

ENTENDIMENTO DIFIS Nº 01 - 07 DE ABRIL DE 2016.

Imposição de reajustes por variação de faixa etária maiores do que o pactuado, em contrato de plano coletivo por adesão. Alteração substancial de contrato outrora firmado. Conflito aparente de normas. Aplicação simultânea dos tipos infrativos previstos no art. 57 e no art. 69, ambos da Resolução Normativa -RN nº 124 de 30 de março de 2006. Não incidência do Princípio da Consunção.

I - Introdução:

1. Esta Diretoria de Fiscalização foi instada a se manifestar acerca da aplicação das penalidades previstas no artigo 57 e no artigo 69, ambos da Resolução Normativa - RN nº 124 de 30 de março de 2006, especialmente no que tange ao conflito aparente de normas e à incidência do Princípio da Consunção.

2. A presente celeuma teve origem na realização de transferência de carteira entre operadoras. Assim, quando a operadora adquirente absorveu os contratos da operadora adquirida, aquela efetuou alteração unilateral dos instrumentos pactuados, ensejando a configuração de reajuste não linear.

3. Nesse sentido, a adquirente decidiu impor aos contratantes, de forma unilateral, contraprestações pecuniárias em valores diversos dos pactuados. Ressalte-se que a operadora encaminhou cartas aos seus beneficiários informando a utilização de uma nova tabela de valores, inclusive com relação a reajustes por faixas etárias.

4. Ao analisar o caso concreto, em sede de Juízo de Reconsideração, o Diretor de Fiscalização aplicou à operadora, em diversos processos administrativos sancionadores, duas multas, entendendo que essas condutas estariam tipificadas, simultaneamente, nos artigos 57 (absorveu o 61-A) e 69, ambos da RN nº 124 de 2006.

5. Nesse ponto, insta salientar que o tipo infrativo previsto no art. 61-A foi revogado pela RN nº 396, de 25 de janeiro de 2016, tendo sua conduta sido absorvida pelo tipo infrativo contido no art. 57 da RN nº 124 de 2006, que também teve sua redação alterada. Assim, todos os trechos da presente Nota, que citam outros documentos, onde se lê: art. 61-A, leia-se art. 57.

6. Desse modo, foi editada a Nota nº 20/GESUP/GGFIS/DIFIS/2014, concluindo-se, quanto ao tema objeto de discussão, que:

“A alteração contratual do contrato dá ensejo à aplicação da penalidade prevista pelo art. 69 da RN 124/2006, enquanto a efetiva cobrança dos novos preços constitui-se em infração punível pelo art. 61-A da RN 124/2006;

Não há consunção entre o art. 69 e 61-A da RN 124/2006 para a hipótese em análise, pois estão relacionados a resultados autônomos entre si e decorrem da tutela de bens jurídicos diferentes;”

7. Por outro lado, insta salientar a existência de entendimento diverso do aplicado aos casos concretos, defendendo a incidência do Princípio da Consunção, vale dizer, a infração prevista no art. 57 da RN nº 124 de 2006 absorveria a infração disciplinada no art. 69, também da RN nº 124 de 2006.

8. Nessa hipótese, teria ocorrido no caso concreto o puro e simples descumprimento contratual por parte da operadora, consistindo na imposição de valores de contraprestação pecuniária por faixa etária diversos dos contratados. Consequentemente, seria impreciso sustentar que houve alterações contratuais em desacordo com a legislação.

9. Ante o exposto, foi confeccionado o Memorando nº 005/2015/GGFIS/DIFIS/ANS, sugerindo-se que:

“Observo, além disso, que a sanção prevista no artigo 61-A é mais gravosa do que a prevista no artigo 69 da RN nº 124/2006, o que só reforça a conclusão de que, realmente, cabe a absorção da infração prevista no artigo 69 pela infração prevista no artigo 61-A.

Note-se que mesmo que houvesse ofensa a diferentes bens jurídicos tutelados - o que se concebe apenas para argumentar - isso não obstará à aplicação do princípio da consunção, como realçado na citação doutrinária.

Desse modo, em que pese todo o esforço argumentativo empreendido na Nota nº 20/GESUP/GGFIS/DIFIS/2014, a GGFIS está convencida de que não deve haver a aplicação de multa com base no artigo 69 da RN nº 124/2006, seja porque não houve alteração contratual, mas sim descumprimento, seja porque, se se entendesse que houve alteração contratual, caracterizando-se a infração tipificada no artigo 69, essa infração estaria absorvida pela infração tipificada no artigo 61-A.”

10. Diante do cenário apresentado, fica evidenciada divergência quanto à incidência ou não do Princípio da Consunção ao caso em comento. Assim, restaria dúvida em relação à aplicação

simultânea das duas penalidades, quais sejam, a o do art. 57 e a do art. 69, ambas da RN nº 124 e 2006, ou à aplicação singular do art. 57 da RN nº 124 de 2006.

II - Fundamentação:

11. Nesse diapasão, cumpre destacar que o art. 57 da RN nº 124 de 2006, com redação dada pela RN nº 396, de 25 de janeiro de 2016, tipifica a seguinte conduta:

Art. 57 Exigir, cobrar ou aplicar variação ou reajuste da contraprestação pecuniária em desacordo com a lei, a regulamentação da ANS ou o contrato: (Redação dada pela RN nº 396, de 25/01/2016) Sanção - advertência; multa de R\$ 45.000,00.

§1º. Na hipótese de reincidência, será aplicada a suspensão do exercício de cargo por 60 (sessenta) dias, sem prejuízo da multa. (Redação dada pela RN nº 396, de 25/01/2016)

§2º Caso o cometimento da infração descrita no caput produza efeitos de natureza coletiva, deve ser considerado o disposto no art. 9º desta Resolução para cálculo da multa a ser aplicada.

12. Por seu turno, o art. 69 da RN nº 124 de 2006 versa sobre alteração contratual em desacordo com a legislação, in verbis:

“Alteração do Contrato em Desacordo com a Legislação Art. 69. Proceder a alterações contratuais de planos de assistências à saúde em desacordo com a legislação vigente: Sanção - advertência; multa de R\$ 35.000,00”.

13. Em vista disso, constata-se que o art. 57 da RN nº 124 de 2006 trata objetivamente de reajuste em desacordo com a lei, a regulamentação da ANS ou contrato, sendo mais gravosa, enquanto que o art. 69 também da RN nº 124 de 2006 trata de penalidade relativa à alteração contratual em desacordo com a legislação vigente.

14. Ademais, cumpre registrar que o Princípio da Consunção (*Lex consumens derogat consumptae*) estabelece que o fato mais amplo e mais grave absorve os menos graves, que funcionariam como fase normal de preparação, execução ou mero exaurimento.

15. Nas lições do professor Rogério Greco:

“Pode-se aplicar o princípio da consunção: a) quando um crime é meio necessário ou fase normal de preparação ou de execução de outro crime (progressão criminosa e crime progressivo) – a consumação absorve a tentativa e esta absorve o incriminado ato preparatório; o crime de lesão absorve o correspondente crime de perigo; o homicídio, a lesão corporal; o furto em casa habitada, a violação de domicílio. b) nos casos de antefato e pós-fato impuníveis”. (GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Geral. Rio de Janeiro: Impetus, 2007, p. 31-32)

16. Seguindo a mesma linha, esclarece Fábio Medina Osório:

“Pelo princípio da consunção, incide a pena prevista ao ilícito finalisticamente pretendido pelo agente. Há uma absorção de um ilícito por outro. No Direito Penal, ocorre a incidência do princípio da consunção no crime progressivo. É uma fase de transição de um ilícito a outro.

O crime ou o ilícito progressivo abrange uma única ação criminosa abstrata. Uma outra infração é ‘consumida’ na ação típica. Há uma relação de continência. O fato é único e tudo se passa no interior do tipo. Decorre da natureza intrínseca do fato. Há uma continência implícita” (OSÓRIO, Fábio Medina, Direito administrativo sancionador. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 409 e 410).

17. Tendo em vista o quadro delineado, cumpre analisar se efetivamente o fato disposto no art. 57 da RN nº 124 de 2006 absorve o fato previsto no art. 69, também da RN nº 124 de 2006, vale dizer, se esse constitui meio necessário ou fase normal de preparação ou de execução daquele ou se seria o caso de antefato e pós-fato impuníveis.

18. Ora, a incidência prática da conduta prevista no art. 57 da RN nº 124 de 2006, pode se dar por vários motivos, em diversas situações, sem necessariamente depender de alteração contratual.

19. De forma a exemplificar: uma operadora pode aplicar equivocadamente o índice de reajuste acordado no contrato, vale dizer, existe fórmula de cálculo para reajuste de plano coletivo, devidamente disciplinada em contrato, mas ainda assim ela calcula de outra forma.

20. Outra situação que merece ser destacada, ocorre quando a operadora cobra equivocadamente o valor pactuado, por exemplo, comunica à Agência um índice de reajuste de 20%, mas cobra de seus

beneficiários no boleto um valor de 30%.

21. Depreende-se das duas situações narradas que não foi necessária alteração contratual para se efetuar a cobrança de reajuste de plano coletivo em desacordo com a regulamentação específica em vigor. Conseqüentemente, o tipo previsto no art. 69 da RN nº 124 de 2006 (alteração do contrato em desacordo com a legislação) não constitui, necessariamente, meio essencial ou fase normal de preparação ou de execução do tipo disposto no art. 57 da RN nº 124 de 2006, muito menos seria o caso de antefato ou pós-fato impuníveis.

22. No caso em comento houve a prática de conduta lesiva por parte da operadora, infringindo dois tipos distintos, não havendo o que se falar na aplicação do Princípio da Consumção. Assim, a infração do art. 69 da RN nº 124 de 2006 não é consumida na ação típica do art. 57 da RN nº 124 de 2006, não se estabelecendo uma relação de continência.

23. De forma a tornar mais clara a tese suscitada, cumpre consignar o disposto na Súmula nº 17 do Superior Tribunal de Justiça - STJ, in verbis:

“Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido.”

24. Quanto à interpretação da referida Súmula destaca-se:

"RECURSO ESPECIAL. FALSO E ESTELIONATO. SÚMULA 17 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1. O recurso especial fundamentado no permissivo constitucional da alínea "c" é cabível quando houver divergência jurisprudencial na exegese de dispositivo de lei federal, não consubstanciando motivação hábil, ao conhecimento do apelo extremo, a discussão acerca da correta interpretação de enunciado de súmula. 2. À luz do enunciado nº 17 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, persistindo a potencialidade lesiva do falso, não é o delito absorvido pelo crime de estelionato. 3. 'A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.' (Súmula do STJ, Enunciado nº 7). 4. Recurso não conhecido." (REsp nº 119.149/SP, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, in DJ 3/9/2001)" (Grifos nossos)."

"PENAL. HABEAS CORPUS. ARTS. 171, § 3º C/C 14, II; 299 DO CÓDIGO PENAL. CARTEIRA DE TRABALHO E PREVIDÊNCIA SOCIAL. POTENCIALIDADE LESIVA. CRIME IMPOSSÍVEL. INOCORRÊNCIA. À luz do enunciado nº 17 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça,

persistindo a potencialidade lesiva, não é o falso absorvido pelo crime de estelionato. Writ denegado. (HC nº 45.900/SC, Relator Ministro Felix Fischer, in DJ 28/11/2005)".(Grifou-se).

25. Resta evidenciado, pela jurisprudência acima elencada, que o crime de estelionato só absorve o crime de falso quando as condutas não compreendem atos isolados com finalidade específica e exclusiva. Caso persista a potencialidade lesiva, o crime de falso não será absorvido pelo crime de estelionato.

26. Do mesmo modo ocorre no âmbito da RN nº 124 de 2006, eis que o tipo do art. 69 da referida RN não perde sua potencialidade lesiva com a incidência simultânea do tipo previsto no art. 57, também da RN nº124 de 2006.

27. Ressalte-se que a operadora, em um primeiro momento, efetuou a alteração contratual de forma unilateral, sem anuência do contratante, e ainda que sem a efetiva aplicação dos novos preços, já estaria materializada a infração capitulada no art. 69 da RN nº 124 de 2006. Apenas em um segundo momento, é que foi desencadeado o problema da não linearidade dos reajustes, configurando-se a conduta do art. 57 da RN nº 124 de 2006.

28. Por conseguinte, constata-se que a incidência posterior da conduta prevista no art. 57 da RN nº 124 de 2006 não afasta a potencialidade lesiva do art. 69, também da RN nº 124 de 2006, o que descarta a aplicação do Princípio da Consunção. III - Conclusão:

29. Por todo o exposto e fundamentado, entende-se que no caso de alteração substancial de contrato e posterior imposição de reajustes maiores do que o pactuado, em contrato de plano coletivo por adesão, haveria tanto a incidência do art. 69, quanto a do art. 57, ambos da RN nº 124 de 2006, não havendo continência entre as condutas.

30. Constata-se que a conduta prevista no art. 69 da RN nº 124 de 2006 não constitui meio essencial ou fase normal de preparação ou de execução do tipo disposto no art. 57 da RN nº 124 de 2006, muito menos seria o caso de antefato ou pós-fato impuníveis. Além disso, a incidência desse não afasta a potencialidade lesiva daquele.

31. Conclui-se, portanto, pela aplicação simultânea dos tipos infrativos previstos no art. 57 e no art. 69, ambos da Resolução Normativa nº 124, de 30 de março de 2006, não cogitando-se a aplicação do Princípio da Consunção.

32. Por derradeiro, o presente entendimento será aplicável quando presentes os mesmos elementos fáticos que o fundamentaram, notadamente: prática de duas condutas distintas, de alteração unilateral dos contratos e configuração de reajuste diverso do que pactuado originalmente."

SIMONE SANCHES FREIRE
DIRETORA DE FISCALIZAÇÃO