

Planos e seguros privados de assistência à saúde: inconstitucionalidades da Lei nº 9.656/98

Frank Larrúbia Shih

Sumário

1. Intróito. 2. Intervenção no domínio econômico e regulamentação: reflexões e críticas sobre a Lei nº 9.656/98. 3. Inconstitucionalidades materiais. 4. Posição da SUSEP frente aos preceitos inconstitucionais.

1. Intróito

Os planos e seguros privados de assistência à saúde estão agora sob a normatização da Lei nº 9.656, de 3-6-98, que introduziu profundas e expressivas mudanças no perfil contratual desse negócio jurídico, além da submissão de significativa parcela do setor empresarial à fiscalização governamental, alterando-lhe o regime de constituição, funcionamento e extinção das empresas que atuam no ramo.

A lei citada traz indiscutível proteção ao segurado ou beneficiário, registrando que toda vez que o governo almeja regular o setor privado mediante intervenção no domínio econômico, o faz com notório desequilíbrio entre as partes, sobrecarregando uma em favor da outra. É a *política pendular* a que se refere o preclaro magistrado Nagib Slaibi Filho¹, em que o Legislativo edita lei muito rigorosa, depois seguida de legislação menos intervencionista, para correção das injustiças anteriormente verificadas.

Justamente nesse aspecto, a Lei nº 9.656/98, com as alterações das medidas provisórias posteriores², traduz de forma pioneira um rigoroso caráter intervencionista no ramo

Frank Larrúbia Shih é Procurador Autárquico Federal da Superintendência de Seguros Privados – SUSEP. Ex-Professor da Faculdade Moraes Júnior/RJ. Advogado no Rio de Janeiro.

especializado, em que os seus excessos adentraram as raias da inconstitucionalidade, motivando o objeto deste breve estudo.

2. *Intervenção no domínio econômico e regulamentação: reflexões e críticas sobre a Lei nº 9.656/98*

A ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, observado, entre outros princípios constitucionais, o da livre concorrência. Mas a própria Constituição condecora o Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica (CF, art. 174), conferindo-lhe como instrumento de ação a fiscalização, que pressupõe também o poder de regulamentação. Daí a edição da Lei nº 9.656/98 como expressão viva desse poder. O momento da lei (*occasio legis*) coincidiu com a política governamental de retração do Estado na economia, afastando-se do modelo paternalista em que todas as necessidades sociais devem ser providas generosamente pelo Estado³, sobretudo quando presente um manifesto cenário de falência da previdência social, caracterizada por exigências sociais muito acima de suas possibilidades atuariais, como bem acentuado por Maria Leonor B. Jourdan⁴.

Referida lei deu novo trato jurídico às empresas que operam ou venham a operar planos ou seguros privados de assistência à saúde, exigindo-lhes autorização governamental para sua constituição e funcionamento, além da formação de reservas técnicas e da submissão ao regime especial de fiscalização – *direção fiscal, liquidação extrajudicial e procedimentos de recuperação financeira* –, excluindo, assim, o regime falencial para essas entidades, observados os vetores estabelecidos pela Medida Provisória nº 1.719, de 13-10-98.

Embora *de lege lata*, muito se debateu sobre a conveniência da submissão de tais entidades (planos de saúde) ao crivo dessas exigências, como também a instituição de dois órgãos – SUSEP e Ministério da Saúde – para a fiscalização aparelhada das segu-

radoras e demais empresas, pois, apesar da previsão de convênio com o objetivo de definir as respectivas atribuições (Lei cit., art. 35-G, §§ 1º e 2º), a prática geralmente evidencia descompasso de atuação na regulamentação de matérias intrinsecamente específicas e complexas. A exemplo, se o próprio Judiciário, que tem suas competências definidas na Lei Maior, já enfrenta diariamente vários problemas correlatos ao conflito de competência, certamente não será o referido convênio o baluarte perfeito e preciso da definição das atividades de cada órgão fiscalizador. Vale dizer, a duplicidade de procedimentos de fiscalização ocasionará denodado gravame nas entidades fiscalizadas, em prejuízo justamente do equilíbrio que se esperava para esse setor privado.

Outrossim, a instituição obrigatória do plano ou seguro-referência para os atuais e futuros consumidores, bem como a ampliação de cobertura assistencial compulsória (Lei cit., art. 10 e seu § 2º), não se traduz, ao meu ver, numa medida protetiva ao consumidor. A proteção é apenas aparente. É que essa imposição legal trará conseqüências inevitáveis na majoração do prêmio ou das contribuições devidas, excluindo o acesso de significativa parcela de consumidores a um plano ou seguro-saúde, com a possível perda ou redução de clientela para as empresas desse ramo, em desestímulo ao crescimento do mercado. Ou seja, a medida não aproveita ao consumidor nem ao empresário. A despeito das críticas, melhor seria que a modalidade de contratação fosse de livre negociação entre as partes, na exata medida das possibilidades de cada uma.

Outros pontos polêmicos estão centrados na seara da regulamentação, tais como a noção de carência para urgência e emergência, o problema fronteiriço da obrigatoriedade de cobertura para doenças mentais, o estreitamento das faixas etárias e o mais polêmico de todos, o relativo às doenças preexistentes. Espera-se uma normatização coerente, a título de assegurar a clara compreensão sobre os normativos e a redução dos conflitos emergentes entre as

empresas e os consumidores⁵. A responsabilidade do Poder Público, diga-se, é também de educar o mercado, ao invés de apenas punir.

3. Inconstitucionalidades materiais

Ao vez da política pendular que individualiza as legislações de natureza intervencionista, temos que a Lei nº 9.656/98, no afã de propiciar vantagens protetivas ao consumidor, acabou justamente por desampará-lo na exata medida em que desconsidera e ofende a Lei Fundamental.

Nesse prisma da intangibilidade da supremacia constitucional, merecem séria reflexão os seguintes dispositivos da Lei nº 9.656/98 (com redação da MP nº 1.801-11, de 25-3-99):

Art. 9º Após decorridos cento e vinte dias de vigência desta Lei para as operadoras de planos e seguros de assistência à saúde e duzentos e quarenta dias para as administradoras de planos de assistência à saúde e até que sejam definidas as normas do CNSP, as empresas de que trata o art. 1º só poderão comercializar *ou operar planos ou seguros de assistência à saúde se estiverem provisoriamente registradas na SUSEP⁶ e com seus produtos registrados no Ministério da Saúde, de acordo com o disposto no art. 19.⁷*

Art. 10.....(omissis)

§ 2º As operadoras definidas nos incisos I e II do § 1º do art. 1º oferecerão, obrigatoriamente, a partir de 3 de dezembro de 1999, o plano ou seguro-referência de que trata este artigo a todos os seus atuais e futuros consumidores.

Art. 35. Aplicam-se as disposições desta Lei a todos os contratos celebrados a partir de sua vigência, *assegurada ao consumidor com contrato já em curso a possibilidade de optar pela adaptação ao sistema previsto nesta Lei, observado o prazo estabelecido no § 1º.*

§ 1º *A adaptação aos termos desta legislação de todos os contratos celebrados anteriormente à vigência desta Lei, bem como daqueles celebrados entre 2 de setembro e 30 de dezembro de 1998, dar-se-á no prazo máximo de quinze meses a partir da data da vigência desta Lei, sem prejuízo do disposto no art. 35-H.*

Art. 35-H. A partir de 5 de junho de 1998, fica estabelecido para os contratos *celebrados anteriormente* à data de vigência desta Lei que:

I, II, III e IV.....(omissis)

§ 1º Nos contratos individuais de planos ou seguros de saúde, *independentemente da data de sua celebração*, e pelo prazo estabelecido no § 1º do art. 35, a aplicação de cláusula de reajuste das contraprestações pecuniárias, vinculadas à sinistralidade ou à variação de custos, dependerá de prévia aprovação da SUSEP. (grifos nossos)

Os dispositivos *sub oculi* têm um núcleo comum de afetação direta sobre os contratos já consumados e com suas execuções em curso, impondo-lhes profunda alteração no perfil das condições anteriormente contratadas e dos critérios dos reajustes das contraprestações pecuniárias. Não é possível a dedução de nenhuma dúvida: os dispositivos precitados – se não forem alterados – atingem frontalmente as relações jurídicas já estabelecidas de maneira definitiva. É dizer, a lei nova é *retroativa* e atinge em cheio o *ato jurídico perfeito*.

Mas o ato jurídico perfeito, assim entendido o que sob regime da lei antiga se tornou apto para produzir os seus efeitos pela verificação de todos os requisitos a isso indispensável⁸, mesmo quando possa estar sujeito a termo ou condição⁹, constitui garantia constitucional de segurança das relações jurídicas, sendo *inconstitucional* qualquer lei que venha prejudicá-lo (CF, art. 5º, XXXVI).

A propósito, urge trazer à colação as densas considerações exaradas em tom de

advertência pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal na ADIn 493-0-DF, ocasião em que o emérito Ministro Moreira Alves acentuou:

“Se a lei alcançar os efeitos futuros de contratos celebrados anteriormente a ela, será essa lei retroativa (retroatividade mínima), porque vai interferir na causa, que é um ato ou fato já ocorrido no passado. O disposto no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal se aplica a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer distinção entre lei de direito público e lei de direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva. Precedente do S.T.F.”

E continua:

“Também ofendem o ato jurídico perfeito os dispositivos impugnados que alteram o critério de reajuste das prestações nos contratos já celebrados pelo sistema do Plano de Equivalência salarial por categoria profissional”.

A ilação resultante é que os contratos submetem-se, quanto ao seu estatuto de regência, ao ordenamento normativo vigente à época de sua celebração. Mesmos os efeitos futuros oriundos de contratos anteriormente celebrados não se expõem ao domínio normativo de leis supervenientes. As conseqüências jurídicas que emergem de um ajuste negocial válido são regidas pela legislação em vigor no *momento de sua pactuação*. Os contratos, que se qualificam como atos jurídicos perfeitos, acham-se protegidos, em sua integralidade, inclusive quanto aos efeitos futuros, pela norma de salvaguarda insculpida no art. 5º, XXXVI, da Carta Política de 1988. Essa é a atual orientação do STF sobre a matéria: RE 201.017, Rel. Min. Carlos Velloso; AGRRE 199.636, Rel. Min. Maurício Corrêa; RE 205.249, Rel. Min. Néri da Silveira; RE 199.321, Rel. Min. Sydney Sanches; AGRAG 158.973, Rel. Min. Ilmar Galvão, e mais recente, AGRRE 221.663, Rel. Min. Sydney Sanches (D.J., 13-10-98, p. 33).

Posto isso, diante desse autorizado entendimento do STF, resta irrefragável que sobre os dispositivos citados da Lei nº 9.656/98 paira a espada de Dâmocles, a ensejar o controle abstrato e concreto de constitucionalidade,volvendo a delicada questão da extensão da declaração de nulidade¹⁰.

4. Posição da SUSEP frente aos preceitos inconstitucionais

Qual será a postura administrativa da SUSEP frente aos preceitos inconstitucionais? A indagação não é meramente acadêmica, pois, uma vez que a Autarquia dispõe de poder para aplicação das penalidades cabíveis (Lei cit., art. 5º, III), presente a potencialidade de punir-se a entidade fiscalizada justamente pelo descumprimento do preceito legal acioado de inconstitucional.

O órgão jurídico da Autarquia (PRGER) tem adotado, na dicção da ilustrada maioria de seus procuradores, o raciocínio de que milita em favor da lei a presunção de constitucionalidade, devendo a Administração observar e aplicá-la em retitude ao princípio da legalidade que norteia a atividade administrativa, competindo ao Judiciário, no controle abstrato e concreto, a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos. Exemplo dessa postura, que tem ressonância na doutrina e na jurisprudência, tem ocorrido nos processos administrativos punitivos em que a seguradora é autuada por inobservância do art. 7º da Lei 6.194/74 (DPVAT), embora aduza a inconstitucionalidade desse dispositivo sem lograr êxito, pois as defesas e os recursos sobre esse pálio deságuam sempre no desprovento e a multa aplicada pode alçar valores até sessenta mil reais, passível de cobrança mediante execução fiscal.

Revedo o meu posicionamento sobre a matéria, o que faço em reserva de entendimento pessoal, tenho que a questão está a merecer melhor reflexão e amadurecimento.

A interpretação atualmente considerada, embora fundada em premissa verdadeira –

presunção da constitucionalidade em favor da lei –, tem a cômoda vantagem de exonerar o Executivo da apreciação sobre a constitucionalidade da lei e transferir essa responsabilidade exclusivamente para os ombros do Judiciário, em franca e singela homenagem ao vulgar axioma *dura lex sed lex*.

Ocorre que a lei inconstitucional é inconstitucional para todos os Poderes e não apenas para o Judiciário, não sendo crível e razoável sustentar que a interpretação e a observância da Lei Básica seja exclusivo monopólio do Judiciário, sobretudo quando a nota distintiva do Estado Democrático de Direito é a submissão de todos à ordem jurídica.

Claro está que não se deve confundir a “declaração” de inconstitucionalidade, que é função típica do Judiciário, com a *não aplicação* da lei inconstitucional pelo Poder Executivo¹¹. Luis Roberto Barroso, emérito Procurador do Estado do Rio de Janeiro, salienta que

“também o Executivo tem o poder e, mais ainda, o dever de impedir que ela seja violada, e deverá abster-se da prática de qualquer ato que importe em desrespeito à Lei Maior. Esse entendimento tem a chancela quase absoluta da melhor doutrina, bem como tem sido reiteradamente acolhido pelo egrégio Supremo Tribunal Federal”¹².

De fato, a resenha da doutrina e da jurisprudência tem enfoque específico para os mais autorizados e destacados juristas, todos no mesmo sentido ora exposto: Gilmar Ferreira Mendes, Miguel Reale, Alfredo Buzaid, Themistocles Brandão Cavalcanti, Vicente Ráo, José Frederico Marques, Miranda Lima, Lucio Bittencourt, Ronaldo Poletti, Seabra Fagundes, Carlos Maximiliano, Cáo Tácito e Moreira Alves (Jurisprudência do STF: súmulas 346, 347 e 473; RDA 76/308, 42/230, 72/221, 97/116; RTJ 96/496, 127/811, 72/329).

À guisa de torrencial e exaustiva convicção sobre o tema, mormente por ser conheci-

do, pode e deve a SUSEP apreciar a *questão de fundo* sobre as inconstitucionalidades da Lei nº 9.656/98, devendo *inaplicar* as suas disposições que estejam em flagrante dissídio com o Texto Constitucional, pois, no embate emergente entre a Lei e a Constituição, deve-se, naturalmente, optar pela última.

São essas, em apertada síntese, as minhas breves considerações sobre o tema.

Notas

¹ SLAIBI FILHO, Nagib. Comentários à Nova Lei do Inquilinato. Rio de Janeiro, 8. ed., Forense, 1995, p. 11.

² O presente estudo tem seu exame atualizado até a edição da Medida Provisória nº 1.801-11, de 25-3-99.

³ WOLKMER, Antonio Carlos. Elementos para uma crítica do Estado. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1990, p. 49.

⁴ Semanário sobre Contratos de Seguro. O Seguro, esse desconhecido. TACIVRJ/EMERJ, RJ, 1994, p. 78-9.

⁵ O Ministério da Saúde, mais célere, já editou, até o momento, as Resoluções CONSU de nº 1 a 21, regulamentando amplamente a matéria.

⁶ Respeitante ao registro provisório: v. Circulares SUSEP nº 68/99 e 77/99.

⁷ Redação dada pela MP nº 1.801-11, de 25-3-99. A nosso ver, a interpretação sistemática desse dispositivo com a adaptação obrigatória exigida aos contratos em curso e anteriores à Lei leva-nos ao quadro de ofensa direta ao ato jurídico perfeito.

⁸ FRANÇA, R. Limongi. A Irretroatividade das Leis e do Direito Adquirido. São Paulo, 4. ed., RT, 1994, p. 235.

⁹ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo, Malheiros, 1997.

¹⁰ Cf. Gilmar Ferreira Mendes. Jurisdição Constitucional. São Paulo, Saraiva, 2. ed., 1998.

¹¹ SLAIBI FILHO, Nagib. Anotações à Constituição de 1988. Rio de Janeiro, Forense, 4. ed., 1993, p. 86.

¹² *In* O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas/Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. Rio de Janeiro, Renovar, 2. ed., 1993, p. 333-7.

