

UNIDAS

6º Fórum Jurídico

**“O processo adm inistrativo na ANS
– Defesas e recursos
adm inistrativos”**

Paulo César Melo da Cunha

Brasília, 24/04/2007

O PROCESSO NO NOVO DIREITO ADMINISTRATIVO

No novo Direito Administrativo – da **CIDADANIA** e não da **SUPREMACIA (IMPERATIVIDADE)** – o processo deve ser visto como **GARANTIA** do administrado e não como **PRERROGATIVA** da Administração.

- A supremacia do interesse público deve ser interpretada com cuidado:
- SUPREMACIA DO INTERESSE PRIMÁRIO:
 - Do cidadão
 - Da coletividade
 - Da sociedade
- Quanto em confronto com o Interesse Público:
 - Da Administração
 - Do Erário

A EVOLUÇÃO DAS DECISÕES ADMINISTRATIVAS (1)

- **1. DISCRICIONARIEDADE** – interesse público definido conforme critérios de conveniência e oportunidade do Administrador Público
- **2. CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS** – a avaliação do interesse público começa a ser balizada pelo emprego de termos que representam o "senso comum" e não apenas os critérios subjetivos do Administrador Público.

A EVOLUÇÃO DAS DECISÕES ADMINISTRATIVAS (2)

- **3. A PROCESSUALIZAÇÃO DAS DECISÕES** – a noção de interesse público como sinônimo de interesse sob a tutela do Estado é substituída com o **reconhecimento da sociedade plural**, na qual convivem vários tipos de interesse, dentro de cada coletividade, que devem ser ponderados em cada caso. A cada grupamento social corresponde um ordenamento jurídico próprio e um processo para definição dos interesses perseguidos em cada situação concreta.

A EVOLUÇÃO DAS DECISÕES ADMINISTRATIVAS (3)

- **4. A REGULAÇÃO COMO PROCESSO DE PONDERAÇÃO** – por meio do direito de participação, os vários envolvidos apresentam seus interesses para serem objeto de avaliação, motivada, dos custos e benefícios envolvidos, sendo o processo um método para a especificação do interesse no caso concreto.

CONSEQÜÊNCIAS DA EVOLUÇÃO SOBRE O PROCESSO ADMINISTRATIVO

- Democracia
- o exercício da cidadania por meio da participação na vontade da Administração;
- o direito de manifestação dos interesses a serem considerados é ponderados pela Administração nas suas decisões;

A CIDADANIA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO

Como alcançá-la:

- a Administração por consenso e a busca de soluções negociadas para atendimento do interesse público; não se transige sobre o interesse público – princípio da indisponibilidade do interesse público – negocia-se a otimização do método para seu atendimento; esta é a moderna função do processo;
- o dever de motivação das decisões administrativas;
- o dever de ponderação e de proporcionalidade nas decisões administrativas.

A PROVOCAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO REGULATÓRIO

- Exercício da polícia administrativa – fiscalização de polícia – atuação de ofício – independe da provocação do administrado
- Exercício do direito de petição – denúncia administrativa – dever de ofício de dar andamento ao processo de fiscalização
- Ouvidoria e controle social – manifestação da sociedade sobre a conduta dos agentes regulados (busca da melhoria contínua dos serviços prestados pela ANS e da qualidade de sua atuação regulatória, garantindo o desejado equilíbrio de sua atuação junto ao mercado)

UM EXEMPLO DE PONDERAÇÃO PROCESSUAL ESPECÍFICA

- A discussão sobre o enquadramento das autogestões como OPS
- De um lado, a argüição da liberdade de iniciativa no oferecimento de um benefício de valorização do trabalhador (CF, art. 1º, inc. IV)
- De outro, a tese do pagamento pela via do salário indireto:
 - Previsão do benefício em convenções ou acordos coletivos
 - Participação do destinatário no custeio parcial ou integral dos benefícios, equiparando-se a consumidor (constitucionalmente protegido)
- Necessidade de exame casuístico no processo administrativo para apurar o limite da intervenção estatal na organização da atividade econômica privada e da identificação de haver “benefício” ou “obrigação trabalhista”

TIPOS DE PROCESSO ADMINISTRATIVO REGULATÓRIO

- **Processo regulatório normativo**
 - Produção de normas de caráter geral – precedido de manifestação dos interesses a serem objeto de ponderação – audiência pública ou consulta pública
- **Processo regulatório executivo**
 - Provocação de uma decisão sobre interesse específico – individualizado
- **Processo regulatório judicante**
 - Provocação de uma decisão de solução de conflito, com vistas à imposição de uma penalidade

Processo regulatório judicante

- Regulação para solução de conflitos entre:
 - Regulados – ex.: concorrência desleal
 - Regulador e regulado – ex.: descumprimento de prazos para pagamento de taxa de regulação ou de normas regulatórias
 - Regulado e consumidor – ex.: negativa de atendimento de direitos

REQUISITOS PARA A FORMAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONATÓRIO

- Identificação da situação descrita em lei objeto da investigação administrativa;
- Prazo para a apresentação de informações preliminares sobre a validade da conduta do administrado – não deve haver autuação de imediato. Busca da consensualidade. Possibilidade de composição do conflito por cessação de conduta.
- Autuação do administrado – lavratura de auto de infração pela autoridade competente – impossibilidade de exercício da polícia administrativa por agentes não investidos em cargo público

Características do procedimento – a adequada instrução

- Fase conciliatória
- Fase de mediação
- Fase arbitral
- Fase recursal

Fase conciliatória

- Identificação dos interesses em conflito
 - Agentes
 - Fatos
 - Conseqüências
- Aproximação dos conflitantes – identificação de pontos e de possibilidades de acordo
- Princípio da Subsidiariedade – as partes continuam donas do poder de solução – a satisfação de interesses coletivos cabe aos grupos – a Agência não se substitui aos interesses das partes

Fase de Mediação

- Princípio da Subsidiariedade – A Agência ainda deve buscar a consensualidade, por meio de uma solução negociada do atendimento do interesse público
- A Agência pode apresentar propostas de decisões, laudos, dados, estudos que favoreçam a decisão das partes interessadas na composição do litígio

Fase Arbitral

- Notificação do regulado sobre a instauração do processo sancionatório
- Descrição do fato
- Indicação do dispositivo legal, regulatório ou contratual pertinente
- Informação sobre prazo e forma de defesa
- Apresentação de defesa e pedido justificado de provas
- Fase probatória

ARBITRAMENTO DO CONFLITO

- Decisão

- Motivação

- Proporcionalidade da pena em relação à falta

- **retroalimentação** do sistema – a experiência do caso concreto vira norma

- **visão prospectiva do regulador** – o impacto da norma sobre casos futuros e sobre o mercado (o regulador não se limita aos fatos ocorridos no passado e que envolvem apenas as partes)

A CONSENSUALIDADE NA DECISÃO REGULATÓRIA (1)

- Possibilidade de celebração de **acordo substitutivo** – ponderação dos custos e benefícios da decisão (havendo a troca da pena por uma prestação de melhor proveito para a coletividade)
- Instrumentos de consensualidade:
 - Termo de Ajuste de Conduta;
 - Termo de Compromisso de Cessação de Conduta, sem apuração de culpa ou decisão de mérito;
 - Termo de Compromisso de Desempenho;
 - Acordo de Leniência
 - Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta (art. 29, Lei nº 9.656/98)

A CONSENSUALIDADE NA DECISÃO REGULATÓRIA (2)

- O objetivo do processo não é punir e arrecadar multas mas **promover o atendimento do interesse do administrado, preferencialmente pelo encerramento do conflito**. Daí a relevância da consensualidade, da negociação, da transação e da substituição da penalidade por medidas menos onerosas e mais efetivas

FASE RECURSAL

- O pedido de revisão para a mesma autoridade administrativa
- Recurso
 - Decisão autoridade diversa
- A polêmica sobre o direito de petição acerca de recurso hierárquico impróprio (Parecer AGU: AC nº 51, aprovado em 13/06/06, publicado no D.O.U. de 19/06/06, Seção 1, p. 1-11)

PROCESSO ADMINISTRATIVO PARA APURAÇÃO DE INFRAÇÕES E APLICAÇÃO DE SANÇÕES

- Processo decisório
 - *Rule making*
 - *Adjudication*
 - Necessária observância das decisões prévias nas causas similares e que tenham como objeto o mesmo fundamento jurídico e fático.

NORMAS APLICÁVEIS

- Art. 29, Lei nº 9.656/98 – “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.”
- Resolução Normativa nº 48, de 19/09/03 – Dispõe sobre o processo administrativo para apuração de infrações e aplicação de sanções

Muito obrigado !!

pc.cunha@terra.com.br
juruena@centroin.com.br