

PROJETO DE DECRETO LEGISLATIVO Nº , DE 2010
(Do Sr. Dr. Nechar)

Susta os efeitos de Resoluções Normativas Editadas pela Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, de no. 85/04, 124/06, 162/07, 167/08, 192/09, 211/10, 212/10, por extrapolação das competências legais do poder normativo da ANS.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º. Ficam sustadas as Resoluções Normativas de nº 85/04, 124/06, 162/07, 167/08, 192/09, 211/10, e 212/10 editadas pela Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Saúde Suplementar, e as conseqüentes Resoluções Operacionais que delas derivam.

Art. 2º Este Decreto Legislativo entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

Da inconstitucionalidade do exacerbado exercício normativo da ANS:

O presente Projeto de Decreto Legislativo visa sustar as Resoluções Normativas da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, de nº 85/04, 124/06, 162/07, 167/08, 192/09, 211/10, e 212/10, bem como todos os atos administrativos expedidos com base nas aludidas Resoluções, com base na

competência do Congresso Nacional, tal como previsto no inciso V, do art. 49 da Constituição Federal e no Art. 109, inciso II, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados

Com a presente proposta procuramos corrigir uma anomalia que vem tomando lugar, com frequência, na vida pública do nosso país. Trata-se do indevido uso do poder normativo por parte do Poder Executivo, mais especificamente, de órgãos integrantes da estrutura do referido Poder, e que, não raro têm extrapolado sua competência legal.

Conforme demonstro a seguir, verifica-se uma contumaz exorbitância no uso do poder regulamentar conferido à espécie normativa das Resoluções das Agências Reguladoras que, vez por outra, transbordam os limites das leis que intentam regulamentar, não raro invadindo até preceitos constitucionais.

No caso presente, fazemos referência à atuação normativa da Agência Nacional de Saúde – ANS. A bem da verdade podemos constatar que a ANS, através da sua produção normativa, muito além de regular a atividade, interfere de forma prejudicial na vida das Operadoras de Saúde Suplementar, em especial nas Cooperativas de Trabalho Médico e Odontológico, pretendendo reger desde a sua constituição e funcionamento até o momento de sua morte, com o regime de direção fiscal e o processo de liquidação extrajudicial. Tal comando, pelo que se colhe da reserva constitucional de lei, é exercido ao arrepio da nossa Constituição Federal.

Lembramos, a propósito, que a Lei Federal 9.656/98 deve ser considerada como uma norma de superposição, com obrigação de respeitar os conceitos jurídicos e as estruturas legais que venham ser referidas no seu texto, observando-se, com maior atenção ainda, a hierarquização suprema do texto constitucional.

A intitulação criada pela ANS, com supostos poderes de “regular” atividade típica do direito privado, como é o caso da assistência suplementar à saúde (art. 199, da Constituição Federal), se contrapõe ao ordenamento constitucional vigente, posto que este permite tal atividade reguladora somente nos casos do art. 21, XI (concessão ou permissão para explorar serviços de telecomunicações) e do art. 177, § 2º, inciso III (contratação de empresas privadas de pesquisa, refinação, importação e exportação e transporte de petróleo), além de outros casos previstos em emendas constitucionais que não se coadunam com a atividade desempenhada pela ANS.

Vale dizer que o legislador constituinte procurou impor a atividade reguladora **somente nas relações jurídicas classificadas como de caráter absoluto** (telecomunicações, petróleo, e outros previstos em emendas constitucionais), cuja formalização se faz apenas com a identificação do agente titular do “dever jurídico”, ou seja, daquele que coloca o produto indeterminadamente à disposição dos consumidores. E a regulação legal, pelo órgão do executivo, é exercida somente no interstício entre a elaboração e a disponibilização do produto.

Este tipo de atividade não se coaduna com as características que

envolvem a relação, de direito privado, atinente à assistência suplementar à saúde, onde as partes são identificadas e dispostas assimetricamente quando da assinatura do contrato. Não existe o interstício objeto da regulação citada acima, posto que o consumidor já é identificado de imediato à prestação dos serviços. Aliás, a identificação do consumidor é condição para realização do serviço. E, para este caso, a elaboração contratual respeitará as regras do Código de Defesa do Consumidor e da Lei Federal 9.656/98, não existindo poder paralelo de interferência ou dirigismo econômico em favor da ANS.

Neste tipo de relação, o comando legal incide sobre as regras contratuais unicamente, não interferindo no operacional, ou, na natureza jurídica do agente fornecedor, como pretende, de forma abusiva, a ANS.

A atividade administrativa está totalmente vinculada ao cumprimento da lei, não podendo transcender, inovar ou contrariar esta. Se o intuito da resolução administrativa é regulamentar alguma disposição prevista em lei, não há como admitir qualquer extensão que fuja dos limites estabelecidos pelo texto legal.

A lei, em sentido estrito, como se sabe, é o ato normativo abstrato capaz de inovar no sistema jurídico, tendo sua validade determinada pela Constituição Federal. As leis são normas infraconstitucionais, e os regulamentos e outros atos da administração, tratando-se aqui especificamente aqueles produzidos pela ANS, são infra-legais, de hierarquização inferior à lei.

A própria regra contida no § 2º, do art. 4º, da Lei Federal 9.961/00, impõe a obrigação da ANS observar as peculiaridades específicas de cada operadora, respeitando a lei que define a sua natureza jurídica, valendo-me da transcrição: ***“As normas previstas neste artigo obedecerão às características específicas da operadora, especialmente no que concerne à natureza jurídica de seus atos constitutivos”***. No caso específico das Cooperativas de Trabalho médico e odontológico, não agredir a natureza jurídica de seus atos constitutivos representa, também, não intervir em contraposição às prerrogativas legais garantidas às suas atividades, cuja previsão está definida na Lei Cooperativista (5.764/71).

Não há como desmembrar as operadoras de planos de saúde de suas atividades, consistentes no fornecimento de planos de saúde, posto que, muito tempo antes da edição das leis objetos desta ação, várias Operadoras de Planos de Saúde e Cooperativas de Trabalho Médico e Odontológico foram criados para este fim específico, estando certo que a mutilação de sua atividade representaria seu desaparecimento no mundo jurídico.

Da ausência de poder normativo da Diretoria Colegiada da ANS:

A atividade normativa, com carga pesada de obrigações às operadoras de plano de saúde, tem sido desempenhada pela Diretoria Colegiada da ANS, em total desconformidade com a sua lei originária que

dispõe que esta fonte regulamentar é de **competência exclusiva do CONSU – Conselho Nacional de Saúde Suplementar**.

A idéia básica é a de que a Diretoria Colegiada esteja incumbida da gestão interna e externa dos negócios da ANS e, o CONSU responsável pelo pretensão poder regulatório, até porque estão nele os representantes dos vários órgãos do Poder Executivo, sendo eles o da Justiça, Saúde, Fazenda e Planejamento, como se verifica do art. 35-B da Lei 9656/98.

A própria Lei da ANS confirma a competência do CONSU para tal fim, como se colhe do seu art. 4º, inciso I:

“Art. 4º Compete à ANS:

I - propor políticas e diretrizes gerais ao Conselho Nacional de Saúde Suplementar - Consu para a regulação do setor de saúde suplementar; “

A tese ora apresentada se confirma quando verificamos que foi o CONSU que regulou: as condições e prazos para adaptações dos contratos quando da edição da Lei 9656/98, pela Resolução CONSU n. 4; os critérios e parâmetros de definição das faixas etárias pela Resolução CONSU n. 6; as coberturas das doenças e lesões preexistentes e a exigibilidade de prazos para carência pela Resolução CONSU n. 14; alterou todas estas resoluções e outras que tratavam de regulação pela Resolução CONSU n. 15.

O resultado do desrespeito desta competência administrativa de regulamentar, extrapolando extraordinariamente a amplitude dos seus poderes, exercendo-os ao arrepio da Lei, é a ineficácia jurídica de todas as resoluções normativas expedidas pela Diretoria Colegiada, inclusive aquelas que impõem provisões e ativos garantidores.

Do Número Expressivo de Resoluções Normativas Expedidas pela ANS

A regulamentação do setor da saúde suplementar se dá por meio de expedição de resoluções e instruções normativas. Ocorre que a ANS tem provocado um verdadeiro derrame de atos normativos, sem disponibilizar qualquer espécie de consulta às operadoras atuantes no mercado, para que fossem consideradas as dificuldades operacionais a serem enfrentadas.

Analisando produção normativa publicada, verificamos que em média são duas novas normativas expedidas, que requerem a adaptação dos planos de saúde já comercializados, toda a alteração operacional e treinamento dos servidores para a sua aplicação. Além disso, deve ser considerado o prazo exíguo de entrada em vigência, insuficiente para tal adaptação. Isso fica muito claro quando se analisa o prazo inicialmente concedido pela RN 195, de trinta dias a contar da publicação, para adaptação de todos os planos vigentes.

Observe-se abaixo a tabela com o levantamento de RNs expedidas por

ano.

Ano	RN expedidas
2002	23
2003	42
2004	22
2005	35
2006	20
2007	24
2008	19
2009	14 (até RN 201)

Das razões de sustação das Resoluções Normativas e dos seus efeitos

Resolução Normativa n.º 85/04 e alterações

Dispõe sobre a concessão de autorização de funcionamento a ser emitida pela ANS para as operadoras de plano de saúde, incluindo-se as cooperativas médicas.

As disposições do ato normativo vão de encontro com a previsão contida no artigo 5º, inciso XVIII da Constituição da República, a seguir transcrito.

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

“XVIII - a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento;”

Ainda, vale lembrar que a própria Lei n.º 9656/98 dispõe que a legislação específica de cada pessoa jurídica que atue no setor da saúde suplementar deveria ser respeitada, como se denota da redação do artigo 1º da Lei nº 9.656/98:

“Art. 1º Submetem-se às disposições desta Lei as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade, adotando-se, para fins de aplicação das normas aqui estabelecidas, as seguintes definições: (grifou-se)

Resolução Normativa n.º 124/06

Tal normativa cria penalidades, como aplicação de multas e alienação de carteira, por meio de resolução normativa, e não por lei.

As infrações que emanam de resolução normativa não merecem qualquer guarida, já que não são oriundas em lei, em desrespeito ao artigo 5º, inciso II analisando conjuntamente ao artigo 59, ambos da Constituição da República.

Entende-se que as resoluções não são leis, haja vista serem provenientes do poder executivo, não tendo, pois, o condão de obrigar qualquer dos cidadãos ao pagamento de multa por elas preconizadas. A Carta Magna ainda é cristalina ao prescrever as espécies normativas sujeitas ao crivo do processo legislativo, ou seja, os tipos de normas que possuem caráter de lei.

É sabido que a resolução é espécie de ato normativo que apenas tem o condão de conferir aplicabilidade a uma lei existente, dotando maior grau de aplicabilidade a esta. No entanto, tal ato nunca pode criar direitos ou restringir a liberdade, como bem salienta o afamado jurista Celso Antônio Bandeira de Melo. Desta forma, não havendo a lei, à qual é vinculada a resolução mencionada, especificando qualquer sanção em relação à suposta conduta aqui tratada, não pode ato do executivo fazê-lo.

No mesmo diapasão, verifica-se que o artigo 37, caput, da Constituição Federal, submete expressamente a administração pública ao princípio da legalidade.

Assim, caberia somente à ANS aplicar as penalidades já previstas na Lei 9656/98, sem inovar na matéria por meio de regulamentos específicos.

Resolução Normativa n.º 162/07

Trata das lesões preexistentes: no caso de suspeita de fraude, a operadora é obrigada a abrir processo administrativo sendo que, durante o mesmo, nenhum procedimento pode ser negado por este motivo. O problema é que não há um prazo para que a ANS conclua este processo e autorize a exclusão do usuário que omitiu ser portador de doença ou lesão preexistente, e, durante este tempo, como a RN não estipula um prazo máximo para a conclusão do processo administrativo, ele usa plenamente o plano até que a burocracia interna da ANS tome suas decisões.

Resolução Normativa n.º 167/08

Inseriu uma série de novas coberturas, muito mais abrangentes em todas as áreas, porém, em momento algum a ANS se preocupou em criar normas de adequação do cálculo atuarial, ou seja, aumentou a abrangência dos planos, porém, engessou seu preço, delegando para as operadoras tal ônus e um impacto financeiro importante, que atinge sua saúde financeira.

Sobre a questão financeira, a ANS havia preterido a análise de incremento de valores aos planos de saúde ao ano de 2009, quando da publicação do índice permitido de aumento aos referidos planos. Entretanto, o que se viu foi a autorização do percentual de 6,57, abrangendo tanto a correção monetária como o acréscimo advindo dos novos procedimentos.

Saliente-se que a havia vários estudos atuariais, nos quais o percentual a ser aplicado aos planos em decorrência somente do impacto da RN 167 variava de 6 a 10%, ou seja, as operadoras tiveram que arcar com os custos adicionais dos planos de saúde ante a impossibilidade de aplicação do reajuste devido.

Importa também ressaltar que nesta RN a ANS extrapola sua competência na medida em que regulamenta não só eventos relacionados a doenças, mas também procedimentos ligados ao planejamento familiar, dentre outros, o que pode ser percebido nos primeiros artigos da referida normatização.

Resolução Normativa n.º 192/09

É um complemento da RN 167, pelo qual passam a ter também cobertura todos os procedimentos relacionados a planejamento familiar, inclusive aconselhamento e métodos de concepção, bem como dos de esterilização e anticoncepção. Além das críticas em relação a RN 167, também cabidas aqui, temos que esta RN é inconstitucional, pois, segundo §7º do art. 226, o planejamento familiar é dever e ônus do Estado.

Resolução Normativa n.º 195/09, alterada pela RN 200/09

A RN 195/09 e as suas alterações implementadas pela RN 200, dispõe sobre a classificação dos planos privados de saúde.

Observe-se que, mais uma vez por meio de resolução normativa, ou seja, ato administrativo, extrapola o poder regulamentar, já que a referida RN trata de questões atinentes a contratos, impondo medidas e condutas para a relação entabulada entre as partes (usuário e operadora), interferência esta de forma incisiva, que chega a prejudicar o equilíbrio do contrato. No entanto, a Constituição da República define, de forma expressa, que a matéria de direito civil é de competência legislativa privativa da União. Vejamos:

“Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil (...)”

Assim, fica claro que tal resolução está viciada de inconstitucionalidade, já que invade competência da União e ainda expede ato de natureza diversa do que vem determinado pela Carta Magna.

Ainda na mesma esteira de pensamento, é importante salientar, a RN ainda nocauteia o princípio da irretroatividade, na medida em que pretende regulamentar os planos firmados anteriormente à sua edição, ou seja pretende alterar toda a sistemática dos planos vigentes.

Neste sentido, e considerando as disposições contidas nos artigos 26 e 27 da referida normativa, ainda podemos verificar que os contratos, inclusive os

já vigentes, deverão ser adaptados às novas regras para os planos. A RN ainda determina a forma como deverá ser procedida tal atualização, indicando até mesmo que haverá regulamentação específica a ser publicada para especificar as condutas a serem tomadas pelas operadoras. Ocorre que tal medida, qual seja a irretroatividade da normativa, fere o princípio da segurança das relações jurídicas, bem com o ato jurídico perfeito, já que os contratos já estão ativos e produzindo efeitos, algumas vezes incompatíveis com as novas determinações. Ao criar nova resolução, de forma alguma ela poderia interferir nas relações já consumadas, mas tão somente nos novos contratos a serem firmados, mesmo porque há uma comunhão de interesses em jogo, e não somente o da operadora.

Esta situação, além de ferir os ditames constitucionais acima delineados, ainda cria a impossibilidade de manutenção dos planos privados já firmados, na medida em que vários deles possuem parte de pagamento (situação criada para viabilizar atingir um maior número de usuários), no mecanismo de pró-rata, sistema este não previsto na nova regulamentação e que desconsiderado inviabiliza financeiramente os planos por nítida quebra dos estudos atuariais.

Outro dado que merece ser visualizado na impossibilidade de manutenção de validade da respectiva resolução é a determinação de responsabilidade de pagamento da contraprestação mensal, na totalidade, à pessoa jurídica contratante.

Nesta situação, em que a operadora não pode efetuar a cobrança direta ao usuário, o não pagamento de um dos usuários poderá ensejar no cancelamento de toda a massa de usuários, na medida em que as pessoas contratantes não efetuarão o pagamento da mensalidade do usuário vinculado ao plano, ensejando a rescisão de massas de usuários de forma desnecessária.

Por fim, temos ainda que colocar em pauta a determinação trazida pela RN em seu artigo 19, impossibilitando a aplicação de reajuste em periodicidade inferior a doze meses. Ocorre que não há aplicação de reajuste único aos contratos coletivos, pois há o reajuste técnico, o reajuste anual por variação de custos e reajustes por faixa etária, que são aplicados em separado, até mesmo para não onerar o usuário em única oportunidade, permitindo assim a manutenção do plano nas condições contratadas, frente às necessidades de reequilíbrio econômico da relação.

Resolução Normativa n.º 211/2010

Recentemente editada, inseriu uma série de novas coberturas, muito mais abrangentes em todas as áreas, porém, em momento algum a ANS se preocupou em criar normas de adequação do cálculo atuarial, ou seja, aumentou a abrangência dos planos, porém, engessou seu preço, delegando para as operadoras tal ônus e um impacto financeiro importante, que atinge sua saúde financeira.

Sobre a questão financeira, a ANS indica que o equilíbrio para as novas coberturas deverá ser restabelecido no próximo reajuste aplicado aos planos. No entanto, verifica-se que pelas regras da RN 195/09, esse mesmo reajuste

deverá englobar o reajuste anual, reajuste técnico e quaisquer outras alterações necessárias, o que representa a aplicação de um índice demasiadamente oneroso para o contratante, podendo inclusive desestimular a contratação.

Importa também ressaltar que nesta RN a ANS extrapola sua competência na medida em que regulamenta não só eventos relacionados à doenças, mas também procedimentos ligados à planejamento familiar, revogando inclusive a RN 192/09, e acidentes de trabalho e saúde ocupacional. Segue listagem de outros procedimentos incluídos que merecem destaque.

- diversas cirurgias torácicas realizadas por vídeo;
- novas tecnologias, como implante de marcapasso multissítio e pet-scan oncológico para determinadas indicações;
- transplante alogênico de medula óssea;
- número maior de sessões de fonoaudiologia, terapia ocupacional, psicologia e nutricionista para determinadas patologias; e
- coroa unitária e bloco, no caso de segmentação odontológica.

A justificativa para a inclusão dos procedimentos relativos ao planejamento familiar, segundo a ANS, é que uma das funções da RN nº 211/10 é aglutinar diversas regulamentações assistenciais que estavam dispersas, inclusive as regras sancionadas pela RN nº 192/09. Portanto, procedimentos de vasectomia, laqueadura, colocação de DIU (convencional e hormonal) e muitos outros procedimentos que podem influenciar a concepção ou anticoncepção já têm cobertura obrigatória.

A grande novidade trazida pela RN 211/10 é a cobertura para eventos relacionados a acidentes de trabalho e saúde ocupacional, sempre excluídos nas normativas anteriores. E isso realmente tem preocupado as operadoras, pois se trata atendimento antes realizado pelo SUS que agora deverá ser custeado pelos planos. Assim temos, além dos novos procedimentos cobertos, uma nova “classe” de atendimentos que antes não era custeada pelas operadoras.

A nova resolução também determina cobertura integral nos casos em que as operadoras ofereçam internação domiciliar como alternativa à internação hospitalar, independentemente de previsão contratual. Se isso ocorrer, a operadora deverá cobrir medicamentos e todos os materiais necessários. Nos outros casos em que a atenção domiciliar não substitua a internação, a cobertura estará condicionada ao contrato.

Positivamente, foi ampliado o número de diretrizes de utilização (critérios que devem ser preenchidos para que a cobertura seja obrigatória) e a incorporação de diretrizes clínicas (guias de orientação da prática clínica baseadas nas melhores evidências disponíveis) produzidas pela Associação Médica Brasileira, para que a solicitação de tais procedimentos não se dê de forma indiscriminada por especialistas.

Resolução Normativa n.º 212/2010

A presente normativa trata de alterações no envio das demonstrações contábeis obrigatórias por parte das operadoras de plano de saúde, estabelecendo novos prazos para que todo envio de informação contábil seja condensado em um único período do ano. A normativa determina que tais providências para envio das demonstrações contábeis seja efetuado até 31 de março do ano subsequente (artigo 2º parágrafo 5º).

No entanto, a norma vai de encontro com a previsão da lei cooperativista, incompatibilizando os prazos da norma. Isto porque pelo artigo 44 da Lei n.º 5.764/71 fica determinada que a competência para decisão acerca de prestação de contas e balanço é da Assembléia Geral Ordinária (AGO) , e está deverá se reunir até 31 de março, ou seja, o prazo limite para realização da Assembléia que decide acerca da prestação de contas é o mesmo do envio das demonstrações contábeis, o que antes era tratado em prazos diferentes, sendo o segundo razoavelmente superior possibilitando a convocação e realização das AGO e posterior envio dos demonstrativos.

Mais uma vez, o ente regulador extrapola o seu poder regulamentar ao contrapor-se à legislação federal, especialmente no que tange o regramento das sociedades cooperativas. A competência para exarar atos de regulação, objetivando a fiel execução das leis, não permite à ANS restringir direitos ou criar obrigações que extrapolem os limites das leis.

O que pretende nesta proposta não é pugnar pela inexistência das Resoluções Normativas, muito pelo contrário, fortalece-las com instrumentos legítimos de regulação. Questiona-se a legitimidade dos atos da Diretoria Colegiada da ANS nos momentos em que usurpa a competência legal do Conselho de Saúde Suplementar – CONSU, numa inovação exorbitante de suas atribuições, incorrendo em abuso do poder com graves implicações no plano jurídico-constitucional.

Com essas observações, esperamos contar com o apoio dos demais parlamentares.

Sala das Sessões, em de de 2010.

Deputado Dr. NECHAR

