



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR
GECOS - GERÊNCIA DE CONSULTORIA NORMATIVA

R. TEIXEIRA DE FREITAS, 5, CENTRO, RIO DE JANEIRO 4º ANDAR CENTRO - RIO DE JANEIRO/RJ CEP: 20.021-350

PARECER n. 00026/2020/GECOS/PFANS/PGF/AGU

NUP: 33910.030767/2018-97

INTERESSADOS: DIRETORA DE DESENVOLVIMENTO SETORIAL DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR-DIDES/ANS

ASSUNTOS: PROCESSO DO TRABALHO

EMENTA: CONSULTA. DIDES. PROPOSTA DE EDIÇÃO DE RESOLUÇÃO NORMATIVA. CONTRATUALIZAÇÃO DA RELAÇÃO ENTRE OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE E PRESTADORES DE SERVIÇOS DE ATENÇÃO À SAÚDE. FUNDAMENTAÇÃO NO ART. 17-A DA LEI Nº 9.656/98 E NOS ART. 3º E 4º, II, IV, XXI, XXIV, XXXVI, E XXXVII DA LEI Nº 9.961/2000. RECOMENDAÇÃO DE AJUSTES PONTAIS NA NORMA PROPOSTA.

1. O Diretor da Diretoria de Desenvolvimento Setorial da Agência Nacional de Saúde Suplementar encaminha a esta Procuradoria Federal minuta de Resolução Normativa para dispor sobre as características gerais dos instrumentos contratuais firmados entre as operadoras de planos de assistência à saúde e os prestadores de serviços de atenção à saúde e sobre a definição de índice de reajuste a ser aplicado aos serviços contratados.

2. É o breve relato.

3. A atividade de prestação de assistência privada à saúde envolve uma complexa rede de interações econômicas e jurídicas, que liga beneficiários, prestadores de serviços médicos e seguradoras e operadoras de planos de saúde. A doutrina tem reconhecido a necessidade de atribuição de efeitos jurídicos às relações econômicas complexas que se estabelecem em rede, especialmente para os fins de reconhecimento da interdependência entre os vários participantes do empreendimento. Nesse sentido, confira-se:

O termo "redes" significa um agrupamento de acordos contratuais entre mais de duas partes com um objetivo produtivo que requer a interação e cooperação de todas as partes. Dentro das redes, muitas das partes têm laços contratuais, muitas vezes de tipo relacional, mas também há muitas outras relações econômicas presentes que não foram construídas através de um contrato expresso. Um exemplo comum é um projeto de construção, onde os empregadores do empreiteiro principal podem não ter relações contratuais diretas com subempreiteiros e os empregados de qualquer um dos empreiteiros. A ideia de uma rede também tem sido aplicada dentro das empresas para descrever como as relações entre os diferentes grupos, tais como acionistas, administradores, credores e empregados, são construídas por um "nexo" de contratos com a entidade empresarial, mas sem relações contratuais diretas entre estes diferentes grupos. A utilização do conceito de rede significa que, embora alguns destes participantes possam não estar diretamente ligados entre si por contratos expressos, a sua interdependência econômica na prática deve ser reconhecida e acomodada dentro do raciocínio jurídico. Uma metáfora gráfica para expressar esta ideia é sugerir que todas as partes de uma rede estão ligadas entre si por contratos implícitos.^[1]

4. Na doutrina nacional, merece destaque o estudo de Ronaldo Porto de Macedo Júnior, sobre os contratos relacionais na sociedade de serviços.^[2] Segundo Macedo Júnior, alguns empreendimentos, como os planos de saúde, são estruturados por meio de contratos relacionais, que se contrapõem aos chamados contratos descontínuos. Os contratos relacionais são abertos e flexíveis, de longa duração, assumem uma dimensão processual e "de modo geral envolvem relações complexas entre diversas partes, nas quais os vínculos pessoais e de solidariedade, confiança e cooperação são determinantes".^[3] Rodrigo Xavier Leonardo, em estudo acerca do mercado habitacional, também discorre sobre o fenômeno das redes contratuais:

O reconhecimento das *redes contratuais* (também chamadas de contratos conexos) e da consequente necessidade de um regramento específico para elas surgiu da investigação de uma

pluralidade de contratos na qual se identificou uma unidade de operações econômicas ou de *negócios* propriamente ditos.

No elegante dizer do Profesor Mosset Iturraspe: “o individualismo contratual vem deixando passo à contratação grupal. E isto não é casual, pois o que se persegue é agora, um resultado negocial, uma operação econômica global, procurada através de um ‘programa’, que uma ou várias empresas se propõem. Trata-se, agora, de contratos entrelaçados num conjunto econômico, perseguindo o que passou a se chamar uma ‘mesma prestação essencial’, um ‘todo’ contratual, para um mesmo e único negócio. O realce é dado a ‘negócio’, e não ao ‘contrato’”.^[4]

Uma análise limitada à estrutura dos contratos, assim, não se mostraria satisfatória para o estudo das redes contratuais, vez que, sob o manto da *relatividade* das relações jurídicas contratuais, o liame funcional entre os contratos permaneceria oculto. Esses contratos [...], apesar de estruturalmente individualizados, são *funcionalizados*, questionando-se aqui em que medida essa *funcionalização* resulta em específicos *efeitos jurídicos*.^[5]

5. A assistência privada à saúde, por meio da intermediação de seguradoras e operadoras de planos de saúde, é uma típica relação em rede:

No que diz respeito ao seguro-saúde e aos planos de saúde, a principal e inegável característica é a prestação do serviço médico em rede, o que se observa na base dos grupos de contratos que relacionam as operadoras com os institutos e centros, e estes com seus médicos, tendo por contraparte justamente o paciente consumidor do serviço.

Lorenzetti aduz que a prestação de serviços médicos por meio dos planos de saúde compreende uma rede de contratos e afirma que:

‘O fenômeno da prestação médica em rede: um seguro-saúde ou uma empresa de medicina pré-paga que prestam serviços médicos, geralmente não o fazem por si mesmos, pois é excessivamente custoso ter serviços próprios em toda a área de cobertura. Por isso, pode contratá-los com uma clínica, com médicos, com um centro de diagnóstico, com uma empresa de emergência, etc. Em outros casos, pode valer-se de um intermediário como uma empresa ou uma associação profissional.’^[6]

Conclui então o citado autor, observando que os serviços de planos de saúde são produtos complexos, comercializados mediante um operador ou administrador por operadores e administradores por estes designados, abrindo-se então em rede para compreender uma pluralidade de estabelecimentos especializados, como clínicas, hospitais, profissionais, dentre outros.^[7]

6. Ricardo Luís Lorenzetti^[8] destaca que a existência de uma rede de consumidores e prestadores de serviços exige regras de circulação ordenada dos contratos. Segundo o autor, há uma diferença fundamental entre a aquisição de um bem ou serviço por meio de uma troca meramente individual (como em um contrato de serviço com um médico determinado) e a aquisição por meio de um grupo de contratos (como em um sistema de medicina pré-paga). Em uma rede, há uma circulação massiva de contratos, que pode gerar um desequilíbrio do sistema (congestão contratual), por força de um tráfico de trocas desordenado. Segundo Lorenzetti, pode ocorrer de um contratante buscar algo justo, do ponto de vista individual, mas excessivamente oneroso para o grupo: “Esses custos serão suportados pelo sistema e por cada um dos contratantes. A causa contratual permanece incólume, mas a causa sistêmica torna-se desequilibrada”.^[9]

7. A estrutura em rede da atividade de assistência privada à saúde, envolvendo a complexa interação entre seguradoras e operadoras, prestadores de serviços de assistência à saúde e beneficiários, é a razão para a inclusão, pelo legislador, da relação contratual entre operadoras e prestadores de serviços no âmbito da regulação da saúde suplementar. A regulação, nesse aspecto, busca assegurar a circulação ordenada dos contratos e o equilíbrio do sistema. A configuração espontânea das trocas e das estipulações contratuais entre operadoras e prestadores de serviços de saúde, sem qualquer intervenção ordenadora estatal, implica em risco de desequilíbrio do sistema, pela congestão contratual. O perigo é que estipulações individuais, ainda que justas do ponto de vista singular, gerem custos excessivos para o empreendimento como um todo. De fato, a adequada regulação do setor não seria possível se a ordenação estatal da atividade privada se restringisse à relação entre beneficiários e seguradoras e operadoras de planos de saúde, desprezando-se a complexa rede de relações com os prestadores de serviços de assistência à saúde. Em última análise, a ordenação regulatória estatal do fluxo das trocas, por meio do estabelecimento de regras claras para a rede de contratos, visa a assegurar a qualidade e a continuidade da prestação da assistência à saúde aos beneficiários.

8. É verdade, no entanto, que a relação entre operadoras e prestadores de serviços de saúde está sujeita a uma ordenação estatal de baixa intensidade, em comparação à regulação sobre a relação entre operadoras e beneficiários. Basta notar, por exemplo, que a atividade dos prestadores de serviços de atenção à saúde não está sujeita à prévia autorização da agência reguladora, diferentemente da operação de planos de saúde. Essa, no entanto, é uma opção legislativa. Não há qualquer impedimento de ordem constitucional a que o Legislador modifique esse quadro e atribua maior intervenção estatal sobre atividade dos prestadores de serviços, na medida em que esses atores estão igualmente

sujeitos à regulamentação, fiscalização e controle do Poder Público sobre as ações e serviços de saúde, nos termos do art. 197 da Constituição. Evidentemente que toda a regulação estatal sobre a atividade privada deve atentar para o princípio da proporcionalidade e se respaldar em justificativas regulatórias devidamente demonstradas.

9. O texto original da Lei nº 9.656/98 já previa a incidência da regulação sobre a relação entre operadoras e prestadores de serviços médicos, ainda que de forma pontual, como, por exemplo, na vedação à exigência pelas operadoras de exclusividade do prestador de serviços (art. 18, III). Vale destacar, ainda, que o art. 27 e o art. 29,^[10] ambos da Lei nº 9.656/98, indicam que os prestadores de serviços médicos estão sujeitos à atuação sancionadora da ANS. Por sua vez, a Lei nº 13.003, de 24 de junho de 2014, alterou a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, para aprofundar a incidência da ordenação estatal sobre a relação entre operadoras e prestadores de serviços de assistência à saúde. A alteração normativa trouxe a disciplina jurídica mínima da relação contratual estabelecida entre as operadoras de planos de assistência privada à saúde e os prestadores de serviços de saúde, em especial sobre a necessidade de formalização da relação contratual e definição de índices de reajuste dos serviços de atenção à saúde. A alteração legislativa expressamente atribuiu à agência reguladora a competência para, na omissão das partes, estipular o índice de reajuste devido, bem como para regulamentar o dispositivo legal. Eis o teor do art. 17-A da Lei nº 9.656/98, introduzido pela Lei nº 13.003/2014:

Art. 17-A. As condições de prestação de serviços de atenção à saúde no âmbito dos planos privados de assistência à saúde por pessoas físicas ou jurídicas, independentemente de sua qualificação como contratadas, referenciadas ou credenciadas, serão reguladas por contrato escrito, estipulado entre a operadora do plano e o prestador de serviço.

§ 1º São alcançados pelas disposições do caput os profissionais de saúde em prática liberal privada, na qualidade de pessoa física, e os estabelecimentos de saúde, na qualidade de pessoa jurídica, que prestem ou venham a prestar os serviços de assistência à saúde a que aludem os arts. 1º e 35-F desta Lei, no âmbito de planos privados de assistência à saúde.

§ 2º O contrato de que trata o caput deve estabelecer com clareza as condições para a sua execução, expressas em cláusulas que definam direitos, obrigações e responsabilidades das partes, incluídas, obrigatoriamente, as que determinem:

I - o objeto e a natureza do contrato, com descrição de todos os serviços contratados;

II - a definição dos valores dos serviços contratados, dos critérios, da forma e da periodicidade do seu reajuste e dos prazos e procedimentos para faturamento e pagamento dos serviços prestados;

III - a identificação dos atos, eventos e procedimentos médico-assistenciais que necessitem de autorização administrativa da operadora;

IV - a vigência do contrato e os critérios e procedimentos para prorrogação, renovação e rescisão;

V - as penalidades pelo não cumprimento das obrigações estabelecidas.

§ 3º A periodicidade do reajuste de que trata o inciso II do § 2º deste artigo será anual e realizada no prazo improrrogável de 90 (noventa) dias, contado do início de cada ano-calendário.

§ 4º Na hipótese de vencido o prazo previsto no § 3º deste artigo, a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, quando for o caso, definirá o índice de reajuste.

§ 5º A ANS poderá constituir, na forma da legislação vigente, câmara técnica com representação proporcional das partes envolvidas para o adequado cumprimento desta Lei.

§ 6º A ANS publicará normas regulamentares sobre o disposto neste artigo.

10. A Lei 13.003/2014 previu expressamente a competência da ANS para editar as normas regulamentadoras do disposto no art. 17-A da Lei nº 9.656/98. De toda forma, além de editar normas que especifiquem e concretizem as obrigações já previstas no art. 17-A da Lei nº 9.656/98, a ANS detém um conjunto de outras competências que lhe permite dispor sobre a relação contratual entre as operadoras, seguradoras e os prestadores de serviços de atenção à saúde, em especial:

Lei nº 9.961/00:

Art. 3º A ANS terá por finalidade institucional promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, **inclusive quanto às suas relações com prestadores** e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País.

Art. 4º Compete à ANS:

(...)

II - estabelecer as características gerais dos instrumentos contratuais utilizados na atividade das operadoras;

IV - fixar critérios para os procedimentos de credenciamento e descredenciamento de prestadores de serviço às operadoras;

XXI - monitorar a evolução dos preços de planos de assistência à saúde, **seus prestadores de serviços**, e respectivos componentes e insumos;

XXIV - exercer o controle e a avaliação dos aspectos concernentes à garantia de acesso, manutenção e **qualidade dos serviços prestados**, direta ou indiretamente, pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde;

XXXI - requisitar o fornecimento de informações às operadoras de planos privados de assistência à saúde, **bem como da rede prestadora de serviços a elas credenciadas**;

XXXVII - zelar pela qualidade dos serviços de assistência à saúde no âmbito da assistência à saúde suplementar;

11. A possibilidade de duas formas de atuação do regulador - uma em estrita regulamentação de disposição legal e outra com alguma autonomia, ainda que no espaço deixado pelas normas legais - foi recentemente reconhecido pelo próprio legislador, ao dispor sobre a vedação ao abuso do poder regulatório, no art. 4º, *caput*, da Lei nº 13.874/2019:

Art. 4º É dever da administração pública e das demais entidades que se vinculam a esta Lei, no exercício de regulamentação de norma pública pertencente à legislação sobre a qual esta Lei versa, **exceto se em estrito cumprimento a previsão explícita em lei**, evitar o abuso do poder regulatório de maneira a, indevidamente: [...]

12. De fato, o *caput* do art. 4º da Lei nº 13.874/2019 indica que as disposições sobre o abuso do poder regulatório são destinadas à situação em que a atuação do regulador é baseada na lei, mas em que há algum espaço de autonomia. Já nos casos em que o regulador atua em estrito cumprimento à previsão legal, considera-se que a avaliação quanto à adequação e necessidade da intervenção estatal já foi feita pelo Legislador. Sobre a interpretação do dispositivo citado, confira-se a doutrina:

O texto da lei traz ressalva quanto ao destinatário de suas normas. Seu endereçado é o autor de regulamentos de Direito Econômico, exceto se ele atuar, no dizer do texto, *em estrito cumprimento a previsão explícita em lei*. **Ou seja: quando o regulamento só vier a concretizar restrição regulatória que esteja imposta, de modo explícito, por lei, não se aplica o art. 4º**. Exemplo: por que a tabela de honorários advocatícios mínimos, fixada pelas Seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil, não configura cartel de preços? O argumento é o de que há previsão legal, no art. 58, V, da lei federal n. 8.906/94, complementado, neste ponto, pelo art. 111 do Regulamento. Então, por tal visão, o art. 4º não se aplicaria à regulamentação da cobrança de honorários mínimos, uma vez que determinada por previsão legal explícita.

Por outro lado, caso a exigência legal não seja explícita, ou a regulamentação possua traços de autonomia, há espaço para a incidência do art. 4º. É que o *caput* fala que a regulamentação deve se dar em estrito cumprimento a previsão explícita em lei. A lei há de criar a restrição regulatória de modo saliente, e a hipótese deve ser, na categorização clássica, a de regulamento de execução, e não a de regulamento autônomo. Assim, boa parte da regulação promovida pelas agências reguladoras federais encontra-se submetida ao art. 4º, porque baseada na edição de regulamentos fundados em leis-quadro. [\[11\]](#)

13. A compreensão dos fundamentos para a intervenção estatal no âmbito da relação contratual entre seguradoras e operadoras de planos de saúde e prestadores de serviços de atenção à saúde tem importância prática. Em primeiro lugar, não se trata de regulação fundada na vulnerabilidade de uma das partes. O fundamento da ordenação estatal é a necessidade de fixação de regras para o adequado fluxo contratual da rede de relações econômicas e jurídicas que estrutura a atividade de operação de planos de saúde. Assim, ainda que eventuais relações fáticas concretas entre prestadores de serviços e operadoras de planos de saúde revelem a paridade do poder de barganha entre as partes, a regulação incidirá mesmo assim, uma vez que seu objetivo é resguardar o equilíbrio sistêmico do empreendimento em rede.

14. A razão da intervenção estatal não é exclusivamente o atendimento do interesse privado das partes contratantes. Há uma razão de ordem pública, ligada ao adequado funcionamento do mercado regulado, que justifica a ordenação regulatória. Por exemplo, no tema da previsão de reajuste dos serviços contratados, a justificativa para a intervenção estatal não é apenas a correção de eventual disparidade de forças entre os contratantes, para que o prestador de serviços seja adequadamente remunerado. O objetivo regulatório é o monitoramento e a correção dos efeitos gerados por um eventual reajuste inadequado da remuneração dos prestadores de serviços de atenção à saúde, que tanto pode influenciar na qualidade e na continuidade da assistência à saúde aos beneficiários, como nos reajustes das contraprestações.

15. Disso decorre outra importante conclusão: as regras de contratualização entre operadoras, seguradoras e prestadores de serviços de atenção à saúde são normas de ordem pública. De fato, ao limitar a liberdade de pactuação, as regras introduzidas pela Lei nº 13.003/2014, bem como as normas infralegais introduzidas pela ANS, são normas de Direito Administrativo Regulatório. Mesmo que a ordenação estatal privilegie a autocomposição na definição do conteúdo dos contratos, as partes não podem afastar as normas de Direito Público. No campo das atividades privadas essenciais ou de interesse público - como é o caso da assistência à saúde - a intervenção estatal indireta na liberdade de

contratar é uma forma de heterorregulação (regulação que provém de ente externo àqueles que exercem a atividade regulada) pública sobre a atividade privada.

16. A doutrina chega a classificar como uma modalidade de contrato regulatório aqueles contratos celebrados entre operadores privados (ou seja, mesmo aqueles que não são pactuados diretamente com uma autoridade regulatória pública), mas sujeitos à ordenação estatal indireta, com mecanismo para a “implementação de normas regulatórias que visam orientar nuns casos, dirigir ou impor noutros, a conduta das partes contratantes tendo em vista a prossecução de objetivos regulatórios (económicos e sociais) que se encontram ligados à satisfação do interesse público”.^[12] Destaca a doutrina:

O facto de estarmos perante atividades de interesse geral legítima, assim, não só a intervenção das entidades reguladoras no contrato, como consente também a limitação da autonomia privada das partes contratuais em determinadas situações.

Efectivamente, é este especial contexto de regulação de atividades privadas de interesse público de forma a corrigir o funcionamento do mercado, impondo para tal determinadas condições à actuação dos agentes económicos, que explica que estes contratos não se limitam a regular aspectos que interessam às partes ou sequer a regulá-los apenas de acordo com os seus interesses, contendo disposições que não seriam normalmente incluídas no corpo do contrato ainda que uma das partes fosse uma entidade pública ou se apenas fossem dois privados.^[13]

17. A regulação indireta sobre os contratos pode se dar de distintas maneiras:

Quanto à intervenção indirecta das autoridades reguladoras, a mesma pode assumir diferentes modalidades, desde o estabelecimento dos termos e condições dos contratos, nomeadamente aprovando as condições gerais dos mesmos, passando pela aprovação dos contratos, após a sua celebração, ou pela supervisão do seu cumprimento. Outras formas de intervenção indirecta, menos intensas, são ainda a obrigação de notificação às autoridades reguladoras das condições contratuais adoptadas, bem como a previsão da sua intervenção na relação contratual para resolver situações de impasse entre as partes no contrato.^[14]

18. A estipulação das normas para a contratualização da relação entre seguradoras, operadoras e prestadores de serviços de atenção à saúde é uma modalidade de heterorregulação pública sobre a atividade privada. Por isso, não é impedimento à edição dos atos normativos propostos as determinações da Lei da Liberdade Económica, em especial previstas no art. 3º, VIII, da Lei nº 13.874/2019, que assegura a liberdade de pactuação nos negócios jurídicos empresariais paritários:

Art. 3º São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento económicos do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal:

VIII - ter a garantia de que os negócios jurídicos empresariais paritários serão objeto de livre estipulação das partes pactuantes, de forma a aplicar todas as regras de direito empresarial apenas de maneira subsidiária ao avençado, exceto normas de ordem pública;

19. Sobre a interpretação da norma acima transcrita, confira-se a lição doutrinária:

Na realidade, o dispositivo do artigo 3º, VIII, da Lei da Liberdade Económica, deve ser lido como uma determinação de interpretação *pro libertatis* das regras sobre os negócios jurídicos. Avançando e especificando o princípio hermenêutico posto no § 2º do artigo 1º do mesmo diploma, exige-se que as regras restritivas da liberdade de estipulação das partes sejam interpretadas como dispositivas, nos casos em que houver dúvida, a partir de seu enunciado, e não haja razões de ordem pública que desautorizem tal interpretação. Em hipótese nenhuma, no entanto, será possível se invocar o artigo 3º, VIII, da Lei da Liberdade Económica para se alterar o próprio texto de outras normas, a pretexto de as interpretar.

[...]

A leitura ora feita do inciso VIII – no sentido que só poderá afastar a incidência de normas imperativas se existir dúvida interpretativa quanto à sua vinculatividade -, serve-se da ressalva, posta na parte final do dispositivo, relativamente às normas de ordem pública.

Também estão excluídas da regra do inciso VIII todas as normas de direito público, eis que só há referência ao direito empresarial.^[15]

20. A regra da proteção à liberdade de pactuar em negócios jurídicos empresariais paritários, estipulada pelo art. 3º, VIII, da Lei nº 13.874/2019, assegura a prevalência da autonomia da vontade para afastar normas dispositivas do Direito Empresarial. Portanto, esse dispositivo legal não permite que as partes afastem normas de ordem pública, sejam as existentes no próprio Direito Privado, sejam as decorrentes do Direito Administrativo.

21. Do mesmo modo, não são obstáculos à regulação da relação contratual entre operadoras e prestadores de serviços de atenção à saúde as alterações promovidas no art. 421 e 421-A, ambos do Código Civil, pela Lei nº 13.874/2019:

Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.

Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual.

Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que:

I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução;

II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e

III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada.

22. Por um lado, a previsão quanto à “intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual”, prevista no parágrafo único do art. 421 do Código Civil, relaciona-se aos parâmetros para a revisão judicial dos contratos. A doutrina afirma, inclusive, que há uma redundância no dispositivo, na medida em que “tanto a revisão contratual (art. 317), quanto a rescisão por onerosidade excessiva (arts. 478 a 480), pressupõe regra de exceção”.^[16] Em outros termos: mesmo antes da alteração legislativa, a intervenção judicial na relação contratual já era uma exceção à regra. A norma em questão não é limitação ao estabelecimento de condicionantes para o exercício da liberdade de contratar, com fundamento em normas de ordem pública destinadas à regulação da atividade privada, seja para a correção de falhas de mercado ou mesmo para o alcance de outros objetivos sociais fixados em lei. A regulação deve ter fundamento legal e cumprir os requisitos legais e matérias para sua edição, especialmente a análise de impacto regulatório e a observância do princípio da proporcionalidade e da vedação ao abuso do poder regulatório.

23. Por sua vez, a presunção de paridade dos contratos civis e empresariais, prevista no art. 421-A, do Código Civil, não afasta as normas de ordem pública que limitam a liberdade de contratar prevista na Lei nº 13.003/2014 e nas normas infralegais editadas pela agência reguladora. Por um lado, como já destacado, o fundamento da regulação, na hipótese tratada, não é a vulnerabilidade de uma das partes, mas sim a busca do adequado funcionamento do mercado regulado. Por outro lado, o próprio texto do art. 421-A do Código Civil ressalva os regimes jurídicos previstos em leis especiais. Portanto, devem prevalecer as regras especiais que tratam da regulação da atividade de assistência privada à saúde.

24. A Lei de Liberdade Economia não impede o regular exercício da atividade regulatória pela agência reguladora. A referida Lei estipula o princípio da intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas e a regra de interpretação em favor da liberdade econômica, da boa-fé e do respeito aos contratos, aos investimentos e à propriedade de todas as normas de ordenação pública sobre atividades econômicas privadas (art. 1º, § 2º e art. 2º, III). Além disso, a nova lei prevê requisitos formais, como a análise de impacto regulatório e proíbe o abuso do poder regulatório. Esses são parâmetros a guiar a atuação do regulador. De toda forma, como destaca a doutrina, “as normas trazidas pelos incisos [do art. 4º da Lei nº 13.874/2019] expressam, na maioria dos casos, deveres preexistentes no ordenamento jurídico. A proibição de abuso regulatório é, na maioria dos casos, uma obviedade”.^[17] Assim, a regulamentação de obrigações fixadas em lei ou mesmo a disciplina por norma infralegal, com base em dispositivos legais, são plenamente compatíveis com a Lei de Liberdade Econômica. Deverá a agência demonstrar a necessidade e adequação das medidas de intervenção na liberdade econômica.

25. No caso em tela, como relata a Nota Técnica nº 1/2019/GASNT/DIRAD-DIDES/DIDES, foi constituída, por meio da Portaria nº 8, de 15 de outubro de 2018, uma Câmara Técnica, com composição paritária de representantes de prestadores de serviços e operadoras, além de órgão de defesa do consumidor, Ministério Público, a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos – CEMED e outras entidades do setor, para discutir a necessidade de revisão e aprimoramento da regulação setorial acerca da contratualização entre operadoras e prestadores de serviços de saúde. Após as discussões na Câmara Técnica, foi realizada a Consulta Pública nº 76, em novembro de 2019, com finalidade de colher subsídios para as propostas de contratualização entre operadoras e prestadores de serviços de saúde. A norma, portanto, é fruto de amplo debate com o setor e órgãos de defesa do consumidor e da concorrência. Passa-se a seguir a destacar pontualmente aspectos da proposta que merecem observações jurídicas, ressaltando-se a discricionariedade da agência para a avaliação das escolhas regulatórias.

26. A minuta de RN, em seu art. 3º, elenca a incidência da autonomia da vontade e os princípios de Direito Contratual que devem reger a contratação entre operadoras e prestadores de serviços. Eis o teor da norma proposta:

Art. 3º As estipulações contratuais entre operadoras de planos de saúde e prestadores de serviço de saúde são regidas pela autonomia das vontades, condicionada às regras dispostas nessa RN.

§1º Os princípios basilares do Direito Contratual devem ser observados nas celebrações dos contratos regidos por esta norma, em especial os seguintes:

I - Liberdade como uma garantia no exercício de atividades econômicas;

II - Função Social do Contrato;

III - Interpretação Mais Favorável ao Aderente, nas hipóteses em que elementos concretos justifiquem o afastamento da presunção de paridade e simetria do contrato firmado entre as partes,

em favor da liberdade econômica; e

IV - Boa-fé objetiva e seus deveres anexos ou laterais, dentre os quais:

- a) Informação;
- b) Cooperação; e
- c) Colaboração.

§2º Os contratos regidos por esta norma podem ser celebrados por meio eletrônico, desde que ambas as partes possuam meios de promover sua assinatura eletrônica de forma inequívoca e seja lhes disponibilizada cópia fiel do contrato assinado, incluindo os eventuais anexos.

27. Não parece adequado que a norma contenha disposições gerais do Direito Privado que regem os contratos entre operadoras e prestadores. A norma infralegal deve regulamentar o art. 17-A da Lei nº 9.656/98 ou mesmo fixar novas limitações à liberdade contratual, desde que devidamente justificadas e adequadas aos objetivos regulatórios. Como já destacado, a necessidade de ordenação do fluxo da rede contratual em que se baseia a operação de planos de saúde é a justificativa para a regulação dos parâmetros dos instrumentos contratuais envolvendo as operadoras e os prestadores de serviços de atenção à saúde. As regras de contratualização não devem ter a pretensão de disciplinar amplamente os diversos aspectos da relação contratual, os quais são resolvidos pelas partes valendo-se das normas de Direito Empresarial ou de Direito Civil. O princípio da intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas, previsto no art. 1º, § 2º da Lei nº 13.874/2019, aponta para a necessidade de que a norma infralegal se restrinja às regras excepcionais que limitam a autonomia da vontade na busca dos objetivos regulatórios.

28. O risco em se elencar diretrizes de Direito Privado é ou de se produzir norma redundante e desnecessária ou de se cometer imprecisões técnicas. Em ambas as situações, há prejuízo à clareza da norma e à segurança jurídica. Assim, por exemplo, a referência à interpretação mais favorável ao aderente, previsto no inciso III, do § 1º do art. 3º da minuta acima, não agasalha todas as previsões legais sobre a interpretação dos negócios jurídicos, em especial as previstas no art. 113 e art. 421-A, I, ambos do Código Civil, na redação dada pela Lei nº 13.874/2019:

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

§ 1º A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que:

I - for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio;

II - corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio;

III - corresponder à boa-fé;

IV - for mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo, se identificável; e

V - corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração.

§ 2º As partes poderão livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei.

Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que:

I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução;

29. Por uma questão de clareza e melhor técnica, recomenda-se a exclusão do art. 3º, salvo em relação ao disposto no § 2º, que trata de tema atinente à celebração do contrato por meio eletrônico.

30. Dispõe a minuta de RN:

Art. 6º Nos contratos de que trata esta norma, a operadora de planos privados de assistência à saúde deve ser identificada com os seguintes dados:

I – nome completo e nome empresarial, quando houver;

[...]

Art. 7º O prestador de serviço deve estar identificado pelos seguintes dados:

I – nome completo e nome empresarial, quando houver;

31. A área técnica indaga sobre a adequação da nomenclatura utilizada no inciso acima destacado. Considerando que nem todas as operadoras assumem a forma empresarial, existindo autogestões que atuam sob a forma de associação ou fundação ou mesmo a possibilidade de existir sociedades simples no setor regulado, é certo que a denominação “nome empresarial” não abarca todas as operadoras. O Código Civil, no entanto, prefere o termo “denominação” para a identificação de entes coletivos não empresariais, muito embora o equipare ao nome empresarial, para fins de proteção legal, nos termos do art. 1.115 do Código Civil. O termo “nome” é reservado pelo Código Civil para as pessoas naturais, inserindo-se dentre os direitos da personalidade (art. 16 do Código Civil). Dessa forma, considerando a impossibilidade de que a pessoa natural seja operadora de planos de saúde (art. 1º, § 5º da Lei nº 9.656/98), para a

melhor técnica legislativa, recomenda-se que se utilize a expressão “denominação ou nome empresarial, conforme o caso”, para o art. 6º, I. O prestador de serviço, por sua vez, pode ser pessoa natural ou jurídica (art. 17-A, caput, da Lei nº 9.656/98), e pode ser tanto pessoa física empresária ou não empresária. Note-se que o nome já compreende o prenome e o sobrenome, mas não há prejuízo em utilizar a expressão “nome completo”, para evitar dúvidas de interpretação. Dessa forma, sugere-se a seguinte previsão para o art. 7º, I: “nome completo, denominação ou nome empresarial, conforme o caso”.

32. Dispõe o art. 7º, parágrafo único da minuta de RN:

Art. 7º O prestador de serviço deve estar identificado pelos seguintes dados:

I – nome completo e nome empresarial, quando houver;

II – número de inscrição no Cadastro de Pessoa Física - CPF ou CNPJ;

III – número de registro no Conselho Profissional respectivo; e

IV – número de inscrição no Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde – CNES, salvo no caso de ausência, incompatibilidade ou desatualização de cadastro no CNES do prestador.

Parágrafo único. Aplicam-se as disposições previstas neste artigo à prestação dos serviços em Telessaúde, que devem observar a regulamentação do CNES.

33. A Nota Técnica nº 5/2020/DIRAD-DIDES/DIDES indica que a inclusão do parágrafo único acima destacado se deve à edição da Portaria GM nº 2.022, de 7 de agosto de 2017, que prevê a Telessaúde como modalidade de atividade de assistência à saúde para fins do Cadastro de Estabelecimento de Saúde-CNES. Assim, a Nota destaca que, a rigor, o tema já está contemplado pelo inciso IV do art. 7º da minuta, mas que para conferir maior segurança jurídica, optou-se por incluir o texto previsto no parágrafo único. É de se destacar, entretanto, que a referência à Telessaúde se deu de forma posterior aos debates públicos sobre a proposta normativa, não se permitindo que os agentes regulados se manifestassem sobre a proposta. Considerando que o tema da Telessaúde desperta grande atenção do setor, não parece adequado que sua referência seja incluída na norma, sem a devida discussão prévia, ainda que para os efeitos limitados previstos. Ademais, como exposto pela área técnica, o parágrafo único em questão é norma dispensável, na medida em que o inciso IV do art. 7º da minuta de RN já contempla a inscrição no Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde – CNES. Sugere-se, assim, a exclusão do parágrafo único do art. 7º da minuta de RN.

34. A minuta de RN prevê a possibilidade de utilização de tabelas próprias ou elaboradas por terceiros para a negociação dos valores dos serviços contratados, nos seguintes termos:

Art. 10 Os valores dos serviços contratados devem ser expressos de forma clara e objetiva, em moeda corrente nacional, observado o disposto no §8º.

[...]

§ 4º Em caso de utilização de tabela própria, elaborada a partir da negociação entre as partes, para definição dos valores dos procedimentos e serviços contratados, esta deve ser parte integrante do contrato, devendo ser disponibilizada aos contratantes desde sua celebração.

§ 5º A utilização de tabelas elaboradas e publicadas por terceiros estranhos à relação contratual como referência para a definição dos valores dos procedimentos e/ou serviços contratados está condicionada à existência das seguintes previsões no contrato:

I – cláusula específica sobre a livre concordância de ambas as partes para utilização da respectiva tabela;

II - identificação no contrato da tabela que está sendo utilizada como referência, com registro do número de sua publicação, referência sobre o local de sua publicação e/ou outro meio inequívoco de identificação; e

III – descrição dos critérios, das condições e dos demais elementos que deverão ser aplicados sobre a tabela para a definição dos valores dos procedimentos e/ou serviços contratados;

§ 6º A adoção da tabela a que se refere o §5º deste artigo deve observar, além das demais disposições constantes desta norma, a regulação econômica do mercado de medicamentos no Brasil e as normas e demais disposições vigentes sobre defesa da concorrência, na forma do art. 4º desta norma.

§ 7º A tabela a que se referem os §§4º e 5º deste artigo deve ser disponibilizada às partes juntamente e no mesmo formato do contrato celebrado, podendo, ainda, ser disponibilizada por outros meios, preferencialmente eletrônicos, conforme previsão contratual, tais como:

I – sítio eletrônico da operadora, acessível por login e senha disponibilizada ao prestador;

II - sítio eletrônico da operadora, em sua área aberta;

III - disponibilização da tabela na sede da operadora para consulta do prestador;

IV – registro em cartório; e

V – outro meio oportuno, conveniente e inequívoco, que garanta o acesso à tabela às partes.

35. A utilização de tabelas como referencial para a negociação dos valores dos serviços tem sido objeto de forte resistência dos órgãos de defesa da concorrência do Ministério da Economia (PARECER SEI Nº 986/2020/ME) e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica-CADE (Ofício nº 590/2020/GAB-PRES/PRES/CADE). Desde a RN nº 363, de 11 de dezembro de 2014, a ANS tem admitido a utilização de tabelas referenciais (art. 11). Na atual discussão do tema, a área técnica procurou disciplinar a questão de modo a reduzir os impactos anticoncorrenciais, mas tem manifestado dúvida quanto à possibilidade de vedação da utilização das tabelas referenciais. Muito embora o tema já tenha sido objeto de avaliação pela área técnica, que não catou as recomendações dos órgãos de defesa da concorrência do Ministério da Economia e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica-CADE, convém ressaltar que o tema se insere no âmbito de competência administrativa daqueles órgãos de defesa da concorrência. A minuta indica, em seu art. 4º, I, que os contratos devem observar “as normas e demais disposições vigentes sobre defesa da concorrência, cujo eventual indício de infringência será comunicado aos órgãos e entidades que compõem o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC para adoção das providências cabíveis”. No entanto, a normatização da utilização das tabelas referenciais sinalizada para o mercado a possibilidade dessa prática. Ao que parece, o mais adequado seria a ANS excluir a normatização sobre a utilização das tabelas referenciais, em deferência às manifestações dos órgãos da Administração Pública com competência para reprimir as condutas violadoras da livre concorrência. Ainda que a norma não estabelecesse expressamente a vedação à utilização das tabelas referenciais, a postura mais cautelosa da agência seria não dispor sobre o tema, para não sinalizar ao mercado de maneira contraditória com os demais órgãos de defesa da concorrência.

36. A minuta de RN prevê:

Art. 10 [...]

§8º. No caso de materiais, medicamentos, dispositivos médicos ou outros insumos que sejam comercializados em moeda estrangeira, o contrato deverá dispor sobre a forma de conversão de tais valores em moeda corrente nacional.

37. A norma referida decorre da impossibilidade de fixação de dívidas em moedas estrangeiras (Decreto-lei nº 857/69; Lei nº 8.880/94, art. 6º; Lei nº 10.192/2001, art. 1º). Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça, em importante precedente (Recurso Especial nº 1.323.219-RJ^[18]) afirmou a validade da avença em moeda estrangeira, para fins de evitação do enriquecimento sem causa de uma das partes, devendo, no entanto, o pagamento ser realizado em moeda nacional, com base na cotação da data da contratação. O critério de conversão estabelecido no REsp nº 1.323.219-RJ, no entanto, foi aplicado àquele caso em concreto em julgamento, em que as partes haviam estipulado indevidamente a avença em moeda estrangeira. Assim, parece adequada a proposta da minuta, que permite as partes livremente pactuar a forma como será feita a conversão dos valores para moeda nacional. Na ausência de regra legal sobre o tema, as partes têm autonomia para tratar do assunto no contrato.

38. A minuta de RN prevê:

Art. 15. O reajuste contratual terá periodicidade anual e deve ser aplicado na data de aniversário de vigência do contrato.

39. A norma em tela conflita com a literalidade do art. 17-A, § 3º da Lei 9.656/98, na redação dada pela Lei nº 13.003/2014, que dispõe: “A periodicidade do reajuste de que trata o inciso II do § 2º deste artigo será anual e realizada no prazo improrrogável de 90 (noventa) dias, contado do início de cada ano-calendário”. Vale ressaltar que a norma atual da RN nº 363/2014 (art. 12, § 2º), com redação idêntica à proposta, foi suspensa por força de decisão judicial proferida pelo Juízo da 2ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Distrito Federal, nos autos da ação nº 0074233-60.2015.4.01.3400 (RN nº 456/2020). Recomenda-se, assim, que a norma seja adequada ao dispositivo legal, para se estipular a periodicidade do reajuste a contar do início de cada ano-calendário.

40. A minuta de RN prevê:

Art. 18. É vedado estabelecer critérios de reajuste que:

I - mantenha ou reduza o valor nominal do serviço contratado, ressalvadas as hipóteses dos artigos 17 e 19 desta norma; ou

[...]

Art. 19. Quaisquer alterações nos valores contratados ou no modelo de remuneração praticado entre as partes que sejam instrumentalizadas por intermédio de novo contrato ou de aditivo ao contrato vigente não se caracterizam como reajuste para os efeitos desta RN.

41. A norma em questão é fruto do acatamento das recomendações do Ministério da Economia (PARECER SEI Nº 986/2020/ME), que destacam a falta de racionalidade econômica na impossibilidade de estabelecimento de critério, índice ou qualquer outro modo de reajuste que resulte na manutenção ou mesmo a redução do valor nominal do serviço contratado. Sobre o tópico, assim destacou a área técnica (Nota Técnica nº 12/2020/GASNT/DIRAD-DIDES/DIDES):

A vedação à utilização de índices que mantenham ou reduzam os valores contratualizados tiveram origem na IN 49/DIDES. À época buscou-se coibir a utilização de fórmulas que quando aplicadas acabavam gerando a redução de preços acordados, muitas vezes repassando aos prestadores o

ônus da má gestão das operadoras. A Lei 13.003 não trouxe essa previsão expressa, mas a RN 363/14 a incorporou.

Nesse sentido o entendimento da DIDES é que a ponderação feita pela SEAE está correta, não se justificando a manutenção dessa previsão de forma irrestrita, por isso, retomou-se o espírito regulatório original, que foi a de restringir a possibilidade de redução ou manutenção quando da utilização de fórmulas ou índices, facultando às partes definir se esta possibilidade será aplicada quando a mesma foi livremente negociada.

42. Ao que parece, a previsão continua a incidir na situação alertada pela área do Ministério da Economia, na medida em que permite apenas a manutenção ou redução do valor em casos de livre negociação. Assim, se por ventura um índice ou fórmula de reajuste escolhido resultar em manutenção ou mesmo redução do valor contratado, haverá a impossibilidade de aplicá-lo. A inadequação dessa previsão é reveladora especialmente em cenários de recessão econômica, em que os reajustes a maior dos contratos podem não ser economicamente viáveis. Assim, recomenda-se que sejam excluídas as previsões do art. 18, I e art. 19 da minuta de RN.

43. A minuta de RN prevê:

Art. 24. O contrato deve conter penalidades específicas para cada obrigação contratual relacionada ao descumprimento de prazos e rotinas operacionais de faturamento e pagamento, bem como à aplicação do reajuste.

44. O art. 17-A, § 2º, V da Lei 9.656/98, na redação dada pela Lei nº 13.003/2014, estipula que o contrato deve prever “as penalidades pelo não cumprimento das obrigações estabelecidas”. O art. 24 da minuta acima transcrito prevê apenas a cláusula penal para as obrigações contratuais relacionadas ao descumprimento de prazos e rotinas operacionais de faturamento e pagamento, bem como à aplicação do reajuste. Ao que parece, essa limitação reduz o alcance da norma legal. Assim, recomenda-se que a previsão da minuta se adequue ao disposto legal.

45. A minuta de RN prevê:

Art. 26. A operadora deverá utilizar o índice de reajuste definido pela ANS como forma de reajuste nos contratos firmados com seus prestadores quando preenchidos ambos os critérios abaixo:

I - houver previsão contratual de livre negociação como única forma de reajuste; e

II - não houver acordo entre as partes ao término do período de negociação, conforme estabelecido, no art. 16, §4º e no art. 17, III, “b” desta norma.

§ 1º O índice de reajuste definido pela ANS, quando preenchidos os critérios dispostos neste artigo, deve ser aplicado na data de aniversário de vigência contrato.

§ 2º O IPCA a ser aplicado deve corresponder ao valor acumulado nos 12 meses anteriores à data do aniversário de vigência contrato, considerando a última competência divulgada oficialmente.

46. A norma opta pela estipulação de um índice de reajuste pré-definido, não acatando as recomendações do Conselho Administrativo de Defesa Econômica-CADE (Ofício nº 590/2020/GAB-PRES/PRES/CADE), sobre a inadequação de se gerar um efeito focal para os reajustes dos contratos. Trata-se de assunto que já foi considerado pela agência, estando abrangido por sua discricionariedade técnica. De toda forma, vale ressaltar que a data de aplicação do índice de reajuste deve ser o previsto no art. 17-A, § 3º da Lei 9.656/98, na redação dada pela Lei nº 13.003/2014, contando-se do ano-calendário.

47. A minuta de RN prevê:

Art. 33. De acordo com a previsão contida na Lei nº 13.003, de 24 de junho de 2014, a fim de manter o contínuo aprimoramento da regulação acerca do relacionamento entre operadoras e prestadores, a CATEC – Câmara Técnica de Contratualização e Relacionamento com Prestadores passará a funcionar como órgão consultivo permanente, cujo funcionamento será definido em regimento interno editado, por portaria, pelo órgão regimentalmente competente na estrutura da ANS para conduzir o processo regulatório sobre a matéria.

Parágrafo único. A composição da CATEC terá representação proporcional às partes interessadas e, preferentemente, entidades de abrangência nacional e legitimidade para representar os seguimentos como um todo.

Art. 34. Compete ao órgão regimentalmente competente na estrutura da ANS para conduzir o processo regulatório sobre a matéria presidir e coordenar a CATEC, bem como estabelecer, por meio de Portaria, as entidades que a compõem.

48. Os artigos acima transcritos, que cuidam da Câmara Técnica prevista art. 17-A, § 5º da Lei 9.656/98, na redação dada pela Lei nº 13.003/2014, não estão redigidos segundo a melhor técnica legislativa. Deve-se adotar uma redação direta, do tipo: “Fica instituída a CATEC – Câmara Técnica de Contratualização e Relacionamento com Prestadores, órgão consultivo permanente, com funcionamento a ser definido em regimento interno”. Da mesma forma, recomenda-se que seja indicado expressamente o órgão competente para presidir e coordenar a CATEC.

49. A minuta de RN prevê:

Art. 35. As previsões desta norma aplicam-se aos contratos firmados a partir da sua vigência.

Parágrafo único. Na hipótese de alteração de qualquer cláusula contida em contrato firmado anteriormente a esta RN, aplicar-se-ão sobre a cláusula alterada as disposições desta norma.

50. As normas acima transcritas buscam preservar o ato jurídico perfeito, impedindo a incidência da nova regulamentação aos contratos celebradas antes da sua vigência, salvo as alterações contratuais posteriores à sua vigência.

51. A minuta de RN prevê:

Art. 36. As operadoras que mantenham relacionamento com prestador de serviço sem contrato firmado permanecem em situação de irregularidade, sujeitas à aplicação das penalidades previstas neste normativo.

52. Embora a norma tenha previsto que a ausência de contrato escrito configura irregularidade, sujeita à aplicação de penalidades, nada dispôs sobre a incidência ou não do reajuste estipulado pela ANS nesses casos. A atual RN nº 364/2014, em seu art. 6º, dispõe que “Na inexistência de contrato escrito entre as partes, não se aplicará o índice de reajuste definido pela ANS”. Esse dispositivo foi suspenso por força de decisão judicial proferida pelo Juízo da 2ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Distrito Federal, nos autos da ação nº 0074233-60.2015.4.01.3400 (RN nº 456/2020). De toda forma, a não incidência do reajuste para o caso de ausência de contrato escrito pode configurar uma premiação ao infrator. Assim, recomenda-se que a norma estipule que a ausência de contrato escrito não impede a aplicação do índice de reajuste fixado pela ANS. Trata-se, todavia, de matéria sujeita à análise da área técnica.

53. A minuta de RN prevê:

Art. 37. O art. 43 da Resolução Normativa nº 124, de 30 de março de 2006, que dispõe sobre a aplicação de penalidades para as infrações à legislação de planos privados de assistência à saúde, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 43. Deixar de cumprir as regras estabelecidas para formalização dos instrumentos jurídicos firmados com pessoa física ou jurídica prestadora de serviço de saúde:

Sanção – advertência;

multa de R\$ 15.000,00 a R\$ 35.000,00.”

54. Conforme ressaltado pelo Despacho nº 57/2020/DIPRO, a previsão acima transcrita destoa da sistemática adotada pela RN nº 124/2006, nos seguintes termos:

O art. 37 prevê a alteração do art. 43 da RN nº 124, de 30 de março de 2006 e, ao revés de apontar um valor, é atribuída uma faixa de R\$15.000,00 a R\$35.000,00, além da possibilidade de aplicação da sanção de advertência.

Ocorre que, segundo a metodologia adotada hoje, o valor da multa é calculado com base nos critérios fixados nos arts. 7º a 10, da RN nº 124, de 2006, não existindo, como regra, faixas de discricionariedade para aplicação de sanção pecuniária, além disso, considerando que a proposta de RN não estabelece os critérios para a fixação dos valores, mas apenas explica que instrumento inferior irá disciplinar sobre a forma e parâmetros para o cálculo da multa, sem indicar que instrumento seria esse.

Tal ordem de coisas, em um exame perfunctório, parece não se coadunar com a sistemática adotada pela RN nº 124, de 2006 e tampouco se evidenciou a razão ou necessidade de se transferir a matéria para texto normativo inferior, por tais razões sugerimos que seja mantida a redação atualmente vigente na RN nº 124, de 2006.

55. A Nota Técnica nº 12/2020/GASNT/DIRAD-DIDES/DIGES assim se manifestou sobre o tópico:

Em atenção à observação posta acerca das sanções previstas em um intervalo e não em valores fixos, como costumeiramente previstas na RN nº 124/06, esclarece-se que se buscou a proporcionalidade da medida, uma vez que violações nos contratos podem variar de meras violações formais, com menor potencial lesivo, até violação de cláusulas que efetivamente impactam no cumprimento do contrato e na existência de conflitos no setor.

Nesse sentido não se vislumbra problema em prever a aplicação de sanção de forma diversa dos demais artigos da RN 124/06, uma vez que a ratio legis permanece a mesma, qual seja, a garantia da proporcionalidade das penas.

Por esta razão a proposta de sanção prevista em um intervalo. A integração/interpretação da norma, para fins de dosimetria das penalidades aplicadas, serão definidas em instrumento que defina parâmetros baseados nos casos concretos enfrentados.

56. A matéria insere-se no âmbito da discricionariedade da ANS. De toda forma, parece haver razão às considerações feitas tanto pela DIPRO quanto pela DIFIS, sobre a quebra de sistematização na RN nº 124/2006, que utiliza critérios próprios para a dosimetria das penas. De toda forma, ainda que se opte pela previsão de multa entre intervalos de valores mínimos e máximos, é recomendável que seja incluído no próprio tipo o critério para a dosimetria da pena, como a gravidade da violação, a bem da segurança jurídica. Além disso, deve-se prever a forma de fixação da pena base e a ordem para a aplicação dos demais critério para a quantificação da pena previstas na RN nº 124/2006.

57. Para fins de celeridade na tramitação da proposta e de clareza na análise, o presente Parecer se atém à análise da minuta de Resolução Normativa, deixando-se a análise da proposta de Instrução Normativa para uma manifestação jurídica autônoma.

58. Diante do exposto, recomenda-se:

- o a) a exclusão do art. 3º, salvo em relação ao disposto no § 2º da minuta de RN;
- o b) a exclusão do parágrafo único do art. art. 7º da minuta de RN;
- o c) a exclusão da previsão da possibilidade de utilização de tabelas referenciais para a negociação dos valores dos serviços contratados (art. 10, §§ 4º a 7º da minuta de RN);
- o d) a adequação do art. 15, caput, da minuta de RN ao disposto no art. 17-A, § 3º da Lei 9.656/98, na redação dada pela Lei nº 13.003/2014, para que a periodicidade do reajuste seja contada do início de cada ano-calendário;
- o e) a exclusão das previsões do art. 18, I e art. 19 da minuta de RN;
- o f) a adequação do art. 24, da minuta de RN, ao disposto no art. 17-A, § 2º, V da Lei 9.656/98, na redação dada pela Lei nº 13.003/2014, para prever que o contrato deve prever as penalidades pelo não cumprimento das obrigações estabelecidas, não se restringindo apenas às obrigações contratuais relacionadas ao descumprimento de prazos e rotinas operacionais de faturamento e pagamento, bem como à aplicação do reajuste;
- o g) a adequação do art. 26, §§ 1º e 2º da minuta de RN ao disposto no art. 17-A, § 3º da Lei 9.656/98, na redação dada pela Lei nº 13.003/2014, para que a periodicidade da aplicação do índice definido pela ANS seja contada do início de cada ano-calendário;
- o h) a revisão da redação dos art. 33 e 34 da minuta de RN, para que se utilize uma redação mais adequada à instituição de órgão da estrutura da ANS;
- o i) a previsão, no art. 36 da minuta de RN, de que a ausência de contrato escrito não impede a aplicação do índice de reajuste fixado pela ANS;
- o j) a manutenção da estipulação do valor fixo de multa no 43 da RN nº 124/2006, ou a inclusão no novo tipo do critério para a dosimetria da pena, se mantido o valor variável, previsto no art. 37 da minuta de RN, bem como a forma de fixação da pena base e a ordem para a aplicação dos demais critério para a quantificação da pena previstas na RN nº 124/2006.

59. Por fim, sugere-se que sejam observadas, ainda, as seguintes recomendações de caráter formal:

- o a) exclusão, na ementa da minuta de RN, de um ponto, após a palavra “em situações específicas”, bem como a necessidade de previsão na ementa da revogação da RN nº 363 e da RN nº 364;
- o b) a previsão de preâmbulo para a norma na minuta de RN;
- o c) a previsão, no art. 1º, da RN nº 363 e da RN nº 364;
- o d) inclusão de um “de” antes do “que” no caput do art. 5º da minuta de RN;
- o e) alteração do inciso I, do art. 6º para “denominação ou nome empresarial, conforme o caso”;
- o f) alteração do inciso I, do art. 7º da minuta de RN para “nome completo, denominação ou nome empresarial, conforme o caso”;
- o g) exclusão de uma letra “s”, após a palavra “disposto” do art. 10, caput, da minuta de RN;
- o h) substituição da palavra “estarem” pela palavra “estar” no art. 10, § 2º da minuta de RN;
- o i) inclusão de ponto final no § 3º do art. 12 da minuta de RN;
- o j) substituição da palavra “estarem” pela palavra “estar” no art. 15, § 2º da minuta de RN.

À consideração superior.

Rio de Janeiro, 15 de maio de 2020.

DALTON ROBERT TIBÚRCIO
PROCURADOR FEDERAL
MAT. 1.380.119

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 33910030767201897 e da chave de acesso c7c35b20

Notas

1. [^] Tradução livre do original: “The term ‘networks’ signifies a grouping of contractual arrangements between more than two parties with a productive aim that requires the interaction and co-operation of all the parties. Within networks, many of the parties have contractual links, often of a relational type, but there are also many other economic relations present that have not been constructed through an express contract. A common example is a construction project, where the employers of the main contractor may not have direct contractual relations with sub-contractors and the employees of any of the contractors. The idea of a network has also been applied within companies to describe how the relations between the different constituencies such as shareholders, directors, creditors and employees are constructed by a ‘nexus’ of contracts with the corporate entity, but without direct contractual relations between these different groups. The use of the concept of a network signifies that, although some of these participants may not be directly bound together by express contracts, nevertheless their economic interdependence in practice should be recognised and accommodated within legal reasoning. One graphic metaphor to express this idea is to suggest that all the parties to a network are bound together by implicit contracts.” (COLLINS, Hugh. *Introduction: The Research Agenda of Implicit Dimensions of Contracts*. In: CAMPBELL, David; COLLINS, Hugh; WIGHTMAN, John (ed.). **Implicit Dimensions of Contract: Discrete, Relational and Network Contracts**. Oxford; Portland, Oregon: Hart Publishing, 2003. p. 19-20)
2. [^] MACEDO JÚNIOR, RONALDO PORTO. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998.
3. [^] MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Direito à informação nos contratos relacionais de consumo*. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 35, jul.-set. 2000, p. 114.
4. [^] MOSSET ITURRASPE, Jorge. **Contratos conexos**. Grupos y redes de contratos. Buenos Aires: Ruzinbal-Culzoni, 1999. p. 9. (referência do original)
5. [^] LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes contratuais no mercado habitacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 21-22.
6. [^] LORENZETTI, Ricardo Luis. **La empresa médica**, p. 209 e seguintes. (referência do original)
7. [^] TORRES, Andreza Cristina Baggio. **Teoria contratual pós-moderna: as redes contratuais na sociedade de consumo**. Curitiba: Juruá, 2007. p. 174.
8. [^] LORENZETTI, Ricardo Luis. **Tratado de los contratos**. Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1999. p. 44.
9. [^] LORENZETTI, Ricardo Luis. **Tratado de los contratos**. Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1999. p. 44.
10. [^] Art. 27. *A multa de que trata o art. 25 será fixada e aplicada pela ANS no âmbito de suas atribuições, com valor não inferior a R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) e não superior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) de acordo com o porte econômico da operadora ou prestadora de serviço e a gravidade da infração, ressalvado o disposto no § 6o do art. 19. Art. 29 [...] § 1o O processo administrativo, antes de aplicada a penalidade, poderá, a título excepcional, ser suspenso, pela ANS, se a operadora ou prestadora de serviço assinar termo de compromisso de ajuste de conduta, perante a diretoria colegiada, que terá eficácia de título executivo extrajudicial, obrigando-se a: [...]*
11. [^] MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 4º: Requisitos para regulação pública. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (org.). **Comentários à Lei da Liberdade Econômica: Lei 13.874/2019**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 211-212.
12. [^] APOLINÁRIO, Marisa. **O Estado-Regulador: o novo papel do Estado**. Coimbra: Almedina, 2016. p. 474-475.
13. [^] APOLINÁRIO, Marisa. **O Estado-Regulador: o novo papel do Estado**. Coimbra: Almedina, 2016. p. 477-478.
14. [^] APOLINÁRIO, Marisa. **O Estado-Regulador: o novo papel do Estado**. Coimbra: Almedina, 2016. p. 476.
15. [^] CAMILO JÚNIOR, Ruy Pereira. *Liberdades de precificação e de pactuação*. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (org.). **Comentários à Lei da Liberdade Econômica: Lei 13.874/2019**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 122-123.
16. [^] CASTRO, Daniel Penteado de. *Impactos da Lei n. 13.874/2019 no plano da revisão contratual*. In: CUNHA FILHO, Alexandre J. Carneiro da; PICCELLI, Roberto Ricomini; MACIEL, Renata Mota (coord.). **Lei da Liberdade Econômica Anotada**. v. 2. São Paulo: Quartier Latin, 2020. p. 232.
17. [^] MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 4º: Requisitos para regulação pública. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (org.). **Comentários à Lei da Liberdade Econômica: Lei 13.874/2019**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 212.
18. [^] DIREITO CIVIL. CONTRATO DE EMPRÉSTIMO CELEBRADO EM MOEDA ESTRANGEIRA E INDEXADO AO DÓLAR. ALEGADA INEXISTÊNCIA DO PACTO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO LEGAL VIOLADO. PAGAMENTO MEDIANTE CONVERSÃO EM MOEDA NACIONAL. CÁLCULO COM BASE NA COTAÇÃO DA DATA DA CONTRATAÇÃO. 1. O recurso especial não pode ser conhecido quando a indicação

expressa do dispositivo legal violado está ausente. 2. O art. 1º da Lei 10.192/01 proíbe a estipulação de pagamentos em moeda estrangeira para obrigações exequíveis no Brasil, regra essa encampada pelo art. 318 do CC/02 e excepcionada nas hipóteses previstas no art. 2º do DL 857/69. A despeito disso, pacificou-se no STJ o entendimento de que são legítimos os contratos celebrados em moeda estrangeira, desde que o pagamento se efetive pela conversão em moeda nacional. 3. A indexação de dívidas à variação cambial de moeda estrangeira é prática vedada desde a entrada em vigor do Plano Real, excepcionadas as hipóteses previstas no art. 2º do DL 857/69 e os contratos de arrendamento mercantil celebrados entre pessoas residentes e domiciliadas no País, com base em captação de recursos provenientes do exterior (art. 6º da Lei 8.880/94). 5. Quando não enquadradas nas exceções legais, as dívidas fixadas em moeda estrangeira deverão, no ato de quitação, ser convertidas para a moeda nacional, com base na cotação da data da contratação, e, a partir daí, atualizadas com base em índice oficial de correção monetária. 6. Recurso especial conhecido em parte e parcialmente provido. (REsp 1323219/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/08/2013, DJe 26/09/2013)

Documento assinado eletronicamente por DALTON ROBERT TIBURCIO, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 427587959 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): DALTON ROBERT TIBURCIO. Data e Hora: 15-05-2020 16:00. Número de Série: 1287492940768836883. Emissor: AC SOLUTI Multipla.
