



Ministério da Justiça e Segurança Pública – MJSP
Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE

SEPN 515 Conjunto D, Lote 4 Ed. Carlos Taurisano, 4º andar - Bairro Asa Norte, Brasília/DF, CEP 70770-504
Telefone: (61) 3221-8409 e Fax: (61) 3326-9733 – www.cade.gov.br

NOTA TÉCNICA 2/2020/DEE/CADE

Referência: 08700.000288/2020-99

Processo SEI-ANS nº: 33910.030767/2018-97

Processo SEI-CADE nº 08700.005603/2018-50
(Acordo de Cooperação Técnica CADE-ANS)

Ementa: Pronunciamento do DEE/CADE no âmbito da Consulta Pública n. 76. Nesta nota, sugeriu-se questionar alguns dos fundamentos da Nota Técnica 7/2019/GASNT/DIRAD-DIDES/DIDES, em diversos pontos e em especial no item 3.1; Sugeriu-se, também, (i) a exclusão do art. 4º da RN proposta; (ii) a alteração da dicção dos arts. 8º. e 9º. da RN, para deixar claro que prestadores não podem combinar preços entre si, nem mesmo via uso de tabelas de valores referenciais, conforme jurisprudência deste Conselho; (iii) a alteração dos artigos 15, 16 e 17 para que se repense o uso de um reajuste imposto pela Agência, nos moldes como hoje é realizado, sem que se crie um problema derivado de ponto focal e de indexação indesejável da economia e (iv) a exclusão do art. 18,I, da RN proposta para permitir que preços possam variar para baixo. Entende-se que seria necessário incluir um capítulo ou artigo na RN sugerida, prevendo a possibilidade da operadora de plano de saúde comprar diretamente materiais que seriam utilizados nos hospitais.

Período de contribuição disponibilizado: de 11/11/2019 a 25/01/2020

1. Introdução

No dia 4 de novembro de 2019, conforme Diário Oficial da União, Seção 1, p.154, a Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, no uso das atribuições que lhe conferem os incisos II e IV do art. 10º da Lei nº 9.961 de 28 de janeiro de 2000 e art. 35 do Regulamento aprovado pelo Decreto nº 3.327, de 05 de janeiro de

2000, deliberou, por ocasião da 518ª Reunião Ordinária da Diretoria Colegiada, realizada em 31 de outubro de 2019, a realização da Consulta Pública n. 76.

Tal Consulta diz respeito à Proposta de Resolução Normativa sobre as regras para celebração dos contratos escritos firmados entre as operadoras de planos de assistência à saúde e os prestadores de serviços de atenção à saúde e regulamenta o tratamento dispensado às reclamações, solicitações de providências ou petições assemelhadas, doravante denominadas demandas, que, por meio de canal disponibilizado a prestadores e operadoras no endereço eletrônico da ANS na internet (www.ans.gov.br), forem recebidas pela DIDES, relacionadas à Lei 13.003/14.

Os documentos apresentados para consulta pública¹ são os seguintes:

- Edital da Consulta Pública nº 76
- Exposição de Motivos
- Extrato de Ata da Dicol
- Minuta de Resolução Normativa
- Minuta de Instrução Normativa
- Nota Técnica nº 7

A manifestação à Consulta Pública não se dá via e-mail, mas pelo preenchimento de formulários eletrônicos pré-formatados.

Há três formulários de contribuição, quais sejam:

- Consulta Pública nº 76 - Contribuição para Nota Técnica.
- Consulta Pública nº 76 - Contribuição para Resolução Normativa.
- Consulta Pública nº 76 - Contribuição para Instrução Normativa.

Cada formulário permite que sejam apresentadas críticas sobre partes específicas destes 3 documentos referidos acima, sendo que tais partes/subpartes devem ser pré-selecionadas no âmbito dos formulários eletrônicos. Deve-se, assim, proceder à seleção do documento(i – da Nota; ii – da Resolução ou iii- da Instrução), do capítulo, do subcapítulo específico, do artigo, dos incisos, enfim, de partes específicas a que se pretende apresentar algum tipo de manifestação. Além disto, deve-se, também, pré-escolher uma das seguintes 3 opções:

- (i) Alteração;
- (ii) Exclusão; ou
- (iii) Inclusão.

Ou seja, *há uma forma estruturada de participação na referida Consulta Pública.*

Há um limite de 1.000 caracteres para realizar a manifestação mencionada acima.

Do ponto de vista formal, o prazo de manifestação da Consulta Pública, conforme referido no âmbito do site da ANS, compreende o período de 11/11/2019 a 25/01/2020.

¹ Vide site <http://www.ans.gov.br/participacao-da-sociedade/consultas-e-participacoes-publicas/consulta-publica-n-76-proposta-resolucao-normativa-sobre-as-regras-para-celebracao-dos-contratos-escritos-firmados-entre-as-operadoras-de-planos-de-assistencia-a-saude-e-os-prestadores-de-servicos-de-atencao-a-saude/consulta-publica-n-76-contribuicao-para-instrucao-normativa>, verificado em 20 de dezembro de 2019

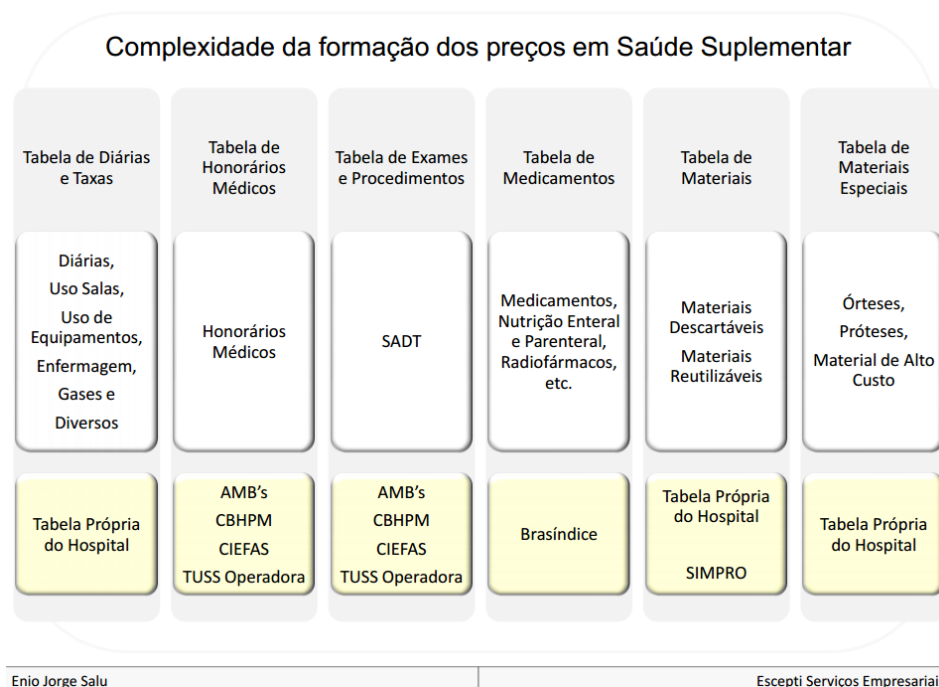
É importante referir, também, que o Ministério Público Federal, por meio do Ofício 504/2019-HAM/PR/MA, solicitou do CADE subsídios técnicos e fáticos para apresentar opinião específica no âmbito de tal Consulta Pública.

Dito isto, passa-se ao debate do contexto e do mérito da Consulta Pública, salientando que o CADE irá se pronunciar apenas em relação a algumas partes específicas da Consulta Pública, mormente, as que possuem maior impacto concorrencial.

2. Contexto sobre alguns problemas da contratualização hospitalar

A Resolução Normativa apresentada e sugerida no âmbito da Consulta Pública nº 76 é proveniente de debates que ocorreram no âmbito da Câmara Técnica de Contratualização e Relacionamento com Prestadores (CATEC).²

Este DEE já verificou que diferentes prestadores na área da saúde (médicos, clínicas, hospitais, etc) cobram os seus serviços dos consumidores e dos planos de saúde por meio de uma série de tabelas.



Fonte: http://www.fehosp.com.br/v2/servicos/eventos/congresso/congresso/galeria2013/pre-congresso/aumento_js.pdf

Tabela 1 - Tipos de tabelas utilizadas por um hospital

² Como explicado no âmbito da Nota Técnica 7/2019/GASNT/DIRAD-DIDES/DIDES: A CATEC foi “instituída pela Portaria nº 8, de 15 de outubro de 2018, editada com fundamento nos problemas regulatórios elencados Notas Técnicas nº 1/DIDES (Doc SEI nº 13365363) e 18/GASNT (Doc SEI nº 8911869), aprovadas pela Diretoria Colegiada da ANS – DICOL, na reunião de nº 493, realizada em 08 de outubro de 2018, com a finalidade de colher subsídios para avaliação da necessidade de revisão e/ou aprimoramento da regulação setorial acerca da contratualização entre as operadoras de planos privados de assistência à saúde e os prestadores de serviços de assistência à saúde (regulamentação acerca da Lei nº 13.003, de 24 de junho de 2014). Foram realizadas cinco reuniões (Doc SEI nº 11411903, 11411982, 13227637, 13227697 e 14549753), sendo a primeira, em 30/10/2018, a reunião de formação e apresentação dos temas, com discussão específica sobre "Remuneração de Materiais e Medicamentos de Uso Hospitalar"; a segunda, realizada em 20/12/2018 retomou a discussão do tema e prosseguiu com a discussão referente a "Remuneração por Pacotes em Consultas de Oftalmologia", adentrando, posteriormente no tema "Inadimplemento Contratual". A terceira reunião foi realizada em 07/02/2019 tendo sido discutidos os seguintes temas: "Glosa e não pagamento", "Aplicação de reajuste", "Rescisão contratual", "Subnotificação dos prestadores", "OPME". Nas quarta e a quinta reuniões, realizadas em 21/03/2019 e 05/06/2019, foram concluídas as discussões referente a todos os temas, apresentando-se encaminhamentos a serem dados para cada um deles, conforme discussões”

Assim, há tabelas, atualmente, para cobrança de:

- Honorários médicos;
- Exames e procedimentos;
- Medicamentos;
- Materiais descartáveis e reutilizáveis;
- Órteses, Próteses, Materiais Especiais (OPME), dentre outros.

A jurisprudência do CADE admite que médicos negociem em conjunto, sobre determinadas condições, mas impede que prestadores façam negociação coletiva, conforme já bem explicitado por este Departamento de Estudos Econômicos no âmbito do Caderno do CADE “Mercado de Saúde Suplementar: Condutas – 2015”.³

Tabela Feita por:	Modalidade:	Forma de análise:	Regras atuais:
Médicos individuais ⁽¹⁾	Compra e venda	Regra da razão modificada	*Todos os médicos podem negociar tabelas <u>sugestivas</u> de honorários em conjunto, desde que sejam respeitados parâmetros mínimos, como a não-coerção dos médicos contrários ao movimento paredista (nem mesmo divulgação de tal possibilidade), o não-estabelecimento de uma banda mínima inferior em que os preços de referência podem variar, a não-realização de paralisações com tempo indeterminado para acabar, dentre outras questões. Esta flexibilização em relação aos médicos, se deu em razão do reconhecimento de sua hipossuficiência.
Hospitais, clínicas e plano de saúde	Compra ou venda	Ilícito per se	*Nenhum hospital, clínica ou plano de saúde pode negociar conjuntamente a venda ou compra de serviços, principalmente, por intermédio de uma tabela de preços
Divulgação da tabela - CMED	Preço máximo permitido pela regulação	Lícita divulgação das decisões da CMED	Lícita divulgação das decisões da CMED [apenas divulgação, não sua utilização contratual generalizada, o que se está ainda discutindo]

Tabela 2 – Entendimento do CADE sobre tabela de preços na área de saúde

(1) Ou entidades representativas dos médicos em geral (CRMs estaduais, o CFM e as Associações de Médicos). Esta regra não se aplica à discussão de cooperativa de médicos que será tratada em outro capítulo. Tal diferença de tratamento ocorre porque a Cooperativa contratualiza com planos de saúde em nome dos médicos, enquanto que as entidades médicas apenas negociam um índice que serve de referência para os profissionais.

Quanto ao debate da tabela CMED referido acima, há que se tecer alguns comentários. Com efeito, no âmbito de fármacos, no Brasil, a regulação atual foi disciplinada pela Lei 6.360/76. Parte de algumas destas tabelas (como Brasíndice) reproduzem os valores de preços máximos de medicamentos estabelecidos pelos órgãos regulatórios setoriais, como a CMED (Câmara de Medicamentos), conforme Lei 10.742/2003.

³ vide http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/dee-publicacoes-anexos/copy_of_cadernos-do-cade-2013-mercado-de-saude-suplementar-condutas-2013-2015.pdf, verificado em 7/1/2020

No entanto, há uma distorção do conceito de preço teto, já que o preço teto que deveria limitar o poder de mercado é muitas vezes usado para maximizar o poder de mercado das empresas.

Tal ocorre por diferentes razões. A primeira delas é que há preços teto de medicamentos por “marca” no Brasil e não por princípio ativo. Assim, duas empresas produzindo o mesmo princípio ativo podem ter preços teto quase 100 vezes superior uma da outra, ainda que produzam a exata mesma substância. Isso significa que, segundo a regulação atual, uma empresa privada pode ter a permissão de lucrar 100 vezes mais que outra, sem uma justificativa racional para tanto. Por este motivo, este DEE já solicitou que a CMED mude este tipo de regulação (vide nota técnica 15/2019/DEE/CADE).

Além disto, há um grande descolamento do preço teto em relação ao preço de mercado, que ultrapassa 334% para grande parte dos medicamentos. Ou seja, enquanto uma caixa de cloridrato de sibutramina é vendida na farmácia a R\$ 24,46 o seu preço teto (publicado na tabela Brasíndice) é de R\$106,65.

Diferença entre preço médio em SP de medicamento genérico *versus* preço máximo da CMED (em Reais)

Denominação genérica (princípio ativo)	Apresentação	Preço médio SP	Preço CMED	Variação (%)
Cloridrato de sibutramina	10 mg caixa 30 cápsula	24,46	106,65	330
Sinvastatina	20 mg caixa 30 comprimidos	33,45	65,79	97
Loridrato de sertralina	50 mg caixa 28 comprimidos	37,18	66,78	80
Atenolol	50 mg caixa 28 comprimidos	10,05	17,95	79
Omeprazol	20 mg caixa 28 cápsulas	33,35	59,23	78
Média de variação (44 produtos pesquisados) – 40%				

Fonte: Adaptado de REMÉDIO pro bolso. **Revista do IDEC**. São Paulo, n. 130, p.16-20, mar. 2009, p. 19.

Fonte: (MIZIARA, 2013, p. 104)

Ao permitir o uso de tabelas de referência em negociação de preços de insumo hospitalar (na negociação entre operador de plano de saúde e hospital), permite-se que o hospital adquira uma série de fármacos a preços baixos e os revenda (sem pagar imposto) aos planos de saúde a preços altos (preços de tabela), lucrando muito com este tipo de operação.

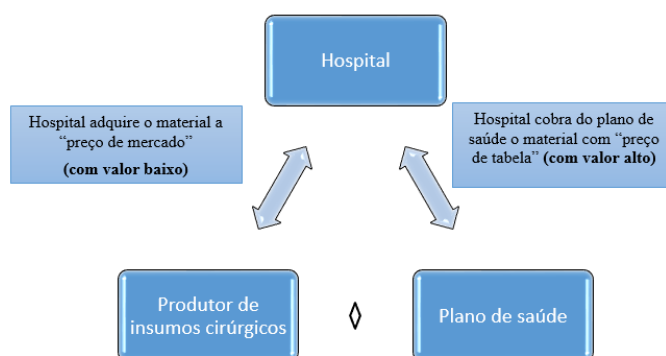


Figura 1 – Contratualização de fármacos por hospitais.

Além de publicarem “preços teto” de insumos, muitas das tabelas publicam preços de órteses, próteses e diversos outros insumos a preços “inflados” [não regulados] e como os hospitais lucram com a margem do preço adquirido e do preço de tabela, tal sistema gera incentivos aos fabricantes publicarem preços elevados na tabela Simpro e

Brasíndice, distintos dos preços que praticam no mercado, para permitir que os hospitais tenham sua preferência: não como uma revista que busca convencer consumidores a comprar produtos em razão de seu preço baixo, mas para convencer intermediários de que seus preços são altos (e que se lhes garantirá elevada margem de lucro com sua utilização). Quanto mais alto o preço publicado em tais tabelas, mais os hospitais lucram com sua utilização.

O CADE está investigando, no Processo 08700.001180/2015-56, se este tipo de prática é ilícita ou não, além de outras práticas lá denunciadas.

No referido processo, a Unimed informou ao CADE que seus contratos com hospitais utilizam como referência em 95% dos casos as tabelas de preços Brasíndice e Simpro para a cobrança dos medicamentos e materiais utilizados. Todavia, segundo informado, “não há, durante a negociação, a possibilidade de aplicar outro balizador de pagamento no contrato senão **as tabelas de preços impostas pelos hospitais**, e para manter a rede credenciada de forma satisfatória para seus segurados, a Unimed Seguros Saúde S/A é compelida a firmar o contrato nos termos impostos”.

Com relação à cobrança de Órteses, Próteses e Materiais Especiais (“OPME”), os contratos preveem a possibilidade de negociar diretamente com o fornecedor, assim como é possível que o hospital apresente orçamento de 03 (três) fornecedores e cobre uma taxa de comercialização sobre o preço apresentado. Há algumas exceções em que o hospital determina a cobrança pelo preço estipulado na tabela Simpro.

A Bradesco Saúde informou que os preços praticados pelos hospitais para medicamentos e materiais de consumo são referenciados pelas tabelas Brasíndice e Simpro, que são impostos à seguradora sem qualquer transparência quanto aos critérios de sua elaboração. Afirmou ainda que as referidas tabelas são reajustadas com frequência quinzenal e semestral.

Frise-se que na Nota Técnica 41/2015/DEE/CADE, como será referido mais adiante, identificou-se não só que hospitais negociam percentuais – em conjunto – acima dos valores publicados nestas tabelas de insumo, como também possuem tabelas comuns de diárias e taxas hospitalares.

Sobre negociação conjunta de hospitais, convém mencionar as conclusões do CADE no Processo Administrativo 08012.001020/2003-21. Neste caso, a Superintendência Geral compreendeu que, embora se admita que médicos tenham tabelas como CBHPM, há “*vedação total à negociação coletiva de preços de hospitais, laboratórios e pronto-socorros*”. Tal ocorreria porque “*autorizar hospitais e laboratórios a negociar coletivamente para impor preços representaria permitir efeitos indesejáveis ao setor de saúde e aos usuários. Lembre-se aqui que o CADE já vetou integralmente 2(duas) operações envolvendo 2(dois) hospitais, cada uma porque considerou que o ato de concentração dos referidos hospitais poderia aumentar os preços ao consumidor final*” (fez-se remissão ao AC 08012.008853/2008-28 entre o Hospital de Caridade Dr. Astrogildo de Azevedo e da Unimed Santa Maria – Sociedade Cooperativa de Serviços Médicos Ltda. e o AC 08700.003978/2012-90, entre o Hospital Regional de Franca e a Unimed Franca, em que houve reprovação de tais operações e a autorização de negociação conjunta permitiria reverter estas decisões pretéritas).

Em razão disto a Superintendência Geral considerou que “*as negociações coletivas por parte de hospitais devem ser consideradas como condutas per se*” ilícitas, “*pois não há argumentos de eficiência na definição de um preço de oferta homogêneo entre agentes que não são hipossuficientes na sua relação no mercado de saúde*”. Ao julgar o Processo

Administrativo 08012.001020/2003-21, o Conselheiro-Relator, Márcio de Oliveira Júnior, concordou com a SG afirmou categoricamente que “*a conduta [de cartel] é reprovável por si só, sem a necessidade de [análise dos] efeitos*” (ou seja, é um ilícito per se).

Em que pese tais proibições, há indícios de uma série de negociações coletivas realizadas por entidades hospitalares no Brasil inteiro, a respeito de insumos e de produtos e serviços ofertados.

É neste contexto em que se situa o debate sobre contratualização setorial.

3. Sobre a limitação do formulário eletrônico e de mil caracteres por subparte

Antes, no entanto, de tecer alguma análise mais profunda sobre o mérito da Consulta Pública, cumpre apresentar alguns comentários sobre a forma da referida consulta.

É difícil fazer uma crítica fundamentada e mais ampla, quando se pré-escolhe uma dada estrutura, já que - eventualmente - talvez seja necessária a inclusão de um capítulo adicional não pensado na Resolução Normativa, por exemplo e - portanto - inexistente, não podendo ser pré-escolhida.

Cada comentário pode ter apenas 1000 caracteres. Não está claro se é possível fazer mais de um comentário (quebrando o documento ou a sugestão em diferentes microdocumentos ou microsugestões). De todo modo, ainda assim, caso se permita mais de um comentário, tal formato não é prático. Assim, como sugestão, poderia haver um e-mail para aqueles que precisarem/desejarem enviar contribuições em outros formatos.

Todavia, se a intenção do limite imposto foi proibir mais de um comentário, tal é ainda pior. Com efeito, é difícil fazer uma crítica substantiva em apenas mil caracteres a respeito de uma nota técnica que possui mais de 150 mil caracteres e de uma resolução normativa com mais de 21 mil caracteres. A metalinguagem, por definição, exige um esforço analítico superior à própria linguagem, o que por si só demonstra como há um quê de desproporcionalidade na limitação imposta aos interlocutores desta consulta pública.

Ademais, este tipo de estruturação usada pela ANS pode ser interessante para que os agentes acabem por exercitar seu poder de síntese dos argumentos, mas, sem sombra de dúvida, a busca por respostas curtas acaba dificultando a ampla e plena liberdade de expressão, prevista na Constituição Federal, assim como tal síntese pode vir a um elevado custo social, derivado do não-debate de temas relevantes, da não apresentação de ideias em sua completude e de fundamentos detalhados a respeito do que se pensa e do porque se pensa de um ou de outro modo.

Ou seja, em que pese a limitação do número de caracteres e da maneira estruturada apresentada à Consulta Pública auxilie na criação de resumos e na compreensão holística do posicionamento apresentado por diferentes entidades (como um resumo ou sumário de ideias), há o risco não-trivial do debate restar superficializado ou extremamente fragmentado, com pouco substrato analítico comprobatório daquilo que se pretende discutir ou argumentar.

As notas a que o DEE está acostumado a produzir, em regra, são mais profundas e demandam maior espaço que o fornecido. Este rico debate, sem sombra de dúvida, estará em risco em um apertado espaço de exposição, podendo, quiçá, serem consideradas as

contribuições do DEE, como algo de segundo plano, não sendo apresentado o aprofundamento analítico necessário, no formulário estruturado, em um debate que busca ser extremamente estruturado e enxuto, mas de maneira que talvez não seja muito proporcional.

Enfim, é o preço que se paga pelo modelo de consulta pública escolhido.

Pretende-se, nesta nota, portanto, apresentar uma visão mais ampla sobre o debate proposto, sem apego a formalismos impostos pelo modelo referido.

De outro lado, também serão feitas sugestões específicas e pontuais, em anexo, no formato resumido, sempre que possível, a serem apresentadas para a ANS conforme solicitado no formulário eletrônico. Caso não seja possível, será feita remissão à presente nota técnica em sua integralidade.

4. Consulta Pública apresentada

A Resolução Normativa proposta na Consulta Pública possui 38 artigos e 5 capítulos, assim dispostos:

Capítulo	Título do capítulo	
I	Das disposições preliminares	Art.1 a 4
II	Das disposições gerais	Art.5 a 25
III	Da solução de controvérsias	Art.26 a 29
IV	Da Câmara Técnica para regulamentação da Lei 13.003/14	Art.30 a 32
V	Das disposições finais	Art.33 a 38

Abaixo serão analisados alguns capítulos da Resolução Normativa Proposta pela ANS.

4.1. Capítulo I da Resolução normativa proposta

O Capítulo I é introdutório. O mesmo explica o escopo da Resolução, de que a mesma versa sobre as regras para celebração dos contratos escritos firmados entre as operadoras de planos de assistência à saúde e os prestadores de serviços de atenção à saúde (vide art 1), traz alguns conceitos básicos da resolução (vide art.2), além de estabelecer princípios contratuais (vide art.3 e 4).

Desde o início, é importante esclarecer que o CADE se opõe ao artigo 4º. da Resolução proposta pelos seguintes motivos.

O artigo 4º. da Resolução estabelece que:

“Art. 4º As cláusulas contratuais não podem conter qualquer tipo de exigência que infrinja o Código de Ética das profissões ou ocupações regulamentadas na área da saúde, conforme definido pelos respectivos Conselhos Profissionais nos casos que foram submetidos às suas apreciações.”

Sugere-se excluir o referido art. 4º .

Com efeito, o CADE já analisou vários casos em que se denunciou existir práticas ilícitas e anticompetitivas dentro de Códigos de Ética profissionais. Cita-se o caso da CBHPM, em que vários CRMs e o próprio CFM foram condenados por (i) punirem do

ponto de vista “ético” os profissionais que não aderissem ao movimento paredista que buscou pressionar pela sua adoção (ii) incentivarem retirada em massa de profissionais de planos de saúde e descredenciamento massivo de estabelecimentos específicos.

Processo	Abrangência	Partes
08012.002866/2011-99	Nacional	Conselho Federal de Medicina, Associação Médica Brasileira e Federação Nacional dos Médicos
08012.004020/2004-64	BA	Conselho Regional de Medicina da Bahia CREMEB
08012.003568/2005-78	RR	Conselho Regional de Medicina do Estado de Roraima
08012.005101/2004-81	MG	Conselho Regional de Medicina de Minas Gerais - CRM/MG , Associação Médica de MG, Sindicato dos Médicos de Minas Gerais e Federação Mineira das Cooperativas Médicas.
08012.006552/2005-17	MT	Conselho Regional de Medicina do Estado de Mato Grosso, Sindicato dos Médicos do Estado de Mato Grosso, Associação Médica de Mato Grosso - AMMT
08012.008477/2004-48	SC	Sindicato dos Médicos do Estado de Santa Catarina; Conselho Regional de Medicina do Estado de Santa Catarina; Associação Catarinense de Medicina
08012.002985/2004-12	MA	Conselho Regional de Medicina do Estado do Maranhão
08012.003048/2003-01	CE	Sindicato dos Médicos do Ceará, Conselho Regional de Medicina do Ceará e Centro Médico do Ceará.
08012.009381/2006-69	RJ	Conselho Regional de Medicina do estado do Rio de Janeiro – CREMERJ, Associação Médica do estado do Rio de Janeiro – SOMERJ, Central de Convênios
08012.001591/2004-47	DF	Associação Médica de Brasília - AMB-DF, Conselho Regional de Medicina do Distrito Federal - CRM-DF, Associação de Médicos de Hospitais Privados do Distrito Federal - AMHPDF, Sindicato dos Médicos do Distrito Federal e Joaquim de Oliveira Fernandes
08012.002874/2004-14	MS	Associação Médica da Grande Dourados (AMGD); União Nacional das Entidades de Autogestão em Saúde (UNIDAS); Antonio Fernando Gaiga; e Conselho Regional de Medicina do Mato Grosso do Sul (CRM/MS)
08012.005135/2005-57	RN	Associação Médica do Rio Grande do Norte , Sindicato dos Médicos do Rio Grande do Norte , Conselho Regional de Medicina do Rio Grande do Norte - CRM-RN
08012.005374/2002-64	PB	Ass. Médica da Paraíba, Academia Paraibana de Medicina, Sindicato dos Médicos da Paraíba, Conselho Regional de Medicina da Paraíba
08012.006647/2004-50	SP	Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, Associação Paulista de Medicina e Sindicato dos Médicos de São Paulo
08012.001790/2004-55	PA	CRM do Pará, Sindicato dos Médicos do Estado do Pará e Sociedade Médico Cirúrgica do Pará
08012.007833/2006-78	RO	Conselho Regional de Medicina de Rondônia (CREMERO), e Associação Médica de Rondônia (AMR)

Tabela 3 – Processos Administrativos envolvendo debate de CBHPM

O CADE, em diferentes oportunidades, se manifestou que não cabe ao conselho profissional, a pretexto de zelar pela ética médica, regulamentar completamente o exercício da profissão, engessando qualquer âmbito de livre disposição do profissional, porquanto justamente nesse aspecto encontra-se o limite negativo à atuação do ente regulador classista. Nesse sentido tem-se posicionado a jurisprudência federal, conforme se verifica do seguinte julgado do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, a saber:

“APELAÇÃO. DIREITO ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA. TABELA DE HONORÁRIOS PROFISSIONAIS. AUSÊNCIA DE RELAÇÃO COM A ÉTICA PROFISSIONAL. IMPROVIMENTO. 1. Trata-se de apelação interposta pelo Conselho Regional de Medicina - CRM/ES contra sentença que julgou procedente o pedido dos autores. Estes, médicos, pretendiam

a condenação do réu a se abster de praticar qualquer ato tendente a penalizá-los pela não observância dos valores previstos na Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos- CBHPM, para efeito de remuneração dos serviços prestados aos seus assistidos.

2. O cerne da questão consiste em se indagar se o estabelecimento de honorários profissionais mínimos pelo Conselho seria corolário da atribuição prevista no art. 15 da Lei nº 3.268/57, qual seja, zelar pela ética de seus profissionais. A resposta é negativa. Resta claro que, se os baixos honorários cobrados pelo médico forem usados como instrumento de concorrência desleal, o Conselho pode - e deve - intervir. Fora desta hipótese, não há como se admitir um tabelamento imposto como regra a todos os profissionais, o que aviltaria o livre exercício da profissão, garantido constitucionalmente, nos termos do inciso XIII do art. 5º. A CBHPM, neste diapasão, extrapola os limites traçados pela lei.

3. É irrelevante o argumento de que a adoção da CBHPM foi precedida de Assembleia Geral, espelhando, desta forma, a vontade da maioria dos profissionais, a qual não tem o condão de impor limites à autonomia individual e à liberdade de profissão. 4. Por outro lado, não se discute, no presente feito, relação consumerista, não cabendo ao Conselho a defesa do interesse de terceiros consumidores, questão esta inteiramente alheia ao que aqui se debate. 5. Apelação improvida.”

(AC-200450010069721- AC - APELAÇÃO CIVEL – 392773 - Desembargador Federal GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA - SEXTA TURMA ESPECIALIZADA - E-DJF2R - Data::10/11/2010 - Página::452)

Insta observar, ademais, que a Lei nº 3.268/67, em que os Conselhos Médicos, CFM e os CRMS, seriam considerados “supervisores da ética profissional”, regula apenas as relações entre **médico e paciente**, bem como as relações éticas **entre os profissionais médicos**. Entretanto, as relações entre **médicos e operadoras de planos de saúde**, as relações entre **operadoras de planos de saúde e hospitais privados** e, por fim, a relação entre **médicos e os hospitais privados** não se encontram disciplinados pelo aludido diploma, sendo que este é o debate travado nesta audiência pública e disciplinado pela Resolução Normativa ora em questão.

Daí, os cuidados de praxe.

Cabe ainda lembrar que este não é um caso em abstrato.

Pelo contrário, Códigos de Ética foram efetivamente usados para limitar a concorrência no setor, como se verifica abaixo:

*“no caso em concreto, conforme já sobejamente demonstrado, é flagrante o caráter impositivo da tabela divulgada, porquanto o Representado não somente informa a seus associados de sua existência, **como ameaça de punição àqueles que a desrespeitarem, por intermédio de seu Código de Ética**. Tal fato contribui para a análise da gravidade da conduta, na medida em que demonstra de maneira inequívoca a intenção do Conselho Regional de Fisioterapia e Terapia Ocupacional da 4ª Região em restringir a concorrência.”* (Ex-Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer - Processo Administrativo nº 08012.004054/2003-78)

Para ilustrar o problema cita-se o caso do Distrito Federal (processo do CADE 08012.001591/2004-47). Em tal precedente, segundo notícia publicada no Jornal do Brasil, em 02 de junho de 2004:

“O MP analisa também denúncias feitas por médicos à promotoria de que as entidades representativas da classe da região (...) estariam forçando os profissionais a aderirem ao movimento por meio de ameaças de processos administrativos. De acordo com as reclamações, alguns profissionais que furaram o boicote já teriam sido alvo do procedimento.

O presidente do CRM, Eduardo Guerra, confirma a existência de processo, mas argumenta que iniciativas desse tipo são garantidas ao Conselho pelo Código de Ética Médica” (fl. 19)

Ao responder o ofício nº 5103/2008, expedido pela então Secretaria de Direito Econômico, SDE, o CRM-DF sustentou que seria possível aplicar sanções, *“desde que a atitude do médico contrarie os princípios éticos da justa remuneração profissional (CEM), bem como as resoluções emanadas dos Conselhos Federais e Regionais de Medicina, será passível de apuração por meio de competente processo investigatório”* (fl. 456). Além disso, em resposta ao mesmo ofício, o CRM-DF afirmou que: *“aos Conselhos de medicina cabe fiscalizar a implantação e o cumprimento dessas tabelas, sob a égide do Código de Ética Médica (CEM), em seus capítulos “princípios fundamentais” e remuneração profissional”* (fl. 456). De fato, segundo o Código de Ética Médica vigente na época dos fatos, se um médico decidisse cobrar dos planos de saúde valores inferiores ao da CBHPM ou manter o atendimento a uma operadora de planos de saúde contra a qual insurgira-se o movimento de implantação da CBHPM, poderia sofrer um processo de infração ao Código de Ética Médica, com base no Artigo 15⁴ ou no Artigo 142⁵. Além disso, caso algum médico decidisse se conveniar a alguma operadora que teria sua rede credenciada desfalcada devido ao movimento de boicotes, poderia sofrer sanções de acordo com o Artigo 77⁶ do Código de Ética Médica. Assim, mesmo aqueles médicos que não tinham interesse em aderir ao movimento de implantação da CBHPM se viram impelidos a fazê-lo sob pena de sofrerem sanções éticas. Para além da imposição da lista de procedimentos médicos, denominada Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos (CBHPM), com a promoção de negociações coletivas de honorários médicos e de paralisações generalizadas de atendimento médico, o CRM-DF estabeleceu de forma contundente a adoção da CBHPM como referencial obrigatório para o estabelecimento dos valores dos honorários médicos ao editar a Resolução CRM-DF nº 317/2010 e, posteriormente a Resolução nº 328/2011. Com efeito, a Resolução nº 317/2010 reforçou a possibilidade de médicos serem punidos caso não participassem do movimento perpetrado pelas entidades médicas em busca de maiores honorários e proibiu que os hospitais negociassem os valores dos honorários dos serviços prestados em seu estabelecimento, com as operadoras de planos de saúde.

O CADE, considerou tal conduta como anticompetitiva. Segundo a Conselheira Ana Frazão, “o STJ manifestou-se sobre o tema. Em acórdão publicado em fevereiro de 2014⁷, o Tribunal decidiu que a Resolução nº. 1673/03 do Conselho Federal de Medicina, que adota a Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos “como padrão mínimo e ético de remuneração dos procedimentos médicos para o sistema suplementar de saúde” viola o princípio da reserva legal. Segundo o Tribunal, a competência outorgada pela Lei 3.268/57 ao Conselho Federal de Medicina para regular

⁴ “Art. 15º - Deve o médico ser solidário com os movimentos de defesa da dignidade profissional, seja por remuneração condigna, seja por condições de trabalho compatíveis com o exercício ético-profissional da Medicina e seu aprimoramento técnico.”

⁵ Art. 142 - O médico está obrigado a acatar e respeitar os Acórdãos e Resoluções dos Conselhos Federal e Regionais de Medicina”

⁶ É vedado ao médico:(...) Art. 77 - Assumir emprego, cargo ou função, sucedendo a médico demitido ou afastado em represália a atitude de defesa de movimentos legítimos da categoria ou da aplicação deste Código.

⁷ AgRg no REsp nº 1.153.444, Rel. Benedito Gonçalves, DJe 24.02.2014.

os Conselhos Regionais não “abrange a organização quanto ao exercício em si da medicina”, pois, nos termos do art. 22, XVI da Constituição Federal, apenas a União pode legislar sobre o exercício das profissões. (...) a possibilidade de utilização de instrumentos de coerção aos médicos para a adesão ao movimento de implementação da tabela extrapola os limites do adequado, justificado e proporcional, configurando infração à ordem econômica.”.

Tais são apenas **exemplos** de como Códigos de Ética podem conter determinações extravagantes que fogem daquilo que é lícito ou desejável socialmente.

Por isso, o CADE é contra o art. 4º. da Resolução Normativa Proposta pela ANS.

O referido artigo 4º. acaba por dar um verdadeiro “cheque em branco” aos Conselhos de Ética, que passam a determinar questões contratuais específicas a profissionais, em clara afronta ao que foi decidido pelo STJ e pelo CADE. Conselhos de Ética, por si sós, já possuem grande poder decisório. Assim, não parece ser papel da regulação aumentar o referido poder, interferindo em negociações contratuais privadas.

Por isso, como encaminhamento, sugere-se a exclusão do referido artigo da Resolução Normativa apresentada. Após a análise do art.4º. e do Capítulo I, cabe avaliar os demais capítulos.

4.2. Capítulo II da Resolução Normativa

O Capítulo II, por seu turno, é subdividido da seguinte forma:

- Seção I - Da Qualificação das Partes
- Seção II - Do Objeto, Natureza do Contrato e Descrição dos Serviços Contratados
- Seção III - Da Definição dos Valores dos Serviços Contratualizados, dos Prazos e Procedimentos para Faturamento e Pagamento dos Serviços Prestados
 - Subseção I - Dos Valores
 - Subseção II - Dos Prazos e Procedimentos para Faturamento e Pagamento dos Serviços Prestados
- Seção IV - Da Identificação dos Atos, Eventos e Procedimentos Assistenciais que Necessitem de Autorização da Operadora
- Seção V - Dos Critérios, da Forma e da Periodicidade do seu Reajuste
 - Subseção I - Do reajuste
- Seção VI Da Vigência Contratualizada e dos Critérios e Procedimentos para Prorrogação, Renovação e Rescisão
- Seção VII Das Penalidades pelo não Cumprimento das Obrigações Estabelecidas

Eis, portanto, a estrutura da Resolução Normativa que se está debatendo.

De forma resumida, a Resolução Normativa estipula que as partes devem ter contratos, com cláusulas mínimas, bem como devem ter tabelas de preço de serviços contratualizados. A Resolução admite que a descrição dos serviços contratualizados dos prestadores deve conter informações pelo menos sobre o preço dos “*medicamentos; materiais, órteses, próteses e materiais especiais e diárias, taxas e gases medicinais*” (vide art..8º. RN Proposta), admitindo o uso de “*tabela de referência*” para a cobrança destes produtos/serviços (vide art..9º. § 3º da RN Proposta).

Há, também, regulação de uma série de outras questões contratuais, como regulação das glosas, dos prazos e procedimentos para faturamento e pagamento, do estabelecimento do Padrão obrigatório para Troca de Informações na Saúde Suplementar - Padrão TISS vigente, para troca de informações entre partes. Também, há a estipulação de multas pelo não-cumprimento das disposições regulatórias referidas.

Parte da proposta ora referida é calcada nas conclusões apresentadas pela Nota Técnica 7/2019/GASNT/DIRAD-DIDES/DIDES. Assim, é interessante que os debates

propostos no capítulo II da Resolução Normativa da ANS sejam analisados concomitantemente com os fundamentos expostos na referida Nota Técnica.

4.2.1. Tabelas e o lucro hospitalar: o debate

A Nota Técnica 7/2019/GASNT/DIRAD-DIDES/DIDES explicita que:

“Remuneração de materiais e medicamentos de uso hospitalar

7. O tema foi colocado em discussão após o recebimento, pela ANS, de denúncias encaminhadas pelo Ministério Público Federal (Processo nº 33910.023921/2018-74) e Conselho de Administrativo de Defesa Econômica – CADE (Processo nº 33910.021693/2018-06), nas quais se questionou a utilização de tabelas privadas, pelos hospitais, para faturar materiais e medicamentos empregados nos atendimentos aos beneficiários de operadoras.

8. O questionamento derivou de norma da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos – CMED que veda aos hospitais a atuação como revendedores de medicamentos, que deveriam ser utilizados e cobrados apenas como insumos necessários para correta prestação de sua atividade fim.

9. CADE e MPF, provocados pelas operadoras de planos de saúde, apuram se a adoção pelos hospitais das tabelas privadas como referência para a cobrança de medicamentos e materiais, caracterizaria ou não dano à livre concorrência ou conduta em desacordo com a legislação, com potencial prejuízo para o beneficiário de planos de saúde.

10. Argumentam que a utilização de tabelas privadas por hospitais traria distorções ao mercado, com os prestadores atuando como revendedores ao arpejo da norma, uma vez que essas não guardariam relação direta com o preço de aquisição, sendo muitas vezes bem superiores.

11. Em vista disso, a ANS, ao receber as denúncias, como forma de se apropriar do problema, que deriva de um normativo externo, procurou subsídios para a tomada de decisão, sendo as discussões da CATEC muito enriquecedoras por juntar em um único ambiente os representantes de todos os envolvidos, oportunizando a manifestação de todos os interessados.

12. Em síntese, o entendimento regulatório vigente nesta Agência sobre a utilização de tabelas privadas para a precificação de materiais e medicamentos de uso hospitalar consiste na possibilidade de sua utilização, consoante o art. 11, da RN nº 363/2014, da ANS.

13. Ademais, inexistente vedação normativa à cobrança pelos serviços de: seleção, programação, armazenamento, distribuição, manipulação, fracionamento, unitarização, dispensação, controle, aquisição e outros dos medicamentos utilizados pelos prestadores de atenção à saúde nos procedimentos ou serviços contratualizados com as operadoras para o atendimento de beneficiários, vinculada à tabela de referência.

14. Preteritamente à RN 363/14, havia normativo tratando especificamente do tema, sendo certo que a RN 241/10 previa como cláusula obrigatória nos contratos aquela com a previsão expressa de que tais serviços prestados pelos hospitais poderiam ser repassados às operadoras, não sendo considerados como margem de negociação de medicamentos.

15. Em oposição ao estatuído na citada Resolução nº 02/2018 da CMED, algumas entidades representativas de prestadores de serviços de atenção à saúde ingressaram judicialmente (conforme tabela abaixo), tendo obtido, inclusive, liminares favoráveis à cobrança de valores superiores aos preços de aquisição, de forma a compensar os custos por sua administração.

16. Sustentam, em suas demandas, o forte prejuízo ao qual seriam submetidas, caso a cobrança fosse restrita ao valor de aquisição, sem considerar o enorme custo relacionado à utilização dos medicamentos”

Nº do processo	Sigla	Réu	Data do ajuizamento	Vara	Liminar
1018885-35.2018.4.01.3400	ANAHP	União	12/09/2018	13ª Vara Federal Cível da SJDF	Favorável
1019156-10.2019.4.01.3400	FEHOSP	União		16ª Vara Federal Cível da SJDF	Favorável
1020812-36.2018.4.01.3400	FENAESS, SBH, SINDISSERO	União	03/10/2018	9ª Vara Federal Cível da SJDF	Favorável
1021758-08.2018.4.01.3400	FBH e AHESP	União	15/10/2018	1ª Vara Federal Cível da SJDF	Não apreciada
1007185-53.2018.4.01.3500	AHEG	União	21/10/2018	7ª Vara Federal Cível da SJGO	Revogada por questões formais
5012898-67.2018.4.02.5001	FEHOES	União	05/10/2018	4ª Vara Federal Cível de Vitória	Favorável
5015526-29.2018.4.02.5001	SINDHES	União	05/11/2018	4ª Vara Federal Cível de Vitória	Favorável
5024271-69.2018.4.03.6100	SINDHOSP, SUNDISLIZANO, SINDJUNDIAUL, SINDPRUDENTE e SINDRIBEIRÃO	União	26/09/2018	25ª Vara Cível Federal de São Paulo	Favorável
5039536-03.2018.4.04.7000	FEHOSPAR e SINDIPAR	União	07/09/2018	3ª Vara Federal Cível de Curitiba	Favorável
5024511-75.2018.4.02.5101	FEMERJ	União	11/09/2018	23ª Vara Federal Cível do Rio de Janeiro	Indeferida
5030249-44.2018.4.02.5101	AHERJ	União	08/10/2018	20ª Vara Federal Cível do Rio de Janeiro	Desistiu da ação
1028980-27.2018.4.01.3400	FEHOSUL, FEHOESC, FEBASE	União	19/12/2018	8ª Vara Federal Cível da SJDF	Não apreciada
5029410-19.2018.4.02.5101	SINDHRIO	União	03/10/2018	20ª Vara Federal Cível do Rio de Janeiro	Indeferida
5024511-75.2018.4.02.5101/	FEMERJ	União	11/09/2018	23ª VF do Rio de Janeiro	Indeferida
5065398-64.2018.4.04.7100	FESCFILRS e SINDIBERF	União	25/10/2018	4ª Vara Federal de Porto Alegre	Indeferida
1023105-76.2018.4.01.3400 (Distribuição por dependência ao processo da ANAHP)	SINDHESB	União	29/10/2018	13ª Vara Federal Cível da SJDF	Deferida em parte
5008502-83.2018.4.04.7202	Unimed Chapecó	União	01/11/2018	2ª Vara Federal de Chapecó	Deferida
5001401-93.2019.4.03.6100	-	União	01/02/2019	25ª Vara Federal Cível de São Paulo	Deferida
1006919-41.2019.4.01.3400	AHERJ	União	19/03/2019	2ª Vara Federal Cível da SJDF	Não apreciada
1008892-31.2019.4.01.3400	SINDESPA, SENDESSMAT, SENDHOMG, SENDESSTO, SENDESEM, SINDESSÉC, SINDHOSPI, SINDESEERN, SINDHOSP e SINDHOSPE	União	05/04/2019	3ª Vara Federal Cível SJDF	Deferida
1022737-67.2018.4.01.3400	Unimed Gurupi	União	24/10/2018	13ª Vara Federal Cível da SJDF	Deferida em parte
5003634-54.2019.4.03.6103	Santa Casa São José	União	14/05/2019	3ª Vara Federal Cível de São José dos Campos	Indeferida
0000009-16.2011.4.02.5001	SINDHESP	União	30/12/2010	4ª Vara Federal Cível do Espírito Santos	Indeferida

Tabela 4 – Ações judiciais referidas pela ANS contra a Resolução nº 02/2018 da CMED

Muitas destas ações, questionam o art. 5º. da Resolução 2/2018 da CMED, que possui a seguinte redação:

Art. 5º As infrações à regulação do mercado de medicamentos serão classificadas, segundo sua natureza, em 2 (dois) grupos:

I – infrações classificadas como não quantificáveis:

(...)

d) ofertar medicamento com valor superior àquele pelo qual foi adquirido;

(...)

II - infrações classificadas como quantificáveis:

(...)

c) cobrar de paciente ou do plano de saúde valor superior àquele pelo qual o medicamento foi adquirido

(...)

§ 2º As infrações previstas nas alíneas “d” do inciso I e “c” do inciso II se aplicam exclusivamente às pessoas físicas e jurídicas que não estão legalmente autorizadas a comercializar medicamentos, mas apenas a obter o reembolso do valor pelo qual os adquiriu, tais como profissionais de saúde, hospitais, clínicas especializadas ou assemelhados, não se aplicando à prestação de serviços por eles realizados”

Ou seja, para a CMED, hospitais não estão autorizados a comercializar medicamentos, mas apenas a obter reembolso, motivo pelo qual não deveriam ter lucro com a venda de medicamentos.

Na Nota Técnica 41/2015/DEE/CADE, o DEE já havia referido qual seria a motivação da referida proibição. De maneira resumida, tem-se que:

- do ponto de vista de incentivos, médicos estão proibidos de lucrar sobre a venda de produtos farmacêuticos ou equipamentos de uso na área médica (Resolução CFM-1595/2000, em 18/05/2000) em razão do claro conflito de interesses que existe quando alguém prescreve um fármaco e recebe sobre o mesmo fármaco. Em um hospital, este tipo de conflito de interesses também existe, já que a instituição irá ganhar mais, à medida que usar mais insumos, fármacos, etc.
- os hospitais usam o preço teto setorial (divulgado pela Brasíndice, por exemplo), que deveria servir de freio ao poder de mercado, como um fenômeno que aumenta o poder de mercado dos hospitais. Há diversos medicamentos que se o plano de saúde pudesse comprar na farmácia e entregar para o paciente no hospital, não há dúvida alguma que os planos de saúde pagariam MUITO menos por tais insumos. Em alguns casos, seria possível comprar mais de 1000 vezes o mesmo produto. Ou seja, subverte-se o conceito do que é preço teto e demonstra a grandiosidade do poder de mercado dos hospitais neste tipo de relação, quando se permite o lucro sobre este tipo de insumo (e não sobre a rubrica diária hospitalar).
- Caso o preço estivesse contido na rubrica diária hospitalar, seria mais fácil e mais transparente comparar o preço entre diferentes hospitais concorrentes. Ou seja, não se trata apenas de uma questão contábil, mas sobretudo de um debate concorrencial;
- sobre o aspecto tributário, o Parecer N.1 da Secretaria da Fazenda do Rio de Janeiro esclareceu que o Decreto-Lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968, isentou os hospitais de pagar ICM sobre o fornecimento de mercadorias utilizadas na prestação dos serviços, pois, se não havia revenda, não havia valor agregado, logo, não havia o que se taxar. Mais recentemente, a Lei Complementar n. 116, de 31 de julho de 2003, que dispõe sobre o imposto sobre serviços de qualquer natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, manteve a isenção dos hospitais, quanto a pagar, o agora ICMS sobre os serviços por eles prestados, visto que se entendia que hospitais não lucravam com a venda deste tipo de insumo. Todavia, se se permite que hospitais tenham lucro com a venda deste tipo de insumo, não haveria uma isenção tributária sem justificativa?

Por isso, a lógica do art. 5º. da Resolução 2/2018 da CMED já havia sido explicada pela Nota Técnica 41/2015/DEE/CADE. Tal Resolução consolida o entendimento da Lei nº 10.742, de 2003 que estabelece normas ao setor farmacêutico, com a finalidade de

promover a assistência farmacêutica à população, por meio de mecanismos que estimulem a competitividade do setor. Tal norma está em consonância com a Resolução CMED nº 03, de 04 de maio de 2009 que proíbe a distorção do conceito de preço teto, ou seja, proíbe a cobrança do preço máximo ao consumidor (PMC) a medicamentos de uso restrito ao ambiente clínico e hospitalar, bem como com a orientação interpretativa CMED nº 05, de 12 de novembro de 2009, que define que os hospitais têm por objeto social a prestação de serviços médico-hospitalares e não exercem como atividade principal, ou subsidiária, o comércio de medicamentos, drogas ou produtos para a saúde. Gize-se que quando um hospital cobra “Brasíndice-PMC” (e vários hospitais cobram em tal modalidade) se está a usar um parâmetro acima do preço máximo que hospitais poderiam cobrar dos consumidores, mesmo que não tivessem lucro algum, segundo as normas regulatório atuais, já que hospitais podem cobrar apenas Brasíndice-PreçoFábrica, que é um valor inferior ao PMC.

Ocorre que a Resolução Normativa da ANS (241/2010) já permitiu, no passado, que hospitais realizassem a cobrança de uma remuneração pelos serviços de *“seleção, programação, armazenamento, distribuição, manipulação, fracionamento, unitarização, dispensação, controle e aquisição dos medicamentos, quando prestados, de acordo com a estrutura do prestador de serviços”*.

De igual sorte, a Nota Técnica 7/2019/GASNT/DIRAD-DIDES/DIDES argumenta que *“inexiste vedação normativa à cobrança pelos serviços de: seleção, programação, armazenamento, distribuição, manipulação, fracionamento, unitarização, dispensação, controle, aquisição e outros dos medicamentos utilizados pelos prestadores de atenção à saúde nos procedimentos ou serviços contratualizados com as operadoras para o atendimento de beneficiários, vinculada à tabela de referência”*.

Ora, se tal raciocínio está correto, ou seja, se o hospital está livre para cobrar lucro sobre a dispensa (armazenagem, distribuição, fracionamento, individualização...) do medicamento, caberia questionar se as farmácias também não poderiam fazer o mesmo tipo de alegação. Farmácias armazenam medicamentos? A resposta correta é: Sim. Farmácias também adquirem e controlam os prazos de validade de medicamentos? Novamente, pode-se responder sim. Dito isto, caberia questionar se as farmácias não possuem responsabilidade de fracionamento e dispensação (Decreto n.º 5.775, de 10 de maio de 2006⁸ e RDC nº 80, de 11 de maio de 2006⁹)? E, novamente, a resposta é afirmativa. Assim, as farmácias também prestam estes mesmos serviços.

No entanto, se se admitir que as farmácias podem cobrar taxas adicionais pelos referidos serviços, então, é fácil burlar a regulação nacional de preços teto de medicamentos. Se a farmácia quiser cobrar um valor acima do preço teto, basta classificar o “excedente ao teto” como serviço de armazenagem. E o mesmo raciocínio se aplica também aos hospitais. Assim, a Legislação não se lhes atinge.

O problema é que o sistema jurídico deve ser um todo coeso e racional, não se permitindo um tipo de interpretação que permita este tipo de “by-pass” regulatório.

Estes pontos acima, sobre (i) incentivos mercadológicos; (ii) sobre a distorção do conceito de preço teto; (iii) sobre a indevida isenção tributária referida acima; não parecem ter sido tratados de maneira apropriada na Nota Técnica 7/2019/GASNT/DIRAD-DIDES/DIDES. Pelo contrário, no parágrafo 17 de tal nota, inculpido logo após a menção de uma série de ações judiciais contra o art. 5º. da

⁸ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5775.htm

⁹ http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/saudelegis/anvisa/2006/rdc0080_11_05_2006.html

Resolução 2/2018 da CMED, a ANS refere que segundo o princípio da Legalidade Estrita, a cobrança deste tipo de serviço (armazenagem de fármacos, por exemplo) deve ser permitida, independentemente das considerações feitas acima, ou seja, independentemente de se desconstituir o sistema e o significado de preços teto de fármacos e/ou dos diferentes tipos de conflitos de interesse neste sistema. Eis o que a ANS referiu:

“Em se tratando de Administração Pública, inafastável o Princípio da Legalidade Estrita, qual seja, o de que toda limitação de direito imposta ao administrado deve estar expressa, o que direciona o entendimento de que, na omissão da administração, será permitido o repasse dos custos inerentes à prestação do serviço”

Também, no parágrafo 52 da Nota Técnica 7/2019/GASNT/DIRAD-DIDES/DIDES da ANS, é referido que “*em não havendo vedação legal para a utilização de tabelas privadas não haveria justificativa para impedir a livre negociação*”.

De outro lado, cabe esclarecer que o CADE está investigando no processo 08700.001180/2015-56, se o uso de tabelas, como, por exemplo, Simpro e Brasíndice [que permitem a cobrança, via referência, deste tipo de serviço] representam ilícitos concorrenciais ou não.

A ANS, na Nota Técnica 7/2019/GASNT/DIRAD-DIDES/DIDES, de maneira correta, foi cautelosa ao referir, no parágrafo 283, ao Parecer 00010/2019/GECOS/PFN/PGF/AGU (Doc SEI nº 11728888) que teria concluído o seguinte:

- a ANS não possui competência para dispor sobre a licitude de negociação coletiva envolvendo prestadores e operadoras de planos de saúde.
- a competência para verificar a eventual infração à ordem econômica pela violação à livre concorrência nas negociações coletivas para a fixação de índice de reajuste dos contratos de prestação de serviços de assistência médica é do CADE.
- a obrigatoriedade da instauração de negociações coletivas viola a liberdade de associação e a livre concorrência.

Ocorre que:

- (i) ao endossar, como algo lícito e até mesmo obrigatório do ponto de vista regulatório, o uso de tabelas privadas de preços (vide art. 8º. RN Proposta), admitindo, inclusive, o uso de “*tabela de referência*” para a cobrança destes produtos/serviços (vide art. 9º. § 3º da RN Proposta); bem como
- (ii) admitindo que hospitais possam lucrar sobre diferentes tipos de serviços atinentes à revenda de insumos (como medicamentos; materiais, órteses, próteses e materiais especiais, gases medicinais) e inclusive e diárias e taxas, usando para tanto *tabelas de referência*, dissociadas do real custo, acaba-se (i) distorcendo o conceito de preço teto, pelos motivos já referidos e (ii) aceitando um modelo com elevados conflitos de interesses mercadológicos já referidos.
- (iii) e, indiretamente, subscrevendo-se a existência de pontos focais de preços e de formas de negociação coletiva, via “*tabelas de referência*”, a ANS acaba por permitir, em algum grau, negociação coletiva.

Com efeito, deve-se refletir se, realmente, o “princípio da legalidade estrita”, citado no parágrafo 17 da nota 7/2019/GASNT/DIRAD-DIDES/DIDES, ampara a posição

favorável ao lucro dos hospitais sobre medicamentos, órteses, próteses e, inclusive, tabelas de diárias e taxas.

Segundo a Legislação Pátria, a Lei 8.137/90 considera como crime contra a ordem econômica o acordo entre empresas com objetivo de fixar artificialmente os preços ou quantidades dos produtos e serviços, de controlar um mercado, limitando a concorrência. Prevê, para a prática, pena de dois a cinco anos de reclusão e multa.

Esta prática criminosa pode ocorrer por meio de tabelas de preços privadas!

Também, a Lei nº 12.529/11 trata da estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção, repressão às infrações contra a ordem econômica, impedindo a formação de cartel (combinação de preços, ainda que via tabela, ou obtenção ou influência de conduta uniforme via tabelas), senão vejamos:

LEI Nº 8.137, DE 27 DE DEZEMBRO DE 1990.

Art. 4º Constitui crime contra a ordem econômica:

I - abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas;

II - formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando: (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011).

a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas; (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011).

b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas; (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011).

c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores. (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011).

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa.

LEI Nº 12.529, DE 30 DE NOVEMBRO DE 2011.

DAS INFRAÇÕES

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

(...)

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;

(...)

II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

Hospitais que pertencem a diferentes grupos econômicos são concorrentes e como tal deveriam precificar de forma autônoma e não a partir de uma tabela comum, de referência, já que tal, a priori, é contra a lei. Inobstante este aspecto, a Nota Técnica 41/2015/DEE/CADE mostrou como hospitais e clínicas no Brasil inteiro usam tabelas de referência para negociação conjunta ao arripio da Legislação Concorrencial. Ao proibir que concorrentes estabeleçam preços conjuntos está sendo observado o Princípio da Legalidade estrita, já que a Lei 12.529/2011 estabelece este tipo de conduta como delito concorrencial, em seu art. 36, par. 3º, I e II, entendendo que constitui infração à ordem econômica acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente os preços de bens ou serviços ofertados, assim como promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes.

Ora, a confecção de tabelas comuns de preços de produtos inclui-se, claramente, como ofensa à ordem concorrencial. Ainda assim, a Nota Técnica 41/2015/DEE/CADE demonstrou a existência:

- de tabelas de diárias e taxas hospitalares, o que é vedado pela lei concorrencial, mas aparentemente permitido pela nova proposta normativa (do art.8º. RN Proposta c/c art.9º. § 3º da RN Proposta).
- de tabelas comuns de insumos como órteses, próteses, medicamentos, entre outros, o que, também, seria vedado pela lei concorrencial, por algumas normas da CMED, mas que, pelo que se consegue verificar, seria relativizado e permitido pela regulamentação proposta, já que se está fazendo expressa menção à possibilidade de precificação via tabelas de referência.

Ora, se concorrentes não podem fixar entre si preços e se o principal preço dos serviços hospitalares é classificado como “diárias e taxas”, não se pode admitir que hospitais tenham tabelas de “referência” de “diárias e taxas”. Isso é determinadamente contra o “princípio da legalidade estrita”, porque isso significa um crime.

Deste modo, não se sustenta o fundamento da Nota Técnica 7/2019/GASNT/DIRAD-DIDES/DIDES já referido.

Todavia, da maneira como estão formatados os arts.8º e 9º. RN Proposta pela ANS, é possível que se entenda que a regulação estaria “aceitando” este tipo de prática.

Aliás, no contexto nacional, infelizmente, há diversas tabelas de “diárias e taxas” de hospitais, que foram denunciadas no âmbito da Nota Técnica 41/2015/DEE/CADE, mas que ainda não foram investigadas, no âmbito penal ou administrativo [e que em tese seriam ilícitos por auxiliarem na homogeneização dos principais preços hospitalares, de diárias e taxas entre concorrentes], como:

- Tabela do Sindicato de Hospitais de Alagoas;
- Tabela do Sindicato de Hospitais de Bahia (Associação Hospitalar da Bahia);
- Tabela do Sindicato de Hospitais de Ceará;
- Tabela dos Hospitais Cearenses Associados

- Tabela do Sindicato de Hospitais do Distrito Federal;
 - Tabela do Sindicato Brasiliense de Hospitais
- Tabela do Sindicato de Hospitais de Goiás;
 - Tabela da Associação dos hospitais de Goiânia e Rio Verde
- Tabela do Sindicato de Hospitais de Maranhão;
 - Tabela - Sindicato dos Estabelecimentos de Saúde do Maranhão;
 - Tabela - Sindicato Hospitais e Clínicas de Saúde de São Luis;
- Tabela do Sindicato de Hospitais de Mato Grosso do Sul (Associação dos hospitais de Campo Grande – MS);
- Tabela do Sindicato de Hospitais de Mato Grosso;
- Tabela do Sindicato de Hospitais do Pará(AHCSEP - Associação dos Hospitais do Para);
- Tabela do Sindicato de Hospitais da Paraíba (Associação Paraibana de Hospitais);
- Tabela do Sindicato de Hospitais de Pernambuco
 - Tabela SINDHOSPE - Associação dos Hospitais de Recife;
 - Tabela da Associação Nordestina de Hospitais
- Tabela do Sindicato de Hospitais do Paraná (PROPASS - Associação dos Hospitais do Paraná);
- Tabela do Sindicato de Hospitais do Rio de Janeiro (Tabela da Associação Hosp.Rio de Janeiro);
 - Tabela da ACPERJ - Associação dos hospitais de pediatria RJ
 - Tabela da Associação dos Hospitais de Campos
- Tabela do Sindicato de Hospitais do Rio Grande do Norte (Assoc.Hosp.Estado do Rio Grande do Norte);
- Tabela do Sindicato de Hospitais do Rio Grande do Sul;
- Tabela do Sindicato de Hospitais de Sergipe (Assoc.Hosp.Estado de Sergipe);
- Tabela do Sindicato de Hospitais do Espírito Santo

Assim, não se pode aceitar que este tipo de conduta se perpetue ao arrepio da lei, por meio de tabelas de referência que instrumentalizam uma coordenação de preços entre concorrentes.

Há também problemas na adoção de tabelas de preços de referência que não dizem respeito apenas a diárias e taxa, mas, também, a outros tipos de insumos (como Brasíndice, que divulga o preço teto do mercado farmacêutico e outros tipos de preços não cobertos pela regulação setorial). O problema é que além de simplesmente divulgar o preço teto, a referida tabela é usada dentro de contratos entre planos de saúde e hospitais na precificação dos fármacos (e a própria agência refere que 87,75% dos hospitais usa o Brasíndice para lucrar em cima dos medicamentos que se aplicam nos pacientes). Isso significa que pelo menos 87,75% dos agentes de mercado estão usando preço máximo permitido por lei para a referida finalidade e possuem o MÁXIMO poder de mercado. Isso NÃO é desejável do ponto de vista social! Se quase 90% dos hospitais usa – de

maneira indexada - o mesmo tipo de preço máximo permitido por lei, significa que a concorrência está sendo incapaz de baixar os preços e significa, também, que os hospitais, atualmente, estão no limite máximo de poder de mercado autorizado.

A Nota Técnica 41/2015/DEE/CADE verificou ainda que alguns hospitais não só usam o “Brasíndice” em tal situação, mas a tal índice é aplicado um percentual adicional, como: Brasíndice + X% (ou Brasíndice-PMC). Às vezes, alguns sindicatos coordenam expressamente o percentual adicional solicitado: o que representa um ilícito regulatório, porque cobra-se acima do máximo e um ilícito concorrencial, porque se solicita este aumento acima do máximo, de forma coordenada.

Gize-se que, mesmo que isso não fosse verdade, ou seja, mesmo que nenhum sindicato coordenasse expressamente o valor acima do máximo permitido [ao contrário das evidências da Nota Técnica 41/2015/DEE/CADE] e supondo que 90% dos hospitais decidem, de forma autônoma e individual cobrar “apenas” o máximo permitido (Brasíndice-PreçoFábrica), conforme Brasíndice/Simpro, tal ainda seria extremamente preocupante, já que na referida hipótese não há concorrência eficaz capaz de diminuir preços. Com efeito, tal fenômeno é uma demonstração clara e evidente (i) da existência de **elevado** poder de mercado por parte de prestadores hospitalares e (ii) de coordenação, ainda que tácita, do setor.

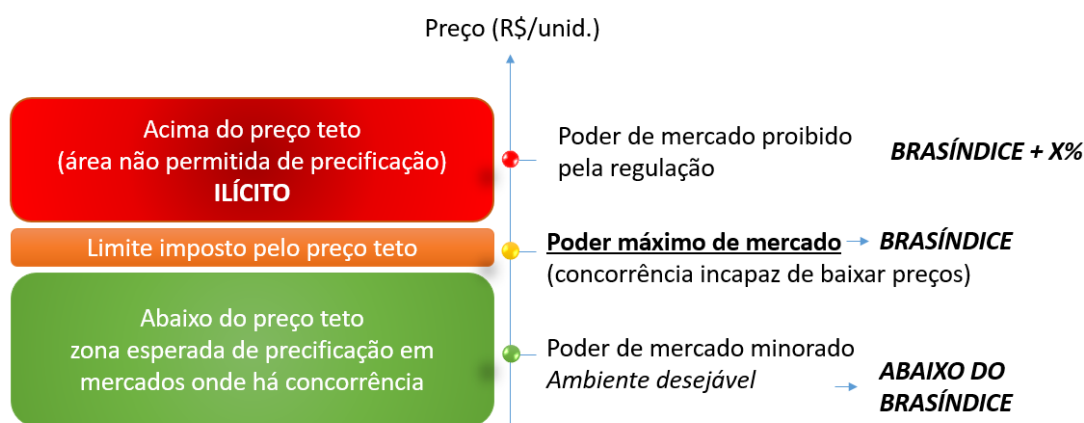


Figura 2 – Precificação e poder de mercado em um cenário com preço teto

A regulação não poderia ficar satisfeita com este tipo de situação: em um mercado não-monopolístico, em que a grande maioria dos agentes precifica no teto máximo, significa que há algo de errado no mercado, sabendo-se que há um mercado paralelo ao hospitalar que não usa o preço máximo. Aceitar que o Brasíndice (como tabela de referência) continue a ser utilizado como base contratual entre hospitais e planos de saúde, significa continuar a aceitar a distorção atual que há no conceito de preço-teto setorial. Com efeito, preço-teto deveria ser usado apenas como limitador do poder de mercado, não como ponto focal de preço mínimo, a que todos os hospitais convergem. Muitos hospitais, inclusive, como já referido, cobram além do teto, o que, por si só, é um absurdo e um evidente desrespeito às normas regulatórias. Também, tal fato deveria ser investigado pelos órgãos reguladores e pelo Ministério Público, nunca incentivado ou entendido como algo neutro, um dado do mercado, próprio da vontade das partes.

Indexar contratos ao preço teto (e a tabelas de referência que fazem menção a um preço teto, que se sabe ser descolado da realidade) é um equívoco!

Os preços teto de vários medicamentos estão distorcidos e garantem sobrepreço. Deveriam eles ser instrumento de controle de poder de mercado, não garantia de sobrepreço. Isso já foi reconhecido pelo Tribunal de Contas da União em várias oportunidades, senão vejamos as recomendações do TCU para uso de preços em licitações públicas:

“Outro ponto importante é a impossibilidade de utilização das tabelas da CMED como parâmetro para a elaboração do orçamento de referência. A jurisprudência do TCU é categórica quanto à sua precariedade (Acórdãos 2.150/2015-TCU-Plenário, Ministro Relator Bruno Dantas, e 3.016/2012-TCU-Plenário, Ministro Relator Walton Alencar Rodrigues). Os preços referenciais apresentados nas tabelas da CMED não são elaborados para refletir os valores de mercado, mas, sim, com o objetivo de regular os preços de medicamentos no Brasil. Vale destacar que a Auditoria Operacional realizada pelo TCU constatou, à época, preços da tabela CMED significativamente superiores aos praticados em compras públicas, **havendo casos em que ultrapassavam 10.000%** (Acórdão 3.016/2012-Plenário, Ministro Relator Walton Alencar Rodrigues). Para detalhes a respeito da CMED e dos seus referenciais de preço, consultar capítulo específico sobre a CMED nesta cartilha. Do mesmo modo, as tabelas elaboradas por representantes do mercado farmacêutico, como, por exemplo, as tabelas da Associação Brasileira do Comércio Farmacêutico – Abcfarma e Brasíndice, não são fontes adequadas para uma pesquisa de preços no âmbito das compras públicas. Essas tabelas consignam valores máximos para aquisição, no varejo, por consumidor final. Essa situação não se adequa às grandes aquisições do setor público, haja vista o efeito da economia de escala sobre os preços (Acórdãos 2.901/2016-Plenário, Ministro Redator Benjamin Zymler; 5.810/2017-2ª Câmara, Ministra Relatora Ana Arraes; 1.049/2004-Primeira Câmara).

Brasil. Tribunal de Contas da União. Orientações para aquisições públicas de medicamentos / Tribunal de Contas da União. -- Brasília : TCU, Secretaria-Geral de Controle Externo (Segecex), Secretaria de Controle Externo da Saúde (SecexSaúde), 2018, P.27

E ainda que tais preços teto não estivessem distorcidos, **uma vez que se aceite um preço como ponto focal de remuneração de insumos de quase 90% dos hospitais brasileiros, se está desistindo de um processo concorrencial minimamente saudável entre entidades que supostamente deveriam competir.**

Ainda assim, a ANS simplesmente acaba por ratificar o status quo, referindo que não é sua competência a regulação de tabelas e publicação (par.41 da Nota 7/2019/GASNT/DIRAD-DIDES/DIDES) e que “não se pode desconsiderar o efeito que eventual proibição na utilização de tabelas de referência poderia ocasionar às relações do setor, que estão calcadas neste modelo de tabelas, sendo amplamente utilizadas, conforme demonstrado pelo Requerimento de Informações, a exemplo da inviabilização da existência de sociedades dedicadas à sua divulgação”.

Note-se que esse posicionamento vai de encontro às próprias políticas da ANS, como a que visa estimular a adoção na saúde suplementar de modelos de remuneração baseados em valor, ou sejam, “centrados na melhoria da qualidade do cuidado em saúde e da sustentabilidade no âmbito da saúde suplementar” (<http://www.ans.gov.br/planos-de-saude-e-operadoras/espaco-da-operadora/avisos-para-operadoras/5275-modelos-de-remuneracao-baseados-em-valor-prorrogado-prazo-para-selecao-de-projetos>). O endosso tácito à utilização de tabelas, que possibilitam ganhos extraordinários a despeito de investimento em qualidade ou da diferenciação dos serviços, desincentiva os agentes

a investirem em qualidade e diferenciação de serviços, bem como a buscarem outras formas de remuneração, que valorizem a qualidade e efetividade dos cuidados prestados.

Ora, se não é de sua competência a regulação de tabela de preços de referência, também, não deveria autorizar ou reconhecer o uso de tais tabelas como algo possível.

De todo modo, ao ratificar a possibilidade de uso de tais tabelas, a ANS concorda com o Pleito e a posição, apresentada em âmbito Judicial, das Associações e Sindicatos de Hospitais, de que tal espécie de lucro é justificável (contra portanto o art. 5º. da Resolução nº 02/2018 da CMED) , tanto assim que pretende editar o art. 8º. e 9º. da Resolução Normativa proposta prevendo especificamente o uso de tabelas de referência.

Todavia, sobre este ponto, cabe mencionar o seguinte.

Além de tudo o que já foi argumentado acima, tem-se que muitas das Associações e Sindicatos, que entraram com ações judiciais contra o art. 5º. da Resolução nº 02/2018 da CMED acima mencionadas, dizem respeito a Associações e Sindicatos de **Hospitais Concorrentes** (ou que supostamente deveriam ser concorrentes) e que não deveriam sequer conversar entre si a respeito deste tipo de assunto, ou seja, do lucros de seus associados e de seus preços (ou de metodologias comuns de cobrança), dentro de tais Associações/Sindicatos. Algumas Associações, alegam ser sem fins lucrativos, embora estejam defendendo, judicialmente, a possibilidade do lucro de hospitais sobre o preço de fármacos, alegando que há custos envolvidos com a manipulação e o armazenamento de medicamentos.

Ora, imagine-se a seguinte hipótese: há dois remédios idênticos, para o mesmo tipo de doença, e que possuem R\$ 0,01 de custos de armazenagem. Todavia, um remédio de marca tem preço teto de R\$1.000,00 e outro remédio genérico tem preço teto de apenas R\$ 1,00, sendo idênticos em composição, peso e todas demais características. Se os hospitais forem permitidos de cobrarem 10% sobre o preço teto de tais produtos, pela armazenagem dos mesmos (e muitos sindicatos e associações chegam a acordar um percentual comum de taxa de lucros entre hospitais supostamente concorrentes usando uma base comum de preços, que é em regra a Simpro ou a Brasíndice e não o preço real de compra do fármaco) para manipulá-lo ou para armazená-lo, o remédio de marca irá gerar R\$99,99 de lucro adicional (sendo este lucro comum a todos os hospitais), enquanto o medicamento genérico irá gerar de lucro apenas R\$ 0,99.

Ou seja, cria-se um incentivo adicional social perverso de aumento de custos para toda a sociedade, já que os hospitais terão maior incentivo ainda de administrar e de armazenar apenas produtos com elevado valor de preço teto, independentemente de sua eficácia.

Ora, mesmo que se admita que hospitais e farmácias possam cobrar pela armazenagem de medicamentos (*o que se faz aqui apenas por amor ao debate*), questiona-se: por que motivos os hospitais não cobram, dos consumidores, o preço de armazenagem à parte, desvinculando o preço e o lucro do serviço de armazenagem do preço-teto do fármaco em questão? É impossível embutir tal valor no preço de uma diária hospitalar (supondo que a diária hospitalar não fosse tabelada ou que tabelamento de preços entre concorrentes não fosse crime)?

Se a cobrança é feita fora da rubrica “diária hospitalar”, como já mencionado acima, é possível que o hospital não pague imposto sobre a revenda do medicamento, nem sobre “estes serviços complementares”. E se se permite que um hospital possa lucrar sobre remédios, órteses e próteses, em tese, se deveria, também, permitir que médicos possam lucrar com o uso destes tipos de insumo. Inobstante, pune-se médicos que tenham

qualquer tipo de lucro com venda de insumos, chamando este tipo de conduta de “máfia das próteses” ou de qualquer outro insumo médico (porque acredita-se que os médicos terão interesse em fazer cirurgias desnecessárias, indicando remédios caros, sem um custo-benefício apropriado), ao mesmo tempo em que a ANS não vê problema que hospitais possam lucrar sobre a venda ou revenda dos mesmos insumos, na mesma situação e com tipos de conflitos de interesse análogos.

4.2.1.1. Encaminhamento proposto neste tópico

Assim, em que pese a ANS tenha dado como “encaminhamento” o prosseguimento desta discussão no âmbito de Comitê Permanente que deverá suceder a CATEC, entende-se que tal não basta e que os artigos 8º. e 9º. da RN proposta devem ser revisitados para que:

- não se permita o uso de tabela de referência na negociação de operadoras de planos de saúde com hospitais;

- se determine o efetivo cumprimento do art. 5º. da Resolução 2/2018 da CMED:

*hospitais poderão cobrar seus lucros apenas no âmbito de “diárias e taxas” (sem tabela de referência), abrindo seus custos de aquisição de fármacos, materiais, órteses, próteses e demais insumos para análise de planos de saúde e seu ressarcimento apenas, sem que tenham lucro com a venda de tais insumos; ou

*hospitais poderão vender procedimentos de maneira empacotada, onde todos os custos hospitalares de um dado procedimento estejam ali abrangidos, Ou de qualquer forma alternativa ao pagamento por procedimento, tais como, capitação, pagamento *per diem*, orçamentação; ou ainda

*operadoras de plano de saúde poderão comprar materiais diretamente e entregá-los a hospitais para sua utilização em pacientes específicos. Sobre este assunto, o DEE/CADE tratará maiores subsídios no tópico seguinte.

De igual sorte, merece revisão todo o debate realizado no item 3.1 da Nota 7/2019/GASNT/DIRAD-DIDES/DIDES, pelos motivos ora expostos.

4.2.2. **Aquisição direta de medicamentos/materiais pelas operadoras de planos de saúde, vedada a intermediação das entidades hospitalares (item 3.1.1)**

A ANS ao analisar a proposta que aquisição direta dos materiais e medicamentos pelas operadoras referiu o seguinte:

“tal possibilidade foi confrontada com algumas dificuldades a ela inerentes, sobretudo a perda da eficiência dos recursos empregados, obrigando operadoras a lidar com funções e serviços externos aos seus negócios principais.

Ademais, a eliminação de um intermediário faria com que hospitais tivessem que negociar com diversas operadoras de forma distinta, além de impactar diretamente na prestação dos serviços necessários para utilização dos insumos, o que demandaria estrutura maior e, conseqüentemente, maiores custos administrativos, o que anularia qualquer ganho pela eliminação de intermediários.

Relevante, também, questionamento surgido acerca da liberdade e autonomia do profissional médico, uma vez que se adquiridos diretamente pela operadora, muito provavelmente não seria dada a opção ao profissional de saúde, em relação ao material ou medicamento a ser utilizado, estando restritos àqueles adquiridos pelas operadoras.

Desta feita, verifica-se que a existência do intermediário nesta relação não afeta diretamente o resultado, que é a obtenção de materiais e medicamentos por preço superior aos de aquisição pelo prestador, não sendo esta a falha de mercado a ser combatida. Ao contrário, sua implementação incorreria no risco de aumentar os custos de transação para as partes e, como consequência o preço final dos serviços.”

A este respeito, discorda-se da ANS.

Trata-se de especulação dizer que os custos administrativos que os hospitais terão com a estruturas para “negociar” com diversas operadoras seria superior aos custos incorridos pelos insumos comprados diretamente pelas operadoras de planos de saúde.

Qual foi o cálculo usado pela Agência para dizer qual seria a diminuição de custos com a eliminação da dupla margem de lucro hospitalar? Qual foi sua metodologia? Quanto, em termos monetários, representa este custo?

Também, qual seria o “custo de negociação” que o hospital teria que ter com as operadoras para “receber” seu material?

Sobre este aspecto, de maneira intuitiva, é possível referir que este custo será mínimo, porque o hospital não precisaria “negociar” questão alguma com a operadora, além de questões meramente burocráticas, que se o hospital realmente fosse eficiente não se verificariam em grande monta.

Bastaria que o hospital tivesse alguém e algum espaço para receber os materiais fornecidos pela operadora de planos de saúde, direta ou indiretamente. Aliás, o espaço para recebimento de materiais já existe em vários hospitais e também já há pessoal gabaritado para recebimento de diferentes tipos de materiais e medicamentos de diferentes tipos de distribuidores. Em grande medida, há custos fixos neste tipo de espaço construído para acomodar materiais hospitalares. E essa já é uma prática de algumas operadoras, como as Unimed que atuam no sul do país. Não se tem notícia de que os custos totais aumentaram. Ao contrário, as economias estimadas são substanciais.¹⁰

E os materiais de alto custo (como algumas órteses ou próteses) sequer demandariam grande espaço físico.

Ao permitir que a operadora compre, ela mesma, este tipo de material/insumo diretamente, seria possível resolver um grande problema de incentivos econômicos que hoje existe e que diz respeito ao elevado custo dos insumos hospitalares.

O hospital é um verdadeiro gatekeeper e consegue poder de mercado em razão de sua condição. O hospital que lucra com a venda de uma prótese cara, não tem interesse em buscar diminuir o referido preço (de tabela cobrado do plano de saúde) ou valor informado na tabela Simpro ou Brasíndice. A operadora, por seu turno, tem incentivos balanceados, já que se prestar serviços de baixa qualidade pode perder clientes e se

¹⁰ De acordo com <http://www.eventos.cfm.org.br/images/stories/cooperativismo2013/andrea%20bergamini%20-%20unimed.pdf>, verificado em 14 de janeiro de 2020

comprar insumos caros demais diminuirá sua lucratividade. Assim, se a operadora de plano de saúde puder entregar os materiais de alto custo aos hospitais, terá como barganhar com distribuidores e fornecedores de materiais preços melhores, além de usar seu poder de compra de forma apropriada.

Proibir este tipo de prática apenas (i) incentiva a continuidade do processo de verticalização entre planos de saúde e hospitais e (ii) perpetua o poder de mercado hospitalar, que como já dito acima, está em muitos casos, acima do máximo permitido.

Dizer que o hospital é o único garantidor da “*liberdade e autonomia do profissional médico*”, também, não parece correto, seja porque é possível haver divergência entre o que hospital fornece e o que o médico acha correto aplicar a um paciente; seja porque as operadoras de plano de saúde também têm interesse em preservar a liberdade e autonomia de profissionais médicos, desde que não exista abusos de ambos lados.

4.2.2.1. *Encaminhamento proposto neste tópico*

Assim, em que pese a ANS tenha desconsiderado tal possibilidade como algo a ser permitido do ponto de vista regulatório, entende-se que seria interessante que tal posição da ANS fosse revisitada, tendo em vista os argumentos ora apresentados.

Seria necessário incluir um capítulo ou artigo prevendo a possibilidade da operadora de plano de saúde comprar diretamente materiais que seriam utilizados nos hospitais.

4.2.3. **Re(ajuste) negativo dos preços**

A ANS alegou, no parágrafo 32, da Nota Técnica 7/2019/GASNT/DIRAD-DIDES/DIDES, que “o ajuste negativo dos preços de materiais e medicamentos não se encontra no escopo das atribuições da ANS”, razão pela qual preferiu não adentrar no mérito deste tipo de debate.

Ao mesmo tempo, a Resolução Normativa proposta prevê o artigo 18, que acaba impedindo qualquer ajuste negativo de preços, no seguinte sentido:

“Art. 18. É vedado estabelecer forma, critério, cálculo, índice ou qualquer outro modo de reajuste que: I - mantenham ou reduzam o valor nominal do serviço contratado”

E a grande questão que se deve fazer aqui é: Por quê? Qual o motivo da agência determinar este tipo de obrigação? Preços, em sua essência, determinam noções de equilíbrio. Isso significa que podem subir ou descer. É, aliás, salutar que preços venham a cair. O aumento das pressões concorrenciais leva a uma redução de preços. Também, é possível que, em um ambiente mercadologicamente saudável, custos venham, ocasionalmente, a diminuir, o que pode redundar em diminuição de preços.

Em concorrência perfeita, por exemplo, preço é igual a custo marginal. Se os custos caem, segundo o referido modelo, é esperado que o preço venha a cair também.

A ANS ao estipular tal regra impede que o preço venha a cair, atenta contra um equilíbrio saudável de mercado, em especial caso exista uma diminuição de custos ou caso ocorra algum choque exógeno ou mesmo mudanças das variáveis concorrenciais relevantes (como diminuição de barreiras à entrada, aumento de

rivalidade e aumento de eficiência dos agentes), que levariam, naturalmente, a um reajuste negativo.

Na Nota Técnica 41/2015/DEE/CADE, o DEE já se pronunciou no seguinte sentido:

Segundo o art. 5º., VIII, da Resolução Normativa 363/2014 da ANS, é vedada a prática de estabelecer formas de reajuste que mantenham ou reduzam o valor nominal do serviço contratado. Assim, o hospital estará impossibilitado de diminuir o seu preço (e seu custo), por mandamento regulatório. Trata-se de uma norma que, a princípio, encarece o preço dos produtos, sem uma justificativa para tanto, em cenários em que os custos diminuem.

Assim, ausente uma justificativa racional que impeça a desejável diminuição de preços (e reajustes negativos contratuais), deve-se repensar a existência do art.18,I da RN proposta. De igual forma, seria necessário esclarecer um pouco mais os motivos de se adotar o art. 18,II, da RN proposta que impede a vinculação de reajustes a alguns parâmetros. Seria importante que se explicasse o racional da referida proibição.

4.2.4. **Uso do IPCA + FQ na hipótese de não concordância sobre valor de reajuste**

O art. 15, em seu parágrafo 5, estipula que na hipótese do contrato não prever clara e objetivamente o critério sobre o qual o reajuste deve ser aplicado, aplicar-se-á o índice definido pela ANS. Já o art. 16, par.2º. refere que o reajuste deve ocorrer por meio de índice público, em percentual pré-fixado e o art. 17, III, b, refere que a frustração da negociação de reajuste pode redundar na incidência de índice estabelecido pela ANS.

Com efeito, a Lei 13.003 de 24 de junho de 2014 estipula que:

“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.”

Segundo referido na Nota Técnica 7/2019/GASNT/DIRAD-DIDES/DIDES:

“Em se tratando de uma incógnita contratual, a livre negociação não deve ser a regra do mercado, ao contrário do que ocorre atualmente. Deve-se buscar que o reajuste esteja perfeitamente delimitado no contrato, seja pela previsão de um índice específico, seja pela inclusão de metodologia transparente para seu cálculo. A livre negociação de um contrato deve se dar antes de sua celebração. Após, as partes devem atuar sobre os termos previsíveis e claros do próprio contrato.

A livre negociação deve, no entanto, permanecer como possibilidade pelas vantagens que a flexibilização pode garantir em um ambiente econômico orgânico, mutável, mas como exceção e não como regra, diante da necessidade do contrato celebrado ser capaz de regular a relação das partes em todos os seus aspectos, em especial neste, fonte de muitos conflitos

Contudo, essencial que qualquer negociação contratual feita possa ser aferida de forma objetiva. A concordância das partes deve ser expressa, não existindo espaço para acordos tácitos, por exemplo, a manutenção da prestação de serviços como indicativo de aceitação de proposta pelo prestador. **Em não havendo previsão expressa no contrato, tampouco comprovação da concordância das partes, deve ser obrigatória a adoção do índice da ANS, consistindo em IPCA + FQ (fato de qualidade).**

O DEE/CADE, no entanto, já se pronunciou sobre este tema no seguinte sentido:

“A Resolução Normativa 364 de 11 de dezembro de 2014 estabeleceu uma indexação de contratos ao Índice Geral de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), divulgado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Este índice regula o contrato entre plano de saúde e operador, quando houver divergência em relação a qual índice deve ser aplicado no caso concreto. Ora, o uso do IPCA de maneira linear, e sem preocupação com a inflação setorial e regional, pode criar indexações indesejáveis. Além disto, isto cria uma negociação assimétrica, em que os planos de saúde podem ser obrigados a reajustar pelo IPCA fatores que já possuem elevado sobrepreço.

Recentemente, a ANS buscou criar "fator de qualidade", com a criação de um fator X, que obriga o repasse de ganhos de escala aos consumidores. Todavia, hospitais acreditados pelo INMETRO ou pela International Society for Quality in Health Care (ISQUA) podem reajustar seus contratos 105% do IPCA (Instrução Normativa 61 de 4 de dezembro de 2015). Garante-se ganhos acima da inflação de todos os demais setores da economia. Aos hospitais não acreditados a tais entidades, mas que participarem e cumprirem os critérios estabelecidos nos projetos da Diretoria de Desenvolvimento Setorial (DIDES) de indução da qualidade terão direito a 100% do IPCA. Caso os hospitais não cumpram tais requisitos, estes terão direito a 85% do IPCA.”

Este tipo de modelo gera um BATNA (*Best Alternative to a Trade Negotiation Agreement*) por parte dos prestadores, que terão o IPCA como ponto focal, mesmo que o IPCA não reflita sua realidade. O IPCA torna-se o mínimo. O prestador poderá exigir mais e, se as condições lhe forem favoráveis, obter. Se as condições não lhe forem favoráveis, forçará um desacordo a fim de obter o IPCA.

Se a ANS sinaliza que na ausência de um acordo, valerá o IPCA, será irracional do ponto de vista do prestador negociar um índice inferior ao IPCA do período. Ou seja, se a ANS endossar a referida regra estará criando mais um ponto focal de preços entre prestadores, além de vários outros que já existem atualmente. Caberia, no mínimo, uma análise econômica do impacto deste tipo de norma e deste tipo de configuração negocial: o que até o momento parece não existir, o que dificulta qualquer tipo de comentário a respeito da adequação dos parâmetros adotados.

O uso do IPCA é um grande retorno às médias da economia brasileira, tendo um efeito inflacionário que se retroalimenta. Uma ideia subjacente ao plano real que conseguiu debelar a grande inflação brasileira da década de 80 e 90 é que o referido fenômeno era derivado de algum nível indesejado de indexação e de expectativas de aumentos positivos nos preços e nos custos dos produtos e serviços ofertados. O uso de expedientes regulatórios como este a que a ANS utiliza possui impactos microeconômicos (de colusão tácita e geração de pontos focais) e, também, macroeconômicos (de retroalimentação da indexação econômica), que podem auxiliar neste tipo de fenômeno inflacionário. Ademais, pode contribuir para exarcebar o aumento dos custos dos planos de saúde, um problema que, conforme pronunciamento do ex-presidente da Agência, Leandro Fonseca da Silva, compromete a sustentabilidade do setor. Reajustes mais altos decorrentes da regulação geram aumentos mais altos nos preços dos planos, diminuindo a quantidade de consumidores que podem ter acesso a um plano de saúde.¹¹

Deste modo, deve-se repensar se o art.15, 16 e 17 da RN proposta estão propriamente calibrados ou se poderiam ser modificados. No mínimo, caberia uma explicação mais aprofundada de quais são os motivos do uso do IPCA e que se tenha um mínimo de análise de impacto regulatório deste tipo de norma e de interferência nos contratos entre operadores de planos de saúde e de prestadores.

5. Conclusão

Tendo em vista o disposto na Consulta Pública 76 da ANS, entende-se relevante questionar:

- Alguns dos fundamentos da Nota Técnica 7/2019/GASNT/DIRAD-DIDES/DIDES, em diversos pontos e em especial no item 3.1;
- Sugere-se a exclusão do art. 4º da RN proposta;
- Sugere-se a alteração da dicção dos arts. 8º. e 9º. da RN, para deixar claro que prestadores não podem combinar preços entre si, nem mesmo via uso de tabelas de valores referenciais, conforme jurisprudência deste Conselho;

¹¹ De acordo com <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/09/04/debatedores-cobram-transparencia-de-planos-de-saude>, verificado em 14 de janeiro de 202

- Sugere-se alteração dos artigos 15, 16 e 17 para que se repense o uso de um reajuste imposto pela Agência, nos moldes como hoje é realizado, sem que se crie um problema derivado de ponto focal e de indexação indesejável da economia. Talvez, um caminho, seria, para insumos, adotar os procedimentos já referidos nesta nota, proibindo lucros/cobrança sobre insumos utilizados, pelos motivos já referidos, sendo que, para diárias e taxas, tendo em vista a obrigação legal (Lei 13.003/2014) que a ANS atualmente possui:
 - compreende-se ser importante mostrar para os parlamentares como este tipo de obrigação de interferência contratual pode gerar malefícios sociais;
 - compreende-se que é adequado que não se estabeleça uma norma de conduta padrão, aplicável a todo e qualquer caso, em relação à intervenção na precificação dos agentes, em observância aos ditames legais, mas que a ANS atue apenas em casos excepcionais, via uma análise casuística, que incentive arbitragem para soluções de incertezas contratuais; e que, apenas em último caso, verifique a dinâmica temporal dos lucros e dos aumentos de custos de cada agente, para estipular a cada agente um parâmetro específico de reajuste.
- Sugere-se a exclusão do art. 18,I, da RN proposta para permitir que preços possam variar para baixo.

Entende-se que seria necessário incluir um capítulo ou artigo na RN sugerida, prevendo a possibilidade de a operadora de plano de saúde comprar diretamente materiais, fármacos e OPME que seriam utilizados nos hospitais.

Também, um tópico não explorado ao longo desta nota técnica, mas que merece reflexão é se as multas estipuladas, pela não observância dos parâmetros contratuais estabelecidos pela ANS, estão, realmente, adequadas. Multas muito elevadas podem aumentar o custo dos planos de saúde e dos prestadores de serviço, o que se refletirá em aumento do sistema de saúde como um todo.

Este Departamento não tem instrumentos para fazer a análise sobre tal adequação.

De todo modo, cumpre fazer esta ressalva, já que há a necessidade de se ter um equilíbrio entre punição e incentivos, para não gerar custos demasiados ao setor, ao mesmo tempo em que se criem normas de fácil compreensão e com um bom impacto no mercado.

Brasília, 22 de janeiro de 2020.

DEE/CADE.

Assinado eletronicamente no documento SEI 0710393

6. Anexo - sugestões específicas, em formato resumido

6.1.1. NT 7/2019 – Alteração integral – item 3.1

O motivo da necessidade de modificação desta seção está expresso ao longo da presente nota e dificilmente será reduzido a apenas 1000 caracteres.

Sugere-se relatar o número SEI/CADE da presente nota no formulário eletrônico.

6.1.2. RN - Art.4 – **Exclusão integral do artigo** - Questão a ser modificada

Sugere-se excluir o art. 4º. Com efeito, o CADE já analisou vários casos em que se denunciou existir práticas ilícitas e anticompetitivas dentro de Códigos de Ética profissionais. Cita-se o caso da CBHPM, em que vários CRMs foram condenados por (i) punirem do ponto de vista “ético” os profissionais que não aderissem ao movimento paredista que buscou pressionar pela sua adoção (ii) incentivarem retirada em massa de profissionais de planos de saúde e descredenciamento massivo de estabelecimentos específicos. Tais são apenas exemplos de como Códigos de Ética podem conter determinações extravagantes que fogem daquilo que é lícito ou desejável socialmente. Acaba-se por dar um verdadeiro “cheque em branco” aos Conselhos de Ética, que passam a determinar questões contratuais específicas a profissionais. Conselhos de Ética, por si só, já possuem grande poder decisório. Assim, não parece ser papel da regulação aumentar o referido poder, interferindo em negociações contratuais privadas.

6.1.3. RN - Art.8 e 9 – **Alteração dos artigos** - Questão a ser modificada

O motivo da necessidade de modificação de ambos artigos (em especial do art.9º. que aceita a existência de tabelas padronizadas para negociação entre prestadores e operadores de planos de saúde) está expresso ao longo da presente nota e dificilmente será reduzido a apenas 1000 caracteres.

Sugere-se relatar o número SEI/CADE da presente nota no formulário eletrônico.

6.1.4. RN - Art.15, 16 e 17 – **Alteração do inciso** - Questão a ser modificada

Deve-se repensar a redação do art. 15, par.5, do art. 16, par.2º. e do art. 17, III, b da Resolução Proposta. Com efeito, o uso do IPCA + FQ de maneira linear, e sem preocupação com a inflação setorial e regional, para reajuste contratual, pode criar indexações indesejáveis. Além disto, isto cria uma negociação assimétrica, em que os planos de saúde podem ser obrigados a reajustar pelo IPCA fatores que já possuem elevado sobrepreço. Este tipo de modelo gera um BATNA (*Best Alternative to a Trade Negotiation Agreement*) por parte dos prestadores, que terão o IPCA como ponto focal, mesmo que o IPCA não reflita sua realidade. Se a ANS sinaliza que na ausência de um acordo, valerá o IPCA, será irracional do ponto de vista do prestador negociar um índice inferior ao IPCA do período. Ou seja, se a ANS endossar a referida regra estará criando mais um ponto focal de preços. Caberia, no mínimo, uma análise econômica do impacto deste tipo de norma.

6.1.5. RN - Art.18, I – **Exclusão do inciso** - Questão a ser modificada

Preços, em sua essência, determinam noções de equilíbrio. Isso significa que podem subir ou descer. É, aliás, salutar que preços venham a cair. O aumento das pressões concorrenciais leva a uma redução de preços. Também, é possível que, em um ambiente mercadologicamente saudável, custos venham, ocasionalmente, a diminuir, o que pode redundar em diminuição de preços. Em concorrência perfeita, por exemplo, preço é igual

a custo marginal. Se os custos caem, segundo o referido modelo, é esperado que o preço venha a cair também. A ANS ao estipular tal regra impede que o preço venha a cair, caso exista uma diminuição de custos ou caso ocorra algum choque exógeno ou mesmo mudanças das variáveis concorrencialmente relevantes (como diminuição de barreiras à entrada, aumento de rivalidade e aumento de eficiência dos agentes). Trata-se de uma norma que, a princípio, encarece o preço dos produtos, sem uma justificativa para tanto, em cenários em que os custos diminuem.

6.1.6. RN – Inclusão de capítulo - Questão a ser modificada

Incluir a possibilidade da operadora de plano de saúde comprar diretamente materiais que seriam utilizados nos hospitais. O hospital é um verdadeiro gatekeeper. O hospital que lucra com a venda de uma prótese cara, não tem interesse em buscar diminuir o referido preço (de tabela cobrado do plano de saúde) ou valor informado na tabela Simpro ou Brasíndice. A operadora, por seu turno, tem incentivos balanceados, já que se prestar serviços de baixa qualidade pode perder clientes e se comprar insumos caros demais diminuirá sua lucratividade. Assim, se a operadora de plano de saúde puder entregar os materiais de alto custo aos hospitais, terá como barganhar com distribuidores e fornecedores de materiais preços melhores, além de usar seu poder de compra de forma apropriada. Proibir a aquisição de materiais, fármacos e OPME pelas operadoras (i) incentiva a continuidade do processo de verticalização entre planos de saúde e hospitais e (ii) perpetua o poder de mercado hospitalar.