



MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO
MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS
1ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE FUNDAÇÕES E ENTIDADES DE INTERESSE SOCIAL
Eixo Monumental, Praça Municipal, Lote 2, Salas 103/113
CEP 70075-900, Brasília – Distrito Federal
Tel.: (61) 3343-9693, Fax: (61) 3343-9862, E-mail: pjfeis@mpdft.gov.br

Procedimento Administrativo n. 08190.003133/17-16
PARECER 023/2018 – 1ª PJFEIS

EMENTA. FASSINCRA. In-
quérito Administrativo ANS.
Responsabilidade Civil não con-
figurada.

I - RELATÓRIO

Cuida-se de procedimento administrativo instaurado a partir do recebimento de cópia do Inquérito Administrativo n. 33902.902196/2014-7, o qual tramitou na Agência Nacional de Saúde – ANS e teve por objetivo verificar as causas que levaram à quebra da Fundação Assistencial dos Servidores do Incra – FASSINCRA, bem como apurar os responsáveis pela sua ruína.

O encaminhamento do sobredito inquérito ao Ministério Público do Distrito Federal e Territórios se deu em cumprimento ao art. 16, da Resolução Normativa da ANS n. 276, de 2011, o qual determina que, concluída a investigação com apuração de prejuízos, deve o feito ser encaminhado ao Juízo de falências, dando-se notícia disso ao Ministério Público para eventual adoção das medidas previstas nos artigos 45 e 46 da Lei n. 6.024/1974¹.

¹Art. 45. Concluindo o inquérito pela existência de prejuízos será ele, com o respectivo relatório, remetido pelo Banco Central do Brasil ao Juiz da falência, ou ao que for competente para decretá-la, o qual o fará com vista ao órgão do Ministério Público, que, em oito dias, sob pena de responsabilidade, requererá o seqüestro dos bens dos ex-administradores, que não tinham sido atingidos pela indisponibilidade prevista no artigo 36, quantos bastem para a efetivação da responsabilidade.

§ 1º Em caso de intervenção ou liquidação extrajudicial, a distribuição do inquérito ao Juízo competente na forma deste artigo, previne a jurisdição do mesmo Juízo, na hipótese de vir a ser decretada a falência.

Registra-se que a Lei n. 9.656/1998 disciplina as regras sobre a liquidação das operadoras de planos de saúde, já que estas empresas não estão sujeitas a liquidação ordinária, prevista na lei 11.101/05, prevendo, pois, o art. 23 da citada lei forma diversa de quebra para estas pessoas jurídicas². Ademais, tendo em vista expressa previsão legal (art. 24-D da Lei n. 9.656/1998³), subsidiariamente aplica-se a Lei n. 6.024/1974, que trata sobre a intervenção e a liquidação extrajudicial de instituições financeiras.

É o breve relatório.

II - FUNDAMENTAÇÃO

De acordo com o estatuto da Fundação Assistencial dos Servidores do Incra – FASSINCRA, esta fora constituída por servidores do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA, com o fulcro de prestar assistência a seus membros e respectivos dependentes na área de assistência médica, hospitalar e ambulatorial, odontológica, social, auxílio-natalidade e funeral, seguro de vida e auxílios e assistências especiais.

Seus planos de assistência à saúde eram oferecidos na modalidade de autogestão, sem fins lucrativos, de natureza contributiva e solidária, atendendo em 416 municípios, por meio de uma rede assistencial de 5.224 prestadores de serviços médico-hospitalares.

Consoante o Relatório da ANS (fls. 4.205 e ss, do Inquérito Administrativo 33902.902196/2014-7), em cumprimento ao disposto no art. 24-D da Lei n. 9.656/1998 c/c art. 43 da Lei n. 6.024/1974, a investigação levada a efeito pela Agência teve por escopo analisar os últimos cinco anos anteriores à decretação da liquidação da entidade.

Relata a ANS que devido à verificação de anormalidades econômico-financeiras graves na instituição, foram instaurados dois Regimes de Direção Fiscal⁴,

§ 2º Feito o arresto, os bens serão depositados em mãos do interventor, do liquidante ou do síndico, conforme a hipótese, cumprindo ao depositário administrá-los, receber os respectivos rendimentos e prestar contas a final.

Art. 46. A responsabilidade ex-administradores, definida nesta Lei, será apurada em ação própria, proposta no Juízo da falência ou no que for para ela competente.

2Art. 23. As operadoras de planos privados de assistência à saúde não podem requerer concordata e não estão sujeitas a falência ou insolvência civil, mas tão-somente ao regime de liquidação extrajudicial.

3Art. 24-D. Aplica-se à liquidação extrajudicial das operadoras de planos privados de assistência à saúde e ao disposto nos arts. 24-A e 35-I, no que couber com os preceitos desta Lei, o disposto na Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974, no Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, no Decreto-Lei nº 41, de 18 de novembro de 1966, e no Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, conforme o que dispuser a ANS. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

4A direção fiscal, regulamentada pela Resolução Normativa nº 316/12, tem por objetivo precípua atender ao preceito maior da segurança e continuidade da assistência. Desta forma, a ANS, detectando a existência de problemas de ordem econômico

entre 2010 e 2012, culminando na Liquidação Extrajudicial, em 8/12/2014, e finalmente na decretação de Insolvência Civil, em 27/10/2015.

Assevera a Agência que as causas de insolvência estão atreladas à má administração e má gestão dos recursos financeiros da fundação, tendo em vista a adoção de uma prática de gestão desorganizada e com possíveis distorções nos controles internos que, além de dificultar o trabalho de fiscalização, contribuiu de maneira significativa para a subsistência dos problemas financeiros.

Em relação à responsabilização dos ex-administradores da fundação, afirma que está prevista no art. 24-A, §6º e 26, da Lei n. 9.656/1998:

art. 24-A, §6º – Os administradores das operadoras de planos privados de assistência à saúde respondem solidariamente pelas obrigações por eles assumidas durante sua gestão até o montante dos prejuízos causados, independentemente do nexos de causalidade.

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

Sustenta, assim, que a responsabilidade civil de sobreditas pessoas é objetiva, portanto, independe de dolo ou culpa para se configurar. Conclui, finalmente, que devem ser responsabilizados os ex-Conselheiros citados às fls. 4231/4232 do Inquérito Administrativo 33902.902196/2014-7, os quais administraram a fundação nos 5 anos anteriores à decretação da Liquidação Extrajudicial.

Em que pese as conclusões da ANS na apuração dos fatos, entende este Órgão ministerial que não se aplica a responsabilidade civil objetiva no caso em vertente.

Inicialmente, a leitura do art. 24-A, §6º, permite chegar a duas interpretações: 1) responsabilidade civil objetiva, a qual independe de culpa, apenas exigindo a existência de nexos causal entre a conduta e o resultado; ou 2) responsabilidade pelo risco integral, modalidade extremada da doutrina do risco para justificar o dever de indenizar mesmo nos casos de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou de força maior.

Segundo a doutrina, a teoria do risco integral é excepcional, sendo fundamento para hipóteses legais em que o risco ensejado pela atividade econômica também é extremado, como ocorre nos casos de dano ambiental e nuclear. Assim, verifica-se

financeiro e/ou contábeis na Operadora, conforme rol exemplificativo descrito no art. 2º da RN 316/12, instaura o regime de direção fiscal por meio de publicação de Resolução Operacional

que a interpretação mais consentânea da norma referida é a da responsabilidade civil objetiva.

Embora o citado artigo não faça distinção, entende este Órgão ministerial que a responsabilidade objetiva deve ser atribuída somente no caso de ex-administradores de operadoras de planos de saúde que comercializem seus produtos para número indeterminado de pessoas e objetivem lucro.

Isso porque, tais pessoas jurídicas se inserem na Teoria do Risco-Proveito, que é adotado nas situações em que o risco decorre de uma atividade lucrativa, ou seja, o agente retira um proveito do risco criado, como nos casos envolvendo os riscos de um produto, relacionados com a responsabilidade objetiva decorrente do Código de Defesa do Consumidor.

Situação diversa é a das operadoras de autogestão, as quais são entidades sem fins lucrativos, de natureza contributiva e solidária e prestam assistência a grupo fechado de pessoas. Os planos de saúde destas entidades são próprios de empresas, sindicatos ou associações de trabalhadores, que administram por si mesmas os programas de assistência médica.

Fazendo a distinção entre estas pessoas jurídicas, o Superior Tribunal de Justiça, ao analisar recurso que tratava da responsabilização de operadora de saúde por morte de homem em hospital psiquiátrico, entendeu que o Código de Defesa do Consumidor não se aplica às relações constituídas com as operadoras de autogestão (REsp 1.285.483).

Considerou o Min. Luis Felipe Salomão, em seu voto, que *"os planos de autogestão têm alguns destaques na própria norma de regência que os tornam muito peculiares"* (REsp 1.285.483).

Discorreu que a Lei n. 9.656/1998 exclui as empresas de autogestão da obrigatoriedade de procedimentos mínimos previstos em seu art. 10. Assim, como estas entidades não podem oferecer seus planos no mercado de consumo, a *"doutrina que comenta o Código de Defesa do Consumidor vê, nessa particularidade, razão bastante para que o diploma consumerista não seja aplicado às relações constituídas com as operadoras de autogestão"* (REsp 1.285.483).

Como se vê, o STJ afastou a responsabilização civil objetiva, prevista no art. 14 do CDC, para as entidades que operam na modalidade de autogestão. Portanto, se citadas pessoas jurídicas não respondem objetivamente, com mais razão não há

possibilidade de aplicação desta espécie de responsabilidade às pessoas físicas que constituíram sobreditas entidades.

Conclui-se, dessa forma, que a responsabilidade civil possível de ser verificada no caso em vertente é a subjetiva, em que deve ser comprovada a culpa ou o dolo do agente, além da relação de causalidade entre a sua conduta e o dano gerado.

“O dolo constitui uma violação intencional do dever jurídico com o objetivo de prejudicar outrem. Trata-se da ação ou omissão voluntária mencionada no art. 186 do Código Civil” (TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil, vol. único. 5ª edição. São Paulo: Método, 2015).

Do que apurado pela Agência Nacional de Saúde não se verifica qualquer conduta fraudulenta por parte dos ex-administradores da FASSINCRA, tanto que tal questão sequer foi levantada pela ANS.

Em relação à culpa, esta apresenta três elementos para sua caracterização: a) a conduta voluntária com resultado involuntário; b) a previsão ou previsibilidade; e c) a falta de cuidado, cautela, diligência e atenção.

Ademais, a culpa é relacionada com os seguintes modelos jurídicos: (i) negligência, que surge através da omissão; (ii) imprudência, surge através de uma ação e (iii) imperícia, que surge quando as capacidades técnicas não são suficientes para que um agente realize determinada tarefa.

Pois bem. Analisando o relatório da ANS pode-se afirmar desde logo que não é possível configurar a culpa dos ex-administradores da FASSINCRA.

Em vários trechos do inquérito instaurado pela ANS, verifica-se que os administradores da fundação, percebendo a crise financeira que se instaurara, buscaram alternativas para modificar a situação, confira-se:

“Tanto estava em crise que a FASSINCRA, conforme a Reunião Extraordinária, em 08/2011, comunicara a alteração do Plano de Saúde existente, bem como a evasão de beneficiários, mantendo-se a preocupação com a situação financeira da operadora, bem como o Programa de Saneamento⁵ elaborado pela empresa Salutis durante a instauração do regime especial de Direção Fiscal” (fls. 4.208).

(...)

“Para a crise financeira buscavam alternativas para reduzir as despesas administrativas, tais como mudança da sede para o INCRA, a busca pela

⁵O Programa de Saneamento apresentava projeções de reequilíbrio econômico-financeiro (fls. 4.208).

cessão ou parceria para que obtivesse alguma rentabilidade com o Centro de Treinamento e Lazer” (fls. 4.209).

(...)

“Por conta destas dificuldades foi solicitado um novo Programa de Saneamento” (fls. 4.209).

(...)

“Os Conselheiros Fiscais recomendaram a adoção de medidas e ações enérgicas e imediatas visando preservar o funcionamento do plano de saúde e do patrimônio da FASSINCRA.

Uma semana depois, em Reunião Extraordinária, do Conselho Deliberativo, expuseram que a situação deficitária do exercício de 2011 iniciara-se em 2009, por causa da alteração na legislação contábil.

E que desde 2007 havia um desequilíbrio das contas, pois o montante arrecadado em receitas não era o suficiente para cobrir as despesas empreendidas, haja vista o repasse cada vez menor do INCRA à FASSINCRA.

Declararam que o aumento crescente das despesas médico-hospitalares contava com aporte insuficiente de recursos, sendo esse um dos principais elementos que desequilibraram sua situação econômico-financeira, cuja medidas remediativas tardaram a serem executadas” (destaquei, fls. 4.210).

(...)

“Em 10/2013, o Conselho Deliberativo, em Ata de Reunião Extraordinária, discutiu a alienação da carteira de beneficiário e a suspensão na comercialização dos planos de saúde por exigência da ANS e propuseram a alienação de móveis a fim de quitar débitos antes de encerrar a sua operacionalização” (fls. 4.211).

Embora o relatório da ANS aponte como principal causa para a insolvência a má administração da fundação, não é possível concluir que ela decorreu de uma ação/omissão culposa ou dolosa apta a ensejar a propositura de ação de responsabilidade civil.

Entender de modo diverso, seria admitir a responsabilidade objetiva para a hipótese de qualquer negócio ou gestão que não obtivesse êxito comercial. Essa extensa dimensão de responsabilidade para as pessoas naturais não é admitida pelo ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo em se tratando de gestão empresarial marcada preponderantemente pelo risco de mercado.

Tal responsabilização só é admissível quando a gestão infrutífera foi ocasionada por alguma ação/omissão dolosa ou culposa dos dirigentes, a exemplo de fraudes e assunção de riscos desproporcionais. Na hipótese dos autos, considerando o conjunto probatório produzido até aqui, não há prova de que os ex-gestores tenham

agido com dolo ou culpa na administração da fundação e que essa conduta tenha sido a causa determinante da insolvência da FASSINCRA.

III - CONCLUSÃO

Diante do exposto, PROMOVO o arquivamento do presente Procedimento Administrativo. Encaminhe-se os autos à 5ª Câmara de Coordenação e Revisão, em cumprimento ao art. 4º, §2º, da Resolução 78/CSMPDFT.

Brasília, 29 de janeiro de 2018.

Evandro Manoel da Silveira Gomes
Promotor de Justiça
1ª PJFEIS