



**ASSOCIAÇÃO DOS SERVIDORES E DEMAIS TRABALHADORES DA AGÊNCIA
NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR
CNPJ 08.418.460/0001-46
CAIXA POSTAL 15.232 – CEP 20.031-971**

Avaliação da ASSETANS sobre a Proposta Normativa para a alteração do Modelo de Fiscalização da ANS – Consulta Pública nº 65 sobre o “Código de Infrações no âmbito da Saúde Suplementar” - setembro de 2017.

Apresentação

A ASSETANS, conforme deliberação de seus associados, reunidos em assembleia realizada em 01/09/2017, vem através desta apresentar suas contribuições para a proposta de Resolução Normativa que estabelece o Código de Infrações no âmbito da Saúde Suplementar - CISS.

Conforme descrito na Nota nº 10/2017/ASSNT/DIRAD/DIFIS/ANS, de 26 de julho de 2017, trata-se de proposta de minuta que estabelece o Código de Infrações no âmbito da Saúde Suplementar - CISS”, revogando as Resoluções Normativas - RN nº 124, de 30 de março de 2006, e a RN nº 388, de 25 de novembro de 2015.

Inicialmente cabe ressaltar que a carência de simulações é um fator que fragiliza a participação da sociedade civil nesta Consulta Pública. Entendemos que seria necessário a análise dos dados da fiscalização, inclusive com dados anteriores e após a vigência da Resolução Normativa nº 388/2015 que modificou recentemente o Modelo de Fiscalização da ANS, assim como comparações com simulações dos novos parâmetros para que a tomada de decisão de fato seja baseada nas melhores evidências empíricas disponíveis, antes da submissão de um ambicioso “Código” para a atividade fiscalizatória.

Outro ponto que merece ser destacado é seu efeito no monitoramento da Garantia de atendimento que precisa ser cuidadosamente avaliado, uma vez que este é um instrumento importante para as ações regulatórias da ANS.

A proposta apresenta questões inquietantes. Em tese, todas as infrações de um ciclo semestral, de uma operadora, serão agrupadas em um único auto de infração. Contudo, o texto não deixa claro se o limite do valor da multa será aplicado por auto único ou por infrações do auto. Nesse caso, se aplicado pelo auto de infração único, representaria o estabelecimento de um teto de pagamento de multa de um milhão de reais por auto de infração no semestre (ciclo de fiscalização), o que poderia gerar negativas de cobertura de procedimentos de alto custo, com a certeza de que a soma das infrações não ultrapassaria um milhão de reais.

Importa ressaltar que este valor pode ser considerado baixo em relação a soma de procedimentos de altíssimos custos que podem ser realizados na área de saúde, além de

estar desatualizado monetariamente desde 1998, o que hoje corresponderia a aproximadamente 4,3 milhões de Reais, caso corrigido. Todavia o teto é estabelecido em Lei, em 1998, de forma que a lavratura de um único auto de infração cria um teto máximo defasado sobre o valor a ser cobrado.

Com a supressão de várias tipificações vigentes na RN nº 124 e da extinção do instituto da reincidência, sem atualizar os valores das multas de diversas condutas infrativas que hoje valem a metade do que valiam em 2006, a proposta ainda oferece uma escalada do sistema de descontos através dos denominados “fatores multiplicadores” que, ao contrário, são na realidade verdadeiros fatores “divisores” que ampliam o desconto de 40% já oferecido para pagamento das multas. As supressões de tipos infrativos enfraquecem o “enforcement” ou poder regulatório da agência e incentiva a impunidade.

Ao criar um longo ciclo semestral para apuração, seguido de outro período de acompanhamento, como uma espécie de Temo de Compromisso estabelecido sem critérios claros e por um único fiscal, sem a obrigatória anuência da Diretoria Colegiada, retarda a aplicação da sanção. A substituição da aplicação direta e individual das sanções por um modelo de classificação das operadoras em faixas de descontos progressivos, com tetos máximos para infrações reincidentes, pode fazer com que o valor final da penalidade seja menor que o valor real dos procedimentos de alto custo associados naquele auto de infração, podendo estimular a conduta infrativa e a judicialização.

Foram identificados problemas no fluxo de elaboração normativa da ANS, proposta por uma única diretoria sem apreciação prévia de uma Análise de Impacto; na falta de equidade de acesso entre operadoras e consumidores quando da juntada de documentos online; na discrepância verificada entre as discussões realizadas nos debates prévios e no detalhamento final da proposta normativa apresentada; na limitação da forma e espaço para registro das contribuições disponibilizada nas Consultas Públicas.

A Assetans aponta a necessidade de aguardar mais tempo para se avaliar o impacto das recentes alterações promovidas pela RN nº 388, vigente por apenas 18 meses (fev./2016) antes da proposição de alteração de todo modelo de fiscalização recentemente implantado.

A Avaliação de Impacto Regulatório (AIR) deveria apresentar simulações de cenários, demonstrando os possíveis efeitos das alterações propostas, para que se pudesse avaliar, com segurança e previsibilidade, os diferentes impactos esperados. Deveria também apresentar os efeitos da vigência da RN nº 388, principalmente no tocante aos autos cancelados e na controversa concessão de descontos em relação a manutenção do elevado número observado no Índice de Reclamações.

O relatório que aprovou as contas da ANS, elaborado pela CGU, não avaliou o impacto das alterações promovidas pela RN nº 388 no incremento do número de multas canceladas, o que poderia sugerir possível ineficiência do modelo recém implantado, nem tampouco utilizou os modelos e definições operacionais do TCU em relação a arrecadação de multas da agência frente aos descontos concedidos e cancelamentos observados. O relatório de prestação de contas elaborado pela CGU não é ferramenta apropriada para análise do impacto da RN nº 388 ou sua eficiência.

Conforme relatórios do Tribunal de Contas da União (TCU) referenciados a seguir, a implantação da RN nº 388 fez com que a ANS figurasse da agência mais eficiente, com

apenas 0,1% de multas canceladas (2011-2013), para a menos eficiente dentre todas as entidades da esfera federal analisadas, com quase 30% de seu esforço fiscalizatório desperdiçado, fato este não considerado pela CGU ou avaliado ainda pelo TCU. Nenhuma análise sobre o cancelamento das multas foi observada na AIR apresentada pela Diretoria de Fiscalização.

Nesta oportunidade a reposição das perdas inflacionárias sobre os valores das multas constantes na RN nº 124/2006, embora citada na exposição de motivos da proposta como sendo relevante, não foi materializada nesta proposta normativa.

Portanto, a Assetas sugere que nova AIR seja realizada visando avaliar os principais impactos das recentes alterações já promovidas pela RN nº 388, em especial no quesito “eficiência” em relação às multas canceladas, assim como o impacto da concessão de descontos na manutenção do Índice de Reclamações.

A ausência de resultados do programa de “Intervenção Fiscalizatória” que utiliza um “indicador de fiscalização”, indica que a reprodução deste modelo para toda a fiscalização da ANS possa levar a resultados semelhantes, que no caso seria a ausência de resultados.

Não há avaliação do impacto da proposta de ampliação de concessão de descontos progressivos para os infratores, sendo que o número de reclamações continuou o mesmo após a implantação da RN nº 388, que introduziu os descontos no pagamento das multas.

Conclusões

O modelo vigente, instituído pela RN nº 388/2015, apresenta impactos não avaliados, como o número de autos cancelados, devendo a norma ser confrontada em relação ao modelo anterior, em lugar de alterar radicalmente todos os seus fundamentos, após apenas 18 meses de sua vigência.

A proposta de implantação de “indicador de fiscalização”, já utilizado na “intervenção fiscalizatória”, deixou a ANS sem instrumentos que pudessem utilizar o planejamento e inteligência desde 2014, não demonstrando consistência metodológica ou resultados que justifiquem sua implantação, tendo como principal efeito a ampliação do sistema de descontos a partir da classificação das operadoras conforme classes por “índice” sem definição, análise de sua validade ou consistência metodológica.

A revisão proposta da RN nº 124 seria positiva uma vez que os valores das multas se encontram defasadas em 50% pois foram editadas, em sua maioria, em 2006. Entretanto, não foram atualizadas na atual proposta, sendo até mesmo reduzidas em alguns casos, concedendo desconto adicional que poderá incentivar a conduta infrativa.

A extinção imotivada do Instituto da Reincidência e de diversas tipificações observadas no modelo vigente e no modelo proposto reduzem o poder regulatório da ANS e seu “enforcement”.

A manutenção do instituto da reincidência e sua utilização em um programa de “fiscalização proativa” que aglomere as demandas individuais de uma mesma operadora durante um período de tempo (ciclo fiscalizatório) é uma boa opção para reprimir infratores reincidentes.

A ampliação da atual proposta de concessão de descontos pode incentivar o infrator a reiterar seu comportamento infrativo uma vez que a pena poderá ser menor que o valor obtido pela negativa de um conjunto de procedimentos como cirurgias de coluna, implante de órteses e próteses e tratamentos oncológicos diversos, entre outros. Portanto, a ausência de simulações na operacionalização da proposta (AIR) é um fator que enfraquece a presente análise.

A análise prévia pelos fiscais da materialidade constante das reclamações registradas na agência, antes da lavratura do auto de infração, com prazo determinado, contribuirá para reduzir o comportamento infrativo. A retirada das restrições do escopo investigativo dos fiscais, com controle de metas e prazos razoáveis, poderá devolver inteligência ao processo, aumentando sua eficiência e dando subsídios para ações e operações coletivas bem planejadas e sucedidas na fiscalização.

É fundamental a promoção da equidade na juntada de provas documentais eletronicamente, tanto pelas operadoras quanto pelos consumidores, ausente na proposta.

A ASSETANS sugere que nenhuma das alterações propostas na presente minuta sejam implementadas antes da realização de uma Análise de Impacto Regulatório das alterações recentes promovidas pela RN nº 388, sobretudo no tocante a limitação da autonomia dos fiscais, da cobrança de metas quantitativas, da introdução do sistema de descontos para pagamento de multas em casos de condutas infrativas que lesem os consumidores e do extraordinário incremento no percentual de multas canceladas após sua implantação que, frise-se, ocorreu sem a necessária realização de Consulta Pública.

É urgente a atualização dos valores das multas (RN nº 124/2006) e de seus limites estabelecidos em Lei (9656/1998), sem atualização monetária, no modelo vigente. A inflação por si só é o maior desconto já concedido aos entes regulados infratores. A presente proposta amplia a política de concessão de descontos sem avaliar seus impactos. Caso o valor da multa ou do conjunto de multas seja mais barato que o procedimento ou conjunto de procedimentos objeto das sanções, inverte-se o objetivo do Modelo de Fiscalização. Este aspecto não foi avaliado na presente proposta normativa.

Por fim, caso nenhuma das sugestões da ASSETANS sejam acatadas, vislumbra-se um cenário de incertezas diante das profundas propostas de alterações realizadas pela RN nº 388/2015 e ainda não avaliadas em sua completude, do ponto de vista técnico, relacionado ao objetivo que se pretende alcançar.

A ANS, ao recusar a recepção de contribuições em seu site que não se encaixam no modelo fechado, de artigo a artigo, com limitação de espaço, limita também a qualidade das contribuições oriundas da sociedade.

O documento a seguir apresenta as alterações no processo de fiscalização promovidas pela RN nº 388 e, posteriormente, a análise da proposta normativa em consulta, destacando os aspectos identificados como mais relevantes.



**ASSOCIAÇÃO DOS SERVIDORES E DEMAIS TRABALHADORES DA AGÊNCIA
NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR
CNPJ 08.418.460/0001-46
CAIXA POSTAL 15.232 – CEP 20.031-971**

HISTÓRICO

A Proposta em análise acontece poucos meses após a entrada em vigor da Resolução Normativa nº 388, em fevereiro de 2016 e sua alteração posterior em novembro do mesmo ano.

A ASSETANS na ocasião da proposição da RN 388/2015, com as contribuições recebidas de seu quadro de associados, realizou uma análise sobre os possíveis impactos das alterações propostas na norma vigente[1], conforme o quadro abaixo:

Quadro 1: Possíveis impactos da RN nº 388.

Alteração imposta pela RN nº 388/2015	Impacto Previsto pela ASSETANS em 2016
- Concessão de Desconto de 40% para pagamento à vista quando do cumprimento tardio de suas obrigações ou da negativa de cobertura devida por parte das operadoras	- Estímulo ao comportamento infrativo por parte das operadoras; - Deixar o consumidor desassistido; - Incentivo a judicialização.
- Deixar de possibilitar ao consumidor a juntada de documentos eletronicamente no site da ANS quando do registro da reclamação.	- Impossibilidade do consumidor em qualificar sua reclamação quando de seu registro na ANS, levando ao cancelamento da multa posteriormente por falta de materialidade.
- Revogação de tipos infrativos sobre as irregularidades de natureza econômico-financeira.	Enfraquecimento do poder regulatório da ANS (enforcement), deixando as operadoras impunes na prática destas irregularidades. A decretação de regimes especiais não é instrumento punitivo.

<ul style="list-style-type: none"> - Limitação da autonomia dos fiscais, ao impossibilitar a apuração dos fatos narrados <u>antes</u> da lavratura do auto de infração. - Limitação do escopo de ação dos fiscais, vetando a investigação de <u>irregularidades diversas</u> verificadas no decorrer da apuração no mesmo processo sancionador. - Limitação da autuação de natureza coletiva ao limitar os casos (tipificações) em que a conduta possa afetar diversos consumidores. Antes dos novos normativos, a discricionariedade acerca do alcance coletivo da conduta infrativa era do fiscal. - Estabelecimento de metas e controle rígido da produtividade dos fiscais com critérios exclusivamente quantitativos de arquivamentos e autos de infração lavrados, sem considerar o esforço, qualidade ou a inteligência investigativa despendida pelos fiscais na busca pela verdade dos fatos denunciados. 	<p>- A Instrução de Serviço nº 15/2016 da Diretoria de Fiscalização, emitida junto com a norma, traz a impressão de que reduz a autonomia de investigação dos fiscais, ao inverter a ordem natural do processo sancionador, visto que a apuração dos fatos e a obtenção de provas é que deveria indicar a necessidade de autuação. E, também, por não permitir que o fiscal investigue os fatos de forma mais ampla de modo a encontrar provas sobre a origem real da infração que lhe foi reportada na Notificação de Investigação Preliminar - NIP. O fato de ser obrigado a autuar a operadora antes de apurar o fato, por si só, já causa estranheza, causando insegurança jurídica para os entes regulados. Nenhum fiscal deveria ser obrigado a lavrar um auto de infração sem ter a convicção, pelo menos preliminar, sobre o fato que está imputando (e assinando), principalmente na ausência de materialidade e sendo “impedido” de buscar provas ou realizar diligências na fase pré-processual.</p>
<p>Promoção da Celeridade através da lavratura de auto de infração imediata sem apuração prévia pelos fiscais.</p>	<p>Antes da RN ° 388 a arrecadação passou de 22 milhões de reais em 2012 para 160 milhões em 2014 (dados do portal da transparência), demonstrando que a ineficiência do passado havia sido superada com a eliminação do passivo de processos que aguardavam a análise de recursos para julgamento em última instância. O tempo decorrido entre a autuação em primeira instância e o julgamento já havia sido reduzido com a contratação de servidores temporários.</p>

Efeitos da concessão de descontos no número de reclamações recebidas pela ANS e no aumento da judicialização	O sistema de descontos foi implementado em 2012 pela Anatel, através da resolução 589, mas no período posterior, entre 2014-2015, houve um aumento de 43% no número de reclamações. Esta e outras experiências em outras agências deveriam ser consideradas antes de se reproduzir a metodologia. O Índice de Reclamações da ANS continuou inalterado após a vigência da RN nº 388.
--	---

Avaliação do modelo de fiscalização anterior a RN 388/2015

Conforme avaliação do Tribunal de Contas da União (TCU)[2], quando comparou, em 2014, o desempenho de diversos órgãos como a ANA, ANAC, ANATEL, ANCINE, ANEEL, ANP, ANS, ANTAQ, ANTT, ANVISA, BACEN, CADE, CVM, IBAMA e SUSEP, o modelo da ANS foi considerado o mais eficiente com a obtenção de 33,14% da arrecadação financeira das multas aplicadas, se comparado a média obtida de apenas 2,52% pelo grupo.

A eficiência da ANS em relação ao número de processos cancelados era também a melhor do grupo: apenas 0,10% das multas foram canceladas, tendo o grupo uma média de 0,83%.

Factualmente, o ponto negativo da fiscalização da ANS não era o passivo na 1ª. Instância, mas a existência de grande passivo processual resultante do tempo de julgamento dos processos da segunda instância (Juízo de reconsideração ou fase recursal) e, consequentemente, no tempo de resposta à sociedade, relativa às denúncias apresentadas.

Na vigência do modelo anterior a RN nº 388, a eliminação do passivo processual na segunda instância já era uma realidade, sendo a produção mensal equivalente ao número de processos aguardando desfecho, sendo o passivo processual nesta instância inexistente[3], com a produção e passivos equivalentes mensalmente. A partir de julho de 2014 até fevereiro de 2015, por motivos desconhecidos, a produção caiu aproximadamente pela metade, fazendo com que novo passivo processual triplicasse antes da entrada em vigor da RN nº 388, com 1.955 processos aguardando decisão no período da atual gestão[4].

O incremento na arrecadação que já vinha acontecendo antes da entrada em vigor da norma, conforme apontado pela ASSETANS no Quadro 1, passando de 22 milhões de reais em 2012 para 160 milhões em 2014, representando um incremento na arrecadação de 730% no período, anterior a RN nº 388, sem a concessão de uma política de renúncia fiscal ou de concessão de descontos.

O percentual de arrecadação da ANS, considerando as multas aplicadas x arrecadas no ano de 2015, caiu pela metade em relação ao ano anterior, quebrando a tendência de aumento na eficiência observada na série histórica[5], antes da alteração do modelo em 2016, segundo dados do TCU.

Dados de acompanhamento da mesma auditoria do TCU divulgadas em setembro de 2017 (Acórdão 1970/2017), acerca do cumprimento das deliberações prolatadas no Acórdão 482/2012-TCU-Plenário, em especial em relação a quantidade de multas canceladas ou suspensas em instâncias administrativas, os valores associados a estas multas e os percentuais de cancelamento e suspensão em relação ao total de multas aplicadas anualmente, nos dois últimos exercícios (subitem 9.1.2 - Ac-1817/2010-P), demonstram que no caso da ANS, na média dos Indicadores dos Exercícios de 2011 a 2014, apresentou apenas 0,27% de suas multas lavradas canceladas, sendo o antigo modelo de fiscalização, antes da RN nº 388, considerado ainda um dos mais eficientes de todas as agências.

A RN nº 388, vigente a partir de fevereiro de 2016, revela a ineficiência da mudança.

O Programa Olho Vivo, responsável pela fiscalização pró-ativa da ANS, sofreu interrupção em 2014 sem que nenhum outro instrumento o substituísse. Segundo a avaliação do TCU[6], em 2017, quando da vigência da RN nº 388:

“12. A ANS espera, com o novo programa, implantar um processo de fiscalização mais célere, eficiente e efetivo, delimitar no tempo a coleta dos insumos fiscalizatórios e o planejamento das ações e concentrar esforços onde os problemas realmente acontecem. Contudo, em que pese a necessidade de reformular o Programa Olho Vivo, a edição da Resolução Normativa 388/2015 deixou um vácuo na realização de fiscalizações proativas pela agência. A norma entrou em vigor no dia 15/2/2016, data em que se iniciou o primeiro ciclo semestral de acompanhamento, de forma que somente em agosto de 2016 foi calculado o primeiro indicador de fiscalização e, a partir de então, serão realizadas as primeiras fiscalizações in loco. Assim, considerando que a última fiscalização Olho Vivo ocorreu em 2014, o setor passou quase dois anos sem um programa de fiscalização planejado, sistematizado e dotado de critérios de seleção objetivos ”

Nota-se que até abril de 2017, a ANS ainda não havia disponibilizado resultados [7] de seu programa de “Intervenção Fiscalizatória”, que deveria ter substituído o Programa Olho Vivo descontinuado desde 2014.

A RN nº 388 estabeleceu então metas de produtividade sobre os fiscais com limitação de seu escopo investigatório (§ 4º do Art. 3º e Art. 14º da RN nº 388). A apuração, ou busca de materialidade robusta que assegurasse a manutenção do auto lavrado a partir de simples relato dos consumidores, passou a ser feita somente após a lavratura do auto de infração, quando o processo sancionador já teve seu início.

O efeito colateral foi o incremento na quantidade de autos de infração cancelados no período, de 0,10% (2011-2013) e 0,27 (2011-2014) para quase 30%[8] (2016), o que impacta negativamente e comprovadamente na eficiência do modelo. Comparado às demais entidades, passou a ser a de pior resultado neste aspecto, não tendo sido ainda sequer objeto de Análise de Impacto Regulatório (AIR) na presente norma.

Com a vigência da RN nº 388/2015 observou-se a continuidade na celeridade[9] que já vinha acontecendo antes da entrada em vigor da norma, mas com perda de eficiência em função do desperdício de esforços com a lavratura de autos que são cancelados pelos

fatores já elencados no Quadro 1, destacando-se a limitação da autonomia dos fiscais e da supervalorização de metas exclusivamente quantitativas impostas ao corpo funcional da fiscalização.

Os ganhos em arrecadação devem considerar o total arrecadado frente ao valor das multas aplicadas sem descontos, conforme preconiza a definição operacional do TCU[10]. Este aspecto não foi especificado nos Relatórios da Diretoria de Fiscalização da ANS ou da CGU, não sendo possível uma avaliação técnica da matéria.

Outro aspecto que chama atenção é que em grande parte o valor das multas permanece sem atualização desde a edição da RN nº 124/2006, tendo perdido a metade de seu valor pela inflação do período 2006-2017. Portanto, os valores das infrações contidas na RN nº 124 deveriam sofrer atualização, assim como deve ser encaminhada ao Congresso Nacional proposta de atualização dos valores máximos e mínimos das multas, congeladas desde a edição da Lei 9656, em 1998.

Preliminarmente cabe destacar que a RN nº 388/2015 entrou em vigência em 15 de fevereiro de 2016, sendo alterada em novembro daquele ano, não sendo recomendável alterar uma norma sem que tenha sido avaliada após um período mínimo de vigência. No caso, nenhum resultado do Programa de “Intervenção Fiscalizatória” foi publicado, não sendo possível sua avaliação.

A ausência de um modelo planejado e inteligente é o principal motivo apresentado para alterar precocemente a RN 388/2015. Todavia, sem avaliar aspectos básicos de seu impacto, não há indicação de que a transformação do modelo reativo vigente em um modelo semelhante a “Intervenção Fiscalizatória” poderá melhorar a eficiência da Fiscalização da ANS.

Pelo contrário, a “Intervenção Fiscalizatória” que utiliza o “indicador de fiscalização” não apresentou, desde sua vigência, qualquer resultado conhecido. Portanto, para induzir mudanças no comportamento das operadoras, é necessário avaliar o modelo imposto pela RN nº 388/2015, além de revisar o arcabouço normativo produzido pelas demais diretorias da ANS. A fiscalização não é capaz de alterar o comportamento regrado por normativos oriundos de outras diretorias, caso a origem das reclamações recebidas residam na necessidade de aperfeiçoamento do arcabouço normativo da agência.

Um modelo de fiscalização por si só não tem o condão de melhorar a qualidade das normas vigentes que, ao não enfrentarem o problema de escassez de planos individuais e a permissividade conferida aos planos coletivos e falso coletivos, deverá apresentar altos e estáveis níveis de reclamações, independentemente do modelo de fiscalização utilizado. Se o nível constante de reclamações é a motivação para alteração do atual Modelo de Fiscalização, deve-se considerar que as normas da agência, e não seu modelo de fiscalização, é que são capazes de mitigar o problema apontado.

Análise da proposta em Consulta Pública

Exigência de protocolo fornecido pela operadora para registro da demanda

O artigo 9º trata do registro da demanda e define que para tal o beneficiário deverá apresentar o número do protocolo gerado pela operadora:

Art. 9º Para o registro da demanda de reclamação, deverá ser apresentado o número de protocolo gerado pela operadora em seus serviços de atendimento.

§ 1º Recebida a demanda de reclamação pela ANS com o número de protocolo de que trata o caput, a demanda seguirá para o fluxo previsto no Capítulo II do Título II do Livro II desta Resolução.

§ 2º Recebida a demanda de reclamação pela ANS sem o número de protocolo de que trata o caput, uma demanda derivada será registrada, observando as disposições previstas no presente Capítulo.

Cabe ressaltar, que a conduta da operadora de não fornecer protocolo é autônoma em relação a outras condutas praticadas pela operadora, como, por exemplo, a negativa de cobertura. É uma incongruência, suspender o trâmite da demanda principal em virtude da demanda de protocolo. Frise-se que o não fornecimento de protocolo é conduta, inclusive, tipificada nesse instrumento, portanto, o trâmite das duas demandas deve ser independente, assim como em outros casos, nos quais a DIFIS realiza o desmembramento de demandas. Ademais, esse dispositivo terá o condão de induzir as operadoras a não fornecerem protocolo, pois nessas hipóteses o beneficiário poderá ter o direito de prosseguimento da sua demanda principal obstado.

A operadora poderá optar, por exemplo, por não fornecer protocolo propositadamente para retardar o prosseguimento de reclamações, pois ganhará dois dias de prazo residual (prazo para fornecer o protocolo). Entende-se, portanto, que esse dispositivo se configura como um impedimento de acesso ao beneficiário à ANS.

Na proposta de normativo observa-se que no fluxo apresentado, quando a operadora não informa o protocolo para o consumidor e só vem informar após a NIP protocolo, não há previsão de abertura de demanda NIP.

Entendemos que deve ser aberta a demanda NIP também nesses casos, pois a reclamação do consumidor não pode ser ignorada. Além disso, não podemos exigir que o consumidor retorne o contato com a ANS nos casos em que ele teve o protocolo negado inicialmente pela operadora. Pois, todas as informações da demanda principal já terão sido colhidas. Além disso, quanto ao contato do beneficiário, não se pode desconsiderar que esse é um processo oneroso para o consumidor.

Não é razoável que o consumidor tenha o trabalho de ligar novamente para a ANS quando ele buscou a operadora e teve a recusa do protocolo (ato comissivo) ou a operadora não forneceu (ato omissivo) ou problemas operacionais da operadora impediram o

fornecimento do protocolo (telefone não atende/ligação cai/operadora não tem canal de atendimento). Sem mencionar o custo para o Disque ANS.

Além disso, seria uma afronta ao direito do consumidor o fato de não abriremos a demanda, NIP principal quando o consumidor buscou a sua operadora e ela não forneceu o protocolo, inicialmente, só vindo a fornecer após a NIP protocolo.

Por fim, restaria prejudicada a isonomia no tratamento conferido às operadoras. As operadoras que fornecem o protocolo, inicialmente, ao consumidor, teriam a NIP principal cadastrada automaticamente. Já as operadoras que não fornecem protocolo inicialmente (e só vem a fornecer após a NIP protocolo) não teriam a abertura de demanda NIP principal. Corremos o risco de incentivarmos o não fornecimento de protocolo pelas operadoras, já que aquelas que não fornecem terão a oportunidade de fornecer posteriormente (sem abertura de PAP) e não terão NIP principal cadastrada.

Ainda em relação ao fluxo da demanda, o artigo 13º prevê:

Art. 13. Em qualquer hipótese, à exceção do § 2º do art.11, a demanda de reclamação registrada em face da operadora perante a ANS seguirá para o fluxo previsto no Capítulo II do Título II do Livro II desta Resolução.

E o artigo 11 § 2º:

Art. 11. Findo o prazo para resposta da operadora, o beneficiário ou interlocutor será contatado para em 2 (dois) dias úteis:

(...) § 2º Na hipótese de não manifestação pelo beneficiário ou interlocutor no prazo previsto no caput, ou a indicação de que não deseja prosseguir com a demanda de reclamação registrada contra a operadora perante a ANS, esta demanda derivada será inativada segundo uma das classificações previstas nos incisos II e III do art. 12.

Dessa forma, sugere-se que a demanda de reclamação não seja finalizada, conforme previsto no caput do artigo 13, em virtude da não manifestação do beneficiário ou seu interlocutor, prevista no §2º do artigo 11. Trata-se de procedimento de acesso do beneficiário à ANS extremamente dificultado, em que a informação acessória, o protocolo, torna-se mais relevante que o dano primordial, a reclamação.

Nesse sentido o § 4º do art. 21 estabelece:

Art. 21 § 4º Finalizado o prazo para resposta da operadora, o beneficiário será novamente informado da necessidade de entrar em contato com a ANS no prazo que resta para completar aquele disposto no §3º, a fim de comunicar se sua demanda foi ou não solucionada, e que a sua omissão acarretará a presunção de resolução de que trata o inciso II deste artigo.

Atualmente, a ANS questiona o beneficiário se o problema dele foi resolvido, contudo o inciso II do art. 21 dá a entender que o beneficiário deve contatar a ANS. Sugere-se que seja mantido o modelo atual em que a ANS questiona os beneficiários. Não se pode

desconsiderar a assimetria na relação entre operadoras e beneficiários, o que deve ser mitigado pelo órgão regulador. A ANS deve manter o questionamento, por ser uma conduta que objetiva justamente mitigar a assimetria da relação e a hipossuficiência do consumidor. Se a ANS já vai entrar em contato para lembrar ao beneficiário a necessidade de informar se o problema já foi resolvido, por que não o questionar nesse contato se o problema foi ou não resolvido?

O artigo 19 § 1º estabelece que:

§ 1º Na ocorrência da hipótese prevista no §1º do art. 9º ou c/c ou no inciso I do art. 12, os prazos previstos no caput serão contados a partir da data em que a operadora receber a notificação prevista no art. 10 desta Resolução.

Nesse caso, para fins de tratamento, pela DIFIS, das demandas em que o beneficiário não informa o protocolo, sugere-se que seja considerada como data de conhecimento do fato pela operadora, a data da notificação da ANS e essa informação seja considerada para a classificação da demanda.

Impacto no Monitoramento da Garantia de atendimento

As fases da NIP são estabelecidas no art. 18:

Art. 18. A NIP é constituída das seguintes fases, todas processadas exclusivamente por meio eletrônico:
I – Notificação de intermediação preliminar;
II - Classificação preliminar da demanda;
III – Classificação residual de demandas, realizada pelo fiscal designado no plano de distribuição planejada de demandas.

Já no art. 28 tem-se que:

Art. 28. A classificação residual da demanda implicará na finalização NIP daquela demanda específica, permanecendo as demais agrupadas para prosseguimento.

Em relação a esses artigos supracitados, nota-se que a Classificação residual de demandas fragiliza a Garantia de Atendimento, reforçando os argumentos utilizados pelas operadoras nas ações judiciais.

Dessa forma, compreende-se que é primordial que a Diretoria de Fiscalização avalie os impactos regulatórios da norma, não somente para si, mas para a ANS como um todo. É inegável que o Monitoramento da Garantia do Atendimento, preconizado pela RN 259/2011, trouxe novos parâmetros de atuação para as operadoras. Desta feita, qualquer medida que possa fragilizar este mecanismo, bem como a imagem da ANS, pode trazer um retrocesso incalculável à regulação setorial.

A “suposta” fragilidade da avaliação das NIP – Notificação de Intermediação Preliminar é utilizada pelas operadoras para revogar este instrumento e suas consequências. A previsão de reanálise de NIP’s que já foram consideradas no Monitoramento da Garantia trará os argumentos que o mercado busca para impedir os efeitos de controle da ANS.

Cálculo e valores das multas

O agrupamento de demandas em apenas um auto, com limite de R\$ 1.000.000,00 (um milhão), conforme previsto no §5º do artigo 35, vai conferir um valor irrisório às multas. Por exemplo, uma operadora com 100 (cem) demandas de negativa de cobertura agrupadas, atualmente, teria 100 (cem) autos, cada um com multa base de R\$ 80.000,00, podendo chegar a R\$ 8.000.000,00. Com a nova regra, o teto poderá ser de R\$1.000.000. Trata-se de uma medida que pode induzir negativas de cobertura de procedimentos de alto custo, pois ao agrupar diversas negativas de procedimentos de alto custo, o teto do auto é mantido em um milhão. Além disso, os autos são semestrais, o que agrava o quadro. Soma-se a isto a extinção do instituto da reincidência que promove aplicação de descontos e teto máximo de até 6 infrações reincidentes dentro do ciclo semestral, fomentando-se o estímulo à conduta infrativa reiterada.

Ademais, estão previstos no § 3º do art. 35 o pagamento antecipado com desconto. Nesse sentido, é fundamental análise do impacto do desconto de 40%, inclusive fazendo uma análise com base nos descontos aplicados pela RN 388/2015 e a defasagem inflacionária dos valores constantes na RN nº 124/2006.

Nota-se que a ANS não traz à Consulta Pública dados sobre os pedidos de desconto de 40%, tampouco cenários ou simulações comparativas entre o status anterior, atual e a proposta apresentada (futuro). Não há informações sobre que infrações são mais solicitadas para pagamento com desconto. Sem estas premissas, torna-se inviável a realização de qualquer tipo de proposição à norma. Senão, vejamos:

Seria um efeito colateral da norma, o pedido preponderante de pagamento com 40% de desconto para procedimentos de alto custo. Ao renunciar à defesa, a Operadora não precisa garantir o procedimento, ao contrário do que atualmente ocorre com o pedido de 80% de desconto, previsto na RN 388/2015. Logo, procedimentos mais caros que a multa, poderiam ser paulatinamente negados, e posteriormente o pagamento com 40% de desconto, representaria uma economia para a operadora, que não prestou a assistência devida. Pela lógica empresarial, as operadoras sempre farão as contas para saber quando o valor ou ponto de corte for atingido, passando a negar cobertura com pagamento à vista e garantia de impunidade no âmbito administrativo. O risco de perda financeira para a operadora se dá, na prática, pela possibilidade de judicialização nestes casos.

Logo, é essencial que se responda se foram realizados estudos sobre as infrações que tiveram solicitação de pagamento com desconto de 40% no âmbito de atuação da RN nº 388/2015. Qual a natureza destes pedidos? Qual o custo? Sem estas informações, cenários e simulações, não é possível a formulação de proposições à esse item da norma.

Conforme estabelecido no art.35:

§5º Na hipótese de apresentação do requerimento previsto no § 3º, o interessado fará jus a um desconto percentual de 40% (quarenta por cento) do valor, a qual não poderá, entretanto, ser inferior, tampouco superior aos limites previstos no art. 27 da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998.

O parágrafo 5º apresenta o maior potencial de dano à regulação de toda a proposta de normativo. Em tese, todas as infrações de um ciclo, de uma operadora, serão agrupadas

em um mesmo auto de infração. Logo, um mesmo auto poderá conter várias infrações. A cada infração poderá ser aplicado o limite inferior e superior previsto na Lei 9656/98. Sendo assim, em um único auto poderemos ter várias infrações e este auto pode ser superior ao limite superior da Lei, ou seja, um milhão de reais. Poderíamos ter, por exemplo, um auto com “n” infrações, totalizando 20 milhões. Contudo o texto não deixa claro se o limite ser aplicado por auto ou por infração do auto. O que isto representaria? O estabelecimento de um teto de pagamento de multa e a certeza de que as operadoras poderão negar coberturas e praticar outras irregularidades não pagando mais que um milhão de reais por semestre (ciclo de fiscalização). A redação, para não provocar este efeito, deve ser clara e precisa e deve prever que os limites inferior e superior se aplicarão para cada infração do auto. Cabe ressaltar que esses limites foram estabelecidos há 20 anos atrás, sem correção.

Um milhão, em junho de 1998, equivale a aproximadamente 4 milhões e 352 mil Reais em setembro de 2017, considerando a correção pelo IGP-M (FGV).

Nesse cenário, a proposta pode induzir a prática do ilícito, uma vez que prevê “multa cheia” somente para faturamentos superiores a 5 bilhões e multa semestral não superior a um milhão de reais por todo e qualquer conjunto de infrações em um mesmo auto de infração, independentemente da quantidade praticada.

Ressalta-se que apesar da ANS não ser um órgão criado para arrecadação, a multa existe para coibir a prática irregular. Estabelecer um teto semestral (custo fixo) para as operadoras, criará o efeito adverso de negativas paulatinas após o atingimento deste limite. Para as grandes operadoras este efeito adverso chegará a ser mais atrativo ainda, bastando perceber que com os valores atuais previstos na RN 388/2015, com menos de 13 negativas de cobertura (cada uma a 80.000 reais) se alcança este teto. Vale ressaltar que os R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) de 2006 valeriam hoje o dobro caso fossem atualizados. Portanto, a inflação já concede 50% de desconto como ponto de partida na norma vigente (RN nº 124).

A solicitação de pagamento com 40% de desconto sobre todas as infrações do auto de infração, na lógica da proposta, é coerente, visto que a operadora não pode escolher uma infração mais cara ou mais barata, nem uma que tenha mais chance de reversão na defesa. Contudo, este dispositivo, ao definir que o pagamento com desconto estará dentro dos limites inferior e superior da Lei, sem deixar claro que é por infração, levará ao entendimento mais benéfico ao réu, que seria sobre todo o auto de infração.

Ainda em relação ao cálculo das multas tem-se no art. 35

§6º Para fins de aplicação do desconto previsto neste artigo, não serão considerados para o cálculo da multa correspondente as causas de aumento e diminuição da pena, bem como as agravantes e atenuantes, aplicando-se, contudo, os fatores de compatibilização previstos na norma que dispõe sobre a aplicação de penalidades no âmbito da ANS.

Entende-se que não há justificativa técnica para conceder desconto em percentual elevado e excluir causas de aumento e diminuição da pena, bem como agravantes e atenuantes.

Em relação ao Art. 86 que discorre sobre os fatores multiplicadores para o cálculo do porte econômico, com base no faturamento do infrator entende-se ser necessário simulações baseadas nos melhores dados disponíveis para avaliar esta forma de aplicação de fator de compatibilização de valor de multa. Inclusive, o fato de ser considerado o porte da operadora segundo informações do ano anterior pode gerar várias distorções. Pelo exposto, somente pagará a “multa cheia”, a operadora que estiver na pior faixa de desempenho do indicador de fiscalização e que apresentar um faturamento bilionário. Seguem algumas simulações:

- a) Operadora situada na faixa A do ciclo, com faturamento na faixa XI (5.340.576.172,01), com 1000 demandas de negativa de cobertura no período. Para fins de simplificação, vamos utilizar o valor de 80.000,00 reais.

$$1000 * (80.000 * 0,2 * 1) = 16.000.000,00 \text{ (16 milhões)}$$

Caso esta operadora solicite os 40% de desconto, conforme §5º do artigo 35, ficaria limitada em 1 milhão de reais a autuação do ciclo.

Multa do ciclo: 1 milhão de reais

- b) Operadora de pequeno porte, situada na faixa E do ciclo, com faturamento na faixa V (21.875.000,01) com 10 demandas de negativa de cobertura no período. Para fins de simplificação, vamos utilizar o valor de 80.000,00 reais.

$$10 * (80.000 * 1 * 0,7) = 560.000 \text{ reais}$$

Caso esta operadora solicite os 40% de desconto, conforme §5º do artigo 35, ficaria em 336.000 mil reais a autuação do ciclo.

Multa do ciclo: 336.000 mil reais

- c) Operadora situada na faixa C do ciclo, com faturamento na faixa VII (136.718.750,01) com 20 demandas de negativa de cobertura no período. Para fins de simplificação, vamos utilizar o valor de 80.000,00 reais.

$$20 * (80.000 * 0,6 * 0,8) = 768.000 \text{ reais}$$

Caso esta operadora solicite os 40% de desconto, conforme §5º do artigo 35, ficaria limitada em 460.800 reais a autuação do ciclo.

Multa do ciclo: 460.800 mil reais

- d) Operadora situada na faixa C do ciclo, com faturamento na faixa VIII (341.796.875,01) com 30 demandas de negativa de cobertura no período. Para fins de simplificação, vamos utilizar o valor de 80.000,00 reais.

$$30 * (80.000 * 0,6 * 0,8) = 1.152.000,00$$

Caso esta operadora solicite os 40% de desconto, conforme §5º do artigo 35, ficaria limitada em 691.200 reais a autuação do ciclo.

Multa do ciclo: 691.200 mil reais

Logo, pelas simulações, verifica-se uma enorme distorção provocada pelo limitador previsto no §5º do artigo 35, claramente verificado no quantitativo de demandas.

Indicador de fiscalização

A validade de um indicador reside na definição do fenômeno que se pretende mensurar. No caso apresentado na minuta, o indicador carece de definição, sendo definido a partir de dois outros indicadores, sem análise de sua coerência lógica.

Um indicador que considera várias dimensões da regulação pode ser insumo para ações fiscalizatórias de caráter preventivo, podendo apontar em quais aspectos a fiscalização deva atuar, a fim de evitar/mitigar futuras práticas infrativas.

Todavia, o indicador apresentado demonstra ser ferramenta de classificação para fins da ampliação de um sistema generoso de concessão de descontos, cumulativo com aqueles já previstos na RN nº 388, de 40% em caso de pagamento a vista.

O Novo Modelo de Fiscalização considera as reclamações como insumo inicial. Logo, é baseado em indícios de práticas infrativas já consumadas. Por isso, entende-se que o Novo Indicador da Fiscalização deveria ser composto exclusivamente pelas reclamações registradas via “NIP” ou “PAP”. A inclusão de outras dimensões regulatórias, poderia criar distorções ao incentivo de correção de práticas infrativas por parte das Operadoras, sendo o resultado de sua aplicação ausente na Análise de Impacto Regulatório apresentada.

Esta é a razão do resultado da Análise de Impacto Regulatório ser submetida a consulta pública antes da elaboração de uma minuta alterando as normas, o que não foi o caso.

Plano de Correção de Conduta

Art. 52 § 1º A apresentação do Plano de Correção de Conduta corresponde ao compromisso de realização de ações que visem sanar as irregularidades observadas a partir da análise do escopo das demandas agrupadas no mesmo processo sancionador, cuja identificação compete à própria operadora.

Da forma como foi redigido, o Plano de Correção de Conduta pode ser confundido com o Plano de Recuperação Assistencial, previsto na RN nº 417. Além disso, a expressão “infrações” ao invés de irregularidades deveria ser a opção nesse instrumento. Outro ponto que merece destaque é que a identificação de “irregularidades” não pode ficar sob a responsabilidade da operadora, pois esta pode não ter conhecimento técnico ou credibilidade para identificar as irregularidades que comete.

O art. 57 prevê que regulamentação específica fará o detalhamento do procedimento do “Plano de Correção de Conduta”. Considerando que o presente instrumento é identificado como um “Código de infrações” e que os instrumentos legais que têm essa nomenclatura são instrumentos que abarcam toda a normatização do assunto, com exceção de leis especiais, não seria mais adequado já regular o tema no Código?

Art. 58 § 1º O procedimento de Intervenção Fiscalizatória corresponde ao conjunto de ações planejadas, sistematizadas, com escopo pré-definido, com etapa obrigatória de realização de diligência in loco, que dentre outras medidas, subsidiarão a identificação e solução de condutas infrativas potencial e/ou efetivamente praticadas, devendo a operadora atender às recomendações exaradas em Relatório Diagnóstico, sob pena de aplicação de penalidade prevista em tipo específico mais gravoso que o da Supervisão Fiscalizatória, com gradação conforme percentual de cumprimento.

Com relação ao § 1º do artigo 58, a definição de um escopo pré-definido parece fragilizar o instrumento. Diferentes operadoras podem apresentar diferentes problemas e necessitarão de medidas específicas. Um escopo pré-definido sugere um atuar sempre igual que pode não ter o alcance para se chegar as correções devidas.

A previsão de realização de diligência in loco somente para operadoras nesta faixa, enfraquece a regulação e o atuar fiscalizatório. Os entes regulados das demais faixas estarão numa zona de conforto, por saberem que não serão fiscalizados in loco. Cria-se uma tríade extremamente favorável à Operadora, qual seja:

- Não fornecimento de protocolo, sobre o qual a ANS avisará à Operadora (se o beneficiário não se manifestar sobre o protocolo, posteriormente, melhor ainda, pois a demanda de reclamação será inativada);
- Utilização da NIP como mecanismo de regulação;
- Tendo mais reparação, o indicador da Operadora não será classificado de forma desfavorável e ela se livra da fiscalização e de verificações de seu processo de trabalho.

Nota-se que o ótimo regulatório não está na RVE – Reparação Voluntária e Eficaz, ou seja, na utilização da ANS como mecanismo de regulação. O ótimo regulatório encontra-se nas demandas devidamente classificadas como “Não Procedentes”.

Em relação ao artigo 63, não é justificável a adoção de medida menos gravosa nos casos em que haja dificuldade de capacidade operacional, pois se trata de situação grave. Além disso, não há critérios objetivos para definir que a capacidade operacional.

Art. 63. A critério da Diretoria de Fiscalização, as operadoras que demandem ações de baixo impacto regulatório classificadas na faixa E de desempenho ou mediante eventual dificuldade de capacidade operacional, inclusive de recursos humanos, para operacionalização da medida a que ordinariamente estão sujeitas, poderão ter essa medida substituída para a instauração de Supervisão Fiscalizatória.

Tipos Infrativos

Na Exposição de Motivos e na Tabela Comparativa, a DIFIS retira diversos tipos infrativos, principalmente os relacionados aos produtos. Contudo, nos deteremos com especial atenção às seguintes questões:

- 1) Uma infração prevista nunca ter sido penalizada não significa que o tipo infrativo seja desnecessário. Pelo contrário, sua simples existência pode explicar a ausência da prática infrativa associada.
- 2) A justificativa utilizada para supressão de alguns tipos infrativos da RN nº 124 foi a de aplicação da “*Lógica de penalizar as consequências e não as causas*”. Tal afirmação vai de encontro a lógica de se “*atuar sobre as causas, e não sobre as consequências*”, de forma evitar que eventos deletérios venham a ocorrer, principalmente no caso em concreto, relacionado a saúde. É cediço na literatura, em especial a da saúde, que mais vale prevenir que remediar. Todos os contratos devem ser obrigatoriamente registrados na ANS antes de sua comercialização e devem obedecer a normas e regras editadas pela ANS. Caso qualquer irregularidade nos normativos seja verificada, é possível autuar a operadora, inibindo a conduta de se incluir a cláusula ou cláusulas contratuais que estejam irregulares, antes da comercialização do produto para centenas ou milhares de consumidores. A consequência da supressão desta tipificação (artigos 20 e 66 da atual norma), para aplicar a multa apenas quando ela prejudicar os consumidores, poderá incentivar a prática desta conduta de alto alcance lesivo aos consumidores e a própria ANS que terá que penalizar a consequência em milhares, e não apenas em um único contrato.
- 3) A permissão expressa da DIFIS, nos itens 109 e 110 da Exposição de Motivos, para que do instrumento contratual possam constar cláusulas irregulares, somente se tornando uma infração caso “saia do papel” é, no mínimo, constrangedor. Dado que uma das funções da ANS é a redução da assimetria de informação, no momento em que se fala em educação para o consumo, a ANS chancela às operadoras que coloquem cláusulas irregulares em seus contratos. Dessa forma, beneficiários com menos conhecimentos das regras contratuais, boa-fé do contratante, pessoa física ou jurídica, pode deixar de exigir um direito de fato por acreditar no seu contrato. Tal artigo se apresenta como um retrocesso aos princípios norteadores da criação da própria ANS e do direito à informação clara e precisa preconizada no CDC.
- 4) A alegação de causa e consequência na retirada de diversos tipos infrativos demonstra desconhecimento do fluxo operacional das operadoras. Resta a impressão de que ao fim e ao cabo a regulação está resumida nas negativas de cobertura. O que não é! Vejamos:

- No caso da retirada do artigo 71, infração aos mecanismos de regulação, temos diversos exemplos em que a negativa de cobertura não abarca tal infração. Por exemplo:

a) No caso de Direcionamento – o beneficiário não liga pra reclamar de negativa de cobertura e sim de que a Operadora só permite que ele realize em determinado prestador. E qual a forma que a fiscalização pode lançar mão para verificar se este direcionamento está correto? Verificando o contrato! A previsão de direcionamento precisa estar estabelecida no instrumento contratual. Devemos lembrar que ao adquirir um plano de saúde, o beneficiário é atraído pela rede ofertada e caso a Operadora, não esclareça as regras de acesso à rede, o beneficiário estará comprando um produto com uma expectativa que não se concretizará. Neste exemplo, com a proposta atual da DIFIS, tanta a origem do

problema (o contrato), quanto o desfecho, o mecanismo de regulação “Direcionamento” deixarão de ser observados e tipificados como infração.

b) No caso da Junta Médica, por exemplo, recentemente normatizada pela RN 424/2017, caso a operadora forneça ao assistente, para escolha do desempatador, 4 profissionais não habilitados a realizar o procedimento, a irregularidade está na própria oferta de profissionais sem habilitação suficiente para se manifestar sobre o caso. A negativa não aconteceu, mas um desempatador sem a habilitação adequada põe em risco a lisura e a correta indicação do procedimento.

- No caso da retirada do artigo 81, infração referente à Doença ou Lesão Preexistente, novamente se considera, de forma equivocada, que a negativa de cobertura abarcará todos os problemas. Vejamos:

a) Pela RN 162/2007, o beneficiário tem o direito de escolher a forma de preenchimento da Entrevista Qualificada. A imputação obrigatória de um ou outro meio, já se constitui em irregularidade. Outro erro comum em relação à DLP é a aplicação denexo causal majorado em relação à doença declarada. Por exemplo: O beneficiário declara miopia alta e a Operadora o coloca em CPT para transtornos do globo ocular e encaminha o certificado de CPT. O beneficiário pode discordar e pleitear ação da ANS para o ajuste. Ele não precisa esperar uma negativa para pleitear um direito.

O §5º deste artigo gera um grave efeito colateral para a entrega das informações periódicas obrigatórias, pois a operadora que deixa de encaminhar por períodos sucessivos pagará uma multa menor do que a que encaminha de forma intercalada. Vejamos:

§5º Caso a informação obrigatória deixe de ser encaminhada por períodos sucessivos, a multa prevista no caput será acrescida de 1/5 (um quinto) por período não encaminhado e/ou encaminhados em caráter intempestivo.

A operadora que deixa de encaminhar por um ano seguido, pagará uma multa de R\$ 40.000,00.

A operadora que encaminhar de forma intercalada em um ano, por exemplo:

Enviou
Não Enviou – 25.000
Enviou
Não Enviou - 25.000
Total de 50.000 em multa.

Com relação ao cálculo das multas, Das condutas de Natureza Assistencial, Quanto à Negativa de Cobertura Assistencial. Não são apresentados os dados que subsidiaram o cálculo dos valores apresentados no artigo 137, 138 e 139. Entende-se que a ANS já tem disponível informações ao longo de sua existência que podem subsidiar o cálculo dos valores apresentados na proposta de RN. e que essa transparência possibilita que a sociedade contribua de forma mais qualificada na consulta pública em andamento.

No quadro 2 é apresentada uma comparação da proposta apresentada na Consulta Pública nº 65 e os normativos vigentes.

Quadro 2: Normativos vigentes e Minuta apresentada na Consulta Pública nº 65.

Normativos Vigentes (RN´s 388 e 124)	Minuta em Consulta
<p>Em vigência e alterado há poucos meses, manteve a celeridade na cobrança das multas, podendo ser aperfeiçoado após tempo mínimo de 2 anos de vigência.</p>	<p>Altera completamente o modelo de fiscalização recém-criado, propondo a ampliação do sistema de descontos sucessivos e a implantação de classificação das operadoras através de “indicador” que já demonstrou ser moroso e ineficaz no Programa “Intervenção Fiscalizatória” implantado em fevereiro de 2016 com a RN nº 388.</p>
<p>Na norma vigente, cada infração gera uma penalidade. O limite mínimo de cada multa é R\$ 5.000,00 e o máximo de R\$ 1.000.000,00, estabelecidos em 1998. Não há limite para o número de autos de infração lavrados por operadora. Os autos são lavrados de forma direta e imediata.</p>	<p>Com a criação do “Ciclo de Fiscalização” semestral (Art. 3º da minuta), será lavrado um único auto de infração por operadora. A penalidade será imposta semestralmente, após análise do Ciclo, que inclui a aplicação de sucessivos descontos prévios “denominados “fatores multiplicadores”, segundo classificação do “indicador de fiscalização”. A duração do Ciclo de Fiscalização é superior a seis meses de duração, dependendo do acompanhamento e desfecho de um “plano de correção da conduta”, a ser acompanhado pela fiscalização, antes de um desfecho que aplique a sanção.</p>
<p>Celeridade e Eficiência: A lavratura do auto de infração sem análise prévia do fiscal, embora célere, reduziu a eficiência para apenas 70%, sendo aproximadamente 30% dos autos lavrados cancelados. Antes da RN nº 388 a eficiência era de 99,9%, embora existisse um passivo em diminuição, principalmente na instância recursal.</p>	<p>A celeridade será prejudicada com a proposta, mantendo-se a ineficiência. A aplicação da penalidade terá início somente a partir do ciclo de seis meses, caso não seja postergado ainda mais pelo “plano de correção da conduta”. Os institutos do Termo de Compromisso (TC) e do Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta (TCAC), dependentes de aprovação da DICOL, não foram extintos, mas serão substituídos pelo plano de correção da conduta exclusivamente no âmbito da Diretoria de Fiscalização.</p>

<p>O porte econômico já é considerado, a critério da autoridade julgadora (art. 3º da RN 124), podendo ser aplicado ou melhor regulamentado, sem alterar totalmente o modelo vigente.</p>	<p>Considera inexistente o critério vigente, motivando a edição da norma com ampliação da política de descontos progressivos com aplicação de sanção a partir de ciclo semestral, que já demonstrou morosidade e ausência de resultados na norma vigente – “Intervenção fiscalizatória”.</p>
<p>Utiliza fatores multiplicadores do valor da multa (de zero a vinte vezes o valor da multa), segundo número de beneficiários atingidos quando da existência de efeitos coletivos.</p> <p>No sistema vigente, não há limitação para o número de multas aplicadas, mas o valor das multas não podem exceder 1 milhão de reais, valor este desatualizado mas previsto na Lei 8656/98.</p>	<p>Utiliza fatores de ampliação dos descontos sobre as multas. Embora denomine “fator multiplicador”, trata-se de “fator divisor ou de concessão de descontos” pois o resultado da multiplicação por uma fração da unidade resulta em uma divisão do valor original da multa. Isto induz o leitor ao erro. Utiliza sistema progressivo de descontos (Art. 86):</p> <p>Descontos conforme faixa de enquadramento no “Indicador de fiscalização”, de 80%, 60%, 40%, 20% ou 0%.</p> <p>Descontos de 50%, 45%, 40%, 35%, 30%, 25%, 20%, 15%, 10% ou 0% conforme porte econômico da operadora. Quanto maior o porte econômico, menor o desconto.</p> <p>Não será concedido desconto algum para as operadoras que não enviarem as informações sobre porte econômico - de comunicação obrigatória.</p> <p>A operadora poderá ainda pagar com desconto de 40% sobre o valor da soma de todas as multas, considerando ainda os demais descontos de porte econômico e faixa da operadora, que não poderá exceder 1 milhão de reais; (Art. 35). O teto de 1 milhão se encontra desatualizado desde 1998.</p>

<p>- Equidade: falta de equidade na possibilidade de juntada de documentos eletronicamente durante o registro da reclamação por parte dos consumidores (Art. 23), ao contrário da ampla e irrestrita possibilidade de juntada de documentos pelas operadoras durante o processo de apuração preliminar (NIP- Art. 20).</p> <p>- Durante a fase processual o fiscal poderá buscar provas junto ao beneficiário, mas isto faz com que sua meta de produtividade seja prejudicada pois as cartas aos beneficiários e ofícios as operadoras não contam para sua produtividade, podendo ensejar em processo administrativo disciplinar por baixa produtividade.</p>	<p>A inequidade verificada persiste contra o consumidor. A exigência de metas impostas aos fiscais pela lavratura de autos de infração ou arquivamentos desqualificam a atividade fiscalizatória e beneficiam a parte mais forte: as operadoras de saúde, que podem juntar documentos, eletronicamente, em qualquer das fases do processo. O fiscal diligente não consegue atingir as metas e pode ser punido por não ser “produtivo”.</p>
<p>- Aleatoriedade na distribuição das demandas de diversas operadoras entre os fiscais pela Chefia dos Núcleos da ANS.</p>	<p>O sistema não prevê a distribuição aleatória das demandas reunidas de uma única operadora, designando um único fiscal para análise de demandas de uma única operadora em um único processo administrativo durante o Ciclo de Fiscalização de mais de seis meses.</p>
<p>- Defasagem inflacionária: os valores das infrações (RN 124) valem 50% dos valores originais de 2006.</p>	<p>Os valores das sanções equivalem a metade dos valores originais de 2006 e foram mantidos ou excluídos, resultando em valores totalmente defasados quando aplicados após o sistema de descontos sucessivos previstos no Art. 83 da minuta: Na aplicação da multa pecuniária serão consideradas, de forma sucessiva: I – a multa base estabelecida pelo tipo infrativo correspondente; II – circunstâncias relacionadas à sua faixa correspondente no Ciclo de Fiscalização; III – circunstâncias relacionadas ao porte econômico; diversos artigos, novos e antigos, mantiveram os valores originais de 2006 sem correção, o que significa na prática um desconto adicional de 50%.</p>

- A Reincidência é historicamente fator agravante da pena.

- Art. 7º São circunstâncias que sempre agravam a sanção, quando não se constituem na própria infração:

...

III – ser o infrator reincidente.

- Art. 17. Verifica-se a reincidência quando o agente regulado comete nova infração de mesmo tipo da infração anteriormente punida, cuja decisão tenha transitado em julgado.

§1º Ocorrerá a reincidência quando, entre a data do trânsito em julgado e a data da prática da infração posterior, houver decorrido período de tempo não superior a 1 ano.

§2º Excepcionam-se ao disposto no parágrafo anterior as infrações previstas no Capítulo II do Título II desta Resolução, hipótese em que o decurso de tempo não será superior a 2 (dois) anos.

A Reincidência também é punida, via de regra, com a inabilitação temporária de exercício do cargo, sem prejuízo da aplicação de multa para todas as infrações cometidas.

- O instituto da reincidência foi extinto para as penas em geral, sendo estimulada sua ocorrência. Por óbvio, em ciclo semestral, a detecção da reincidência seria facilmente detectada pelo fiscal responsável pela análise.

Reincidência é retirada como fator agravante:

“Art. 88. São circunstâncias que sempre agravam a sanção, quando não se constituem na própria infração:

I – ter a infração ocorrido em detrimento de menor de dezoito, maior de sessenta anos ou de pessoa portadora de deficiência física, mental ou sensorial, interdita ou não, na data do cometimento da infração;

II - ter a infração resultado na morte do beneficiário.

Parágrafo único. A circunstância agravante descrita no inciso I implicará no acréscimo de 10% (dez por cento) do valor da multa e, a descrita no inciso II, no acréscimo de 100% (cem por cento).

- **Reicidência estimulada através de sistema de desconto progressivo e supressão da pena em si a partir de 6 ou mais infrações cometidas.**

“Capitulo VII

Da Infração Continuada

Art. 91 Considera-se infração continuada aquela em que a operadora, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica duas ou mais infrações da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhanças, devam as subseqüentes ser havidas como continuação da primeira, para efeito de aplicação da penalidade.

§1º Configurada a natureza de continuidade das infrações, **aplicar-se-á a pena de uma só das infrações**, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços).

§2º. Para fins do cálculo do parágrafo anterior, será considerado 1/6 (um sexto) para 1 (uma) infração, 1/5 (um quinto) para 2 (duas) infrações, 1/4 (um quarto) para 3 (três) infrações, 1/3 (um terço) para 4 (quatro) infrações, 1/2 (um meio) para 5 infrações, 2/3 (dois terços) para 6 (seis) ou mais infrações. “

<p>Exclusão de tipificações das infrações de natureza econômica-financeiras, reduzindo o “enforcement” regulatório, estimulando a conduta infrativa e a impunidade.</p>	<p>Ampliação da Exclusão de tipificações da norma vigente - RN 124</p> <p>Exclusão da reincidência e outros artigos justamente quando o fiscal terá condições de visualizar, em um único processo, todas as condutas reincidentes.</p> <p>Exclusão do Artigo 20: libera operadoras para registrarem contratos na ANS em desacordo com a legislação. A exclusão deste artigo afeta diretamente os consumidores e estimula as operadoras a inserirem nos contratos cláusulas leoninas, incentivando a judicialização e promovendo a assimetria de informações no momento da contratação.</p>
<p>O “indicador de Fiscalização” da “Intervenção Fiscalizatória” não demonstrou resultados, devendo o programa ser revisto.</p>	<p>O novo “indicador de fiscalização” que concederá descontos para as operadoras classificadas em “faixas” é definido com base em outros “indicadores”, também não definidos. A ausência de definição precisa do fenômeno que o indicador se propõe a medir afeta a sua validade e confiabilidade, do ponto de vista de sua robustez metodológica.</p> <p>As variáveis que compõe o “indicador de fiscalização” não foram testadas e não há registros da existência da utilização combinada entre si visando a obtenção de uma coerência interna. Não há registros sobre como os “pontos de corte” foram atribuídos. Como qualquer novo “Índice”, composto por dois ou mais indicadores, mais estudos são necessários para validar sua utilização.[11]</p>

Conclusões

O modelo vigente, instituído pela RN nº 388/2015, apresenta impactos não avaliados, como o número de autos cancelados, devendo a norma ser confrontada em relação ao modelo anterior, em lugar de alterar radicalmente todos os seus fundamentos, após apenas 18 meses de sua vigência.

A proposta de implantação de “indicador de fiscalização”, já utilizado na “intervenção fiscalizatória”, deixou a ANS sem instrumentos que pudessem utilizar o planejamento e inteligência desde 2014, não demonstrando consistência metodológica ou resultados que justifiquem sua implantação, tendo como principal efeito a ampliação do sistema de descontos a partir da classificação das operadoras conforme classes por “índice” sem definição, análise de sua validade ou consistência metodológica.

A revisão proposta da RN nº 124 seria positiva uma vez que os valores das multas se encontram defasadas em 50% pois foram editadas, em sua maioria, em 2006. Entretanto, não foram atualizadas na atual proposta, sendo até mesmo reduzidas em alguns casos, concedendo desconto adicional que poderá incentivar a conduta infrativa.

A extinção imotivada do Instituto da Reincidência e de diversas tipificações observadas no modelo vigente e no modelo proposto reduzem o poder regulatório da ANS e seu “enforcement”.

A manutenção do instituto da reincidência e sua utilização em um programa de “fiscalização proativa” que aglomere as demandas individuais de uma mesma operadora durante um período de tempo (ciclo fiscalizatório) é uma boa opção para reprimir infratores reincidentes.

A ampliação da atual proposta de concessão de descontos pode incentivar o infrator a reiterar seu comportamento infrativo uma vez que a pena poderá ser menor que o valor obtido pela negativa de um conjunto de procedimentos como cirurgias de coluna, implante de órteses e próteses e tratamentos oncológicos diversos, entre outros. Portanto, a ausência de simulações na operacionalização da proposta (AIR) é um fator que enfraquece a presente análise.

A análise prévia pelos fiscais da materialidade constante das reclamações registradas na agência, antes da lavratura do auto de infração, com prazo determinado, contribuirá para reduzir o comportamento infrativo. A retirada das restrições do escopo investigativo dos fiscais, com controle de metas e prazos razoáveis, poderá devolver inteligência ao processo, aumentando sua eficiência e dando subsídios para ações e operações coletivas bem planejadas e sucedidas na fiscalização.

É fundamental a promoção da equidade na juntada de provas documentais eletronicamente, tanto pelas operadoras quanto pelos consumidores, ausente na proposta.

A ASSETANS sugere que nenhuma das alterações propostas na presente minuta sejam implementadas antes da realização de uma Análise de Impacto Regulatório das alterações recentes promovidas pela RN nº 388, sobretudo no tocante a limitação da autonomia dos fiscais, da cobrança de metas quantitativas, da introdução do sistema de descontos para pagamento de multas em casos de condutas infrativas que lesem os consumidores e do

extraordinário incremento no percentual de multas canceladas após sua implantação que, frise-se, ocorreu sem a necessária realização de Consulta Pública.

É urgente a atualização dos valores das multas (RN nº 124/2006) e de seus limites estabelecidos em Lei (9656/1998), sem atualização monetária, no modelo vigente. A inflação por si só é o maior desconto já concedido aos entes regulados infratores. A presente proposta amplia a política de concessão de descontos sem avaliar seus impactos. Caso o valor da multa ou do conjunto de multas seja mais barato que o procedimento ou conjunto de procedimentos objeto das sanções, inverte-se o objetivo do Modelo de Fiscalização. Este aspecto não foi avaliado na presente proposta normativa.

Por fim, caso nenhuma das sugestões da ASSETANS sejam acatadas, vislumbra-se um cenário de incertezas diante das profundas propostas de alterações realizadas pela RN nº 388/2015 e ainda não avaliadas em sua completude, do ponto de vista técnico, relacionado ao objetivo que se pretende alcançar.

A ANS, ao recusar a recepção de contribuições em seu site que não se encaixam no modelo fechado, de artigo a artigo, com limitação de espaço, limita também a qualidade das contribuições oriundas da sociedade.

Referências

- [1] <http://www.assetans.org.br/social/wp-content/uploads/2016/03/Considera%C3%A7%C3%B5es-da-Assetans-altera%C3%A7%C3%B5es-normativas-da-ANS.pdf>
- [2] GRUPO I – CLASSE VII – Plenário, TC 019.872/2014-3
- [3] Relatório de Gestão da Diretoria de Fiscalização - DIFIS Maio/2014 a Abril/2017, Gráfico 11, fl. 38.
http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Materiais_por_assunto/relatoriogestao_difis_2014_2017.pdf
- [4] RELATÓRIO DE RESULTADOS DA DIRETORIA DE FISCALIZAÇÃO DA ANS ANO 2016. Impactos da implementação das ações e medidas de melhoria na DIFIS. Gráfico 11. Fl. 38.
http://www.ans.gov.br/images/stories/noticias/pdf/relatorio_difis_2016FINAL.PDF
- [5] https://www.editoraroncarati.com.br/v2/phocadownload/arquivos_Atta.pdf, Tabela 7, fl. 25.
- [6] https://www.editoraroncarati.com.br/v2/phocadownload/arquivos_Atta.pdf
- [7] RELATÓRIO DE RESULTADOS DA DIRETORIA DE FISCALIZAÇÃO DA ANS ANO 2016. Impactos da implementação das ações e medidas de melhoria na DIFIS. 3.2.6.3. RESULTADOS ALCANÇADOS, fl.43.
- [8] RELATÓRIO DE RESULTADOS DA DIRETORIA DE FISCALIZAÇÃO DA ANS ANO 2016. Impactos da implementação das ações e medidas de melhoria na DIFIS. Tabela 4, fl. 16.
http://www.ans.gov.br/images/stories/noticias/pdf/relatorio_difis_2016FINAL.PDF

- [9] Relatório de Gestão da Diretoria de Fiscalização - DIFIS Maio/2014 a Abril/2017, fls. 35-37, item 3.2.
http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Materiais_por_assunto/relatoriogestao_difis_2014_2017.pdf
- [10] GRUPO I – CLASSE VII – Plenário, TC 019.872/2014-3. Definição de multas arrecadadas.
- [11] PEREIRA, M.C. Epidemiologia: Teoria e Prática. Guanabara Koogan, 1995.
Capítulo 4: Indicadores de Saúde.