

PROCESSO Nº: 33910.010106/2020-60

NOTA TÉCNICA Nº 4/2020/ASSNT-DIDES/DIRAD-DIDES/DIDES

Interessado: GABINETE DO MINISTRO DA SAÚDE - DIVISÃO DE APOIO E EXPEDIÇÃO DE DOCUMENTOS OFICIAIS, CHEFE DE GABINETE DO MINISTRO DE ESTADO DA SAÚDE, MINISTÉRIO DA SAÚDE - COORDENAÇÃO-GERAL DO GABINETE DO MINISTRO, CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE

Registro ANS: DIAEX/GM/MS

ASSUNTO

REQUISIÇÃO ADMINISTRATIVA DE LEITOS HOSPITALARES. POSSÍVEIS IMPACTOS NA SAÚDE SUPLEMENTAR ACERCA DA ADOÇÃO DE UMA FILA ÚNICA DE LEITOS.

1. ANÁLISE

1. Trata-se de manifestação formulada por solicitação do Ministério da Saúde, a partir do Despacho nº DATDOF/CGGM/GM/MS (16773433), sobre a Recomendação nº 26, de 22 de abril de 2020, do Conselho Nacional de Saúde (CNS), que recomenda *ad referendum* do Pleno do Conselho Nacional de Saúde, ao Ministério da Saúde e às Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde, que, em suma, adotem a “requisição de leitos hospitalares de propriedade de particulares, a fim de que seu uso seja regulado pelas autoridades públicas de saúde”.

2. Preliminarmente, é importante ressaltar que o CNS, “**órgão colegiado de caráter permanente e deliberativo, integrante da estrutura regimental do Ministério da Saúde**”, encontra previsão legal na Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990^[1], tendo suas competências previstas no Decreto nº 5.839, de 11 de julho de 2006^[2], que apontam atribuições no âmbito do Sistema Único de Saúde.

3. A Lei nº 8.080, 1990, conhecida como “*Lei Orgânica da Saúde*”, que “*Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências*”, delimita, em seu art. 4º, *caput* e §1º, o âmbito de sua aplicabilidade:

"Art. 4º O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS)."

4. Isso porque a citada lei, conforme evidencia seu conteúdo, foi editada com fulcro nos arts. 197, 198 e 200 da Constituição da República Federativa do Brasil – CF/88, que definem o âmbito de atuação do sistema único de saúde – SUS.

5. O art. 197 prevê explicitamente que as ações e serviços de saúde podem ser executadas diretamente pelo Estado, por terceiros prestando serviços a este, assim como pela iniciativa privada, submetendo-se, todos, à regulamentação, à fiscalização e ao controle do Poder Público.

6. No art. 198, a CF/88 estabelece as diretrizes ao funcionamento das ações e serviços **públicos** de saúde, que constituem um sistema único de saúde.

7. Já no art. 200, a CF/88 positiva constitucionalmente a expressão “*sistema única de saúde*”, definindo suas competências mínimas, que podem ser ampliadas via lei, sem, contudo, conceituar e delimitar o âmbito de abrangência deste sistema.

8. A partir destas considerações iniciais, resta, assim, delimitado o objeto desta manifestação, passando-se, então, a uma breve contextualização da situação da pandemia e dos eventuais impactos na saúde suplementar.

2. DA PANDEMIA DA COVID-19 E DAS AÇÕES DEFLAGRADAS PARA SEU COMBATE BRASIL.

9. Como já é consabido, no fim de 2019, mais precisamente em 31 de dezembro de 2019, um novo agente do Coronavírus foi descoberto após casos registrados na China. Tal agente provoca a doença chamada de coronavírus (COVID-19)^[3].

10. Em 30 de janeiro de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou que o surto da doença causada pelo novo Coronavírus (COVID-19) constitui uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional.

11. Assim, dada a velocidade de disseminação do vírus e o efetivo aumento do número de contaminados e de óbitos no Mundo e, especialmente, no Brasil, diversos atos normativos passaram a ser editados pelas autoridades brasileiras com o fim de criar mecanismos ágeis, dinâmicos e flexíveis que permitissem o combate célere e efetivo desta pandemia, todos com tramitação sumária e/ou em regime de urgência.

3. DA REQUISIÇÃO ADMINISTRATIVA NESSE CONTEXTO

12. Os atos citados no parágrafo anterior instauraram regimes jurídicos excepcionais e trouxeram permissões para que autoridades públicas, em especial as relacionadas às pastas de saúde das respectivas unidades federativas, requisitem bens, serviços e até mesmo pessoas a serem utilizados no combate ao Covid-19, a saber:

"Portaria n° 188, de 03 de fevereiro de 2020:

Art. 3° Compete ao COE-nCoV:

(...)

V - propor, de forma justificada, ao Ministro de Estado da Saúde:

(...)

c) a requisição de bens e serviços, tanto de pessoas naturais como de jurídicas, nos termos do inciso XIII do caput do art. 15 da Lei n° 8.080, de 19 de setembro de 1990; e"

"Lei nº 13.979, de 13 de fevereiro de 2020:

§ 2º Ato do Ministro de Estado da Saúde disporá sobre a duração da situação de emergência de saúde pública de que trata esta Lei.

(...)

Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, dentre outras, as seguintes medidas:

(...)

VII - requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa; e"

"Portaria nº 356, de 11 de março de 2020, do Ministério da Saúde:

Art. 1º Esta Portaria regulamenta o disposto na Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que estabelece as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional em decorrência da Infecção Humana pelo coronavírus (COVID-19).

(...)

Art. 7º A medida de requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus Covid-19 será determinada pela autoridade competente da esfera administrativa correspondente, assegurado o direito à justa indenização."

13. O instituto da requisição administrativa possui também previsão constitucional, no art. 5º, XXV: *in verbis*:

"Art. 5º. (...)

XXV - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;"

14. Há previsão, também, na já citada Lei nº 8.080, de 1990:

"Art. 15. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios exercerão, em seu âmbito administrativo, as seguintes atribuições:

(...)

XIII - para atendimento de necessidades coletivas, urgentes e transitórias, decorrentes de situações de perigo iminente, de calamidade pública ou de irrupção de epidemias, a autoridade competente da esfera administrativa correspondente poderá requisitar bens e serviços, tanto de pessoas naturais como de jurídicas, sendo-lhes assegurada justa indenização;"

15. Contudo, destaca-se que o mesmo art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil - CRFB de 05 de outubro de 1988 garante o direito à propriedade privada, no elenco dos direitos fundamentais:

"Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à

igualdade, à segurança e à **propriedade**, nos termos seguintes:

(...)

XXII - é garantido o direito de propriedade;"

16. Considerando que os conflitos entre as disposições constitucionais são aparentes, pois normas constitucionais “*não guardam hierarquia entre si (princípio da unidade da Constituição) e, portanto, não permitiriam, em caso de colisão, uma solução de precedência a priori ou absoluta em favor de uma ou de outra norma*”^[4], é necessário adotar o mecanismo hermenêutico da ponderação, diante da relevante proteção conferida à propriedade privada pela CRFB, até mesmo para delimitar o escopo de aplicação da exceção contida no referido inciso XXV do art. 5º.

17. Ainda, é importante trazer lição do eminente jurista Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2014)^[5], acerca da diferenciação entre os tipos de intervenção traz:

"Eis porque é necessário, desde logo, ter bem clara essa distinção entre as figuras jurídicas: de um lado, a intervenção do Estado na ordem econômica, que é uma função estatal substantiva de Ordenamento Econômico, e, de outro, a intervenção do Estado na propriedade, que vem a ser uma função estatal instrumental, que se põe a serviço de qualquer uma das funções substantivas.

Com efeito, prosseguindo na distinção entre os referidos institutos, a função de Ordenamento Econômico ou de intervenção do Estado da ordem Econômica se enquadra entre as cinco funções administrativas finalísticas estudadas neste Curso (Polícia, Serviços Públicos, Ordenamento Econômico, Ordenamento Social e Fomento), caracterizando-se por estar voltada à execução da disciplina constitucional imposta sobre o campo da economia, ou seja, destinada a alterar, pelo emprego do poder público, os relacionamentos espontâneos dos fenômenos econômicos, de produção, transformação, circulação, distribuição e consumo das riquezas, para sujeitá-los a uma ordem normativa jurídica, que se tem presumidamente como a que possa ser mais justa ou mais eficiente que a espontânea.

Distintamente, a intervenção na propriedade, reitere-se, ainda uma vez, a bem da clareza, é uma atividade meramente instrumental, que se constitui de um arsenal de meios jurídicos, através dos quais o Estado tem possibilidade de atuar administrativamente sobre alguns de seus aspectos específicos atinentes à relação dominial privada, ou, até mesmo, em caso extremo, para extingui-la, sempre que o interesse público o exija e a lei o preveja."

18. Assim, é relevante destacar que tanto o regramento da prestação do serviço público de saúde pelo SUS, quanto o da prestação privada por intermédio do setor privado e complementar se caracterizam como Intervenção do Estado na ordem econômica. O primeiro por meio da prestação de um serviço público diretamente e a segunda por meio intermédio de medidas de Ordenamento Econômico impostas pela Regulação.

19. Já o instituto da Requisição é verdadeiro instrumento de intervenção na propriedade, que deve sempre ser utilizado em razão da função finalística do Estado, ou seja, sua função substantiva. Assim, a requisição de equipamentos e serviços prevista nos instrumentos normativos supracitados visa, *a priori*, a consecução do objetivo prestação de serviços públicos pelo SUS.

20. Desse modo, a finalidade da requisição administrativa é sempre de preservar a sociedade contra situações de perigo público iminente. E ela só não será legítima se não estiver configurada a situação de perigo mencionada na Constituição^[6], e se, é claro, for executada ao arrepio dos princípios mandatórios à Administração, como os da razoabilidade, impessoalidade, moralidade e legalidade.

21. Conforme demonstrado alhures, o sistema de saúde do Brasil foi regulamentado, em âmbito constitucional, pelos artigos 196 a 200 da CF/88, a qual, após destacar que a saúde é um direito de todos e dever do Estado (art. 196), e que são de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle (art. 197), afirma também que a assistência à saúde é livre à iniciativa privada (art. 199).

22. No que se refere aos ditamos do art. 196 da CRFB^[7], para compreensão ampla do instituto, não se deve ater apenas à parte inicial, que dispõe que “a saúde é direito de todos e dever do Estado”, devendo-se atentar, também, para o complemento deste dispositivo constitucional, comumente negligenciado nas análises sobre o tema, segundo o qual a saúde deve ser “*garantida mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, cujo acesso deve ser universal e igualitário por meio de ações que reduzam os riscos de doenças*”. (grifou-se)

23. Já o art. 197 da CF/88 define, explicitamente, que as ações e serviços de saúde podem ser executadas diretamente pelo Estado, por terceiros prestando serviços a este, assim como pela iniciativa privada, submetendo-se, todos, à regulamentação, à fiscalização e ao controle do Poder Público.

24. Assim como o artigo 199 da CF/88 estanca qualquer dúvida sobre a assistência à saúde ser livre à iniciativa privada.

25. A clareza e a objetividade do dispositivo constitucional colecionado, bem como seu tratamento em artigo específico, enfatizam a existência de um setor privado de assistência à saúde distinto e apartado dos serviços públicos de saúde, não componente do sistema único de saúde, como uma atividade econômica em sentido estrito, sobre a qual se aplica os fundamentos (com ênfase à livre iniciativa) e princípios (com ênfase à propriedade privada – novamente – e à defesa do consumidor) da ordem econômica previstos no art. 170 da CRFB.

26. Este setor privado de saúde engloba a prestação de serviços de assistência à saúde diretamente por profissionais e estabelecimentos de saúde aos usuários finais ou consumidores, na acepção do Código de Proteção e Defesa do Consumidor – CDC, instituído pela Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990 ou por intermédio das operadoras de planos privados de assistência à saúde, mediante a cobertura de riscos da assistência, na forma prevista na Lei nº 9.656, de 1998, que “*Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde*”, denominado “*setor de saúde suplementar*”.

27. No caso da saúde suplementar, uma vez mais a CF/88 reafirma se tratar de uma atividade econômica, que está, contudo, sujeita à regulação, que também possui previsão constitucional no art. 174.

28. Restando, portando, demonstrado acolhimento, pela CF/88, do modelo de saúde suplementar como atividade econômica, no qual empresas privadas, denominadas Operadoras de Planos de Assistência à Saúde, oferecem a prestação privada de assistência à saúde, de contratação voluntária, aos indivíduos, nesta acepção tido como consumidores.

29. Tal ordem de coisas leva, primeiro, à criação do marco regulatório da saúde suplementar com a edição da Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998 e, em um segundo momento, à criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS por meio da Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000.

30. Assim, a ANS passou a desempenhar a atividade de regulação, controle e fiscalização do mercado de Saúde Suplementar.

31. A regulação do setor econômico possui como objetivos principais: a segurança jurídica do setor; a manutenção da estabilidade do mercado garantindo a solvência das operadoras; a correção ou redução das distorções decorrentes das falhas de mercado como, p.ex., assimetrias de informações e a maximização da participação do consumidor no mercado.

32. Outros objetivos importantes são a garantia da qualidade assistencial e o estabelecimento de uma responsabilidade das operadoras pela saúde dos consumidores.

33. Assim, é a ANS a entidade responsável pela regulação e fiscalização da atuação das operadoras de planos de assistência à saúde, nos segmentos médico e odontológico, inclusive com poder de polícia para adoção das medidas administrativas em casos de descumprimento dessa legislação setorial.

34. No que se refere ao setor suplementar de saúde, que oferece a prestação de serviços privados de assistência à saúde, nos quais os honorários aos prestadores são pagos pelas operadoras privadas de planos de saúde, por conta e ordem do consumidor (inciso I, do art. 1º, da Lei nº 9.656, de 1998), a perspectiva da ação regulatória se reveste de importância capital, pois o que está sendo contratado é o atendimento para promoção e manutenção da saúde e prevenção de riscos e agravos.

35. Vale destacar, ainda, que este não é um setor homogêneo, pois composto por um mosaico de operadoras de diferentes portes e arranjos jurídico-institucionais. Nele estão presentes desde pequenas instituições confessionais a seguradoras vinculadas a conglomerados bancários.

36. Sua relevância se ressalta quando, apesar da crise econômica que assola este país há anos, segundo o [Instituto Brasileiro de Opinião e Estatística - IBOPE](#) ter um plano de saúde é o terceiro maior desejo dos consumidores brasileiros, atrás apenas da educação e casa própria, o que demonstra se tratar de um setor que vem contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País.

5. DA SAÚDE COMPLEMENTAR

37. Como bem pontua FERREIRA FILHO, a assistência à saúde prestada pela iniciativa privada *“não se confunde com o modelo de saúde “complementar”, determinado no §1º, do mesmo artigo, que permite aos particulares participarem, por meio de contratos de direito público ou convênios remunerados pela Administração Pública, da prestação de serviços e assistência à saúde vinculados ao Sistema Único de Saúde (SUS)”*.

“Art. 199. (...)

§ 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.”

38. Esta participação das instituições privadas na prestação de serviços públicos de saúde através da saúde complementar também encontra previsão na Lei nº 8.080, de 1990, que assim dispõe:

“Art. 24. Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada.

39. Destaca-se que essa forma de participação privilegia a liberdade negocial e a livre iniciativa ao determinar que a prestação de serviços será realizada conforme contrato ou convênio, instrumentos negociais que exigem a manifestação de vontade das partes.

40. Os dispositivos constitucionais e legais citados, devidamente concatenados para posicionar a saúde como direito, estrutura e sistema ante o ordenamento jurídico brasileiro, demonstram que a CRFB de 1988 erigiu a saúde ao nível de política de estado, norteadora de todas as ações dos administradores públicos, inclusive vinculando-os às suas disposições, independentemente das ideologias dos governos que se sucederem, delimitando, com clareza, quais serviços de saúde estão sob gestão e controle da administração pública e quais são adstritos à iniciativa privada.

41. Ou seja, o sistema de saúde se direciona à efetivação de um direito fundamental de segunda dimensão, previsto no art. 6º da CRFB, caracterizando-se por corresponder a um direito subjetivo do indivíduo de exigir a prestação de assistência à saúde direta do Estado ou contratar serviços privados para satisfazer suas necessidades de saúde.

42. Isso porque, em uma conjuntura dos preceitos constitucionais, deflui-se que não há monopólio estatal na prestação dos serviços de assistência à saúde, que deve se ater às ações e serviços públicos, componentes do sistema único de saúde, sejam os prestados por seus próprios meios ou através de terceiros contratos pelo Estado, para garantir a todos o direito à saúde.

43. Logo, não há preponderância entre uma ou outra forma de prestação de serviço de saúde, sendo garantida pela CR/88 a liberdade de escolha dos indivíduos, que podem se utilizar dos serviços de saúde públicos, que deve ser garantido a todos os indivíduos pelo Estado, ou contratar um serviço privado de saúde suplementar, quando assumirão a posição de consumidores.

44. Dessa forma, todo este arcabouço de dispositivos constitucionais e legais relacionados à saúde demonstram a existência de uma “*ideia de subsidiariedade da rede privada em relação à rede pública, servindo para suprir deficiências ou insuficiências da última*”^[8].

45. Assim, passa-se à demonstração técnica, a partir de dados e outras informações sobre o setor, dos efeitos que eventual adoção das medidas recomendadas pelo CNS ou da adoção de qualquer medida que reduza o número de leitos disponíveis ao setor de saúde suplementar pode acarretar ao consumidor de planos de saúde.

6. DO CONSUMIDOR DA SAÚDE SUPLEMENTAR

46. Como já dito acima, o setor de saúde suplementar tem como marco legal a Lei nº 9.656, de 1998 e é regulado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, criada e investida de competências pela Lei nº 9.961, de 2000.

47. Há no setor de saúde suplementar aproximadamente 47,1^[9] milhões de beneficiários de planos de assistência médico-hospitalar de saúde e 25,9 milhões de beneficiários de planos privados exclusivamente odontológicos, que perfazem o total de indivíduos com contratos vigentes com operadoras de planos de saúde.

48. Ao contratarem um plano de saúde, os indivíduos passam a ser tutelados, também, pelas disposições do Código de Defesa do Consumidor - CDC, Lei nº 8.078, de 1990, que conceitua consumidor como “*é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como*

destinatário final”.

49. Nesse sentido, os beneficiários de planos de saúde são, então, destinatários finais do produto/serviço conceituado como “prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, **pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde**, livremente escolhidos, **integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor**”^[10].

50. Conforme se denota da leitura do conceito apresentado, para que seja possível a prestação dos serviços ofertados pelas operadoras de planos de saúde^[11], é necessária a disponibilidade de uma rede de assistência médico-hospitalar, sendo esta considerada, inclusive, uma das principais características do “produto” plano de saúde.

51. Este entendimento é reforçado pela redação da própria Lei nº 9.656, de 1998, que assim dispõem no §1º do art. 1º:

"Art. 1º. (...)

§ 1o Está subordinada às normas e à fiscalização da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS **qualquer modalidade de produto, serviço e contrato que apresente, além da garantia de cobertura financeira de riscos de assistência médica, hospitalar e odontológica, outras características que o diferencie de atividade exclusivamente financeira, tais como:**

(...)

b) **oferecimento de rede credenciada ou referenciada;**" (grifou-se)

52. A rede prestadora de serviços é uma característica tão fundamental para a prestação de serviços de assistência privada à saúde no âmbito da saúde suplementar, que é, inclusive, requisito para a concessão de autorização de funcionamento das operadoras de planos de saúde, conforme redação do art. 8º, incisos II, III e V da Lei nº 9.656 de 1998:

"Art. 8º Para obter a autorização de funcionamento, as operadoras de planos privados de assistência à saúde devem satisfazer os seguintes requisitos, independentemente de outros que venham a ser determinados pela ANS:

(...)

II - descrição pormenorizada dos serviços de saúde próprios oferecidos e daqueles a serem prestados por terceiros;

III - descrição de suas instalações e equipamentos destinados a prestação de serviços;

(...)

V - demonstração da capacidade de atendimento em razão dos serviços a serem prestados;"

53. Dessa forma, resta evidente a necessidade de se observar os direitos dos consumidores de planos de saúde na análise ora em questão, visto que a defesa do consumidor é um dos princípios constitucionais da ordem econômica elencados no art. 170 da CRFB, bem como que, conforme previsão do art. 4º, inciso XXXVI da Lei nº 9.961, de 2000, cabe à ANS *articular-se com os órgãos de defesa do consumidor visando a eficácia da proteção e defesa do consumidor de serviços privados de*

assistência à saúde, observado o disposto na Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990”.

54. O conceito de rede de prestadores de serviços (ou rede assistencial) deve ser compreendido como o conjunto de prestadores de serviços de saúde (hospitais, clínicas, laboratórios, consultórios e profissionais de saúde) contratados pelas operadoras de planos de assistência à saúde para atendimento de seus beneficiários.

55. Para garantir a assistência oferecida nos produtos, as operadoras devem formar uma rede de prestadores, seja própria ou contratualizada, compatível com a demanda, capaz de atender aos consumidores nos prazos regulamentares, conforme as regras da RN nº 259, de 17 de junho de 2011, respeitando o que foi contratado, sendo imputada à operadora a responsabilidade por eventuais falhas na formação desta rede.

56. Dessa forma, para regular os instrumentos utilizados para a formação desta rede prestadora de serviços, há regramentos específicos, com disposições tanto na própria Lei nº 9.656, de 1998, como na regulamentação infralegal elaborada pela ANS.

57. Na esfera legal, assim dispõem os arts. 17 e 17-A da Lei nº 9.656 de 1998:

“Art. 17. A inclusão de qualquer prestador de serviço de saúde como contratado, referenciado ou credenciado dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei implica compromisso com os consumidores quanto à sua manutenção ao longo da vigência dos contratos, permitindo-se sua substituição, desde que seja por outro prestador equivalente e mediante comunicação aos consumidores com 30 (trinta) dias de antecedência.

(...)

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.”

58. Mencionados artigos estabelecem regras acerca da contratação e disponibilização da rede de assistencial aos beneficiários da saúde suplementar e norteiam diversas relações jurídicas estabelecidas no âmbito da saúde suplementar, com impactos econômicos e financeiros sobre as operadoras e prestadores de serviço, bem como na própria atenção à saúde dos beneficiários.

59. Outrossim, por força do disposto no art. 17-A, § 2º da Lei nº 9.656/98, toda relação jurídica envolvendo operadoras de planos de saúde e prestadores de serviço e atenção à saúde estão subordinadas a um contrato que tem como função primordial promover a segurança jurídica e econômica, para que os serviços de assistência à saúde estejam sustentáveis e disponíveis aos consumidores/beneficiários.

60. Assim, qualquer ato do Poder Público sobre a rede privada hospitalar deve, portanto, observar o que a própria Lei prevê, devendo-se atentar que um ato de império pode ofender atos jurídicos perfeitamente amoldados às previsões legais, que visam garantir a assistência à saúde dos consumidores de planos de saúde.

61. Deve-se considerar, também, que os contratos firmados entre estes agentes econômicos, a saber operadoras e prestadores de serviços, tem fonte de financiamento distinta dos serviços públicos de saúde, uma vez que são financiadas pelos exclusivamente consumidores, pagadores diretos de contraprestações pecuniárias às operadoras de planos de saúde (que, por sua vez, remuneram os estabelecimentos privados de saúde pelos serviços assistenciais prestados), ou seja, aqueles que se dispõem a desembolsar além daquilo que já desembolsam como contribuintes para que tenham à sua disposição uma rede específica de atenção.

62. Em sentido contrário, os estabelecimentos destinados à prestação de serviços públicos de saúde são integralmente financiados por tributos pagos por toda a sociedade, incluindo os beneficiários de planos de saúde, as operadoras de planos de saúde e os prestadores de serviços de saúde, e que, por esta razão, devem ser disponibilizados a todos.

63. É importante ressaltar que, pela dinâmica do setor de saúde suplementar, prestadores de serviço contratualizam com diversas operadoras e vice-versa, conforme a disponibilidade de serviços (ex. leitos) e expectativa de utilização, buscando o melhor aproveitamento de suas instalações com o mínimo de ociosidade possível, uma vez que são entidades privadas no exercício de atividade econômica.

64. As redes de atenção no SUS são arranjos organizativos de ações e serviços de saúde, articulados em níveis de complexidade crescente e envolvendo as três instâncias de pactuação da gestão compartilhada do SUS (municipal, estadual e federal), com a finalidade de garantir a integralidade do cuidado numa área geográfica e população definidas. Esse arranjo envolve diferentes densidades tecnológicas que são integradas por meio de sistemas de apoio técnico, logístico e de gestão, compondo uma rede única.

65. Na saúde suplementar não há uma integração ou pactuação entre as operadoras de planos privados de assistência à saúde, de modo que cada operadora é responsável por garantir, dentro da sua área de abrangência e área de atuação, a assistência integral dos seus beneficiários a todos os procedimentos definidos no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, de acordo com as coberturas contratadas.

66. Pois, como cedição, a maior parte dos recursos financeiros recebidos pelos hospitais vem das operadoras de planos de assistência à saúde que deixariam de realizar qualquer transferência financeira por estes não estarem lhes prestando os serviços contratados, pois incapacitados por conta da intervenção estatal em suas atividades, o que, em última análise, mesmo nos casos em que os hospitais pertençam ao mesmo grupo econômico ou quiçá à própria operadora de planos de assistência à saúde, impossibilita o atendimento aos consumidores de planos de saúde, negando-lhes o acesso pelo qual mensalmente pagaram.

67. Por isso, a ANS ao longo de anos buscou, além de regulamentar a inclusão e exclusão dos prestadores de saúde, garantir, a partir da organização da rede prestadora de serviços de uma operadora de planos de assistência à saúde, que o atendimento dos consumidores de plano privado de assistência à saúde fosse oportuno e eficaz, adotando as medidas de acesso, a fim de avaliar se o serviço está sendo efetivamente prestado, por meio de prazos de atendimento únicos para todo o território nacional, independentemente da extensão geográfica da área de atuação do plano.

68. Ao determinar o valor de comercialização de um produto, a operadora deve atentar para diversos fatores, como a cobertura a ser oferecida aos beneficiários (ambulatorial, hospitalar, obstetrícia etc), a rede de prestadores de serviços (tamanho da rede, valores negociados com os profissionais médicos), a presença ou não de fator moderador (coparticipação, franquia) e de mecanismos de regulação (direcionamento para rede própria, médico-porteiro etc.), abrangência geográfica, o perfil dos potenciais beneficiários, assim como o tipo de contratação (individual, coletivo empresarial ou coletivo por adesão). Os valores pagos pelos beneficiários irão, inevitavelmente, refletir as particularidades de todas essas variáveis.

69. No que tange às coberturas assistenciais oferecidas, são variados os tipos de procedimentos que, de acordo com o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, devem ter cobertura garantida, como consultas, diversos tipos de exames, cirurgias, internações etc. Dentre estes procedimentos, há aqueles que demandam leitos hospitalares para a sua realização, como cirurgias e internações – que podem ter caráter eletivo ou de urgência/emergência.

70. Vale o destaque de que uma internação pode conter vários serviços agregados (realização de exames, materiais utilizados, honorários da equipe médica etc.), que influenciarão no

valor que será cobrado pelo prestador à operadora de planos de assistência à saúde.

71. Os valores referentes a essas internações são negociados com cada prestador de serviços, podendo variar de acordo com cada entidade hospitalar. Algumas dessas entidades podem pertencer à rede própria ou à rede conveniada da operadora. Além dos preços, outros fatores deverão constar do contrato entre as operadoras de planos de saúde e os prestadores de serviços de saúde, como prazos e formas de pagamento.

72. Importante, ainda, enfatizar que no setor de saúde suplementar, que se assenta no conceito de mutualismo para permitir a diluição dos custos da assistência à saúde de alguns por todos os consumidores pagantes e integrantes do setor, todos os valores pagos aos prestadores têm como origem as contribuições (mensalidades) pagas pelos consumidores.

73. Assim, em caso de requisição dos leitos do setor privado de saúde para serem geridos pelas autoridades públicas de saúde, ou mesmo no caso em que requisições ocorram isoladamente, mas em volume tamanho que comprometam a capacidade dos hospitais privados de manterem os atendimentos aos consumidores dos planos de saúde, estes, mesmo tendo pago por anos suas mensalidades a fim de garantir acesso a serviços e estabelecimentos de saúde privados e específicos, poderão ver seu acesso impossibilitado, experimentando significativos prejuízos, ao arrepio de toda a legislação que vise lhes proteger.

74. Como consequência da desassistência à saúde, é possível se inferir que o consumidor se veria desestimulado a manter o pagamento de suas mensalidades, o que poderia acarretar severo desequilíbrio econômico-financeiro de difícil reparação em todo setor de saúde suplementar.

75. Neste sentido, pode-se estimar que eventual requisição de quaisquer equipamentos ou estabelecimentos da rede privada hospitalar pelo Poder Público que não observe os limites operacionais desta para manter os atendimentos à saúde suplementar representa risco sistêmico a toda cadeia produtiva do setor privado de saúde, que pode sofrer uma repentina interrupção de sua única fonte de financiamento - as contraprestações colhidas dos beneficiários/consumidores, pois estes não encontrariam razões para manter os pagamentos se não estivessem certos de que estes lhes proporcionarão o acesso a serviços específicos de saúde privada quando eventualmente necessitarem.

76. Outro efeito potencial da adoção deste tipo de medida, que necessariamente resultaria no descumprimento de muitas obrigações contratuais, em especial as relativas à cobertura assistencial ao consumidor, mesmo que decorrente de um ato do Estado, justo em uma situação de crise sanitária, seria a multiplicação dos conflitos jurídico-sociais, que desaguariam no Poder Judiciário, amplificando ainda mais a judicialização na área da saúde, em decorrência da expectativa legítima não atendida de utilização daquela rede hospitalar contratada pelo consumidor.

77. Vale aqui apontar, então, como exemplo, que a ANS tem ciência da Ação Direta de Inconstitucionalidade - [ADI nº 6.362](#) proposta pela Confederação Nacional de Saúde junto ao Supremo Tribunal Federal a fim de evitar a adoção descontrolada de requisições administrativas de estabelecimentos, equipamentos e/ ou demais materiais do setor privado de saúde pelo poder público.

78. Sobre o tema, é importante consignar as medidas adotadas pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ, que, a partir de proposta formulada pelo Fórum da Saúde, por intermédio de seu Comitê Executivo Nacional, que atua como órgão de produção e execução de políticas públicas relativas à judicialização da saúde, aprovou, em plenário, a Nota nos autos do processo nº 0003408-28.2020.2.00.0000, bem como recomendação aos juízos com competência para o julgamento das ações que versem sobre o direito à saúde a adoção de medidas para a garantir os melhores resultados à sociedade durante o período excepcional de pandemia da Covid-19, salientando o seguinte, no art. 1º, que a "*a preservação da saúde dos profissionais da saúde, dos agentes públicos e dos usuários do Sistema Único de Saúde (SUS) e da Saúde Suplementar*".

7. DA COMPLEXIDADE NA INTEGRAÇÃO DOS INSTRUMENTOS DE GESTÃO

79. Em outro sentido, as medidas propostas pelo CNS, de forma geral, pressupõem a reorganização total do sistema de saúde brasileiro, exigindo uma atuação integrada dos setores público e privado, mesmo temporariamente, durante o período da pandemia, sendo este um tema de alta complexidade, que deve ser avaliado de forma ampla e participativa, considerando-se todos os aspectos legais e operacionais que o envolvem.

80. No que tange, em especial, ao registro, para monitoramento, da produção assistencial, estes impactos seriam percebidos de forma bastante contundente, uma vez que incluiriam processos de gestão compartilhada tanto de informações estratégicas quanto de resultados em saúde entre os entes público e privado, o que exigiria a imediata integração de ferramentas, plataformas e sistemas, muitos dos quais sequer existem no momento, cujo trabalho de integração vem sendo tentado há anos sem que se logre êxito, diante da alta complexidade que envolve este trabalho.

81. Um exemplo que permite a visualização desta dificuldade é a implantação da Rede Nacional de Dados em Saúde (RNDS) que consiste, em resumo, em uma base única das informações de saúde dos cidadãos brasileiros^[12]. Desde a instituição do Comitê Gestor de Estratégia E-Saúde, pela Resolução CIT nº 5/2016, que à época buscava a implantação do Registro Eletrônico em Saúde (RES), tal repositório de informações pouco andou, especialmente aos entraves relacionados ao sistema público.

82. A dificuldade em operacionalizar a coleta e armazenamento de dados naquele sistema é bem maior que no setor privado, que há mais de dois anos, já encontra-se apto para encaminhar o conjunto mínimo de dados estipulado que recebe mensalmente através da Troca de Informação de Saúde Suplementar - TISS.

83. Outro exemplo da complexidade destas ações é o Programa de Qualificação dos Prestadores da Saúde Suplementar (QUALISS), que visa induzir a qualificação dos prestadores de serviços de saúde e atualmente está sendo desenvolvido no âmbito de um Projeto PROADI-SUS, contemplado em um dos objetivos estratégicos do Ministério da Saúde, que é o de reduzir e prevenir riscos e agravos à saúde da população, considerando os determinantes sociais, por meio das ações de vigilância, promoção e proteção, com foco no controle das doenças transmissíveis, prevenção de doenças crônicas não transmissíveis, acidentes e violências, e na promoção do envelhecimento saudável.

84. Este Projeto envolve a criação de um painel de indicadores de qualidade hospitalar incluindo indicadores gerais e específicos por linha de cuidado, levando em consideração a centralidade do paciente no cuidado hospitalar e seu desenvolvimento foi estimado para ocorrer em 3 (três) anos, somente devendo ser concluído ao final do ano de 2021.

85. A recomendação do CNS para que se proceda à regulação unificada de leitos hospitalares implicaria na necessidade do acompanhamento de indicadores gerenciais de todos os hospitais, como, por exemplo, a taxa de ocupação hospitalar, considerando-se os leitos de internação geral e os de UTI, assim como o próprio censo hospitalar de acompanhamento diário, dentre outros, o que alteraria, por exemplo, o escopo do projeto mencionado no parágrafo anterior, que provavelmente precisaria ter sua conclusão postergada.

86. Informa-se, sobre isso, que estão sendo adotadas por esta Agência ações que visam obter informações mais precisas sobre a ocupação de leitos privados no país. Nesse sentido, estão em andamento tratativas entre a ANS e o Ministério da Saúde para possibilitar que tanto a rede pública quanto a privada possam incluir os seus dados de ocupação de leitos na plataforma criada em

decorrência da Portaria do Ministério da Saúde nº 758, de 09 de abril de 2020, por intermédio da plataforma notifica.saude.gov.br, que também poderá passar a receber os dados de ocupação de leitos dos hospitais privados, inclusive os destacados para o cuidado à COVID-19, e possibilitará o acesso da ANS à informações mais fidedignas acerca do índice de ocupação.

87. Até mesmo esta ação, a princípio de menor complexidade, está sendo tratada já há algumas semanas, tantas são as dificuldades encontradas quando se pretende promover a tão desejada integração público-privada.

8. DAS INFORMAÇÕES REPORTADAS PELO SETOR.

88. Informações relatadas por integrantes do setor, que vêm sendo publicadas nas últimas semanas pela imprensa^[13], apontam que os leitos da rede privada para atendimento aos beneficiários da saúde suplementar estão próximos de atingir o limite de sua capacidade, com ocupação superior a 90% da disponibilidade, chegando, em alguns casos, a 93%.

89. Esta circunstância aponta para uma possível inefetividade de eventual medida que vise incorporar ao sistema público os leitos da rede privada, pois, além de ter como potencial consequência o comprometimento da organização, da estruturação da rede de assistência mantida para o atendimento à parcela da população que compõe o setor de saúde suplementar, reduzindo ou até mesmo inviabilizando seu acesso a estes leitos, aparentemente também não importaria em maior disponibilidade de leitos à parcela da população usuária dos serviços públicos de saúde, pois a demanda se manteria muito superior à oferta.

90. Esta hipótese é reforçada, em relação ao Rio de Janeiro, por estudo realizado pela Associação de Hospitais do Rio de Janeiro – AHERJ, registrado na ANS sob o nº 33910.010106/2020-60 (SEI nº 16936364), que conclui: *“Hoje o estado do Rio de Janeiro lida com dois problema, a falta de leitos hospitalares tanto no setor público como no privado que se torna grave em uma situação como a que estamos vivendo hoje (...)”*

91. Outrossim, em entrevista à EBC^[14], o Diretor Gracco Alvin, da Associação de Hospitais Particulares do Estado do Rio de Janeiro, reforçou que a rede privada no município do Rio de Janeiro e região metropolitana já se encontra 90% ocupada, com expectativa de colapso entre 7 e 10 dias. Por outro lado, alega ter conhecimento da existência de cerca de 20.000 leitos na rede privada estadual, sendo que, destes, cerca de 6.000 já são utilizados pelo SUS.

92. Tais informações apontam para uma ocupação muito distinta em cada estado do país dos leitos no SUS e na saúde privada. Enquanto alguns estados relatam estarem com menos de 50% dos leitos ocupados, inclusive no SUS, outros já se encontram colapsados.

93. Ademais, projeções feitas demonstram que há expectativa de colapso na rede Privada. De acordo com Nota Técnica 07^[15], de 30 de abril de 2020, do Laboratório de Tecnologias de Apoio à Decisão em Saúde, há 3 cenários para análise da ocupação de leitos: um otimista, um moderado e outro pessimista.

94. De acordo com este estudo, os leitos de UTI do setor privado poderiam se esgotar em 5 estados, no cenário otimista (Amazônas, Piauí, Sergipe, São Paulo e Santa Catarina). Já no cenário pessimista, o colapso só pouparia 2 estados (Mato Grosso e Distrito Federal).

95. Sobre esta questão, vale também a menção ao trabalho publicado em 2018^[16], em que a Federação Brasileira de Hospitais - FBH e a Confederação Nacional de Saúde - CNSaúde apresentam dados sobre a disponibilidade de leitos para o SUS em hospitais privados, apontando que 73,5% dos

hospitais privados prestariam algum tipo de atendimento para o SUS e somente 26,5% seriam puramente privados, sendo, desta forma, inadequado considerar, de forma absoluta, que existe divisão de leitos entre os serviços públicos privados, pois grande parte destes já está disponível ao sistema público de saúde.

96. Encerrando este ponto, cumpre colacionar trecho da supracitada nota técnica aprovada e divulgada aos gestores públicos de saúde pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, que contém dados relevantes sobre a distribuição de leitos:

“em relação à eventual necessidade de utilização de leitos adicionais, a Administração Pública conta com entidades privadas, com e sem fins lucrativos, que atendem pacientes em regime de complementariedade, como prevê o artigo 199 da Constituição Federal. Dos mais de 430 mil leitos de internação, 62% estão em instituições privadas e desses, 52% já são disponibilizados ao setor público. Segundo dados do Ministério da Saúde, em 2017, cerca de 60% das internações de alta complexidade do SUS foram realizadas por instituições privadas, grande parte delas filantrópicas;”

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

97. Ante todo o exposto, sendo essas as considerações cabíveis à Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS acerca da Recomendação nº 26, de 22 de abril de 2020, do Conselho Nacional de Saúde desta Diretoria, aprovada pela Diretoria Colegiada da ANS., remete-se ao Ministério da Saúde.

98. Dada a relevância e repercussão do tema, segue o encaminhamento, primeiro, ao Ministério da Saúde, que nos formulou consulta, e posteriormente a todas as autoridades interessadas no assunto, como o Conselho Nacional de Justiça, a Procuradoria Geral da República, membros do Ministério Público e da Defensoria Pública, federal e estaduais, de núcleos da tutela dos direitos dos consumidores, à Secretaria Nacional de Defesa do Consumidor – SENACON, do Ministério da Justiça.

99. Rio de Janeiro, na data da assinatura eletrônica.

[1] Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acessado em 14 de maio de 2020.

[2] Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5839.htm>. Acessado em 14 de maio de 2020.

[3] Disponível em <https://coronavirus.saude.gov.br/linha-do-tempo>. Acessado em 13 de maio de 2020.

[4] GUEDES, Néviton. A ponderação e as colisões de normas constitucionais. Disponível em conjur.com.br/2012-dez-10/constituicao-poder-ponderacao-colisoes-normas-constitucionais. Acessado em 03 de abril de 2020.

[5] Moreira Neto, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 16ª Edição. Editora Forense. Pg. 407.

[6] CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 27ª ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2014, p. 804.

[7] Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acessado em

13 de maio de 2020.

[8] MARQUES NETO, Flávio de Azevedo. Público e Privado no setor de saúde. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 3, n. 9, jan/mar., 2005. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=12799>. Acessado em 27 de abril de 2019.

[9] Acessível em <https://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-gerais>

[10] Art. 1º, inciso I da Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656compilado.htm. Acessado em 11 de maio de 2020.

[11] Vide Art. 1º, II da Lei nº 9.656/98.

[12] Mais informações em <https://rnds.saude.gov.br/>. Acessado em 14 de maio de 2020.

[13] Disponível em <https://exame.abril.com.br/brasil/rede-privada-de-saude-do-rio-tambem-esta-proxima-de-um-colapso/>. Acessado em 13 de maio de 2020.

[14] Disponível em <https://radios.ebc.com.br/reporter-nacional/2020/05/hospitais-privados-do-estado-do-rio-podem-entrar-em-colapso-em-10-dias>. Acessado em 12 de maio de 2020.

[15] Disponível em <https://labdec.nescon.medicina.ufmg.br/wp-content/uploads/2020/05/Nota-Tecnica-NT7-Covid-19-3004.pdf>. Acesado em 12 de maio de 2020.

[16] disponível em http://fbh.com.br/wp-content/uploads/2018/07/Relatorio-FBH-CNS_web.pdf

OBS.: Atenção - Antes de assinar verifique se possui autoridade no Regimento interno da ANS para assinar este tipo de documento.



Documento assinado eletronicamente por **RODRIGO RODRIGUES DE AGUIAR, Diretor(a) de Desenvolvimento Setorial**, em 21/05/2020, às 18:13, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, do Decreto nº 8.539/2015.



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site <https://www.ans.gov.br/sei/autenticidade>, informando o código verificador **16991449** e o código CRC **10E917B4**.