

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
Escola de Direito FGV DIREITO RIO
LLM em Direito Empresarial



ACHERNAR SENA DE SOUZA

**AGÊNCIAS REGULADORAS E A UTILIZAÇÃO DE MÉTODOS DEMOCRÁTICOS
PARA A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS: AS PRÁTICAS ADOTADAS PELA
AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR - ANS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao curso de Pós-graduação *lato sensu*, nível
especialização, em Direito Empresarial da
FGV DIREITO RIO.

Turma no. 5, da cidade de Fortaleza/CE.

No. Matrícula: 082128/2016.

Data: agosto/2018.

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
Escola de Direito FGV DIREITO RIO
LLM em Direito Empresarial

O Trabalho de Conclusão de Curso

Título: AGÊNCIAS REGULADORAS E A UTILIZAÇÃO DE MÉTODOS
DEMOCRÁTICOS PARA A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS: AS PRÁTICAS
ADOTADAS PELA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR - ANS

Elaborado por ACHERNAR SENA DE SOUZA

Data: dia/mês/ano

Coordenador da Pós-graduação *Lato Sensu* do FGV Law Program – Rafael Alves de Almeida

Escola de Direito FGV DIREITO RIO

LLM em Direito Empresarial

Compromisso de Originalidade

A presente declaração é termo integrante de todo trabalho de conclusão de curso (TCC) a ser submetido à avaliação da Coordenação Acadêmica da FGV DIREITO RIO como requisito necessário à conclusão do curso de LLM em Direito Empresarial, sem a qual o referido trabalho não produzirá quaisquer efeitos.

Eu, ACHERNAR SENA DE SOUZA, brasileira, advogada, na qualidade de aluno(a) do LLM em Direito Empresarial da Escola de Direito FGV DIREITO RIO, declaro para os devidos fins estar apresentando, em anexo, meu Trabalho de Conclusão de Curso, para fins de avaliação, como parte integrante da nota do curso de Pós-graduação *lato-sensu*, nível especialização da FGV DIREITO RIO e que o mesmo se encontra plenamente em conformidade com os critérios técnicos, acadêmicos e científicos de originalidade.

Nesse sentido, declaro, para os devidos fins, que:

O referido TCC foi elaborado com minhas próprias palavras, ideias, opiniões e juízos de valor, não consistindo, portanto, em **PLÁGIO**, por não reproduzir, como se meus fossem, pensamentos, ideias e palavras de outra pessoa;

As citações diretas de trabalhos de outras pessoas, publicados ou não, apresentadas em meu TCC, estão sempre claramente identificadas entre aspas e com a completa referência bibliográfica de sua fonte, de acordo com as normas estabelecidas pela FGV DIREITO RIO.

Todas as séries de pequenas citações de diversas fontes diferentes foram identificadas como tais, bem como às longas citações de uma única fonte foram incorporadas suas respectivas referências bibliográficas, pois fui devidamente informado(a) e orientado(a) a respeito do fato de que, caso contrário, as mesmas constituiriam plágio.

Todos os resumos e/ou sumários de ideias e julgamentos de outras pessoas estão acompanhados da indicação de suas fontes em seu texto e as mesmas constam das referências bibliográficas do TCC, pois fui devidamente informado(a) e orientado(a) a respeito de que a inobservância destas regras poderia acarretar alegação de fraude.

Atesto meu compromisso de não praticar quaisquer atos que possam ser entendidos como plágio na elaboração de meu TCC, razão pela qual declaro ter lido e entendido todo o conteúdo deste compromisso de originalidade e submeto o documento em anexo para apreciação da FGV Direito Rio como fruto de meu exclusivo trabalho.

Data:

Assinatura do Aluno: _____

Nome do Aluno: ACHERNAR SENA DE SOUZA
(letra de forma)

Identidade do Aluno: 2003009033950.

Matrícula: 082128/2016.

RESUMO

O presente trabalho analisa os métodos extrajudiciais de resolução de conflitos adotados no âmbito da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, a partir de questões que envolvem operadoras de planos privados de assistência à saúde e os consumidores de seus serviços. Com a mudança do paradigma estatal de monopólio da produção de bens e prestação de serviços outrora protagonizado pelo Estado para ceder espaço à iniciativa privada, surgem as Agências Reguladoras, órgãos integrantes da Administração pública indireta responsáveis por promover a interface entre o Poder Público e o Setor Privado, em benefício da sociedade. Nesse momento, afirma-se que o novo modelo de Estado brasileiro permite maior participação dos cidadãos no processo de tomada de decisões, especialmente no que se refere à solução de conflitos que os envolvem. No contexto da saúde suplementar, perante o crescente processo de discussão do direito à saúde e dos esforços envidados pela Administração Pública para a prevenção e resolução eficiente das demandas instauradas, apresentam-se os instrumentos adotados pela ANS para o gerenciamento dos conflitos inerentes ao setor. A participação ativa dos agentes envolvidos no processo de resolução de demandas tem se mostrado bastante positiva. A ANS, através da metodologia utilizada, logrou êxito na diminuição do número de reclamações registradas pelos consumidores e, ainda, dos processos administrativos que movimentavam a máquina administrativa de forma ineficiente e não promoviam o verdadeiro desenvolvimento do mercado de saúde suplementar. Contudo, em busca de maior eficiência na resolução de conflitos de saúde, apresentada a pesquisa, conclui-se com a propositura de sugestões para a melhoria dos procedimentos utilizados.

Palavras-chave: Administração pública. Agências reguladoras. Saúde Suplementar. Meios extrajudiciais de resolução de conflitos.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1 O SURGIMENTO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL.....	10
1.1 Breve histórico do surgimento das agências reguladoras no Brasil.....	10
1.2 O papel das agências reguladoras.....	12
1.3 Criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS.....	14
2 MÉTODOS EXTRAJUDICIAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS.....	17
2.1 Classificação e diferenças.....	17
2.1.1 Negociação.....	18
2.1.2 Mediação.....	18
2.1.3 Conciliação.....	21
2.1.4 Arbitragem.....	22
2.2 Métodos de solução de conflitos no âmbito das agências reguladoras.....	25
3 AS PRÁTICAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS ADOTADAS NA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR – ANS.....	30
3.1 A atuação da ANS no setor de saúde suplementar.....	30
3.2 Estrutura organizacional da agência.....	31
3.3 Método extrajudicial adotado pela ANS para a solução de conflitos entre operadoras de planos privados de assistência à saúde e consumidores.....	35
3.3.1 Adequação do método adotado pela agência.....	39
CONCLUSÃO.....	41
REFERÊNCIAS.....	43

LISTA DE SIGLAS

ANATEL	Agência Nacional de Telecomunicações
ANS	Agência Nacional de Saúde Suplementar
ART	Artigo
CF	Constituição da República Federativa do Brasil
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
NIP	Notificação de Intermediação Preliminar
RN	Resolução Normativa
RVE	Reparação Voluntária e Eficaz
SUS	Sistema Único de Saúde

INTRODUÇÃO

O Estado brasileiro passou por diversas mudanças durante o seu processo de abertura e desenvolvimento democrático, principalmente, após o período de governo capitaneado por Getúlio Vargas. Anteriormente fundamentado em um modelo intervencionista, no qual mantinha grande influência e monopólio na economia e nos meios de produção, o Estado foi questionado por sua incapacidade de atender às necessidades da população de forma satisfatória, mesmo diante de sua estrutura acentuada.

Diante das deficiências constatadas, a máquina administrativa em formato hiperbólico foi gradativamente substituída por uma estrutura menor e mais eficiente, voltada para a produção de bens e prestação de serviços específicos, definidos pelo ordenamento jurídico brasileiro como serviços públicos essenciais. Iniciou-se a fase em que a Administração Pública assumiu formato gerencial e não mais tão burocrático como outrora.

À iniciativa privada, foram conferidos direitos de exploração de bens e serviços em determinados setores da economia, através da presença do Estado Regulador menos intervencionista, que se utiliza de agências reguladoras e normas técnicas específicas para garantir, através da aproximação com o ente privado, a efetividade das atividades econômicas desenvolvidas, proporcionando maior participação da sociedade nos processos decisórios a respeito de temas de extremo relevo social, a exemplo do que se refere ao direito à saúde.

Nesse contexto, procurou-se analisar a atuação da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS no âmbito da saúde privada, especialmente no que tange à resolução de conflitos entre operadoras de planos privados de assistência à saúde e consumidores, a fim de elucidar quais os métodos utilizados pela Agência e a sua adequação à finalidade proposta.

Para a realização do trabalho, adotou-se como metodologia a pesquisa bibliográfica e documental, com base em livros, artigos científicos, trabalhos acadêmicos e publicações diversas da própria ANS acerca do tema regulação e métodos extrajudiciais de solução de controvérsias.

Em seguida, para a melhor abordagem do tema, o estudo foi dividido em três capítulos.

No primeiro capítulo, são apresentados os fatores que culminaram no surgimento das agências reguladoras e seu papel no novo modelo de estado proposto, para, ao final, ser abordada a criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS.

No segundo capítulo, são elencados os principais métodos de resolução extrajudicial de conflitos reconhecidos pela doutrina, bem como é apontada a possibilidade de utilização dos mesmos por parte das agências reguladoras.

Já no terceiro capítulo, foram apresentadas as práticas adotadas pela ANS para a redução quantitativa e resolução dos conflitos existentes, com o intuito de se verificar a sua adequação à finalidade proposta.

Pode-se inferir que as práticas adotadas pela agência para o gerenciamento e resolução dos conflitos no âmbito da saúde suplementar produzem resultados positivos e reforçam a participação da sociedade em contextos que lhes são caros, todavia, ajustes nos procedimentos ofertados podem ser feitos para melhorar os resultados esperados à médio e longo prazo.

1 O SURGIMENTO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL

Para a correta compreensão da pesquisa realizada, o primeiro capítulo deste trabalho traz os fundamentos históricos que culminaram com a criação das Agências Reguladoras no Brasil, com destaque para a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS.

1.1 Breve histórico do surgimento das agências reguladoras no Brasil

O início do século XX foi mundialmente marcado por transformações sociais que elevaram a ideologia liberal à referência em termos de modelo de Estado. As instituições passaram a intervir cada vez menos na economia, com base na máxima de que a “mão invisível do mercado”, de Adam Smith, se prestaria à correção das falhas do próprio mercado.

Após o advento das duas grandes guerras, no final do século XX, as grandes nações passaram a assistir o crescimento da intervenção dos Estados, não somente na economia, mas em vários outros setores da vida social, juntamente com o agigantamento das instituições públicas. O referido modelo, no entanto, não se mostrou eficiente e coerente com as necessidades mundiais então globalizadas¹.

Segundo o plano diretor da reforma do aparelho do Estado (BRASIL, 1995, p. 9), no Brasil, esse processo ensejou a instauração de uma crise nacional:

A crise brasileira da última década foi também uma crise do Estado. Em razão do modelo de desenvolvimento que governos anteriores adotaram, o Estado desviou-se de suas funções básicas para ampliar sua presença no setor produtivo, o que acarretou, além da gradual deterioração dos serviços públicos, a que recorre, em particular, a parcela menos favorecida da população, o agravamento da crise fiscal e, por consequência, da inflação.

¹ Segundo Luis Roberto Barroso: “A quadra final do século XX corresponde à terceira e última fase (de transformação do Estado), a pós modernidade, que encontra o Estado sob crítica cerrada densamente identificado com a ideia de ineficiência, desperdício de recursos, morosidade, burocracia e corrupção. O discurso deste novo tempo é o da desregulamentação, da privatização e das organizações governamentais”. “Ao longo da década de 90, o tamanho e o papel do Estado passaram para o centro do debate institucional. E a verdade é que o intervencionismo estatal não resistiu à onda mundial de esvaziamento do modelo no qual o Poder Público e as entidades por ele controladas atuavam como protagonistas do processo econômico”. Em: BARROSO. Luis Roberto. Agências Reguladoras. Constituição. Transformações do Estado e Legitimidade Democrática. Revista de Direito da Procuradoria do Estado. V. 58. Rio de Janeiro, 2002, p. 202 e 203.

Neste cenário, foi necessário repensar as funções do Estado e a sua própria máquina administrativa, a fim de que a mesma pudesse se tornar mais eficiente e moderna para viabilizar o real crescimento da economia da sociedade brasileira. Surgiu, assim, o conceito de administração pública gerencial, em substituição ao anterior modelo burocrático instalado, com “a expansão da administração indireta, numa tentativa de “flexibilizar a administração” com o objetivo de atribuir maior operacionalidade às atividades econômicas do Estado” (BRASIL, 1995, p. 19-20).

Algumas instituições sofreram um processo de desestatização e, com isso, o Estado passa a delegar a produção de alguns bens e serviços à iniciativa privada², aumentando a atuação na qualidade de agente regulamentador e fiscalizador, menos como produtor e executor³, com maior participação da sociedade na economia (BRASIL, 1995, p. 44-48).

Nesse momento, o Estado se encontrava carente de organismos que realizassem a interface, isto é, o papel de supervisão e fiscalização, entre o setor público e privado, com vistas a superar o que Bresser Pereira identificou como os três aspectos da crise brasileira: a crise fiscal, a crise quanto ao modo de intervenção do Estado e a crise quanto à burocracia instalada (BRESSER PEREIRA, 1998, p.31 et seq.).

Criaram-se, então, as agências reguladoras, fortemente inspiradas em um modelo norte-americano, como resultado de um processo de descentralização administrativa brasileira (CUÉLLAR, 2001, p. 65 et seq), com o objetivo de proteger o interesse coletivo, através da

² Sobre o tema, Igor César Barreto de Carvalho elucida que: “O Estado brasileiro, centralizador e intervencionista, transformava-se num Estado descentralizador e regulamentador de serviços públicos que acabara de passar à iniciativa privada. Noutros termos, a máquina estatal não mais despendia recursos financeiros ou humanos na prestação de tais serviços à população, pois a “energia” governamental deveria se voltar à fiscalização e normatização dessas atividades agora nas mãos da iniciativa privada” (CARVALHO, 2013, p. 180). Segundo Bresser Pereira (BRESSER, 2009, p. 285), “Para essa reestruturação e como pressuposto para o exercício da administração gerencial, definiu-se quais seriam os âmbitos de atuação em que a presença do Estado seria necessária e imprescindível, denominando-a de “núcleo estratégico”. À parte, serviços não exclusivos do Estado poderiam ser prestados por organizações sociais, com apoio público”.

³ Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. Constituição Federal de 1988.

mediação entre setor público e privado, em prol do equilíbrio das relações estabelecidas entre as partes (PAIVA, 2006, p. 167).

1.2 O papel das agências reguladoras

Para a materialização do modelo brasileiro de Estado Regulador, fizeram-se necessárias alterações legislativas e, principalmente, constitucionais. Com isso, além de uma série de outras modificações, a Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 foi alterada pela Emenda Constitucional n. 19 de 1998, a qual, por sua vez, juntamente com os demais princípios que passaram a reger a Administração Pública (legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade), introduziu expressamente no texto constitucional o princípio da eficiência (art. 37, caput, CF de 1988).

O comando constitucional passou a exigir do Estado, por meio de suas instituições, a produção de efeitos reais e positivos em favor da sociedade, de modo que a Administração Pública não mais atuasse com o simples objetivo de cumprir com os comandos legais vigentes, mas sim com especialidade e excelência, a fim de suprir às necessidades da população da melhor forma possível.

Nesse contexto, as agências reguladoras surgem de forma especializada e setORIZADA, com o papel de aproximar a Administração pública e o particular, para garantir a efetividade dos direitos individuais e coletivos previstos na Constituição Federal de 1988, por meio da sustentação de uma postura ativa, técnica e imparcial, através de ações de fiscalização; orientação; incentivo e planejamento.

Para tanto, com fulcro no disposto no art. 174, caput, da Constituição Federal de 1988⁴, foram conferidas prerrogativas às agências, de modo que, segundo Tércio Sampaio (FERRAZ JÚNIOR, 2000, p. 143 e seq), as mesmas passaram a exercer funções “quase legislativas”, “quase regulamentares” e “quase judiciais”, pois, além da competência para a produção de

⁴ Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

normas técnicas de acordo com o setor da economia para o qual a sua atuação foi direcionada⁵, foi conferida às agências a possibilidade de dirimir os conflitos inerentes a cada atividade econômica regulada, nos limites das competências que lhes foram atribuídas por lei⁶.

Segundo Diogo Figueiredo Moreira Neto (MOREIRA NETO, 2003), a função normativa das agências, é a principal ferramenta para se atingir o princípio da eficiência e do poder público, em setores nos quais devem predominar escolhas técnicas. Isso, porque o processo legislativo regular não proporciona a resolução das questões propostas com a velocidade que o mercado necessita.

Concorda com esse entendimento Alexandre Santos de Aragão (ARAGÃO, 2000, p. 287), quando afirma que:

As leis atributivas de poder normativo às entidades reguladoras independentes possuem baixa densidade normativa, a fim de propiciar o desenvolvimento de normas setoriais aptas a, com autonomia e agilidade, regular a complexa e dinâmica realidade social subjacente. Ademais, recomenda-se que propiciem à Administração a possibilidade de, na medida do possível, atuar consensualmente, com alguma margem de negociação, junto aos agentes econômicos e sociais implicados... As leis com essas características não dão maiores elementos pelos quais o administrador deva pautar a sua atuação concreta ou regulamentar, referindo-se genericamente a valores morais, políticos e econômicos existentes no seio da sociedade (saúde pública, utilidade pública, competição no mercado, preços abusivos, continuidade dos serviços públicos, regionalização, etc.).

⁵ Fenômeno defendido por Diego Figueiredo Moreira Neto, o qual foi reconhecido pelo STF, por meio do voto da Min. Cármen Lúcia, durante o julgamento da ADI n. 4.568 DF, em vista do que se chamou de “crise da lei”, que, segundo a Ministra, “[...] se caracteriza, dentre outros aspectos, pela manifesta incapacidade de o Poder Legislativo acompanhar tempestivamente a mudança e a complexidade que atingiram os mais variados domínios do direito. Por conta disso, muitas vezes apela o Legislador para a previsão de princípios e de regras contendo conceitos jurídicos indeterminados, de modo a deferir substancial parcela de poder decisório ao aplicador diante do caso concreto. Este mesmo fenômeno tem conduzido, em variados campos do direito público, à atuação de entidades reguladoras independentes, cuja aptidão técnica lhes permite desenvolver o conteúdo das regras gerais e abstratas editadas pelo Legislativo com atenção às particularidades e especificidades do domínio regulado, com a possibilidade de resposta ágil diante da evolução da matéria provocada por novos desafios tecnológicos”.

⁶ Sobre a função “quase judicial” das agências reguladoras, cabe citar os três principais pontos indicados por Luiz Ricardo Bacelar (BACELAR, 2004, p. 153) para distinguir a função jurisdicional legítima e a função administrativa: o Estado-juiz é imparcial, já o responsável pela função administrativa é diretamente interessado na resolução da lide; a sentença judicial se torna definitiva após o trânsito em julgado, já o ato administrativo pode ser revogado ou modificado a qualquer tempo; e, por fim, quando do exercício original da função jurisdicional, há a substituição da vontade das partes por uma determinação judicial, já no exercício da função administrativa, o Estado desempenha função própria.

Nestes termos, apesar de limitada, a atuação das agências reguladoras é de extrema importância para a persecução do equilíbrio social e, principalmente, para o desenvolvimento dos mercados em que atuam.

1.3 Criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS

Dentre os segmentos de mercado explorados pela iniciativa privada, existe o setor de saúde suplementar, o qual, embora tivesse sido reconhecido como legítimo pela Constituição Federal de 1988⁷ juntamente com o Sistema Único de Saúde (SUS)⁸, até 1998, atuou de forma livre, sem a necessária regulamentação formal.

Nesse contexto, com vistas a regulamentar o funcionamento de tal setor, foi publicada a Lei nº 9656 de 3 de junho de 1998, a qual dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde.

Ocorre que, embora o setor da saúde suplementar tenha sido regulamentado em 1998, através do marco estabelecido pela Lei nº 9.656, não existia uma instituição estatal destinada à fiscalização e regulação das normas gerais então vigentes. Desse modo, fez-se cogente a criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, com vistas a regular um setor

⁷ Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

⁸ Sobre o caráter dual e híbrido do sistema de saúde brasileiro, manifesta-se Maria Stella Gregori (GREGORI, 2018, p.2), nos seguintes termos: “O sistema de saúde brasileiro se caracteriza, portanto, por seu hibridismo, sendo marcante a interação entre os serviços públicos e a oferta privada na conformação da prestação de serviços de assistência à saúde, dando origem a dois subsistemas. De um lado está o subsistema público, que incorpora a rede própria e a conveniada ou contratada ao Sistema Único de Saúde – SUS e, de outro, está o subsistema privado que agrupa a rede privada de serviços de assistência à saúde e a cobertura de risco pelas operadoras de planos de assistência à saúde”.

que, apesar da extrema importância no Brasil, ainda estava sem padronização e o devido regimento sobre a sua atuação^{9 10 11}.

A Agência Nacional de Saúde Suplementar nasceu com a publicação da Lei nº 9.961 de 28 de janeiro de 2000¹², a qual, dentre outras regras, previu, em seus artigos 3º e 4º, que:

Art. 3º A ANS terá por finalidade institucional promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País.

Art. 4º Compete à ANS:

[...]

XXIII - fiscalizar as atividades das operadoras de planos privados de assistência à saúde e zelar pelo cumprimento das normas atinentes ao seu funcionamento;

⁹ Histórico de criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS disponível em: <http://www.ans.gov.br/aans/quem-somos/historico>. Acesso em: 14 de agosto de 2018.

¹⁰ Missão, Visão e Valores da ANS:

“Missão

Promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regular as operadoras setoriais - inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores - e contribuir para o desenvolvimento das ações de saúde no país.

Visão

Ser reconhecida como indutora de eficiência e qualidade na produção de saúde.

Valores

A ANS tem por valores institucionais a transparência e ética dos atos, o conhecimento como fundamento da regulação, o estímulo à inovação para busca de soluções e sustentabilidade setorial e o foco no compromisso social”. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/aans/quem-somos>. Acesso em: 14 de agosto de 2018.

¹¹ Nesse ponto, conforme afirma Maria Stella Gregori (GREGORI, 2006, p. 10), é importante destacar que “A regulação do mercado de saúde suplementar não deriva de processos de desestatização, mas da necessidade de se intervir em mercado que atua em atividade originariamente privada e considerada de relevância pública, uma vez que se trata de uma relação de consumo diferenciada por afetar a integridade da vida humana, bem este constitucionalmente indisponível, além de lidar com um mercado de composição bastante heterogênea e complexa. Nesse sentido a ANS iniciou o processo de regulação do setor, editando normas que permitissem a coleta de informações desse mercado. Disciplinou critérios de ingresso, operação e saída do setor; instrumentos de acompanhamento econômico-financeiro das operadoras; condições essenciais para registro de produtos; aplicação de penalidades por descumprimento da lei e sua regulamentação; transferência de carteiras; e procedimentos para controle e adequação de preços”.

¹² Art. 1º É criada a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, autarquia sob o regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, com sede e foro na cidade do Rio de Janeiro - RJ, prazo de duração indeterminado e atuação em todo o território nacional, como órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde.

[...]

XXXVI - articular-se com os órgãos de defesa do consumidor visando a eficácia da proteção e defesa do consumidor de serviços privados de assistência à saúde, observado o disposto na Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990;

[...]

XXXIX - celebrar, nas condições que estabelecer, termo de compromisso de ajuste de conduta e termo de compromisso e fiscalizar os seus cumprimentos; (Vide Medida Provisória nº 1.976-33, de 2000) (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001).

Além das competências normativas, regulatórias e fiscalizatórias conferidas à ANS, a esta também compete o gerenciamento e a promoção de ações que visem à resolução dos conflitos que envolvem as operadoras de planos privados de assistência à saúde e os consumidores, em prol do desenvolvimento do setor de forma legítima, sustentável e, principalmente, eficiente.

Com base nesse aspecto, o presente estudo se propõe a analisar de forma crítica a atuação da ANS como promotora de paz social.

2 MÉTODOS EXTRAJUDICIAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Feitas as devidas alusões a respeito do contexto de criação da ANS e do seu papel perante a sociedade brasileira, cumpre apresentar os principais métodos de solução extrajudicial de conflitos utilizados no Brasil para, ao final, proceder com a análise das práticas adotadas pela Agência.

2.1 Classificação e diferenças

Impulsionadas pelo princípio constitucional da eficiência, as práticas de solução de conflitos que prescindem da atuação direta do Estado-juiz ganharam valioso destaque no Brasil nos últimos anos. Como exemplo prático desse fenômeno, apresenta-se a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, instituída pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, através da Resolução nº 125 de 29 de novembro de 2010, a qual, além de fomentar a realização de composições extrajudiciais, reorientou as práticas tradicionalmente adotadas pelos tribunais brasileiros, com vistas à utilização de mecanismos consensuais de solução de controvérsias mesmo após a instauração de processos judiciais¹³.

De maneira genérica, conforme defende Ricardo Soares Stersi dos Santos (SANTOS, 2004, p.14), as formas de resolução de conflitos podem ser classificadas em dois grandes grupos, quais sejam: as formas autocompositivas e as formas heterocompositivas. Os métodos autocompositivos são aqueles “em que as próprias partes interessadas, com ou sem a colaboração de um terceiro, encontram, através de um consenso, uma maneira de resolver o problema”, a exemplo da negociação. Já os heterocompositivos são aqueles em que “o conflito é administrado por um terceiro, escolhido ou não pelos litigantes, que detém o poder de decidir, sendo a referida decisão vinculativa em relação às partes”, conceito este no qual se classifica a arbitragem.

¹³ Resolução nº 125 de 29 de novembro de 2010 do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. Acesso em: 14 de agosto de 2018.

Por outro lado, independente de tal classificação, em todos os casos em que a discussão da controvérsia ocorrer em âmbito extrajudicial, as partes devem, necessariamente, estar de acordo no que se refere à escolha do método a ser utilizado, seja através de manifestação informal ou de manifestação contratual, registrada, por exemplo, mediante a aposição de cláusula arbitral no contrato que rege a relação a questão a ser debatida.

Nessa toada, para a análise do tema proposto, este estudo traz os principais aspectos inerentes a quatro métodos de solução extrajudicial de conflitos: negociação; mediação; conciliação e arbitragem.

2.1.1 Negociação

Segundo Luiz Antunes Caetano (CAETANO, 2002, p. 99), negociação é “O ajuste entre duas (ou mais) partes, diretamente entre si, para um acerto, ou mesmo para a resolução de interesses controvertidos, satisfazendo-se mutuamente”. Desse modo, pode-se concluir que a negociação, em seu sentido amplo, é um dos instrumentos mais comuns, maduros e democráticos para o alcance da efetividade e do equilíbrio das relações humanas¹⁴.

Por outro lado, o fato de a negociação ser uma ferramenta comum não a torna simples ou de fácil manejo; a depender das partes e da questão envolvida, a negociação pode se tornar bastante complexa e, muitas vezes, inviável. Para contornar esse tipo de situação, Roger Fisher, William Ury e Bruce Patton (FISHER, URY E PATTON, 1994, p. 28), defendem que as negociações baseadas em princípios tendem a ser mais eficazes por promoverem maior equilíbrio entre as partes¹⁵.

2.1.2 Mediação

¹⁴ Segundo Nierenberg, 1991, p. 16), “Cada vez que as pessoas trocam ideias com o intuito de modificar suas relações, cada vez que chegam a um acordo, estão negociando. A negociação depende da comunicação, e ocorre entre pessoas que representem a si ou a grupos organizados”.

¹⁵ Defendem os autores que a referida técnica de negociação está amparada em quatro pilares: separar o problema das pessoas; concentrar-se nos interesses das partes; criar opções de ganho mútuo e utilizar critérios objetivos para a discussão.

Mesmo com a existência de técnicas para tornar a negociação viável e eficaz, é possível que as partes não consigam estabelecer um consenso ou sequer um diálogo para a resolução de conflitos sem o auxílio de terceiros.

Nesse contexto, surgem os demais métodos consensuais de resolução de controvérsias, desta feita, com a participação de uma ou mais pessoas, como é o caso da mediação, da conciliação e da arbitragem¹⁶.

No Brasil, a mediação ganha destaque com a publicação da Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010 do CNJ e, principalmente, da Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015, a qual “dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública”, e a conceitua como “a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia” (art. 1, parágrafo único).

No entanto, a publicação de tais normas não demarca o surgimento da mediação do país. Em 2003, Célia Regina Zapparolli (ZAPPAROLLI, 2003) já defendia a ferramenta como um procedimento através do qual as partes buscavam a administração pacífica de um conflito, com o auxílio de um mediador, capacitado e imparcial, cuja função era viabilizar a comunicação entre as partes, objetivando a construção de soluções eficazes.

Note-se que mediador não deve opinar ou influenciar as partes para que estas optem por determinado caminho. Na mediação, as partes são livres para resolver as suas questões, tanto no que se refere à escolha do método, quanto no que tange à solução a ser adotada.

Nestes termos, defende Cilana de Moraes Soares Rabelo (RABELO, 2008, p. 54) que são objetivos da mediação: a busca pela solução dos conflitos; a prevenção dos mesmos; a inclusão social e a paz social, figurando como objetivo principal a solução dos conflitos por meio do restabelecimento do diálogo.

¹⁶ Diante da existência de tantas possibilidades para a resolução de conflitos, concordamos com Cláudio Vianna de Lima (LIMA, 2011, p. 84), quando defende que a escolha da ferramenta utilizada para se chegar ao consenso não deve ser arbitrária, mas deve observar qual o caminho mais adequado para cada controvérsia.

Além disso, para que o uso do método seja eficaz, conforme defende Tânia Almeida (ALMEIDA, 2002, p. 8), a sua utilização deve ocorrer quando as partes estiverem atuando de boa-fé, com disposição real para mudar as posturas anteriormente apresentadas¹⁷. Do contrário, mesmo com o auxílio de um terceiro para que as partes conversem sobre o problema que lhes aflige, não se chegará a nenhuma transformação e, por conseguinte, resolução.

A mediação consiste, portanto, em uma ferramenta de construção de consenso e amadurecimento para a resolução de questões pelas próprias partes, a partir de um canal de diálogo criado por um terceiro¹⁸, que, à luz do disposto no art. 2 da Lei n. 13.140, de 2015, deve ser orientada pelos princípios da imparcialidade do mediador; isonomia entre as partes; oralidade; informalidade; autonomia da vontade das partes; busca do consenso; confidencialidade e boa-fé.

Com relação ao procedimento a ser seguido pelas partes, importa esclarecer que, embora o processo de mediação não seja rígido, a Lei n. 13.140 de 2015 e o CNJ¹⁹, com base nesta, estabelecem um rito a ser observado em caso de mediação, o qual, em suma, é composto pelas seguintes etapas: na primeira reunião entre as partes envolvidas, o mediador deverá se apresentar e explicar as regras aplicáveis ao procedimento; se as partes concordarem com o prosseguimento da mediação, deve lhes ser dada a palavra para a exposição dos fatos e suas perspectivas, momento em que o mediador deverá manter escuta ativa e, se desejar, realizar perguntas para esclarecimento dos fatos. Expostos os fatos, o mediador deverá resumir as narrativas de ambas as partes, de modo a aclarar questões e, alcançada a compreensão do conflito, o mediador deve estimular a reflexão das partes para a busca de

¹⁷ Para Maria Berenice Dias e Giselle Groeninga (DIAS, GROENINGA, 2001, p. 62), a mediação possibilita "a reorganização das relações de modo a contemplar o futuro".

¹⁸ Segundo Lília Maia de Moraes Sales (SALES, 2007, p. 79), o mediador deve ser um terceiro imparcial que auxilia o diálogo entre as partes com o intuito de transformar o conflito apresentado, diminuindo a hostilidade entre os envolvidos, de modo a possibilitar o encontro de uma solução satisfatória. É papel do mediador auxiliar na comunicação, na identificação de interesses comuns e deixar as partes livres para explicarem a sua conduta e os seus sentimentos com relação ao litígio, com o objetivo de estimular a reflexão sobre o problema posto, para que a solução tenha origem a partir da manifestação das próprias partes, outrora adversas.

¹⁹ Manual de Mediação Judicial do CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Organizado por André Gomma de Azevedo. 6a Edição (Brasília/DF:CNJ), 2016. P. 150.

soluções. Por fim, caso sejam propostas e aceitas soluções, deverá ser redigido o competente termo para a formalização acerca da resolução da controvérsia.

Vale ressaltar que não há restrição com relação ao uso da mediação, seja na esfera judicial, seja na esfera administrativa. Na verdade, justamente em virtude da flexibilidade conferida pelo processo acima descrito, a mediação pode ser aplicada como ferramenta para a resolução de conflitos de diversas naturezas; sendo o seu principal ponto de destaque a construção democrática do consenso pelas próprias partes.

2.1.3 Conciliação

Esclarecidos os aspectos concernentes à mediação, cumpre pontuar que a conciliação também consiste em um processo de solução de conflitos autocompositivo, no qual as partes são auxiliadas por terceiros, por meio de técnicas adequadas, com o objetivo de se chegar a uma solução ou acordo. Contudo, nesta modalidade, o terceiro imparcial que presta auxílio às partes possui competência para opinar, sugerir e aproximá-las, visando a resolução do conflito através do consenso, o que, em virtude do maior grau de intervenção do conciliador, tende a propiciar o encerramento mais breve do litígio.

Segundo José Maria Rossani Garcez (GARCEZ, 2004, p. 54):

No Brasil, a expressão conciliação tem sido vinculada principalmente ao procedimento judicial, sendo exercida por juízes, togados ou leigos, ou por conciliadores bacharéis em direito, e representa, em realidade, um degrau mais em relação à mediação, isto significando que o conciliador não se limita apenas a auxiliar as partes a chegarem, por elas próprias, a um acordo, mas também pode aconselhar e tentar induzir as mesmas a que cheguem a este resultado, fazendo-as divisar seus direitos, para que possam decidir mais rapidamente.

Na mesma toada, Cristina Ayoub (RICHE, 2001, p. 26) também faz distinção entre o processo de conciliação e mediação com base na postura do terceiro facilitador, defendendo que, na mediação, o terceiro se posiciona como um "potencializador das sugestões trazidas pelas próprias partes para a solução de controvérsia". Já na conciliação, o terceiro não se apresenta somente como facilitador do diálogo entre as partes, mas sim como um terceiro

interventor, o qual deverá, com base no relato das partes, propor soluções para que estas componham amigavelmente.

Assim, defende Lília Sales (SALES, 2007) que a conciliação se apresenta mais eficaz e adequada para a orientação de conflitos que não envolvem profunda carga emocional, isto é, nos quais as partes não mantêm, não mantiveram ou não manterão relacionamento significativo ou contínuo, de modo que buscam um acordo de forma mais ágil, seja para resolver uma controvérsia comum ou um processo judicial. Em outras palavras, destinam-se, com maior adequação, à resolução de conflitos esporádicos e menos complexos, os quais permitem a intervenção de um terceiro de forma mais incisiva, sem causar prejuízo às partes envolvidas seja em curto ou a longo prazo.

De todo modo, segundo Braga Neto (BRAGA NETO, 2003, p. 19-32), as etapas do procedimento de conciliação são bastante semelhantes às etapas do procedimento de mediação: apresentação dos envolvidos; esclarecimentos iniciais a respeito das regras que regem o processo de conciliação; exposição dos fatos pelas partes; esclarecimentos sobre o conflito; criação de opções para a resolução do conflito com o auxílio e intervenção do conciliador e, se as partes chegarem a um consenso, a redação do acordo. As diferenças, portanto, consistem na participação diferenciada do terceiro, conciliador, o qual se posiciona de forma ativa perante as partes, opinando e direcionando as discussões para o consenso, como também a duração necessária para o êxito do tratamento de demanda, haja vista que, com a influência de um terceiro interventor, não envolvido com o litígio em discussão, em regra, chega-se a um consenso de forma mais rápida.

2.1.4 Arbitragem

A exemplo das ferramentas para a resolução de conflitos acima indicadas, a arbitragem também é um método que, para ser utilizado, deve ser escolhido de comum acordo entre as partes envolvidas e conta com a participação de um terceiro para o encerramento do litígio. No entanto, nesse caso, o terceiro imparcial escolhido pelas partes não somente opina ou sugere soluções, como também decide a controvérsia, caso não haja composição livre e voluntária entre as partes.

Consoante afirmam Braga Neto e Lia Regina Castaldi (BRAGA NETO, Adolfo. SAMPAIO, Lia Regina Castaldi, 2007, p. 14):

A arbitragem é um meio de resolução de controvérsias, referentes a direitos patrimoniais disponíveis²⁰, no qual ocorre a intervenção de um terceiro independente e imparcial, que recebe poderes de uma convenção denominada arbitral para decidir por elas, sendo sua decisão equivalente a uma sentença judicial.

Infere-se, portanto, que, no uso da arbitragem, basta haver construção de consenso entre as partes no que se refere à escolha do método para a resolução da controvérsia existente, não sendo exigida a composição amigável para o encerramento do litígio. A resolução deste é atribuída a um terceiro imparcial, o qual irá proferir decisão para o caso, também chamada de sentença arbitral, com força de título executivo judicial, nos termos do art. 515, VII, da Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil)²¹.

No Brasil, a arbitragem se encontra regulamentada através da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, a qual, por sua vez, prevê expressamente que:

Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§ 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. [\(Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015\)](#) [\(Vigência\)](#)

§ 2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações.

²⁰ Segundo Cláudio Lima (LIMA, 1997, p. 92), “são patrimoniais os direitos relativos a bens que podem ser apreciados economicamente, quantificados em moeda. Disponíveis são os direitos que se referem a bens apropriáveis, alienáveis, que se encontram no comércio jurídico”. De outro modo, mas não de forma contrária, manifesta-se Eduardo Talamini (TALAMINI, 2017, p. 99) no sentido de que a “patrimonialidade também se configura pela aptidão de o inadimplemento ser reparado, compensado ou neutralizado por medidas com conteúdo econômico”.

²¹ Lei n. 9.307 de 1996. Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

Nestes termos, não restam dúvidas de que, caso queira, a Administração Pública também poderá se valer da arbitragem para a resolução de conflitos que envolvam direitos patrimoniais disponíveis.

No que se refere ao terceiro responsável pela resolução da controvérsia, cumpre esclarecer que, à luz do disposto nos artigos 13 e 14 da referida norma, o árbitro será escolhido de comum acordo entre as partes e poderá ser qualquer pessoa capaz para a prática dos atos da vida civil, confiável, observadas as seguintes vedações:

Art. 14. Estão impedidos de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil.

§ 1º As pessoas indicadas para funcionar como árbitro têm o dever de revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência.

§ 2º O árbitro somente poderá ser recusado por motivo ocorrido após sua nomeação. Poderá, entretanto, ser recusado por motivo anterior à sua nomeação, quando:

- a) não for nomeado, diretamente, pela parte; ou
- b) o motivo para a recusa do árbitro for conhecido posteriormente à sua nomeação.

A escolha do árbitro é fundamental para o processo de arbitragem, visto que, nos termos do art. 21 da Lei n. 9.307, a rigor, o procedimento de resolução da controvérsia obedecerá ao que as partes acordarem a título de regras procedimentais. No entanto, caso as partes não tenham definido os preceitos aplicáveis, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral a disciplina do método eleito.

De toda forma, independente do procedimento estabelecido, seja pelas partes ou pelo árbitro, importa destacar que, por força no art. 21, §2, da Lei n. 9.307, durante a arbitragem, “Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento”, o que também torna a arbitragem um procedimento democrático, com ampla participação das partes. A grande diferença é que, ao final, não é redigido um acordo pelas partes, mas proferida uma decisão irrecorrível por parte do árbitro, o qual atua como juiz de fato e de direito e não

depende de homologação do Poder Judiciário para a solução definitiva da controvérsia (art. 18 da Lei n. 9.307).

Por outro lado, embora não exista recurso próprio com o objetivo de reforma de decisões arbitrais, estas podem ter a sua validade perante o Poder Judiciário, com base nas hipóteses previstas no art. 32 da Lei de Arbitragem:

- Art. 32. É nula a sentença arbitral se:
- I - for nula a convenção de arbitragem; [\(Redação dada pela Lei nº 13.129, de 2015\)](#) [\(Vigência\)](#)
 - II - emanou de quem não podia ser árbitro;
 - III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei;
 - IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem;
 - ~~V - não decidir todo o litígio submetido à arbitragem;~~
[\(Revogado pela Lei nº 13.129, de 2015\)](#) [\(Vigência\)](#)
 - VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva;
 - VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e
 - VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.

Nestes termos, embora mais próxima da formatação em que se apresenta o processo judicial, a arbitragem ainda se apresenta como uma alternativa interessante frente à longa duração média dos processos judiciais e ao fato de que se trata de um procedimento escolhido de forma consensual pelas partes envolvidas, para a resolução de suas próprias questões.

Em suma, conclui-se que as vantagens da arbitragem para a resolução de litígios são: celeridade no alcance do objetivo final das partes; customização do processo; confidencialidade e liberdade para escolha do árbitro; fatores estes que demonstram a superioridade e a eficácia dos métodos de resolução extrajudicial de conflitos, quando comparados aos burocráticos processos judiciais.

2.2 Métodos de solução de conflitos no âmbito das agências reguladoras

Realizada uma breve explanação a respeito dos principais métodos de resolução extrajudicial de conflitos utilizados no Brasil, cumpre repisar a inexistência de vedação legal para a ampla utilização dos mesmos por parte da Administração Pública, incluídas as agências

reguladoras, como instrumento de pacificação social. Para tanto, basta que as partes envolvidas nos litígios apresentados assim permitam e desejem expressamente.

Na verdade, conforme afirmam Lara Caxico e Marlene Kempfer (CAXICO, KEMPFER, 2017, p. 44-45), “A reforma do Estado, ocorrida a partir de 1995, buscou o equilíbrio entre a participação democrática, o atendimento ao cidadão, a ampliação do mercado e a promoção da eficiência administrativa”. Assim, para que tal intento se concretizasse, foram criadas Agências, cuja “importante atuação de fiscalização para fazer cumprir as leis e regulamentos soma-se ainda à possibilidade de recorrer à solução extrajudicial de conflitos, atuações que destacam a característica gerencial das agências reguladoras”.

Tal afirmação vai ao encontro do que afirma Maria D’assunção Menezello (MENEZELLO, 2002), quando esta defende a possibilidade de as agências reguladoras se posicionarem como instrumentos de democracia participativa, em busca da defesa dos direitos, garantias e regras previstas na Constituição Federal e acrescenta que, conforme dito alhures, as agências funcionam órgão intermediário entre a sociedade e o Poder Público, realizando a função de um mediador de interesses, proporcionando uma maior flexibilidade e comunicabilidade entre eles.

Na mesma toada, conclui Cilana Rabelo (RABELO, 2008, p. 30) que:

Os objetivos do Estado Democrático de Direito podem ser otimizados se forem buscados de forma consensual, e isso se reflete em todos os poderes. Assim, métodos democráticos de solução de conflitos, antes experimentados predominantemente na esfera das relações privadas, encontram guarida atualmente, no campo da Administração Pública.

Ciente e de acordo com tais premissas, em novembro de 2010, o Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução n. 125, instituiu a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado aos Conflitos de Interesses, por entender que “o direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa e a soluções efetivas”, bem como que:

[...] a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que a sua apropriada disciplina em programas já implementados no país tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças.

A partir de então, passam a ser institucionalizadas várias práticas alternativas e complementares à judicialização dos conflitos sociais, visando não somente a sua redução quantitativa e, conseqüentemente, a obtenção de melhores resultados por parte do Poder Judiciário em termos de desempenho, mas também o amadurecimento da população, em busca de desenvolvimento social, de forma democrática e participativa.

Com suas diretrizes programáticas, a referida norma institui um marco no cenário nacional no que se refere à organização do Poder Judiciário e, por consequência, de várias outras instituições, a exemplo das agências reguladoras, “com vista à boa qualidade dos serviços e à disseminação da cultura de pacificação social” (art. 2 da Resolução 125 de 2010).

A partir do seu art. 7, a referida resolução orienta a criação de Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos e órgãos afins, coordenados por pessoas habilitadas para o gerenciamento dos litígios apresentados, bem como defende o fomento à capacitação crescente de pessoas em conciliação e mediação, com o objeto de materializar, de forma cada vez mais sólida e expressiva, o princípio da eficiência no tratamento das relações sociais no Brasil.

Iniciam-se, assim, uma série de movimentações sociais e legislativas para a implementação das diretrizes criadas e fomentadas pela referida norma não só no âmbito do Poder Judiciário, mas em outras esferas do poder público.

O art. 1o, § 1o da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996 (com redação dada pela Lei n.o 13.129/2015) confere à administração pública a prerrogativa de fazer uso do processo de arbitragem para solucionar conflitos relativos à discussão acerca de direitos patrimoniais disponíveis. A Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015 autoriza e incentiva que a Administração Pública preveja e resolva seus conflitos por meio da conciliação e mediação (art. 32). Além disso, o novo Código de Processo Civil, instituído pela Lei n. 13.105, de 16 de

março de 2015, afirma que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos.

No âmbito das agências reguladoras, como exemplo, tem-se a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL que, com base em sua lei de criação, a Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997, art. 19, XVII, passou a ser competente pela composição administrativa de conflitos de interesses que envolvem prestadoras de serviços de telecomunicações. E, dentre outras, a ANS, a qual, através da Lei n. 9.961, de 28 de janeiro de 2000, recebeu a incumbência de se articular com os órgãos de defesa do consumidor, visando a proteção destes no âmbito das relações assistenciais de prestação de serviços (art. 4, XXXVI).

Isso ocorre, porque, como defende Ivo César Barreto de Carvalho (CARVALHO, 2013, p. 189):

A realidade e a eficiência devem caminhar juntas no âmbito da Administração Pública moderna, a fim de que o cidadão possa participar e entender que ele também é parte integrante, e não elemento estranho, ao Estado. Tal aproximação se mostra ainda muito mais razoável nas agências reguladoras, tendo em vista a ausência nestas do componente político. Conceitualmente, estas autarquias não estão a defender interesses de um determinado grupo político atuante no governo, mas de propiciar a prestação mais adequada e eficiente dos serviços públicos regulados.

Ademais, conforme defende Carlos Alberto de Salles, alternativas à judicialização de conflitos em âmbito privado são priorizadas, porque promovem “celeridade, a confidencialidade, a especialização no tema a se decidir, a economia de recursos materiais e humanos, o menor grau de enfrentamento entre as partes, a flexibilidade, a maior participação das partes e a maior proximidade delas com o árbitro” (SALLES, 2011, p. 11). Por mais esse motivo, as agências reguladoras não poderiam deixar de trabalhar tais métodos em seus campos de atuação.

Corroborando com esse raciocínio, Luiz Ricardo Trindade Bacellar (BACELLAR, 2009, p. 59), quando elucida que o fato de as agências reguladoras serem tecnicamente especialistas em seu âmbito de atuação as torna ainda mais indicadas para solucionar conflitos referentes a temas que lhes tangenciam, pois propiciam a resolução da demanda de forma mais eficiente e positiva, em virtude do tipo de conhecimento que lhes é exigido. E, de forma complementar, Ivo César Barreto de Carvalho (CARVALHO, 2013, p. 191), quando explica que:

No exercício do papel mediador de conflitos, as agências reguladoras, dada a alta tecnicidade no conhecimento da matéria objeto do conflito e a inexistência dos conhecidos entraves burocráticos inerentes ao Poder Judiciário brasileiro, propiciam decisões mais eficientes e com aplicabilidade mais imediata em relação às partes envolvidas. Ademais, a inexistência de custas é um motivador para que as partes envolvidas (usuário do serviço e entidade regulada prestadora do serviço) busquem tal caminho para a solução de seus conflitos.

Nesse contexto, surge a necessidade de se promover estudos a respeito das práticas para resolução consensual de conflitos no setor da saúde suplementar, principalmente quando se observa que, nos termos de José Menescal de Andrade Júnior (ANDRADE JÚNIOR, 2016, p. 67):

A saúde suplementar traz consigo uma contradição. É um setor altamente regulado e detalhadamente dissecado pelos órgãos reguladores e fiscalizadores, o que, em princípio, faria supor que, com todo esse universo caudaloso de normas, não houvesse dúvidas e conflitos, não houvesse demandas judiciais. Mas não. Paradoxalmente, é alta a conflituosidade, é extremamente elevado o número de reclamações e ações de ordem administrativa e judicial que acometem as relações ensejadas pelos planos e seguros de saúde.

3 AS PRÁTICAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS ADOTADAS NA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR – ANS

Concluídos os estudos preliminares necessários para a correta análise do tema, neste capítulo, serão abordadas as práticas adotadas pela ANS para a resolução das controvérsias oriundas das relações firmadas entre as operadoras de planos privados de assistência à saúde e os consumidores integrantes de tal mercado, com o objetivo de identificar se os modelos adotados são, de fato, adequados à finalidade a que se propõem e, principalmente, à construção e ao fomento da paz social.

Para tanto, antes de tal abordagem, faz-se necessário apresentar a estrutura da agência a nível organizacional, visando identificar, igualmente, o setor diretamente competente pelo tratamento dos conflitos registrados.

3.1 A atuação da ANS no setor de saúde suplementar

Apesar da expressividade, importância e, principalmente, da permissão constitucional de 1988 para a criação e o fomento da saúde suplementar, até 1998, antes da publicação da Lei n. 9.656, de 3 de junho de 1998, ainda não havia regulamentação formal e específica a respeito da atividade de prestação de serviços privados de assistência à saúde.

Foi a partir da referida norma que o setor privado teve as suas atividades inicialmente reguladas, todavia, ainda sem um ente específico para cobrar e fiscalizar o cumprimento das regras criadas com o intuito de conferir maior qualidade e segurança à saúde suplementar.

Assim, em 28 de janeiro de 2000, por meio da Lei n. 9.961:

Art. 1º É criada a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, autarquia sob o regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, com sede e foro na cidade do Rio de Janeiro - RJ, prazo de duração indeterminado e atuação em todo o território nacional, como órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde.

Afora o artigo acima transcrito, de forma mais específica, a referida norma, em seu art. 4, previu as competências da ANS, dentre as quais, conforme já elucidado, encontra-se o dever de regular, acompanhar e fiscalizar as atividades das operadoras de planos de saúde, bem como, de forma indireta, mediar os conflitos decorrentes da prestação dos serviços de assistência à saúde em âmbito privado, com o objetivo de promover a eficácia da proteção e defesa do consumidor e, principalmente, zelar pela qualidade dos serviços disponibilizados à população.

Ao longo dos seus 18 anos de existência, a ANS já publicou mais de 400 (quatrocentas) normas e dezenas de entendimentos, com o fito de regular a atividade de assistência à saúde no setor privado, o que, por consequência, também a levou ao acompanhamento de milhares de procedimentos pré processuais e processos administrativos propriamente ditos, com vistas à promoção e garantia do direito à saúde de forma legítima e sustentável²².

Todo esse trabalho foi realizado de forma descentralizada, por parte dos diversos setores da Agência, de acordo com o que estabelece a Lei n. 9.961 e os regimentos internos publicados, previstos por meio de resoluções regimentais, cuja redação mais recente se encontra na Resolução Regimental n. 01, de 17 de março de 2017.

3.2 Estrutura organizacional da agência

A ANS teve a sua estrutura organizacional pensada e montada de modo a viabilizar a autonomia e, ao mesmo tempo, a harmonia entre os seus diversos setores²³, ficando a cargo da

²² Informações disponíveis em <http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/sobre-a-ans/4296-ao-completar-18-anos-ans-faz-balanco-e-projeta-proximas-acoas>. Acesso em: 19 de agosto de 2018.

²³ Resolução Regimental n. 01, de 17 de março de 2017. Art. 2º A ANS terá a seguinte estrutura básica:

I - Diretoria Colegiada - DICOL;

a) Presidência – PRESI;

b) Diretoria de Desenvolvimento Setorial - DIDES;

c) Diretoria de Normas e Habilitação das Operadoras - DIOPE;

d) Diretoria de Normas e Habilitação dos Produtos - DIPRO;

e) Diretoria de Fiscalização - DIFIS; e

f) Diretoria de Gestão - DIGES;

g) Secretaria Geral da Diretoria Colegiada – SEGER;

II - Procuradoria Federal junto à ANS - PROGE;

III - Ouvidoria - OUVID;

IV - Corregedoria - PPCOR;

Diretoria de Fiscalização, através de seus núcleos descentralizados, a tarefa de verificar o cumprimento das normas de saúde suplementar e intermediar os conflitos inerentes à prestação de serviços assistenciais entre as operadoras e os consumidores:

RESOLUÇÃO REGIMENTAL Nº 01, DE 17 DE MARÇO DE 2017

Institui o Regimento Interno da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, e dá outras providências.

[...]

Art. 11 À Diretoria de Fiscalização - DIFIS compete:

I - fiscalizar as atividades das operadoras de planos privados de assistência à saúde e zelar pelo cumprimento das normas atinentes ao seu funcionamento;

II - fiscalizar o cumprimento das disposições da Lei no 9.656, de 1998, e de sua regulamentação;

III – instaurar, instruir e decidir em primeira instância os processos administrativos destinados à apuração de infrações aos dispositivos legais ou infra legais disciplinadores do mercado de saúde suplementar, bem como aplicar as correspondentes penalidades, se for o caso, excetuados os que tenham por objeto o não envio ou o envio irregular das informações ou dos documentos obrigatórios, cuja decisão poderá ser delegada a outros agentes ou órgãos da ANS;

IV - promover a articulação com os órgãos e entidades integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC e da sociedade civil organizada, inclusive ações de cooperação técnica, visando a eficácia da proteção e defesa do consumidor de serviços de assistência suplementar à saúde, observado o disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990;

[...]

VII - promover medidas que visem à mediação ativa de interesses entre os agentes regulados, com vistas à solução consensual dos casos de conflito;

V - Auditoria Interna - AUDIT;

VI - Câmara de Saúde Suplementar - CAMSS; e

VII - Comissão de Ética - CEANS.

§1º A PROGE, a OUVID, a PPCOR, a AUDIT, a CAMSS e a CEANS são órgãos vinculados à DICOL.

§2º Os demais órgãos integrantes da estrutura organizacional básica da ANS estão representados no organograma de que trata o Anexo I da presente Resolução Regimental.

§3º As atribuições dos órgãos que compõem a estrutura básica da ANS, bem como as dos órgãos que a completam estão definidas em instrumento específico.

Art. 3º Os Cargos Commissionados de Gerência Executiva - CGE, de Assessoria - CA e Técnicos - CCT serão nomeados pelo Diretor-Presidente.

Parágrafo único. Os ocupantes dos cargos e funções previstos no caput, quando titulares dos órgãos previstos no Art. 2º, serão substituídos, em suas faltas e impedimentos, por agentes públicos previamente designados pelo Diretor-Presidente.

Art. 4º A indicação do Diretor, substituto do Diretor-Presidente da ANS, é da competência do Ministro de Estado de Saúde.

Art. 5º Os Diretores serão substituídos pelo respectivo Diretor-Adjunto. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MzM5MA==>. Acesso em: 19 de agosto de 2018.

[...]

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

Para o exercício de tais atividades, a Diretoria de Fiscalização de ANS teve como referência inicial específica a Resolução Normativa - RN n. 48, de 19 de setembro de 2003 da Diretoria Colegiada, a qual dispunha sobre o processo administrativo para apuração de infrações e aplicação de sanções e, depois de 11 (onze) alterações, foi revogada pela Resolução Normativa – RN n. 388, de 25 de novembro de 2015, então vigente. Esta, por sua vez, dispõe sobre os procedimentos adotados pela ANS para a estruturação e realização de suas ações fiscalizatórias; em atenção ao disposto na Lei n. 9.961, na Lei n. 9.656 e, ainda, na Resolução Normativa n. 124, de 30 de março de 2006, a qual versa sobre a aplicação de penalidades para as infrações no âmbito da saúde suplementar, em cumprimento ao que preveem os artigos 25, 26, 27, 28 e 29 da Lei n. 9.656²⁴.

²⁴ Lei n. 9.656, de 03 de junho de 1998. Art. 25. As infrações dos dispositivos desta Lei e de seus regulamentos, bem como aos dispositivos dos contratos firmados, a qualquer tempo, entre operadoras e usuários de planos privados de assistência à saúde, sujeitam a operadora dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, seus administradores, membros de conselhos administrativos, deliberativos, consultivos, fiscais e assemelhados às seguintes penalidades, sem prejuízo de outras estabelecidas na legislação vigente: [\(Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#) [\(Vigência\)](#)

I - advertência;

II - multa pecuniária;

III - suspensão do exercício do cargo;

IV - inabilitação temporária para exercício de cargos em operadoras de planos de assistência à saúde; [\(Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

V - inabilitação permanente para exercício de cargos de direção ou em conselhos das operadoras a que se refere esta Lei, bem como em entidades de previdência privada, sociedades seguradoras, corretoras de seguros e instituições financeiras.

VI - cancelamento da autorização de funcionamento e alienação da carteira da operadora. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

Art. 26. Os administradores e membros dos conselhos administrativos, deliberativos, consultivos, fiscais e assemelhados das operadoras de que trata esta Lei respondem solidariamente pelos prejuízos causados a terceiros, inclusive aos acionistas, cotistas, cooperados e consumidores de planos privados de assistência à saúde, conforme o caso, em consequência do descumprimento de leis, normas e instruções referentes às operações previstas na legislação e, em especial, pela falta de constituição e cobertura das garantias obrigatórias. [\(Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

Art. 27. A multa de que trata o art. 25 será fixada e aplicada pela ANS no âmbito de suas atribuições, com valor não inferior a R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) e não superior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) de acordo com o porte econômico da operadora ou prestadora de serviço e a gravidade da infração, ressalvado o disposto no § 6º do art. 19. [\(Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

Art. 28. [\(Revogado pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

As normas em referência sempre permitiram que a ANS atuasse de ofício, isto é, sem o estímulo direto e específico de algo ou alguém, e/ou a partir de denúncia anônima ou identificada, registrada por consumidores do setor de saúde suplementar ou outros atores que o integram. Contudo, apesar da possibilidade de conferir tratamento diferenciado às reclamações nas quais era possível a identificação dos consumidores, até 2010, a ANS não promovia ações diretas e específicas com vistas à resolução consensual dos conflitos entre consumidores e operadoras de planos de saúde.

Art. 29. As infrações serão apuradas mediante processo administrativo que tenha por base o auto de infração, a representação ou a denúncia positiva dos fatos irregulares, cabendo à ANS dispor sobre normas para instauração, recursos e seus efeitos, instâncias e prazos. [\(Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

§ 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: [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

I - cessar a prática de atividades ou atos objetos da apuração; e [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

II - corrigir as irregularidades, inclusive indenizando os prejuízos delas decorrentes. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

§ 2º O termo de compromisso de ajuste de conduta conterá, necessariamente, as seguintes cláusulas: [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

I - obrigações do compromissário de fazer cessar a prática objeto da apuração, no prazo estabelecido; [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

II - valor da multa a ser imposta no caso de descumprimento, não inferior a R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) e não superior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) de acordo com o porte econômico da operadora ou da prestadora de serviço. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

§ 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. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

§ 4º O descumprimento do termo de compromisso de ajuste de conduta, sem prejuízo da aplicação da multa a que se refere o inciso II do § 2º, acarreta a revogação da suspensão do processo. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

§ 5º Cumpridas as obrigações assumidas no termo de compromisso de ajuste de conduta, será extinto o processo. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

§ 6º Suspende-se a prescrição durante a vigência do termo de compromisso de ajuste de conduta. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

§ 7º Não poderá ser firmado termo de compromisso de ajuste de conduta quando tiver havido descumprimento de outro termo de compromisso de ajuste de conduta nos termos desta Lei, dentro do prazo de dois anos. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

§ 8º O termo de compromisso de ajuste de conduta deverá ser publicado no Diário Oficial da União. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

§ 9º A ANS regulamentará a aplicação do disposto nos §§ 1º a 7º deste artigo. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

Somente em 5 de agosto de 2010, com a publicação da Resolução Normativa – RN n. 226 da ANS, foi criado um instrumento específico para aproximar consumidores e operadoras, em busca de uma solução mais adequada dos conflitos instalados, antes da imputação de quaisquer penalidades à operadora reclamada. Nesse momento, foi instituído o procedimento de Notificação de Investigação Preliminar – NIP²⁵, o qual, em 2013, com a publicação da Resolução Normativa – RN n. 343, de 7 de dezembro de 2013, passaria a se chamar Notificação de Intermediação Preliminar – NIP²⁶, nomenclatura mantida na Resolução Normativa – RN n. 388, de 2015.

3.3 Método extrajudicial adotado pela ANS para a solução de conflitos entre operadoras de planos privados de assistência à saúde e consumidores

Com a publicação da Resolução Normativa – RN n. 388, de 2015, a NIP passa a ser um instrumento necessário e obrigatório, de caráter pré-processual, através do qual a agência viabiliza o contato entre consumidores e operadoras de planos de saúde, com o intuito de

²⁵ Resolução Normativa – RN n. 226, de 5 de agosto de 2010. Art. 1º Esta resolução normativa institui o procedimento da Notificação de Investigação Preliminar - NIP e altera a redação do art. 11 da Resolução Normativa - RN nº 48 de 19 de setembro de 2003, alterado pela RN nº 142 de 21 de dezembro de 2006.

§ 1º O procedimento da NIP consiste em um instrumento que visa a solução de conflitos entre consumidores e operadoras de planos privados de assistência à saúde, acerca das demandas de negativa de cobertura.

§ 2º As demandas de negativa de cobertura a serem processadas na NIP se restringem aos casos em que o procedimento ou evento em saúde ainda não foi realizado ou foi realizado às expensas do consumidor.

²⁶ Resolução Normativa – RN n. 343, de 17 de dezembro de 2013. Art. 1º Esta Resolução Normativa regulamenta a forma de processamento das demandas de reclamação; o procedimento da Notificação de Intermediação Preliminar - NIP; altera a Resolução Normativa - RN nº 48, de 19 de setembro de 2003; e revoga a RN nº 226, de 5 de agosto de 2010.

Parágrafo único. A presente Resolução aplica-se a todas as operadoras de planos privados de assistência à saúde, inclusive às administradoras de benefício.

Art. 2º O procedimento da NIP consiste em um instrumento de mediação que visa à solução consensual de conflitos entre consumidores e operadoras de planos privados de assistência à saúde.

Art. 3º Para fins desta Resolução consideram-se:

I - NIP assistencial: a notificação que terá como referência toda e qualquer restrição de acesso à cobertura assistencial; e

II - NIP não assistencial: a notificação que terá como referência outros assuntos que não a cobertura assistencial, desde que o consumidor seja diretamente afetado pela conduta e a situação seja passível de mediação.

promover a resolução dos litígios que chegarem ao seu conhecimento por meio do registro de reclamação em seus canais de atendimento (art. 5).

Nos termos do art. 6, §1º, “São consideradas demandas de reclamação aquelas em que o beneficiário ou seu interlocutor relate o descumprimento de normas legais, regulamentares ou contratuais obrigatórias por parte de operadora”.

Assim, recepcionadas demandas que se enquadrem nessa classificação, é instaurado o procedimento da NIP, que, por sua vez, é constituído pelas fases de notificação preliminar e análise fiscalizatória, processadas exclusivamente por meio eletrônico (art. 9).

Somadas as fases acima, disciplinadas pelas normas compreendidas entre os artigos 10 e 16 da mencionada resolução, identifica-se todo o método para a resolução consensual de conflitos em saúde suplementar criado e utilizado pela ANS atualmente, o qual, em suma, é composto pelas seguintes etapas: recebimento da reclamação registrada pelo consumidor; notificação da Operadora para que esta adote as medidas necessárias à resolução do conflito junto ao consumidor nos prazos máximos de 5 (cinco) ou 10 (dez) dias úteis, a depender do tipo de objeto da reclamação; envio de resposta formal e escrita por parte da Operadora à ANS relatando o ocorrido, acompanhada dos documentos pertinentes; e análise da resposta e dos documentos enviados por parte da ANS, a fim de averiguar a resolução da demanda pelas partes no prazo estipulado.

Caso o conflito seja comprovadamente solucionado, a demanda é arquivada, sem a aplicação das penalidades previstas na Resolução Normativa – RN n. 124, de 30 de março de 2006, a qual dispõe sobre a aplicação de penalidades para as infrações à legislação dos planos privados de assistência à saúde. Por outro lado, se a reclamação não tiver sido satisfeita ou se a satisfação ocorrer fora dos prazos propostos, a ANS instaurará a fase de análise fiscalizatória, com vistas a classificar a demanda em (art. 14): não procedente²⁷; resolvida

²⁷ Resolução Normativa – RN n. 388. Art. 15. Serão classificadas como não procedentes as demandas em que não forem constatadas irregularidades na conduta da operadora, hipótese em que as demandas serão finalizadas.

através da reparação voluntária e eficaz - RVE²⁸; não resolvida; beneficiário não pertence à operadora; demanda em duplicidade; ou insuficiência de dados mínimos para identificação do beneficiário, da operadora e da infração relatada.

Diante da classificação da demanda como não resolvida, à luz do art. 16 da referida norma, é feito o encaminhamento da reclamação ao setor competente para a lavratura de auto de infração fundamentado nas disposições previstas na Resolução Normativa – RN n. 124, de 2006, com abertura do correspondente processo sancionador.

As demais classificações permitem o arquivamento da demanda, sem a imputação das penalidades previstas na Resolução Normativa – RN n. 124, de 2006, à Operadora reclamada.

Note-se que, em momento algum, é proposto o encontro ou a reunião entre as partes para a discussão democrática sobre a demanda e, principalmente, acerca da melhor forma de resolvê-la. Do mesmo modo, também não é disponibilizada uma reunião entre as partes e a ANS, com vistas ao estabelecimento do diálogo ou ao esclarecimento a respeito das normas que regulam o setor de saúde suplementar. Na verdade, a facilitação promovida pela Agência é apenas virtual e indireta, sem a sua efetiva participação ou interferência.

Outro ponto importante a ser destacado é o fato de que, ainda que o prestador do serviço tenha incorrido em erro e deseje repará-lo, mesmo que se trate de erro que envolva dano estritamente material, não é possível acordar de forma livre os termos do acordo a ser celebrado entre as partes envolvidas, uma vez que o art. 20, § 3º, da RN n. 388 da ANS, prevê expressamente que:

²⁸ Resolução Normativa – RN n. 388. Art. 20. Considera-se reparação voluntária e eficaz - RVE a adoção pela operadora de medidas necessárias para a solução da demanda, resultando na reparação dos prejuízos ou danos eventualmente causados e no cumprimento útil da obrigação.

§ 1º Nos casos tratados através do procedimento NIP, a reparação voluntária e eficaz somente será reconhecida caso a operadora adote as medidas previstas no caput deste artigo nos prazos definidos no art. 10 desta Resolução.

§ 2º Nos demais casos, somente será reconhecida a RVE caso a operadora adote as medidas previstas no caput em data anterior à lavratura do auto de infração ou de representação.

§ 3º Na hipótese de cobrança de valores indevidos ao beneficiário diretamente pela operadora, a prova inequívoca deverá ser feita por meio de apresentação de documentação que comprove a devolução em dobro da quantia paga, acrescida de juros e correção monetária, quando será reconhecida a RVE, desde que observados os prazos previstos nos parágrafos 1º e 2º deste artigo.

Art. 20. Considera-se reparação voluntária e eficaz - RVE a adoção pela operadora de medidas necessárias para a solução da demanda, resultando na reparação dos prejuízos ou danos eventualmente causados e no cumprimento útil da obrigação.

§ 1º Nos casos tratados através do procedimento NIP, a reparação voluntária e eficaz somente será reconhecida caso a operadora adote as medidas previstas no caput deste artigo nos prazos definidos no art. 10 desta Resolução.

§ 2º Nos demais casos, somente será reconhecida a RVE caso a operadora adote as medidas previstas no caput em data anterior à lavratura do auto de infração ou de representação.

§ 3º Na hipótese de cobrança de valores indevidos ao beneficiário diretamente pela operadora, a prova inequívoca deverá ser feita por meio de apresentação de documentação que comprove a devolução em dobro da quantia paga, acrescida de juros e correção monetária, quando será reconhecida a RVE, desde que observados os prazos previstos nos parágrafos 1º e 2º deste artigo.

Nestes termos, mesmo que a resolução do conflito seja proposta de forma bilateral e consensual pelas próprias partes e, ainda que o objeto do litígio possua natureza estritamente patrimonial, não é possível a estipulação de acordo da forma que as partes quiserem acordar. Para que a demanda seja considerada como resolvida, sem a aplicação de penalidades, é necessário comprovar o seu encerramento nos moldes previamente estabelecidos pela ANS.

Além disso, os prazos concedidos às partes para a resolução das demandas não são livres. São opostos prazos em dias e improrrogáveis para que as partes resolvam, por si só, as suas desavenças, sob pena da lavratura de auto de infração, com a provável aplicação de multa pecuniária em desfavor das Operadoras, em valor manifestamente expressivo, conforme se apresentam as penas pecuniárias previstas pela norma competente. Na espécie, nem mesmo se as partes desejarem compor amigavelmente em prazo diverso será possível finalizar a demanda em termos diferentes do que são propostos pela resolução, pois não há previsão normativa para tanto.

Nestes termos, pode-se afirmar que, mesmo quando propõe às partes a possibilidade de resolução dos conflitos apresentados de forma consensual, a ANS exerce o seu juízo de órgão fiscalizador, fixando as bases para eventual acordo que venha a ser celebrado, sob pena de, em caso de inobservância dos referidos termos, ser instaurado processo administrativo sancionador para a autuação da operadora de planos de saúde acionada. Surge, então, dúvida a

respeito da real adequação da metodologia desenvolvida e aplicada pela ANS à finalidade a que se propõe.

3.3.1 Adequação do método adotado pela agência

Nos termos do art. 5 da Resolução Normativa – RN n. 388 da ANS:

Art. 5º O procedimento da Notificação de Intermediação Preliminar – NIP consiste em um instrumento que visa à solução de conflitos entre beneficiários e Operadoras de planos privados de assistência à saúde - operadoras, inclusive as administradoras de benefícios, constituindo-se em uma fase pré-processual.

Desse modo, se a NIP tem como objetivo a solução de conflitos entre as partes, pelas próprias partes, a estas deveria ser dado o poder, em respeito ao princípio da autonomia da vontade, de estabelecer os termos das soluções propostas e, ainda, os prazos para que as mesmas se concretizem.

No entanto, além de tais possibilidades não serem facultadas às partes, na metodologia desenvolvida pela ANS, se as premissas institucionalizadas não forem respeitadas, mesmo que as partes estejam de comum acordo para a resolução da demanda de forma diversa, o desfecho escolhido não será reputado válido pela Agência e ainda terá como resultado imediato a lavratura de auto de infração em desfavor da operadora de planos de saúde acionada (art. 16).

Não há liberdade para que as partes solucionem os seus conflitos com o resultado que desejarem; fato que, por si só, consiste em manifesta ofensa ao princípio da autonomia da vontade e retira das partes o direito de livre escolha para o gerenciamento de suas próprias vidas, principalmente, quando há ameaça de atuação administrativa para os casos em que as premissas estabelecidas pela legislação não são observadas rigorosa e detalhadamente pelas partes.

Nesses casos, como defende Maria Bittencourt Campos Calou (CALOU, 2016, p. 75):

A “responsabilidade” pela decisão continua a ser integralmente de um ente sem rosto – uma vez que nem as partes, nem mesmo o juiz que atua na causa, respondem pela decisão. Em tais processos, o poder de construir consensos é ainda substituído pelo direito de acesso à decisão imperativa, o

que, sobremaneira não contribui para a sociedade harmoniosa que se pretende construir.

Por outro lado, considerando os resultados divulgados pela ANS, através do Relatório de Resultados da Diretoria de Fiscalização da ANS – Ano 2016, verifica-se que o método utilizado vem produzindo resultados positivos expressivos em termos quantitativos. À luz das informações contidas na página 15 do referido relatório, até 2016, mais de 80% (oitenta por cento) das demandas registradas foram arquivadas em âmbito pré-processual; o que tem permitido, inclusive, maior eficiência nas ações de fiscalização efetiva, consoante apontam os dados disponibilizados na Tabela 3, página 16, do referido relatório.

Em publicações mais atuais, aduz a ANS que, no primeiro trimestre do ano de 2018, foram arquivados através da NIP “91% dos conflitos registrados entre operadoras e beneficiários relativos à cobertura assistencial, e 87,8% relacionados a outros temas que não a cobertura dos planos”²⁹.

Assim, pode-se afirmar que as práticas adotadas pela ANS para a resolução dos conflitos entre prestadores de serviços e consumidores proporcionam condições para que a sua atuação seja mais eficiente. No entanto, ainda não se apresentam como meio ideal para a pacificação social no âmbito da saúde suplementar.

Para tanto, é necessário promover real aproximação entre as partes, de modo que o consumidor não se sinta parte hipossuficiente, dependente da proteção conferida pela ANS para a resolução dos conflitos oriundos da execução de contratos de planos de saúde, bem como maior autonomia para que os agentes envolvidos possam decidir o prazo e os meios necessários para se construir a melhor alternativa de resolução do conflito, sem a ameaça de autuação em caso de insucesso; hipótese em que o consumidor não vê a sua pretensão atendida e a operadora é simplesmente penalizada, sem a produção de qualquer efeito imediato e efetivamente benéfico para o contratante.

²⁹ Informação disponível em: <http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/sobre-a-ans/4514-ans-divulga-dados-de-fiscalizacao-relativos-ao-1-trimestre-de-2018>. Acesso em: 19 de agosto de 2018.

CONCLUSÃO

As agências reguladoras brasileiras surgiram em um contexto de grande transformação social no Brasil, impulsionada pela modificação do paradigma estatal que, inicialmente, defendia a atuação do Estado como o provedor de todos os bens e o prestador de todos os serviços existentes na economia do país e, em meados do século XX, passou a adotar como referência o modelo norte-americano de administração pública gerencial, através do Estado Regulador.

Com isso, a busca pela eficiência das instituições em prol do interesse social se tornou um dos grandes objetivos nacionais, a ser perseguido e alcançado mediante a participação direta da iniciativa privada em determinados setores da economia. Fez-se necessária, nesse momento, a criação de órgãos que realizassem a interface entre o poder público e o ente privado para o melhor controle e fomento das atividades e fornecimento de bens e serviços demandados pela população.

Assim, de forma setorizada, foram criadas agências reguladoras técnicas e especializadas, com competência para normatizar, regular, fiscalizar e controlar as atividades desenvolvidas pelos entes privados, o que implicava ainda, e necessariamente, no gerenciamento dos conflitos delas decorrentes, com o objetivo de promover o cumprimento satisfatório das normas positivadas.

Inicialmente, tais ações de gerenciamento se confundiram com ações de fiscalização. No entanto, de forma mais expressiva a partir do ano de 2010, entendeu-se que a resolução consciente dos conflitos pelas próprias partes envolvidas se apresentava muito mais benéfica e adequada não somente à persecução das metas de desenvolvimento setorial, como também de alcance da pacificação social.

Nesse contexto, as agências reguladoras passaram a fomentar a utilização de métodos extrajudiciais de resolução de controvérsias, dentre os mais populares e eficazes apontados pela doutrina, quais sejam: negociação; mediação; conciliação e arbitragem.

No âmbito da saúde suplementar, a ANS adotou práticas específicas, semelhantes à mediação, as quais lhe permitiram o alcance de resultados bastante expressivos em termos quantitativos. Muitas demandas foram encerradas em instância preliminar, permitindo o melhor desenvolvimento de ações e projetos que demandavam maior e melhor atuação dos agentes estatais.

No entanto, mesmo com os resultados obtidos, verificou-se que a metodologia adotada pela ANS não é bastante democrática e não contribui, necessariamente, com o ideal de pacificação social, uma vez que as partes envolvidas no litígio, em vista das circunstâncias impostas pelo ente regulador, agem, de um lado, motivadas pela ameaça de autuação e, de outro, na esperança de lograr êxito em um provimento que melhor atenda aos seus interesses individuais.

Desse modo, visando contribuir com o tema e as discussões existentes, sugere-se a modificação das normas editadas para que as partes diretamente envolvidas no conflito possam atuar de forma mais livre e consciente, em prol da construção cooperativa de soluções as quais realmente satisfaçam as suas necessidades de forma duradoura.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Tania. Século XXI - A Mediação de Conflitos e Outros Métodos Não-adversariais de Resolução de Controvérsias. In: Anais de Palestras proferidas em 2002. Rio de Janeiro: Secretaria Pro Tempore do Conselho de Câmaras de Comércio do Mercosul.

ANDRADE JÚNIOR, José Menescal de. Gestão de Conflitos na Área de Saúde Suplementar: perspectivas das partes envolvidas, alternativas e efetivação dos direitos constitucionais nas relações privadas. Dissertação (Mestrado Profissional) – Universidade de Fortaleza. Programa de Mestrado Profissional em Direito e Gestão de Conflitos, Fortaleza, 2016.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado Democrático de Direito. Revista de Informação Legislativa, ano 37, n 148, out. dez. 2000. P. 287.

BACELAR, Luiz Ricardo Trindade. “Função jurisdicional das agências reguladoras”, RePro, ano 28, São Paulo: RT, jul.-set. 2004.

_____. Solução de controvérsias pelas agências reguladoras. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BARROSO. Luis Roberto. Agências Reguladoras. Constituição. Transformações do Estado e Legitimidade Democrática. Revista de Direito da Procuradoria do Estado. V. 58. Rio de Janeiro, 2002, p. 202 e 203.

BRAGA NETO, Adolfo. Alguns aspectos relevantes sobre a mediação de conflitos. In: SALES, Lília Maia de Moraes (Org.). Estudos sobre mediação e arbitragem. Rio de Janeiro – São Paulo – Fortaleza: ABC, 2003.

_____. SAMPAIO, Lia Regina Castaldi. O que é mediação de conflitos. São Paulo: Brasiliense, 2007.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar (Brasil). Diretoria de Fiscalização. Relatório de resultados da Diretoria de Fiscalização da ANS ano 2016 [recurso eletrônico]: impactos da implementação das ações e medidas de melhoria na DIFIS / Agência Nacional de Saúde Suplementar. Diretoria de Fiscalização – Rio de Janeiro: ANS, 2017. Disponível em: http://www.ans.gov.br/images/stories/noticias/pdf/relatorio_difis_2016FINAL.PDF. Acesso em: 20 de agosto de 2018.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. Acesso em 14/08/2018.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Azevedo, André Gomma de (Org.). Manual de Mediação Judicial, 6a Edição (Brasília/DF:CNJ), 2016.

BRASIL. LEI Nº 9.307, DE 23 DE SETEMBRO DE 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9307.htm. Acesso em: 16 de agosto de 2018.

BRASIL. LEI N. 9.961 DE 28 DE JANEIRO DE 2000. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9961.htm. Acesso em: 19 de agosto de 2018.

BRASIL. LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 19 de agosto de 2018.

BRASIL. LEI Nº 13.140, DE 26 DE JUNHO DE 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2o do art. 6o da Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em: 15 de agosto de 2018.

BRASIL. Ministério da Administração e Reforma do Estado. Câmara da Reforma do Estado. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Brasília: Presidência da República, 1995.

BRASIL. RESOLUÇÃO NORMATIVA - RN Nº 226, DE 5 DE AGOSTO DE 2010. (REVOGADA PELA RN Nº 343, DE 17 DE DEZEMBRO DE 2013). Institui o procedimento de Notificação de Investigação Preliminar - NIP e altera a redação do art. 11 da Resolução Normativa - RN nº 48, de 19 de setembro de 2003. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTQ3>. Acesso em: 19 de agosto de 2018.

BRASIL. RESOLUÇÃO NORMATIVA - RN Nº 343, DE 17 DE DEZEMBRO DE 2013. (Revogado pela RN nº 388, de 25/11/2015). Regulamenta a forma de processamento das demandas de reclamação; o procedimento de Notificação de Intermediação Preliminar - NIP; altera a Resolução Normativa - RN nº 48, de 19 de setembro de 2003; e revoga a RN nº 226, de 5 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MjY1Ng==>. Acesso em: 19 de agosto de 2018.

BRASIL. RESOLUÇÃO NORMATIVA - RN Nº 388, DE 25 DE NOVEMBRO DE 2015. Dispõe sobre os procedimentos adotados pela Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS para a estruturação e realização de suas ações fiscalizatórias. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MzEzNg==#art12art18art89art33art18art89art33art18>. Acesso em: 19 de agosto de 2018.

BRASIL. RESOLUÇÃO REGIMENTAL Nº 01, DE 17 DE MARÇO DE 2017. Institui o Regimento Interno da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MzM5MA>==. Acesso em: 19 de agosto de 2018.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional. São Paulo: Editora 34, 1998. p. 31 et seq.

BRESSER-PERERIA, Luiz Carlos Bresser. Construindo o Estado republicano: democracia e reforma da gestão pública. Rio de Janeiro: FGV, 2009.

CAETANO, Luiz Antunes. **Arbitragem e mediação**: rudimentos. São Paulo: Atlas, 2002.

CALOU, Marília Bitencourt Campos. A cultura de mediação: entre as teorias adversariais de enfrentamento de conflito e o novo paradigma de cooperação. Dissertação (Mestrado Acadêmico) – Universidade de Fortaleza. Programa de Mestrado em Direito Constitucional, Fortaleza, 2016.

CARVALHO. Ivo César Barreto de. O PAPEL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS COMO PROPULSORAS DE MUDANÇA SOCIAL. R. Fac. Dir., Fortaleza, v. 34, n. 2, p. 173-196, jul./dez. 2013 BRASIL, Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988.

CUÉLLAR, Leila. As agências reguladoras e seu poder normativo. São Paulo: Dialética, 2001. p. 65 et seq.

DIAS, Maria Berenice; GROENINGA, Giselle. A mediação no confronto entre direitos e deveres. In: Revista do Advogado, São Paulo, n. 62, mar. 2001.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Agências Reguladoras: legalidade constitucionalidade. In: Revista Tributária e de Finanças Públicas, n 35. São Paulo: RT, 2000, p. 143 e ss.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. Como chegar ao sim. 2. Ed. Rio de Janeiro: Imago, 1994.

GARCEZ, José Maria Rossani. Negociação, ADRS, Mediação e Arbitragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GREGORI. Maria Stella. A SAÚDE SUPLEMENTAR NO CONTEXTO DO ESTADO REGULADOR BRASILEIRO. Revista de Direito do Consumidor | vol. 59/2006 | p. 109 - 126 | Jul - Set / 2006 DTR\2006\425.

_____. O FUTURO QUE QUEREMOS PARA A REGULAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR. The future we want for the adjustment of supplemental health Revista dos Tribunais | vol. 991/2018 | p. 27 - 53 | Maio / 2018 DTR\2018\13986.

LIMA, Cláudio Vianna de. A Lei de Arbitragem e o artigo 23, XV, da Lei de Concessões. In: Revista de Direito Administrativo – 209. Jul./set. 1997.

_____. Observações da prática da mediação e da arbitragem. In: Revista Doutrinária, Niterói, v. 4, n. 4, mai. 2011.

MENEZELLO, M. A. C. Agências reguladoras e o direito brasileiro. São Paulo: Atlas, 2002.

MIRANDA, Lara Caxico Martins, KEMPFER, Marlene. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA GERENCIAL E AS POSSIBILIDADES PARA A SOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE CONFLITOS EM AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASI. Rev. de Formas Consensuais de Solução de Conflitos. e-ISSN: 2525-9679. Maranhão. v. 3. n. 2. p. 37 – 55. Jul/Dez. 2017.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. Direito regulatório. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NIERENBERG, Gerard. El negociador complete. Madri: Espasa Calpe, 1991.

PAIVA, Maria Arair Pinto. Agências reguladoras: Autonomia e função de mediação. In: _____ (Org.). Direito, controle e autonomia no espaço público. Rio de Janeiro: UAPÊ, 2006. p. 157-193.

RABELO, Cilana de Moraes Soares. Meios democráticos de solução de conflitos no âmbito das agências reguladoras – ARCE: um estudo de caso / Cilana de Moraes Soares Rabelo. - 2008.113 f. Dissertação (mestrado) – Universidade de Fortaleza, 2008.

RICHE, Cristina Ayoub. Lei de Arbitragem nº 9.307/96 - Uma solução alternativa para os conflitos de ordem jurídica. Rio de Janeiro: UniverCidade, 2001.

SALES, Lília Maia de Moraes. Mediação de conflitos: família, escola e comunidade. Porto Alegre: Conceito Editorial, 2007.

SALLES, Carlos Alberto de. Arbitragem em contratos administrativos. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. Noções gerais da arbitragem. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória) – versão atualizada para o CPC/2015 (LGL\2015\1656). Revista de Processo, v. 264, ano 42, p. 83-107 São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

ZAPPAROLLI, Célia Regina. A experiência pacificadora da mediação: uma alternativa contemporânea para a implementação da cidadania e da justiça. In: MUSZKAT, Malvina Ester (Org.). Mediação de conflitos: pacificando e prevenindo a violência. São Paulo: Summus, 2003.
