

Entendimento DIFIS nº 05 - 07 de Abril de 2016.

Entidade Hospitalar acrescida à rede credenciada de Operadora sem prévia comunicação à ANS. Posterior redução de rede credenciada sem a devida autorização da ANS. Subsunção aos tipos do art. 20 e do art. 88, ambos da Resolução Normativa - RN nº 124, de 30 de março de 2006.

I - Introdução:

1. Esta Diretoria de Fiscalização foi instada a se manifestar acerca de qual ou quais tipos sancionadores deveriam ser aplicados ao caso em que uma Operadora acrescenta prestador hospitalar à sua rede credenciada, sem a devida comunicação à ANS e, posteriormente, o descredencia, sem a devida autorização desta Agência, não observando os trâmites regulatórios necessários.

2. Nesse contexto, foi elaborada a Nota nº 03/2013/ASSEN/DIFIS/ANS/MS contendo minuta de proposta de edição de Súmula Normativa com vistas a pacificar o tema. Tal proposta foi submetida à apreciação da Diretoria Colegiada - DICOL, em 09 de abril de 2013, na 372ª Reunião Ordinária, restando consignado que a referida minuta deveria ser encaminhada à PROGE para análise.

3. Dessa forma, a PROGE, por intermédio da Nota nº 146/2013/PROGE/GECOS e do Parecer nº 420/2013/GECOS/PROGE-ANS/PGF, manifestou-se sobre o tema em comento, apresentando suas considerações sobre a edição da referida Súmula Normativa.

4. Além disso, também foi solicitado o posicionamento da Diretoria de Normas e Habilitação de Produtos - DIPRO sobre a matéria, tendo em vista que a questão também envolve matéria atinente à competência dessa Diretoria, especialmente quanto à operacionalização de alteração de rede credenciada de Operadora.

5. Diante do cenário apresentado, restou evidenciada a desnecessidade de edição de Súmula Normativa, sendo, contudo, fundamental a confecção de entendimento da Diretoria de Fiscalização - DIFIS, de forma a compilar as contribuições feitas pelas diversas áreas e uniformizar o tema.

6. Posteriormente, a Gerência-Geral de Fiscalização - GGFIS encaminhou Nota N.º 07/2015/GGFIS/DIFIS/ANS, em 27/10/2015, questionando a aplicabilidade da sanção prevista no art. 20 da RN nº 124 de 2006, principalmente no que tange à advertência.

II - Fundamentação:

7. Observa-se, no caso em comento, a incidência de duas condutas: num primeiro momento a Operadora acresce entidade hospitalar à sua rede de prestadores, deixando de comunicar à Agência tal alteração e num segundo momento, essa mesma entidade hospitalar é retirada de sua rede, também sem a autorização da ANS para tanto.

8. Quanto à primeira conduta, vale frisar o disposto no art. 20, caput, da Lei 9.656/98, in verbis:

“Art. 20. As operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o § 1o do art. 1o desta Lei são

obrigadas a fornecer, periodicamente, à ANS todas as informações e estatísticas relativas as suas atividades, incluídas as de natureza cadastral, especialmente aquelas que permitam a identificação dos consumidores e de seus dependentes, incluindo seus nomes, inscrições no Cadastro de Pessoas Físicas dos titulares e Municípios onde residem, para fins do disposto no art. 32". (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

9. Na mesma linha, a Resolução Normativa - RN nº 85, de 7 de dezembro de 2004, que dispõe sobre a concessão de Autorização de Funcionamento das Operadoras de Planos de Assistência à Saúde, e dá outras providências, determina, em seu art. 13, § 1º, que:

"Art. 13. A concessão do registro dependerá da análise da documentação e das características do plano descritas pela operadora, que deverão estar em conformidade com a legislação em vigor, e disposições do Anexo II.

§1º Além das informações sobre as características do produto, deverão ser apresentados junto com o pedido, comprovante de pagamento de Taxa de Registro de Produto - TRP, rede da operadora para atendimento integral da cobertura prevista no art. 12 da Lei n.º 9.656/98, com número de registro no Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde - CNES de todos os prestadores da rede de serviços próprios, ou contratados, credenciados ou referenciados, Nota Técnica de Registro de Produto - NTRP, conforme disposto na RDC nº 28, de 26 de junho de 2000 e IN DIPRO nº 8, de 27 de dezembro de 2002, e outros itens que venham a ser exigidos na Instrução Normativa a ser publicada pela DIPRO. (Redação dada pela RN nº 356, de 06/10/2014)."

10. A referida RN nº 85, de 7 de dezembro de 2004, também possui, em seu Capítulo V (Da manutenção da autorização de funcionamento), seções próprias para cuidar da manutenção e alteração do registro do produto, cabendo destacar o art. 20, inciso II, e art. 22, §2º abaixo consignados:

"Art. 20. Para manutenção da situação de regularidade do registro de produto, deverão permanecer inalteradas todas as condições de operação descritas no pedido inicial, devendo a

Operadora, para tanto: (...) II - enviar regularmente à ANS as informações relativas ao plano, previstas na legislação em vigor;”

(...) Art. 22 A alteração do registro de produto poderá ser requerida pela Operadora para os itens descritos no §2º, de acordo com a forma e os procedimentos definidos em Instrução Normativa da

DIPRO.

.....
.....

§2º São passíveis de alteração:

I - a rede hospitalar, nos casos de redimensionamento por redução;

*II - a rede hospitalar, nos casos de substituição;
(Incluído pela RN nº 356, de 06/10/2014)*

III - os itens abaixo, desde que configurem ampliação de cobertura assistencial ou do acesso à rede de serviços e não impliquem em ônus financeiro para os beneficiários:

A - a rede hospitalar, incluindo tipo de vínculo com a operadora e disponibilidade dos serviços;”

11. Em vista disso, evidencia-se que o descumprimento das regras acima expostas se amoldaria à infração do art. 20 da RN nº 124, de 30 de março de 2006, eis que a Operadora estaria omitindo uma informação obrigatória, adicionando um prestador à sua rede credenciada sem a devida ciência da ANS e, conseqüentemente, comercializando um produto diverso do registrado, a saber:

“Produto Diverso do Registrado

Art. 20. Operar produto de forma diversa da registrada na ANS, em desacordo com as características definidas ou vedadas pela legislação e seus regulamentos: (Redação dada pela RN nº 396, de 25/01/2016)

Sanção - advertência; multa de R\$ 50.000,00”.

12. Não se pode olvidar que a rede credenciada da Operadora integra não só o objeto do contrato, mas também as características do produto registrado junto à Entidade reguladora. Logo, o acréscimo de prestador à rede credenciada sem autorização da Agência, modificando o produto anteriormente registrado, se enquadraria no tipo previsto no art. 20 da RN nº 124, de 30 de março de 2006.

13. Quanto à sanção a ser aplicada, essa foi objeto da Nota N.º 07/2015/GGFIS/DIFIS/ANS, uma vez que o art. 20, da RN nº 124, de 30 de março de 2006, prevê a aplicação de sanção de advertência ou multa.

14. A referida Nota baseia-se no fato de possuir a infração caráter permanente e, portanto, enquanto não cessada a irregularidade no registro do produto, não poderia ser aplicada a sanção de advertência, mas sim, a de multa.

15. Nessa trilha, convém observar os dispositivos da RN nº 124, de 30 de março de 2006, alterada pela RN n.º 396, 26 de janeiro de 2016:

“Art. 5º A sanção de advertência será aplicada nos casos previstos nesta norma e desde que atendida ao menos uma das condições abaixo previstas:

I - Revogado;

II - não ter havido lesão irreversível ao bem jurídico tutelado pela norma infringida; ou

III - não ter acarretado qualquer dano aos beneficiários; ou

IV - ter o infrator adotado voluntariamente providências suficientes para reparar os efeitos danosos da infração, mesmo que não configure reparação voluntária e eficaz - RVE.

§1º A sanção de advertência será aplicada por escrito.

§2º Na hipótese de o infrator ter reincidido na mesma infração, a ANS poderá deixar de aplicar a

pena de advertência, para aplicar uma sanção mais grave”.

16. Conforme pode se verificar, a norma não faz distinção sobre a classificação da conduta. Portanto, o normativo admite a aplicação da sanção de advertência tanto às infrações instantâneas ou permanentes desde que observada apenas uma das condições previstas nos incisos do art. 5º, da RN 124/2006.

17. A infração de operar produto de forma diversa da registrada na ANS, ao contemplar unicamente rede hospitalar maior que a informada quando do registro do produto, não acarreta em tese lesão irreversível ao bem jurídico tutelado pela norma infringida, como também, não acarreta qualquer dano aos beneficiários, mesmo em se tratando de uma infração permanente, justificando a aplicação da sanção de advertência, até em observância ao princípio da proporcionalidade.

18. Todavia, convém salientar que a conduta da operadora não está de acordo com a norma, uma vez que ela está operando produto diverso do registrado na ANS, dificultando o cumprimento de seu papel regulador. Assim, é perfeitamente justificável que tal conduta seja caracterizada como infração, devendo a operadora que a pratica ser punida em observância às normas desta Agência, que no caso específico se refere à sanção de advertência.

19. Por fim, cumpre esclarecer que se restar configurada a reincidência da prática infrativa pela operadora, aí sim será afastada a aplicação da sanção de advertência, sendo aplicada a sanção de multa, conforme dispõe o §2º, do art. 5º, da RN 124/2006.

20. No tocante à segunda conduta, destaca-se o art. 17, § 4º da Lei 9.656/98 que preceitua que, em caso de redimensionamento da rede hospitalar por redução, as Operadoras deverão solicitar à ANS autorização expressa para tanto, in verbis:

“Art. 17. A inclusão de qualquer prestador de serviço de saúde como contratado, referenciado ou credenciado dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1o do art. 1o desta Lei implica compromisso com os consumidores quanto à sua manutenção ao longo da vigência dos contratos, permitindo-se sua substituição, desde que seja por outro prestador equivalente e mediante comunicação aos consumidores com 30 (trinta) dias de antecedência. (Redação dada pela Lei nº 13.003, de 2014)

§ 4o Em caso de redimensionamento da rede hospitalar por redução, as empresas deverão solicitar à ANS autorização expressa para tanto, informando: (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

I - nome da entidade a ser excluída; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

II - capacidade operacional a ser reduzida com a exclusão; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

III - impacto sobre a massa assistida, a partir de parâmetros definidos pela ANS, correlacionando a necessidade de leitos e a capacidade operacional restante; e (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

IV - justificativa para a decisão, observando a obrigatoriedade de manter cobertura com padrões de qualidade equivalente e sem ônus adicional para o consumidor. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)”

21. Consoante o caput do art. 17 da Lei 9.656/98, verifica-se o compromisso, junto aos beneficiários, quanto à manutenção do prestador hospitalar ao longo da vigência dos contratos, permitindo-se sua substituição, desde que seja por outro prestador equivalente e mediante comunicação, com 30 (trinta) dias de antecedência.

22. Do mesmo modo, preceituam os já citados dispositivos da RN nº 85, de 7 de dezembro de 2004, que dispõe sobre a concessão de Autorização de Funcionamento das Operadoras e a Instrução Normativa - IN nº 46, de 03 de outubro de 2014, que versa sobre as solicitações de substituição de entidade hospitalar e de redimensionamento de rede por redução. Assim, preserva-se o interesse dos beneficiários, para que esses não sejam prejudicados, nem tenham seus direitos lesados.

23. Dessa forma, no caso de redimensionamento de rede hospitalar, por redução, sem autorização da Agência, restaria configurado o tipo infrativo previsto no art. 88 da RN nº 124, de 30 de março de 2006, a seguir discriminado:

“Art. 88. Redimensionar rede hospitalar, por redução, sem autorização da ANS ou comunicação aos beneficiários: (Redação dada pela RN nº 396, de 25/01/2016) Sanção - multa de R\$ 50.000,00.

Parágrafo único. Caso o cometimento da infração descrita no caput produza efeitos de natureza coletiva, deve ser considerado o disposto no art. 9º desta Resolução para cálculo da multa a ser aplicada. (Incluído pela RN nº 396, de

24. Ademais, o verbo redimensionar, previsto no núcleo do citado art. 88, refere-se à rede hospitalar de forma genérica e não à rede hospitalar registrada na ANS. Caso o legislador tivesse a intenção de restringir a conduta típica apenas ao redimensionamento da rede registrada, o teria feito expressamente. E mais, o art. 17 da Lei 9.656/98 também não faz qualquer distinção nesse sentido.

25. Ante o exposto, não há como ignorar que o registro do prestador junto à Agência não tem o condão de alterar a realidade dos fatos, possuindo nítido caráter declaratório. Portanto, para a configuração do redimensionamento de rede sem autorização da ANS, pouco importada se o prestador hospitalar fora previamente informado, eis que a ausência da informação não significa que a entidade hospitalar, de fato, não pertencia à rede da Operadora.

26. Da mesma forma, não se pode desconsiderar a retirada de uma entidade hospitalar oferecida por uma Operadora, porque aquela já integrou, ainda que de fato, a sua rede real de prestadores oferecida a seus beneficiários que com ela contarão, dela se utilizarão e dela dependerão.

27. Por outro lado, cabe advertir que, a vingar o entendimento no qual se pune apenas a conduta de não comunicação à ANS do acréscimo de entidade hospitalar, sem a devida sanção pelo redimensionamento da rede de prestadores, poder-se-ia possibilitar a prática oportunista por parte de determinadas Operadoras, que deixariam de comunicar a adição de prestador hospitalar a certo produto, para posteriormente retirá-lo de sua rede sem a autorização da Agência, sendo punidas apenas com a sanção do art. 20, a qual não incide o fator multiplicador do art. 9º, ambos da RN nº 124, de 30 de março de 2006.

28. Por conseguinte, no caso em tela, a Operadora deverá responder pela infração prevista no art. 20, com sanção de advertência, se cabível, em concurso material com aquela descrita no art. 88, com sanção de multa no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), sobre a qual incide o fator multiplicador previsto no art. 9º, todos da RN nº 124, de 30 de março de 2006. Isso porque existem, de fato, duas condutas infrativas distintas que violam a legislação regulatória em vigor.

III - Conclusão:

29. Por todo o exposto e fundamentado, entende-se que entidade hospitalar oferecida por uma Operadora a seus beneficiários, ainda que de fato e sem a prévia comunicação à ANS, integra a sua rede e, como tal, não pode ser dela subtraída sem obediência aos trâmites regulatórios previstos, acarretando na incidência de dois tipos sancionadores:

a) A tipificada no art. 20, da RN nº 124, de 30 de março de 2006, por deixar de informar à ANS a inclusão de prestador hospitalar em sua rede, conforme estabelece o art. 20, caput, da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, c/c art. 20, inciso II, da RN nº 85, de 7 de dezembro de 2004; e

b) A tipificada no art. 88, da RN nº 124, de 30 de março de 2006, por redimensionar sua rede de prestadores, por redução, sem autorização da ANS, em inobservância ao disposto no art. 17, § 4º, da lei 9.656, de 3 de junho de 1998, c/c (descrever arts. Da RN 85 e da IN 23 supracitados).

30. Além disso, quanto à penalidade tipificada no art. 88 da citada RN nº 124, de 30 de março de 2006, cumpre ressaltar sua natureza eminentemente coletiva, de modo que o valor da multa aplicada

deve ser calculado utilizando-se o fator multiplicador previsto no art. 9º, também da RN nº 124, de 30 de março de 2006.

31. Por derradeiro, quanto à penalidade tipificada no art. 20 da RN nº 124, de 30 de março de 2006, será aplicada a sanção de advertência, com base no art. 5º, incisos II e III, também da RN nº 124, de 30 de março de 2006, exceto nos casos de reincidência, conforme disposto no parágrafo 2º, do referido art. 5º, quando será aplicada a sanção de multa, sem incidência do fator multiplicador previsto no art. 9º, da RN n.º 124, de 30 de março de 2006.

SIMONE SANCHES FREIRE
DIRETORA DE FISCALIZAÇÃO