

22/10/2014

PLENÁRIO

**EMB.DECL. NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE 1.931 DISTRITO FEDERAL**

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Na interposição destes embargos, a peça foi subscrita por profissional habilitado e protocolada no prazo assinalado em lei.

Eis o teor dos dispositivos que a embargante entende ter havido exame contraditório:

Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998 (redação dada pela MP nº 2.177-44, de 2001).

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

I - qualquer variação na contraprestação pecuniária para consumidores com mais de sessenta anos de idade estará sujeita à autorização prévia da ANS;

II - a alegação de doença ou lesão preexistente estará sujeita à prévia regulamentação da matéria pela ANS;

III - é vedada a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato individual ou familiar de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei por parte da operadora, salvo o disposto no inciso II do parágrafo único do art. 13 desta Lei;

IV - é vedada a interrupção de internação hospitalar em leito clínico, cirúrgico ou em centro de terapia intensiva ou similar, salvo a critério do médico assistente.

ADI 1931 MC-ED / DF

§ 1º Os contratos anteriores à vigência desta Lei, que estabeleçam reajuste por mudança de faixa etária com idade inicial em sessenta anos ou mais, deverão ser adaptados, até 31 de outubro de 1999, para repactuação da cláusula de reajuste, observadas as seguintes disposições:

I - a repactuação será garantida aos consumidores de que trata o parágrafo único do art. 15, para as mudanças de faixa etária ocorridas após a vigência desta Lei, e limitar-se-á à diluição da aplicação do reajuste anteriormente previsto, em reajustes parciais anuais, com adoção de percentual fixo que, aplicado a cada ano, permita atingir o reajuste integral no início do último ano da faixa etária considerada;

II - para aplicação da fórmula de diluição, consideram-se de dez anos as faixas etárias que tenham sido estipuladas sem limite superior;

III - a nova cláusula, contendo a fórmula de aplicação do reajuste, deverá ser encaminhada aos consumidores, juntamente com o boleto ou título de cobrança, com a demonstração do valor originalmente contratado, do valor repactuado e do percentual de reajuste anual fixo, esclarecendo, ainda, que o seu pagamento formalizará esta repactuação;

IV - a cláusula original de reajuste deverá ter sido previamente submetida à ANS;

V - na falta de aprovação prévia, a operadora, para que possa aplicar reajuste por faixa etária a consumidores com sessenta anos ou mais de idade e dez anos ou mais de contrato, deverá submeter à ANS as condições contratuais acompanhadas de nota técnica, para, uma vez aprovada a cláusula e o percentual de reajuste, adotar a diluição prevista neste parágrafo.

ADI 1931 MC-ED / DF

§ 2º Nos contratos individuais de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, independentemente da data de sua celebração, a aplicação de cláusula de reajuste das contraprestações pecuniárias dependerá de prévia aprovação da ANS.

Medida Provisória nº 1908-99

Art. 3º Os arts. 3º , 5º, 25, 27, 35-A, 35-B, 35-C, **35-E**, 35-G da Lei nº 9.656, de 1998, entram em vigor em 5 de junho de 1998, resguardada às pessoas jurídicas de que trata o art. 1º a data limite de 31 de dezembro de 1998 para adaptação ao que dispõem os arts. 14, 17, 30 e 31.

Por ocasião do julgamento, o ministro Maurício Corrêa, ao emitir juízo sobre a inconstitucionalidade do atual artigo 35-E, consignou:

60. Neste ponto, entendo patente e indébita a ingerência do Estado no pacto celebrado entre as partes. De fato, os dispositivos acima transcritos interefere na órbita do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, visto que criam regras completamente distintas daqueles que foram objeto da contratação.

61. A retroatividade determinada por esses preceitos faz incidir regras da legislação nova sobre cláusulas contratuais preexistentes, firmadas sob a égide do regime legal anterior, que, a meu ver, afrontam o direito consolidado das partes, de tal modo que violam o princípio consagrado no inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição Federal e põem-se em contraste com a jurisprudência desta Corte de que é exemplo o acórdão proferido na ADI 493-DF, Moreira Alves, publicado na RTJ 143/724 [...]

[...]

ADI 1931 MC-ED / DF

62. Se assim é, o artigo 35-G, *caput*, incisos I a IV, seus parágrafos 1º, incisos I a IV, e § 2º, das normas impugnadas, com a nova versão dada pela Medida Provisória 1908-18/99, são inconstitucionais [...]

[...]

64. A requerente impugna também o artigo 3º da Medida Provisória 1908-18/99, que dispõe:

[...]

65. Tendo em vista que declaro a inconstitucionalidade das disposições contidas no artigo 35-G da Lei 9.656/98, com a redação dada pela MP 1908/99, excludo da norma a expressão “artigo 35-G”.

Após pedido de vista, o ministro Nelson Jobim aderiu ao voto do relator, ressaltando a modificação da numeração do preceito, passando a ser o artigo 35-E, promovida pela Medida Provisória nº 2.1777-44, de 2001. Lembrou ainda a possibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos negócios jurídicos celebrados em data anterior à lei sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, tudo de modo a proteger a parte hipossuficiente da relação jurídica.

Como a transcrição deixa antever, a cabeça do artigo 35-E bem como o § 1º dele constante voltam-se à regulação de contratos pactuados antes da vigência da lei. De acordo com o entendimento do Supremo sobre o tema, a revelar o óbice até mesmo à retroatividade mínima das normas jurídicas, trata-se de caso a implicar ofensa ao ato jurídico perfeito, conforme enfatizado na fundamentação.

É distinta, contudo, a situação criada a partir do versado no § 2º do artigo 35-E, o qual não faz remissão à cabeça do dispositivo, e sim ao artigo 1º, inciso I e § 1º, do mesmo diploma, a saber:

Art. 1º Submetem-se às disposições desta Lei as pessoas

ADI 1931 MC-ED / DF

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;

[...]

§ 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:

- 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

ADI 1931 MC-ED / DF

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.

Observem que o § 2º do artigo 35-E poderia constituir dispositivo autônomo, porquanto o texto não guarda dependência lógica com a cabeça do preceito, mas com artigo diverso. A embargante alega a existência de contradição, pois a suspensão ficou assentada na pertinência lógica com o resto do artigo e na impossibilidade de lei nova retroagir para atingir os efeitos futuros dos negócios jurídicos implementados em data anterior à vigência. No ponto, assiste-lhe razão.

O § 2º do artigo 35-E submete a modificação das prestações pecuniárias à aprovação da Agência Nacional de Saúde, independentemente do momento de celebração do contrato, o que alcança as avenças formalizadas antes e após o início da vigência. Considerada a premissa a fundamentar a suspensão do dispositivo, torna-se necessário esclarecer que continuam a depender de prévia anuência da Agência Nacional de Saúde os reajustes de contratos firmados a partir da entrada em vigor da lei. Ante a motivação consignada, a rigor, a suspensão de eficácia deve restringir-se à expressão “independentemente da data de sua celebração”. Também cumpre elucidar que a suspensão da locução “artigo 35-E”, contida no artigo 3º da Medida Provisória nº 1.908-99, não atinge o § 2º dele constante.

Quanto às demais alegações trazidas pelo embargante, possuem típica pretensão modificativa. Como bem fez ver o ministro Nelson Jobim, a inviabilidade de aplicar a lei nova aos contratos de saúde não afasta a proteção dos contratantes antigos, porque, ao proceder à fiscalização, a Agência Nacional de Saúde pode valer-se da legislação vigente quando da data da formalização das avenças. Em síntese, princípios gerais de direito como boa-fé, proteção da parte hipossuficiente da relação jurídica, vedação ao abuso de direito, entre outros, preexistem mesmo ao Código de Defesa do Consumidor,

ADI 1931 MC-ED / DF

descabendo falar em direito adquirido à atuação em mercado ausente de fiscalização do Poder Público. No mais, prevalecem os princípios estampados no texto originário da Constituição, no tocante à qual não há direito adquirido ou ato jurídico perfeito.

Diante do quadro, conheço dos embargos de declaração e os provejo para prestar esclarecimentos e a eles conferir efeitos modificativos. Quanto ao artigo 3º da Medida Provisória nº 1.908-99, a suspensão da locução “artigo 35-E” não alcança a vigência do respectivo § 2º. Relativamente ao § 2º do artigo 35-E da Lei nº 9.656, de 1998, com a redação implementada pela Medida Provisória nº 2.177-44, o afastamento da eficácia deve restringir-se à expressão “independentemente da data de sua celebração”.

É como voto.