ANS não pode presumir dano coletivo ao aplicar multa administrativa

A Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) entende pela multiplicação do valor da multa pecuniária aplicada, de acordo com a natureza coletiva da infração, desde a aprovação da RDC 24 (resolução de diretoria colegiada), de 13 de junho de 2000.

Com a edição da RN 124 (resolução normativa), de 2006, a RDC 24, de 2000, foi revogada. Entretanto, o fator de compatibilização seguiu sendo admitido no artigo 9º deste normativo.

Em continuidade, a ANS definiu, mediante a RN 396, de 25 de janeiro de 2016, as hipóteses permitidas para aplicação do fator de compatibilização, quando previu o seguinte: "Caso o cometimento da infração descrita no *caput produza efeitos de natureza coletiva*, deve ser considerado o disposto no artigo 9º desta Resolução para cálculo da multa a ser aplicada".

Desta forma, a redação atual do artigo 9º, da RN 124, de 2006, é a seguinte:

Art. 9º No caso de infrações que produzam efeitos de natureza coletiva, o valor da multa pecuniária fixada poderá ser aumentado em até vinte vezes, até o limite estabelecido nos arts. 27 e 35-D da Lei 9.656, de 1998, observados os seguintes parâmetros de proporcionalidade:
I — de 1 (um) a 1.000 (mil) beneficiários expostos: até 1 (uma) vez o valor da multa;
II — de 1.001 (mil e um) a 20.000 (vinte mil) beneficiários expostos: até 5 (cinco) vezes o valor da multa;
III — de 20.001 (vinte mil e um) a 100.000 (cem mil) beneficiários expostos: até 10 (dez) vezes o valor da multa;
IV — de 100.001 (cem mil e um) a 200.000 (duzentos mil) beneficiários expostos: até 15 (quinze) vezes o valor da multa;
V — de 200.001 (duzentos mil e um) a 1.000.000 (um milhão) de beneficiários expostos: até 20 (vinte) vezes o valor da multa; ou

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

VI – a partir de 1.000.001 (um milhão e um) beneficiários expostos: 20 (vinte) vezes o valor da multa.
§1º Para os fins deste artigo, será aplicado o fator indicado no inciso VI às operadoras que não tiverem fornecido à ANS o cadastro de beneficiários ou às administradoras de benefícios que não tiverem informado seu número de vidas administradas.
§2º Quando o fator multiplicador tomar por base o número de beneficiários, este será considerado de acordo com o registrado no Sistema de Informações de Beneficiários — SIB na data do fato. Caso não seja possível aferir a data do fato, será utilizada a data do auto de infração ou documento equivalente.
§ 3º Para efeito de aplicação do caput deste artigo, às operadoras classificadas como Administradoras de Benefícios, considerar-se-á como número de vidas administradas o total de beneficiários expostos nos contratos de planos de saúde coletivos nos quais atue, direta ou indiretamente, observando o disposto no §7º deste artigo.
§ 4º Nos casos em que a operadora se encontra com registro ativo na ANS, mas não tem beneficiários, aplicar-se-á o disposto no inciso I do art. 9º.
§ 5º Para os casos de cancelamento de registro da Operadora e transferência de carteira, caso não seja possível precisar a data do fato, será considerado o último número de beneficiários informado no SIB.
§ 6º Para as infrações de natureza permanente ou continuadas será considerado o último número de beneficiários informado, quando da cessação da prática infrativa.
§ 7° Para fins de definição dos beneficiários expostos, adotar-se-á os seguintes critérios:
I — nas infrações que afetarem os beneficiários de um produto, o número de expostos será o número de beneficiários daquele produto;
II — nas infrações que afetarem os beneficiários localizados em determinada região de saúde, o número de expostos será o número de beneficiários naquela região; e
III – nas infrações que afetarem os beneficiários de um contrato, o número de expostos será o número de beneficiários daquele contrato.
§ 8° O fator de compatibilização disposto neste artigo somente será aplicado quando houver sua expressa previsão de aplicação no tipo.

Note-se que a norma autoriza a aplicação do fator de compatibilização apenas nos casos em que a infração produzir efeitos de natureza coletiva.

Ao utilizar a expressão *"caso o cometimento da infração descrita no caput produza efeitos de natureza coletiva"* conclui-se que o fator de compatibilização *não é aplicado de forma automática*, mas tão somente nas hipóteses em que for verificada a produção de efeitos de natureza coletiva, o que deve ser considerado em *decisão fundamentada*, a teor do que dispõe o artigo 50 da Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999, segundo o qual:
Art. 50. Os atos administrativos deverão ser *motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:*
(…)
II — imponham ou *agravem* deveres, encargos ou *sanções*;
(…)
§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Ou seja: a motivação deve ser explícita, não se admitindo que a ANS se utilize de um fator que pode multiplicar a penalidade em até *20 vezes* sem que se justifique o atendimento do referido requisito legal, isto é, sem que *comprove a natureza coletiva da infração*.

A leitura da norma não permite dúvidas quanto à correta interpretação acerca dos efeitos eventualmente coletivos de determinada infração, qual seja: a necessária identificação, pela ANS, em *decisão fundamentada*, da produção de danos à coletividade.

Portanto, a aplicação do fator multiplicador das sanções pecuniárias não pode ocorrer de forma automática pela ANS, baseada em *mera presunção de dano*, sob pena de clara afronta ao *princípio da legalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade*.

A natureza coletiva da infração deve ser necessariamente comprovada nos autos do processo administrativo. Não basta a simples existência de mais de um beneficiário relacionado ao contrato em debate ou à região de saúde.

Isto porque a instrução do processo administrativo segue rito diverso do processo civil, não se admitindo que o julgador assuma postura inerte. Trata-se de *obrigação da Administração a obtenção de documentos e informações que comprovem o suposto erro investigado, ou a natureza coletiva da infração*, conforme entendimento jurisprudencial sedimentado sobre a matéria:

Por força do princípio da verdade material, plenamente aplicável no âmbito do processo administrativo enquanto garantia da indisponibilidade do interesse público, conforme ensina Adilson Abreu Dallari e Sérgio Ferraz, *"mesmo no silêncio da lei, e até mesmo contra alguma esdrúxula disposição nesse sentido, nem há que se falar em confissão e revelia, como ocorre no Processo judicial. Nem mesmo a confissão do acusado põe fim ao processo; sempre será necessário verificar, pelo menos, sua verossimilhança, pois o que interessa, em última análise, é a verdade, pura e completa"* (STJ RMS 12105/PR Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 2000/0054090-0, Relator Ministro Franciulli Netto. Órgão Julgador: Segunda Turma do STJ. Data do Julgamento 03/03/2005).

A instrução do processo administrativo é ônus da Administração Pública, conforme dispõe o artigo 29, da Lei 9.784, de 1999:
Art. 29. *As atividades de instrução destinadas a averiguar e comprovar os dados necessários à tomada de decisão realizam-se de ofício ou mediante impulsão do órgão responsável pelo processo, sem prejuízo do direito dos interessados de propor atuações probatórias.*
§ 1º O órgão competente para a instrução *fará constar dos autos os dados necessários à decisão do processo.*

A inadequada utilização do fator de compatibilização em hipótese que não contenha a prova inequívoca da natureza coletiva, portanto, caracteriza manifesta ilegalidade da decisão administrativa que penaliza em demasia as operadoras de planos de saúde.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Por oportuno, convém recorrer à redação do artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro:
Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam *consideradas as consequências práticas da decisão*.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, *inclusive em face das possíveis alternativas.*

Toda a legislação é clara no sentido de se trazer proporcionalidade ao debate, não podendo ser admitida a multiplicação da multa em até 20 vezes, por uma *suposta* natureza coletiva.

A incidência do fator multiplicador não pode se basear em dano incerto, presumido ou conjectural. Esses efeitos, de acordo com o Código de Defesa do Consumidor, englobam lesões patrimoniais efetivas, transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si, ou com a parte contrária, por uma relação jurídica base.

O que se percebe, então, é que *o dano deve ser certo, palpável e mensurável, nos termos do artigo 403, do Código Civil*, sobretudo quando servir de esteio para majorar o valor de multa imposta na esfera administrativa.

Note-se que até mesmo para os danos morais, de maior subjetividade, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) defende a necessidade de comprovação efetiva de dano para condenação do ofensor[1].

Isto se torna ainda mais latente em processos administrativos sancionadores, nos quais existe ferramenta legal para quantificação do dano efetivo, qual seja, a notificação de investigação preliminar (NIP).

Caminhar em sentido contrário seria instaurar verdadeiro quadro de instabilidade no exercício da atividade administrativa e jurisdicional, além de subverter os limites de fiscalização da ANS, o que aniquilaria os efeitos dos princípios da motivação, proporcionalidade e razoabilidade.

Dessa forma, conclui-se que a aplicação do artigo 9º, da RN 124, de 2006, deve se dar por decisão motivada do fiscal da ANS, a quem incumbe instruir o processo administrativo sancionador necessariamente com a prova do afirmado dano à coletividade, sob pena de desproporcionalidade da multa administrativa e prejuízo ao mercado de saúde suplementar, haja vista o consequente desvio de recursos expressivos que poderiam ser melhor aproveitados se aplicados em favor dos beneficiários da própria operadora de planos.

* *JurisHealth é um esforço articulado entre profissionais da Saúde, do Direito e da Comunicação, com o objetivo de melhorar a compreensão em torno de temas relevantes do setor de saúde. É uma iniciativa que visa fornecer referências técnicas e analíticas a respeito do sistema de saúde suplementar do Brasil e, assim, prover elementos consistentes para avaliar controvérsias levadas aos tribunais. Saiba mais em www.jurishealth.com.br*

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

[1] AgRg no Recurso Especial 1.305.977 – MG, REsp 1.315.822/RJ e 1.303.014/RS.

Date Created
14/07/2020

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.