

Art. 19, inciso III; Art. 25, inciso IV; e Art. 34; todos da RN nº 388/2015. Art. 5º, inciso IV; e art. 8º, inciso III; ambos da RN nº 124/06. Interpretação dos dispositivos que, assim como a RVE no âmbito da NIP, tratam de incentivos à reparação de conduta. Necessidade de esclarecimento quanto a adequada aplicação de cada um dos institutos e suas consequências.

I - INTRODUÇÃO:

1. O Entendimento DIFIS é um instrumento oficial da Diretoria de Fiscalização - DIFIS para a fixação e uniformização das ações fiscalizatórias, na forma da IN nº 12/2016-DIFIS. Compõe o processo de construção a abertura de prazo para agentes de fiscalização de todo o país contribuírem ao debate, trazendo experiências do dia a dia da fiscalização, consideradas para fins de análise da versão final a ser publicada.

2. Na legislação setorial aplicável às atividades da Diretoria de Fiscalização, observa-se a existência de outros institutos, além da Reparação Voluntária Eficaz - RVE no âmbito da Notificação de Intermediação Preliminar - NIP, que representam incentivos às reparações das condutas infrativas pelas operadoras, cada um com requisitos próprios e finalidades específicas, sendo eles:

- a) reparação Posterior - Art. 34 da RN nº 388/2015;
- b) reparação dos efeitos danosos como uma das causas possíveis de aplicação de advertência - Art. 5º, IV da RN nº 124/2006;
- c) reparação dos efeitos danosos como uma das causas possíveis de aplicação de circunstância atenuante - Art. 8º, III da RN nº 124/2006;
- d) reparação da conduta no rito estabelecido para o Procedimento Administrativo Preparatório - Art. 17 da RN nº 388/2015; e
- e) rito que antecede a lavratura de representação - Art. 25 da RN nº 388/2015.

3. Dessa forma, a partir do monitoramento contínuo das atividades de fiscalização e considerando a importância da prática de medidas indutoras de mudança de conduta, verificou-se a necessidade de fixação de Entendimento para uniformizar a forma de aplicação das previsões afetas ao tema.

II - FUNDAMENTAÇÃO:

4. Preliminarmente, cumpre esclarecer o papel do Ente Regulador e o porquê do incentivo à reparação da conduta por parte das operadoras ou das administradoras de benefícios.

5. Nesse sentido, considerando que a Agência Reguladora se localiza no centro do mercado regulado, é intrínseca às suas atividades a tentativa de compor de forma conciliadora os conflitos que lhe são apresentados, especialmente em sede prévia à adoção de ações coercitivas/punitivas. Trata-se de uma função que se encontra em plena harmonia com os princípios da eficiência e da proporcionalidade, vetores da Administração Pública.

6. Assim, sobre o tema, corrobora referendada doutrina:

"No lugar da postura autoritária e hierárquica do Estado na definição de metas e escolha dos instrumentos, temos uma estrutura heterárquica que privilegia a negociação e mediação entre agentes econômicos." [1]

"Devemos ter sempre como norte os objetivos do Estado Democrático de Direito consignados nas leis e, sobretudo, na Constituição. Muitas das vezes esses objetivos podem ser melhor alcançados de forma consensual do que coercitiva, não fazendo sentido que a Administração tenha sempre que necessariamente optar por mecanismos regulatórios verticais, não tão eficientes e mais gravosos para os interesses envolvidos. Noutras palavras, o que deve guiar a Administração Pública é a satisfação dos interesses sob sua tutela através do menor ônus possível aos agentes econômicos." [2]

7. Dessa forma, não somente a RVE em sede de NIP como os institutos supracitados representam verdadeiros propulsores de reparação de conduta, uma vez que propiciam à fiscalização desta ANS considerá-la nas etapas que antecedem a aplicação de uma sanção.

8. Nessa esteira, urge que se detalhe cada um dos mecanismos em análise a fim de que sejam esmiuçadas suas peculiaridades, semelhanças e diferenças, para que, frente aos casos concretos, ao final, possa se alcançar a melhor maneira de aplicá-los.

Reparação Posterior - Art. 34 da RN nº 388/2015

9. Depois da RVE em sede de NIP, o próximo ponto de análise se refere à Reparação Posterior, instituto previsto no art. 34, da RN nº 388/2015, que consubstancia na faculdade que a operadora tem de requerer o abatimento de 80% (oitenta por cento) do valor da multa a que estaria sujeita, se atender ao pleito do beneficiário em até 10 (dez) dias úteis contados do encerramento dos prazos de RVE.

10. Aqui o incentivo regulatório é menos atraente que a RVE propriamente dita porque não impede a instauração de processo administrativo sancionador, contudo possibilita o

pagamento reduzido do valor da multa.

11. **O pagamento de 20% (vinte por cento) do valor total da multa se justifica pelos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Assim, se a operadora comprova que resolveu o conflito um ou alguns dias depois de finalizado o prazo previsto para RVE em sede de NIP, restará evidenciado seu esforço de resolver a demanda dentro daquele prazo, justificando-se, dessa forma, o incentivo regulatório.**

12. Cabe registrar que o instituto propriamente dito tem aplicação diferida no tempo, senão vejamos:

*“Art. 34. Nas demandas decorrentes do procedimento da NIP, caso o interessado **adote as providências necessárias à sua solução** em até 10 (dez) dias úteis, contados da data do encerramento dos prazos de Reparação Voluntária e Eficaz - RVE previstos no art. 10 desta Resolução, e as comprove inequivocamente, inclusive **dando ciência ao beneficiário**, fará jus a um desconto percentual de 80% (oitenta por cento) sobre o valor da multa correspondente à infração administrativa apurada no auto de infração lavrado.*

§1º O desconto previsto no caput somente será aplicável se a operadora apresentar requerimento de pagamento antecipado e à vista do valor da multa pecuniária correspondente à infração administrativa apurada no auto de infração ou na representação lavrados, na petição em que apresentar sua defesa.

§2º Não será admitida como reparação da conduta, para efeito de obtenção do desconto, os seguintes casos:

I - demandas relativas à negativa de cobertura para procedimento de urgência e emergência;

II - cobertura garantida apenas por força de determinação judicial;

III - quando constatado que a cobertura se deu no âmbito do SUS;

IV - nos casos de procedimentos eletivos, ambulatorial ou hospitalar, quando a operadora não comprovar a efetiva realização do procedimento dentro do prazo previsto no caput;

V - na hipótese de cobrança de valores indevidos ao beneficiário diretamente pela operadora, quando não houver a prova inequívoca da devolução em dobro da quantia paga, acrescida de juros e correção monetária; e

VI - infrações de natureza potencialmente coletivas.”

13. Dessa forma, depreende-se do texto acima que a resolução da reclamação apresentada pelo beneficiário na NIP deve se dar ainda naquela seara, mas, notadamente,

após o período concessivo da RVE propriamente dita, especificamente em até 10 (dez) dias úteis contados do fim desse prazo e somente poderá ser verificada sua ocorrência já em sede de processo administrativo sancionador instaurado, isto é, após a lavratura do auto de infração.

14. Ocorre que, quando da apresentação da defesa do auto de infração, caso a operadora tenha efetivamente solucionado a questão em até 10 (dez) dias úteis contados da data do encerramento dos prazos de RVE e não se trate de nenhum dos casos excluídos pelo § 2º do art. 34, lhe surge a faculdade de expressamente requerer a aplicação da Reparação Posterior.

15. Nessa esteira, vale observar que tal requerimento **expresso** da operadora não a impede de apresentar em defesa toda matéria que entender necessária a desconstituir a autuação que lhe foi impingida. Ainda, a melhor interpretação da previsão em comento indica que, uma vez **existindo na petição tais matérias de defesa, essas devem ser analisadas prioritariamente, tendo em vista que, em teoria, possuem o condão de tornar a autuação improcedente.**

16. **Logo, nessa hipótese, o fiscal deve inicialmente perquirir se a infração de fato se configurou para, somente depois, diante do pedido expresso da defendente para aplicação do art. 34, analisar a possibilidade de sua aplicação ao caso concreto.**

17. **Outrossim, imprescindível que conste do ofício de intimação à operadora da lavratura de auto de infração a possibilidade de se utilizar da referida previsão legal, desde que os requisitos sejam cumpridos.**

Reparação dos efeitos danosos como causa de advertência e atenuante - Art. 5º, inciso IV e art. 8º, inciso III, da RN nº 388/2015

18. O próximo ponto a ser comentado se refere a outros dois dispositivos setoriais indutores de boas práticas relacionados à reparação da conduta, mesmo que fora de qualquer prazo regulamentar, mas praticada antes do proferimento da decisão de primeira instância administrativa. Por isso, a abordagem conjunta nesse momento.

19. A comprovação pela operadora de que adotou providências para reparação dos efeitos danosos da infração cometida pode ainda ser causa de aplicação de penalidade de advertência (descartada, desde já, quando a operadora for reincidente na forma do art. 5º, § 2º c/c art. 17 da RN nº 124/2006) ou de circunstância atenuante. Abaixo, as previsões contidas no art. 5º, IV e no art. 8º, III, ambos da RN nº 124/06:

“Art. 5º A sanção de advertência será aplicada nos casos previstos nesta norma e desde que atendida ao menos uma das condições abaixo previstas:

(...)

IV - ter o infrator adotado voluntariamente providências suficientes para reparar os efeitos danosos da infração, mesmo que não configure reparação voluntária e eficaz - RVE.”

“Art. 8º São circunstâncias que sempre atenuam a sanção:

(...)

III - ter o infrator adotado voluntariamente providências suficientes para reparar os efeitos danosos da infração, mesmo que não configure reparação voluntária e eficaz - RVE.”

20. Em outras palavras, até que a operadora seja condenada em primeira instância administrativa, se comprovar, em sua peça de defesa ao auto de infração, ou, posteriormente, por meio do exercício do art. 36 da RN nº 388/2015 (apresentação de provas supervenientes), que, de alguma forma, reparou os efeitos danosos da infração praticada, ainda será possível a concessão de benesse regulatória como mecanismo indutor da reparação da conduta.

21. Cabe destacar que a partir da interpretação sistemática da norma de penalidades verifica-se que foi feito um juízo prévio de reprovabilidade, sendo inserida a possibilidade de advertência apenas em alguns tipos infrativos, enquanto a aplicação da atenuante pode ocorrer em qualquer hipótese.

22. Esse argumento corrobora que diante de caso concreto em que seja permitida a aplicação de advertência e de atenuante, inicie a análise pela advertência, que é também a aplicação menos gravosa.

23. Cabe ressaltar que o objetivo aqui é padronizar a ordem da análise dos institutos no âmbito da Diretoria de Fiscalização. Se será ou não aplicada a advertência, dependerá de cada tipo infrativo. Cada um possui suas particularidades e cada caso concreto também. Fato é que deve estar presente na fundamentação da decisão o caminho percorrido, primeiramente com o enfrentamento da hipótese de advertência e, se for o caso, posteriormente, a análise da aplicação da atenuante.

Reparação da conduta para fins de arquivamento de Procedimento Administrativo Preparatório - PAP e de apuração que antecede o rito de representação - Art. 19, inciso III e art. 25, IV da RN nº 388/2015

24. Na mesma linha dos institutos anteriores, cabe ainda mencionar a existência de outras duas hipóteses em que é possível o reconhecimento da reparação da conduta.

25. Isso ocorre com o Procedimento Administrativo Preliminar - PAP, residual às demandas que não se encaixam no fluxo NIP. Além disso, também se verifica no rito que antecede a lavratura de representação a possibilidade de reconhecimento de reparação da

conduta, *in verbis*:

PAP

“Art. 17. A reclamação, a solicitação de providências ou petição assemelhada que, por qualquer meio, forem recebidas pela ANS, desde que contenham indícios suficientes de violação da lei ou de ato infra legal, bem como que não se enquadrem no procedimento da NIP, caracterizar-se-ão como denúncia, cuja apuração se dará de acordo com os procedimentos a seguir, ressalvado o rito disposto no art. 25 desta Resolução.

Art. 18. Recebida a denúncia, cabe ao órgão competente remeter notificação à operadora para que, no prazo de 10 (dez) dias, apresente resposta.

Art. 19. Findo o prazo previsto no art. 18, com ou sem resposta da operadora, o órgão competente procederá à análise dos documentos acostados aos autos do processo e concluirá pelo:

I - arquivamento da demanda, caso não procedente; ou

II - arquivamento da demanda, por reconhecimento da RVE; ou

III - prosseguimento do feito, iniciando-se a fase processual do processo administrativo sancionador.”

Rito que antecede a Representação

“Art. 25. Identificados, por qualquer dos órgãos da ANS, indícios suficientes de infração às disposições legais ou infra legais disciplinadoras do mercado de saúde complementar de sua competência, o órgão técnico competente deverá observar o seguinte rito:

I - instaurar o devido processo administrativo com vistas a apurar os indícios de irregularidades e instruir procedimento administrativo com os documentos que julgar pertinentes, observando-se, no que couber, as disposições do Capítulo II desta Resolução;

II - conforme seu juízo de conveniência e oportunidade, notificar o infrator quanto aos fatos considerados indícios de infração aos dispositivos legais ou infra legais, concedendo prazo de 10 (dez) dias para manifestação;

III - receber a resposta da operadora, se houver, e proceder à análise dos motivos apresentados por esta, manifestando-se fundamentadamente;

*IV - caso entenda pela insubsistência dos indícios de infração ou **pela***

ocorrência de reparação voluntária e eficaz da conduta, arquivar o procedimento;

V - caso entenda pela manutenção dos indícios de infração ou na hipótese de ter considerado não haver conveniência e oportunidade para envio da notificação prevista no inciso II, lavrar a representação e intimar o infrator para, no prazo de 10 (dez) dias, apresentar defesa, observando-se o disposto na seção III do Capítulo IV;

(...)"

Da análise das provas - Estudo comparativo dos institutos

26. A comprovação dos requisitos que autorizam a configuração da Reparação Posterior são os mesmos previstos para a RVE em sede de NIP: 1. Comprovar de forma inequívoca, a adoção voluntária das providências necessárias à solução da demanda e; 2. comprovar a ciência inequívoca do beneficiário.

27. Em prosseguimento, para fins de aplicação de advertência ou atenuante, os requisitos, como não poderiam deixar de ser, considerando a gradação dos incentivos regulatórios, são mais rígidos que os exigidos anteriormente. Para esses dois a norma usa conceituação diferente, qual seja, "providências suficientes" e não usa a expressão "comprovação inequívoca". Logo, na análise do caso concreto, essa diferença deve ser levada em consideração.

28. Outrossim, quanto à reparação da conduta em sede de PAP ou em fase prévia à lavratura de representação, o termo "RVE" deve ser entendido como "gênero" e não como reprise dos requisitos previstos na RVE em sede de NIP. A justificativa consiste na natureza do PAP e da representação. A análise não se refere a beneficiário diretamente afetado pela conduta, tampouco a situação é passível de intermediação, devendo ser avaliada a ocorrência ou não da reparação no caso concreto, de acordo com suas especificidades, extensão de dano e consequências.

IV - CONCLUSÃO:

29. Por todo o exposto e fundamentado, conclui-se que a padronização da ordem de análise para aplicação dos diversos institutos que versam sobre incentivos à reparação de conduta além da RVE em sede de NIP reforça o comprometimento desta DIFIS para com a indução de boas práticas regulatórias no mercado de saúde suplementar, bem como, a qualificação dos processos de fiscalização que lhe são atribuídos.

SIMONE SANCHES FREIRE

DIRETORA DE FISCALIZAÇÃO

[1] MARQUES NETO. Floriano Peixoto de Azevedo. Op. cit. fls. 53/54.

[2] ARAGÃO, Alexandre dos Santos. Agências Reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico. Rio de Janeiro: Forense, 2ª edição. 2005. P. 110.