



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR
GEADM - GERÊNCIA DE CONSULTORIA ADMINISTRATIVA

R. TEIXEIRA DE FREITAS, 5, CENTRO, RIO DE JANEIRO 4º ANDAR CENTRO - RIO DE JANEIRO/RJ CEP: 20.021-350

PARECER n. 00220/2020/GEADM/PFANS/PGF/AGU

NUP: 33910.033958/2020-25

INTERESSADOS: PROGE

ASSUNTOS: CONSULTA E ORIENTAÇÃO DE ATUAÇÃO - OUTROS ASSUNTOS

**DIREITO ADMINISTRATIVO, CONSTITUCIONAL E REGULATÓRIO.
AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR - ANS**

I - Consulta realizada pela Diretoria de Fiscalização -DIFIS, acerca dos processos administrativos sobrestados, desde 2003, em razão da concessão de medida cautelar, no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.931, que suspendeu a eficácia do artigo 35-E, da Lei nº 9.656/98, considerando que a referida ação já foi objeto de decisão definitiva pelo Supremo Tribunal Federal - STF, onde foi declarada a inconstitucionalidade do aludido dispositivo legal.

II - Nos casos em que as lavraturas dos autos de infração ocorreram em razão da aplicação retroativa do artigo 35-E da Lei nº 9.656/1998 ou de instrumento normativo da ANS amparado neste artigo relativamente a contratações anteriores e não adaptadas, há de se reconhecer a nulidade dos aludidos autos de infração, uma vez que a declaração de inconstitucionalidade dos arts. 10, § 2º, e 35-E da Lei nº 9.656/1998, bem como do art. 2º da Medida Provisória n. 2.177-44/2001, impede a aplicação dos referidos dispositivos aos contratos celebrados anteriormente à vigência da lei e não adaptados ao novo regime normativo.

III - Não se pode falar em renovar providências punitivas nos referidos autos processuais, uma vez que é patente a inconstitucionalidade da aplicação dos arts. 10, § 2º, e 35-E da Lei nº 9.656/1998, bem como do art. 2º da Medida Provisória n. 2.177-44/2001, a contratações anteriores e não adaptadas e que, em tese, e por consequência, não subsistirão condutas passíveis de reprimenda administrativa, uma vez que não há tipicidade válida, o que corresponde a atipicidade da conduta.

IV - Não há que se falar em prescrição da ação punitiva da Administração, mas sim de perda do objeto processual.

V - Se porventura os aludidos processos também tratam de condutas de outras naturezas, essas condutas deveriam ter sido objeto de processamento e julgamento em outros autos, constituídos especificamente para suas apurações. Porém, se isso não foi providenciado e se

as condutas não são permanentes nem continuadas, em tese, operou-se a prescrição da ação punitiva da Administração, nos termos do art. 1º da Lei nº 9.873/99.

Senhor Gerente de Consultoria Administrativa,

1. Trata-se de consulta realizada pela Diretoria de Fiscalização -DIFIS, acerca dos processos administrativos sobrestados, desde 2003, em razão da concessão de medida cautelar, no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.931, que suspendeu a eficácia do artigo 35-E, da Lei nº 9.656/98, considerando que a referida ação já foi objeto de decisão definitiva pelo Supremo Tribunal Federal - STF, onde foi declarada a inconstitucionalidade do aludido dispositivo legal.

2. O processo foi iniciado com a NOTA Nº 11/2020/GEPJI/GGOFI/DIRAD-DIFIS/DIFIS (18608341), e também instruído com os documentos abaixo indicados:

Nota Jurídica e Memorando - ref. 2005 (18648629)

Consulta - Nota GEPJI - ref.2017 (18648936)

Nota Jurídica em resposta à Consulta formulada à época -ref.2017 (18648949)

Decisão STF - inconstitucionalidade art.35-E - ref: 2018 (18648972)

Parecer Prescrição - PROGE - 348/2010 - (18648993)

Parecer Prescrição - PROGE - 213/2013 (18649008)

Despacho 2102 (18652487)

Despacho 272 (18659046)

Despacho 200 2020 GEADM PFANS PGF AGU (18689149)

Despacho 521 (18917305)

Auto (18917523)

Despacho 2270 (18919614)

3. Informa-se que esta Procuradoria já se manifestou sobre a matéria, por meio da NOTA n. 00017/2017/GEADM/PFANS/PGF/AGU (1864894), nos autos do Processo nº 33902.157856/2003-01, quando a Administração solicitou manifestação sobre a possibilidade de se reconhecer a prescrição e proceder o arquivamento desses processos, sendo nossa resposta conclusiva a seguinte:

Diante do exposto, entendemos que os prazos prescricionais relativos aos processos sancionadores arriados no art. 35-E, caput, e §§ 1º e 2º da Lei n.º 9.656/98 tiveram seu desenvolvimento suspenso e, por corolário, não é possível declarar a prescrição em tais processos sancionadores por ausência da ocorrência do necessário evento prescricional.

4. Diante disso, e considerando que o STF decidiu definitivamente pela inconstitucionalidade do art. 35-E da Lei nº 9.656/98, vieram os autos para nova manifestação jurídica, desta feita, sobre a possibilidade de remanescer pretensão de ação punitiva pela ANS, com a consequente lavratura de novos autos de infração e novas instruções processuais ou sobre a ocorrência de prescrição dos direitos perquiridos pelos beneficiários.

5. Sendo este o relatório, passamos à análise solicitada.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

6. De início, ressaltamos, ainda, que o presente exame limitar-se-á aos aspectos jurídicos da matéria proposta e de regularidade processual, abstendo-se quanto aos aspectos técnicos, financeiros ou que exijam exercício da discricionariedade administrativa ou interpretação de conceitos jurídicos indeterminados a cargo dos órgãos competentes, conforme o disposto no art. 2º da Instrução de Serviço PROGE nº 02, de 15 de outubro de 2002.

7. Quanto a esse aspecto, releva destacar o Enunciado de Boa Prática Consultiva nº 07, da Advocacia-Geral da União – AGU:

“A manifestação consultiva que adentrar questão jurídica com potencial de significativo reflexo em aspecto técnico deve conter justificativa da necessidade de fazê-lo, evitando-se posicionamentos conclusivos sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade, podendo-se, porém, sobre estes emitir opinião ou formular recomendações, desde que enfatizando o caráter discricionário de seu acatamento.”

ANÁLISE E FUNDAMENTAÇÃO

8. Conforme relatado, a consulta foi realizada por meio da NOTA Nº 11/2020/GEPJI/GGOFI/DIRAD-DIFIS/DIFIS (18608341), e confirmada pelo DESPACHO Nº: 2102/2020/DIRAD-DIFIS/DIFIS (18652487), do Senhor Diretor Adjunto da Diretoria de Fiscalização - DIFIS.

9. Para melhor entendimento da matéria, vale transcrever o inteiro teor da consulta realizada por meio da NOTA Nº 11/2020/GEPJI/GGOFI/DIRAD-DIFIS/DIFIS (18608341):

Trata-se de consulta a ser formulada a DIRAD/DIFIS e, caso esta entenda pertinente, a PROGE, acerca dos processos administrativos sobrestados, desde 2003, em razão da concessão de medida cautelar, no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.931, que suspendeu a eficácia do artigo 35-E, da Lei nº 9.656/98.

Com efeito, a fiscalização da ANS, antes da concessão da medida cautelar, havia instaurado diversos processos sancionadores, para apuração de infrações à legislação de saúde suplementar, referentes aos contratos de planos privados de assistência à saúde celebrados anteriormente a vigência da Lei 9.656/98.

Estes processos administrativos sancionadores instaurados, tiveram como fundamento para seu início, o descumprimento de regra derivada da regulação que regia o mercado de saúde suplementar à época de sua instauração, haja vista o disposto no artigo 35-E da Lei 9656/98. Contudo, com o deferimento da medida cautelar, suspendendo o dispositivo legal acima citado, os referidos processos foram sobrestados, até o julgamento do mérito da ADI nº 1.931, conforme orientação da Advocacia Geral da União, na Nota nº AGU/SG-CT/HS/Nº4/2005 e Memorando Circular nº 001/2005/PROGE/GEDASA, da Procuradoria Federal junto à ANS.

Assim, em razão do tempo decorrido e da relevância do tema, em 2017, através da Nota nº 28/2017/GEPJI/GGOFI/DIFIS, questionou-se a PROGE sobre a possibilidade de ser reconhecida a prescrição nos mais de 300 processos sancionadores sobrestados, com o conseqüente arquivamento, posto que, passados mais de dez anos da concessão da medida liminar, sem que tivesse ocorrido o julgamento definitivo da Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Todavia, esclareceu a PROGE, através da Nota nº 0017/2017/GEADM/PFANS/PGF/AGU, que os prazos prescricionais relativos aos processos sancionadores fundamentados no art. 35-E, caput, e §§ 1º e 2º da Lei n.º 9.656/98 tiveram seu desenvolvimento suspenso e, em razão de tal fato, não era possível declarar a prescrição. Determinou-se, portanto, a permanência do sobrestamento até o julgamento final da ação.

Neste diapasão, o julgamento do mérito da ADI nº 1.931, ocorreu em 07/02/18 e a publicação do acórdão em 08/06/18, com a declaração de inconstitucionalidade do artigo 35-E da Lei nº 9.656/98.

Deste modo, ante o julgamento em definitivo da Ação Direta de Inconstitucionalidade, a fim de elucidar algumas dúvidas acerca do tema e dar o devido andamento aos processos sobrestados, faz-se necessário o encaminhamento dos seguintes questionamentos a DIRAD/DIFIS e a PROGE, caso esta entenda pertinente:

1. Os processos sobrestados, tem como tema, em sua grande maioria, questões relativas à negativa de cobertura, reajuste e rescisão contratual, que tiveram com fundamento para lavratura do auto de infração, questões acostadas na legislação setorial, fazendo referência expressa ao artigo 35 – E, agora considerado inconstitucional. Deste modo, levando em consideração que haverá necessidade de anulação de destes autos de infração, ainda há prazo para o exercício da ação punitiva por este órgão regulador, com a consequente lavratura de novos autos de infração e novas instruções processuais ou houve prescrição dos direitos perquiridos pelos beneficiários?

2. Na hipótese de não ter ocorrido a prescrição e considerando que estes processos sancionadores versam sobre infrações cometidas há, no mínimo, 17 anos, haveria efetividade na apuração das infrações? Vale dizer que a lógica para apuração das infrações contidas nestes processos administrativos sancionadores deverá ser totalmente diversa da adotada pela fiscalização na sua instauração, tendo em vista, que será necessário o exame do contrato firmado pelo beneficiário, para que haja a verificação da eventual ocorrência da infração.

3. Nessa linha de raciocínio, como para avaliação acerca da infração, será preciso, na grande maioria dos casos, a produção de provas para a verificação da ocorrência de infração, seria um argumento legítimo, por parte das Operadoras, alegar que não possuem mais os documentos referentes aos fatos apurados ou haveria a obrigatoriedade da guarda dos referidos documentos?

10. Pois bem, considerados os elementos constantes dos autos, passamos à análise e manifestação solicitadas, com observância da ordem que os quesitos foram formulados.

11. A) OS PROCESSOS SOBRESTADOS, TEM COMO TEMA, EM SUA GRANDE MAIORIA, QUESTÕES RELATIVAS À NEGATIVA DE COBERTURA, REAJUSTE E RESCISÃO CONTRATUAL, QUE TIVERAM COM FUNDAMENTO PARA LAVRATURA DO AUTO DE INFRAÇÃO, QUESTÕES ACOSTADAS NA LEGISLAÇÃO SETORIAL, FAZENDO REFERÊNCIA EXPRESSA AO ARTIGO 35-E, AGORA CONSIDERADO INCONSTITUCIONAL. DESTE MODO, LEVANDO EM CONSIDERAÇÃO QUE HAVERÁ NECESSIDADE DE ANULAÇÃO DE DESTES AUTOS DE INFRAÇÃO, AINDA HÁ PRAZO PARA O EXERCÍCIO DA AÇÃO PUNITIVA POR ESTE ÓRGÃO REGULADOR, COM A CONSEQUENTE LAVRATURA DE NOVOS AUTOS DE INFRAÇÃO E NOVAS INSTRUÇÕES PROCESSUAIS OU HOUE PRESCRIÇÃO DOS DIREITOS PERQUIRIDOS PELOS BENEFICIÁRIOS?

12. **RESPOSTA:** De início, releva informar que esta não é a primeira consulta realizada à Procuradoria da ANS quanto aos efeitos da decisão definitiva proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI nº 1931-DF.

13. Primeiramente, houve consulta nos autos do Processo nº 33910.023842/2019-44, relativamente aos processos de alteração de rede hospitalar dos contratos celebrados antes da vigência da Lei nº 9.656, de 1998, e não-regulamentados, oportunidade em que foi emitido o PARECER n. 00005/2020/PROC-GECON/PFANS/PGF/AGU (18738034).

14. Temos ciência de que outra consulta foi realizada nos mesmos autos (33910.023842/2019-44), por meio do DESPACHO Nº: 2038/2020/DIRAD-DIPRO/DIPRO (18765387), desta feita sobre dúvidas remanescentes relativas à aplicação do artigo 17 da Lei 9.656/98 aos contratos anteriores ao advento da aludida lei, com distribuição à Gerência de Consultoria Normativa - GECOS desta Procuradoria, para manifestação jurídica.

15. De forma a pormenorizar os desdobramentos atinentes à decisão definitiva proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI nº 1931-DF, transcrevemos, abaixo, alguns trechos do elucidativo e bem lançado PARECER n. 00005/2020/PROC-GECON/PFANS/PGF/AGU (18738034), o que será útil a responder a consulta veiculada nos presentes autos. Vejamos:

16. O julgamento foi retomado em 7 de fevereiro de 2018, sendo que o Tribunal julgou por unanimidade, nos termos do voto do Relator:

1. Pela prejudicialidade dos arts. artigos 10, inc. VI; 12, incisos I, c, e II, g, e parágrafos 4º e 5º; e 32, parágrafos 1º, 3º, 7º e 9º, todos da Lei 9.656/1998;
2. Pela inconstitucionalidade do arts. 10, § 2º, e 35-E da Lei 9.656/1998, bem como do art. 2º da Medida Provisória n. 2.177-44/2001.

17. Transcreve-se a decisão proferida em 7 de fevereiro de 2018 e publicada no DJ nº 25 do dia 14/02/2018:

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, julgou prejudicada a ação no tocante aos artigos 10, inc. VI; 12, incisos I, c, e II, g, e parágrafos 4º e 5º; e 32, parágrafos 1º, 3º, 7º e 9º, todos da Lei 9.656/1998, e, na parte conhecida, julgou parcialmente procedentes os pedidos, para declarar a inconstitucionalidade dos arts. 10, § 2º, e 35-E da Lei 9.656/1998, bem como do art. 2º da Medida Provisória n. 2.177-44/2001. Falaram, pela requerente, Confederação Nacional de Saúde - Hospitais Estabelecimentos e Serviços - CNS, Dr. Marcelo Ribeiro; e, pelo Presidente da República e pelo Congresso Nacional, a Dra. Grace Maria Fernandes Mendonça, Advogada-Geral da União. Impedidos o Ministro Dias Toffoli, ausente neste julgamento, e o Ministro Roberto Barroso. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 7.2.2018.

18. Cabe conferir o voto do Ministro Relator Marco Aurélio, no tópico V relativo aos arts. 10, § 2º, e 35-E da Lei nº 9.656/1998, e art. 2º da Medida Provisória nº 2.177-44/2001:

(V) Artigos 10, § 2º, e 35-E da Lei nº 9.656/1998; e artigo 2º da Medida Provisória nº 2.177-44/2001 Articula-se, na petição inicial, quanto aos artigos 10, § 2º, e 35-E da Lei nº 9.656/1998; e 2º da Medida

Provisória nº 2.177-44/2001, com a ofensa ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito. Eis o teor do preceito:

Art. 10 [...] [...] § 2º As operadoras definidas nos incisos I e II do § 1º do art. 1º oferecerão, obrigatoriamente, o plano ou seguro referência de que trata este artigo a todos os seus atuais e futuros consumidores Art. 35-E. A partir de 5 de junho de 1998, fica estabelecido para os contratos celebrados anteriormente à data de vigência desta Lei que:

I - qualquer variação na contraprestação pecuniária para consumidores com mais de sessenta anos de idade estará sujeita à autorização prévia da ANS;

II - a alegação de doença ou lesão preexistente estará sujeita à prévia regulamentação da matéria pela ANS;

III - é vedada a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato individual ou familiar de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei por parte da operadora, salvo o disposto no inciso II do parágrafo único do art. 13 desta Lei;

IV - é vedada a interrupção de internação hospitalar em leito clínico, cirúrgico ou em centro de terapia intensiva ou similar, salvo a critério do médico assistente.

§1º Os contratos anteriores à vigência desta Lei, que estabeleçam reajuste por mudança de faixa etária com idade inicial em sessenta anos ou mais, deverão ser adaptados, até 31 de outubro de 1999, para repactuação da cláusula de reajuste, observadas as seguintes disposições:

I - a repactuação será garantida aos consumidores de que trata o parágrafo único do art. 15, para as mudanças de faixa etária ocorridas após a vigência desta Lei, e limitar-se-á à diluição da aplicação do reajuste anteriormente previsto, em reajustes parciais anuais, com adoção de percentual fixo que, aplicado a cada ano, permita atingir o reajuste integral no início do último ano da faixa etária considerada;

II - para aplicação da fórmula de diluição, consideram-se de dez anos as faixas etárias que tenham sido estipuladas sem limite superior;

III - a nova cláusula, contendo a fórmula de aplicação do reajuste, deverá ser encaminhada aos consumidores, juntamente com o boleto ou título de cobrança, com a demonstração do valor originalmente contratado, do valor repactuado e do percentual de reajuste anual fixo, esclarecendo, ainda, que o seu pagamento formalizará esta repactuação;

IV - a cláusula original de reajuste deverá ter sido previamente submetida à ANS;

V - na falta de aprovação prévia, a operadora, para que possa aplicar reajuste por faixa etária a consumidores com sessenta anos ou mais de idade e dez anos ou mais de contrato, deverá submeter à ANS as condições contratuais acompanhadas de nota técnica, para, uma vez aprovada a cláusula e o percentual de reajuste, adotar a diluição prevista neste parágrafo.

§ 2º Nos contratos individuais de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, independentemente da data de sua celebração, a aplicação de cláusula de reajuste das contraprestações pecuniárias dependerá de prévia aprovação da ANS.

Os dispositivos em análise preveem a incidência das novas regras relativas aos planos de saúde em contratos celebrados anteriormente à vigência do diploma. A norma destoa do Texto Maior. A vida democrática pressupõe segurança jurídica, e esta não se coaduna com o afastamento de ato jurídico perfeito e acabado mediante aplicação de lei nova. É o que decorre do inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição Federal:

Art. 5º [...] XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

É impróprio inserir nas relações contratuais avençadas em regime legal específico novas disposições, sequer previstas pelas partes quando da manifestação de vontade. Consoante fez ver o ministro Maurício Corrêa, cujo voto acompanhei integralmente, no exame da medida acauteladora:

60. Nesse ponto, entendo patente e indébita a ingerência do Estado no pacto celebrado entre as partes. De fato, os dispositivos acima transcritos interferem na órbita do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, visto que criam regras completamente distintas daquelas que foram objeto da contratação.

61. A retroatividade determinada por esses preceitos faz incidir regras da legislação nova sobre cláusulas contratuais preexistentes, firmadas sob a égide do regime legal anterior, que, a meu ver, afrontam o direito consolidado das partes, de tal modo que violam o princípio consagrado no inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição Federal e põem-se em contraste com a jurisprudência desta Corte de que é exemplo o acórdão proferido na ADI 493-DF, Moreira Alves, publicado na

RTJ 143/724. Do voto-condutor do referido julgamento extraio os seguintes fundamentos:

“(…) pouco importa que as normas impugnadas nesta ação direta sejam normas de ordem pública, tendo em vista o interesse público desse sistema, pois, como acentuei, exaustivamente, na parte inicial deste voto, também as normas de ordem pública e de direito público estão sujeitas à vedação constitucional do artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal: “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Apesar de impostas pela lei certas cláusulas como obrigatórias num contrato, uma vez apostas a ele passam a integrá-lo como fruto de ato de vontade inclusive da parte que a ele adere, e, conseqüentemente, daí resulta que esse contrato, como ato jurídico perfeito, tem os seus efeitos futuros postos a salvo de modificações que lei nova faça com relação a tais cláusulas, as quais somente são imperativas para os contratos que vierem a celebrar-se depois de sua entrada em vigor. Não há ato jurídico parcialmente perfeito, conforme suas cláusulas decorram da autonomia da vontade ou resultem de normas de ordem pública, para pretender-se que aquelas são infensas à retroatividade, ao passo que estas estão sujeitas à modificação imediata, que nada mais é - como já se viu - uma das espécies de retroatividade. Essa distinção, em última análise, volta ao problema da retroatividade das leis de ordem pública (ou seja, das leis cogentes), pois são leis dessa natureza que, em direito privado ou em direito público, impõem às partes contratantes a adoção de cláusulas contratuais imperativas. Nem por isso essas cláusulas deixam de integrar o contrato, que, como ato jurídico perfeito, está a salvo das modificações posteriores que outras leis de ordem pública venham impor na redação dessas cláusulas. Volto a repetir o que já demonstrei: a norma constitucional impede a retroatividade da lei nova em face do ato jurídico perfeito, que, por não poder ser modificado retroativamente, tem os seus efeitos futuros resguardados da aplicação dessa lei.” (RTJ 143/752-3)

Nessa assentada o eminente Ministro CELSO DE MELLO ressaltou:

“(…) Se é certo, de um lado, que, em face da prospectividade ordinária das leis, os fatos pretéritos escapam, naturalmente, ao domínio normativo desses atos estatais (RT 299/478), não é menos exato afirmar, de outro, que, para os efeitos da incidência da cláusula constitucional da irretroatividade em face de situações

jurídicas definitivamente consolidadas, mostra-se irrelevante a distinção pertinente à natureza dos atos legislativos. Trate-se de leis de caráter meramente dispositivo, trata-se de leis de ordem pública, cogentes ou imperativas, todas essas espécies normativas subordinam-se, de modo pleno e indiscriminado, à eficácia condicionante e incontestável do princípio constitucional assegurador da intangibilidade do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada em face da ação normativa superveniente do Poder Público (RTJ 106/314). (...)”.

A toda evidência, o legislador, com o intuito de potencializar a proteção do consumidor, extrapolou as balizas da Carta Federal, pretendendo substituir-se à vontade dos contratantes. Salta aos olhos a inconstitucionalidade.

Ante o quadro, reafirmo o entendimento externado no exame do pedido liminar, para julgar parcialmente procedentes os pedidos, declarando a inconstitucionalidade dos artigos 10, § 2º, e 35-E da Lei nº 9.656/1998, bem assim do artigo 2º da Medida Provisória nº 2.177-44/2001. É como voto.

19. No voto do Ministro Relator, a fundamentação demonstra a manutenção da compreensão expressa na medida cautelar. Os dispositivos impugnados são inconstitucionais quando atingem os contratos celebrados anteriormente à vigência da lei, o que significa manutenção da decisão pretérita. Em nenhuma linha do acórdão há a intenção de impedir a aplicação dos artigos declarados inconstitucionais aos contratos celebrados posteriormente à vigência da Lei nº 9.656, de 1998.

20. O Ministro Edson Fachin, por ocasião de seu voto, suscitou um esclarecimento sobre a manutenção da compreensão exarada na decisão que julgou os embargos de declaração na medida cautelar. O Ministro Relator esclareceu a questão nos seguintes termos: "A óptica primeira do Plenário." Ou seja, mantém-se a compreensão proferida pelo Plenário, em unanimidade, na decisão dos embargos declaratórios na medida cautelar. Reconhece-se que essa questão foi suscitada por ocasião do voto dos arts. 10, 11 e 12 da Lei nº 9.656, de 1998, mas pelo contexto, o esclarecimento se dirige aos arts. 10, § 2º, e 35-E da Lei 9.656/1998.

21. A medida cautelar tem como objeto os arts. 10, § 2º, e 35-E da Lei 9.656/1998. Por conseguinte, o Ministro Edson Fachin ao se referir à deliberação unânime em relação à cautelar, ele se refere a esses dispositivos. Observa-se também que o Ministro Relator diz que a cautelar não se refere aos arts. 10, 11 e 12 da Lei nº 9.656/1998. O Ministro Edson Fachin refere-se à parte referente aos atuais contratos. Reproduz-se o voto do Ministro Edson Fachin no tocante à cautelar:

VOTO S/ ITEM I

(S/ ARTIGOS 10, 11 E 12 DA LEI Nº 9.656/1998)

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhora Presidente, eminente Ministro-Relator, eminentes Pares, há um dado inicial que me permitiria verificar junto ao

eminente Ministro Marco Aurélio quanto à cautelar, que a seu tempo foi deferida.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – A cautelar não alcançou esses dispositivos. E pela passagem...

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Na parte referente aos atuais contratos...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Ainda vamos examinar o preceito que foi realmente atingido pela cautelar. E a passagem dos anos, porque a Lei é de 1998, sinaliza a adaptação do mercado a essas regras.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Portanto, Vossa Excelência está mantendo a deliberação que foi unânime em relação à cautelar.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – A óptica primeira do Plenário.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Acompanho o eminente Relator com esse esclarecimento.

22. Ao tomar conhecimento do julgamento em tela, antes da publicação do acórdão, esta Procuradoria recomendou, em 13 de março de 2018, mediante o MEMORANDO n. 00121/2018/GECON/PFANS/PGF/AGU, a interposição de embargos de declaração para incluir a ressalva contida na decisão proferida em embargos de declaração na medida cautelar. A pertinência dos embargos evidencia-se quando se percebe que não há menção ao fato que o art. 35-E da Lei nº 9.656, de 1998, possui um efeito dirigido também aos contratos celebrados na superveniência da lei, e não somente em relação aos atos jurídicos pretéritos.

23. A ressalva contida na decisão de embargos de declaração na medida cautelar é no sentido de manutenção dos dispositivos legais conquanto eles se apliquem aos contratos celebrados a partir da vigência da Lei nº 9.656, de 1998. Essa compreensão foi mantida na fundamentação da decisão definitiva do Tribunal. No entanto, não há uma assertiva expressa nesse sentido, o que justifica a medida sugerida para fins de esclarecimentos.

24. Da decisão definitiva do Tribunal, depreende-se a adoção da técnica conhecida como declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução do texto, porquanto ela afastou a incidência das normas em relação aos contratos celebrados antes da vigência da Lei nº 9.656, de 1998. Reconhece-se a aplicação da técnica sem mencioná-la de forma expressa.

"Ainda que se não possa negar a semelhança dessas categorias e a proximidade do resultado prático de sua utilização, é certo que, enquanto na interpretação conforme à Constituição se tem dogmaticamente, a declaração de que uma lei é constitucional com a interpretação que lhe é conferida pelo órgão judicial, constata-se, na declaração de nulidade sem redução de texto, a expressão exclusão, por inconstitucionalidade, de determinadas hipóteses de aplicação do programa

normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal."

(MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 275.)

"[...] a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução do texto, que consiste na exclusão de determinada interpretação possível da norma - geralmente a mais óbvia - e a afirmação de uma interpretação alternativa, compatível com a Constituição."

(BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 415.)

25. Da leitura da decisão, algumas conclusões se impõem. Foi confirmado o entendimento exarado no julgamento dos embargos de declaração na medida cautelar, o que significa reservar a incidência dos dispositivos legais para os futuros contratos de plano de saúde, isto é, celebrados a partir da vigência da Lei nº 9.656, de 1998.

26. A declaração de inconstitucionalidade vincula o órgão consulente, consoante o parágrafo único do art. 28 da Lei nº 9.868, de 1999.

Lei nº 9.868, art. 28. [...] Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

27. Uma vez declarada a inconstitucionalidade dos já comentados dispositivos, eles permanecem não emitindo força normativa em relação aos contratos celebrados em momento anterior à vigência da lei, não sendo possível ao órgão consulente adotar atos com fundamento nos mesmos, sob pena de interposição de Reclamação perante o Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102, I, "I" da Constituição Federal e do art. 988, III, do Código de Processo Civil.

"Ressalte-se que a expansão do efeito vinculante no controle concentrado (ADI, ADC, ADPF) e, mais recentemente, a adoção da súmula vinculante, contribuíram (e ainda hão de contribuir) para ampliar a legitimação para propositura da reclamação. É que nos termos do entendimento hoje dominante, especialmente a partir da Rcl. 1.88092, toda e qualquer pessoa afetada pela decisão contrária à orientação com efeito vinculante poderá questionar esse ato em reclamação perante o Supremo Tribunal Federal."

(MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012, p.1888.)

"[...] Por simples consequência, não há por que restringir a reclamação aos legitimados à ação direta e ao órgão que editou a norma, pois o jurisdicionado, em seu respectivo caso, reclama a autoridade dos fundamentos determinantes das decisões do STF em nome da coerência do direito e da segurança jurídica. Note-se que não está em jogo a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de específica norma, mas a força ou autoridade dos seus fundamentos adotados pela Corte para decidir pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade. Portanto, em vista da eficácia vinculante, legitimados são os prejudicados pelo ato que negou os fundamentos determinantes e aquele que o praticou. Esse último infringe a autoridade da decisão do STF, enquanto o primeiro por ser tutelado pelo precedente constitucional, necessita da reclamação."

(SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 997.)

28. Nesse diapasão, qualquer interessado por fazê-lo e não apenas a requerente da ADI nº 1931. A hipótese aventada envolve uma decisão do Supremo Tribunal Federal dotada de efeito vinculante. Portanto, a legitimidade para propor a Reclamação não está restrita a quem compôs a relação processual do julgado objeto da medida.

Constituição da República, art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente

[...]

l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;

Código de Processo Civil, art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

[...]

III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

29. Em síntese, a decisão do Supremo Tribunal Federal é no sentido da não incidência de regras novas relativas aos contratos celebrados antes da Lei nº 9.656, de 1998. Inclusive, essa foi a compreensão defendida pela Procuradoria-Geral da República.

30. No ano de 2020, houve o julgamento do Recurso Extraordinário nº 948634, por meio do qual o Supremo Tribunal Federal apreciando o tema 123, fixou tese de repercussão geral nos seguintes termos:

"As disposições da Lei 9.656/1998, à luz do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, somente incidem sobre os contratos celebrados a partir de sua vigência, bem como nos contratos que, firmados anteriormente, foram adaptados ao seu regime, sendo as respectivas disposições inaplicáveis aos beneficiários que, exercendo sua autonomia de vontade, optaram por manter os planos antigos inalterados"

31. O Recurso Extraordinário nº 948.634 decorre de uma controvérsia envolvendo um contrato celebrado em 13.09.1995. A beneficiária do plano de saúde requereu à operadora procedimento cirúrgico de emergência denominado de manometria esofágica, sem cobertura contratual. O procedimento tem respaldo no rol de procedimentos e eventos em saúde, previsto no art. 10 da Lei nº 9.656, de 1998. A sentença proferida pelo Juízo monocrático reconheceu a procedência do pleito autoral. O *decisum* foi confirmado pela 2ª Turma Recursal Cível dos Juizados Especiais Cíveis do Estado do Rio Grande do Sul.

32. O recurso extraordinário teve como objeto a validade da cláusula excludente de cobertura, que se contrapõe ao art. 10 da Lei nº 9.656, de 1998. O dispositivo invocado foi o art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal. Vê-se que o Recurso Extraordinário nº 948.634 não abordou as particularidades dos arts. 10, § 2º, e 35-E da Lei nº 9.656/1998, bem como do art. 2º da Medida Provisória n. 2.177-44/2001.

33. A repercussão geral possui o efeito denominado de multiplicador, porquanto ele possibilita ao Tribunal decidir uma única vez e, a partir da decisão, atingir uma série de processos idênticos. Em outros termos, uma única deliberação é multiplicada em causas iguais. Essa característica da tese qualificada como repercussão geral, por sua vez, demanda da Administração um cuidado particular, pois se sabe de antemão a compreensão do Poder Judiciário em futuros recursos.

"A Lei n. 11.418, de 19-12-2006, definiu a disciplina processual do novo instituto. O recurso extraordinário passa, assim, por uma mudança significativa, havendo de sofrer o crivo da admissibilidade referente à repercussão geral. A adoção desse novo instituto deverá maximizar a feição objetiva do recurso extraordinário."

(MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1333)

3. CONCLUSÃO

34. Diante do exposto, foi esclarecido o alcance da decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI nº 1.931-DF. As assertivas a seguir sintetizam a compreensão aqui exposta:

1. No voto do Ministro Edson Fachin sobre o item I do julgado (arts. 10, 11 e 12 da Lei nº 9.656, de 1998), o Ministro Relator confirmou o entendimento adotado no julgamento dos embargos de declaração na medida cautelar quando utilizou a expressão "A óptica primeira do Plenário";

2. A declaração de inconstitucionalidade do arts. 10, § 2º, e 35-E da Lei nº 9.656/1998, bem como do art. 2º da

Medida Provisória n. 2.177-44/2001, impede a aplicação dos referidos dispositivos aos contratos celebrados anteriormente à vigência da lei e não adaptados ao novo regime normativo;

3. Eventual cabimento de embargos de declaração em face da decisão judicial, considerando que não se identificou intimação da Advocacia-Geral da União, ou outra medida com idêntico escopo de esclarecimento, assegura maior segurança jurídica ao órgão consulente. A finalidade da medida aventada é assentar a compreensão a qual os dispositivos impugnados são aplicáveis, quando pertinentes, aos contratos celebrados após a vigência da Lei nº 9.656, de 1998.

16. Adicionalmente, passamos a algumas considerações importantes ao deslinde da questão posta.

17. A primeira delas é que a referida decisão definitiva adotou a *"técnica conhecida como declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução do texto, porquanto ela afastou a incidência das normas em relação aos contratos celebrados antes da vigência da Lei nº 9.656, de 1998"*, conforme explicitado no PARECER n. 00005/2020/PROC-GECON/PFANS/PGF/AGU (18738034), *"que consiste na exclusão de determinada interpretação possível da norma - geralmente a mais óbvia - e a afirmação de uma interpretação alternativa, compatível com a Constituição"* (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 415).

18. Considerando esta realidade, Nesse sentido, também nos termos do PARECER n. 00005/2020/PROC-GECON/PFANS/PGF/AGU (18738034), assentou-se o entendimento de que a *"declaração de inconstitucionalidade do arts. 10, § 2º, e 35-E da Lei nº 9.656/1998, bem como do art. 2º da Medida Provisória n. 2.177-44/2001, impede a aplicação dos referidos dispositivos aos contratos celebrados anteriormente à vigência da lei e não adaptados ao novo regime normativo"*.

19. A segunda, diz respeito à eficácia temporal da decisão do STF. Melhor dizendo, quando o STF declara a nulidade de uma lei ou ato normativo frente à Constituição Federal, essa declaração tem eficácia *ex tunc*. Isto é, a decisão declara a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo desde sua origem.

20. Diante disso, os arts. 10, § 2º, e 35-E da Lei nº 9.656/1998, bem como o art. 2º da Medida Provisória n. 2.177-44/2001 devem ter interpretação conforme a Constituição Federal desde suas origens, o que implica não serem aplicáveis a contratos celebrados antes de suas vigências.

21. Trata-se, assim, de dar fiel observância à aludida decisão do STF, nos termos do Decreto nº 2.346/97, do qual transcrevemos os seguintes dispositivos.

Art. 1º As decisões do Supremo Tribunal Federal que fixem, de forma inequívoca e definitiva, interpretação do texto constitucional deverão ser uniformemente observadas pela Administração Pública Federal direta e indireta, obedecidos aos procedimentos estabelecidos neste Decreto.

§ 1º Transitada em julgado decisão do Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, em ação direta, a decisão, dotada de eficácia *ex tunc*, produzirá efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional, salvo se o ato praticado com base na lei ou ato normativo inconstitucional não mais for suscetível de revisão administrativa ou judicial.

§ 2º O disposto no parágrafo anterior aplica-se, igualmente, à lei ou ao ato normativo que tenha sua inconstitucionalidade proferida, incidentalmente, pelo Supremo Tribunal Federal, após a suspensão de sua execução pelo Senado Federal.

§ 3º O Presidente da República, mediante proposta de Ministro de Estado, dirigente de órgão integrante da Presidência da República ou do Advogado-Geral da União, poderá autorizar a extensão dos efeitos jurídicos de decisão proferida em caso concreto.

22. Nossa orientação acompanha o Parecer nº 005/2016/DECOR/CGU/AGU, adotado pelo Parecer nº GMF- 03, com o competente aprovo do Excelentíssimo Senhor Presidente da República, portanto, vinculante, do qual extraímos o seguinte excerto:

É nessa conjuntura que se renova a importância do Decreto n. 2.346, de 10 de outubro de 1997, o qual consolida normas de procedimentos a serem observadas pela Administração Pública Federal em razão de decisões judiciais do STF, que permanecem vigentes até os dias atuais. Editado em uma época na qual ainda não existiam os institutos da repercussão geral e da súmula vinculante, e sequer havia as Leis n. 9.868 e n. 9.882, ambas do ano de 1999, suas normas visam precipuamente implementar, no âmbito da Administração Pública Federal, uma cultura jurídica em torno do dever funcional de observar, respeitar e fazer aplicar as decisões do Supremo Tribunal Federal. Por isso, em seu art. 1º, deixa-se explícito que:

“Art. 1º. As decisões do Supremo Tribunal Federal que fixem, de forma inequívoca e definitiva, interpretação do texto constitucional deverão ser uniformemente observadas pela Administração Pública Federal direta e indireta, obedecidos os procedimentos estabelecidos neste Decreto”.

Em seu § 1º do art. 1º, o Decreto traz disposição relacionada às decisões proferidas pelo STF em sede de controle abstrato de constitucionalidade, determinando o seguinte:

“Art. 1º. (...) § 1º. Transitada em julgado decisão do Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, em ação direta, a decisão, dotada de eficácia ex tunc, produzirá efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional, salvo se o ato praticado com base na lei ou ato normativo inconstitucional não mais for suscetível de revisão administrativa ou judicial”.

Referido dispositivo se desatualizou, ainda que parcialmente, em virtude do advento das Leis n. 9868 e n. 9.882, de 1999, assim como em face de suas posteriores modificações, que atualmente permitem ao STF modular os efeitos de sua declaração de inconstitucionalidade e conferir eficácia pro futuro à decisão, mitigando os efeitos da nulidade da lei inconstitucional. De toda forma, em se tratando do controle abstrato de constitucionalidade, a Administração Pública Federal ficará submetida aos efeitos erga omnes e à eficácia vinculante inerente aos provimentos jurisdicionais emanados do STF nas ações específicas desse controle (ADI, ADC, ADO e ADPF), de modo que todos os seus órgãos deverão observar a interpretação fixada pela Corte, em conformidade com os efeitos da decisão prolatada.

23. Por oportuno, vale destacar que não houve modulação dos efeitos da decisão, ou seja, o Supremo Tribunal Federal - STF não fez incidir sobre sua decisão o disposto no art. 27 da Lei nº 9.868/99:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela

declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

24. Feitas as considerações acima, é possível responder objetivamente no sentido de que, se as lavraturas dos autos de infração ocorreram em razão da aplicação retroativa do artigo 35-E da Lei nº 9.656/1998 ou de instrumento normativo da ANS amparado neste artigo relativamente a contratações anteriores e não adaptadas, há de se reconhecer a nulidade dos aludidos autos de infração, uma vez que, como acima explicitado, a "declaração de inconstitucionalidade do arts. 10, § 2º, e 35-E da Lei nº 9.656/1998, bem como do art. 2º da Medida Provisória n. 2.177-44/2001, impede a aplicação dos referidos dispositivos aos contratos celebrados anteriormente à vigência da lei e não adaptados ao novo regime normativo".

25. No mesmo sentido é a lição de Luís Roberto Barroso (O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. São Paulo: Saraiva Jur, 2019, pp. 293/294):

Em múltiplas hipóteses, os efeitos da decisão abstrata sobre o plano concreto deverão produzir-se por mero ato de ofício da autoridade administrativa. Por exemplo: declarada inconstitucional a lei instituidora de um tributo, não só o Estado não deverá mais cobrá-lo como deverá invalidar todos os autos de infração pendentes, que se haviam fundado na norma rejeitada. Prece razoável sustentar, no entanto, que a restituição do valor já recebido, ainda que indevidamente, deva ser precedida de pedido administrativo do contribuinte, com a comprovação do pagamento.

Pode haver casos, no entanto, em que o desfazimento de situações constituídas com base no ato considerado inválido exija um devido processo legal, administrativo ou judicial. Um contrato que vigore de longa data entre particulares ou uma relação entre administrado e Administração na qual o primeiro já tenha cumprido sua parte na obrigação podem conter elementos que imponham temperamentos a sua desconstituição sumária. À parte afetada tocará o direito subjetivo de procurar demonstrar que, na hipótese, deverá ser resguardada sua boa-fé, ou prevalecer o princípio da segurança jurídica, ou ser impedido o enriquecimento ilícito, dentre outros argumentos.

26. Pois bem, considerando a nulidade dos autos de infração em tela, a nosso ver, não se pode falar em renovar providências punitivas nos referidos autos processuais. Isto porque, se é patente a inconstitucionalidade da aplicação dos dispositivos legais já apontados a contratações anteriores e não adaptadas, em tese, e por consequência, nesses autos, não subsistirão condutas passíveis de reprimenda administrativa, uma vez que não há tipicidade válida, o que corresponde a atipicidade da conduta.

27. Nesse sentido, não há que se falar em prescrição (ou decadência, como entendem alguns) da ação punitiva da Administração. O que há, em nosso entendimento, é a perda do objeto processual.

28. Noutra linha, se porventura os aludidos processos também tratam de condutas de outras naturezas, essas condutas deveriam ter sido objeto de processamento e julgamento em outros autos, constituídos especificamente para suas apurações. Se isso não foi providenciado e se as condutas não são permanentes nem continuadas, em tese, operou-se a prescrição da ação punitiva da Administração, nos termos do seguintes dispositivos da Lei nº 9.873/99:

Art. 1º Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.

§ 1º Incide a prescrição no procedimento administrativo paralisado por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho, cujos autos serão arquivados de ofício ou mediante requerimento da parte interessada, sem prejuízo da apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação, se for o caso.

29. **B. NA HIPÓTESE DE NÃO TER OCORRIDO A PRESCRIÇÃO E CONSIDERANDO QUE ESTES PROCESSOS SANCIONADORES VERSAM SOBRE INFRAÇÕES COMETIDAS HÁ, NO MÍNIMO, 17 ANOS, HAVERIA EFETIVIDADE NA APURAÇÃO DAS INFRAÇÕES? VALE DIZER QUE A LÓGICA PARA APURAÇÃO DAS INFRAÇÕES CONTIDAS NESTES PROCESSOS ADMINISTRATIVOS SANCIONADORES DEVERÁ SER TOTALMENTE DIVERSA DA ADOTADA PELA FISCALIZAÇÃO NA SUA INSTAURAÇÃO, TENDO EM VISTA, QUE SERÁ NECESSÁRIO O EXAME DO CONTRATO FIRMADO PELO BENEFICIÁRIO, PARA QUE HAJA A VERIFICAÇÃO DA EVENTUAL OCORRÊNCIA DA INFRAÇÃO.**

30. **RESPOSTA:** A resposta a essa indagação se encontra no tópico anterior.

31. **C. NESSA LINHA DE RACIOCÍNIO, COMO PARA AVALIAÇÃO ACERCA DA INFRAÇÃO, SERÁ PRECISO, NA GRANDE MAIORIA DOS CASOS, A PRODUÇÃO DE PROVAS PARA A VERIFICAÇÃO DA OCORRÊNCIA DE INFRAÇÃO, SERIA UM ARGUMENTO LEGÍTIMO, POR PARTE DAS OPERADORAS, ALEGAR QUE NÃO POSSUEM MAIS OS DOCUMENTOS REFERENTES AOS FATOS APURADOS OU HAVERIA A OBRIGATORIEDADE DA GUARDA DOS REFERIDOS DOCUMENTOS?**

32. **RESPOSTA:** Considerando a resposta à primeira indagação, entendemos que não há utilidade em respondermos essa terceira indagação.

CONCLUSÃO

33. Diante do acima explicitado, são essas as nossas conclusões:

I - Nos casos em que as lavraturas dos autos de infração ocorreram em razão da aplicação retroativa do artigo 35-E da Lei nº 9.656/1998 ou de instrumento normativo da ANS amparado neste artigo relativamente a contratações anteriores e não adaptadas, há de se reconhecer a nulidade dos aludidos autos de infração, uma vez que a declaração de inconstitucionalidade dos arts. 10, § 2º, e 35-E da Lei nº 9.656/1998, bem como do art. 2º da Medida Provisória n. 2.177-44/2001, impede a aplicação dos referidos dispositivos aos contratos celebrados anteriormente à vigência da lei e não adaptados ao novo regime normativo.

II - Não se pode falar em renovar providências punitivas nos referidos autos processuais, uma vez que é patente a inconstitucionalidade da aplicação dos arts. 10, § 2º, e 35-E da Lei nº 9.656/1998, bem como do art. 2º da Medida Provisória n. 2.177-44/2001, a contratações anteriores e não adaptadas e que, em tese, e por consequência, não subsistirão condutas passíveis de reprimenda administrativa, uma vez que não há tipicidade válida, o que corresponde a atipicidade da conduta.

III - Não há que se falar em prescrição da ação punitiva da Administração, mas sim de perda do objeto processual.

IV - Se porventura os aludidos processos também tratam de condutas de outras naturezas, essas condutas deveriam ter sido objeto de processamento e julgamento em outros autos,

constituídos especificamente para suas apurações. Porém, se isso não foi providenciado e se as condutas não são permanentes nem continuadas, em tese, operou-se a prescrição da ação punitiva da Administração, nos termos do art. 1º da Lei nº 9.873/99.

À consideração superior.

Rio de Janeiro, 31 de dezembro de 2020.

Charles Santos Franco
Procurador Federal

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 33910033958202025 e da chave de acesso f6067ace

Documento assinado eletronicamente por CHARLES SANTOS FRANCO, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 545629627 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): CHARLES SANTOS FRANCO. Data e Hora: 05-01-2021 17:12. Número de Série: 3424630354838217943846665403421155233. Emissor: AC Certisign RFB G5.
