

PROCESSO Nº: 33902.504066/2015-54

VOTO Nº 3/2018/COAJU/ASSNT-DIFIS/ASSTF/DIRAD-DIFIS/DIFIS

Operadora: ODONTOPREV S.A

Registro ANS nº: 301949

TCAC nº: 001/2017

Assunto: Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta - TCAC. Verificação do cumprimento das obrigações pactuadas.

1. Tendo em vista o fim da vigência do Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta – TCAC em epígrafe, ocorrido em 12/03/2018, foi expedida a Nota Técnica nº 107/2018/COAJU/ASSNT-DIFIS/ASSTF/DIRAD-DIFIS/DIFIS (DOC SEI nº 10302538), por meio da qual foi realizada a verificação final do cumprimento das obrigações pactuadas, conforme disposto no art. 13, § 1º da RN nº 372/2015.
2. Conforme detalhado nas Notas nº 04, 84 e 107/2018/COAJU/ASSNT-DIFIS/ASSTF/DIRAD-DIFIS/DIFIS (DOCs SEI nºs 941987, 8144075 e 10302538), cujos fundamentos ficam adotados para os fins de motivação do presente voto, nos termos do art. 50, § 1º da Lei nº 9.784/99, a operadora não cumpriu as obrigações tratadas nas cláusulas quarta, quinta e sexta e, após ser notificada para prestar esclarecimentos, não apresentou justificativa suficiente para afastar a irregularidade.
3. Convém esclarecer que a cláusula décima quarta, prevê a aplicação de multa total no valor de R\$ 500.000,00 em caso de descumprimento das obrigações previstas nas referidas cláusulas ou de ausência da comprovação tempestiva do seu cumprimento.
4. Além disso, em observância ao que dispõe a cláusula décima sexta do TCAC e o § 4º do art. 13 da RN nº 372/2015, sem prejuízo da execução da multa correspondente, o descumprimento, total ou parcial, das obrigações assumidas no TCAC acarretará a revogação imediata da suspensão do curso do processo administrativo sancionador que constituía seu objeto.
5. Assim, encaminho os presentes autos à Diretoria Colegiada para deliberação, com o seguinte voto:
6. VOTO no sentido de declarar descumprimento das cláusulas quarta, quinta e sexta do TCAC nº 001/2017 , pela operadora Odontoprev S/A , o que acarreta a revogação da suspensão do curso do processo sancionador nº 33902.081047/2010-31, o qual deverá ter regular prosseguimento, nos termos do art. 15 da RN nº 372/2015, e pela aplicação da multa total de R\$500.000,00 (quinhentos mil reais) , prevista na cláusula décima quarta do Termo.
7. Declarado o descumprimento pela DICOL, fica a operadora impedida de celebrar novo TCAC pelo prazo de 2 (dois) anos, a contar de 13/03/2018, conforme disposto no § 7º do art. 13 c/c art. 5º, I da RN nº 372/2015.
8. Encaminhe-se o presente voto à COADC para inclusão na pauta da Diretoria Colegiada.

Diretoria de Fiscalização



Documento assinado eletronicamente por **SIMONE SANCHES FREIRE, Diretor(a) de Fiscalização**, em 30/11/2018, às 16:54, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, do Decreto nº 8.539/2015.



Documento assinado eletronicamente por **FLAVIA LA LAINA, Diretor(a)-Adjunto(a) da DIFIS**, em 03/12/2018, às 15:36, 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 **10326369** e o código CRC **69D91993**.

PROCESSO Nº: 33902.504066/2015-54

VOTO Nº 402/2019/ASSNT-DIOPE/DIRAD-DIOPE/DIOPE

DIRETOR

Paulo Roberto Vanderlei Rebello Filho

1. ASSUNTO

1.1. Trata-se de processo administrativo que tem por objeto pedido de celebração de termo de compromisso de ajuste de conduta - TCAC formulado por OdontoPrev S/A, sucessora de Bradesco Dental S/A, visando à solução consensual do processo administrativo sancionador nº 33902.081047/2010-31 (Programa Olho Vivo), no qual foi lavrado o auto de infração nº 49260/2014, que constatou a prática da conduta infrativa tipificada no artigo 66 da Resolução Normativa nº 124, de 30 de março de 2006 (Cláusulas de Garantias Legais) na comercialização dos produtos nºs 455202064, 455734074, 455717074, 455736071, 455735072 e 455738077, consistente em:

- a) prever no mesmo instrumento contratual disposições referentes a mais de um produto;
- b) não dispor, na página inicial do instrumento contratual, os itens Classificação da operadora na ANS, Nome comercial e nº de registro do plano na ANS;
- c) não indicar que o objeto do contrato é a prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais na forma de plano privado de assistência à saúde prevista no inciso I, do artigo 1º, da Lei 9656/1998, visando à Assistência Odontológica com a cobertura das doenças da Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, no que se refere à saúde bucal;
- d) não especificar a garantia de inscrição do filho adotivo menor de 12 anos, conforme estabelece o artigo 12, VII, da Lei 9656/1998;
- e) não dispor sobre a garantia de cobertura dos honorários e materiais utilizados pelo cirurgião-dentista quando, por imperativo clínico, for necessária estrutura hospitalar para a realização de procedimentos listados no Rol de Procedimentos Odontológicos vigente à época do evento;
- f) não indicar pelo menos dois meios, além do registro em cartório, pelos quais o beneficiário poderá consultar a tabela de procedimentos e os respectivos valores de reembolso de atendimentos realizados fora da rede assistencial da operadora - acesso à tabela no sítio da operadora na internet; disponibilização da tabela na sede da contratante em planos coletivos, para consulta dos beneficiários; disponibilização da tabela na sede da operadora, para consulta dos beneficiários; e
- g) não especificar os procedimentos que requerem autorização prévia para sua realização (fl. 154v e 155 dos autos físicos).

1.2. A Diretoria Colegiada autorizou a celebração do TCAC em sua 457ª reunião ordinária, realizada em 14 de dezembro de 2016 (fl. 153 dos autos físicos), o que resultou no TCAC nº 001/2017, celebrado em 6 de fevereiro de 2017 (fls. 154/166 dos autos físicos).

1.3. A Compromissária assumiu as seguintes obrigações:

1.3.1. Cessar, a partir da data de assinatura do Termo, a utilização em todas as novas contratações de todos os seus produtos de instrumentos contratuais com qualquer uma das irregularidades listadas nas alíneas da Cláusula Primeira do TCAC (Cláusula Terceira);

1.3.2. Adotar novos modelos de instrumentos contratuais para as novas contratações de todos os seus produtos livres das irregularidades listadas nas alíneas da Cláusula Primeira do TCAC, no prazo de 90 (noventa) dias contados da assinatura do TCAC (Cláusula Quarta);

1.3.3. Encaminhar aos contratantes dos contratos vigentes dos produtos indicados na Cláusula Primeira do TCAC (i) novas versões de seus respectivos instrumentos contratuais, nas quais devem ser sanadas as irregularidades apontadas, mantidas as demais condições; e (ii) solicitação de encaminhamento aos beneficiários de comunicado informando as correções das irregularidades contratuais listadas na Cláusula Primeira do TCAC e orientando sobre a forma de consulta, por meio da Internet, do material explicativo de que trata a Cláusula Sexta do TCAC, no prazo de 120 (cento e vinte) dias contados da assinatura do TCAC (Cláusula Quinta);

1.3.4. Disponibilizar para os beneficiários dos produtos indicados na Cláusula Primeira do TCAC, em área de acesso restrito de seu sítio na Internet (área logada), material explicativo com descrição, em linguagem simples e precisa, de todas as características do produto contratado, direitos e obrigações dos beneficiários, contemplando todas as informações previstas no Anexo I da Instrução Normativa nº 23, de 1 de dezembro de 2009, da Diretoria de Normas e Habilitação dos Produtos, ou de norma que a substituir, corrigidas as irregularidades apontadas na Cláusula Primeira do TCAC, no prazo de 120 (cento e vinte) dias contados da assinatura do TCAC (Cláusula Sexta);

1.3.5. Alcançar as seguintes metas: (i) Classificar-se na faixa 1 ou em faixa melhor em todos os ciclos de acompanhamento e avaliação da garantia de atendimento de que trata a Instrução Normativa - IN nº 48, de 2015, da Diretoria de Normas e Habilitação dos Produtos - DIPRO, que se iniciarem e se encerrarem durante a vigência deste Termo, ou, nos casos em que sua classificação for pior do que a faixa 1, reduzir seu 10 em, no mínimo, 105 (dez por cento) em relação ao ciclo imediatamente anterior, dispensando-se dessas metas apenas em relação aos ciclos cuja metodologia de avaliação for alterada por norma superveniente; e (ii) Manter, nos 12 (doze) meses subsequentes à assinatura do TCAC, o envio tempestivo e livre de irregularidades das seguintes informações periódicas e documentos: demonstrações contábeis e parecer de auditoria independente; Documento

de Informações Periódicas das Operadoras de Planos de Assistência à Saúde - DIOPS; dados do Sistema de Informações de Produtos (SIP); dados do SIB; dados no padrão de Troca de Informação de Saúde Suplementar (TISS); e comunicação de reajuste de planos coletivos pelo aplicativo Reajuste de Planos Coletivos (RPC) (Cláusula Sétima); e, por fim

1.3.6. Recolher à ANS o valor de R\$ 18.000,00 (dezoito mil reais), em até 10 (dez) dias corridos contados da assinatura do TCAC (Cláusula Oitava).

1.4. A Sra. Diretora de Fiscalização apresentou voto no sentido de "declarar descumprimento das cláusulas quarta, quinta e sexta do TCAC nº 001/2017, pela operadora Odontoprev S/A, o que acarreta a revogação da suspensão do curso do processo sancionador nº 33902.081047/2010-31, o qual deverá ter regular prosseguimento, nos termos do art. 15 da RN nº 372/2015, e pela aplicação da multa total de R\$500.000,00 (quinhentos mil reais), prevista na cláusula décima quarta do Termo" (10326369).

1.5. Como se vê, foi reconhecido o cumprimento das Cláusulas Terceira, Sétima e Oitava e não foi reconhecido o cumprimento das Cláusulas Quarta, Quinta e Sexta.

1.6. Veja-se o teor das cláusulas consideradas cumpridas (sem grifos no original):

CLÁUSULA TERCEIRA - A COMPROMISSÁRIA obriga-se a cessar, a partir da data de assinatura do presente Termo, a utilização em todas as novas -contratações de todos os seus produtos de instrumentos contratuais com qualquer uma das irregularidades listadas nas alíneas da Cláusula Primeira.

PARÁGRAFO ÚNICO — **A obrigação prevista no caput desta Cláusula/será considerada descumprida** na ocorrência de prolação de decisão de primeira instância administrativa condenatória em nome da COMPROMISSÁRIA por conduta praticada durante a vigência deste Termo e tipificada no art. 66 da RN nº 124, de 2006, referente a qualquer uma das irregularidades contratuais listadas nas alíneas da Cláusula Primeira.

CLÁUSULA SÉTIMA — A COMPROMISSÁRIA obriga-se a alcançar as metas abaixo estipuladas:

I - Classificar-se na faixa 1 ou em faixa melhor em todos os ciclos de acompanhamento e avaliação da garantia de atendimento de que trata a Instrução Normativa IN nº 48, de 2015, da Diretoria de Normas e Habilitação dos Produtos — DIPRO, que se iniciarem e se encerrarem durante a vigência deste Termo, ou, nos casos em que sua classificação for pior do que a faixa 1, reduzir seu 10 em, no mínimo, 105 (dez por cento) em relação ao ciclo imediatamente anterior, dispensando-se dessas metas apenas em relação aos ciclos cuja metodologia de avaliação for alterada por norma superveniente;

II - Manter, nos 12 (doze) meses subsequentes à assinatura do TCAC, o envio tempestivo e livre de irregularidades das seguintes informações periódicas e documentos:

- a) demonstrações contábeis e parecer de auditoria independente;
- b) Documento de Informações Periódicas das Operadoras de Planos de Assistência à Saúde - DIOPS;
- c) dados do Sistema de Informações de Produtos (SIP);
- d) dados do SIB;
- e) dados no padrão de Troca de Informação de Saúde Suplementar (TISS); e
- f) comunicação de reajuste de planos coletivos pelo aplicativo Reajuste de Planos Coletivos (RPC).

PARÁGRAFO ÚNICO — **A obrigação prevista no caput desta Cláusula será considerada descumprida** na ocorrência de prolação de decisão de primeira instância administrativa condenatória em nome da COMPROMISSÁRIA por conduta referente às informações periódicas e aos documentos listados nas alíneas do caput, praticada durante a vigência deste Termo e tipificada no art. 35 da RN nº 124, de 2006.

CLÁUSULA OITAVA - A COMPROMISSÁRIA obriga-se a recolher à ANS o valor de R\$ 18.000,00 (dezoito mil reais), em até 10 (dez) dias corridos contados da assinatura do presente termo, por meio de Guia de Recolhimento da União (GRU) fornecida pela ANS, a título de indenização pelos danos regulatórios causados pelas condutas objeto do presente ajuste.

PARÁGRAFO ÚNICO — **Caso não recolhido integralmente no prazo fixado, o valor previsto no caput** será acrescido de multa diária de 0,33% (tinta e três centésimos por cento) sobre o valor principal, até o máximo de 20% (vinte por cento) e juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (SELIC), acumulada mensalmente, calculados a partir do mês seguinte ao do vencimento até o mês anterior ao do pagamento, e de um por cento relativamente ao mês em que o pagamento for efetuado, conforme art. 37-A da Lei 10.522/2002, c/c art 61 de Lei 9.430/2006, independentemente da aplicação das penalidades pelo descumprimento da obrigação previstas no Capítulo V — "Das Consequências do Descumprimento".

1.7. Agora observe-se o teor das cláusulas consideradas descumpridas:

CLÁUSULA QUARTA - A COMPROMISSÁRIA obriga-se a, no prazo de 90 (noventa) dia contados da assinatura do presente Termo, adotar novos modelos de instrumentos contratuais para as novas contratações de todos os seus produtos livres das irregularidades listadas nas alíneas da Cláusula Primeira.

CLÁUSULA QUINTA - A COMPROMISSÁRIA obriga-se a, no prazo de 120 (cento e vinte) dias contados da assinatura do presente Termo, encaminhar aos contratantes dos contratos vigentes dos produtos indicados na Cláusula Primeira:

- a) novas versões de seus respectivos instrumentos contratuais, nas quais devem ser sanadas as irregularidades apontadas, mantidas as demais condições;
- b) solicitação de encaminhamento aos beneficiários de comunicado informando as correções das irregularidades contratuais listadas na Cláusula Primeira e orientando sobre a forma de consulta, por meio da Internet, do material explicativo de que trata a Cláusula Sexta.

CLÁUSULA SEXTA — A COMPROMISSÁRIA obriga-se a, no prazo de 120 (cento e vinte) dias contados da assinatura do presente Termo, disponibilizar para os beneficiários dos produtos indicados na Cláusula Primeira, em área de acesso restrito de seu site na Internet (área logada), material explicativo com descrição, em linguagem simples e precisa, de todas as características do produto contratado, direitos e obrigações dos beneficiários, contemplando todas as informações previstas no Anexo I da Instrução Normativa nº 23, de 1 de dezembro de 2009, da Diretoria de Normas e Habilitação dos Produtos, ou de norma que a substituir, corrigidas as irregularidades apontadas na Cláusula Primeira.

PARÁGRAFO ÚNICO — Dentre as informações previstas no caput, deve ser dado destaque à:

- a) informação de que a tabela de procedimentos e respectivos valores de reembolso de atendimentos realizados fora da rede assistencial da operadora está registrada em cartório, com a identificação do seu registro neste, bem como pode ser consultada na sede da Contratante, na sede da operadora e por meio do número de telefone da operadora (0800) para consulta dos valores e esclarecimentos de dúvidas sobre reembolso;
- b) informação de que a lista de eventos odontológicos que demandam autorização prévia e/ou

autorização especial, bem como os procedimentos e prazos para obtenção da autorização podem ser consultados na área de acesso restrito (área logada) do site da operadora, na sede da contratante, na sede da operadora e por meio do número de telefone da operadora para consulta dos procedimentos e esclarecimentos de eventuais dúvidas.

1.8. As cláusulas que dispõem sobre o cumprimento das obrigações, além das próprias cláusulas que prevêem as obrigações, têm o seguinte teor:

CLÁUSULA NONA — O acompanhamento e a verificação do cumprimento das obrigações assumidas neste Termo serão coordenados pela Diretoria de Fiscalização — DIFIS.

CLÁUSULA DÉCIMA — A COMPROMISSÁRIA apresentará à ANS:

III - em até 30 (trinta) dias contados do termo final do prazo previsto na Cláusula Oitava, cópia, no formato PDF, do comprovante do recolhimento do valor previstos na referida cláusula;

IV - no prazo de 30 (trinta) dias contados do termo final do prazo previsto na Cláusula Quarta, cópias, no formato PDF, dos novos modelos de contratos adotados para os produtos indicados na Cláusula Primeira;

V - no prazo de 60 (sessenta) dias contados do termo final dos prazos previstos nas Cláusulas Quinta e Sexta:

a) Relatório das Comunicações aos Contratantes, em planilha eletrônica no formato XLSX ou ODS, com informações por contratante das comunicações encaminhadas na execução da obrigação prevista na Cláusula Quinta, conforme modelo do Anexo II;

b) cópias, no formato PDF, de pelo menos 10 (dez) comunicações encaminhadas aos Contratantes de cada produto indicado na Cláusula Primeira, bem como da comprovação de recebimento dessa comunicações, conforme a Cláusula Quinta;

c) cópias, no formato PDF, das páginas na Internet com as informações Contratuais de 10 (dez) beneficiários de contratos distintos para cada produto indicado na Cláusula Primeira, conforme Cláusula Sexta;

VI - Nos 30 (trinta) últimos dias de vigência deste Termo, declaração, no formato PDF, de cumprimento integral das obrigações, conforme modelo do Anexo III.

PARÁGRAFO ÚNICO — Os arquivos dos documentos de que tratam esta Cláusula devem ser assinados digitalmente por representante da COMPROMISSÁRIA com certificado digital emitido pela Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira — ICP/Brasil.

CLÁUSULA DÉCIMA PRIMEIRA — A COMPROMISSÁRIA também se obriga a encaminhar quaisquer outros documentos ou informações pertinentes à execução das obrigações previstas neste instrumento que lhe forem requisitadas pelas autoridades durante e após o período de vigência deste Termo, no prazo de 15 dias corridos contados do recebimento da requisição.

PARÁGRAFO ÚNICO — O não atendimento tempestivo da requisição de que trata o *caput* implicará no descumprimento da obrigação principal prevista neste Instrumento a cuja apuração se destinar a informação ou o documento requisitado, sujeitando a COMPROMISSÁRIA às penalidades previstas no Capítulo V — "Das Consequências do Descumprimento".

CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA — É de inteira responsabilidade da COMPROMISSÁRIA a produção e o envio dos documentos descritos neste termo para fins de verificação do cumprimento das obrigações.

1.9. Em 30 de março de 2017 a Diretoria de Fiscalização e a Compromissária realizaram reunião em que foram definidos os seguintes encaminhamentos (fl. 190 dos autos físicos):

- Foi apresentada a minuta da comunicação que será encaminhada aos contratantes com os detalhes para cumprimento das obrigações do TCAC;

- Proposta de redação será encaminhada para a COAJU para análise

1.10. A Compromissária, como definido na reunião de 30 de março de 2017, encaminhou à DIFIS, em 3 de abril de 2017, o modelo de comunicação para aprovação (fls. 192/196v dos autos físicos), modelo esse aprovado pela DIFIS em 7 de abril de 2017, conforme e-mail encaminhado à Compromissária (5844799).

1.11. Em seguida, a Compromissária apresentou à DIFIS os modelos contratuais adotados para os produtos indicados na Cláusula Primeira do TCAC (ou seja, os produtos cujo instrumento contratual era passível de adequação), primeiro enviando-os por e-mail datado de 20 de junho de 2017 (fls. 200/236v) e depois enviando-os em suporte CD-R, conforme carta de 21 de junho de 2017 (fls. 237/238).

1.12. Entre 7 e 8 de agosto de 2017 a DIFIS e a Compromissária trocaram mensagens eletrônicas sobre o modo de envio de arquivos eletrônicos (fls. 239/239v).

1.13. Em 11 de agosto de 2017 a Compromissária enviou à DIFIS "cópias físicas e mídia digital (pen drive), no formato PDF, das páginas na Internet com as informações contratuais de 10 (dez) beneficiários de contratos distintos para cada produto devidamente indicado" (fls. 256/384) e "planilha referente ao Anexo II do presente TCAC, as cópias físicas e mídia digital (pen drive) no formato PDF, de 10 (dez) comunicações encaminhadas aos Contratantes de cada produto, bem como da comprovação de recebimento dessas comunicações" (fls. 387/593v).

1.14. Em 15 de fevereiro de 2018 a Compromissária enviou à DIFIS declaração de cumprimento das obrigações (5741536).

1.15. A DIFIS examinou se houve o cumprimento do TCAC nº 001/2017 pela Nota Técnica nº 4/2018/COAJU/ASSNT-DIFIS/DIRAD-DIFIS/DIFIS 5941987), pela Nota Técnica nº 84/2018/COAJU/ASSNT-DIFIS/DIRAD-DIFIS/DIFIS 44075) e, finalmente, pela Nota Técnica nº 107/2018/COAJU/ASSNT-DIFIS/ASSTF/DIRAD-DIFIS/DIFIS 302538), que consolidou as conclusões finais da DIFIS, encampadas no voto da Sra. Diretora de Fiscalização.

1.16. Cotejando as cláusulas consideradas cumpridas (terceira, sétima e oitava) e as cláusulas consideradas descumpridas (quarta, quinta e sexta), observa-se que as cláusulas consideradas cumpridas contêm disposições precisas sobre o que se considera cumprimento e o que se considera descumprimento, ao passo que as cláusulas consideradas descumpridas não contêm disposições precisas sobre o que se considera descumprimento.

1.17. Percebe-se a partir daí que as cláusulas quarta, quinta e sexta do TCAC nº 001/2017 contêm disposições lacunosas.

1.18. Essas lacunas foram sendo percebidas aos poucos pelas partes.

- 1.19. Se as disposições das cláusulas quarta, quinta e sexta fossem precisas, não haveria sentido em, após a celebração do TCAC, a Compromissária reunir-se com a DIFIS e pactuar a aprovação pela DIFIS dos termos da comunicação a ser enviada aos contratantes. Ocorre que não apenas a Compromissária dirigiu-se à DIFIS para obter essa aprovação como a DIFIS aceitou o pedido de aprovação dos termos do comunicado, prova de que a própria DIFIS reconheceu que havia lacunas nas disposições pactuadas, lacunas essas que passariam a exigir das partes um esforço sempre conjunto de integração.
- 1.20. A Cláusula Quarta dispõe que a Compromissária deve "adotar novos modelos de instrumentos contratuais para as novas contratações de todos os seus produtos livres das irregularidades listadas nas alíneas da Cláusula Primeira", mas não detalha o que, precisamente, será aceito como "instrumentos [...] livres das irregularidades".
- 1.21. Mais: no decorrer da fiscalização do cumprimento do TCAC, a DIFIS passou a exigir cópias dos contratos celebrados a partir dos novos instrumentos contratuais, tendo considerado haver descumprimento do TCAC pela não apresentação de todos os contratos exigidos no prazo determinado. Ocorre que as Cláusulas Quarta e Décima em momento algum abordam a necessidade de apresentação de contratos celebrados, tratando, apenas, da apresentação de "novos modelos de contratos".
- 1.22. Na verdade, a DIFIS, à guisa de fiscalização do cumprimento do TCAC, adotou exigências que foram além do ajustado. Nem se diga que tais exigências estariam amparadas pela Cláusula Décima Primeira do TCAC. Exigir cópias de contratos vai muito além do sentido possível da obrigação de apresentar "novos modelos de contratos".
- 1.23. A Cláusula Quinta dispõe que a Compromissária deve "no prazo de 120 (cento e vinte) dias contados da assinatura do presente Termo, encaminhar aos contratantes dos contratos vigentes dos produtos indicados na Cláusula Primeira: a) novas versões de seus respectivos instrumentos contratuais, nas quais devem ser sanadas as irregularidades apontadas, mantidas as demais condições; b) solicitação de encaminhamento aos beneficiários de comunicado informando as correções das irregularidades contratuais listadas na Cláusula Primeira e orientando sobre a forma de consulta, por meio da Internet, do material explicativo de que trata a Cláusula Sexta".
- 1.24. Segundo a Cláusula Décima, inciso V, caberia à Compromissária apresentar "no prazo de 60 (sessenta) dias contados do termo final dos prazos previstos nas Cláusulas Quinta e Sexta: a) Relatório das Comunicações aos Contratantes, em planilha eletrônica no formato XLSX ou ODS, com informações por contratante das comunicações encaminhadas na execução da obrigação prevista na Cláusula Quinta, conforme modelo do Anexo II; b) cópias, no formato PDF, de pelo menos 10 (dez) comunicações encaminhadas aos Contratantes de cada produto indicado na Cláusula Primeira, bem como da comprovação de recebimento dessa comunicações, conforme a Cláusula Quinta; c) cópias, no formato PDF, das páginas na Internet com as informações Contratuais de 10 (dez) beneficiários de contratos distintos para cada produto indicado na Cláusula Primeira, conforme Cláusula Sexta".
- 1.25. Note-se que em momento algum a Cláusula prevê que a Compromissária deverá manter sob sua guarda comprovantes de envio de todas as comunicações enviadas aos contratantes de cada produto. Se houvesse essa previsão específica, não haveria o debate que se instalou nos autos quanto ao efetivo envio de todas as comunicações.
- 1.26. E a Cláusula Sexta dispõe que "A COMPROMISSÁRIA obriga-se a, no prazo de 120 (cento e vinte) dias contados da assinatura do presente Termo, disponibilizar para os beneficiários dos produtos indicados na Cláusula Primeira, em área de acesso restrito de seu sítio na Internet (área logada), material explicativo com descrição, em linguagem simples e precisa, de todas as características do produto contratado, direitos e obrigações dos beneficiários, contemplando todas as informações previstas no Anexo I da Instrução Normativa nº 23, de 1 de dezembro de 2009, da Diretoria de Normas e Habilitação dos Produtos, ou de norma que a substituir, corrigidas as irregularidades apontadas na Cláusula Primeira".
- 1.27. Não há referência precisa ao que se entende por "material explicativo com descrição, em linguagem simples e precisa, de todas as características do produto contratado, direitos e obrigações dos beneficiários, contemplando todas as informações previstas no Anexo I da Instrução Normativa nº 23, de 1 de dezembro de 2009, da Diretoria de Normas e Habilitação dos Produtos, ou de norma que a substituir", o que, naturalmente, gera insegurança jurídica a respeito do sentido e alcance pactuado entre as partes para que se tenha por completas e adequadas tais informações.
- 1.28. Essas lacunas nas disposições do TCAC nº 001/2017 alimentaram diferentes visões sobre o que se entende por seu cumprimento: a DIFIS fez apontamentos, inicialmente, pela Nota Técnica nº 4/2018/COAJU/ASSNT-DIFIS/DIRAD-DIFIS/DIFIS (1987) e a Compromissária rebateu todos os apontamentos em sua detalhada resposta (6344371,6344500, 6344610, 6344918, 6344958, 6344984, 6345007, 6345024, 6345132, 6345180 e 6345211) com argumentos muito plausíveis, que demonstram, no mínimo, a boa-fé da Compromissária em cumprir diligentemente todas as obrigações previstas no TCACs nº 001/2017.
- 1.29. Essas diferentes visões sobre o cumprimento do TCAC nº 001/2017 perduraram, como se vê pela Nota Técnica nº 84/2018/COAJU/ASSNT-DIFIS/DIRAD-DIFIS/DIFIS (44075) e pela resposta da Compromissária (8557922, 8557984, 8557996, 8558003, 8607351 e 8607380), observando-se sempre a disposição da Compromissária em demonstrar o integral cumprimento do pactuado.
- 1.30. Ocorre que a DIFIS permaneceu irredutível em seu posicionamento quanto ao suposto descumprimento das cláusulas quarta, quinta e sexta, como se vê pela Nota Técnica nº 107/2018/COAJU/ASSNT-DIFIS/ASSTF/DIRAD-DIFIS/DIFIS (10302538), encampada pela Sra. Diretora de Fiscalização no Voto nº 3/2018/COAJU/ASSNT-DIFIS/ASSTF/DIRAD-DIFIS/DIFIS (10326369).
- 1.31. A Compromissária apresentou novas manifestações nos autos (11059760, 11252233, 11398136 e 11593557).
- 1.32. O assunto foi levado à deliberação da Diretoria Colegiada em sua 498ª reunião ordinária, realizada em 18 de dezembro de 2018, ocasião em que foi retirado de pauta a meu pedido para formular consulta jurídica à Procuradoria Federal junto à ANS (11175643).
- 1.33. A Procuradoria Federal junto à ANS formulou o minucioso Parecer nº 00037/2019/GEADM/PFANS/PGF/AGU12754095, visto (12754163) e aprovado (12795435), de cujo parágrafo 146 se colhe que "antes da decretação do descumprimento do Termo, considerando: a) o interesse da Compromissária em demonstrar o cumprimento das obrigações, inclusive com novos elementos acostados aos autos após o voto apresentado, ainda que realizados intempestivamente; b) O

aparente interesse da ANS no cumprimento do Termo, face à reunião promovida pela própria Diretoria de Fiscalização após o voto submetido à Diretoria Colegiada conforme documento sei 11677531; c) o caráter consensual do instrumento de ajustamento de conduta; d) o interesse público na preservação do ajuste firmado, **nos parece que ainda não estão esgotadas as possibilidades de composição entre as partes para sanar os motivos ensejadores do descumprimento do termo**".

1.34. Esse aspecto jurídico suscitado pela Procuradoria Federal junto à ANS é relevantíssimo.

1.35. É sabido que o interesse público pode ser perseguido de vários modos. Especificamente no que diz respeito à fixação de normas e à cominação de sanções em que caso de descumprimento das normas fixadas, a aplicação de sanções se insere no contexto do conhecido "Ciclo de Polícia", expressão formulada por Diogo de Figueiredo Moreira Neto (Curso de direito administrativo. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 392) para descrever as fases de exercício do poder de polícia (ordem, consentimento, fiscalização e sanção). O mesmo interesse público perseguido pela deflagração da sanção pode continuar a ser perseguido pelos chamados acordos substitutivos de sanção, que, no contexto da regulação de saúde suplementar, encontram sua expressão mais evidente nos Termos de Compromisso de Ajuste de Conduta.

1.36. O manejo da consensualidade para a persecução do interesse público, inclusive nos acordos substitutivos de sanção, tem em mira o fato de que a sanção, especialmente a sanção pecuniária, não restaura perfeitamente a legalidade, porque não assegura a execução específica da obrigação do administrado, no caso, do regulado.

1.37. Na situação sob exame, observa-se que a Compromissária caminhou consistentemente na direção do cumprimento das obrigações relacionadas ao direito à informação de seus beneficiários, que, afinal, é o bem jurídico tutelado pelo artigo 66 da RN nº 124, de 2006, tipo infrativo que deflagrou a sanção cujo afastamento se persegue pelo TCAC nº 001/2017.

1.38. Se mais a Compromissária não fez, é preciso reconhecer, muito se deve ao fato de os termos do TCAC nº 001/2017 serem lacunosos no que diz respeito ao que se entenderia precisamente por cumprimento das cláusulas quarta, quinta e sexta.

1.39. A boa-fé da Compromissária é patente, tanto que reconhecida pela própria DIFIS no parágrafo 88 da Nota Técnica nº 107/2018/COAJU/ASNT-DIFIS/ASSTF/DIRAD-DIFIS/DIFIS302538): "Em que pese a **louvável manifestação de boa-fé da Compromissária**, entende-se que o momento para a adoção de tais medidas não é adequado, uma vez que já foram ultrapassadas as etapas de negociação (prévia ao TCAC) e cumprimento (durante a vigência do Termo), que são as mais adequadas para o alinhamento dos documentos e informações a serem prestados pela Compromissária no cumprimento do Termo".

1.40. Perceba-se o ponto de divergência que instauro em relação ao voto da Sta. Diretora de Fiscalização: a DIFIS entende que, para buscar a inteira satisfação do interesse público por meio da adoção de medidas corretivas pela Compromissária, dentro do espaço de consensualidade, "o momento para a adoção de tais medidas não é adequado"; eu, por outro lado, entendo que o momento ainda é, sim, adequado para readequar os termos do pacto celebrado.

1.41. O aditamento do TCAC nº 001/2017, a fim de satisfazer exaustivamente o interesse público, é medida à qual a Compromissária está aberta, tanto que apresentou proposta nesse sentido (11398136), medida essa que, se adotada, estará amparada legalmente, como atesta o parecer da Procuradoria Federal junto à ANS, e que me parece conveniente e oportuna, porque a Compromissária está bem próxima de satisfazer inteiramente o interesse público na prestação de informações adequadas aos beneficiários, sendo melhor estimulá-la a esgotar a execução específica da obrigação do que retroceder em todos os passos que já foram dados e resolver o presente processo administrativo numa imposição de multa pecuniária.

1.42. Observo, a propósito, que não será a primeira vez que a ANS adita um TCAC. Recentemente, por iniciativa da DIFIS, a ANS aditou o TCAC nº 004/2017, o que pode ser consultado no [sítio institucional da ANS \(http://www.ans.gov.br/images/stories/Plano_de_saude_e_Operadoras/Area_da_Operadora/tcac/difis/2017/aditivo_tcac_004_2017_unisaude.pdf\)](http://www.ans.gov.br/images/stories/Plano_de_saude_e_Operadoras/Area_da_Operadora/tcac/difis/2017/aditivo_tcac_004_2017_unisaude.pdf).

1.43. Entendo relevante considerar para a decisão por aditar o TCAC, também, a boa-fé da Compromissária, boa-fé essa ressaltada inclusive pela DIFIS, como visto acima.

1.44. Com efeito, contemporaneamente se reconhece com tranquilidade que o Estado de Democrático Direito é um "Estado de Ponderação". A observância binária de regras, como as cláusulas quarta, quinta e sexta do TCAC nº 001/2017 (pelo resultado "tudo ou nada", natural na aplicação de regras), pode ser inserida num contexto de legalidade estrita (lembrando-se, no que diz respeito às exigências formuladas invocando esse legalidade estrita, das fragilidades inerentes às lacunas observadas e às exigências formuladas pela DIFIS na fiscalização do TCAC já na zona cinzenta na interpretação - ou melhor, integração, já que de lacunas se trata - das referidas cláusulas). O princípio da legalidade estrita deve ser ponderado com outros princípios, como a segurança jurídica - em cujo espectro se insere a proteção da boa-fé do administrado - e da eficiência.

1.45. Sobre o ponto, em contexto até mais dramático que o examinado nos autos, que seria o da manutenção de um ato administrativo contrário à legalidade estrita, é interessante reproduzir as lições de Gustavo Binenbojm (Uma teoria do direito administrativo. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 192-205):

Mas como ponderar o princípio da legalidade administrativa com outros princípios, sem abdicar da própria ideia-força do Estado de direito, que é a primazia da lei e a submissão dos atos administrativos aos seus comandos? Estar-se-ia a permitir a sobreposição da vontade da Administração às determinações legais?

O ponto nodal da questão está na circunstância de que o cumprimento da lei administrativa é, via de regra, mediado pela Administração Pública. Dito de outra forma, é a Administração normalmente responsável pela aplicação (mais ou menos mecânica, mais ou menos construtiva, conforme a disciplina da lei) dos comandos legais. Como condição para o desempenho de seus misteres, admite-se que os atos administrativos - como as leis - desfrutam de uma presunção de legitimidade, que despertam nos particulares, de ordinário, uma legítima confiança de que tenham sido editados em conformidade ao direito.

Pois bem. Tendo agido subjetivamente de boa-fé (boa-fé subjetiva), confiando legitimamente em uma situação digna de confiança gerada pelo Poder Público (standard de comportamento leal e confiável médio que se aproxima da boa-fé objetiva) e tendo orientado efetivamente a sua conduta em conformidade com essas premissas, não é justo, em maioria dos casos, que essa confiança legítima do particular seja frustrada por uma mudança de posição do Estado - seja ela decorrente da invalidação de um ato administrativo ilegal ou da declaração da inconstitucionalidade de uma lei.

O reconhecimento da estatura constitucional do princípio da segurança jurídica confere às situações em que a Administração, por condutas suas, desperta a confiança legítima dos administrados e vem a frustrá-la posteriormente, a configuração de uma equação de ponderação entre princípios constitucionais: de um lado há, por reconhecimento expresso, a violação ao princípio da legalidade; de outro lado, a afronta ao princípio da segurança jurídica. Eventual prevalência, em maior porção, da segurança sobre a legalidade não importa transigência com a ideia de Estado de direito, mas decorre de uma aplicação otimizada da Constituição.

É sempre pertinente lembrar a lição clássica de Robert Alexy, segundo a qual princípios jurídicos (como os da segurança jurídica e da legalidade) encerram mandados de otimização, no sentido de que são comandos normativos que apontam para uma finalidade ou estado de coisas a ser alcançado, mas que admitem concretização em graus, de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas. Ao contrário das regras, que são normas binárias, aplicadas segundo a lógica do "tudo ou nada", os princípios têm uma dimensão de peso, sendo aplicados em maior ou menor extensão, conforme juízos de ponderação formulados tendo-se em conta outros princípios concorrentes e eventuais limitações materiais à sua concretização.

Assim, como em qualquer caso onde se verifica a incidência simultânea de mais de um vetor constitucional apontando em sentidos opostos, cabe ao intérprete lançar mão da ponderação proporcional entre os princípios conflitantes. Em tal operação, deverá o intérprete-aplicador do direito (administrador ou juiz) sopesar: de um lado, a importância relativa, em termos sistemáticos, da norma legal violada (por assim dizer, a gravidade da ilegalidade perpetrada), verificando a possibilidade de convalidação do vício por novo ato (sanatória voluntária) ou o decurso do prazo decadencial para a anulação do ato (sanatória involuntária); de outro lado, a existência da confiança legítima (dada pela apuração da boa-fé objetiva, qualificada ainda pela legitimidade da confiança nutrida pelo particular, na situação em que se encontre o particular em decorrência da legítima confiança que foi levado a nutrir pela conduta da Administração).

Vale consignar, por oportuno, que seria também possível encontrar hipóteses de juridicidade *contra legem* por ponderações entre os princípios constitucionais da legalidade e da eficiência. O Tribunal de Contas da União - TCU já proferiu decisões nas quais constatou a necessidade de, diante do caso concreto, legitimar determinados contratos celebrados por entidades sujeitas a seu controle por força do princípio constitucional da eficiência em sua vertente da economicidade.

De tudo quanto foi exposto, é legítimo concluir que:

1. A vinculação do Poder Público à juridicidade importa não apenas a rígida observância das leis, mas também a proteção da segurança jurídica, entendida como tutela da legítima confiança depositada pelos administrados nas condutas da Administração;
2. O princípio da segurança jurídica tem assento constitucional e deve ser ponderado com a legalidade estrita, caso a caso, segundo critérios comparativos entre a gravidade da violação à lei e o grau de lesividade, que decorreria da invalidação retroativa do ato, ao particular, cuja confiança legítima foi violada;
3. A convalidação ou a validação dos efeitos pretéritos de um ato administrativo evitado de ilegalidade (invalidação prospectiva) constituem, por vezes, formas otimizadas de cumprir a Constituição, o que se dará quando o peso relativo do princípio da proteção da confiança legítima sobrepujar aquele atribuído ao princípio da legalidade;
4. Eventualmente, as soluções da convalidação ou da invalidação prospectiva podem decorrer de uma ponderação entre o princípio da legalidade com outros princípios constitucionais, como o princípio da eficiência;
5. Assim, conforme as circunstâncias do caso concreto, invalidação retroativa, invalidação prospectiva e convalidação serão as formas possíveis de expressão da juridicidade administrativa. As duas últimas configuram hipóteses de juridicidade administrativa contra a lei.

1.46. Como se vê, encontrar a resposta conforme à juridicidade administrativa para a questão posta nos presentes autos não se restringe a verificar se a Compromissária cumpriu ou não cumpriu as cláusulas quarta, quinta e sexta do TCAC nº 001/2017 tal qual estão escritas, ou tal qual a DIFIS entende que se possa exigir a partir do que está escrito, ainda que não haja disposição clara e precisa a respeito. Encontrar a resposta conforme à juridicidade administrativa implica ponderar a legalidade estrita, a segurança jurídica - sob a expressão da proteção à boa-fé objetiva e à legítima expectativa do administrado e a eficiência, traduzida no melhor alcance possível dos objetivos visados pela ação administrativa.

1.47. Ponderando que se encontra explícito nas cláusulas quarta, quinta e sexta do TCAC nº 001/2017; a constatação de lacunas dessas cláusulas, lacunas essas que não foram integradas consensualmente pelas partes, mas unilateralmente interpretadas pela DIFIS na fiscalização do cumprimento do TCAC; a boa-fé demonstrada pela Compromissária ao longo de todo o processo de ajuste de conduta; o grau significativo de alcance de satisfação do bem jurídico tutelado - a prestação de informações adequadas aos beneficiários - havendo indicativos de que pode haver ainda um espaço a percorrer para seu perfeito atingimento; a menor lesividade para os interesses dos beneficiários em prosseguir na busca e uma solução consensual do que em abandoná-la e o mais perfeito alcance da satisfação desse bem jurídico avançando na busca de uma solução consensual, em contraste com um cenário de retrocesso do quanto já se avançou para voltar-se à pura e simples aplicação de uma sanção pecuniária sem a prestação de informação adequada aos beneficiários, concluo que a melhor solução está no caminho do meio, nem aderindo à pretensão da Compromissária de ver reconhecido, já nesse momento, o integral cumprimento do pactuado no TCAC e nem aderindo ao voto da DIFIS no sentido de desde já abandonar uma solução consensual e retroceder no que já foi conquistado na prestação de informações adequadas aos beneficiários das Compromissárias, devendo-se promover o aditamento do TCAC nº 001/2017.

1.48. Dado que o tema objeto do TCAC nº 001/2017 diz respeito às competências regimentais da Diretoria de Normas e Habilitação dos Produtos - DIPRO, entendo ser conveniente e oportuno que a DIPRO se manifeste quanto à proposta de aditamento do TCAC apresentada pela Compromissária - providência, aliás, recomendada pela Procuradoria Federal junto à ANS no que diz respeito à cláusula sexta, recomendação essa cujo acolhimento me parece de bom alvitre estender às cláusulas quarta e quinta, para que, afinal, caso se alcance consenso entre as partes, seja celebrado o aditivo do TCAC nº 001/2017.

2. CONCLUSÃO

2.1. Isso posto, dirijo do Voto nº 3/2018/COAJU/ASSNT-DIFIS/ASSTF/DIRAD-DIFIS/DIFIS (10326369), votando no sentido de que seja celebrado aditivo ao TCAC nº 001/2017, cujos termos devem ser negociados com a participação direta da Diretoria de Normas e Habilitação dos Produtos.



Documento assinado eletronicamente por **Paulo Roberto Vanderlei Rebello Filho, Diretor(a) de Normas e Habilitação das Operadoras**, em 16/07/2019, às 17:17, 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 **13422831** e o código CRC **3B28A63C**.

PROCESSO Nº: 33902.504066/2015-54

VOTO Nº 1027/2019/ASSNT-DIDES/DIRAD-DIDES/DIDES

1. RELATÓRIO

1. Trata-se de processo administrativo que tem por objeto pedido de celebração de termo de compromisso de ajuste de conduta - TCAC, formulado por OdontoPrev S/A, sucessora de Bradesco Dental S/A, visando à solução consensual do processo administrativo sancionador nº 33902.081047/2010-31 (Programa Olho Vivo), no qual foi lavrado o auto de infração nº 49260/2014, que constatou a prática da conduta infrativa tipificada no artigo 66 da Resolução Normativa nº 124, de 30 de março de 2006.

2. Com base nas Notas nº 04, 84 e 107/2018/COAJU/ASSNT-DIFIS/ASSTF/DIRAD-DIFIS/DIFIS (DOCs SEI nºs 941987, 8144075 e 10302538), foi proferido o VOTO Nº 3/2018/COAJU/ASSNT-DIFIS/ASSTF/DIRAD-DIFIS/DIFIS, no sentido de que a operadora não cumpre as obrigações tratadas nas cláusulas quarta, quinta e sexta e, após ser notificada para prestar esclarecimentos, foi considerado que a mesma não apresentou justificativa suficiente para afastar a irregularidade.

3. Em 13/02/2019 (11398171), a compromissária peticionou pelo aditamento do TCAC, sob o argumento de que a imprecisão e a lacunosidade das cláusulas do termo inviabilizam o devido cumprimento. Assim, requereu o aditamento na forma abaixo:

"CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA (...) PARÁGRAFO ÚNICO — Reputar-se-á comprovado cumprimento de todas as obrigações previstas neste Termo mediante o reenvio dos Comunicados, acompanhado de todos os contratos com as irregularidades devidamente sanadas, mediante a demonstração de reenvio dos Comunicados e contratos para a base de clientes levantada no Termo e demonstração de recebimento de pelo menos 70% dos clientes."

4. Na 498ª Reunião Ordinária da Diretoria Colegiada, quando da ocasião de deliberação do voto 3 supramencionado, o processo foi retirado de pauta por solicitação do Diretor da DIGES à época, Paulo Roberto Vanderlei Rebello Filho, para sua análise e parecer da PROGE.

5. Nessa esteira, a Procuradoria Federal junto à ANS formulou o Parecer nº 00037/2019/GEADM/PFANS/PGF/AGU (12754095), no qual se opinou pela remessa à DIPRO e pela permanência da viabilidade da composição das partes, como se denota abaixo:

"(...) em relação à cláusula sexta foi verificado seu descumprimento por ter sido disponibilizado na área de acesso restrito de seu sítio na Internet o Guia de Esclarecimentos ao Beneficiário com referência a mais de um produto em desconformidade com o Anexo I da IN DIRPRO 23/2009. Neste caso, é relevante a manifestação do órgão técnico, no caso a DIPRO para apreciar a adequação de tal previsão".

"No presente caso, haja vista a presença de elementos caracterizadores da boa fé da

compromissária caso ainda subsista interessa da ANS no cumprimento do Termo, nos parece que ainda não estão esgotadas as possibilidades de composição entre as partes para sanar os motivos ensejadores do descumprimento do termo". (Sem grifos no original)

6. Dessa forma, cerca de seis meses após a retirada de pauta, foi proferido o voto-vista 402/2019/ASSNT-DIOPE/DIRAD-DIOPE/DIOPE, pelo Diretor Paulo Roberto Vanderlei Rebello Filho, que tomou posse na DIOPE em 28/05/2019 (508ª RDC), divergindo do VOTO N° 3/2018/COAJU/ASSNT-DIFIS/ASSTF/DIRAD-DIFIS/DIFIS, para defender que o presente momento ainda é adequado para readequar os termos do pacto celebrado, sem que seja necessária a declaração de seu descumprimento. Ademais, defendeu-se a conveniência e a possibilidade de abrir os autos à DIPRO, para que esta se manifeste quanto à proposta de aditamento do TCAC apresentada pela Compromissária.

7. Pautado o voto 402/2019/ASSNT-DIOPE/DIRAD-DIOPE/DIOPE na 511ª Reunião Ordinária De Diretoria Colegiada em 16/07/2019, a deliberação foi suspensa por força de meu pedido de vista, cujo prazo de trinta dias para manifestação foi suspenso por ocasião de minhas férias em 05/08/2019, voltando a correr em 19/08/2019.

8. Passo a ponderar.

2. ANÁLISE

2.1. DAS CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

2.1.1. **DA RETENÇÃO INJUSTIFICADA DOS AUTOS - VIOLAÇÃO AO ART.10, §5º, DA 02/DICOL.**

9. Segundo o extrato da ata da 498ª Reunião Ordinária da Diretoria Colegiada (SEI 11175643), o feito foi retirado de pauta por solicitação do Diretor da DIGES à época, Paulo Roberto Vanderlei Rebello Filho, para posterior análise e parecer da PROGE em 18/12/18.

10. Dessa forma, os autos foram retidos na posse do referido Diretor até 27/02/2019, quando só então foram encaminhados à PROGE pelo DESPACHO N°: 8/2019/DIGES (SEI 11435802).

11. Em sequência, o processo retornou, ao diretor, da Procuradoria Federal junto à ANS em 09/05/2019, quando da elaboração do DESPACHO n. 00106/2019/PROGE/PFANS/PGF/AGU (SEI 12795435).

12. Assim, em 16/07/2019, finalmente foi proferido o voto-vista 402/2019/ASSNT-DIOPE/DIRAD-DIOPE/DIOPE (SEI 13422831), cuja demora totalizou mais de quatro meses de vista, revelia do exposto no Art.10, §5º, da IS 02/DICOL, que confere o prazo de trinta dias para a devolução dos autos.

13. Art.10, §5º, da IS 02/13 da DICOL:

"Art. 10. Cada matéria em pauta será apresentada pelo Diretor Relator no processo, seguindo-se o debate e a votação.

§ 5º Havendo pedido de vistas de processo pautado para deliberação, o Diretor solicitante deverá apresentar suas razões por escrito ao proceder a devolução, o que deverá ser feito em até 30 (trinta) dias".

14. Como se vê, a norma pertinente ao assunto foi sumariamente ignorada, sem quaisquer justificativas ou preocupação por parte do Diretor solicitante da vista, restando inegável o perigo de que tal conduta seja foco de precedentes pelas demais Diretorias, bem como prejuízos à reputação institucional da Agência.

15. Além disso, a demora injustificada em processos de TCAC contamina a própria natureza do instituto, cujo escopo, para ambas as partes, é a composição nos termos e prazos do combinado e dos normativos que o regulamentam.

16. Repare-se que as tratativas do termo são todas baseadas na vigência esperada e a sua procrastinação indefinida, inclusive com aditamentos supervenientes ao término do prazo, coloca em risco o trabalho de toda equipe envolvida e os próprios resultados almejados.

17. Assim, urge a conclusão de que, quando a decisão de cumprimento ou de descumprimento do TCAC demore demasiadamente, o instituto se esvazia e o negócio jurídico celebrado entra no campo da insegurança jurídica, ficando com os seus efeitos inócuos.

2.1.2. DO DESRESPEITO PROCEDIMENTAL - VIOLAÇÃO AO ART.13, §3º, DA RN 372/15.

18. No VOTO nº 402/2019/ASSNT-DIOPE/DIRAD-DIOPE/DIOPE foi proposto o seguinte:

“Dado que o tema objeto do TCAC Nº 001/2017 diz respeito às competências regimentais da Diretoria de Normas e Habilitação dos Produtos - DIPRO, entendo ser conveniente e oportuno que a DIPRO se manifeste quanto à proposta de aditamento do TCAC apresentada pela Compromissária - providência, aliás, recomendada pela Procuradoria Federal junto à ANS no que diz respeito à cláusula sexta, recomendação essa cujo acolhimento me parece de bom alvitre estender às cláusulas quarta e quinta, para que, afinal, caso se alcance consenso entre as partes, seja celebrado o aditivo do TCAC nº 001/2017”.

19. Porém, cumpre expor que o rito procedimental aplicável nos casos de celebração de TCAC está expressamente previsto na RN 372/15, em que é definido, no Art. 13, §3º, que o órgão da DIFIS competente para analisar o TCAC elaborará nota técnica conclusiva sobre o cumprimento ou descumprimento das obrigações pactuadas, a qual, após aprovação pelo Diretor de Fiscalização, será submetida à Diretoria Colegiada.

20. Dispositivo em referência, *in verbis*:

“Art. 13. Caberá exclusivamente aos compromissários comprovar, nos autos do processo de ajuste respectivo, o cumprimento de cada uma das obrigações assumidas no TCAC, no prazo assinado neste.

§1º O órgão da DIFIS competente para acompanhar o cumprimento do TCAC analisará os comprovantes de cumprimento juntados aos autos pelos compromissários, consubstanciando-os em uma nota técnica, na qual se manifestará sobre o cumprimento ou o descumprimento das obrigações pactuadas.

§2º Caso a nota técnica prevista no §1º entenda pelo descumprimento, total ou parcial, das obrigações pactuadas no TCAC, ou conclua que não houve a devida apresentação do comprovante de cumprimento das obrigações no prazo estipulado, o compromissário será notificado para prestar esclarecimentos no prazo de 10 (dez) dias, a contar do recebimento da notificação.

§3º Expirado o prazo previsto no §2º, com ou sem a apresentação de resposta pelo compromissário, ou caso os esclarecimentos e documentos apresentados sejam insuficientes para comprovar o cumprimento das obrigações assumidas pelo compromissário, o órgão da DIFIS competente para analisar o TCAC elaborará nota técnica conclusiva sobre o cumprimento ou descumprimento das obrigações pactuadas, a qual, após aprovação pelo Diretor de Fiscalização,

21. Como se denota do trecho destacado do voto supramencionado, o Diretor de Gestão à época, Paulo Roberto Vanderlei Rebello Filho, pretendeu inovar o fluxo, estabelecendo nova fase processual de oitiva prévia de Diretorias, em desrespeito à legislação em vigor.

22. É inegável que tal comportamento é fato gerador de risco institucional, haja vista que, além de revelar descompromisso com a norma, atrasa o trâmite processual e representa verdadeira ameaça de formação de precedentes, para que, em todo processo de TCAC, a deliberação da DICOL possa ser postergada a fim de se "ouvir" outras Diretorias, indefinidamente.

23. Como se tais argumentos não bastassem, cumpre lembrar que a remessa dos autos à DIPRO é desnecessária, uma vez que a manifestação da referida diretoria poderia ter sido colhida regularmente durante a própria reunião da Diretoria Colegiada, sendo lícito, inclusive, o pedido de vista por seu diretor, na forma do Art.10, §4º, da IS 02/13 da DICOL.

"Art. 10. Cada matéria em pauta será apresentada pelo Diretor Relator no processo, seguindo-se o debate e a votação.

§ 4º Qualquer Diretor poderá requerer vista, diligências ou informações necessárias a melhor esclarecer ou complementar a instrução processual".

24. A inércia do Diretor da DIPRO durante as deliberações da 498ª e da 511ª Reuniões da Diretoria Colegiada precisa ser considerada e devidamente interpretada, pois, como foi dito, se houvesse interesse da DIPRO em se manifestar, o mesmo teria feito voluntariamente nas ocasiões. O silêncio da mencionada Diretoria só reforça o despropósito da remessa.

25. No mesmo raciocínio, não há explicação normativa para o já realizado envio dos autos à PROGE, fato que também evidencia a mesma inobservância da RN 372/15.

26. Dessa forma, em respeito ao princípio da legalidade administrativa, que preconiza que o gestor público não pode livremente fazer o que lhe pareça mais cômodo, mas somente aquilo que a norma autorize, de forma prévia e expressa, dado o interesse indisponível que o cerca, **voto contra a remessa abusiva dos autos à DIPRO.**

2.1.3. DA MANIFESTAÇÃO NÃO VINCULANTE DA PROCURADORIA

27. Assim expõe o PARECER nº 00037/2019/GEADM/PFANS/PGF/AGU (12754095):

"156. Finalmente, em relação à cláusula sexta, foi verificado seu descumprimento, por ter sido disponibilizado na área de acesso restrito de seu sítio na Internet o Guia de Esclarecimentos ao Beneficiário com referência a mais de um produto em desconformidade com o Anexo I da IN DIRPRO 23/2009. Neste caso, é relevante a manifestação do órgão técnico, no caso a DIPRO para apreciar a adequação de tal previsão".

28. Sobre tal ponto, o VOTO Nº 402/2019/ASSNT-DIOPE/DIRAD-DIOPE/DIOPE dispõe:

*"Dado que o tema objeto do TCAC Nº 001/2017 diz respeito às competências regimentais da Diretoria de Normas e Habilitação dos Produtos - DIPRO, entendo ser conveniente e oportuno que a DIPRO se manifeste quanto à proposta de aditamento do TCAC apresentada pela Compromissária - providência, aliás, recomendada pela Procuradoria Federal junto à ANS no que diz respeito à cláusula sexta, **recomendação essa cujo acolhimento me parece de bom alvitre estender às cláusulas quarta e quinta**, para que, afinal, caso se alcance consenso entre as partes,*

29. Percebe-se que o referido voto quis ampliar e dar nova conotação à recomendação da Procuradoria, para justificar remessa processual não prevista em norma.
30. O PARECER nº 00037/2019/GEADM/PFANS/PGF/AGU entendeu ser relevante a manifestação da DIPRO para apreciar as questões levantadas relativas à cláusula sexta do TCAC, porém, este fato não nos autoriza a considerar que o documento tenha recomendado uma ilicitude, sobretudo diante da clareza de seu texto.
31. Quando se pretendeu que a DIPRO expressasse posição quanto ao tema, não se propôs qualquer desvio ao procedimento previsto na RN 372/15, mas tão somente se recomendou que tal órgão se manifestasse dentro das oportunidades normativas, que são a deliberação em reunião colegiada ou o pedido de vista voluntário.
32. Da mesma forma, o parecer foi específico a sugerir que a DIPRO se manifestasse quanto à cláusula sexta do TCAC, tendo o voto, porém, buscado estender para outras cláusulas, provocando, de fato, o nascimento de uma instância revisora ao trabalho da DIFIS, sem respaldo legal.
33. Ademais, ainda que a PROGE sugerisse medidas sem base normativa, estas não seriam vinculantes aos Diretores, que deveriam, em nome da legalidade administrativa, ignorá-las, e não encampá-las.
34. Por tudo isso, entende-se que o exposto no parecer da procuradoria não pode ser desvirtuado e levantado como fundamento de violação do rito estabelecido no processo de ajuste de conduta estabelecido na RN 372/15.

2.2. DO MÉRITO

35. A Diretoria de Fiscalização proferiu o Voto nº 3/2018/COAJU/ASSNT-DIFIS/ASSTF/DIRAD-DIFIS/DIFIS (10326369), entendendo pelo descumprimento das obrigações tratada nas cláusulas quarta, quinta e sexta, nos termos abaixo:

“Tendo em vista o fim da vigência do Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta – TCAC em epígrafe, ocorrido em 12/03/2018, foi expedida a Nota Técnica nº 107/2018/COAJU/ASSNT-DIFIS/ASSTF/DIRAD-DIFIS/DIFIS (DOC SEI nº 10302538), por meio da qual foi realizada verificação final do cumprimento das obrigações pactuadas, conforme disposto no art. 13, § 1º da RN nº 372/2015.

Conforme detalhado nas Notas nº 04, 84 e 107/2018/COAJU/ASSNT-DIFIS/ASSTF/DIRAD-DIFIS/DIFIS (DOCs SEI nºs 941987, 8144075 e 10302538), cujos fundamentos ficam adotados para os fins de motivação do presente voto, nos termos do art. 50, § 1º da Lei nº 9.784/99, a operadora não cumpriu as obrigações tratadas nas cláusulas quarta, quinta e sexta e, após ser notificada para prestar esclarecimentos, não apresentou justificativa suficiente para afastar a irregularidade”.

36. Porém, o VOTO nº 402/2019/ASSNT-DIOPE/DIRAD-DIOPE/DIOPE (13422831), em que pese reconhecer a inadimplência, divergiu quanto à necessidade da declaração de descumprimento do Termo, alegando a boa-fé da compromissária e a existência de lacunosidades nas cláusulas, que inviabilizaram o cumprimento.
37. Voto 402/2019/ASSNT-DIOPE/DIRAD-DIOPE/DIOPE, *in verbis*:

“Na situação sob exame, observa-se que a Compromissária caminhou consistentemente na direção do cumprimento das obrigações relacionadas ao direito à informação de seus beneficiários, que,

afinal, é o bem jurídico tutelado pelo artigo 66 da RN nº 124, de 2006, tipo infrativo que deflagrou a sanção cujo afastamento se persegue pelo TCAC nº 001/2017.

Se mais a Compromissária não fez, é preciso reconhecer, muito se deve ao fato de os termos do TCAC nº 001/2017 serem lacunosos no que diz respeito ao que se entenderia precisamente por cumprimento das cláusulas quarta, quinta e sexta”.

38. Data vênua, dissinto do referido voto-vista, haja vista que ao analisar as cláusulas descumpridas, não se consegue observar tais lacunas manifestas, sobretudo diante do fato de que todas as fases de negociação foram observadas segundo a RN 372/15, com a participação prévia da própria Compromissária, da Procuradoria e da DICOL (fls.151/153).

39. Além disso, durante a execução do Termo, resta inegável que a Diretoria de Fiscalização acompanhou de perto a evolução dos fatos em diversas oportunidades, tendo concedido dilação de prazo para entrega das informações em duas delas (SEI6108219 e 8149441), trocado e-mails de orientação (SEI 10235134, 8961631, 10305408, 8346316) e comparecido a reunião presencial com a Compromissária (SEI 11677531).

40. Dessa forma, não merece guarita os argumentos do voto-vista de que a Compromissária foi submetida a qualquer desamparo ou arbitrariedade por parte da Diretoria de Fiscalização.

41. Ainda com relação à suposta obscuridade e lacunosidade, é necessário expor que, ainda que se queira discutir novamente a interpretação de determinada expressão ou modo de cumprimento envolvendo as cláusulas em comento, é fato que houve obrigações meramente objetivas que também não foram satisfeitas, tornando impossível atestar-se o cumprimento integral do TCAC.

42. Pode-se citar, como exemplo, o solicitado na cláusula quinta cumulada com a cláusula décima, inciso V, a saber:

“CLÁUSULA QUINTA A COMPROMISSÁRIA obriga-se a, no prazo de 120 (cento e vinte) dias contados da assinatura do presente Termo, encaminhar aos-contratantes dos contratos vigentes dos produtos indicados na Cláusula Primeira:

a) novas versões de seus respectivos instrumentos contratuais, nas quais devem ser sanadas as irregularidades apontadas, mantidas as demais condições;

b) solicitação de encaminhamento aos beneficiários de comunicado informando as correções das irregularidades contratuais listadas na Cláusula Primeira e orientando sobre a forma de consulta, por meio da Internet, do material explicativo de que trata a Cláusula Sexta”.

“CLÁUSULA DÉCIMA — A COMPROMISSÁRIA apresentará à ANS:

V - no prazo de 60 (sessenta) dias contados do termo final dos prazos previstos nas Cláusulas Quinta e Sexta:

a) Relatório das Comunicações aos Contratantes, em planilha eletrônica no formato XLSX Ou ODS, com informações por contratante das comunicações encaminhadas na execução da obrigação prevista na Cláusula Quinta, conforme modelo do Anexo II;

b) cópias, no formato PDF, de pelo menos 10 (dez) _comunicações encaminhadas aos Contratantes de cada produto indicado na Cláusula Primeira, bem como da comprovação de recebimento dessa comunicações, conforme a Cláusula Quinta;

c) cópias, no formato PDF, das páginas na Internet com as informações Contratuais de 10 (dez) beneficiários de contratos distintos para cada produto indicado na. Cláusula Primeira, conforme Cláusula Sexta;”

43. Da leitura da colacionada alínea ‘b’, se depreende, sem qualquer lacunosidade, que caberia à Compromissária apresentar a esta Agência cópias, no formato PDF, de pelo menos 10 (dez) comunicações encaminhadas aos Contratantes de cada produto indicado na Cláusula Primeira, bem como a comprovação de recebimento dessas comunicações, conforme a Cláusula Quinta.

44. Porém, a ausência dessa entrega foi objetivamente declarada na NOTA TÉCNICA N° 107/2018/COAJU/ASSNT-DIFIS/ASSTF/DIRAD-DIFIS/DIFIS, tendo sido constatado que alguns contratantes não foram comunicados, apesar de seus contratos estarem em vigor durante o prazo da obrigação, bem como não foram apresentadas as cópias dos e-mails requisitados em razão de problemas internos.

45. Nesse sentido, Nota Técnica 107/2018/COAJU/ASSNT-DIFIS/ASSTF/DIRAD-DIFIS/DIF (10302538):

“A partir da argumentação apresentada pela Operadora, é possível observar que ela não possui meios de demonstrar o cumprimento da obrigação de envio dos comunicados seja por terem sido enviados pela equipe de pós-venda, seja em razão da saída dos colaboradores que coordenaram o envio dos e-mails”.

46. Da mesma forma, a NOTA TÉCNICA N° 107/2018/COAJU/ASSNT-DIFIS/ASSTF/DIRAD-DIFIS/DIFIS narra que a Compromissária se recusou a satisfazer a obrigação objetiva de dispor na página inicial do instrumento contratual a classificação da Operadora na ANS, como se vê exigido no TCAC transcrito abaixo:

“CLÁUSULA QUARTA - A COMPROMISSÁRIA obriga-se a, no prazo de 90 (noventa) dias contados da assinatura do presente Termo, adotar novos modelos de instrumentos contratuais para as novas contratações de todos os seus produtos livres das irregularidades listadas nas alíneas da Cláusula Primeira.

OBS: CLÁUSULA PRIMEIRA— Este Termo tem por objeto o ajustamento das condutas abaixo descritas, tipificadas no artigo 66 (Cláusulas de Garantias Legais) da RN n° 124 de março de 2006, em apuração no Processo Administrativo Sancionador n° 33902.081047/2010-31, referente aos produtos registrados na ANS sob os números os números 455202064, 4557340,74, , 455717074, 455736071, 455735072 e 455738077:

a) prever no mesmo instrumento contratual disposições referentes a mais de um produto;

*b) não dispor, na página inicial do instrumento contratual, os itens **Classificação da operadora na ANS**, Nome comercial e n° de registro do plano na ANS;”*

47. Fundamentação da Nota Técnica 107/DIFIS:

"c.3.2) Falta de informação, na página inicial do instrumento contratual, do item Classificação da operadora na ANS:

A classificação da operadora na ANS (odontologia de grupo) não consta em nenhum dos documentos apresentados.

Em sua petição (DOC SEI nº 8557922), a operadora informou que optou pela denominação "Assistência Odontológica" na capa, proposta mestra e anexo de cobertura. Defende que a indicação "odontologia de grupo" poderia confundir os clientes e que seria um preciosismo considerar descumprido o TCAC por este motivo, considerando também uma medida desproporcional. Afirma não haver reclamações ou dúvidas sobre esse assunto e que esse dado consta do Guia de Esclarecimentos ao Beneficiário. Ressalta, ainda, que ajustou espontaneamente o seu contrato para incluir esse dado na página inicial.

Os argumentos apresentados não afastam as evidências de descumprimento da Cláusula Quarta, uma vez que não foram apresentados todos os contratos solicitados e que não constou da página inicial do instrumento contratual o item "Classificação da operadora na ANS". Ressalte-se que a classificação da operadora é "odontologia de grupo" e não "assistência odontológica", não podendo ser admitido tal argumento.

É que, como bem salientado na Nota n° 84/2018/COAJU/ASSNT-DIFIS/DIRAD-DIFIS/DIFIS, o Anexo I da IN-DIPRO n° 23/2009 exige que essas informações sejam previstas na página inicial do instrumento contratual, não sendo adequado admitir que conste apenas do Guia de Esclarecimentos ao Beneficiário. Ademais, a alínea "b" da Cláusula Primeira do TCAC é expressa ao indicar que é objeto de ajuste a conduta de "não dispor, na página inicial do instrumento

3. CONCLUSÃO

48. **Por tudo isso, é possível afirmar que o descumprimento em tela vai muito além de “dúvidas subjetivas em razão de pontos lacunosos”.** A recusa de cumprir aquilo que a própria Compromissária pactuou passa por inadimplências objetivas, desperdício de oportunidade presencial e de novos prazos concedidos, bem como pelo desconhecimento da norma.

49. Por fim, posiciono-me pela impossibilidade jurídica de se aditar um TCAC após a sua vigência, como requerido pela Compromissária e sugerido pelo VOTO N° 402/2019/ASSNT-DIOPE/DIRAD-DIOPE/DIOPE.

50. A natureza jurídica do Termo de Ajustamento de Conduta é a de negócio jurídico, que tem como causa natural de extinção o decurso de seu prazo. Expirado este, cessa sua vigência, sob pena de eterna vinculação das partes e prolongamento indefinido no tempo. Assim, se uma das partes quiser restabelecer a relação jurídica objeto do negócio, só lhe caberá propor a outra a celebração de novo pacto, com novo prazo e novos efeitos.

51. Qualquer aditamento ou alteração das cláusulas do TCAC só poderia ter sido feito durante sua vigência, não sendo lícito ao Administrador querer mudar a produção dos efeitos de algo já extinto e devidamente estabilizado.

52. Repare-se que a deliberação da DICOL é apenas no sentido de declarar se houve o cumprimento ou não do combinado, a fim de que surtam os efeitos também previamente combinados pelas partes, a saber: o livramento da Compromissária das responsabilidades pertinentes ou a consolidação do Título Executivo Extrajudicial. No presente momento, ou a Diretoria Colegiada se dá por satisfeita e declara o cumprimento ou reconhece a inadimplência da Compromissária, inexistindo a possibilidade jurídica de ressuscitar o pacto já encerrado.

53. Diante do exposto, dirijo do voto-vista, e devolvo os autos para fins de pauta para discussão e deliberação das três preliminares supramencionadas e acompanhamento, no mérito, a posição adotada pela Diretoria de Fiscalização, na NOTA TÉCNICA N° 107/2018/COAJU/ASSNT-DIFIS/ASSTF/DIRAD-DIFIS/DIFIS e VOTO N° 3/2018/COAJU/ASSNT-DIFIS/ASSTF/DIRAD-DIFIS/DIFIS.

54. É como voto, Senhores Diretores.

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 21/08/2019, às 16:34, 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 **14041897** e o código CRC **58CB4D05**.

PROCESSO Nº: 33902.504066/2015-54

VOTO Nº 1222/2019/DIFIS

ASSUNTO

Declaração do descumprimento do Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta – TCAC nº 001/2017, celebrado entre a ANS e a ODONTOPREV S.A. - Aditamento ao Voto nº 3/2018/COAJU/ASSNT-DIFIS/ASSTF/DIRAD-DIFIS/DIFIS

CONTEXTUALIZAÇÃO

1. Em complemento ao Voto nº 3/2018/COAJU/ASSNT-DIFIS/ASSTF/DIRAD-DIFIS/DIFIS (S 10326369) , tendo em vista que ainda não ocorreu a deliberação dessa r. Diretoria Colegiada sobre a matéria inicialmente pautada na 498ª Reunião Ordinária, realizada em 18 de dezembro de 2018, e, especialmente, considerando a manifestação contida no Voto nº 402/2019/ASSNT-DIOPE/DIRAD-DIOPE/DIOPE (SEI 13422831), apresentada na 511ª Reunião Ordinária, ocorrida no último 17 de julho, venho aditar minha posição sobre a questão em debate.
2. Preliminarmente, manifesto concordância, na íntegra, com o conteúdo do Voto nº 1027/2019/ASSNT-DIDES/DIRAD-DIDES/DIDES (SEI 1041897), proferido após solicitação de pedido de vistas, com fulcro nos §§ 4 e 5º da Instrução de Serviço – IS nº 2/2013 da DICOL. Cumpre destacar que o presente aditamento, além de reafirmar e reforçar o exposto pela Diretoria de Desenvolvimento Setorial, apresenta fundamentação ainda mais detalhada, sob a ótica da Diretoria competente pela condução do processo de ajuste.
3. Também em sede preliminar, desejo lembrar que a manifestação aditiva de um Diretor em seus votos proferidos enquanto não ultimada a deliberação colegiada consiste em procedimento regular no processo decisório desta Agência e, mais ainda, medida que aflui para a transparência e governança regulatória. Nesse sentir, desejo recordar que outros Diretores já lançaram mão desse expediente ao longo dos últimos anos no curso das deliberações no Colegiado e, apenas para exemplificar, refiro-me aos Processos nº 33910.005859/2017-58, 33902.537563/2016-10, 33902.445327/2016-78 e 33902.440494/2016-22, discutidos nas 472ª, 499ª e 510ª Reuniões Ordinárias e 6ª Reunião Extraordinária da Diretoria Colegiada.
4. Trata-se de processo referente ao Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta – TCAC nº 001/2017 firmado entre esta Agência e a Odontoprev S.A. (Registro ANS nº 30.194-9), sucessora por incorporação de Bradesco Dental S.A., com fundamento no art. 29 da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, e no inciso XXXIX do art. 4º da Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, na forma da Resolução Normativa nº 372, de 30 de março de 2015, com vistas a corrigir as condutas que violam à regulação setorial e que configuram a infração capitulada no art. 66 da RN nº 124, de 30 de março de 2006. Ao que interessa no presente momento, as obrigações assumidas eram, em suma, cessar a conduta infrativa em contratações futuras, corrigir os contratos em vigor disponibilizar guia explicativo do produto na área de acesso restrito do portal corporativo da operadora (cláusulas quarta, quinta e sexta).
5. Para melhor compreensão da questão posta neste feito, cumpre-me, de antemão, tecer algumas considerações de ordem geral.

6. Desejo recordar que a opção regulatória de pactuar o ajustamento de conduta com as operadoras de planos de assistência à saúde tem por objetivo “*garantir, principalmente, a cobertura da assistência contratada pelos usuários*”, sendo essa a motivação para a inclusão dos §§1º a 9º ao art. 29 da Lei nº 9.656, de 1998[1].

7. Como instrumento de regulação consensual, a faculdade legal conferida a esta Agência para pactuar, em termo próprio, o ajuste de conduta tem a finalidade de fomentar a adoção espontânea pelo agente regulado de comportamentos desejados pelo regulador. Como anota Paulo César Melo da Cunha, “*sempre que maior proveito houver, a penalidade deve ser substituída por uma prestação positiva em favor da sociedade, o que decorre o afastamento da imperatividade pela consensualidade, com emprego de ‘acordos substitutivos’*”[2].

8. O TCAC figura, assim, como **alternativa à aplicação de sanção administrativa**, pelo que sua negociação, celebração e execução está imbricada no processo administrativo sancionador. Ao longo desses quase vinte anos, essa pactuação tem se mostrado meio dinâmico e eficaz para que as operadoras cessem práticas irregulares e corrijam eventuais danos causados.

9. Nas palavras da Procuradoria Federal na ANS – PROGE:

*./.../o TCAC, na forma do disposto no § 1º do art. 29 da Lei nº 9.656, de 1998, **é uma exceção à regra de penalização**, que consiste em dotar esta Agência deste instrumento, deixando ela de ser um órgão meramente aplicador de sanções e procurando reverter os atos infracionais aos ditames da lei e seus regulamentos, atendendo, assim, à sua verdadeira atividade finalística, qual seja, promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, **tendo-se a cautela de não transformá-lo, pela sua banalização, num instrumento de odiosa impunidade àqueles que infringem sistematicamente as normas de assistência à saúde**[3] (grifou-se).*

10. E na mesma linha é o Voto nº 436/2019/DIPRO[4]:

*Note-se, porém, que o TCAC é uma exceção à regra de penalização e que só poderá ser utilizado junto àqueles processos administrativos para aplicação de sanções que tenham por base o auto de infração, a representação ou a denúncia positiva dos fatos irregulares, ou seja, **somente se admite o uso desse instrumento no processo administrativo sancionador**, presumindo-se que sua propositura deva partir da Administração, a quem cabe o juízo de conveniência e oportunidade para sua celebração. (grifou-se)*

11. Parece, pois, ser consenso que o TCAC se põe como excepcionalidade ao *jus imperii* do Estado, aqui na figura da autoridade reguladora, a fim de se privilegiar o resultado do efetivo cumprimento da norma ao uso da força coercitiva pela via da aplicação de sanção administrativa diante da infração constada.

12. A coerção cede espaço à composição e, como tal, não depende somente do exercício dessa prerrogativa pelo regulador, dado que também se condiciona à vontade do agente regulado em firmar o compromisso. Ao suspender o processo administrativo sancionador pela celebração do instrumento de ajuste, ANS e operadora abrem mão da discussão do mérito sobre a ocorrência ou não da infração para, de modo objetivo, pactuar as medidas de conformidade com as exigências regulatórias. No TCAC, a operadora deixa a condição de infratora para figurar como compromissária. Não por outra razão o Termo tem eficácia de título executivo extrajudicial[5].

13. A consensualidade e objetividade que revestem essa medida alternativa à aplicação de sanção é assim apontada por Carlos Ari Sunfeld e Jacintho Arruda Câmara[6]:

*A celebração do termo de ajustamento de conduta também é um modo mais rápido para assegurar a aplicação efetiva da norma em discussão. Não se trata de instrumento de punição, mas de indução de comportamentos concretos. O termo constitui uma ferramenta para transformar em realidade abstratas prescrições legais. **Quando firma o compromisso, o interessado se vincula a um dado plexo de obrigações, passando o pacto a constituir, por si só, um título executivo, independentemente de ação judicial de caráter constitutivo.** (grifou-se)*

14. Mas advertem esses autores:

Insista-se nisto: a celebração do TAC não encerra o processo que lhe deu causa, apenas resolve consensualmente o tema litigioso, **gerando um ato bilateral cuja execução tem de ser feita**, impulsionada e controlada no mesmo processo. **O processo não se extingue com a simples celebração do TAC porque sua finalidade não está, ainda, exaurida, faltando obter materialmente a conduta desejada do particular.** (grifou-se)

15. A trajetória exitosa dos processos de ajustamento de conduta se revela por seus resultados, eis que o presente foi o único [7] considerado descumprido, entendimento consubstanciado em Nota da área técnica, acompanhado no voto da Diretoria de Fiscalização. Esses dados dizem *per se* que o manejo por esta Diretoria de Fiscalização dessa ferramenta regulatória tem se pautado pelos pressupostos de razoabilidade, boa-fé, flexibilidade e consensualidade, sem se descurar da observância à legislação aplicável, como é o que se espera da condução zelosa do regulador.

16. A rigor, está apta a celebrar o ajuste qualquer operadora de plano de assistência à saúde que responda a processo administrativo sancionador sem decisão definitiva, conquanto não tenha agido de má-fé ou descumprido outro TCAC no prazo regulamentar. Decerto, a opção pelo ajuste de conduta é faculdade da Administração Pública, passa pela avaliação de conveniência e oportunidade pela autoridade reguladora e, nessa seara, cumpre sublinhar que, na análise dos requisitos formais para a abertura de processo de negociação do ajustamento, esta Diretoria de Fiscalização não procede à verificação prévia do porte econômico da operadora e de sua posição no mercado de saúde suplementar.

17. Não obstante a premissa acima apontada, considerando o desenrolar do presente processo, se faz necessário situar a posição da operadora no segmento em que atua.

18. Atualmente há 285 operadoras ativas no segmento odontológico, entre odontologias de grupo e cooperativas odontológicas, sendo que a Odontoprev é a maior delas, com aproximadamente 5,6 milhões de beneficiários.

19. Na tabela a seguir se observa que 77% das operadoras são de pequeno porte e absorvem 7% do total de beneficiários do Mercado Odontológico. Enquanto 6 operadoras de grande porte absorvem 24% dos beneficiários, a Odontoprev detém sozinha 36% desses vínculos, demonstrando dominar o segmento odontológico.

Porte	Qtd. OPS	% OPS	Qtd. Benef.	% Qtd. Benef.
G1	1*	0,3%	5.632.140	35,7%
G2	6	2,1%	3.850.065	24,4%
M1	5	1,7%	1.846.345	11,7%
M2	53	18,5%	3.264.647	20,7%
P	221	77,3%	1.162.476	7,4%
Total	285	100,0%	15.755.671	100,0%

Fonte: TabNet - Data da extração: 28/08/2019

(*) ODONTOPREV

Nota: Definição dos portes: G1 - Acima de 1 milhão de beneficiários; G2 - Entre 500 mil e 1 milhão de beneficiários; M1 - Entre 200 mil e 500 mil beneficiários; M2 - Entre 20 mil e 200 mil beneficiários; P - Com até 20 mil beneficiários

20. Assim, pela leitura do dado apresentando, observa-se que a Odontoprev **concentra sozinha mais de um terço de toda a operação de planos odontológicos no país**, informação que por si só demonstra o potencial lesivo aos beneficiários de planos de assistência à saúde decorrente de desconformidades regulatórias de uma operadora dessa envergadura.

21. As infrações identificadas, em diligências realizadas em meados de 2010 no âmbito do Programa Olho Vivo, voltam-se à conduta de negar aos beneficiários a real informação sobre seus direitos como beneficiários de plano de assistência à saúde. Apuradas no Processo Sancionador nº 33902.081047/2010-31, as irregularidades se referem aos produtos registrados na ANS sob os nºs 455202064, 455734074, 455717074, 455736071, 455735072 e 455738077 e disciplinam, na maior

parte, aspectos relativos às coberturas assistenciais, envolvendo, ainda, rede, mecanismo de regulação, inclusão obrigatória de dependente e garantia de atendimento.

22. Convém recordar que é na busca do equilíbrio da relação entre operadoras e beneficiários que a legislação adota mecanismos de redução de assimetria informacional, dentre os quais vale destacar os princípios da transparência e da informação, a fim de promover a escolha consciente ou vontade qualificada. Essa preocupação também se reflete nas normas que regem a contratação de planos privados de assistência à saúde, que estabelece o direito do beneficiário de receber informação do contrato ou regulamento que rege seu plano, ou material explicativo com a descrição, em linguagem simples e precisa, sobre todas as características do produto. Mais ainda, os direitos e obrigações devem estar expressos nos instrumentos contratuais. Isso é o que se extrai do disposto no art. 16 da Lei nº 9.656, de 1998, sendo este, decerto, o esteio legal do “Manual de Elaboração dos Contratos de Planos de Saúde” constante do Anexo I da Instrução Normativa da Diretoria de Normas e Produtos – IN/DIPRO nº 28, de 29 de julho de 2010.

23. Em que pese a omissão ou a incorreção de termos contratuais não suprimir as garantias legais do beneficiário, a importância da redução da assimetria de informação é notória.

24. Por tais razões, é de se pesar o risco assistencial subjacente de irregularidades em cláusulas contratuais, eis que não se esgota no momento da celebração do contrato, mas se perpetra no tempo, em razão do trato sucessivo que o caracteriza. No caso concreto desses planos comercializados pela Odontoprev, faz quase dez anos [8] que essa infração foi identificada e, na vigência do TCAC e, até o presente momento, a Operadora não conseguiu comprovar que corrigiu ou cessou totalmente sua conduta.

25. Sublinhe-se que essas medidas de ajuste visam proteger garantias assistenciais que alcançam cerca dos um milhão de beneficiários da Odontoprev vinculados aos produtos correlacionados no Termo, isso sem falar de novos contratantes de todos os produtos dessa Operadora.

26. Há, pois, de se reconhecer o interesse público no ajuste de infrações desse naipe, como forma prestigiar o equilíbrio do contrato pelo empoderamento do beneficiário, via redução da assimetria informacional. Esse é o fundamento das obrigações previstas nas cláusulas quarta, quinta e sexta do TCAC, cujo cumprimento está em debate.

27. Nessa linha, é preciso ressaltar que as considerações até aqui expostas não são novidade. Apenas reforçam o já exposto na Nota nº 125/2016/COAJU/ASSNT/DIFIS/ANS (SE5583020, fl. 130/135), que serviu de referência técnica para a tomada de decisão da Diretoria Colegiada desta Agência de aprovar, à unanimidade, os termos desse TCAC, em sua 457ª Reunião Ordinária (SEI 5583020, fl. 153).

28. Repise-se também que a minuta de TCAC foi submetida à Procuradoria Federal na ANS, que concluiu "que o procedimento prévio à celebração do TCAC está adequado à sua finalidade, em nada impedindo a celebração do ajuste" (grifou-se), de modo que não aduziu qualquer reparo sobre os termos sugeridos para as cláusulas quarta, quinta e sexta da então minuta de TCAC, como se depreende da leitura atenta do Parecer nº 00235/2016/GEADM/PFANS/PGF/AGU (SE5583020, fl. 146/150).

29. Feitas essas considerações de ordem geral, cumpre-me debruçar sobre as ponderações trazidas no Voto nº 402/2019/ASSNT-DIOPE/DIRAD-DIOPE/DIOPE.

30. De imediato, devo dizer que me causa certa espécie que seu Voto tenha sido proferido de costas para a RN nº 372, de 2015, ato normativo editado por decisão da Diretoria Colegiada desta Agência para dispor “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”. Seu arrazoado, em sequer uma linha, considera as disposições contidas nessa Resolução. A partir dessa premissa, passo a pontuar o que

tenho por pontos mais sensíveis.

I - ARGUIÇÃO DE LACUNAS NAS CLÁUSULAS QUARTA, QUINTA E SEXTA

31. A alusão a disposições lacunosas é multicitada no Voto nº 402/2019/ASSNT-DIOPE/DIRAD-DIOPE/DIOPE quando se refere à redação das cláusulas quarta, quinta e sexta do TCAC firmado com a Odontoprev. Sucede, porém, que, ao lançar mão desse engenho retórico, restou aparente o desconhecimento dos procedimentos impostos pela RN nº 372, de 2015, especialmente o que mandam seus arts. 9º e 10[9].

32. Diante disso, convém elucidar que, para que ocorra a celebração de TCAC entre a ANS e o compromissário, há trâmites mandatórios a serem seguidos. Encerradas as negociações, a minuta do Termo se sujeita à análise da PROGE, a quem compete examinar todos os aspectos que envolvem a regularidade jurídica do pacto, notadamente a observância aos princípios da legalidade, razoabilidade e proporcionalidade de suas cláusulas, como também há manifestação da operadora compromissária (art. 9º, §2º), que, por certo, também fará sua avaliação jurídica e técnica quanto à regularidade e exequibilidade das condições propostas. Havendo sua aquiescência, a minuta de TCAC é submetida à aprovação da Diretoria Colegiada (art. 10, *caput*), para o juízo de conveniência e oportunidade da celebração do compromisso. Somente após autorizado pelo órgão máximo de decisão desta Agência é que esta Diretoria de Fiscalização pode celebrar o TCAC (art. 10, §1º).

33. No presente caso, os procedimentos ditados pela RN nº 372, de 2015, foram rigorosamente obedecidos. Como já dito, os termos propostos para as cláusulas quarta, quinta e sexta do TCAC com a Odontoprev receberam parecer favorável pela PROGE (SEI 5583020, fl. 146/150). As disposições do TCAC nº 001/2017 foram objeto de ampla negociação com a Odontoprev (SEI 5583020, fl. 18/144), cabendo destacar que a minuta de TCAC que serve de base para as tratativas com a Operadora segue o modelo aprovado pela PROGE em seu Parecer nº 077/2015/GEADWPFANS/PGF/AGU. Por último, “A Diretoria Colegiada autorizou a celebração do TCAC em sua 457ª reunião ordinária, realizada em 14 de dezembro de 2016 (fl. 153 dos autos físicos), o que resultou no TCAC nº 001/2017, celebrado em 6 de fevereiro de 2017 (fls. 154/166 dos autos físicos)” (grifou-se), como se reconhece no teor do próprio Voto nº 402/2019/ASSNT-DIOPE/DIRAD-DIOPE/DIOPE[10].

34. Logo, não parece razoável cogitar que a Diretoria Colegiada autorizaria, a Procuradoria Federal entenderia como adequada e até mesmo a Odontoprev consentiria com o estabelecimento de cláusulas ou disposições lacunosas. É de se reforçar que o TCAC é medida administrativa adotada pela ANS, em observância aos princípios que norteiam a atuação da autoridade reguladora, e com o consentimento da operadora interessada.

35. Há de se entender, assim, que aquilo que se chamou de “lacunosas” significa a flexibilidade de se atestar o cumprimento do ajuste por qualquer forma admitida em direito, sem, contudo, abrir mão da efetiva demonstração do adimplemento das obrigações assumidas. Nesse sentido é a cláusula décima do TCAC.

36. Esse é, a propósito, o espírito do princípio da informalidade que opera em favor do administrado, como batizado por Allan Randolph Brewer Carías. Observada a legalidade, deve-se dispensar requisito formal quando não houver prejuízo ao interesse público ou a terceiros. Adverte o autor que “o caráter formal do processo administrativo serve tanto para a boa condução dos negócios administrativos contra abusos dos agentes públicos, mas o excesso de formalismo ou o estrito rigor formal pode transformar essa garantia em fator contrário aos interesses dos cidadãos” [11].

37. Vale dizer que os incisos VIII e IX do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 9.784, de 28 de janeiro de 1999, asseguram que o processo administrativo deve acarretar o menor ônus possível para o administrado. E é nessa mesma trilha o que dispõe o art. 1º, V do Decreto nº 9.094, de 17 de julho de 2017, ao pregar a “eliminação de formalidades e exigências cujo custo econômico ou social seja superior ao risco envolvido”.

38. Inobstante, flexibilizar os meios de prova não pode ser traduzido por abrir mão da comprovação. A informalidade não dispensa a Odontoprev de comprovar o que se comprometeu a fazer, como expresso, com precisão, nos incisos IV e V da cláusula décima.
39. Vale repisar que a RN nº 372, de 2015, franqueia ao regulado avaliar as condições de exequibilidade do ajuste objeto do compromisso a ser celebrado com o regulador, como já se viu.
40. Nesta situação concreta, volto a afirmar que foram observadas desconformidades em relação ao cumprimento das cláusulas quarta, quinta e sexta do TCAC nº 001/2017. Em apertada síntese, essas disposições preveem a correção das cláusulas de garantias legais tanto para os novos contratos (cláusula quarta), como para os em vigor (cláusula quinta), com o envio das comunicações com as correções aos contratantes por carta ou e-mail, e disponibilizar, na área de acesso restrito do portal corporativo, guia com orientações sobre o produto (cláusula sexta).
41. Para cumprimento das obrigações assumidas pela Odontoprev, foi solicitada não todos, mas uma amostra de contratos, em atenção ao disposto na cláusula décima do TCAC. Registre-se que as amostras solicitadas pela ANS tiveram origem nos dados do Sistema de Informações de Beneficiários – SIB, fornecidos pela própria Operadora. Por esse motivo, é de se esperar que a Compromissária disponha dos documentos comprobatórios das obrigações. Nesse sentir, foram solicitadas cópias de quatro contratos específicos de cada um dos seis produtos nos quais foram identificadas as irregularidades contratuais. A Compromissária apresentou, contudo, apenas duas cópias, além de documentos referentes a três contratos não solicitados. Não obstante, foram analisados os documentos apresentados pela operadora e, ainda assim, foram identificadas desconformidades cujo ajuste se impunha pela definição precisa nas alíneas da cláusula primeira do TCAC.
42. Quanto às comunicações, ainda que tenha sido solicitada a comprovação de envio por meio de amostra selecionada a partir do próprio relatório da Odontoprev, não se pôde verificar a data de recebimento da grande maioria dos comunicados e, quando constatado o registro, todos ocorreram após o termo final do prazo de cumprimento da obrigação e, mais ainda, com desconformidades, uma vez que a Compromissária encaminhou informações incompletas a todos os contratantes, segundo os conteúdos exigidos no TCAC.
43. O mesmo se diga em relação à obrigação de disponibilizar, na área de acesso restrito dos beneficiários no sítio da Operadora na Internet, material explicativo com descrição de todas as características do produto contratado, direitos e obrigações dos beneficiários, com a correção das irregularidades. Ao contrário do que ocorreu com as novas contratações, verificou-se, em relação aos contratos vigentes, que as orientações disponibilizadas não contemplaram parte do conteúdo exigido pelo TCAC.
44. Esses elementos estão fartamente demonstrados nas Notas Técnicas nº 4/2018/COAJU/ASSNT-DIFIS/DIRAD-DIFIS/DIFIS (SEI 144075); nº 84/2018/COAJU/ASSNT-DIFIS/DIRAD-DIFIS/DIFIS (SEI 144075); e nº 107/2018/COAJU/ASSNT-DIFIS/ASSTF/DIRAD-DIFIS/DIFIS (SEI 10302538), que dão suporte técnico ao Voto nº 3/2018/COAJU/ASSNT-DIFIS/ASSTF/DIRAD-DIFIS/DIFIS (SEI 10326369), cuja ciência foi dada, em tempo hábil, à Operadora, como se verá mais adiante.
45. Ainda que alertada da insuficiência de prova em mais de uma ocasião, a Compromissária, em lugar de tomar providências para demonstrar o efetivo cumprimento da obrigação, limitou-se a alegar a impossibilidade de apresentar as provas solicitadas, entre outros argumentos, em razão do desligamento da Operadora de colaboradores que coordenaram essa atividade.
46. Confirma esse breve relato o Parecer nº 00037/2019/GEADM/PFANS/PGF/AGU (SEI 12754095) da PROGE, lançado quando instada a se manifestar novamente sobre a regularidade processual do presente feito, após a deliberação ocorrida na 498ª Reunião Ordinária da Diretoria

Colegiada. Sua manifestação não refutou, em passagem alguma, o descumprimento do TCAC pela Odontoprev, tampouco a irregularidade dos meios de prova requestados, sendo interessante destacar o seguinte trecho:

150. Portanto neste caso resta à Compromissária encaminhar as cópias dos contratos requisitos pelo Ofício nº 3/2018/COAJU/ASSNT-DIFIS/DIRAD-DIFIS/DIFIS ou justifica fundamentadamente impossibilidade de atendê-lo. Neste ponto é importante frisar em consonância com a Diretoria de Fiscalização que a requisição realizada tem respaldo no termo e objetiva aferir o efetivo cumprimento da obrigação estipulada na cláusula quarta. Não se trata, portanto, de capricho ou forma de desvirtuar a finalidade da fiscalização, mas sim de instrumento para dar efetividade à análise sobre o cumprimento da obrigação assumida no TCAC. (grifos do original).

47. De igual sorte, admite-se, no próprio Voto nº 402/2019/ASSNT-DIOPE/DIRAD-DIOPE/DIOPE, que a Odontoprev não deu “integral cumprimento do pactuado no TCAC”, quando propõe a adoção por esta Agência daquilo a que chamou de “caminho do meio”[\[12\]](#).

48. Logo, a farta instrução processual presente neste feito já se basta para demonstrar que foram observados todos os pressupostos normativos que confirmam a regularidade do processo de negociação, celebração e avaliação do cumprimento do TCAC celebrado com a Odontoprev e, de igual modo, a opinião desta Diretoria de Fiscalização que, acompanhando a área técnica, opinou por seu descumprimento.

II - PRESUNÇÃO DE BOA-FÉ NO TCAC

49. No Voto nº 402/2019/ASSNT-DIOPE/DIRAD-DIOPE/DIOPE também se enfatiza a “boa-fé da Compromissária em cumprir diligentemente todas as obrigações previstas no TCACs nº 001/2017”[\[13\]](#), para, apoiado em abalizada doutrina, sustentar a necessidade de sua ponderação para, ao lado da eficiência administrativa, flexibilizar a aplicação do princípio da legalidade a que chamou de estrita. Esqueceu-se, contudo, que a própria celebração do TCAC já é em si a própria ponderação desses valores.

50. Também recorrendo às lições de Diogo Figueiredo Moreira Neto, “a finalidade da atividade regulatória está em proporcionar o máximo de eficiência na solução de problemas, aliando, na dosagem necessária, para cada hipótese, as vantagens da flexibilidade negocial privada com o rigor da coercitividade estatal.”[\[14\]](#). Tem-se, assim, que os compromissos de ajuste de conduta se harmonizam com a atuação desta Agência na busca da eficiência da atividade regulatória, ao conferir flexibilidade à ação punitiva do regulador para viabilizar soluções de consensualidade com o regulado. Alerta-se, contudo, que o mesmo autor ensina que o TCAC não visa tolerar o ilícito”[\[15\]](#).

51. Não bastasse, a boa-fé do administrado é sempre presumida pela Administração Pública e, por corolário, pela autoridade reguladora. Trata-se de princípio aplicável a toda a condução de processos administrativos, sancionadores ou não, eis que fartamente positivada na legislação, como reza a Lei Geral de Processo Administrativo (art. 2º, *caput* e inc. IV da Lei nº 9.784, de 1999), a Lei de Defesa do Usuário do Serviço Público (art. 5º, II da Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017) e a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica (art. 2º, II da Medida Provisória nº 881, de 30 de abril de 2019).

52. A própria RN nº 372, de 2015, determina seja feita a ponderação dos princípios da eficiência, boa-fé e legalidade na avaliação da conveniência e oportunidade na celebração do compromisso, consoante seu art. 4º. Mais ainda, a boa-fé do administrado é condição inafastável nesse processo, como se depreende da leitura dos arts. 5º, II, III e §1º; e 13, §7º[\[16\]](#) da mesma Resolução.

53. Assim é que a boa-fé é premissa para a celebração e o exame de cumprimento do TCAC. De outro modo, se reconhecida a má-fe, a Operadora ficaria impedida de celebrar novo compromisso, independentemente de ter cumprido ou não as obrigações assumidas. É o que se extrai do §7º de seu art. 13 da RN nº 372, de 2015. Logo, afigura-se tautológico, no caso presente, evocar-se a boa-fé da Odontoprev ao longo da negociação e execução do ajuste.

54. Vale registrar o que adverte a Procuradoria Geral Federal no Parecer nº 1287/2012/JCB/LCP/MGN/PFS/PFE-Anatel/PGF/AGU[17] dirigido a outra Agência Reguladora, no exame de legalidade de proposta de normatização de termos de ajustamento de conduta:

Por outro lado, o TAC se caracteriza, também, como forma de solução de conflitos, destacando-se que a sua celebração acarretará, a critério dos interessados, a suspensão ou o arquivamento dos correspondentes processos administrativos sancionadores em curso. In casu /.../

*33. Cabe esclarecer que a celebração de TAC encontra-se inserta no âmbito do poder discricionário da Administração, em que serão verificadas a conveniência e a oportunidade de se firmar essa modalidade de acordo tendo em vista o interesse público envolvido no caso concreto, **principalmente pelo fato de o Termo em análise acarretar o arquivamento dos processos administrativos sancionatórios correspondentes.***

34. Assim, caberá ao administrador ponderar os benefícios que adviria ao interesse público com a condenação da empresa com sanção de multa, e aqueles esperados com o adimplemento das obrigações constantes de eventual TAC a ser firmado.

*35. Nessa seara, tendo em vista que **a Agência, com a celebração do TAC, estará abrindo mão de possíveis créditos decorrentes do pagamento de multas em valores de grande monta, as obrigações a serem cumpridas pela prestadora compromissária devem ser de tal importância que sua celebração compense ao interesse público, e que não configure uma via indireta, e indevida, de a Administração conceder “perdão” à infratora.***

*36. Ademais, se, por um lado, para a prestadora é bem interessante e vantajosa a celebração de acordo, visto que durante o curso do compromisso ajustado não haverá mais trâmite de processo sancionador contra ela no que diz respeito ao objeto do TAC, ao menos à luz das obrigações regulatórias ordinárias, **o seu descumprimento, em contrapartida, deve ser penalizado com bastante severidade, talvez até mais do que seria dentro de um processo sancionador.** (grifou-se)*

55. Falece, nessa esteira, a sustentação do Voto nº 402/2019/ASSNT-DIOPE/DIRAD-DIOPE/DIOPE de que a boa-fé da Odontoprev autorizaria esta Agência a cogitar da sobreposição medidas de flexibilização e consensualidade pelo aditamento do TCAC após exaurida sua vigência, “porque a Compromissária está bem próxima de satisfazer inteiramente o interesse público na prestação de informações adequadas aos beneficiários, sendo melhor estimulá-la a esgotar a execução específica da obrigação do que retroceder em todos os passos que já foram dados e resolver o presente processo administrativo numa imposição de multa pecuniária”[18]. Ora, esse “estímulo” já ocorreu com a celebração do TCAC.

III - CAMINHO PELO ADIMPLEMENTO DO TCAC BUSCADO PELA DIFIS.

56. No tocante aos “indicativos de que pode haver ainda um espaço a percorrer” para o integral cumprimento do TCAC, bem assim quanto à afirmação da postura “irredutível” por parte desta Diretoria suscitados no Voto nº 402/2019/ASSNT-DIOPE/DIRAD-DIOPE/DIOPE[19], tenho por certo que, se de um lado é essencial que a operadora cumpra com as obrigações assumidas no pacto formado com a autoridade reguladora, de outro, compete a esta fiscalizar seu bom e fiel cumprimento. Assim é que, em atenção ao devido processo legal, à busca pela efetividade da medida de consensualidade adotada e, com isso, ao alcance do interesse público, cumpre a esta Agência, no curso da vigência do TCAC, proporcionar à compromissária a oportunidade de sanar irregularidades ou inadequações identificadas ou, se preferir, justificar o almejado regular cumprimento das obrigações.

57. Sobre isso vale retomar as orientações de Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara[20], que também serviram de fonte doutrinária para a PROGE, em seu Parecer nº 00037/2019/GEADM/PFANS/PGF/AGU, sobre o direito de a Operadora se manifestar sobre a avaliação do cumprimento do TCAC:

Por certo, pode ocorrer divergência entre o particular e a Administração sobre se as obrigações objeto do termo foram ou não cumpridas, e se o foram a contento. O entendimento, firmado pela fiscalização, de que o relatório apresentado pelo compromissário não espelha fielmente a realidade, ou de que esta não atende às condições do TAC, caracteriza a divergência. Mas não

pode a Administração ocultar essa divergência; tem de intimar imediatamente o particular de sua decisão a respeito, para que ele possa ajustar sua conduta ao entendimento administrativo. Afinal como alguém amoldará sua conduta a uma prescrição que desconhece? Eis a razão, portanto, do dever imposto à autoridade pelo art. 28.

/.../

O objetivo da intimação é, portanto, também permitir que, em tempo hábil, sejam corrigidas eventuais irregularidades remanescentes. A intimação, tanto quanto a própria celebração do termo, busca efetivar as normas de proteção aos interesses difusos ou coletivos previstas na legislação. Somente após o vencimento do prazo para realizar as adequações ou esclarecimentos, persistindo, na visão da autoridade, a desconformidade, caberá a fluência das cominações previstas no termo. Apenas nesse momento a imposição da multa cominatória alcançará o sentido que a lei lhe outorgou, isto é, induzirá o compromissário a atender às exigências contidas no pacto, cujos contornos fáticos já terão sido objeto de regular determinação.

De fato, com a intimação informando que, no entender da autoridade, as providências tomadas ainda se mostram insuficientes para dar fiel cumprimento ao TAC, o compromissário terá prazo para adequar suas medidas ou prestar os esclarecimentos necessários. Se, mesmo após a intimação, não forem tomadas as providências necessárias, será cabível a aplicação das multas de natureza cominatória. Nesse momento, sabendo o teor da irregularidade apontada, o compromissário haverá de buscar sua correção no período mais breve possível, para que sua multa não seja multiplicada.

O objetivo da intimação é, portanto, também permitir que, em tempo hábil, sejam corrigidas eventuais irregularidades remanescentes. A intimação, tanto quanto a própria celebração do termo, busca efetivar as normas de proteção aos interesses difusos ou coletivos previstas na legislação.

Somente após o vencimento do prazo para realizar as adequações ou esclarecimentos, persistindo, na visão da autoridade, a desconformidade, caberá a fluência das cominações previstas no termo. Apenas nesse momento a imposição da multa cominatória alcançará o sentido que a lei lhe outorgou, isto é, induzirá o compromissário a atender às exigências contidas no pacto, cujos contornos fáticos já terão sido objeto de regular determinação.”

58. Outra não é a prescrição da RN nº 372, de 2015 nos exatos termos dos §§ 1º a 3º de seu art. 13^[21]. Sob essa prescrição é que se deram os procedimentos adotados por esta Diretoria quando da fiscalização do cumprimento do TCAC nº 001/2017 pela Odontoprev.

59. Em obediência ao §2º do art. 13, a Compromissária foi intimada, pelo Ofício nº 3/2018/COAJU/ASSNT-DIFIS/DIRAD-DIFIS/DIFIS (SEI 5948583), a se pronunciar, no prazo regular, sobre a análise de cumprimento do TCAC realizada pela Nota Técnica nº 4/2018/COAJU/ASSNT-DIFIS/DIRAD-DIFIS/DIFIS (~~SEI~~ 61987). Vale dizer que lhe foi concedida dilação de prazo por quinze (SEI 6108219), após o que a Operadora apresentou manifestação e documentos que entendeu pertinentes (SEI 6344371, SEI 6344500, 6344610, 6344918, 6344958, 6344984, 6345007, 6345024, 6345132, 6345180 e 6345211).

60. Nova oportunidade de resposta foi oferecida à Compromissária, a teor do Ofício nº 77/2018/COAJU/ASSNT-DIFIS/DIRAD-DIFIS/DIFIS (SEI 8149441), que se fez acompanhar de novo exame exposto na Nota Técnica nº 84/2018/COAJU/ASSNT-DIFIS/DIRAD-DIFIS/DIFIS (~~SEI~~ 44075) e, de igual sorte, foi-lhe novamente concedida dilação de prazo (SEI 8149441).

61. Registre-se que, em ambos os expedientes, esta Diretoria se pôs à disposição para prestar quaisquer esclarecimentos adicionais, tendo-se indicado o endereço de correio eletrônico “negociacao.tcac@ans.gov.br” para esse fim.

62. Para além da atenção ao devido processo legal, esta Diretoria, imbuída do espírito colaborativo para o cumprimento do TCAC, dado o caráter consensual do instrumento de ajustamento de conduta e o interesse público na preservação do ajuste firmado, manteve contato estreito com a Odontoprev, sendo visível, na simples leitura do presente feito, as diversas mensagens eletrônicas trocadas e reuniões realizadas com representantes da Compromissária, antes e depois da celebração do TCAC (SEI 5583020, 5844799, 5584557, 5948583, 6092997, 8123822, 8149441, 8346316, 10235134).

63. Esgotadas todas as tentativas de colaborar com a Odontoprev para o efetivo

adimplemento das obrigações por ela assumidas, a área técnica procedeu, em conformidade com o §3º do art. 13 da RN nº 372, de 2015, à análise conclusiva sobre o cumprimento ou não do TCAC, a fim de subsidiar a tomada de decisão pela Diretoria Colegiada. Esse é o objeto da Nota Técnica nº 107/2018/COAJU/ASSNT-DIFIS/ASSTF/DIRAD-DIFIS/DIFIS (SEI 1032538), acolhida pelo Voto nº 3/2018/COAJU/ASSNT-DIFIS/ASSTF/DIRAD-DIFIS/DIFIS (SEI 10326369).

64. Saliente-se, ainda, que reunião realizada com representantes da Operadora após encerrado o procedimento de fiscalização do cumprimento do TCAC (SEI11677531) se deu estritamente em atenção a pedido por ela formulado (SEI8900147), tendo ocorrido o mesmo no âmbito da Diretoria de Normas e Habilitação dos Produtos (SEI 11070936, 12263868 e 13001736).

65. Logo, a simples leitura dos autos demonstra não haver espaço para a ilação de que a “DIFIS permaneceu irreduzível em seu posicionamento quanto ao suposto descumprimento das cláusulas quarta, quinta e sexta”[\[22\]](#), como sugere o Voto nº 402/2019/ASSNT-DIOPE/DIRAD-DIOPE/DIOPE. Salta aos olhos que todos os esforços foram envidados por esta Diretoria para que a Odontoprev cumprisse o ajuste, mas, decerto, o que não cabe ao regulador é cumprir a obrigação no lugar do regulado.

66. Reforça esse raciocínio o fato de que há outros TCACs, celebrados no mesmo teor e sobre mesma conduta infrativa objeto de ajuste, em que as Compromissárias demonstraram ter cumprido integralmente as obrigações assumidas. Para exemplificar, reporto-me às declarações da Diretoria Colegiada de cumprimento deliberadas nas 503ª e 512ª Reuniões Ordinárias[\[23\]](#).

IV - ADITAMENTO APÓS A VIGÊNCIA DO CONTRATO

67. Tem-se que a solução encontrada, no Voto nº 402/2019/ASSNT-DIOPE/DIRAD-DIOPE/DIOPE, como “caminho do meio” para a proposta apresentada pela Odontoprev (SEI 11398136), teve por inspiração o Parecer nº 00037/2019/GEADM/PFANS/PGF/AGU da PROGE que, pautado no caráter consensual do TCAC, sustentou a possibilidade de não estarem esgotadas as possibilidades de composição para sanar os motivos ensejadores do descumprimento do termo. Assim, em que pese a PROGE não tem indicado, em seu minucioso Parecer, o instrumento jurídico pelo qual se pode efetivar a almejada composição, propôs-se, nesse Voto, o aditamento ao TCAC, com fundamento em precedente autorizado pela Diretoria Colegiada[\[24\]](#) em sua 485ª Reunião Ordinária.

68. Sucede que a correlação com o suposto precedente carece de três pontos fulcrais: a uma, o objeto de ajuste diz respeito à outra e mais severa infração, que é operar sem autorização de funcionamento da ANS, tipificada no art. 18 da RN nº 124, de 2004, cujos procedimentos a serem adotados pela compromissária são bem mais complexos do que no presente caso; a duas, pela própria natureza do tipo infrativo, cujo TCAC pressupõe transformar a pessoa jurídica como agente regulado, ou seja, deixa de ficar à margem da regulação repercutindo maior segurança e direitos a diversos contratantes; e a três: a vigência do TCAC.

69. Recordo que, naquela situação, a declaração de descumprimento do TCAC ensejaria a continuidade do processo sancionador, que poderia culminar na execução da multa de novecentos mil reais, além da cobrança das multas fixadas no Termo, o que provavelmente poria em risco a saúde financeira e a continuidade da operação da Compromissária e, com efeito, a cobertura oferecida a seus beneficiários. Ainda, como já dito, representava uma situação que era salutar para o mercado de saúde suplementar, tendo em vista o fato de uma pessoa jurídica que atuava à margem da regulação ter demonstrado interesse em passar a ser uma operadora regular, com registro e autorização de funcionamento concedidos pela ANS.

70. E ainda o mais importante, o Termo Aditivo sobre aquele TCAC se deu antes do término da vigência da avença original.

71. Aqui novamente me remeto à RN nº 372, de 2015, que prescreve, nos termos do §6º de seu art. 13, que será considerado descumprido o TCAC a partir da data em que expirou o prazo nele

estipulado para cumprimento das obrigações. De igual sorte, considera-se efetivo descumprimento a data do termo final da vigência estabelecida no próprio TCAC, assim considerada a data de vencimento da obrigação que contiver maior prazo para cumprimento, tal como expresso na forma combinada do art. 5º, §4º, com o art. 12, §2º.

72. A esse respeito, vale lembrar ser recorrente a advertência da PROG[25] no sentido de que é pressuposto para a prorrogação de contratos, acordos e congêneres não haver solução de continuidade entre a vigência do ajuste o início do termo aditivo. Remete-se, para tanto, à Orientação Normativa nº 03/2009, do Excelentíssimo Advogado-Geral da União, que traça a diretriz a ser observada pelos órgãos jurídicos, no que concerne ao prazo de vigência do contrato, bem como dos seus aditivos, visando à verificação da ocorrência, ou não, da solução de continuidade. Convém reproduzir a seguinte passagem:

ORIENTAÇÃO NORMATIVA AGU N° 03/2009 Na análise dos processos relativos à prorrogação o prazo, cumpra aos órgãos jurídicos verificar se não há extrapolação do atual prazo de vigência, bem como eventual ocorrência de solução de continuidade nos aditivos precedentes, hipóteses que configuram a extinção do ajuste, impedindo a sua prorrogação.

Indexação: contrato. prorrogação. ajuste. vigência. solução de continuidade extinção.

REFERÊNCIA: art. 57, inc. II, Lei nº 8.666, de 1993; Nota DECOR nº 57/2004-MMV; Acórdãos T1 211/2008-Plenário e 100/2008-Plenário. (grifou-se)

73. Prova disso são os aditamentos a contratos administrativos realizados por decisão do Diretor-Presidente desta Agência, *ad referendum* da Diretoria Colegiada [26], para que a prorrogação do pacto se desse antes do decurso do prazo estabelecido no termo original.

74. Nesse passo, deve-se sublinhar que o princípio da indisponibilidade do interesse público merece ser trazido à tona, uma vez que se impõe como limite balizador para a flexibilidade e consensualidade no ajustamento de conduta.

75. Em que pese se tratar de instrumento consensual com inspiração conciliatória, é entendimento majoritário na doutrina que os compromissos de ajuste de conduta não têm natureza transacional. Nessa linha, Hugo Nigro Mazzili[27] afirma que “o órgão público legitimado não é o titular do direito, e, como não pode dispor do direito material, não pode fazer concessões materiais quanto ao conteúdo da lide”. Segundo o autor:

Embora tenha o caráter necessariamente consensual, o compromisso de ajustamento não tem a natureza contratual, típica do Direito Privado, nem chega a ser propriamente uma transação de Direito Público. Trata-se, antes, de concessão unilateral do causador do dano, que acede a ajustar sua conduta às exigências legais, sem que o órgão público que toma seu compromisso esteja a transigir em qualquer questão ligada ao direito material, até porque não o poderia fazer, já que, em matéria de interesses transindividuais, o órgão público legitimado e o Estado não são titulares do direito lesado. (grifou-se)

76. Mesmo raciocínio é exposto por José dos Santos Carvalho Filho[28], em que limita o espaço de liberdade da Administração em apontar a conduta infratora a ser ajustada, a forma de cumprimento e as sanções aplicáveis ao descumprimento.

Podemos, pois, conceituar o dito compromisso como sendo o ato jurídico pelo qual a pessoa, reconhecendo implicitamente que sua conduta ofende interesse difuso ou coletivo, assume o compromisso de eliminar a ofensa através da adequação de seu comportamento às exigências legais.

A natureza jurídica do instituto é, pois, a de ato jurídico unilateral quanto à manifestação volitiva, e bilateral somente quanto à formalização, eis que nele intervêm o órgão público e o promitente.

77. Por tais razões, entendo que, à guisa da natureza consensual do TCAC e do interesse público a ser perseguido, admitir a possibilidade de sobreflexibilização do princípio da legalidade, como parece ser o “caminho do meio” apontado no Voto nº 402/2019/ASSNT-DIOPE/DIRAD-DIOPE/DIOPE, é admitir que incipiente seria qualquer fixação de prazo de vigência do acordo. Seria perpetrar ao infinito o termo final de cumprimento da obrigação. Seria permitir a suspensão

permanente dos processos sancionadores que lhe deram causa. Seria deixar cair no esquecimento os princípios constitucionais da duração razoável do processo e da eficiência administrativa [29] ·

78. E mais, admitir-se a possibilidade de aditamento a TCAC após exaurida a vigência do pacto seria, admitir, em nome do princípio da impessoalidade, o possível reexame, em tese, de outros TCACs cujo descumprimento já foram declarados pela Diretoria Colegiada.

79. No ensejo, solicito o pronunciamento da PROGE para apontar qual instrumento hábil para conferir viabilidade jurídica às aventadas “possibilidades de composição entre as partes para sanar os motivos ensejadores do descumprimento do termo”, que, em seu entendimento, “não foram esgotadas” [30].

80. Nesse passo, assim como ressaltada no Voto nº 436/2019/DIPRO[31], volto a chamar a atenção para a eficácia de título executivo extrajudicial que reveste o TCAC, o que faz com que seu integral cumprimento seja mandatório por ordem judicial. Assim, preservado está o interesse público, pois que as obrigações assumidas pela Operadora não fenecem com a declaração de descumprimento do TCAC.

81. Ao suscitar a possibilidade de se proceder a aditamento extemporâneo ao TCAC celebrado com a Odontoprev, propõe-se, no Voto nº 402/2019/ASSNT-DIOPE/DIRAD-DIOPE/DIOPE que nova negociação com a Operadora se dê com a participação da Diretoria de Normas e Habilitação dos Produtos - DIPRO, em vista de suas competências regimentais sobre a matéria objeto do ajuste. Neste ponto, algumas considerações são necessárias para permitir melhor entendimento sobre o processo de ajustamento de conduta no âmbito desta Agência.

82. Como fartamente demonstrado, o TCAC consiste em alternativa ao prosseguimento do processo sancionador, logo decorre de atividade fiscalizatória. Isso é o que expressa a mera leitura do art. 29 da Lei nº 9.656, de 1998. O Decreto nº 3.327, de 5 de janeiro de 2000, que regulamenta a Lei nº 9.961, de 2000, institui, no inciso III do art. 12 de seu Anexo I, a Diretoria de Fiscalização que, como o nome indica, é a responsável por todos os processos que envolvem atividade fiscalizatória. Segue transcrição:

Art. 12. A Diretoria Colegiada é composta pelas seguintes Diretorias, cujas competências serão estabelecidas no regimento interno;

I - de Normas e Habilitação das Operadoras;

II - de Normas e Habilitação dos Produtos;

III - de Fiscalização;

IV - de Desenvolvimento Setorial; e

V - de Gestão.

83. É clara a intenção do legislador, qual seja, compete a Diretoria de Fiscalização fiscalizar as normas editadas pela ANS, não importando qual Diretoria foi a responsável pela sua proposição.

84. Trata-se, assim, de competência exclusiva desta Diretoria, aplicável também aos processos de TCAC, à luz da disposição contida no art.29 da Lei nº 9.656, de 1998, eis que decorrente de atividade fiscalizatória. A propósito, o Voto nº 436/2019/DIPRO[32] confirma o alegado, cujo trecho vale transcrever:

*13. Dito isto, é importante fixar a quem compete, dentro da estrutura regimental da ANS verificar o preenchimento dos requisitos de conveniência e oportunidade para celebração do TCAC e se as medidas contidas no termo podem alcançar a eficiência pretendida pela Administração Pública. De acordo com o art. 6º, inciso XIX do Resolução Regimental - RR nº 01, de 17 de março de 2017 (Regimento Interno da ANS), compete a Diretoria Colegiada autorizar a celebração de TCAC**em como o art. 11, inciso XIII determina a competência da Diretoria de Fiscalização - DIFIS para celebrar TCAC e fiscalizar seu cumprimento**, cabendo ao presidente da ANS assinar contratos, convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos legais necessários ao alcance dos objetivos da ANS (inciso VIII, do art. 26).(grifou-se)*

85. É importante demarcar que, diversamente de outras Agências Reguladoras que têm a

atividade fiscalizatória segmentada segundo área temática, ao partir da determinação contida no Decreto nº 3.327, de 2000, o Regimento Interno da ANS, desde a RDC nº 1, de 2000, à RR nº 1, de 2017, reuniu na Diretoria de Fiscalização a condução de todos os processos administrativos sancionadores, alinhando-se às diretrizes fixadas no Decreto que regulamenta a lei de criação desta Agência.

86. Nesse sentido, merecem destaque os seguintes dispositivos da Resolução Regimental nº 1, de 2017:

Art. 11 À Diretoria de Fiscalização - DIFIS compete:

/.../

XIII -celebrar, nas condições que estabelecer, termo de compromisso de ajuste de conduta e termo de compromisso e fiscalizar seu cumprimento;

/.../

Anexo VI

/.../

Art. 7º À Assessoria Normativa da DIFIS – ASSNT/DIFIS compete:

/.../

VIII - promover os ajustes prévios e a instrução para a decisão sobre a conveniência e oportunidade da celebração de Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta – TCAC e Termo de Compromisso - TC, bem como manifestar-se sobre seu cumprimento ou descumprimento; /.../

§ 1º A Assessoria Normativa – ASSNT/DIFS é integrada pelos seguintes órgãos:

/.../

II –Coordenadoria de Ajustamento de Conduta - COAJU, a quem compete executar as atribuições previstas no inciso VIII deste Artigo; e

/.../ (grifou-se)

87. É, pois, cristalina a competência regimental direcionada para a Diretoria de Fiscalização na condução de todo o processo de ajuste. A RN nº 372, de 2015, confirma os termos regimentais ao atribuir à DIFIS a competência para toda a condução dos TCACs. Isso porque o que dá origem ao TCAC é a prática de infração pela operadora que enseja a instauração de processo administrativo sancionador. Reforçamos aqui novamente o tratamento específico dado à ANS por meio do Decreto nº 3.327, de 2000.

88. De igual modo, não há, nessa norma específica, previsão de que a condução, desde as negociações até a verificação de cumprimento, possa ser feita por outra Diretoria que não a de Fiscalização. Cabe transcrever alguns dos dispositivos que evidenciam o papel desta Diretoria no rito que trata do TCAC:

Art. 1º A ANS poderá de acordo com seu juízo de conveniência e oportunidade, firmar com as operadoras dos produtos de que tratam o inciso I e o §1º do art. 1º da Lei nº 9.656, de 03 de junho 1998 - Operadoras, Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta - TCAC, conforme o disposto nos §§ 1º a 9º do art. 29 da Lei nº 9.656, de 1998, com vistas a cessar a prática de atividades ou atos objetos de apuração, corrigindo as irregularidades e indenizando os prejuízos delas decorrentes.

/.../

Art. 2º A celebração de TCAC pressupõe a deflagração de ação fiscalizatória para apurar eventuais infrações às normas legais e infra legais do mercado de saúde suplementar, tendo por base o auto de infração, a representação ou denúncia positiva dos fatos irregulares.

§1º O TCAC poderá ser proposto pelas Operadoras à ANS, ou, de ofício, pela ANS às Operadoras até o trânsito em julgado da decisão de aplicação de penalidade no processo sancionador correspondente.

/.../

Art. 7º O requerimento do TCAC deverá ser apresentado em petição específica, na forma do Anexo I, dirigida ao órgão da DIFIS competente acompanhado dos documentos que comprovem a regularidade de representação do seu subscritor, como atos constitutivos e/ou procuração.

§1º O órgão da DIFIS competente para acompanhar o processo de ajuste procederá à análise dos requisitos formais do requerimento apresentado, o qual, se admitido, será peça inaugural do processo de ajuste.

/.../

§3º Excepcionalmente, a critério da DIFIS poderão ser agrupados no mesmo TCAC atos objeto de apuração que se refiram a infrações enquadradas em mais de uma tipificação sancionadora.

/.../

Art. 8º /.../

/.../

§3º Havendo qualquer ponto controvertido sobre a conduta que ensejou a abertura de processo sancionador em face do compromissário, este pode ser requisitado, a qualquer tempo, pelo órgão da DIFIS competente para a negociação.

Art. 9º Concluída a negociação, o órgão competente da DIFIS deverá elaborar minuta do TCAC, que será levada à apreciação do Diretor de Fiscalização.

§1º Caso o Diretor de Fiscalização aprove as cláusulas da minuta de TCAC apresentada, o documento será remetido ao compromissário, para que manifeste sua concordância, assinando-o, em duas vias, e o devolvendo ao órgão competente da DIFIS, no prazo máximo de 10 (dez) dias.

/.../

Art. 10. Ao receber o TCAC devidamente assinado, o órgão competente da DIFIS o remeterá à Diretoria Colegiada da ANS - DICOL para autorização de sua celebração.

§1º Autorizado pela DICOL, o TCAC será assinado pelo Diretor de Fiscalização, como representante da Diretoria Colegiada da ANS.

/.../

Art. 13. /.../

§1º O órgão da DIFIS competente para acompanhar o cumprimento do TCAC analisará os comprovantes de cumprimento juntados aos autos pelos compromissários, consubstanciando-os em uma nota técnica, na qual se manifestará sobre o cumprimento ou o descumprimento das obrigações pactuadas.

/.../

§3º Expirado o prazo previsto no §2º, com ou sem a apresentação de resposta pelo compromissário, ou caso os esclarecimentos e documentos apresentados sejam insuficientes para comprovar o cumprimento das obrigações assumidas pelo compromissário, o órgão da DIFIS competente para analisar o TCAC elaborará nota técnica conclusiva sobre o cumprimento ou descumprimento das obrigações pactuadas, a qual, após aprovação pelo Diretor de Fiscalização, será submetida à Diretoria Colegiada.

/.../

§5º Caso o compromissário apresente comprovantes suficientes do cumprimento das obrigações assumidas no TCAC, o órgão competente da DIFIS elaborará nota técnica conclusiva, a qual, após aprovada pelo Diretor de Fiscalização, será submetida à Diretoria Colegiada. (grifou-se)

89. Essa afirmação, em nenhum momento, pretende pôr em xeque o juízo de conveniência e oportunidade a ser avaliado pela Diretoria Colegiada. Sucede, porém, que isso deve ocorrer quando do exercício de sua competência em declarar ou não o cumprimento do ajuste, consoante o que prescreve o §5º do art. 13 sobredito. Vale dizer, nesse sentir, que matérias dessa natureza devem ser inseridas em pauta para deliberação com a antecedência de sete dias úteis, conforme a Instrução de Serviço - IS/DICOL nº 2, de 19 de setembro de 2013^[33]. Logo, as Diretorias da ANS são previamente municiadas das informações aduzidas pelo órgão condutor, no caso em debate, a Diretoria de Fiscalização. Nesse interim é que feito o juízo. Se dado Diretor não concordar com a proposta, manifesta seu voto e prevalecerá a deliberação da maioria, seja pelo cumprimento ou não do TCAC.

90. Logo, não me parece a melhor prática regulatória criar ritos excepcionais, sem o devido amparo normativo, quer regimental, quer específico do processo de ajustamento de conduta.

91. Sublinho, por oportuno, que o grau de confiabilidade dos atores do mercado e da sociedade no processo regulatório posto a cargo de uma Agência Reguladora em muito depende da eficiência, coerência, estabilidade e segurança de suas ações. A base dessa construção é a experiência

acumulada pelas áreas temáticas que as creditam ao exercício da função regulatória [34].

92. Dessa feita, se observadas as normas que conduzem os processos de trabalho desta Agência, não há espaço normativo e regimental para que a DIPRO passe a participar ativamente da negociação, celebração e fiscalização de qualquer TCAC, tampouco de eventual termo aditivo, seja antes, durante ou após sua vigência.

93. Dentro desse contexto, aponta-se ainda para o Voto nº 436/2019/DIPRO[35], proferido em outro processo de TCAC, cuja data de submissão à DICOL para deliberação ocorreu em data posterior. Será objeto de manifestação específica, mas fica, desde já, consignada a conexão quanto a tentativa de usurpação de competência, de criação de ritos sem o devido amparo normativo. Em suma, não há atalhos para alteração normativa, que no âmbito da ANS é regida por normativo próprio, qual seja, a RA nº 49/2012, que estabelece regras desde a pertinência temática para uma proposição de ato normativo até a votação da DICOL.

VI - CABIMENTO DE DECISÃO DICOL PELO CUMPRIMENTO DO TCAC

94. Volto a me remeter à RN nº 372, de 2015, para lembrar o papel da Diretoria Colegiada diante dos processos de ajuste de conduta. Como já se disse, a esse r. Órgão máximo de decisão da ANS compete não só a autorização para a celebração do termo de ajustamento, como também a declaração de seu cumprimento ou não pela Compromissária. Nesses processos, a Diretoria Colegiada não figura como instância revisora da Diretoria de Fiscalização, mas sim autoridade decisória originária. Assim é que a condução da proposta é da alçada desta Diretoria, cabendo aos demais membros do Colegiado acompanhar ou divergir, mas jamais rever decisão que ainda não foi formada.

95. Vejo, assim, que a solução proposta no Voto nº 402/2019/ASSNT-DIOPE/DIRAD-DIOPE/DIOPE de apresentar solução fora do espectro normativo fixado pela RN nº 372, de 2015, mostra ares de revisão administrativa sobre todo o processo de trabalho da área técnica da DIFIS que, ao longo de quatro anos, dedicou-se à condução do processo em exame.

96. Nesse passo, desejo ressaltar que este feito é a conclusão do primeiro TCAC conduzido sob as regras da RN nº 372, de 2015. A alternativa proposta tenderia, pois, a negar suas próprias disposições, pelo que desnaturada estaria a finalidade de sua edição. Ao se alinhar ao aventado “caminho do meio” equivaleria a Diretoria Colegiada violar a própria norma que criou, o que gera instabilidade regulatória e, aí sim, insegurança jurídica.

97. Nesse diapasão, insisto sobre a necessidade de reflexão atenta para as possíveis consequências da adoção do “caminho do meio” proposto. Como se viu, a opinião exposta no Voto nº 402/2019/ASSNT-DIOPE/DIRAD-DIOPE/DIOPE de que “a Compromissária caminhou consistentemente na direção do cumprimento das obrigações”[36] tende a advogar a tese do “quase descumprimento”. Alerto, assim, para a banalização dessa interpretação, pois, uma vez institucionalizada, será dado azo a se admitir as figuras da “quase infração”, “quase sanção”, “quase compromisso”, na relação entre agente regulado e autoridade reguladora. Aqui não se defende a irreduzibilidade de entendimento, como aventado no Voto dissidente, mas de definição de marcos precisos, e não difusos.

98. É de chamar atenção que a operadora, valendo-se, possivelmente, do ambiente de insegurança criado pelo Voto nº 402/2019/ASSNT-DIOPE/DIRAD-DIOPE/DIOPE, dois dias após o mesmo ter sido proferido, protocolou carta direcionada ao Diretor de Gestão e Diretor de Produtos solicitando que o TCAC fosse declarado integralmente cumprido (docs. SEI 13565276 e 13565329).

99. É importante, no ensejo, fazer remissão ao recente entendimento da Diretoria Colegiada quando da tomada de decisão sobre a proposta de alteração da IN/DIFIS nº 13, de 28 de julho de 2016, que culminou na edição da IN/DIFIS nº 16, de 1º de abril de 2019[37]. Na ocasião, deliberou-se por banir o conceito de cumprimento substancial das recomendações decorrentes da Intervenção Fiscalizatória.

100. Quanto à afirmação de que “é sabido que o interesse público pode ser perseguido de

vários modos”[38], cabe trazer os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello[39] de que, ao fim e ao cabo, todo ato da Administração é vinculado, ainda que aos fundamentos de fato e de direito que sustentam a decisão diante do leque de opções que a discricionariedade oferece. Os “vários modos”[40] regulares foram implementados por esta Diretoria de Fiscalização na busca da melhor solução para o cumprimento do TCAC pela Odontoprev. Apenas os modos que se refutaram foram, na centelha de *O Príncipe*, os de que os fins justificam os meios.

101. A par de a simples leitura da Lei nº 9.656, de 1998, já assim o indicar, já é entendimento pacificado nesta Agência de que o TCAC é exceção à regra de penalização, de modo que sua banalização em “**instrumento de odiosa impunidade**”, como bem disse a PROGE, àqueles que infringem sistematicamente as normas de assistência à saúde.

102. A situação *sui generis* criada pelo Voto nº 402/2019/ASSNT-DIOPE/DIRAD-DIOPE/DIOPE, ao inovar na ordem normativa e legal com sua proposta de se formalizar termo aditivo a instrumento contratual após exaurida sua vigência e, para além, com a participação de outra Diretoria sem competência regimental e normativa sobre processo sancionador e, com efeito, sobre condução dos ajustes de conduta infrativa, faz lembrar a voz do poeta que enuncia “o avesso, do avesso, do avesso, do avesso”[41].

103. Volto aqui a afirmar meu livre convencimento pelo descumprimento do TCAC pela Odontoprev, segundo os elementos colacionados no processo administrativo em epígrafe. Não obstante, reconheço que a decisão final cabe à DICOL, consoante o que prega o §3º do art. 13 da RN nº 372, de 2015.

VOTO

104. **Diante dos fundamentos aqui arrolados e em complemento ao Voto nº 3/2018/COAJU/ASSNT-DIFIS/ASSTF/DIRAD-DIFIS/DIFIS (SEI 10326369), condutor da matéria e debate, reafirmo que me alinho ao entendimento do corpo técnico da Diretoria de Fiscalização consubstanciado nas Notas nº 125/2016/COAJU/ASSNT/DIFIS/ANS; nº 4/2018/COAJU/ASSNT DIFIS/DIRAD-DIFIS/DIFIS; nº 84/2018/COAJU/ASSNT-DIFIS/DIRAD-DIFIS/DIFIS; e 107/2018/COAJU/ASSNT-DIFIS/ASSTF/DIRAD-DIFIS/DIFIS, para declarar o descumprimento pe Operadora Odontoprev S.A. (Registro ANS nº 30.194-9) das cláusulas quarta, quinta e sexta do TCAC nº 001/2017.**

105. **Deixo ainda consignado**, que eventual deliberação no sentido de sobreflexibilização das regras que orientam os processos de ajuste de conduta, a fim de “*que seja celebrado aditivo ao TCAC nº 001/2017*”, bem como a criação de rito que determina que suas cláusulas “*devem ser negociados com a participação direta da Diretoria de Normas e Habilitação dos Produtos*”, representa manifesta afronta aos normativos da própria ANS e ao princípio constitucional da legalidade, amplamente protegido pela legislação, inclusive na Constituição Federal. A título de exemplo, ainda está resguardado pela Lei nº 8.429/1992, pela Lei nº 8.112/90, bem como pelo Código de Ética do Alta Administração Pública Federal.

Simone Sanches Freire

Diretora de Fiscalização

[1] Cf. Exposição de Motivos nº 114/GM, que acompanha a Medida Provisória nº 1976-33, de 23 de novembro de 2000.

[2] CUNHA, P. C. M. da. *Regulação jurídica da saúde suplementar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 208.

[3] Cf. Parecer nº 289/2013/GEADM/PROGE-ANS/PGF.

[4] Cf. Processo nº 33910.003130/2018-28 (SEI 13558936).

[5] "Art. 29. /.../

/.../

§ 1º O processo administrativo, antes de aplicada a penalidade, poderá, a **título excepcional**, ser suspenso, pela ANS, se a operadora ou prestadora de serviço assinar termo de compromisso de ajuste de conduta, perante a diretoria colegiada, que terá eficácia de **título executivo extrajudicial**, obrigando-se a:

/.../

§3º A assinatura do termo de compromisso de ajuste de conduta **não importa confissão do compromissário quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta em apuração.**"

[6] Cf. SUNDFELD, C.A. & CÂMARA, J.A. O devido processo administrativo na execução de termo de ajustamento de conduta. In: A & C *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte: Fórum (8) n. 31, p. 90-95, jan/mar 2008. p. 91-92.

[7] Referência: TCACs celebrados após a vigência da RN nº 372/2015. Informação extraída em 02/09/2019. Até essa data foram 27 TCACs celebrados.

[8] Processo sancionador originado em Programa de fiscalização denominado Olho Vivo realizado em 2010.

[9] "Art. 9º. Concluída a negociação, o órgão competente da DIFIS deverá elaborar minuta do TCAC, que será levada à apreciação do Diretor de Fiscalização.

/.../

§2º A minuta de TCAC mencionada no caput deste artigo, antes de ser remetida ao compromissário, será previamente analisada pela Procuradoria Federal junto à ANS - PROGE.

Art. 10. Ao receber o TCAC devidamente assinado, o órgão competente da DIFIS o remeterá à Diretoria Colegiada da ANS - DICOL para autorização de sua celebração.

§1º Autorizado pela DICOL, o TCAC será assinado pelo Diretor de Fiscalização, como representante da Diretoria Colegiada da ANS.

/.../" (grifou-se)

[10] Cf. item 1.2 (SEI 13422831).

[11] *Apud* FERRAZ, S. e DALLARI, A.A. *Processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 80.

[12] Cf. item 1.47 (SEI 13422831).

[13] Cf. item 1.28 (SEI 13422831).

[14] Cf. MOREIRA NETO, D.F. *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 107.

[15] *Apud* CUEVA, R.V.B. Termo de compromisso no processo administrativo sancionador do Banco Central: possibilidade e limites. In: OSÓRIO, F.M. (Coord.). *Direito sancionador: sistema financeiro nacional*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 282.

[16] "Art. 4º. 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:

/.../

Art. 5º. São requisitos mínimos para a celebração de TCAC:

/.../

II - não ter sido reconhecida a má-fé do compromissário no cumprimento das obrigações assumidas em TCAC anterior, dentro do prazo de 2 anos, a contar da data em que se deu o efetivo descumprimento;

III - não ter sido reconhecida a má-fé do compromissário na negociação das obrigações do TCAC a ser celebrado, dentro do prazo de 18 meses, a contar da data em que se deu o efetivo descumprimento;

/.../

§1º Considera-se prática de má-fé, dentre outras, a prestação de informações inverídicas quanto ao cumprimento de obrigações assumidas no TCAC.

/.../

Art. 13. Caberá exclusivamente aos compromissários comprovar, nos autos do processo de ajuste respectivo, o cumprimento de cada uma das obrigações assumidas no TCAC, no prazo assinado neste.

/.../

§7º Tendo sido declarado descumprido o TCAC ou tendo sido reconhecida a má-fé do compromissário na negociação para celebração ou no cumprimento do TCAC, este ficará impedido de celebrar novo TCAC, de acordo com os prazos previstos nos incisos do art. 5º desta Resolução."

[17] Cf. Publicações da Escola da AGU. p. 227-292 cf. <https://seer.agu.gov.br/index.php/EAGU/article/view/1235>.

[18] Cf. item 1.41 (SEI 13422831).

[19] Cf. itens 1.30 e 1.47 (SEI 13422831).

[20] Cf. SUNDFELD, C.A. & CÂMARA, J.A. O devido processo administrativo na execução de termo de ajustamento de conduta. In: A & C *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte: Fórum (8) n. 31, p. 90-95, jan/mar 2008. p. 93-95.

[21] "Art. 13. Caberá exclusivamente aos compromissários comprovar, nos autos do processo de ajuste respectivo, o cumprimento de cada uma das obrigações assumidas no TCAC, no prazo assinado neste.

§1º O órgão da DIFIS competente para acompanhar o cumprimento do TCAC analisará os comprovantes de cumprimento juntados aos autos pelos compromissários, consubstanciando-os em uma nota técnica, na qual se manifestará sobre o cumprimento ou o descumprimento das obrigações pactuadas.

§2º Caso a nota técnica prevista no §1º entenda pelo descumprimento, total ou parcial, das obrigações pactuadas no TCAC, ou conclua que não houve a devida apresentação do comprovante de cumprimento das obrigações no prazo estipulado, o compromissário será notificado para prestar esclarecimentos no prazo de 10 (dez) dias, a contar do recebimento da notificação.

§3º Expirado o prazo previsto no §2º, com ou sem a apresentação de resposta pelo compromissário, ou caso os esclarecimentos e documentos apresentados sejam insuficientes para comprovar o cumprimento das obrigações assumidas pelo compromissário, o órgão da DIFIS competente para analisar o TCAC elaborará nota técnica conclusiva sobre o cumprimento ou descumprimento das obrigações pactuadas, a qual, após aprovação pelo Diretor de Fiscalização, será submetida à Diretoria Colegiada." (grifou-se)

[22] Item 1.30 (SEI 13422831).

[23] Cf. Processos nº 33902.563151/2015-54 e nº 33902.291395/2012-87.

[24] Cf. Processo nº 33902.546730/2015-32.

[25] Cf. Parecer nº 0078/2019/GEADM/PFANS/PGF/AGU, no Processo nº 33902.078.630/2017-31 (SEI 13054505).

[26] Cf. como exemplos recentes os Processos nºs 33910.010726/2017-01, 33902.511365/2015-45, 33902.555290/2015-12, 33902.479518/2016-33.

[27] Cf. MAZZILI, H.N. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 20.ed. Rio de Janeiro: Saraiva. 2007. p. 387.

[28] Cf. CARVALHO FILHO, J.S. *Ação civil pública: comentários por artigo*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 221.

[29] Arts. 5º, LXXVIII; e 37, *caput*.

[30] Cf. item 146 do Parecer nº 00037/2019/GEADM/PFANS/PGF/AGU (SEI 12754095).

[31] Cf. Itens 6 e 7 (SEI 13558936).

[32] Processo nº 33910.003130/2018-28, SEI 13558936.

[33] "Art. 14. As matérias deverão ser enviadas para inclusão na pauta com no mínimo 7 (sete) dias úteis de antecedência da data agendada para realização da reunião."

[34] Cf. SOUTO, M. J. V. Função Regulatória. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico /online/*, n. 13, fev-abr/2008, Salvador: IBDP, ISSN 1981-1861 <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-13-FEVEREIRO-2008-MARCOS%20JURUENA%20VILLELLA%20SOUTO.pdf>>.

[35] Cf. Processo nº 33910.003130/2018-28 (SEI 13558936). O Voto propõe a obrigatoriedade de prévia submissão à DIPRO dos processos de ajuste que envolvam os arts. 20, 87 e 88 da RN nº 124, de 2006, antes de encaminhamento à DICOL.

[36] Cf. Itens 6 e 7 (SEI 13558936).

[37] IN que dispõe sobre os procedimentos a serem adotados no Ciclo de Fiscalização e na Intervenção Fiscalizatória previstos na Resolução Normativa - RN nº 388, de 25 de novembro de 2015 (Processo nº 33902.537563/2016-10).

[38] Cf. item 1.35 do Voto nº 402/2019/ASSNT-DIOPE/DIRAD-DIOPE/DIOPE.

[39] Cf. MELLO, C.A.B. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

[40] Cf. item 1.35 do Voto nº 402/2019/ASSNT-DIOPE/DIRAD-DIOPE/DIOPE.

[41] Refiro-me a Caetano Veloso em *Sampa*.

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



Documento assinado eletronicamente por **SIMONE SANCHES FREIRE, Diretor(a) de Fiscalização**, em 01/10/2019, às 17:51, 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 **14498203** e o código CRC **6DB87E19**.

**EXTRATO DE ATA DA 517ª REUNIÃO ORDINÁRIA DE DIRETORIA COLEGIADA
REALIZADA EM 10 DE OUTUBRO DE 2019**

Às catorze horas do dia dez de outubro de dois mil e dezenove, nesta cidade, na Avenida Augusto Severo, nº 84, na sede da ANS, teve início a 517ª Reunião Ordinária de Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Saúde Suplementar-ANS, mediante convocação de seus membros. A sessão foi presidida pelo Diretor-Presidente Sr. Leandro Fonseca da Silva, secretariada pelo Coordenador da COADC Sr. João Alfredo Lopes Barcellos, e contou com a presença do Diretor Sr. Paulo Roberto Vanderlei Rebello Filho, do Diretor Sr. Rodrigo Rodrigues Aguiar, do Diretor Sr. Rogério Scarabel Barbosa e da Diretora Sra. Simone Sanches Freire. A reunião foi acompanhada pela Procurador-Chefe Daniel Junqueira de Souza Tostes, pelo Secretário-Geral Sr. Wladimir Ventura de Souza, pela Chefe de Gabinete Sra. Lenise Barcellos de Mello Secchin, pelo Diretor-Adjunto da DIGES Sr. João Carlos Alves da Silva Júnior, pelo Diretor-Adjunto da DIOPE Sr. Cesar Brenha Rocha Serra, pelo Diretor-Adjunto da DIPRO Sr. Maurício Nunes da Silva, pelo Ouvidor João Luis Barroca de Andrea e pelo Auditor Chefe Sr. Carlos Alberto Kwasinskii de Sá Earp. A reunião foi transmitida ao vivo, e contou com o suporte técnico dos servidores da COSIT/DIGES, GCOMS/SEGER e COEI/PRESI. Após a transmissão, o conteúdo foi disponibilizado na página da ANS, na rede social - youtube/ansreguladoraoficial. O Diretor-Presidente deu início aos trabalhos com o propósito de apreciar, discutir e deliberar a pauta prevista para esta reunião.

B) Deliberações:

8) Processo: 33902.504066/2015-54

Assunto: Aprovação da proposta de declaração de descumprimento do Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta nº 001/2017, celebrado entre a ANS e a ODONTOPREV S/A, no âmbito do processo nº 33902.504066/2015-54, com a retomada do curso dos atos objetos de apuração que estavam nele expressamente elencados (Processo Sancionador nº 33902.081047/2010-31), nos termos do art. 15 da RN nº 372/2015.

Área Responsável: DIFIS

Decisão: Após VOTO Nº 1027/2019/ASSNT-DIDES/DIRAD-DIDES/DIDES, proferido pelo Diretor Sr. Rodrigo Rodrigues de Aguiar; e VOTO Nº 1222/2019/ DIFIS ~, proferido pela Diretora Sra. Simone Sanches Freire; a deliberação foi suspensa por força de pedido de vista expresso pelo Diretor Sr. Rogério Scarabel Barbosa, nos termos dos §§ 4º e 5º do art. 10º da Instrução de Serviço nº 02/2013/DICOL.

Ademais, o Diretor Sr. Rodrigo Rodrigues de Aguiar solicita que seja registrado em ata entendimento pela impossibilidade de diligência a órgão não competente sobre a matéria, ressaltando que quem aplica norma ao caso concreto e quem deixa de aplicar penalidade para a submissão de um Termo de Ajustamento de Conduta é a Diretoria de Fiscalização. Diante desse entendimento, o Diretor Sr. Rodrigo Rodrigues de Aguiar pondera que se está protelando a discussão para um órgão não competente tratar a matéria.

Feitas essas deliberações, o Diretor-Presidente considerou cumprida a pauta, dando por encerrada a sessão. Rio de Janeiro, 10 de outubro de 2019.

Este texto pode ser alterado em função da aprovação da Minuta de Ata que ocorrerá na próxima reunião.

JOÃO ALFREDO LOPES BARCELLOS

Coordenador



Documento assinado eletronicamente por **JOAO ALFREDO LOPES BARCELLOS, Coordenador(a) de Apoio à Diretoria Colegiada**, em 14/10/2019, às 15:39, 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 **14604515** e o código CRC **E8492B93**.

PROCESSO Nº: 33902.504066/2015-54

VOTO Nº 536/2020/DIPRO

DIRETOR

Diretor de Normas e Habilitação dos Produtos

1. ASSUNTO

1.1. Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta - TCAC.

2. DOCUMENTOS RELACIONADOS

- 2.1. Decisão nº 2599/GEFIR/DIFIS/2014 (11448956).
- 2.2. Despacho de Reconsideração Parcial nº 5892/2016/GEPTI/GGOFI/DIFIS (11448996).
- 2.3. Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta - TCAC nº 001/2017 5583020 - fls. 154/166).
- 2.4. Declaração de Cumprimento das Obrigações - Anexo III do TCAC (5741536).
- 2.5. Nota Técnica nº 4/2018/COAJU/ASSNT-DIFIS/DIRAD-DIFIS/DIFIS (5941987).
- 2.6. Petição da Contratante de 09 de abril de 2018 (6344371).
- 2.7. Nota Técnica nº 84/2018/COAJU/ASSNT-DIFIS/DIRAD-DIFIS/DIFIS (8144075).
- 2.8. Petição da Contratante de 05 de outubro de 2018 (8557922).
- 2.9. Nota Técnica nº 107/2018/COAJU/ASSNT-DIFIS/ASSTF/DIRAD-DIFIS/DIFIS (10302538).
- 2.10. Voto nº 3/2018/COAJU/ASSNT-DIFIS/ASSTF/DIRAD-DIFIS/DIFIS (10326369)
- 2.11. Memorial da Contratante de 09 de janeiro de 2018 (11059760).
- 2.12. Memorial da Contratante (complementação) de 22 de janeiro de 2019 (11252233).
- 2.13. Memorial da Contratante (complementação) de 13 de fevereiro de 2019 (11398136).
- 2.14. Parecer nº 00037/2019/GEADM/PFANS/PGF/AGU (12754095).
- 2.15. Voto nº 402/2019/ASSNT-DIOPE/DIRAD-DIOPE/DIOPE (13422831).
- 2.16. Petição da Contratante de 18 de julho de 2019 (13565276 e 13565329).
- 2.17. Voto nº 1027/2019/ASSNT-DIDES/DIRAD-DIDES/DIDES (14041897).
- 2.18. Voto nº 1222/2019/DIFIS (14498203).
- 2.19. Petição da Contratante de 31 de outubro de 2019 (14655932).
- 2.20. Despacho nº 159/2019/DIPRO (14674555).
- 2.21. Parecer nº 00197/2019/GEADM/PFANS/PGF/AGU (15524991).

3. REFERÊNCIA

- 3.1. Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998 (art. 29).
- 3.2. Resolução Normativa - RN nº 372, de 30 de março de 2015.
- 3.3. RN nº 389, de 26 de novembro de 2015.
- 3.4. RN nº 195, de 14 de julho de 2009.
- 3.5. RN nº 124, de 30 de março de 2006.

3.6. Instrução Normativa da Diretoria de Normas e Habilitação dos Produtos IN/DIPRO nº 23, de 01 de dezembro de 2009.

4. RELATÓRIO E FUNDAMENTAÇÃO

4.1. Trata-se de verificação do cumprimento das obrigações pactuadas no Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta - TCAC nº 001/2017, firmado com a Operadora de Planos de Assistência à Saúde ODONTOPREV S.A. cujas infrações foram constadas no procedimento de fiscalização denominado Programa Olho-Vivo, que teve como objetivo ajustar as condutas referentes às irregularidades identificadas nos instrumentos contratuais dos produtos registrados sob os nº 455202064, 455734074, 455717074, 455736071, 455735072 e 455738077, tipificadas no art. 66 (Cláusulas de Garantias Legais) da Resolução Normativa - RN nº 124, de 30 de março de 2006.

4.2. O pedido de celebração de TCAC foi interposto em 25 de agosto de 2015 (5583020 - fl. 04) e depois de quase dezesseis meses e quatro reuniões de negociação (5583020 - fls. 38, 89, 103 e 119) a celebração do Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta foi autorizada na 457ª Reunião Ordinária de Diretoria Colegiada realizada em 14 de dezembro de 2016 (5583020 - fl. 153) e o instrumento do TCAC assinado pela Diretoria de Fiscalização - DIFIS em 13 de fevereiro de 2017 (5583020 - fls. 154/166).

4.3. O pagamento do valor previsto no § 2º, do art 10, da RN nº 372, de 30 de março de 2015 foi realizado tempestivamente (5583020 - fls. 179/180), o cumprimento foi certificado pela Coordenação de Ajustamento de Conduta - COAJU, por meio do Despacho nº 26/2017/COMU/ASSNT/DIFIS/ANS, de 04 de maio de 2017 (5583020 - fl. 197).

4.4. Na reunião de 30 de março de 2017, para orientações sobre a forma de cumprimento das obrigações assumidas no TCAC, foi apresentada a minuta da comunicação que seria encaminhada aos contratantes com os detalhes para cumprimento da obrigação do TCAC (5583020 - fl. 190) e no dia 07 de abril de 2017, por meio de correio eletrônico a ODONTOPREV S.A. foi comunicada da concordância com o modelo encaminhado por ela referente ao material que seria remetido aos consumidores (5844799).

4.5. No dia 15 de fevereiro de 2018, a ODONTOPREV S.A. interpôs Declaração de Cumprimento das Obrigações - Anexo III do TCAC, afirmando que havia cumprido integralmente todas as obrigações pactuadas (5741536).

4.6. Com isso, a COAJU submeteu o TCAC a primeira verificação de cumprimento, conforme disposto no art. 13, § 1º, da RN nº 372, de 2015, realizada por intermédio da Nota Técnica nº 4/2018/COAJU/ASSNT-DIFIS/DIRAD-DIFIS/DIFIS (5941987), tendo concluído do seguinte modo:

O quadro abaixo resume a análise preliminar acerca do cumprimento das obrigações assumidas pela compromissária no TCAC nº 001/2017:

Obrigaçã	Execuçã no prazo	Conforme requisitos estabelecidos	Comprovaçã tempestiva	Cumprida	Multa aplicável
Cl. 3ª	Sim	Sim	Sim	Sim	-
Cl. 4ª	A verificar	Parcial	Não	Não	R\$150.000,00
Cl. 5ª	Não	Parcial	Sim	Não	R\$150.000,00
Cl. 6ª	Presumidamente sim	Parcial	Sim	Não	R\$200.000,00
Cl. 7ª	Sim	Sim	Sim	Sim	-
Cl. 8ª	SIM	Sim	Sim	Sim	-

Conforme a tabela acima, nesta análise preliminar, verificou-se o possível descumprimento das obrigações previstas nas cláusulas quarta, quinta e sexta do TCAC. A cláusula décima quarta prevê a aplicação de multas pelo descumprimento das obrigações acima indicadas, que totalizarão o valor de R\$500.000,00, caso seja confirmado o descumprimento das obrigações.

Além disso, sem prejuízo da execução da multa correspondente, o descumprimento, total ou parcial, das obrigações assumidas no TCAC também acarretará:

a) a revogação imediata da suspensão do curso dos processos administrativos sancionadores que constituíam seu objeto, em observância ao que dispõe o parágrafo segundo da cláusula décima sexta do TCAC e o § 4º do art. 13 da RN nº 372, de 2015; e

b) o impedimento da compromissária de celebrar novo TCAC por 2 anos, conforme o § 7º do art. 13 c/c inciso I do art. 5º da RN nº 372, de 2015.

Antes da aplicação dessas penalidades, contudo, é necessário conceder à compromissária a oportunidade de defender-se e apresentar justificativas para os descumprimentos apontados. O §2º do artigo 13 da RN nº 372/2015 dispõe que, caso se entenda pelo descumprimento, total ou parcial, das obrigações pactuadas no TCAC, ou caso se conclua que não houve a devida apresentação da comprovação de cumprimento das obrigações no prazo estipulado, a compromissária será notificada para prestar esclarecimentos no prazo de 10 dias, a contar do recebimento da notificação.

Por outro lado, a cláusula décima primeira do TCAC estabelece o prazo de 15 dias corridos para a apresentação de outros documentos ou informações requisitados pela ANS. Assim, como a análise sugere a requisição de documentos e informações específicos, é adequado adotar o mesmo prazo também para a defesa prévia.

Diante de todo o exposto, recomenda-se a concessão de prazo de 15 (quinze) dias à operadora para apresentar esclarecimentos e documentos adicionais referentes às falhas, omissões, desconformidades e intempestividades no cumprimento das obrigações, bem outros documentos e informações complementares, conforme indicado nesta Nota.

4.7. A ODONTOPREV S.A. foi comunicada do teor da referida Nota Técnica por meio do Ofício nº 3/2018/COAJU/ASSNT-DIFIS/DIRAD-DIFIS/DIFIS (5948583), recebido em 15 de março de 2018 (6363290) e no dia 20 de março de 2018 foi realizada reunião onde foram tratados os pontos que foram objeto da nota técnica (6092997), vindo a apresentar a resposta por meio de petição datada de 09 de abril de 2018 (6344371) com os fatos e fundamentos que entendeu pertinente e acompanhada de documentos comprobatórios de suas alegações (6344500, 6344610, 6344918, 6344958, 6344984, 6345007, 6345024, 6345132, 6345180 e 6345211).

4.8. Em 14 de agosto de 2018, ocorreu nova reunião com o objetivo de promover esclarecimentos sobre as obrigações do TCAC e a forma de comprovação das mesmas (8123822).

4.9. A DIFIS por intermédio da Nota Técnica nº 84/2018/COAJU/ASSNT-DIFIS/DIRAD-DIFIS/DIFIS(144075) promove a segunda verificação do cumprimento das obrigações pactuadas no TCAC, após manifestação da Compromissária, tendo concluído da seguinte forma:

O quadro abaixo resume a análise acerca do cumprimento das obrigações assumidas pela compromissária no TCAC nº 001/2017:

Obrigação	Execução no prazo	Conforme requisitos estabelecidos	Comprovação tempestiva	Cumprida	Multa aplicável
Cl. 3ª	Sim	Sim	Sim	Sim	-
Cl. 4ª	Sim	Parcial. Não foram corrigidos a ausência da informação da classificação da operadora na ANS na primeira página do contrato, tampouco foi apresentada cópia da Tabela de Honorários e Serviços Odontológicos registrada em cartório sob o número 1019848.	Sim, mas incompleta, pois não foram apresentados os documentos da maior parte dos contratos selecionados na amostragem.	Não	R\$150.000,00
Cl. 5ª	Não	Parcial. Alguns contratantes não foram comunicados, apesar de seus contratos estarem em vigor durante o prazo da obrigação. As novas versões dos contratos foram encaminhadas incompletas aos contratantes, sem algumas peças nas quais deveriam ser feitas correções. Os modelos de comunicados aos beneficiários encaminhados aos contratantes não continham todo o conteúdo exigido no TCAC	Sim, mas incompleta, pois não foram apresentadas as cópias dos e-mails requisitados.	Não	R\$150.000,00
Cl. 6ª	Presumidamente sim	Parcial. Não foi publicada a correção referente à referência a mais de um produto no instrumento contratual.	Sim	Não	R\$200.000,00
Cl. 7ª	Sim	Sim	Sim	Sim	-

Cl. 8ª	Sim	Sim	Sim	Sim	-
--------	-----	-----	-----	-----	---

Considerando que a Nota Técnica nº 4/2018/COAJU/ASSNT-DIFIS/DIRAD-DIFIS/DIFIS já tratou da análise preliminar das obrigações executadas e como a Compromissária já se manifestou quanto aos indícios de descumprimento apontados nesse documento, o caminho normal deste processo seria concluir nesta Nota Técnica a análise do cumprimento das obrigações do TCAC e submetê-la à aprovação da Diretoria de Fiscalização e, em seguida, à deliberação da Diretoria Colegiada, conforme o §3º do art. 13 da RN nº 372, de 2015.

Ocorre que, nesta Nota Técnica, foram apreciados novos documentos apresentados pela Compromissária no cumprimento de requisição veiculada por meio do Ofício nº 3/2018/COAJU/ASSNT-DIFIS/DIRAD-DIFIS/DIFIS. Nesta análise, também foram apresentadas novas fundamentações e conclusões sobre as quais a Compromissária ainda não teve a oportunidade de se manifestar.

Assim, caso seja aprovada a presente análise, em obediência aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, recomendo que a Compromissária seja notificado do conteúdo desta Nota Técnica para se manifestar no prazo de 10 dias, a contar do recebimento da notificação.

Convém destacar na notificação que o TCAC prevê, em sua cláusula décima quarta, aplicação de multas pelo descumprimento das obrigações acima indicadas, que totalizam o valor de R\$500.000,00.

Além disso, sem prejuízo da execução da multa correspondente, o descumprimento total ou parcial das obrigações assumidas no TCAC também acarretará:

a) a revogação imediata da suspensão do curso dos processos administrativos sancionadores que constituíam seu objeto, em observância ao que dispõe o parágrafo segundo da cláusula décima sexta do TCAC e o § 4º do art. 13 da RN nº 372, de 2015; e

b) o impedimento da Compromissária de celebrar novo TCAC por 2 anos, conforme o § 7º do art. 13 c/c inciso I do art. 5º da RN nº 372, de 2015.

4.10. Em decorrência da Nota Técnica conter novas fundamentações e conclusões sobre as quais a Compromissária ainda não teve a oportunidade de se manifestar. e em homenagem aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, a ODONTOPREV S.A. foi intimada para se pronunciar a respeito da Nota Técnica nº 84/2018/COAJU/ASSNT-DIFIS/DIRAD-DIFIS/DIFIS (8144075), por meio do Ofício nº 77/2018/COAJU/ASSNT-DIFIS/DIRAD-DIFIS/DIFIS (8149441), recebido em 28 de agosto de 2018 (8556746) e após duas dilações de prazo, conforme solicitado pela Operadora de Planos de Assistência à Saúde (8303495 e 8555195) e de esclarecimentos prestados em reunião presencial ocorrida em 24 de setembro de 2018 (8557922 - fl. 02), a ODONTOPREV S.A. interpôs a sua resposta em 05 de outubro de 2018 (8557922), juntamente com documentação comprobatória (8557984, 8557996 e 8558003), basicamente repetindo os argumentos da sua petição anterior, de 09 de abril de 2018 (6344371).

4.11. Por meio da Nota Técnica nº 107/2018/COAJU/ASSNT-DIFIS/ASSTF/DIRAD-DIFIS/DIFIS (10302538) foi promovido a terceira verificação do cumprimento das obrigações pactuadas no TCAC, tendo como referência as manifestação da Compromissária em sua petição de 05 de outubro de 2018 (8557922) e depois de profunda análise concluiu que:

89. Com base no exposto, observa-se a manutenção dos indícios de descumprimento de obrigações indicados na Nota Técnica nº 84/2018/COAJU/ASSNT-DIFIS/DIRAD-DIFIS/DIFIS (DOC SEI 8144075), o que sujeita à Compromissária à aplicação de multa de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), conforme previsto na Cláusula Décima Quarta do TCAC e devidamente detalhado a seguir:

Cláusula	Multa
Quarta	R\$ 150.000.00
Quinta	R\$ 150.000,00
Sexta	R\$ 200.000.00
Total	R\$ 500.000,00

90. Além disso, a Cláusula Décima Quinta prevê que o descumprimento de qualquer das obrigações assumidas neste Termo, sem prejuízo de outras penalidades, implicará na impossibilidade de celebração de outro Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta pelo prazo de 02 (dois) anos, a contar da data em que expirou o prazo estipulado para o cumprimento das obrigações, assim considerado, no caso de descumprimento, o fim da vigência deste Termo.

91. Adicionalmente, a Cláusula Décima Sexta prevê, em seu parágrafo segundo, que o descumprimento de quaisquer obrigações deste Termo acarretará a revogação da suspensão do curso do ato objeto de apuração identificado na Cláusula Primeira.

92. Diante de todo o exposto, recomenda-se a remessa dos presentes autos para avaliação da Diretora de Fiscalização com sugestão de posterior direcionamento à DICOL para apreciação de proposta de decisão nos seguintes termos:

- a) Declaração de Descumprimento das Cláusulas Quarta, Quinta e Sexta do TCAC nº 001/2017;
- b) Aplicação de Multa de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais);
- c) Decretação da impossibilidade de celebração de outro TCAC para a Compromissária por 2 (dois) anos, a contar de 13/03/2018; e
- d) Revogação da Suspensão do Curso do Processo Sancionador nº 33902.081047/2010-31, com o prosseguimento do feito.

93. Caso aprovada, sugere-se, ao final, a publicação da respectiva decisão no Diário Oficial da União - DOU, na forma de extrato, em cumprimento ao disposto no art. 14 da RN nº 372/2015.

94. Após, sugere-se o retorno dos presentes autos a esta COAJU para expedição de Memorando informando ao setor responsável a revogação da suspensão do curso do processo administrativo sancionador previsto no TCAC em tela, com posterior direcionamento à GEFIN para a adoção dos procedimentos da referida cobrança da multa pecuniária e para a PROGE, para execução judicial das obrigações não cumpridas.

4.12. A declaração de descumprimento do TCAC é submetida pela Diretoria Colegiada por meio do Voto nº 3/2018/COAJU/ASSNT-DIFIS/ASSTF/DIRAD-DIFIS/DIFIS (110326369), tendo como relatoria a Diretora de Fiscalização, que propõe além da declaração de descumprimento das cláusulas quarta, quinta e sexta do TCAC nº 001/2017, pela operadora Odontoprev S/A., o que acarretará como consequências: (1) a revogação da suspensão do curso do processo sancionador nº 33902.081047/2010-31, o qual voltará a ter seu regular andamento processual, nos termos do que estabelece o art. 15 da RN nº 372, de 2015; (2) a aplicação da multa total de R\$500.000,00 (quinhentos mil reais), prevista na cláusula décima quarta do TCAC; bem como (3) o impedimento da Operadora de celebrar novo TCAC pelo prazo de dois anos, a contar de 13 de março de 2018, conforme disposto no § 7º do art. 13 c/c art. 5º, inciso I ambos da RN nº 372, de 2015.

4.13. Entretanto, na 498ª Reunião Ordinária de Diretoria Colegiada - RDC (11175643), realizada em 18 de dezembro de 2018, o processo foi retirado de pauta por solicitação do Diretor de Gestão para posterior análise e parecer da Procuradoria Federal junto à ANS - PROGE.

4.14. Em 09 de janeiro de 2019 foi realizada reunião entre a Odontoprev S/A e a DIFIS (11677531)

4.15. Voluntariamente, em 09 de janeiro de 2018, a Odontoprev S/A. interpôs memorial (11059760) se manifestando a respeito da análise contida na Nota Técnica nº 107/2018/COAJU/ASSNT-DIFIS/ASSTF/DIRAD-DIFIS/DIFIS (110302538) e o complementa em 22 de janeiro de 2019 (11252233); em 13 de fevereiro de 2019 (11398136), e em 01 de março de 2019 (11593557).

4.16. A consulta formulada pela Diretoria de Gestão - DIGES é encaminhada à PROGE por intermédio do Despacho nº 8/2019/DIGES (11435802), em 27 de fevereiro de 2019, com o seguinte questionário:

Diante dos exposto, solicita-se:

- Que essa Procuradoria analise a regularidade formal do processo, diante da legislação aplicável ao TCAC no âmbito da ANS;
 - Que analise se há vício em razão da versão final da minuta aprovada na 457ª Reunião DICOL não ter sido apreciada por essa Procuradoria, nos termos do §2º do art. 9º da RN 372;
 - Que analise se há vício em razão de ter sido adotado, para a celebração do TCAC, o valor pecuniário resultante do Juízo de Admissibilidade e Reconsideração, no Despacho de Reconsideração Parcial da DIFIS, mesmo sem ratificação por parte da Diretoria Colegiada, nos termos do previsto no §5º do art.43 da RN 388/2015;
 - Que analise se a alteração dos valores nas cláusulas oitava e décima sétima do TCAC são capazes de macular o princípio da proporcionalidade, quando o contrato é analisado em sua integralidade;
- Que essa Procuradoria analise se há risco jurídico envolvido com uma possível judicialização por parte da operadora, caso a DICOL delibere pelo descumprimento, ainda que parcial, dos termos previstos no TCAC.

São essas as considerações iniciais,

4.17. A PROGE se manifesta por meio do Parecer nº 00037/2019/GEADM/PFANS/PGF/AGU (12754095), concluindo do seguinte modo:

157. Face o acima exposto e em atenção aos questionamentos formulados conclui-se que:

○ A adoção do Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta - TCAC previsto no art. 29 da Lei 9.656, de 1998 reforça o caráter consensual na busca de solução dos conflitos na administração pública.

○ Considerando a finalidade do Termo e o princípio do devido processo legal a Compromissária deve ser instada durante a fiscalização a se manifestar sobre eventuais irregularidades apuradas para que possa se manifestar e eventualmente corrigi-las de forma a garantir que todos os esforços sejam empreendidos para o regular cumprimento das obrigações e evitar que ao final do processo a Compromissária seja surpreendida com uma decisão de descumprimento do Termo.

○ As modificações dos valores descritos nas cláusulas oitava e décima sétima realizadas após o Parecer n. 00235/2016/GEADM/PFANS/PGF/AGU não geraram qualquer vício de nulidade formal decorrente da ausência de manifestação jurídica das modificações empreendidas.

○ As modificações dos valores descritos nas cláusulas oitava e décima sétima foram motivadas pela redução da sanção pecuniária do processo administrativo sancionador em decorrência da decisão administrativa em juízo de retratação, que ocorreu antes da deliberação do Termo. A decisão proferida em juízo de reconsideração pela Diretora da Diretoria de Fiscalização pode ser considerada um ato administrativo simples, isto é, produz regularmente seus efeitos a partir do momento em que é praticado e independe de confirmação pela Diretoria Colegiada.

○ Recomenda-se que seja avaliada a conveniência e oportunidade de sobrestamento do processo administrativo sancionador a partir de determinada fase do processo de negociação do TCAC, dada a previsão de interrupção da prescrição punitiva insculpida no inciso IV do art. 2º da Lei 9.783/99, que aplica-se para os processos em que há negociação do TCAC.

○ O objetivo precípuo da multa fixada no TCAC é compelir o compromissário a cumprir a obrigação, isto é, sensibilizá-lo de que vale mais a pena cumprir a obrigação do que pagar a multa. O valor da multa deve levar em conta a situação econômica do compromissário, conforme art. 29, § 2º, inciso II da Lei 9656/98, bem como a gravidade do resultado do descumprimento. Assim, a proporcionalidade e razoabilidade do valor da multa não estão apenas atrelados ao valor da sanção pecuniária imposta no processo sancionador e sim como acima exposto, pelo porte econômico da compromissária e da relevância das obrigações assumidas.

○ No presente caso, diante das divergências suscitadas e de possível judicialização, para a decretação do descumprimento do Termo é importante que estejam presentes ao menos os seguintes elementos: a) Observância do devido processo legal na fiscalização do termo, mediante intimação da Compromissária para se manifestar sobre os descumprimentos verificados pela fiscalização do termo e eventualmente corrigi-los. Neste ponto, vale ressaltar que a fiscalização já intimou a Compromissária em duas ocasiões para apresentar os esclarecimentos sobre os apontamentos de descumprimentos de obrigações do Termo, conforme Ofício nº: 3/2018/COAJU/ASSNTDIFIS/DIRAD-DIFIS/DIFIS (5948583) e Ofício nº 77/2018/COAJU/ASSNT-DIFIS/DIRAD-DIFIS/DIFIS; b) Motivação da decisão, analisando inclusive todas as alegações apresentadas pela Compromissária. Neste ponto, vale ressaltar que a fiscalização já apreciou as alegações apresentadas pela Compromissária através das Notas Técnicas nºs 04, 84 e 107/2018/COAJU/ASSNT-DIFIS/ASSTF/DIRADDIFIS/DIFIS (DOCs SEI nº 5941987, 8144075 e 10302538) e c) Demonstração da relevância das obrigações descumpridas.

○ É primordial que as partes se esforcem no cumprimento das obrigações fixadas, que foram adotadas como forma de atingimento do interesse público, evitando-se retornar ao estado quo ante de sua celebração sem a correção das irregularidades verificadas no processo administrativo sancionador

○ No presente caso, haja vista a presença de elementos caracterizadores da boa fé da compromissária caso ainda subsista interesse da ANS no cumprimento do Termo, nos parece que ainda não estão esgotadas as possibilidades de composição entre as partes para sanar os motivos ensejadores do descumprimento do termo.

158. Sendo essas as considerações, e apresentadas as respostas aos questionamentos formulados, encaminhe-se ao Gerente da Gerência de Consultoria Administrativa da Procuradoria junto à ANS para apreciação.

4.18. A DIFIS volta a se pronunciar por meio do Despacho nº 32/2019/COAJU/ASSNT-DIFIS/ASSTF/DIRAD-DIFIS/DIFIS (3401631), em 07 de junho de 2019, após destacar que a primeira data de prescrição do processo sancionador seria em **14 de novembro de 2020** (considerando a suspensão das prescrições trienal e quinquenal pela assinatura do TCAC) e que a primeira data de prescrição das multas e obrigações do TCAC seria em **13 de junho de 2022** (considerando a data do descumprimento da primeira obrigação, sem considerar o prazo de comprovação, pois o descumprimento foi da obrigação principal e não da sua comprovação), solicita ao Diretor-Presidente que adote providências para que o processo retorne à pauta e sua consequente deliberação pela Diretoria Colegiada.

4.19. Com arrimo no Parecer nº 00037/2019/GEADM/PFANS/PGF/AGU (12754095) o Diretor de Normas e Habilitação das Operadoras, que anteriormente ocupava a DIGES (Despacho

nº 45/2019/DIGES -13112491), interpôs o Voto nº 402/2019/ASSNT-DIOPE/DIRAD-DIOPE/DIOPE (13422831), divergindo do Voto nº 3/2018/COAJU/ASSNT-DIFIS/ASSTF/DIRAD-DIFIS/DIFIS (10326369), votando no sentido de que seja celebrado aditivo ao TCAC nº 001/2017, cujos termos devem ser negociados com a participação direta da Diretoria de Normas e Habilitação dos Produtos.

4.20. Em decorrência do entendimento fixado pela DIOPE em seu voto, na 511ª RDC, realizada em 16 de julho de 2019, a DICOL deliberou pela suspensão por força de pedido de vista expresso pelo diretor Sr. Rodrigo Rodrigues Aguiar, nos termos dos §§ 4º e 5º do art. 10º da Instrução de Serviço nº 02/2013/DICOL (13509634 e 13815007).

4.21. Em 18 de julho de 2019, a Odontoprev S/A. volta a se manifestar, voluntariamente, nos autos do processo administrativo (13565276 e 13565329), desta vez sobre o Parecer nº 00037/2019/GEADM/PFANS/PGF/AGU12754095) e sobre o Voto nº 402/2019/ASSNT-DIOPE/DIRAD-DIOPE/DIOPE (13422831), solicitando que:

16. Confia, assim, por todo o exposto, em que:

(i) Ao final do julgamento, a DICOL declarará integralmente cumprido o TCAC 001/2017; ou, subsidiariamente, determinará o seu aditamento, para que dele constem as formas e o prazo para o cumprimento específico das obrigações acessórias ainda reputadas descumpridas, privilegiando-se a busca do consenso, conforme concluído pelo Parecer n.º 00037/2019/GEADM/PFANS/PGF/AGU, máxime diante da boa-fé e do empenho da ODONTOPREV em atender a todas obrigações pactuadas no TCAC;

(ii) Como consequência do item (i), a ODONTOPREV será eximida da aplicação de qualquer penalidade pela d. Diretoria de Fiscalização — DIFIS, consubstanciada na Nota Técnica nº 107/2018/COAJU/ASSNT-DIFIS/ASSTF/DIRAD-DIFIS/DIFIS, na medida em que as novas declarações juntadas comprovam, de maneira inequívoca, que as versões contratuais com as irregularidades sanadas foram tempestivamente enviadas aos clientes, além de terem sido disponibilizadas aos beneficiários; e

(iii) Por fim, a Diretoria de Normas e Habilitação dos Produtos — DIPRO se manifestará acerca da questão concernente à "ausência de informação da Classificação da Operadora na ANS [odontologia de grupo] na primeira página do contrato", bem como em relação ao suposto descumprimento da Cláusula Sexta do TCAC, reconhecendo, em ambos os casos, a inocorrência de descumprimento das exigências constantes do Anexo I da IN-DIPRO nº 23/2009.

4.22. O Diretor de Desenvolvimento Setorial apresenta o Voto nº 1027/2019/ASSNT-DIDES/DIRAD-DIDE'S/DIDES (14041897) contrário a possibilidade de aditamento do TCAC e acompanha, no mérito, a posição adotada pela Diretoria de Fiscalização e seu Voto nº 3/2018/COAJU/ASSNT-DIFIS/ASSTF/DIRAD-DIFIS/DIFIS (10326369).

4.23. O processo administrativo que havia sido pautado na 515ª RDC foi retirado por solicitação da Diretora de Fiscalização para nova manifestação (14198869).

4.24. Os autos voltam pautados novamente na 517ª RDC, realizada em 10 de outubro de 2019 (14604515), quando a Diretora de Fiscalização aditou o Voto nº 3/2018/COAJU/ASSNT-DIFIS/ASSTF/DIRAD-DIFIS/DIFIS (10326369), por meio do Voto nº 1222/2019/DIFIS (14498203), contraditando os argumentos contidos no Parecer nº 00037/2019/GEADM/PFANS/PGF/AGU (12754095) e no Voto nº 402/2019/ASSNT-DIOPE/DIRAD-DIOPE/DIOPE (13422831) e vota por **declarar o descumprimento pela Operadora Odontoprev S.A. (Registro ANS nº 30.194-9) das cláusulas quarta, quinta e sexta do TCAC nº 001/2017** (grifo no original). Além de se declarar contrária a participação da DIPRO na formação dos TCACs.

4.25. Entretanto, após o Votos da DIDES e da DIFIS a deliberação foi suspensa por força de pedido de vista expresso pelo Diretor de Normas e Habilitação dos Produtos (14604515).

4.26. No dia 30 de outubro de 2019 a Odontoprev S/A. foi recebida na sede da ANS para tratar do processo em epigrafe (14656818) e no dia seguinte interpôs petição se posicionando a respeito dos votos proferidos e pleiteando a declaração de cumprimento do TCAC ou a possibilidade de aditamento do mesmo (14655932).

4.27. O Diretor de de Normas e Habilitação dos Produtos, expediu o Despacho nº 159/2019/DIPRO (14674555) dirigido ao Procurador-Chefe, a fim de aclarar as divergências jurídicas suscitadas durante a deliberação do processo a respeito da possibilidade de celebração de "instrumento hábil para conferir viabilidade jurídica às aventadas "possibilidades de composição entre as partes para sanar os motivos ensejadores do descumprimento do termo", que, em seu entendimento, "não foram esgotadas", bem como para que a PROGE explique a respeito da

possibilidade jurídica de aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial prevista no Código Civil aos TCACs, caso se conclua que as obrigações foram quase todas cumpridas? Em caso positivo como se daria a sua aplicação nos TCACs? Ainda em caso positivo no caso dos TCACs o adimplemento substancial deve ser visto a partir das obrigações celebradas ou das adequação das infrações identificadas?

4.28. Por fim, o Parecer nº 00197/2019/GEADM/PFANS/PGF/AGU 1(524991) concluiu da seguinte forma:

47. Face o acima exposto conclui-se que: (i) A decisão entre a decretação do descumprimento do termo ou a adoção de medidas para sanear as os motivos ensejadores do descumprimento do termo dependerá de um juízo discricionário do Administrador, que deverá ponderar dentre outros elementos: a) o interesse da Compromissária em demonstrar o cumprimento das obrigações, inclusive com novos elementos acostados aos auto após o voto apresentado, ainda que realizados intempestivamente; b) O aparente interesse da ANS no cumprimento do Termo; c) o caráter consensual do instrumento de ajustamento de conduta; d) o interesse público na preservação do ajuste firmado; e) os descumprimentos subsistentes em relação às obrigações adimplidas no TCAC; f) Os eventuais prejuízos aos consumidores caso as irregularidades subsistentes não sejam ajustadas. (ii) a teoria do adimplemento substancial pode ser adotada como fundamento, a depender das circunstâncias do caso concreto e do interesse público, para conservação ou preservação do contrato ou como no presente caso, do termo de compromisso de ajuste de conduta para perseguir o cumprimento das obrigações estabelecidas e não para relevar e/ou desconsiderar os descumprimentos eventualmente aferidos, uma vez presentes os requisitos indicados para aplicação da teoria em detrimento da decretação de descumprimento do TCAC.

4.29. É o relatório. Passo à fundamentação.

5. FUNDAMENTAÇÃO

5.1. Inicialmente, em sede preliminar, atesta-se a regularidade do feito, tendo a instrução processual e decisão recorrida obedecido a legislação aplicável, particularmente no que se refere ao devido processo legal, mediante intimação da Operadora para se manifestar sobre os descumprimentos das obrigações assumidas no TCAC, verificados pela Diretoria de Fiscalização, em cada uma de suas Notas Técnicas; além disso, foi respeitado o princípio da ampla defesa e contraditório tendo sido oportunizado à Compromissária se manifestar sobre todos os aspectos do processo administrativo, sendo que todas as contribuições encaminhadas pela mesma, ainda que de forma voluntária, foram levadas em consideração, ademais das diversas reuniões com múltiplas autoridades e servidores da ANS, também se cumpriu adequadamente o princípio da motivação tendo sido explicitados todos os aspectos de fato e de direito que fundamentam as decisões tomadas até este momento do processo administrativo.

5.2. A presente investigação não se deterá nos pontos incontroversos e será dividida em três partes, uma para cada cláusula do TCAC considerada como descumprida pelos órgãos técnicos de fiscalização.

5.3. Antes, porém, é necessário resgatar o objeto do TCAC contido na Cláusula Primeira:

I - OBJETO

CLÁUSULA PRIMEIRA Este Termo tem por objeto o ajustamento das condutas abaixo descritas, tipificadas no artigo 66 (Cláusulas de Garantias Legais) da RN nº 124 de março de 2006, em apuração no Processo Administrativo Sancionador nº 33902.081047/2010-31, referente aos produtos registrados na ANS sob os números 455202064, 4557340,74, , 455717074, 455736071, 455735072 e 455738077:

- a) prever no mesmo instrumento contratual disposições referentes a mais de um produto;
- b) não dispor, na página inicial do instrumento contratual, os itens Classificação da operadora na ANS, Nome comercial e nº de registro do plano na ANS;
- c) não indicar que o objeto do contrato é a prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais na forma de plano privado de assistência à saúde prevista no inciso I, do artigo 1º, da Lei 9656/1998, visando à Assistência Odontológica com a cobertura das doenças da Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, no que se refere à saúde bucal;
- d) não especificar a garantia de inscrição do filho adotivo menor de 12 anos, conforme estabelece o artigo 12, VII, da Lei 9656/1998;
- e) não dispor sobre a garantia de cobertura dos honorários e materiais utilizados pelo cirurgião-dentista quando, por imperativo clínico, for necessária estrutura hospitalar para a realização de procedimentos listados no Rol de Procedimentos Odontológicos vigente à época do evento;
- f) não indicar pelo menos dois meios, além do registro em cartório, pelos quais o beneficiário

podará consultar a tabela de procedimentos e os respectivos valores reembolso de atendimentos realizados fora da rede assistencial da operadora - acesso à tabela no sítio da operadora na internet; disponibilização da tabela na sede da contratante em planos coletivos, para consulta dos beneficiários; disponibilização da tabela na sede da operadora, para consulta dos beneficiários; e g) não especificar os procedimentos que requerem autorização prévia para sua realização.

PARÁGRAFO ÚNICO –Θ não atendimento tempestivo da requisição de que trata o caput implicará no descumprimento da obrigação principal prevista neste Instrumento a cuja apuração se destinar a informação ou o documento requisitado, sujeitando a COMPROMISSÁRIA às penalidades previstas no Capítulo V – "Das Consequências do Descumprimento".

5.4. Deste objeto a ANS não poderá se afastar sob pena de inovar no negócio jurídico^[1].

I - CLÁUSULA QUARTA

5.5. A Cláusula Quarta estabelece que a Odontoprev S/A. deveria adotar os novos modelos de instrumentos contratuais livres de irregularidades, no prazo de 90 dias e a Cláusula Décima, inciso IV estabelece a forma de comprovação. Vejamos o teor das cláusulas do TCAC:

CLÁUSULA QUARTA - A COMPROMISSÁRIA obriga-se a, no prazo de 90 (noventa) dia contados da assinatura do presente Termo, adotar novos modelos de instrumentos contratuais para as novas contratações de todos os seus produtos livres das irregularidades listadas nas alíneas da Cláusula Primeira.

(...)

CLÁUSULA DÉCIMA — A COMPROMISSÁRIA apresentará à ANS:

(...)

IV - no prazo de 30 (trinta) dias contados do termo final do prazo previsto na Cláusula Quarta, cópias, no formato PDF, dos novos modelos de contratos adotados para os produtos indicados na Cláusula Primeira;

5.6. A Nota Técnica nº 4/2018/COAJU/ASSNT-DIFIS/DIRAD-DIFIS/DIFIS (5941987), após certificar que a documentação foi entregue a destempo, a DIFIS entendeu que a Cláusula Quarta havia sido descumprida porque não haviam sido cumpridas as alíneas "a" e "b" da Cláusula Primeira do TCAC, vejamos:

(1) no mesmo instrumento contratual existiam disposições referentes a mais de um produto, já que o modelo de condições gerais contém cláusulas que não se aplicam a todos os produtos, p.ex., a cláusula de coparticipação (itens 9 a 9.2 - que só se aplica ao produto 455202064);

(2) não constava da página inicial do instrumento do contrato os itens: classificação da operadora na ANS, nome comercial e número de registro do plano na ANS;

(3) apesar de considerar cumprido o item "g" da Cláusula Primeira do TCAC, para confirmar a correção dessa irregularidade, era necessário analisar a Tabela de Honorários e Serviços Odontológicos da Operadora registrada no Ofício de Registro de Títulos e Documentos da cidade Barueri sob o nº 1019848, cuja cópia não foi apresentada pela Compromissária; e

(4) propõe ainda que, para demonstrar a efetiva adoção nas novas contratações da compromissária, também era necessário consultar os instrumentos contratuais de contratações realizadas a partir do prazo de 90 dias previsto na obrigação em estudo, apesar de reconhecer que tal obrigação não consta do TCAC, se fundamentando para tanto na Cláusula Décima Primeira.

5.7. Os itens "c", "d", "e" e "f" da Cláusula Primeira do TCAC foram considerados cumpridos.

5.8. Em sua resposta (6344371) a Operadora informou que o erro em relação aos momento da entrega foi que contou o prazo em dias úteis, como estabelece o Código de Processo Civil, e não em dias corridos, que a adoção do modelo ocorreu dentro da data pactuada, até 14 de maio de 2017 e que os modelos contratuais teriam sido apresentados e entregues previamente à ANS, em reunião realizada no dia 06 de outubro de 2016, entretanto, a referência apontada era anterior a assinatura do TCAC (5583020 - fl. 119).

5.9. No que se refere aos itens destacados na Nota Técnica nº 4/2018/COAJU/ASSNT-DIFIS/DIRAD-DIFIS/DIFIS (5941987) explicou que:

(1) o instrumento aponta somente a possibilidade de ter cláusula de coparticipação e neste caso remete ao anexo específico como se observa do item 9.1 (Conforme opção do Contratante definida na Proposta Comercial, os eventos cobertos poderão ter co-participação do Beneficiário nos custos), que a coparticipação apenas se aplica ao produto que tenha sido registrado com

coparticipação;

(2) o nome comercial e o número do plano na ANS constam da capa, sendo preenchido o número do plano no momento da contratação, da proposta comercial e do anexo da cobertura e no que se refere à classificação da Operadora na ANS este consta do guia de esclarecimentos, elementos que segundo a ODONTOPREV S.A. são documentos integrantes do contrato (composto por: Capa, Proposta Mestra, Anexos: Cobertura, Tabela de Reembolso - Tabela de Honorários e Procedimentos, Lista de Eventos para Autorização Prévia e/ou Autorização Especial, Guia de Esclarecimentos ao Beneficiário e Guia de Leitura Contratual) e que na capa optou por adotar apenas a menção a denominação "assistência odontológica" para evitar confusão por parte do consumidor em relação ao regime de contratação, o que não interfere no entendimento do cliente já que não houve reclamação sobre o ponto analisado;

(3) segundo a Operadora no que tange ao item "*não especificar os procedimentos que requerem autorização prévia para sua realização*" está disponível no sítio da ODONTOPREV S.A. sob a denominação "Lista de Eventos para Autorização Prévia e/ou Autorização Especial", estando ainda na sede da contratante e pelo telefone, por fim explica que deixou de encaminhar o documento registrado sob o nº 1019848 por se tratar de tabela pré-TCAC, tendo sido separadas *em duas tabelas distintas: Tabela de Honorários e Procedimentos - Tabela de Reembolso, devidamente registrada (Registro nº. 1274933, perante o Cartório de Títulos e Documentos de Barueri) e a Lista de Eventos para Autorização Prévia e/ou Autorização Especial, esta não submetida a registro em razão da não obrigatoriedade, mas encontra-se disponibilizada tanto para a empresa contratante (contrato), como para o beneficiário (site e telefone), sem entretanto apresentar a tabela registrada sob o nº 1274933;* e

(4) a Operadora informa que apresentou as amostras dos contratos solicitados, mas que com relação ao produto 455.202.06-4, refizeram o levantamento e não localizamos empresa com data de vigência igual ou posterior a 14 de maio de 2017.

5.10. Ao analisar a resposta da Operadora a Nota Técnica nº 84/2018/COAJU/ASSNT-DIFIS/DIRAD-DIFIS/DIFIS (8144075) indica o seguinte:

(1) após pesquisar o fundamento contido no item do TCAC no Relatório nº 35 GGFIR/DIFIS/20108(144602), constatou que a irregularidade foi apontada nos itens 3.1 a 3.6 do instrumento contratual denominado Apólice 92.904 (fls. 236v/240 do processo nº 33902.081047/2010-31 - 8144696), por discriminar, no mesmo instrumento contratual, coberturas assistenciais diferenciadas em seis produtos distintos e que apesar de considerar que essa irregularidade foi sanada nos modelos adotados nos instrumentos, melhor dizendo, a cláusula 3, das Condições Gerais, foi alterada e passou a adotar redação genérica, sem estipulação específica por produto. Conforme remissão na cláusula 3.4, a lista de procedimentos cobertos passou a ser tratada em documento anexo do contrato, no qual são listados os procedimentos cobertos de produto específico e que *as suposta irregularidade apontada nas cláusulas 9 a 9.2, ela não pode ser considerada pois já constava nas cláusulas 8 a 8.3 da Apólice 92.904, mas não foi apontada no processo sancionador, de modo que não integra o objeto do presente ajustamento de conduta*, apesar disso, considerou a cláusula não cumprida porque a Compromissária não apresentou a maior parte as amostras requisitadas;

(2) apesar de considerar aceitável a argumentação da Operadora de que a página inicial de cada instrumento contratual é a sua capa, novamente considera descumprida a obrigação por falta de comprovação, já que a ODONTOPREV S.A. apresentou as capas de dois dos contratos solicitados, além de mais outro não solicitado; além disso, no que se refere à classificação da operadora na ANS é considerada como não cumprida e que o fundamento de validade para a exigência é o Anexo I, da Instrução Normativa da Diretoria de Normas e Habilitação dos Produtos IN/DIPRO nº 23, de 01 de dezembro de 2009, além da Operadora não ter demonstrado que a informação consta, sequer Guia de Esclarecimentos ao Beneficiário como alega.

(3) a Operadora, como se pode constatar *nas cláusulas 2.20 e 2.20.1 dos instrumentos de Condições Gerais das amostras de contratos apresentadas para os produtos nº 455717074, 455734074 e 455738077, foi mantida nas novas contratações a remissão à tabela registrada sob o nº 1019848, na qual estariam estipulados os valores de reembolso e a lista de procedimentos submetidos à autorização prévia e/ou especial. Um dos contratos apresentados foi celebrado em 24/11/2017, ou seja, seis meses após o termo final do prazo para a cessação da conduta*, além disso, não exibiu a

cópia da Tabela de Honorários e Serviços Odontológicos da Operadora registrada no Ofício de Registro de Títulos e Documentos da cidade Barueri sob o nº 1019848.

(4) foram solicitados 24 contratos, sendo que a Compromissária apresentou cópias (6344500) de apenas 2, bem como documentos referentes a 3 contratos não solicitados, conforme detalhado abaixo:

(a) Produto 455202064 - não apresentou nenhum documento, alegando que não localizara "empresa com data de vigência igual ou posterior a 14 de maio de 2017;

(b) Produto 455717074 - apresentou cópia dos seguintes documentos contratuais, referentes a apenas 1 dos 4 contratos solicitados - Capa, Proposta Mestra, Condições Gerais, Anexos I e II com lista de procedimentos cobertos, Contrato Social e Comprovante do CNPJ do contratante;

(c) Produto 455734074 - apresentou cópia dos seguintes documentos contratuais, referentes a apenas 1 dos 4 contratos solicitados - Capa, Proposta Mestra, Condições Gerais, Anexo I com lista de procedimentos cobertos, Contrato Social do contratante, impressão do e-mail que enviou o contrato ao contratante para assinatura.

(d) Produto 455735072 - não apresentou documento referente a nenhum dos contratos solicitados. Apresentou cópia da Proposta Mestra referente a 1 contrato não solicitado.

(e) Produto 455736071 - não apresentou documento referente a nenhum dos contratos solicitados. Apresentou cópia da Proposta Mestra referente a 1 contrato não solicitado.

(f) Produto 455738077 - não apresentou documento referente a nenhum dos contratos solicitados. Apresentou cópia dos seguintes documentos contratuais, referentes a 1 contrato não solicitado - Capa, Proposta Mestra, Condições Gerais, Anexos I e II com lista de procedimentos cobertos, Contrato Social e impressões do e-mail que solicitou o Contrato Social do contratante e do e-mail que enviou o contrato ao contratante para assinatura.

5.11. Importante destacar que, a Nota Técnica nº 84/2018/COAJU/ASSNT-DIFIS/DIRAD-DIFIS/DIFIS 8(144075) não considerou o atraso no envio dos documentos como ensejador do descumprimento da obrigação principal prevista na Cláusula Quarta, por esta razão esta questão não será abordada na presente análise.

5.12. Como dito anteriormente a petição de de 09 de abril de 2018 (8557922) não trás fatos novos, apenas carrega aos autos amostra adicional de contratos que estavam em vigor na vigência do TCAC, mas não fez qualquer menção aos documentos faltantes.

5.13. A Nota Técnica nº 107/2018/COAJU/ASSNT-DIFIS/ASSTF/DIRAD-DIFIS/DIFIS 10(10302538) aborda expressamente a questão dos documentos enviados, explicando que dos contratos apresentados na petição (8557922), quatro constavam da listagem de contratos requeridos no Ofício nº 3/2018/COAJU/ASSNT-DIFIS/DIRAD-DIFIS/DIFIS, sendo que apenas dois não haviam sido apresentados na petição anterior.

5.14. Ademais, a Nota Técnica nº 107/2018/COAJU/ASSNT-DIFIS/ASSTF/DIRAD-DIFIS/DIFIS (10302538) defende que a não comprovação das exigências constantes do TCAC por parte da Compromissária é causa suficiente para a declaração de descumprimento, tendo por base o disposto no parágrafo único da Cláusula Primeira do TCAC, e pela mesma razão propõe a extensão da declaração do descumprimento do TCAC para os itens "c", "d" e "e" da Cláusula Primeira.

5.15. Com relação à alínea "f" da Cláusula Primeira do TCAC a Nota Técnica nº 107/2018/COAJU/ASSNT-DIFIS/ASSTF/DIRAD-DIFIS/DIFIS 10(10302538) registra a entrega da tabela com registro 1019848 no Anexo III da petição da Operadora (8557984) e que a mesma foi submetida a registro cartorário em 02 de dezembro de 2014, mas pela falta de comprovação, conforme anteriormente explicitado, propõe que seja declarada descumprida a Cláusula Quarta do TCAC.

5.16. Como se vê a declaração de incumprimento se baseia em três pontos:

(1) a perda do prazo de 90 (noventa) dias contados da assinatura do TCAC, para adotar novos modelos de instrumentos contratuais para as novas contratações de todos os seus produtos livres das irregularidades listadas nas alíneas da Cláusula Primeira, como estabelecido na Cláusula Quarta do TCAC;

(2) a não apresentação das cópias de todos os contratos requisitados pela DIFIS ou justificativa para não apresentá-los, o que impediu a verificação do cumprimento da Cláusula Quarta, redundando no descumprimento da obrigação por força do que estabelece o Parágrafo Único da Cláusula Primeira do TCAC; e

(3) o não cumprimento da alínea "f" por não ter sido incluído no instrumento contratual

a classificação da operadora na ANS.

DA PERDA DO PRAZO

5.17. Como registrado na Nota Técnica nº 84/2018/COAJU/ASSNT-DIFIS/DIRAD-DIFIS/DIFIS (8144075) as redações de TCACs *celebrados mais recentemente não preveem mais, de forma automática, o descumprimento de obrigação principal em decorrência do atraso na apresentação dos documentos comprobatórios. Esses instrumentos aceitam a comprovação em data posterior, desde que dentro da vigência do TCAC e sem provocação da ANS, ou mediante provocação e dentro do prazo concedido para resposta. Mas, no presente caso, o TCAC não contém nenhuma tolerância para atrasos* (grifo nosso).

5.18. Os paradigmas de admissão do cumprimento da obrigação dentro do período do TCAC podem ser constatados nos autos do processo administrativo nº 33902.546730/2015-32, Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta - TCAC nº 004/2017 celebrado entre a ANS e a UNISAUDE - MS - Caixa de Assistência a Saúde dos Servidores Públicos em Mato Grosso do Sul, no âmbito do processo nº 33902.546730/2015-32, como se pode constatar da deliberação do item na 517ª Reunião Ordinária de Diretoria Colegiada, ocorrida em 10 de outubro de 2019, cuja transmissão via rede mundial de computadores e que pode ser vista no [YouTube no período compreendido entre 1h e 1h e 11min aproximadamente](#).

5.19. Este é o presente caso, a vigência do TCAC é de 13 meses contatos a partir da data da sua assinatura, como estabelecido na Cláusula Décima Sétima. A assinatura do contrato pela Administração Pública ocorreu em 13 de fevereiro de 2017, logo a sua vigência foi até o dia 12 de março de 2018 (5583020 - fls. 154/166).

5.20. Não se pode olvidar que, a nota em referência adverte que, no presente caso, o TCAC não contém nenhuma tolerância para atrasos, entretanto, aqui deve-se aplicar o princípio da isonomia jurídica para equiparar às Compromissárias, não somente porque, o art. 5º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil - CRFB assegura tratamento igual, aos especificamente iguais perante a lei, mas principalmente porque a aplicação de tratamento isonômico aqui apontado é um dever do administrador público, eis que não se verifica razões de interesse público para se manter a diferenciação do tratamento entre compromissários, após a mudança de entendimento da Administração Pública.

5.21. Neste sentido, é de relevo trazer à colação o entendimento de Alexandre Massa:

O princípio da isonomia é preceito fundamental do ordenamento jurídico que impõe ao legislador e à Administração Pública o dever de dispensar tratamento igual a administrados que se encontram em situação equivalente. Exige, desse modo, uma igualdade na lei e perante a lei. Atos administrativos e leis não podem desatender a esse imperativo de tratamento uniforme.^[2]

5.22. Desta forma, entendo como tempestiva a interposição dos novos modelos de instrumentos contratuais para as novas contratações de todos os seus produtos livres das irregularidades listadas nas alíneas da Cláusula Primeira, como estabelecido na Cláusula Quarta do TCAC e, por conseguinte, declaro cumpridos os itens "c", "d", "e" e "f" da Cláusula Primeira do Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta nº 001, de 2017.

APRESENTAÇÃO DOS INSTRUMENTOS DO CONTRATO

5.23. A apresentação das cópias das amostras dos contratos celebrados a partir de 14 de maio de 2017, referentes aos produtos nº 455202064, 455734074, 455717074, 455736071, 455735072 e 455738077, como explicitado no item 3.2.8. da Nota Técnica nº 4/2018/COAJU/ASSNT-DIFIS/DIRAD-DIFIS/DIFIS (5941987) não estava prevista de forma específica no TCAC, já que o *caput* da Cláusula Primeira apenas estabelece a Compromissária *deveria adotar novos modelos de instrumentos contratuais para as novas contratações de todos os seus produtos livres das irregularidades listadas nas alíneas da Cláusula Primeira* o que se consubstanciaria, segundo o inciso IV da Cláusula Décima, pela apresentação de cópias, *no formato PDF, dos novos modelos de contratos adotados para os produtos indicados na Cláusula Primeira*.

5.24. Entretanto, como destacado no parágrafo 150 do Parecer nº 00037/2019/GEADM/PFANS/PGF/AGU (12754095):

Neste ponto é importante frisar em consonância com a Diretoria de Fiscalização que a requisição realizada tem respaldo no termo e objetiva aferir o efetivo cumprimento da obrigação

estipulada na cláusula quarta. Não se trata, portanto, de capricho ou forma de desvirtuar a finalidade da fiscalização, mas sim de instrumento para dar efetividade à análise sobre o cumprimento da obrigação assumida no TCAC. (grifo no original).

5.25. Como de verifica da redação do art. 29, da Lei nº 9.656, de 1998 o TCAC tem uma dupla finalidade *cessar a prática de atividades ou atos objetos da apuração; e corrigir as irregularidades, inclusive indenizando os prejuízos delas decorrentes*, ou seja, ela tem obrigações para o passado com a correção das irregularidades e pagamento de indenizações, mas também uma obrigação *pro future* com a cessação da prática considerada como infração.

5.26. Logo, a verificação de interrupção da conduta é não somente um dever da Administração Pública, mas uma obrigação implícita do próprio TCAC à qual a Compromissária se submeteu ao celebrar o termo.

5.27. Não há, portanto, irregularidade em requisitar as amostras de contratos com base na Cláusula Décima Primeira do TCAC^[3], configurando o descumprimento da obrigação principal prevista neste Instrumento.

5.28. É preciso esclarecer, por óbvio, que o não envio das amostras de contratos se configura em um elemento prejudicial à análise do cumprimento da obrigação assumida pela Compromissária, pela absoluta impossibilidade de se verificar a implementação das alterações nas novas contratações e, por conseguinte, a cessação da prática considerada como infração.

5.29. Ademais, ressalte-se que, a Compromissária foi intimada diversas para apresentar as cópias solicitadas (Ofício nº: 3/2018/COAJU/ASSNT-DIFIS/DIRAD-DIFIS/DIFIS - 5948583 e Ofício nº 77/2018/COAJU/ASSNT-DIFIS/DIRAD-DIFIS/DIFIS8149441), mas apesar das diversas oportunidades, a Operadora se mostrou incapaz de atender à solicitação do Ente Regulador.

5.30. Desta forma, com fundamento no Parágrafo Único da Cláusula Décima Primeira c/c a Cláusula Quarta, declaro descumpridos a alínea "a" da Cláusula Primeira do Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta nº 001, de 2017.

CLASSIFICAÇÃO DA OPERADORA NO INSTRUMENTO CONTRATUAL

5.31. A obrigação da Compromissária de fazer constar em seu instrumento contratual a indicação de sua classificação na modalidade de odontologia de grupo estava prevista na alínea "b", da Cláusula Primeira e pode ser lida da seguinte forma: ***dispor, na página inicial do instrumento contratual, os itens Classificação da operadora na ANS Nome comercial e nº de registro do plano na ANS*** (grifo nosso).

5.32. A referida obrigação tem arrimo no Anexo I, da IN/DIPRO nº 23, de 2009, não se configurando em medida sem fundamento ou aleatória, sendo a sua finalidade reduzir a assimetria de informação com o beneficiário, evidenciando os seus direitos e obrigações particularmente no que se refere ao reajuste e forma de rescisão do contratos.

5.33. Note-se, porém, que, a Compromissária apresentou a capa do contrato com a informação da classificação (Odontologia de Grupo) no Anexo I (8557984), de sua petição de reposta (8557922) ao Ofício nº 77/2018/COAJU/ASSNT-DIFIS/DIRAD-DIFIS/DIFIS8149441), restando cumprida a obrigação.

5.34. Entretanto, por se tratar de empresa de Odontologia de Grupo que atua apenas no segmento de contratos coletivos - como registrado na Nota Técnica nº 84/2018/COAJU/ASSNT-DIFIS/DIRAD-DIFIS/DIFIS8144075) ratificada pela Nota Técnica nº 107/2018/COAJU/ASSNT-DIFIS/ASSTF/DIRAD-DIFIS/DIFIS10302538) - nestes caso, não existe a obrigatoriedade de entrega do contrato celebrado entre a operadora de planos de assistência à saúde e a pessoa jurídica contratante ao beneficiário, mas apenas o Manual de Orientação para Contratação de Planos de Saúde - MPS e o Guia de Leitura Contratual - GLC, conforme disposto no caput do art. 24, da RN nº 195, de 14 de julho de 2009.

Art. 24 Como parte dos procedimentos para contratação ou ingresso aos planos individuais ou coletivos, as operadoras, inclusive classificadas na modalidade de Administradora de Benefícios, deverão entregar ao beneficiário o Manual de Orientação para Contratação de Planos de Saúde - MPS e o Guia de Leitura Contratual - GLC.

5.35. Logo, o Guia de Esclarecimento ao Beneficiário é tão importante nos contratos coletivos como a primeira página do contrato e neste diapasão é de relevo destacar que a Operadora fez

constar do Guia de Esclarecimento ao Beneficiário a informação referente a sua classificação como Odontologia de Grupo como se observa no Anexo I (6344500), de sua petição de resposta (6344371) ao Ofício nº 3/2018/COAJU/ASSNT-DIFIS/DIRAD-DIFIS/DIFIS (5948583), atendendo, deste modo, a obrigação de transparência da informação prevista da alínea "b" da Cláusula Primeira do TCAC.

5.36. Desta forma, declaro cumpridos a Cláusula Quarta no que se refere à alínea "b" da Cláusula Primeira do Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta nº 001, de 2017.

II - CLÁUSULA QUINTA

5.37. A Cláusula Quinta estabelece que a Odontoprev S/A. deveria enviar às pessoas jurídicas contratantes dos contratos vigentes novos instrumentos contratuais livres de irregularidades, apontadas na Cláusula Primeira e solicitar aos contratantes que enviem aos beneficiários, no prazo de 180 dias e a Cláusula Décima, inciso V, alíneas "a" e "b" estabelece a forma de comprovação. Vejamos o teor das cláusulas do TCAC:

CLÁUSULA QUINTA A COMPROMISSÁRIA obriga-se a, no prazo de 120 (cento e vinte) dias contados da assinatura do presente Termo, encaminhar aos contratantes dos contratos vigentes dos produtos indicados na Cláusula Primeira:

a) novas versões de seus respectivos instrumentos contratuais, nas quais devem ser sanadas as irregularidades apontadas, mantidas as demais condições;

b) solicitação de encaminhamento aos beneficiários de comunicado informando as correções das irregularidades contratuais listadas na Cláusula Primeira e orientando sobre a forma de consulta, por meio da Internet, do material explicativo de que trata a Cláusula Sexta.

(...)

CLÁUSULA DÉCIMA — A COMPROMISSÁRIA apresentará à ANS:

(...)

V - no prazo de **60 (sessenta) dias** contados do termo final dos prazos previstos nas Cláusulas Quinta e Sexta:

a) Relatório das Comunicações aos Contratantes, em planilha eletrônica no formato XLSX Ou ODS, com informações por contratante das comunicações encaminhadas na execução da obrigação prevista na Cláusula Quinta, conforme modelo do Anexo II;

b) cópias, no formato PDF, de pelo menos 10 (dez) comunicações encaminhadas aos Contratantes de cada produto indicado na Cláusula Primeira, bem como da comprovação de recebimento dessa comunicações, conforme a Cláusula Quinta;

5.38. Se na Cláusula Quarta as obrigações eram *pro future* na Cláusula Quinta a outra face dos TCACs se faz presente, ou seja, a Cláusula visa corrigir as irregularidades identificadas no processo sancionador (art. 29, § 1º, inciso II, da Lei nº 9.656, de 1998)

5.39. A comprovação do cumprimento dessa obrigação se daria pela apresentação, no prazo de 180 dias, do relatório das comunicações realizadas, de cópias de pelo menos 10 comunicações encaminhadas aos contratantes de cada produto, com o recebimento dessas comunicações devidamente comprovado.

5.40. A Nota Técnica nº 4/2018/COAJU/ASSNT-DIFIS/DIRAD-DIFIS/DIFIS (5941987) registra que os referidos documentos foram apresentados tempestivamente, em 11/08/2017 (fls. 256/593 dos docs. SEI5584557, 5591072 e 5733824, e doc. SEI5828767), antes do termo final do prazo estabelecido, o qual se encerrou no dia 12/08/2017, além disso destaca que, todas as comunicações foram encaminhadas em datas anteriores do termo final da obrigação (13/06/2017).

5.41. Entretanto, Conforme o Anexo 6 (doc. SEI5945875), apenas em 8 das 60 cartas apresentadas os receptores registraram as respectivas datas de recebimento das comunicações, as quais invariavelmente ocorreram após o vencimento do prazo de cumprimento da obrigação. Esclareça-se que o verbo previsto na obrigação é "encaminhar" e não "entregar", de maneira que bastaria a comprovação do envio de correspondência ou de e-mail endereçado ao destinatário.

Em relação ao conteúdo das comunicações, foram verificadas nos documentos apresentados as seguintes desconformidades em relação à obrigação assumida, conforme detalhado no Anexo 6 (doc. SEI 5945875):

a) 17 documentos são duplicações de outros;

b) 18 documentos não têm destinatários identificados com clareza;

c) 2 documentos foram recebidos por empresas distintas das destinatárias;

d) 25 documentos têm destinatários não listados no relatório;

- e) 30 documentos não identificam o produto contratado;
- f) 3 documentos tratam de produtos não objeto do TCAC;
- g) não consta em nenhuma comunicação a nova versão do contrato, exigida pela alínea "a" da cláusula quinta do TCAC;
- h) não consta em nenhuma comunicação o modelo de comunicado a ser encaminhado pelas contratantes aos beneficiários, previsto na parte final do Anexo I e conforme alínea "b" da cláusula quinta do TCAC; e
- i) não consta em 30 comunicações o comunicado ao contratante, previsto no Anexo I do TCAC.

Pelo exposto, os documentos apresentados indicam que:

- a) a compromissária não encaminhou a comunicação a todos os contratantes previstos no TCAC;
- b) pelo menos parte dos comunicados foi recebida pelos destinatários após o encerramento do prazo de cumprimento da obrigação, o que indica que eles foram encaminhados intempestivamente;
- c) nenhuma das comunicações apresentadas contempla todas as informações e documentos exigidos pelo TCAC.

Assim, é necessário solicitar à compromissária:

- a) esclarecimentos e justificativas sobre as faltas, omissões e desconformidades acima apontadas;
- b) a complementação do relatório apresentado com as comunicações que porventura não tenham sido listadas;
- c) a retificação do relatório em relação às informações que estejam incorretas, como as datas de recebimento das comunicações;
- d) a apresentação dos documentos encaminhados aos contratantes que não constam dos arquivos fornecidos à ANS, como as novas versões dos contratos, os modelos de comunicados aos beneficiários e os comunicados aos contratantes;
- e) para melhor demonstrar as comunicações realizadas, a apresentação das mensagens de e-mail encaminhadas a uma amostra de destinatários selecionada pela ANS.

5.42. Em sua resposta (petição de 09 de abril de 2018 - 6344371) a Odontoprev S/A. não trata dos erros encontrados na análise se limitando a apresentar, no Anexo VII da petição (6344918, 6344984, 6345007 e 6345024), documentos referentes às comunicações por carta destinadas a 63 contratantes. Ademais, informou que comunicou a todas as empresas de sua carteira; que as 173 empresas não identificadas, representam 0,46% do total de vidas constantes na planilha apresentada pela ANS; e que o envio inicial da documentação por e-mails para parte dos contratantes, se deu de forma automática (*mailing*), não sendo possível "printar" as telas separadamente com a possibilidade de visualização dos anexos.

5.43. A Nota Técnica nº 84/2018/COAJU/ASSNT-DIFIS/DIRAD-DIFIS/DIFIS (8144075) reconhece que grande parte das empresas constantes dos registros no SIB são subsidiárias ou controladas por outras empresas (pelo menos 1.949 são empresas subsidiárias), o que é apontado pelo Anexo V da manifestação da Compromissária (doc. SEI 6344610), reconhecendo a plausibilidade do argumento.

5.44. Com relação à apuração dos 173 CNPJ/MF sugere a apuração em processo apartado, caso haja interesse em aprofundar a investigação, pois sua apuração demandaria a realização de novas diligências, as quais atrasariam a conclusão do presente processo.

5.45. No que se refere à forma de encaminhamento das comunicações a nota técnica dividiu em dois grupos: (1) enviados por cartas (84 comunicados) ; e (2) enviados por e-mail (1964 comunicados), sendo que, nenhuma delas consta da lista de mensagens requisitadas pela ANS e as datas de recebimento informadas pela Compromissária no Relatório das Comunicações aos Contratantes (5/6/2017 e 8/6/2017) são anteriores às datas de envio das mensagens (26/6/2017 e 3/7/2017), as quais ocorreram após a data do vencimento da obrigação (13/6/2017), além disso, não é aceitável que Compromissária não tenha nenhuma evidência de envio das 30 mensagens de e-mail solicitadas.

5.46. Analisando os documentos apresentados, verifica-se que os comunicados foram entregues em mãos aos destinatários, de maneira que a data do encaminhamento é igual à data de recebimento, não havendo comprovação da data de recebimento da grande maioria desses comunicados, nos comunicados em que foi registrada a data de recebimento (contratos 92526, 90897, 91102, 91897, 91895, 9988, 91487, 90301, 9615), ele ocorreu após o termo final do prazo de cumprimento da obrigação, sendo o mais antigo registrado com a data de 22 de junho de 2017, ou seja, nove dias após o vencimento da obrigação.

5.47. Com relação ao conteúdo das comunicações enviadas pela Compromissaria na nota técnica se destacou que:

- a) nenhum dos comunicados encaminhou as Capas das novas versões dos contratos;
- b) as cartas do produto 455736071 não encaminharam as Condições Gerais;
- c) as cartas do produto 455202064 não encaminharam as Condições Gerais, nem os Anexos de Cobertura;
- d) a carta para o contratante de código 5763870020 do produto 455717074 não encaminhou a Guia de Esclarecimentos ao Beneficiário;
- e) a mensagem de e-mail de 3/7/2017 não encaminhou o Anexo de Cobertura;
- f) a mensagem de e-mail de 26/6/2017 não encaminhou as Condições Gerais, o Anexo de Cobertura, tampouco a Guia de Esclarecimentos ao Beneficiário.

Em alguns casos, a Compromissária apresentou os comunicados acompanhados das Cláusulas Gerais, da Guia de Esclarecimentos ao Beneficiário e mais outras peças do contrato, como Anexos de Cobertura, Tabela de Reembolso, Lista de Eventos para Autorização Prévia e/ou Autorização Especial. Ocorre que não há nenhuma comprovação de que esses outros documentos foram realmente encaminhados, tampouco é plausível que isso tenha ocorrido, considerando que tanto a Carta ao cliente, quanto o Comunicado ao Contratante mencionam o encaminhamento apenas das Condições Gerais e do Guia de Esclarecimentos ao Beneficiário. Ressalte-se que o modelo do Comunicado ao Contratante previsto no Anexo I do TCAC tratava do encaminhamento de nova versão do contrato, mas esse texto foi alterado pela Compromissária.

5.48. Em resumo, a Compromissária encaminhou instrumentos contratuais incompletos a todos os contratantes e modelo de comunicado sem parte do conteúdo exigido no TCAC (informação da correção das irregularidades).

5.49. Em sua defesa a Operadora alega que, de fato haviam cinco contratos que estavam em vigor durante o prazo de vigência do TCAC, mas, que deixou de comunicar as referidas empresas porque as referidas empresas estavam no prazo de denúncia do contrato e com relação às comunicações por e-mail, destacou que:

Quanto ao envio dos comunicados por e-mail, conforme já informado, a OdontoPrev realizou o envio por email para os clientes que receberam a documentação (comunicação, novo instrumento contratual e Guia de Esclarecimentos ao Beneficiário) em mãos, reenviando os mesmos documentos e esclarecimentos por e-mail para o contato registrado em nosso banco de dados, no intuito de confirmar o recebimento da documentação e rerepresentar os documentos necessários, conforme termos do TCAC.

Essa medida (reenvio por e-mail) foi adotada para que pudéssemos garantir a entrega da documentação para os responsáveis pelo contrato dentro da empresa contratante e adoção das medidas solicitadas (comunicação ao beneficiário). Os e-mails foram enviados diretamente pela equipe de pós-venda (Célula de Atendimento), que mantém contato com as empresas contratantes. Os comprovantes de envio por email apresentados se referem a este reenvio e não ao envio inicial.

Em relação ao envio inicial da documentação por e-mails para parte dos contratantes, o envio se deu de forma automática (mailing), motivo pelo qual não é possível printar as telas separadamente com a possibilidade de visualização dos anexos.

Conforme informado em algumas oportunidades, por questões sistêmicas e pela saída de colaboradores que coordenaram o envio dos e-mails, não é possível resgatar os respectivos comprovantes de envio. Todavia, a impossibilidade da apresentação de comprovante não denota o não envio dos comunicados. A OdontoPrev apresentou a relação dos clientes comunicados e a confirmação do recebimento dos e-mails pode ser realizada pela própria ANS, caso entenda necessário.

5.50. No que se refere aos comunicados enviados por carta a Operadora esclareceu que o fato de não constar data de protocolo físico em alguns dos documentos apresentados, não pode ser considerada a obrigação cumprida fora do prazo e que o número de empresas comunicadas foi alto e infelizmente, justamente por esse motivo, o controle da documentação comprobatória não pode ser realizado de forma mais detalhada por parte da OdontoPrev.

5.51. A Nota Técnica nº 107/2018/COAJU/ASSNT-DIFIS/ASSTF/DIRAD-DIFIS/DIFIS302538) sugere o acolhimento do pleito da Compromissária, no que se refere aos cinco contratos que estavam no prazo de denuncia contratual, por entender que esta seria a postura mais razoável e proporcional a ser adotada pela Administração Pública.

5.52. Com relação ao envio dos comunicados por e-mail se adotou a postura de considerar descumprida a cláusula do TCAC, pois Odontoprev S/A. não possui meios de demonstrar o cumprimento da obrigação de envio de 86% dos comunicados seja por terem sido enviados pela

equipe de pós-venda, seja em razão da saída dos colaboradores que coordenaram o envio dos e-mails, o que gerou como consequência que, por motivos de ordem interna da Operadora, o envio e o recebimento dos comunicados não foi comprovado.

5.53. Com relação ao conteúdo dos comunicados enviados por carta se opinou pelo descumprimento da TCAC em decorrência da Operadora não ter apresentado comprovação satisfatória do cumprimento da obrigação e tampouco justificativas adequadas. A compromissária optou por enviar outros documentos, ou seja, documentos referentes às comunicações por carta destinadas a 63 contratantes.

5.54. Por fim, com relação ao conteúdo dos comunicados foi asseverado que mesmo nos e-mails em que a Operadora informou que se tratava de "nova versão das condições gerais, Anexo II, (especificar contrato /nº ou nome), celebrado com essa empresa em ___/___/___, referente ao produto registrado na ANS sob o nº _____, com as seguintes correções (...)", as condições gerais e o Guia de Esclarecimentos ao Beneficiário não constam do referido e-mail, constando apenas o título, sinalizando que tais documentos seriam elaborados pela Operadora de acordo com as regras do TCAC e posteriormente enviados aos destinatários nele previstos.

5.55. No memorial interposto pela Contratante em 09 de janeiro de 2018 (11059760) consta que, a Operadora agiu de boa fé devendo ser aceito apenas a autodeclaração da mesma como prova do envio e que não existe no TCAC previsão da comprovação do recebimento dos comunicados por parte das pessoas jurídicas contratantes.

5.56. Como destacado no Parecer nº 00037/2019/GEADM/PFANS/PGF/AGU12754095) não basta a prova da boa-fé objetiva se, com o inadimplemento, deixou de ser atingida a finalidade principal ou única do negócio que, nesta hipótese, era a comunicação eficiente às pessoas jurídicas contratantes.

5.57. No que se refere a comprovação do recebimento das comunicações pela pessoa jurídica contratante a Cláusula Décima, inciso V, alínea "b", prevê expressamente que a Compromissária apresentará a ANS ...*pelo menos 10 (dez) comunicações encaminhadas aos Contratantes de cada produto indicado na Cláusula Primeira, bem como da comprovação de recebimento dessa comunicações, conforme a Cláusula Quinta (g.n.)*, restando claro que a existia a obrigação prevista no TCAC.

5.58. Note-se ademais que o descumprimento não se apenas a comprovação do recebimento, mas, também à comprovação do envio, não sendo aceitável a mera transferência do encargo da Operadora para a Administração Pública.

5.59. Desta forma, declaro descumpridos a Cláusula Quinta do Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta nº 001, de 2017.

III - CLÁUSULA SEXTA

5.60. A Cláusula Sexta estabelece que a Odontoprev S/A. estava obrigada a publicar na Internet, no prazo de 120 dias contados da assinatura do Termo, na área "logada" na Internet dos beneficiários dos produtos em questão, material explicativo com descrição, em linguagem simples e precisa, de todas as características do produto contratado, direitos e obrigações dos beneficiários, no prazo de 180 dias e a Cláusula Décima, inciso V, alíneas "c" estabelece a forma de comprovação. Vejamos o teor das cláusulas do TCAC:

CLÁUSULA SEXTA- A COMPROMISSÁRIA obriga-se a, no prazo de 120 (cento e vinte) dias contados da assinatura do presente Termo, disponibilizar para os beneficiários dos produtos indicados na Cláusula Primeira, em área de acesso restrito de seu sítio na Internet (área logada), material explicativo com descrição, em linguagem simples e precisa, de todas as características do produto contratado, direitos e obrigações dos beneficiários, contemplando todas as informações previstas no Anexo I da Instrução Normativa nº 23, de 1 de dezembro de 2009, da Diretoria de Normas e Habilitação dos Produtos, ou de norma que a substituir, corrigidas as irregularidades apontadas na Cláusula Primeira.

PARÁGRAFO ÚNICO — Dentre as informações previstas no caput, deve ser dado destaque à:

a) informação de que a tabela de procedimentos e respectivos valores de reembolso de atendimentos realizados fora da rede assistencial da operadora está registrada em cartório, com a identificação do seu registro neste, bem como pode ser consultada na sede da Contratante, na sede da operadora e por meio do número de telefone da operadora (0800) para consulta dos valores e esclarecimentos de dúvidas sobre reembolso;

b) informação de que a lista de eventos odontológicos que demandam autorização prévia e/ou autorização especial, bem como os procedimentos e prazos para obtenção da autorização podem ser consultados na área de acesso restrito (área logada) do site da operadora, na sede da contratante, na sede da operadora e por meio do número de telefone da operadora para consulta dos procedimentos e esclarecimentos de eventuais dúvidas.

(...)

CLÁUSULA DÉCIMA — A COMPROMISSÁRIA apresentará à ANS.:

(...)

V - no prazo de **60 (sessenta) dias** contados do termo final dos prazos previstos nas Cláusulas Quinta e Sexta:

(...)

c) cópias, no formato PDF, das páginas na Internet com as informações Contratuais de 10 (dez) beneficiários de contratos distintos para cada produto indicado na Cláusula Primeira, conforme Cláusula Sexta;

5.61. Os referidos documentos comprobatórios da obrigação pactuada foram apresentados tempestivamente, em 11 de agosto de 2017 (fls. 256/593 - 5584557, 5591072 e 5733824, e 5828767), antes do termo final do prazo estabelecido, o qual se encerrou no dia 12 de agosto de 2017, sendo, neste caso aceita a simples declaração da compromissária, a qual se deu conforme o 5741536.

5.62. Entretanto, a nota técnica aponta a falta de comprovação nos parâmetros determinados na cláusula do TCAC, pois, verifica-se, conforme o Anexo 7 (5945875) que foram apresentadas comprovações referentes a:

a) 10 beneficiários de 10 contratos distintos do produto 455202064;

b) 10 beneficiários de 4 contratos distintos do produto 455717074;

c) 12 beneficiários de 5 contratos distintos do produto 455734074;

d) 10 beneficiários de 3 contratos distintos do produto 455735072;

e) 10 beneficiários de 9 contratos distintos do produto 455736071; e

f) 10 beneficiários de 7 contratos distintos do produto 455738077.

5.63. Foram apontados ainda, com relação ao conteúdo as seguintes inconsistências:

Essas informações publicadas não contemplam o conteúdo exigido pelo TCAC, pois:

a) Não foi disponibilizado o material explicativo previsto no caput da cláusula sexta. O relatório de informações cadastrais até trata de parte das informações previstas no Anexo I da IN-DIPRO n° 23/2009, mas não contém algumas das características dos produtos, como fator moderador, formação de preço, tampouco trata dos direitos e obrigações dos beneficiários.

b) Em relação à tabela de procedimentos e respectivos valores de reembolso, não foi informado o registro em cartório no qual ela pode ser consultada.

c) Não há nenhuma informação de que a lista de eventos odontológicos que demandam autorização prévia e/ou autorização especial, tampouco de como os procedimentos e prazos para obtenção da autorização podem ser consultados na área de acesso restrito (área logada) do site da operadora.

5.64. Da petição da Contratante de 09 de abril de 2018 (6344371) consta que, (1) com relação ao material explicativo, não se aplica à hipótese, pois os termos do Anexo I da IN-DIPRO n° 23, de 2009, são apenas para elaboração de instrumentos jurídicos e não trata das informações que devem ser repassadas/divulgadas ao beneficiário, esta última regulamentada pela RN n° 389, de 26 de novembro de 2015; (2) o fator moderador pode ser acessado pelo site; (3) a formação de preço é uma informação da empresa contratante de plano coletivo, não sendo relevante para o beneficiário, o qual poderá solicitar tal informação junto à empresa; (4) o Guia de Esclarecimentos ao Beneficiário está disponível na área logada do beneficiário no site da Operadora; (5) a Tabela de Honorários e Procedimentos - Tabela de Reembolso está registrada em Cartório e consta na área logada do beneficiário no site da Operadora, sendo que o número e local de registro constam na própria Tabela; e (6) o mesmo ocorrendo com a Lista de Eventos para Autorização Prévia e/ou Autorização Especial.

5.65. A Nota Técnica n° 84/2018/COAJU/ASSNT-DIFIS/DIRAD-DIFIS/DIFIS (5144075) assevera que com os novos documentos apresentados em sua resposta, a Compromissária complementou a quantidade publicações na Internet, de maneira a atingir a quantidade de 10 por produto, conforme exigido no TCAC; acrescenta que não seria adequado incluir no material explicativo todas as informações exigidas na IN/DIPRO n° 23, de 2009, sob risco de não se dar o destaque adequado ao que é essencial no caso – a correção das irregularidades contratuais, mas manteve o entendimento de

que não se verificou a correção da irregularidade de prever no mesmo instrumento contratual disposições referentes a mais de um produto. Essa correção deveria se dar por meio da informação das coberturas assistenciais previstas no contrato do beneficiário, sem referência às coberturas assistenciais específicas de outros produtos.

5.66. Na Petição da Contratante de 05 de outubro de 2018 (8557922) consta que a consulta a eventos cobertos já estava disponível aos beneficiários na área logada antes mesmo da celebração do TCAC e encaminhou 'prints' de tela que demonstram acesso à consulta de eventos cobertos pelos beneficiários que é realizada de acordo com o plano contratado, ou seja, cada beneficiário somente possui acesso à cobertura de seu plano especificamente.

5.67. A Nota Técnica nº 107/2018/COAJU/ASSNT-DIFIS/ASSTF/DIRAD-DIFIS/DIFI10302538) reconhece que as informações sobre os procedimentos cobertos constam dos documentos apresentados pela Operadora, como integrantes da área restrita do seu portal corporativo. Nesse sentido, considera-se esclarecido o ponto apresentado na referida nota técnica, mas, mantém o descumprimento porque *a operadora não deveria ter feito referência a mais de um número de registro de produto no Guia de Esclarecimento ao Beneficiário, porque o Anexo I da IN/DIPRO nº 23/2009 prevê que "não deverá haver no mesmo documento (contrato, regulamento ou outra forma) disponibilizado aos beneficiários referência a planos com diferentes registros"*.

5.68. A questão fixa-se sobre a aplicação da IN/DIPRO nº 23, de 2009 ao que deveria constar da área de acesso restrito do sítio da Operadora na Internet entendo com base na Nota Técnica nº 84/2018/COAJU/ASSNT-DIFIS/DIRAD-DIFIS/DIFIS (8144075) que a aplicação pura e simples da referida norma poderia causar confusão na verificação do conteúdo que se pretendia divulgar e como a Nota Técnica nº 107/2018/COAJU/ASSNT-DIFIS/ASSTF/DIRAD-DIFIS/DIFI10302538) certificou, as informações sobre os procedimentos já constavam do sítio da Compromissária na Internet, parece claro que todas as informações obrigatórias foram atendidas.

5.69. Note-se que, a eventual indicação de mais de número de registro de produto no Guia de Esclarecimento ao Beneficiário neste contexto não é relevante, pois cada beneficiário somente tem acesso à cobertura de seu plano especificamente não havendo como se criar confusão ou dúvida com relação ao conteúdo da informação fornecida pela Compromissária.

5.70. Desta forma, declaro cumprida a Cláusula Sexta do Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta nº 001, de 2017.

5.71. É a fundamentação. Passo à conclusão.

6. VOTO

6.1. Diante do exposto,

6.2. Considerando que, entendo como tempestiva a interposição dos novos modelos de instrumentos contratuais para as novas contratações de todos os seus produtos livres das irregularidades listadas nas alíneas da Cláusula Primeira, como estabelecido na Cláusula Quarta do TCAC e, por conseguinte, declaro cumpridos os itens "c", "d", "e" e "f" da Cláusula Primeira do Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta nº 001, de 2017;

6.3. Considerando que, declaro cumprida a Cláusula Quarta no que se refere à alínea "b" da Cláusula Primeira do Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta nº 001, de 2017;

6.4. Considerando que, com fundamento no Parágrafo Único da Cláusula Décima Primeira c/c a Cláusula Quarta, a Compromissária descumpriu a obrigação contida na alínea "a" da Cláusula Quinta do Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta nº 001, de 2017;

6.5. Considerando que, com fundamento na Cláusula Décima, inciso V, alínea "b", foi descumprida a Cláusula Quinta do Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta nº 001, de 2017;

6.6. Considerando que, foi cumprida a Cláusula Sexta do Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta nº 001, de 2017.

6.7. **VOTO** pelo: (1) descumprimento das obrigações contidas nas Cláusulas Quarta e Quinta do TCAC; (2) cumprimento da obrigação contida na Cláusula Sexta do TCAC o que acarreta a revogação da suspensão do curso do processo sancionador nº 33902.081047/2010-31, o qual deverá ter regular prosseguimento, nos termos do art. 15 da RN nº 372, de 2015, e pela aplicação da multa

total de R\$300.000,00 (trezentos mil reais) , prevista na Cláusula Décima Quarta do TCAC; e (3) fica a Operadora de Planos de Assistência à Saúde ODONTOPREV S.A., registrada na ANS sob o nº 30.194-9 impedida de celebrar novo TCAC pelo prazo de 2 (dois) anos, conforme disposto no § 7º do art. 13 c/c art. 5º, I da RN nº 372, de 2015.

É como voto.

Rio de Janeiro, na data da assinatura eletrônica.

ROGÉRIO SCARABEL

Diretor de Normas e Habilitação dos Produtos

[1] Em decorrência da controvérsia que cerca a natureza jurídica dos termos de compromisso de conduta de acordos bilaterais e de transação, adotamos aqui a tese de os TCACs têm natureza jurídica de negócios jurídico.

[2] MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016.

[3] **CLÁUSULA DÉCIMA PRIMEIRA** — A COMPROMISSÁRIA também se obriga a encaminhar quaisquer outros documentos ou informações pertinentes à execução das obrigações previstas neste instrumento que lhe forem requisitadas pelas autoridades durante e após o período de vigência deste Termo, no prazo de 15 dias corridos contados do recebimento da requisição.

PARÁGRAFO ÚNICO — O não atendimento tempestivo da requisição de que trata o caput implicará no descumprimento da obrigação principal prevista neste Instrumento a cuja apuração se destinar a informação ou o documento requisitado, sujeitando a COMPROMISSÁRIA às penalidades previstas no Capítulo V — "Das Consequências do Descumprimento".



Documento assinado eletronicamente por **Rogério Scarabel Barbosa, Diretor(a) de Normas e Habilitação dos Produtos**, em 05/10/2020, às 08:55, 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 **16616559** e o código CRC **DC5FA208**.

EXTRATO DE ATA DA 536ª REUNIÃO ORDINÁRIA DE DIRETORIA COLEGIADA

REALIZADA EM 14 DE OUTUBRO DE 2020

Às catorze horas do dia catorze de outubro de dois mil e vinte, por videoconferência, teve início a 536ª Reunião Ordinária de Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, mediante convocação de seus membros. A sessão foi presidida pelo Diretor-Presidente Substituto Rogério Scarabel Barbosa, secretariada pelo Coordenador Substituto da COADC Bruno Garcia Silva, e contou com a presença do Diretor Paulo Roberto Vanderlei Rebello Filho, do Diretor Substituto Bruno Martins Rodrigues e do Diretor Substituto César Brenha Rocha Serra. A reunião foi acompanhada pelo Procurador-Chefe Daniel Junqueira de Souza Tostes, pelo Secretário-Geral Wladimir Ventura de Souza, pelo Diretor-Adjunto da DIGES Eduardo Calasans Rodrigues, pelo Diretor-Adjunto da DIDES Daniel Meirelles Fernandes Pereira, pelo Ouvidor João Luis Barroca de Andrea e pelo Auditor Chefe Carlos Alberto Kwasinskii de Sá Earp. A reunião contou com o suporte técnico dos servidores da COSIT/DIGES, GCOMS/SEGER e COEI/PRESI. O conteúdo desta reunião em sessão aberta foi disponibilizado na página da ANS, na rede social - youtube/ansreguladoraoficial. O Diretor-Presidente Substituto deu início aos trabalhos com o propósito de apreciar, discutir e deliberar a pauta prevista para esta reunião.

C.1) Deliberações - Extrapauta:

1) Processo: 33902.504066/2015-54

Assunto: Aprovação do VOTO N° 536/2020/DIPRO - Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta - TCAC - ODONTOPREV S.A., registro ANS n° 30.194.

Área Responsável: DIPRO

Decisão: (i) Aprovada a declaração de descumprimento das obrigações contidas nas Cláusulas Quarta e Quinta do TCAC por quatro votos coincidentes, proferidos pela Diretora Simone Sanches Freire no Voto n° 3/2018/COAJU/ASSNT-DIFIS/ASSTF/DIRAD-DIFIS/DIFIS, complementado pelo Voto n° 1222/2019/DIFIS, pelo Diretor Rodrigo Rodrigues de Aguiar no Voto n° 1027/2019/ASSNT-DIDES/DIRAD-DIDES/DIDES e pelo Diretor Rogério Scarabel Barbosa no Voto n° 536/2020/DIPRO, qual foi acompanhado pelo Diretor Bruno Martins Rodrigues na 536ª Reunião de Diretoria Colegiada. Vencida, portanto, a manifestação do Diretor Paulo Roberto Vanderlei Rebello Filho, registrada no Voto n° 402/2019/ASSNT-DIOPE/DIRAD-DIOPE/DIOPE, pelo cumprimento das Cláusulas Quarta e Quinta do TCAC.

(ii) Aprovada a declaração de cumprimento da Cláusula Sexta do TCAC por três votos coincidentes, proferidos pelo Diretor Paulo Roberto Vanderlei Rebello Filho no Voto n° 402/2019/ASSNT-DIOPE/DIRAD-DIOPE/DIOPE e pelo Diretor Rogério Scarabel Barbosa no Voto n° 536/2020/DIPRO, qual foi acompanhado pelo Diretor Bruno Martins Rodrigues na 536ª Reunião de Diretoria Colegiada. Vencidas, portanto, as manifestações da Diretora Simone Sanches Freire no Voto n° 3/2018/COAJU/ASSNT-DIFIS/ASSTF/DIRAD-DIFIS/DIFIS, complementado pelo Voto n° 1222/2019/DIFIS, e do Diretor Rodrigo Rodrigues de Aguiar no Voto n° 1027/2019/ASSNT-DIDES/DIRAD-DIDES/DIDES ambas pelo descumprimento da Cláusula Sexta do TCAC.

... Feitas essas deliberações, o Diretor-Presidente Substituto considerou cumprida a pauta, dando por encerrada a sessão.

Rio de Janeiro, 14 de outubro de 2020.

Este texto pode ser alterado em função da aprovação da Minuta de Ata que ocorrerá na próxima reunião.

BRUNO GARCIA SILVA

Coordenador Substituto

COADC/SEGER



Documento assinado eletronicamente por **Bruno Garcia Silva, Coordenador(a) de Apoio à Diretoria Colegiada (substituto)**, em 16/10/2020, às 13:04, 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 **18479976** e o código CRC **C4B6BBE4**.

Referência: Processo nº 33902.504066/2015-54

SEI nº 18479976

PROCESSO Nº: 33902.504066/2015-54

DECISÃO DE 13 DE NOVEMBRO DE 2020

A Diretoria Colegiada da AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR – ANS, no uso de suas atribuições legais e tendo em vista o disposto no inciso VI do artigo 10 da Lei 9.961 de 28 de janeiro de 2000, em deliberação através da 536ª Reunião Ordinária da Diretoria Colegiada, realizada em 14 de outubro de 2020, julgou o seguinte processo administrativo:

Processo: 33902.504066/2015-54

Decisão: (i) Aprovada a declaração de descumprimento das obrigações contidas nas Cláusulas Quarta e Quinta do TCAC por quatro votos coincidentes, proferidos pela Diretora Simone Sanches Freire no Voto nº 3/2018/COAJU/ASSNT-DIFIS/ASSTF/DIRAD-DIFIS/DIFIS, complementado pelo Voto nº 1222/2019/DIFIS, pelo Diretor Rodrigo Rodrigues de Aguiar no Voto nº 1027/2019/ASSNTDIDES/DIRAD-DIDES/DIDES e pelo Diretor Rogério Scarabel Barbosa no Voto nº 536/2020/DIPRO, o qual foi acompanhado pelo Diretor Bruno Martins Rodrigues na 536ª Reunião de Diretoria Colegiada. Vencida, portanto, a manifestação do Diretor Paulo Roberto Vanderlei Rebello Filho, registrada no Voto nº 402/2019/ASSNT-DIOPE/DIRAD-DIOPE/DIOPE, pelo cumprimento das Cláusulas Quarta e Quinta do TCAC. **(ii)** Aprovada a declaração de cumprimento da Cláusula Sexta do TCAC por três votos coincidentes, proferidos pelo Diretor Paulo Roberto Vanderlei Rebello Filho no Voto nº 402/2019/ASSNT-DIOPE/DIRAD-DIOPE/DIOPE e pelo Diretor Rogério Scarabel Barbosa no Voto nº 536/2020/DIPRO, o qual foi acompanhado pelo Diretor Bruno Martins Rodrigues na 536ª Reunião de Diretoria Colegiada. Vencidas, portanto, as manifestações da Diretora Simone Sanches Freire no Voto nº 3/2018/COAJU/ASSNT-DIFIS/ASSTF/DIRAD-DIFIS/DIFIS, complementado pelo Voto nº 1222/2019/DIFIS, e do Diretor Rodrigo Rodrigues de Aguiar no Voto nº 1027/2019/ASSNTDIDES/DIRAD-DIDES/DIDES, ambas pelo descumprimento da Cláusula Sexta do TCAC. **(iii)** Aprovada por maioria a declaração de descumprimento do TCAC, o que acarreta a revogação da suspensão do curso do processo sancionador nº 33902.081047/2010-31, o qual deverá ter regular prosseguimento, nos termos do art. 15 da RN nº 372, de 2015, e a aplicação da multa total de R\$300.000,00 (trezentos mil reais), prevista na Cláusula Décima Quarta do TCAC; e fica a Operadora de Planos de Assistência à Saúde ODONTOPREV S.A., registrada na ANS sob o nº 30.194-9 impedida de celebrar novo TCAC pelo prazo de 2 (dois) anos, conforme disposto no § 7º do art. 13 c/c art. 5º, I da RN nº 372, de 2015.

Os autos do processo em epígrafe encontram-se à disposição dos interessados na sede da ANS.

ROGÉRIO SCARABEL

Diretor-Presidente Substituto



Documento assinado eletronicamente por **Rogério Scarabel Barbosa, Diretor-Presidente da Agência Nacional de Saúde Suplementar (Substituto)**, em 13/11/2020, às 11:38, 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 **18640629** e o código CRC **89E798EB**.

Referência: Processo nº 33902.504066/2015-54

SEI nº 18640629