apresentados anteriormente, no sentido de que somente o que representa efetivamente uma associação profissional deve ser enquadrado no inciso III do art. 9º da referida RN, pois o que foge desse objeto, como, por exemplo, a classe estudantil, consta nos outros incisos desse artigo.

67. Realizadas essas considerações acerca do enquadramento das pessoas jurídicas às disposições contidas no art. 9º da RN nº 195 de 2009, resta evidenciado que o objeto social da pessoa jurídica contratante não pode se limitar única e exclusivamente à contratação de planos coletivos e sim efetivamente representar determinada classe ou categoria.

68. A filiação de determinado indivíduo à uma entidade deve ocorrer em razão de sua representatividade, como a própria Constituição Federal preceitua em seu art. 5º, inciso XXI, in verbis: Art. 5º... “XXI - as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente;”

69. Em vista disso, constata-se que a questão de representatividade é tão importante que a própria Constituição da República dispôs que as entidades associativas têm legitimidade para representar seus filiados judicial e extrajudicialmente, quando expressamente autorizadas. Logo, para pertencer a uma entidade associativa, o indivíduo deve efetivamente pertencer àquele grupo representado.

70. Nesse contexto, a perpetuação da prática da falsa coletivização deve ser combatida de modo a impedir a abertura de um caminho permissivo para a materialização de uma pluralidade de vínculos por adesão sem qualquer tipo de representatividade, sem qualquer compromisso representativo com os seus membros.

71. Destarte, se ainda assim forem constatados indícios da prática de algum ilícito penal por parte das Operadoras ou Administradoras de Benefícios, a Diretoria Adjunta - DIRAD/DIFIS deverá ser informada, via Memorando. Consequentemente, esta DIRAD solicitará providências junto à PROGE, que efetuará a comunicação do ocorrido ao Ministério Público. B) Da Elegibilidade dos Beneficiários:

72. No tocante à questão da verificação da elegibilidade dos beneficiários, cabe destacar que de acordo com as disposições do art. 26 da RN nº 195, de 14 de julho 2009, será tida como irregular a inclusão de beneficiário que não detenha o vínculo associativo essencial para representatividade na apólice, a saber:

“Art. 26. Os contratos de planos privados de assistência à saúde coletivos vigentes que permaneçam incompatíveis com os parâmetros fixados nesta resolução na data de sua entrada em vigor, especificamente quanto às condições de elegibilidade previstas nos artigos 5º e 9º, não poderão receber novos beneficiários, ressalvados os casos de novo cônjuge e filhos do titular. (Redação dada pela RN nº 204, de 2009)

§1º Os contratos de planos privados de assistência à saúde coletivos vigentes, que atendam as condições de elegibilidade previstas nos artigos 5º e 9º, mas permaneçam incompatíveis com os demais parâmetros fixados nesta resolução, deverão ser aditados até a data do aniversário contratual ou até 12 (doze) meses da vigência desta norma, o que ocorrer primeiro, sob pena de impedir o ingresso de novos beneficiários, ressalvados os casos de novo cônjuge e filhos do titular. (Redação dada pela RN nº 204, de 2009)

§2º A partir da confirmação pela operadora da reclassificação do registro dos produtos disposta no artigo 27, os novos parâmetros passam a integrar os contratos aditados para atender as disposições desta resolução. (Redação dada pela RN nº 204, de 2009)."

73. Pela análise do dispositivo legal destacado, conclui-se que não houve a obrigatoriedade de rescisão dos contratos coletivos firmados antes da entrada em vigor da Resolução Normativa nº 195 de 2009, que permanecessem incompatíveis com os parâmetros fixados no normativo em questão, eis que a proteção ao ato jurídico perfeito alcança o contrato, tendo em vista que foi consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.

74. Não obstante, a proteção ao ato jurídico perfeito não alcança o ingresso de beneficiários em data posterior à vigência da RN 195 de 2009, pois a efetivação deste ingresso não estará ocorrendo de forma compatível com a norma vigente, mas sim com o regramento anterior.

75. Em vista disso, deve ser feita uma análise bipartida do respectivo contrato, levando-se em conta a data de corte em que a RN 195 de 2009 passou a vigorar:

- Nos contratos iniciados antes da entrada em vigor da RN nº 195 de 2009 que permaneçam em desacordo com ela, só seriam regulares, por força do art. 26, as adesões de dependentes (cônjuge ou filhos);

- Caso o contrato tenha sido formalizado após a entrada em vigor da RN nº 195 de 2009 sem observância aos seus parâmetros, qualquer inclusão que nele seja contabilizada representa uma adesão irregular, pois se trata de uma modalidade de avença que nem deveria estar em atividade, haja vista o novo paradigma de contratação trazido pela norma.

76. De forma a aclarar mais ainda a questão da verificação da elegibilidade, alguns pontos merecem ser melhor exemplificados a seguir.

77. Quanto às condições de ingresso dos beneficiários, deve ser analisado se o contrato social da pessoa jurídica contratante possui critérios bem definidos para admissão de seus associados, pois como já tratado na presente Nota, a generalidade que se revestem muitas associações podem retirar delas a legitimidade para representar os interesses de seus associados.

78. Também é importante analisar a lista dos indivíduos associados àquela pessoa jurídica contratante, contendo a qualificação (nome, CPF, etc, dos associados) e a data respectiva de ingresso. Essa informação é de suma importância, pois tem por escopo realizar um batimento entre o número de associados e número de beneficiários vinculados à pessoa jurídica. Assim, se o número de beneficiários informado for maior que o número de associados, verifica-se a existência de fortes indícios de violação ao art. 9º da RN nº 195 de 2009, o que não pode ser admitido.

79. Por conseguinte, a demonstração de que o beneficiário apresenta condições de elegibilidade consiste no atendimento dos seguintes requisitos: a) O beneficiário deve estar efetivamente vinculado e representado por uma das entidades previstas nos incisos do art. 9º da RN nº 195 de

2009, tendo manifestado sua vontade em se associar; e b) Satisfazer os requisitos necessários ao ingresso nos quadros de tal associação, conforme estabelecido em seus atos constitutivos.

80. Tendo em vista os requisitos apresentados, constata-se que a mera apresentação de documento demonstrativo de que um beneficiário poderia, em tese, ingressar nos quadros de determinada entidade, sem demonstração da efetiva vinculação, é insuficiente para comprovação de sua elegibilidade para participar da referida contratação.

81. Ante o exposto, a verificação da elegibilidade dos beneficiários deve ser feita à luz dos atos constitutivos (estatuto) da pessoa jurídica, levando-se em consideração as ressalvas feitas nesta Nota, quanto à interpretação e à amplitude conferidas ao art. 9º, da RN nº 195 de 2009.

III - Conclusão:

82. Por todo o exposto e fundamentado, torna-se necessário que alguns pontos que foram tratados na presente Nota sejam reiterados, de forma a explicitar mais claramente a abordagem prática referente ao assunto e fazer um resumo do que foi apresentado.

► Das Informações necessárias para verificação da legitimidade da Pessoa Jurídica contratante (passo-a-passo para a análise):

● Data da constituição da pessoa jurídica contratante - a data entre a constituição da pessoa jurídica e a contratação do plano de saúde deve ser superior a 1 (um) ano, consoante determina o art. 10 da RN nº 195 de 2009.

● O objeto social da pessoa jurídica contratante - não pode se limitar única e exclusivamente à contratação de planos coletivos e a pessoa jurídica deve efetivamente representar seus associados, como exposto na presente Nota (itens 31, 40, 41, 52,53, 54 e 67).

► Das Informações necessárias para verificação da elegibilidade do beneficiário (passo-a-passo para a análise):

● Condições de ingresso como associado da pessoa jurídica contratante - deve haver critérios bem definidos; a associação profissional deve representar uma classe, categoria ou profissional específica (itens 31, 40, 41, 52, 53, 54, 79 e 82 da Nota).

● Data da contratação do plano de saúde - deve ser verificado se a data da contratação é anterior ou posterior à entrada em vigor da RN nº 195 de 2009, conforme itens 76, 75,76 da Nota.

● Número de associados ou filiados da pessoa jurídica contratante - deve ser igual ou superior ao número de beneficiários titulares de planos de saúde vinculados a essa mesma pessoa jurídica contratante (itens 79,80 e 81da Nota).

83. Ademais, constatando-se a existência de indícios de configuração de ilícito penal, o chefe do Núcleo deverá encaminhar Memorando circunstanciado à DIRAD, comunicando tal fato, para que essa remeta à PROGE e, por fim, ao Ministério Público.

DIRETORA DE FISCALIZAÇÃO