

O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E OS LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (ANS) PARA A REALIZAÇÃO DO TERMO DE COMPROMISSO DE AJUSTE DE CONDUTA (TCAC)

DANIEL FERREIRA

Docente Permanente do Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA).

MIGUEL FERREIRA FILHO

Mestrando em Direito pelo Unicuritiba.

OBJETIVOS DO TRABALHO

O cenário contemporâneo da solução de conflitos no Brasil suscita inúmeros questionamentos, em especial se consideradas as alternativas legais à aplicação de sanções pela incursão de alguém em ilícito, inclusive na esfera administrativa.

O presente estudo objetiva verificar se há e qual é a relação entre o princípio da segurança jurídica e a discricionariedade – aparentemente atribuída à Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) – para a firmação de Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta (TCAC) e como substitutivo à sanção administrativa, nos termos da Resolução Normativa nº 372, de 31 de março de 2015, que tem por fundamento legal os §§1º a 9º do art. 29 da Lei 9.656/1998. E a importância disso é inquestionável, haja vista que há milhões de usuários de planos de saúde que são impactados, direta ou indiretamente, por decisões dessa natureza.

METODOLOGIA UTILIZADA

O presente estudo, calçado na revisão bibliográfica e no exame da legislação, mediante adoção do método analítico-dedutivo, busca identificar a eventual existência

de limites ao exercício da (aparente) discricionariedade conferida à Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) para decidir entre a aplicação de penalidade administrativa e a realização de acordo substitutivo.

REVISÃO DE LITERATURA

A segurança jurídica é pilar do Estado de direito. Não à toa, segundo Canotilho, o princípio geral da segurança jurídica (em sentido amplo) alberga a ideia de proteção da confiança e pode ser reconhecido no seguinte contexto:

O indivíduo têm o direito de poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçados em normas jurídicas vigentes e válidas por esses actos jurídicos deixados pelas autoridades com base nessas normas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico.¹

Ocorre que ele (o princípio) não se exaure nisso. Relativamente aos atos normativos, Canotilho sustenta ser proibida a expedição de normas retroativas restritivas de direitos ou de interesses juridicamente protegidos e reconhece a necessidade de *exigência de clareza das normas legais* e *exigência de densidade suficiente* na regulamentação legal.² Por outra esteira, a segurança jurídica, em relação aos atos da administração, se verifica por uma tendência de estabilidade dos casos decididos, pela ideia de força de caso decidido dos atos administrativos.³ Ou seja, por uma *autovinculação* da administração como autora de determinado ato e a consequente obrigatoriedade deste e, ainda, a *tendencial irrevogabilidade* do ato administrativo com a finalidade de resguardar os interesses dos particulares a que ele se destina.

Tratando das sanções administrativas, Ferreira apresenta a mesma preocupação, ao reconhecer a possibilidade de a lei conferir certa discricção à Administração Pública na delimitação de ilícitos administrativos e na estipulação das sanções correspondentes, e, por conta disso, perceber como instalada verdadeira

¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 257.

² Ibid., p. 258.

³ Ibid., p. 265.

insegurança jurídica. Para mitigar o problema, afirma-se ser necessária a edição de regulamento, por meio do qual seja permitido ao destinatário da norma “previamente reconhecer as condutas legalmente proibidas e eleger, ao mesmo tempo, o comportamento a adotar”.⁴

Afinal, como observa Ferreira – em outra obra e época, mas no mesmo sentido –, no Brasil são exigidas regras claras, precisas e antecipadamente noticiadas, por força e na forma da lei, por meio das quais se há de conferir tratamento isonômico, impessoal e pautado na segurança (do ontem, do hoje e do amanhã) a todos.⁵

Similarmente, a competência normativa das agências reguladoras é “concedida pela lei mediante remissão normativa” e se justifica pela falta de conhecimento técnico acerca da matéria objeto de regulação por parte do Legislativo. Todavia, esta função possui caráter *apenas* complementar, garantindo às agências reguladoras função integratória, pois as normas por elas editadas subordinam-se, em extensão e limites, à lei que as criou, como apontado por Motta.⁶

Nesse cenário, a Lei nº 9.656 de 1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, por meio do § 1º do seu art. 29 prevê que “o processo administrativo, antes de aplicada a penalidade, poderá, a título excepcional, ser suspenso, pela ANS, se a operadora ou prestadora de serviço assinar termo de compromisso de ajuste de conduta, perante a diretoria colegiada, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”.

Com efeito, coube à Resolução Normativa nº 372⁷ regulamentar que o TCAC poderá ser proposto pelos entes regulados à ANS até o trânsito em julgado da decisão de aplicação de penalidade no processo sancionador correspondente, conforme §1º do art. 2º. Ademais, no art. 4º da normativa estipulou-se caber à ANS verificar

[...] se a celebração do TCAC é meio adequado e próprio à realização *eficaz e eficiente do interesse público no caso concreto*, ponderando-se, entre outros, os seguintes fatores: I - o tempo decorrido desde a conduta objeto da apuração; II - a eventual reiteração da infração pela operadora; III - o alcance do dano e a quantidade das condutas objeto de apuração; e IV - razoabilidade

⁴ FERREIRA, Daniel. **Sanções administrativas**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 98-99.

⁵ FERREIRA, Daniel. **Teoria geral da infração administrativa a partir da Constituição Federal de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 34.

⁶ MOTTA, Fabrício. **Função normativa da administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 179.

⁷ Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). Resolução Normativa nº 372, de 30 de março de 2015. Dispõe sobre a celebração do Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta - TCAC previsto no artigo 29 da Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998. **Diário Oficial da União (DOU)**, Brasília, DF, 31mar. 2015.

da proposta em relação à natureza e à gravidade das condutas praticadas.
(Destacou-se.)

Ocorre que a celeuma decorrente dessa previsão salta aos olhos, na medida em que não se sabe de que interesse público se está a cogitar para fins de reconhecimento – pelas partes (agência e entidades reguladas), pelos interessados (usuários de planos de saúde), pelo *parquet* e mesmo pelo judiciário, se porventura provocado – da lisura do atuar que deságua na aplicação da sanção ou na própria firmação do TCAC.

Nesse sentido e pelo fato de a própria resolução prever aplicação da Lei nº 9.784/99 nos processos de que trata (conforme art. 19), é nessa lei que se deve buscar suporte adicional e substancioso para interpretação e aplicação do Direito, mormente para elaboração de novo regulamento e/ou para a resolução de conflitos instalados no âmbito da agência. Dessa feita, a menção a *oportunidade e conveniência* como feita no art. 1º da normativa mostra-se “vazia” de conteúdo – assim impedindo qualquer controle, seja de previsibilidade do resultado, seja de não-pessoalidade na tomada de decisão – e não serve, jamais, para legitimar indiferentes soluções como adequadas num específico caso concreto.⁸

Afinal, cada caso há de ser resolvido com deliberada atenção e valoração de suas particularidades, sejam de caráter objetivo ou subjetivo, e mesmo dos impactos da ação da operadora junto ao mercado.

De todo o exposto, tudo leva a crer que o princípio da segurança jurídica não se faz respeitado quando a ANS se nega a apreciar a propositura de acordo substitutivo à sanção sem justa causa, imotivadamente, ou, pior, invocando (essa falaciosa) discricionariedade administrativa.

⁸ Notadamente no seu art. 2º: “A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: I - atuação conforme a lei e o Direito; II - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei; (...) IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé; (...) VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público; (...) IX - adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados; (...) XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.” (BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **Diário Oficial da União (DOU)**, Brasília, DF, 1 fev. 1999.)

Logo, parece fazer sentido apreciar o impasse também à luz do princípio da eficiência, no sentido de se assumir uma renovada feição de *instrumentalidade* e de (quase) *fungibilidade* no atuar administrativo, para fins de se eleger a solução adequada para o conflito em cada caso. Ou seja, de modo a “melhor” satisfazer “finalidades públicas específicas, que não apenas o vago interesse público, consoante o escólio de Palma.⁹

Mas uma coisa é certa. A ordem jurídica mudou e, na atualidade, a sanção administrativa não se apresenta como a única resposta jurídica à incursão de alguém em ilícito administrativo, o que não elide o dever de se buscar garantir cada vez mais o regular atendimento ao princípio da segurança jurídica, inclusive mediante elaboração de novos regulamentos.

RESULTADOS OBTIDOS

Com efeito, o trabalho constatou haver relação entre a suposta discricionariedade outorgada à ANS para decidir firmar, ou não, TCAC (como substitutivo da sanção administrativa) e o princípio da segurança jurídica.

Como a segurança jurídica pressupõe a certeza e a segurança das relações jurídicas – sendo elemento constitutivo do Estado de Direito e reconhecido pela Lei nº 9.784/99 como de observância compulsória para toda a Administração Pública –, a eventual negativa da ANS na firmação de um TCAC não pode se dar de forma livre, imotivada, menos ainda a título de “oportunidade e conveniência”.

A solução do conflito tem de ser a mais adequada para cada caso e, simultaneamente, tem de ser previsível minimamente o que leva à constatação da necessidade e da urgência de edição de outro regulamento.

TÓPICOS CONCLUSIVOS

De fato, as perguntas feitas foram respondidas em extensão e intensidade adequadas para as limitações impostas a este trabalho.

⁹ DE PALMA, Juliana Bonacorsi. **Sanção e acordo na administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 124.

No entanto, é preciso refletir ainda mais, no sentido de se identificar limites quantitativos e qualitativos para limitar a tomada de decisão da ANS no contexto, de modo a se obter uma solução “ótima” para os conflitos e, *pari passu*, atender aos reclamos de eficiência, particularidade e segurança jurídica. Ou seja, para a elaboração de um regulamento voltado à diminuição da generalidade e abstração da própria Resolução Normativa nº 372,¹⁰ ou, alternativamente, para sua própria substituição.

Caso contrário, essa insegurança jurídica desestimulará cada vez mais a entrada de novos agentes econômicos no segmento e servirá de pretexto (ou de razão legítima) para saída de vários dos existentes.

¹⁰ A título de exemplo, citam-se os quase insindicáveis incisos III e IV do art. 4º, que podem levar a decisões arbitrárias (e não “discricionárias”): “Na avaliação discricionária de conveniência e oportunidade a que se refere o artigo 1º desta Resolução deverá ser verificado se a celebração de TCAC é meio adequado e próprio à realização eficaz e eficiente do interesse público no caso concreto, ponderando-se, entre outros, os seguintes fatores: (...) III – o alcance do dano e a quantidade das condutas objeto de apuração; e IV – razoabilidade da proposta em relação à natureza e à gravidade das condutas praticada.”