



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
2ª Câmara de Coordenação e Revisão

VOTO 7511/2015

PROCEDIMENTO MPF Nº 1.30.001.000778/2015-17

ORIGEM: PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROCURADOR OFICIANTE: PAULO GOMES FERREIRA FILHO

RELATOR: JULIANO BAIOCCHI VILLA-VERDE DE CARVALHO

NOTÍCIA DE FATO. SUPOSTOS CRIMES CONTRA O SFN E A ORDEM TRIBUTÁRIA, FALIMENTAR E DE SONEGAÇÃO E/OU APROPRIAÇÃO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS PRATICADOS POR EX-OPERADORA PRIVADA DE PLANOS DE SAÚDE. IRREGULARIDADES ATESTADAS PELA ANS. PROMOÇÃO DE DECLÍNIO DE ATRIBUIÇÕES DO APURATÓRIO AO MPE, EM RELAÇÃO AO CRIME FALIMENTAR, E ALEGATIVAS DE NÃO OCORRÊNCIA DE CRIMES CONTRA O SFN E DE AUSÊNCIA DE CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DOS CRÉDITOS FISCAIS. REMESSA DOS AUTOS A ESTE COLEGIADO. DECLÍNIO QUE SE RECEBE COMO ARQUIVAMENTO. REVISÃO (ART. 62, INC. IV, DA LC Nº 75/93). HOMOLOGAÇÃO DO ARQUIVAMENTO QUANTO AOS CRIMES MATERIAIS INSERTOS NO ART. 1º DA LEI Nº 8.137/90 E NO ART. 337-A DO CP, ANTE A INCIDÊNCIA DA SV Nº 24 DO STF. NÃO HOMOLOGAÇÃO DO ARQUIVAMENTO QUANTO AOS DEMAIS DELITOS. INSTITUIÇÃO EQUIPARADA À FINANCEIRA. PESSOA JURÍDICA QUE ADMINISTRA RECURSOS DE TERCEIROS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO LASTREADO NA ÁLEA. OPERADORA QUE NÃO SE SUBMETE À FALÊNCIA, MAS, SIM, À LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL PREVISTA NA LEI Nº 6.024/74. DISPENSABILIDADE DE CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO PREVIDENCIÁRIO EM RELAÇÃO AO CRIME DO ART. 168-A DO CP (NATUREZA FORMAL). RELATOS, AINDA, DE DESOBEDIÊNCIA A ORDENS DE ÓRGÃO FEDERAL (ANS) E DE DESCUMPRIMENTO DE INÚMERAS NORMAS DE SAÚDE. APLICAÇÃO DA SÚM. Nº 122 DO STJ QUANTO ÀS INFRAÇÕES CONTRA A ECONOMIA POPULAR OU AS RELAÇÕES DE CONSUMO. DESIGNAÇÃO DE OUTRO MEMBRO DO MPF PARA PROSSEGUIR NA PERSECUÇÃO PENAL QUANTO A ESSES DELITOS.

1. Notícia de fato instaurada para apurar supostos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (art. 4º da Lei nº 7.492/86) e a Ordem Tributária (art. 1º da Lei 8.137/90), falimentar (Lei nº 11.101/2005) e de sonegação e/ou apropriação de contribuições previdenciárias (art. 168-A e/ou 337-A do CP) praticados por instituição privada ex-operadora de plano de saúde, no período de 2008 a 2012. Por meio de ofício, a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS encaminhou cópia de inquérito administrativo, instaurado para apurar responsabilidades dos ex-administradores da referida ex-operadora.

2. Promoção de declínio de atribuições do apuratório ao Ministério Público Estadual pelo Procurador oficiante, em relação ao crime falimentar, e alegativas de não ocorrência de crimes contra o SFN, por não ser a parte investigada uma instituição financeira, nem contra a ordem tributária, por não haver, ainda, constituição definitiva dos créditos fiscais.

3. Remessa dos autos a esta 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal.

4. Declínio que se recebe como arquivamento. Revisão (art. 62, inc. IV, da Lei Complementar nº 75/93).

5. Homologação do arquivamento quanto aos crimes materiais previstos no art. 1º da Lei nº 8.137/90 e no art. 337-A do Código Penal, ante a incidência da Súmula Vinculante nº 24 do Supremo Tribunal Federal.

6. Não homologação do arquivamento quanto aos demais delitos.

7. A operadora de plano de saúde é instituição equiparada à financeira, na inteligência do art. 1º, Parágrafo Único, inc. I, da Lei nº 7.492/86 e do art. 18, § 1º, da Lei nº 4.595/64, e não se submete à falência, consoante estatui expressamente o inc. II do art. 2º da Lei nº 11.101/20051 (mas, sim, à liquidação extrajudicial disposta na Lei nº 6.024/74), embora possua contornos e características peculiares – forma de constituição e de fiscalização –, o que não afasta, contudo, o reconhecimento do exercício de atividade financeira, mesmo que em caráter não exclusivo (art. 1º, § 1º, da Lei nº 9.656/98).

8. Conceito de operadora de planos de saúde que se sobrepõe ao conceito de seguradora de saúde, ao passo que a operadora assegura os serviços ou os custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, além de garantir a cobertura financeira de riscos de assistência médica, hospitalar e odontológica, ostentando, pois, outras características que a diferenciam da atividade exclusivamente financeira, não deixando, porém, de exercer atividade de caráter financeiro. E, ainda que tal operadora não administrasse seguro, em sentido estrito, acaba por intermediar ou administrar recursos financeiros de terceiros.

9. Não constitui óbice ao silogismo apresentado o fato de ser essa pessoa jurídica supervisionada pela ANS, e não pelo Banco Central – BACEN, vez que existem entidades supervisoras diversas componentes da regulação estatal do SFN (CVM, SUSEP etc.).

10. A ANS detém competência especial para promover a proteção do equilíbrio sistêmico do mercado de saúde suplementar, notadamente o dever de definir padrões econômico-financeiros e regular a entrada, a operação e a saída das operadoras de tal mercado, na inteligência do art. 4º, incisos XXII, XXXIV e XXXV, de sua lei criadora (Lei nº 9.961/2000) e dos arts. 19, 24 e 35-A, inc. IV e Parágrafo Único, da citada lei que regula as operadoras de planos de saúde.

11. Outro não é entendimento abraçado pelo Grupo de Trabalho Combate a Crimes contra o Sistema Financeiro deste Colegiado e pelos Tribunais Regionais Federais da 2ª e da 3ª Regiões.

12. No particular, a investigada e seus representantes possivelmente incorreram na prática de crimes contra o SFN (art. 4º, 6º, 10 e 12 da Lei nº 7.492/86), além de desobediência a ordens da agência reguladora (art. 330 do CP) e contra a economia popular ou as relações de consumo (Lei nº 1.521/51 ou Lei nº 8.137/90, art. 7º), havendo nos autos indícios suficientes e provas de autoria e materialidade criminosas. Irregularidades econômico-financeiras que são gravíssimas, constando de relatório conclusivo da ANS, após análise da documentação proveniente dos processos de Regime Especial de Direção Fiscal e de Liquidação Extrajudicial, com base, principalmente, nos relatórios de agentes nomeados.

13. Ante a conexão probatória surgida nos fatos, aplica-se a Súmula nº 122 do Superior Tribunal de Justiça quanto às infrações contra a economia popular ou as relações de consumo.

14. Dispensabilidade de constituição do crédito previdenciário em relação ao crime do art. 168-A do Diploma Aflitivo (natureza formal).

15. Homologação do arquivamento das infrações do art. 1º da Lei nº 8.137/90 e do art. 337-A do CF, com as ressalvas do art. 18 do CPP e do Verbete Sumular nº 524 do STF, e designação de outro Membro do MPF para prosseguir na persecução penal quanto aos demais delitos.

Cuida-se de notícia de fato instaurada para apurar supostos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (art. 4º da Lei nº 7.492/86) e a Ordem Tributária (art. 1º da Lei 8.137/90), falimentar (Lei nº 11.101/2005) e de sonegação e/ou apropriação de contribuições previdenciárias (art. 168-A e/ou 337-A do CP) praticados pela instituição privada ex-operadora de plano de saúde “ASSISTÊNCIA MÉDICA E ODONTOLÓGICA REAL LTDA”, CNPJ nº 27.969.732/0001-40, no período de 2008 a 2012.

Por meio do ofício nº 495/2014/COINQ/SEGER/PRESI/ANS, a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS encaminhou ao Ministério Público Federal cópia do Inquérito Administrativo nº 33902.354789/2012-53, instaurado para apuração das responsabilidades dos ex-administradores da referida ex-operadora de plano de saúde.

O Procurador da República oficiante promoveu o declínio de atribuições do apuratório ao Ministério Público Estadual, quanto ao crime falimentar, pontuando, noutro giro, a não ocorrência de crimes contra o SFN e a ausência de constituição definitiva dos créditos fiscais. Fê-lo o Membro do *Parquet* Federal sob as seguintes alegativas (fs. 134/139):

Compulsando os autos, verifica-se que a empresa ASSISTÊNCIA MÉDICA E ODONTOLÓGICA REAL LTDA trata-se de uma operadora de plano de saúde, cuja atividade consistia na administração de planos de saúde.

Inicialmente, cumpre esclarecer que há distinção entre seguro saúde e plano de saúde. O seguro saúde permite, obrigatoriamente, livre escolha do prestador de serviços (médicos e hospitais), enquanto que as operadoras de planos de saúde oferecem atendimento médico-hospitalar e odontológico geralmente na rede própria ou credenciada. Além disso, o seguro saúde possibilita o direito ao reembolso das despesas médico-hospitalares e, por sua vez, o plano de saúde não. Observa-se que as operadoras de plano de saúde, em sua maioria, desenvolvem suas atividades mediante a contribuição de associados, mantendo uma rede de profissionais habilitados para a prestação de serviços ligados à área da saúde.

Nesta toada, constata-se que não há nas atividades das operadoras de planos de saúde intermediação ou aplicação de recursos de terceiros, uma vez que os valores pagos pelos associados correspondem à retribuição pela prestação (ou possibilidade de prestação) dos serviços para os quais foi contratado o respectivo plano. Não há, portanto, contrato de depósito ou qualquer outra operação típica de instituição financeira.

Outrossim, há que se considerar que as operadoras de planos de saúde estão sujeitas à fiscalização da Agência Nacional de Saúde Suplementar e que esta agência reguladora não compõe um dos

órgãos de fiscalização do Sistema Financeiro Nacional. Dessa forma, não se pode concluir que operadoras de planos de saúde sejam equiparadas a instituições financeiras.

Apesar da jurisprudência dos tribunais aplicar a Lei de crime contra o Sistema Financeiro Nacional às operadoras de planos de saúde, nota-se que esta limita-se a equiparar operadoras de planos de saúde à instituições financeiras sem, todavia, analisar a fundo esta questão.

Do mesmo modo, não há na doutrina dissertação específica acerca da equiparação das operadoras de planos de saúde à instituições financeiras. Luiz Regis Prado e Guilherme de Souza Nucci analisam o parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 7.492/86 de forma superficial sem mencionarem a respeito das operadoras de planos de saúde. Da mesma maneira, José Paulo Baltazar Junior que, embora apresente vários exemplos em que é cabível ou não a equiparação, não explanou especificamente o caso das operadoras de planos de saúde.

Todavia, há de se reconhecer que os precedentes da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão contemplam uma análise minuciosa acerca da discussão. Além dos argumentos já levantados, os referidos precedentes esclarecem que as próprias definições legais de operadora de plano de saúde e de instituição financeira demonstram a impossibilidade de equiparação entre elas, in verbis: ...

Operadoras de plano de saúde, portanto, não se equiparam a instituições financeiras e, conseqüentemente, não há que se falar em prática de crime contra o Sistema Financeiro Nacional, não sendo este diploma legal aplicável in casu.

Assim, não há como se enquadrar as condutas, em tese, praticadas pelos ex-administradores da ex-operadora de plano de saúde ASSISTÊNCIA MÉDICA E ODONTOLÓGICA REAL LTDA nos tipos penais previstos na Lei nº 7.492/86.

Ademais, não há representação para fins penais em face da empresa ASSISTÊNCIA MÉDICA E ODONTOLÓGICA REAL LTDA, apenas débitos previdenciários acompanhados pela PFN em Duque de Caxias, débitos do PIS/COFINS acompanhados pela PFN em Nova Iguaçu e débitos de PIS/COFINS/IRPJ/CSL acompanhados pela PFN em Nova Iguaçu.

Entretanto, há indícios de prática do crime falimentar tipificado na Lei 11.101/2005 de competência da Justiça Estadual.

Diante do exposto, nos termos do artigo 109, IV, da Constituição Federal, não cabe ao parquet federal conduzir esta investigação, razão pela qual declino da atribuição para atuar no feito.

Encaminhe-se à 2ª CCR para homologação (Enunciado 32). Homologado o declínio, remeta-se ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Os autos vieram a esta 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF.

Eis, em síntese, o relatório.

A presente promoção de declínio de atribuições deve ser recebida como arquivamento.

Com efeito, no que pertine aos crimes materiais previstos no art. 1º da Lei nº 8.137/90 e no art. 337-A do Código Penal (ausência de pagamento de Contribuições Sociais – PIS, COFINS e CSSL –, de IRPJ, de taxas à saúde suplementar e ao SUS, e multas impostas pela ANS), por não haver constituição definitiva dos respectivos créditos tributários, incide a Súmula Vinculante nº 24 do Supremo Tribunal Federal, a prosperar o arquivamento desses delitos, com as ressalvas do art. 18 do Código de Ritos Penais e do Verbete Sumular nº 524 da Corte Suprema.

Todavia, quanto às demais infrações investigadas, inadequado se mostra o arquivamento do apuratório.

É que a operadora de plano de saúde é instituição equiparada à financeira, na inteligência do art. 1º, Parágrafo Único, inc. I, da Lei nº 7.492/86 e do art. 18, § 1º, da Lei nº 4.595/64, **e não se submete à falência, consoante estatui expressamente o inc. II do art. 2º da Lei nº 11.101/2005**¹ (mas, sim, à liquidação extrajudicial² disposta na Lei nº 6.024/74), embora possua contornos e características peculiares – forma de constituição (sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão) e de fiscalização (submetida ao controle da ANS) –, que não afastam, contudo, o reconhecimento do exercício de atividade financeira por tal ente moral, mesmo que em caráter não exclusivo.

De uma banda, o conceito de operadora de plano de saúde pode bem se sobrepor ao conceito de seguradora de saúde, ao passo que a operadora assegura o serviço ou os custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, conquanto não seja, tão só, garantidora de cobertura financeira de riscos, não havendo, assim, motivo para maiores distinções, sobretudo quando, ao fim e ao cabo, ambas as pessoas jurídicas captam e administram recursos financeiros de terceiros, com retorno mediante indenização ou prestação de serviço lastreado na álea.

A própria legislação de regência dos **planos e seguros** privados de assistência à saúde (Lei nº 9.656/98) aduz, em seu art. 1º:

¹ “Art. 2º Esta Lei não se aplica a: I – empresa pública e sociedade de economia mista; II – instituição financeira pública ou privada, cooperativa de crédito, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores.” - Destacou-se.

² Art. 23 da Lei nº 9.656/98: “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.”.

Art. 1º Submetem-se às disposições desta Lei as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade, adotando-se, para fins de aplicação das normas aqui estabelecidas, as seguintes definições: (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

*I - **Plano Privado de Assistência à Saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais** a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)*

*II - **Operadora de Plano de Assistência à Saúde: pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de que trata o inciso I deste artigo; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)***

*III - **Carteira: o conjunto de contratos de cobertura de custos assistenciais ou de serviços de assistência à saúde em qualquer das modalidades de que tratam o inciso I e o § 1º deste artigo, com todos os direitos e obrigações nele contidos. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)***

*§ 1º Está subordinada às normas e à fiscalização da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS qualquer modalidade de produto, serviço e contrato que apresente, **além da garantia de cobertura financeira de riscos de assistência médica, hospitalar e odontológica, outras características que o diferencie de atividade exclusivamente financeira**, tais como: (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)*

a) custeio de despesas; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

b) oferecimento de rede credenciada ou referenciada; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

c) reembolso de despesas; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

d) mecanismos de regulação; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

e) qualquer restrição contratual, técnica ou operacional para a cobertura de procedimentos solicitados por prestador escolhido pelo consumidor; e (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

f) vinculação de cobertura financeira à aplicação de conceitos ou critérios médico-assistenciais.

Note-se que a operadora de plano de saúde, **além de garantir a cobertura financeira de riscos de assistência médica, hospitalar e odontológica**, ostenta outras características que a diferenciam da atividade

exclusivamente financeira, não deixando, porém, de exercer atividade de caráter financeiro, de modo não exclusivo ou precípua, o que se revela desinfluyente para ajustá-la ao conceito legal de instituição financeira equiparada.

Lado outro, ainda que tal operadora não administrasse seguro, em sentido estrito, acaba por intermediar ou administrar recursos financeiros de terceiros, com *“a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor.”*.

Bem leciona Marcos Cavalcante de Oliveira, em seu livro *Moedas, Juros e Instituições Financeiras*³, que:

Quando se fala em sistema, a ênfase está na unidade da atividade financeira dentro da economia. Mas o SFN – Sistema Financeiro Nacional – é composto de milhares de partes, todas elas interligadas em relações de reciprocidade, a exemplo das vigas e colunas de um prédio. Quando se fala em estrutura a ênfase está na disposição e na ordem dos diferentes elementos do sistema.

O sistema não é feito apenas de bancos captadores dos depósitos à vista. Nem só do Banco Central. Também fazem parte dele as bolsas de valores e de mercadorias, os sistemas de bases de dados com os cadastros positivos e negativos de crédito, os agentes autônomos de investimento, as corretoras, as distribuidoras, as centrais de liquidação e custódia etc. Há todo um conjunto de elementos que se movimentam, cometendo atos jurídicos os mais variados no âmbito interno e interagindo com pessoas físicas e jurídicas que estão fora desse sistema, mas que integram o ambiente econômico nacional e internacional. A estrutura do SFN é a disposição e ordem desses elementos que estão dentro do sistema, cujos negócios jurídicos garantem o seu dinamismo externo e interno (...).

O que define uma pessoa como instituição financeira é a natureza da sua atividade profissional, seja ela desempenhada em caráter **“principal ou acessório”**. Para uma pessoa, física ou jurídica, ser considerada “instituição financeira” **o essencial é que se dedique “de forma permanente ou eventual” “coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros.”** Instituição financeira é uma pessoa cujo objetivo é a intermediação entre os que dispõem de capital e

³OLIVEIRA, Marcos Cavalcante de. *Moeda, juros e instituições financeiras – regime jurídico* / Marco Cavalcante de Oliveira. - Rio de Janeiro: Forense, 2009.

aqueles que precisam obtê-los, isto é, em receber e concentrar capitais para sistematicamente distribuí-los. Não importa, para este fim, se o desempenho desta atividade está autorizado pelo Banco Central ou não.

A falta de autorização prévia para o exercício desta atividade sujeita o infrator às sanções administrativas e penais, mas não o descaracteriza da natureza jurídica de instituição financeira (...).

O que a Lei nº 7.492/1986 fez foi espantar qualquer dúvida de que a custódia, emissão, distribuição, negociação, intermediação ou administração de valores mobiliários também integra a figura jurídica em análise. Não há qualquer novidade, pois os títulos e valores mobiliários, embora não sejam moeda, são, por definição, ativos ou recursos financeiros e, como tais, sua coleta, intermediação, aplicação ou custódia já era objeto do regime da Lei nº 4.595/1964. Igual raciocínio também vale para a menção feita no inciso I do parágrafo único do art. 1º da Lei nº 7.492/1986 às operações ligadas a seguros, câmbio, consórcio, capitalização ou qualquer tipo de poupança ou recurso de terceiros. - Negritou-se

Nesse contexto, por uma via ou por outra, a operadora de plano de saúde se equipara, nos moldes do Parágrafo Único do art. 1º da Lei nº 7.492/86, a uma instituição financeira, submetendo-se, conseqüentemente, aos efeitos e disposições especiais estabelecidas nas legislações pertinentes ao Sistema Financeiro Nacional, bem como nas leis específicas de saúde e nas resoluções normativas da ANS.

Demais disso, cabe verberar não constituir óbice ao silogismo apresentado o fato de ser essa pessoa jurídica supervisionada pela ANS, e não pelo Banco Central – BACEN, vez que existem entidades supervisoras diversas componentes da regulação estatal do SFN, a exemplo da Comissão de Valores Mobiliários – CVM (controla e fiscaliza o mercado de valores mobiliários), da Superintendência de Seguros Privados – SUSEP (controla e fiscaliza o mercado de seguro, previdência privada aberta e capitalização), da Secretaria de Previdência Complementar – SPC (controla e fiscaliza atividades de Entidades Fechadas da Previdência Complementar - fundos de pensão), do Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF (controla e fiscaliza ocorrência de suspeitas de atividades ilícitas bancárias e financeiras) e Instituto de Resseguros do Brasil – IRB Brasil Re (controla e fiscaliza cosseguro, resseguro e retrocessão).

Na espécie, a ANS detém competência especial para promover a proteção do equilíbrio sistêmico do mercado de saúde suplementar, notadamente

o dever de definir padrões econômico-financeiros e regular a entrada, a operação e a saída das operadoras de tal mercado, na inteligência do art. 4º, incisos XXII, XXXIV e XXXV, de sua lei criadora (Lei nº 9.961/2000) e dos arts. 19, 24 e 35-A, inc. IV e Parágrafo Único, da citada lei que regula as operadoras de planos de saúde.

Assim, nos termos do art. 24 da Lei nº 9.656/98, sempre que detectadas nessas operadoras insuficiência das garantias do equilíbrio financeiro, anormalidades econômico-financeiras ou administrativas graves, colocando em risco a continuidade ou a qualidade do atendimento à saúde, a autarquia reguladora de saúde suplementar poderá determinar, por exemplo, a alienação da carteira, o regime de direção fiscal ou técnica, por prazo não superior a trezentos e sessenta e cinco dias, ou a liquidação extrajudicial, conforme a gravidade do caso.

Inclusive, em torno do tema vergastado, oportuno trazer à baila trechos de estudo técnico elaborado pelo Grupo de Trabalho Combate a Crimes contra o Sistema Financeiro deste Colegiado, na mesma direção ora sustentada:

Não resta dúvida de que as operadoras de planos de saúde captam recursos do público e os administram com vistas ao eventual fornecimento do serviço, que pode acontecer ou não, dependendo do surgimento da efetiva necessidade, consistente na ocorrência de moléstia coberta pelo plano respectivo. Nesse sentido, não há, por parte das pessoas jurídicas, simples prestação de serviço, a seus clientes, em decorrência do pagamento do valor contratado, mas garantia de cobertura, com a faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor, conforme previsto no art. 1º, inciso I, da Lei nº 9.656/98.

Portanto, nos termos do que preceitua a Lei nº 9.656/98, o plano de saúde consubstancia, na essência, um seguro contratado para cobertura de riscos futuros, no caso uma eventual enfermidade.

Nessa medida, os contratos de planos privados de assistência à saúde constituem contratos de seguro, e as operadoras de planos de saúde, em decorrência, possuem a natureza de sociedades seguradoras.

Esse tem sido o entendimento acolhido pela jurisprudência, em especial a do TRF-2ª Região e, mais recentemente, também a do TRF-3ª Região, os quais vêm considerando que as operadoras de planos de saúde equiparam-se às instituições financeiras, nos termos do art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86, para os fins de enquadramento de seus responsáveis pelo cometimento de crimes

contra o sistema financeiro nacional, conforme demonstram as seguintes ementas de julgados:

(...)

Além de deverem ser consideradas como sociedades seguradoras, acresça-se que as operadoras de planos de saúde, nos termos estabelecidos no art. 23 da Lei nº 9.656/98, não podem requerer concordata e não estão sujeitas a falência ou insolvência civil, mas tão somente ao regime de liquidação extrajudicial, aplicando-se-lhes, no que couber, o disposto na Lei nº 6.024/74, que trata da liquidação extrajudicial das instituições financeiras. O uso da locução “no que couber” justifica-se porque, diferentemente das instituições financeiras reguladas e fiscalizadas pelo Banco Central, as operadoras de planos de saúde sujeitam-se à regulação e ao controle por parte da ANS, exercidos tendo em vista as peculiaridades desse ramo específico da economia.

Com efeito, nos termos do § 1º do art. 1º da Lei nº 9.656/98, a subordinação às normas e à fiscalização da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS abrange qualquer modalidade de produto, serviço e contrato que apresente, além da garantia de cobertura financeira de riscos de assistência médica, hospitalar e odontológica, outras características que o diferenciem de atividade exclusivamente financeira, tais como a) custeio de despesas; b) oferecimento de rede credenciada ou referenciada; c) reembolso de despesas; d) mecanismos de regulação; e) qualquer restrição contratual, técnica ou operacional para a cobertura de procedimentos solicitados por prestador escolhido pelo consumidor; e f) vinculação de cobertura financeira à aplicação de conceitos ou critérios médico-assistenciais.

Ou seja, a legislação de regência assume expressamente que as atividades desempenhadas pelas entidades sujeitas à regulação da ANS constituem espécie de atividade financeira, excluindo-as do âmbito normativo/fiscalizatório do BACEN em função de características próprias que não modificam essa sua natureza.

A propósito, ressalte-se que, para os fins da Lei nº 7.492/86, não é necessário que a instituição financeira, própria ou equiparada, esteja sujeita à fiscalização do BACEN. Por exemplo, as empresas que operam no mercado de valores mobiliários, sujeito à fiscalização da CVM, e no mercado de previdência privada, regulado pela SUSEPE, ambos integrantes do sistema financeiro nacional, enquadram-se na mesma definição do art. 1º citado.

Registre-se, ainda, que a conduta tipificada no art. 17 da Lei nº 7.492/86, que visa coibir o nepotismo e o favorecimento que poderiam atingir o equilíbrio financeiro da empresa, atingir a poupança popular e solapar a fé pública no sistema financeiro, também encontra vedação na Lei nº 9.656/98, em seu art. 21, denotando a equivalência de regimes entre instituições financeiras e operadoras de planos de saúde: (...).

No ponto, importa realçar, também, que os Tribunais Regionais Federais da 2ª e da 3ª Regiões vêm abraçando o entendimento aqui esposado, conforme se vê da leitura dos julgados adiante sumariados:

PENAL - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL – EMPRESA OPERADORA DE

PLANOS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE – INSTITUIÇÃO FINANCEIRA EQUIPARADA POR FORÇA DO ART. 1º, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO I, DA LEI Nº 7.492/86 – SOCIEDADES SEGURADORAS SUBORDINADAS À ANS – CRIME SOCIETÁRIO – NÃO EXIGÊNCIA DA DESCRIÇÃO MINUCIOSA E INDIVIDUALIZADA DE CADA ACUSADO – ART. 16, DA LEI 7.492/86 – INOCORRÊNCIA DE PREJUÍZO A TERCEIROS – ADOÇÃO DO PARECER MINISTERIAL COMO RAZÕES DE DECIDIR. MOTIVAÇÃO PER RELATIONEM – PROVIMENTO DO RECURSO – RECEBIMENTO DA DENÚNCIA – SÚMULA 709, DO STF. I – As Operadoras de Planos de Saúde configuram-se genuínas seguradoras que por força do art. 1º, parágrafo único, I, são equiparadas à instituição financeira. II – As Operadoras de Plano de Saúde embora subordinadas à ANS, mantiveram a natureza de sociedades seguradoras, tendo em vista que os contratos de planos privados de assistência de saúde, constituem-se em última análise em contrato de seguro. III – Nos crimes societários, embora não se exija a descrição minuciosa e individualizada da conduta de cada acusado, é necessário que haja a narrativa dos fatos delituosos, de sua suposta autoria, do vínculo de causalidade e do nexo de imputação, de maneira a permitir o exercício da ampla defesa, como na espécie. IV – O delito dos artigos 16, da Lei 7.492/86 é de mera conduta, sendo, portanto, desnecessária a demonstração da ocorrência de qualquer resultado para que o tipo se complete, afigurando-se desprovido indagar sobre a ocorrência de prejuízo alheio. V – Forte no entendimento jurisprudencial consolidado no sentido de que não constituir nulidade ou ofensa ao art. 93, IX, da CRFB, o Relator do acórdão adotar como razões de decidir os fundamentos do parecer ministerial (STJ, HC 40.874/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 18.04.2006, DJ 15/05/2006 p. 244; HC 32472/RJ, Rel. Ministro Jorge Scartezzini, Quinta Turma, julgado em 23.03.2004, DJ 24.05.2004, p. 314; HC 18305/PE, Rel. Ministro Edson Vidigal, Quinta Turma, julgado em 19/03/2002, DJ 22/04/2002, p. 222; e STF, HC 941 64/RS, Rel. Ministro Menezes Direito, Primeira Turma Julgado em 17/06/2008, DJe 22/08/2008) – motivação per relationem – desde que comportem a análise de toda a tese defensiva, é possível adotar os fundamentos postos pelo representante do MPF. III – Recurso em sentido estrito a que se dá provimento para receber a denúncia (Súmula 709 do STF). (RSE: 200950010044898 RJ 2009.50.01.004489-8, Relator: Juiz Federal Convocado MARCELLO FERREIRA DE SOUZA GRANADO, Data de Julgamento: 24/02/2010, PRIMEIRA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: E-DJF2R – Data: 27/04/2010 – Página: 82/83) – Grifou-se.

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. EMPRÉSTIMO VEDADO (ART. 17, DA LEI 7.492/86). OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA POR EQUIPARAÇÃO (ART. 1.º, PAR. ÚNICO, DA LEI 7.492/86). DIVERGÊNCIA DE ENTENDIMENTO NESSE SENTIDO. OCORRÊNCIA DE ERRO DE PROIBIÇÃO INVENCÍVEL OU ESCUSÁVEL. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA MANTIDA. APELO DA ACUSAÇÃO DESPROVIDO. 1- Imputa-se aos réus a prática do crime previsto no art. 17 da Lei n.º 7.492/86. 2- As operadores de planos de saúde são equiparadas às instituições financeiras por força do art. 1.º, parágrafo único, da Lei n.º 7.492/86, e conforme entendimento jurisprudencial que vem se consolidando (TRF2: ACR

201051018098980, Abel Gomes, Primeira Turma Especializada, E-DJF2R de 16.12.2014; RSE 200950010044898, Marcello Ferreira de Souza Granado, Primeira Turma Especializada, E-DJF2R de 27.04.2010). 3- O empréstimo firmado pelos réus na qualidade de representantes da Santa Cruz Saúde LTDA. - operadora de plano de saúde - tem o condão de configurar o ilícito em comento, até mesmo porque a ilicitude da conduta é reforçada pela disposição contida no art. 21, inciso II, da Lei n.º 9.656/98, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. 4- A materialidade e a autoria delitivas são incontestáveis. 5- A despeito do inconformismo do Ministério Público Federal, é o caso de manter a absolvição dos Recorridos, eis que efetivamente configurado, na hipótese, o erro de proibição invencível ou escusável. 6- Deveras, ambos os Recorridos admitiram que desconheciam a ilegalidade do empréstimo deferido pela Santa Cruz a Brasmed, que foi feito, ademais, em caráter emergencial, tanto que, quando alertados disso, tomaram todas as providências necessárias ao retorno ao status quo ante. 7- Ademais disso, tal como aduziu a sentença, a equiparação das operadoras de planos de saúde a instituições financeiras, ainda que venha sido paulatinamente reconhecida pela jurisprudência pátria, não é uma questão pacífica. Ora, se o ilícito perseguido nestes autos não é de fácil assimilação sequer para os operadores de Direito, o que dizer dos recorridos. 8- Nada obstante, o contrato de empréstimo teria sido efetuado para não cessar as atividades da Brasmed, hospital que fazia o atendimento básico de todos os conveniados da Santa Cruz e que na época passava por dificuldades financeiras, e, logo após terem sido comunicados da irregularidade do empréstimo pela ANS, os réus, que eram médicos e não dispunham de suficiente conhecimento técnico sobre o que é ou não autorizado no complexo ramo do mercado financeiro fizeram a quitação de tais valores, conforme comprova o ofício de fls. 111, elaborado pela referida agência reguladora. 9- Ainda, ao contrário do quanto alegou o Ministério Público Federal, o empréstimo foi integralmente quitado, conforme demonstra o extrato de fls. 57/59, onde se verifica que o valor de R\$90.000,00 era, efetivamente, o total da dívida remanescente após descontadas as parcelas já pagas e abatidos proporcionalmente os juros em razão do pagamento antecipado. 10- Em vista do exposto nos itens anteriores, de rigor a manutenção da absolvição dos recorridos. 11- Apelação desprovida. Sentença mantida. (ACR 0006653-31.2011.4.03.6105/SP, Desembargador Federal PAULO FONTES, Quinta Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 31/03/2015. FONTE_REPUBLICACAO) – Grifou-se.

Logo, com essas considerações, se chega à conclusão de que a ex-operadora de planos de saúde investigada, bem assim seus representantes ou administradores, possivelmente incorreram na prática de crimes contra o SFN (gestão fraudulenta ou temerária e omissões contábeis - art. 4º, 6º, 10 e 12 da Lei nº 7.492/86), além de desobediência a ordens da agência reguladora (art. 330 do CP) e contra a economia popular ou as relações de consumo (Lei nº 1.521/51 ou

Lei nº 8.137/90, art. 7º), como se demonstrará a seguir, havendo nos autos indícios suficientes e provas de autoria e materialidade criminosas.

Repousam no Relatório Conclusivo da ANS de fs. 88/95 (Volume 5) as seguintes condutas econômico-financeira irregulares, atribuídas aos ex-administradores da ex-operadora, após análise da documentação proveniente dos processos de Regime Especial de Direção Fiscal e de Liquidação Extrajudicial, com base, principalmente, nos relatórios de agentes nomeados:

1) ausência de observância às práticas devidas para a operação no mercado regulado e de adoção do Plano de Contas da ANS;

2) ausência de adoção da competência para registro das transações;

3) ausência de envio de pareceres da auditoria independente (IN nº 09/2007 e art. 22 da Lei nº 9.656/98);

4) ausência de realização de inventário periódico de ativos;

5) ausência de cálculo ou registro de provisões de qualquer natureza; e

6) ausência de ativos garantidores para lastrear as provisões técnicas (RN nº 159/2007), a acarretar descumprimento aos artigos 39, 48, 52, 53 e 54 da RN 124/2007.

Ainda, a ex-operadora:

- não encaminhava as informações obrigatórias do DIOPS, do Sistema de Cadastro de Beneficiários – SIB e do Sistema de Informações de Produtos – SIP, em desacordo com o art. 20 da Lei nº 9.656/98;

- operava com capital circulante líquido negativo acima de R\$ 6.000.000,00 (seis milhões de reais);

- não cumpria a exigência do Patrimônio Mínimo Ajustado (RN 160/2007);

- encerrou as atividades sem observar o trâmite legal, para realizar a saída ordenada do mercado de saúde;

- suspendeu subitamente o atendimento aos beneficiários;

- não observou a necessidade de alienação de sua carteira nem o pagamento dos prestadores, possuindo diversos títulos protestados por falta de pagamento à rede prestadora (RN 112/2005 e RN 124/2006);

- não respondeu à convocação do Liquidante Extrajudicial para apresentar documentação e assinar declarações previstas no art. 20 cc. o art. 10 da Lei nº 6.024/47, a refletir no cometimento das infrações contidas nos arts. 186 a 189 da Decreto Lei nº 7.661/45;

- não arquivou os atos constitutivos nem suas alterações contratuais no Registro Público de Empresas Mercantis (CC, art. 967);

- efetuou pagamento de tributos de outra sociedade empresária, quando deixava de efetuar o pagamento dos próprios tributos; e

- não apresentou informações contábeis, não registrou nem autenticou nenhum livro mercantil, inclusive os Livros Diário e Razão, nem apresentou os balancetes e os balanços devidos.

Portanto, infere-se que os investigados perpetraram crimes e diversas irregularidades econômico-financeiras gravíssimas.

No mais, ante a conexão surgida entre as condutas analisadas, aplica-se a Súmula nº 122 do Superior Tribunal de Justiça quanto às infrações contra a economia popular ou as relações de consumo.

Finalmente, quanto à possível apropriação indébita previdenciária (v. f. 92 do Volume 5 - a ex-operadora não efetuou pagamento de contribuições previdenciárias), tem-se que, a despeito de a redação atual do art. 83⁴ da Lei nº 9.430/1996 determinar que a Receita Federal somente possa representar ao *Parquet* após a constituição definitiva do crédito tributário, há de ser reconhecida a atecnia do prefalado dispositivo legal.

Pela análise da Súmula Vinculante nº 24⁵ do Supremo Tribunal Federal, verifica-se que o prévio exaurimento da via administrativa é condição objetiva de punibilidade, tão somente, em relação aos crimes materiais contra a ordem tributária.

⁴*Art. 83. A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e aos crimes contra a Previdência Social, previstos nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), será encaminhada ao Ministério Público depois de proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente.” - Destacou-se.*

⁵ “Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo.”.

Conforme os ensinamentos de Paulo Queiroz⁶, “*crimes formais (ou de consumação antecipada) são aqueles cuja consumação ocorre com a realização da ação, pouco importando o resultado, que constitui, em consequência, mero exaurimento de um crime já previamente consumado.*”.

O crime tipificado no art. 168-A do Código Penal é de natureza formal, caracterizando-se pelo não repasse à Previdência Social das contribuições previdenciárias recolhidas do trabalhador. O tipo penal em tela não se refere à supressão ou à alteração do tributo. Por isso, não há motivo para obstar a persecução penal até o término do procedimento administrativo destinado a apurar o crédito tributário.

Pode-se até cogitar que a Suprema Corte tenha pacificado o tema, quando do julgamento, em 2008, do agravo regimental no Inquérito nº 2537/GO, a induzir no sentido de que Pleno do STF tenha decidido tratar-se tal delito de crime de natureza material.

No entanto, de esmerada leitura dos votos desse julgamento, verifica-se que as opiniões ficaram divididas, sendo o relator, o Ministro Marco Aurélio pela tese do crime material e o Ministro Peluso pela tese do crime formal, sendo outras questões suscitadas no caso concreto. Ao final, em função de estar o crédito parcelado, decidiu-se pelo arquivamento do inquérito, não traduzindo a ementa do julgado⁷, contudo, o embate de opiniões, de modo que não pode ser esse precedente usado como *leading case*, inclusive por ter sido essa circunstância reconhecida, posteriormente, pelo Pretório Excelso.

Nessa senda, há nos autos indícios de autoria e materialidade de crimes contra o SFN e a ordem econômica ou as relações de consumo, de desobediência e de apropriação indébita previdenciária, fazendo-se necessária a realização de diligências elucidativas e complementares, não se impondo, pois, o arquivamento quanto a esses fatos investigados.

⁶ QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito penal: parte geral*. 6ª ed., rev. e ampliada, de acordo com a Lei n.º 12.015, de 07 de agosto de 2009. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.195.

⁷ “APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA - CRIME - ESPÉCIE. A apropriação indébita disciplinada no artigo 168-A do Código Penal consubstancia crime omissivo material e não simplesmente formal. INQUÉRITO - SONEGAÇÃO FISCAL - PROCESSO ADMINISTRATIVO. Estando em curso processo administrativo mediante o qual questionada a exigibilidade do tributo, ficam afastadas a persecução criminal e - ante o princípio da não-contradição, o princípio da razão suficiente - a manutenção de inquérito, ainda que sobrestado” - STF, Inq 2537 AgR/GO, T.P., rel. Min. Marco Aurélio, DJe-107 divulg. 12/06/2008, public. 13/06/2008.

Pelo exposto, voto pela homologação do arquivamento das infrações do art. 1º da Lei nº 8.137/90 e do art. 337-A do CF, com as ressalvas do art. 18 do CPP e do Verbete Sumular nº 524 do STF, e pela designação de outro Membro do MPF para prosseguir na persecução penal quanto aos demais delitos.

Remetam-se os autos ao Procurador-Chefe da Procuradoria da República no Estado do Rio de Janeiro, para as providências cabíveis, cientificando-se o Procurador da República oficiante, com as homenagens de estilo.

Brasília/DF, 13 de novembro de 2015.

Juliano Baiocchi Villa-Verde de Carvalho
Subprocurador-Geral da República
Suplente – 2ª CCR