

A REGRA DO OBJETO EXCLUSIVO NA SAÚDE SUPLEMENTAR

EXCLUSIVE OBJECT RULE IN SUPPLEMENTAL HEALTH

Dalton Robert Tibúrcio

Procurador Federal

Especialista em Advocacia Pública pela UERJ

SUMÁRIO: Introdução; 1 A restrição à liberdade de empresa; 2 A estrutura da regra do objeto exclusivo na saúde suplementar; 3 As exceções à regra do objeto exclusivo; 4 A situação das entidades de autogestão; 5 A flexibilização da regra do objeto exclusivo e a questão da derrotabilidade das regras jurídicas; 6 As normas de segundo grau que estipulam o modo de aplicação da regra do objeto exclusivo; 7 Exemplos teóricos de flexibilização da regra do objeto exclusivo; 8 Conclusões; Referências.

RESUMO: O presente texto analisa a regra do objeto exclusivo na saúde suplementar. Identifica-se o fundamento da regra e sua estrutura. Após a análise das exceções expressamente previstas, discute-se a possibilidade de abrandamento da regra em circunstâncias excepcionais. A partir da análise das normas de segundo grau que estipulam o modo de aplicação da regra, conclui-se que se trata de uma regra de aplicação estrita, que admite o exercício limitado de discricionariedade para sua flexibilização.

PALAVRAS-CHAVE: Objeto. Exclusivo. Regra. Jurídica. Flexibilização.

ABSTRACT: This paper examines the exclusive corporate object rule in Supplemental Health. We will analyze the foundation of the rule and their structure. After the analysis of the exceptions expressly provided, we will discuss the possibility of softening the rule in exceptional circumstances. From analysis of the second-level norms that stipulate how application of the rule, we will assume that it is a rule of strict application, which admits the limited exercise of discretion in its flexibility.

KEYWORDS: Exclusive. Object. Legal. Rule. Flexibility.

INTRODUÇÃO

A Lei nº 9.656/98, que regula a atividade de operação de planos de assistência privada à saúde, dispõe em seu art. 34, com a redação da Medida Provisória nº 2.177-44/2001, que as pessoas jurídicas que executam outras atividades além das abrangidas por aquela Lei devem, na forma e no prazo definidos pela ANS, constituir pessoas jurídicas independentes, com ou sem fins lucrativos, especificamente para operar planos privados de assistência à saúde, na forma da legislação em vigor e em especial da própria Lei nº 9.656 e de seus regulamentos. Disposição análoga encontra-se na parte final do art. 1º da Lei nº 10.185/2001, que cuida da especialização das sociedades seguradoras em planos privados de assistência à saúde, ao permitir que as sociedades seguradoras operem o seguro enquadrado no art. 1º, inciso I e § 1º, da Lei nº 9.656/98, “desde que estejam constituídas como seguradoras especializadas nesse seguro, *devendo seu estatuto social vedar a atuação em quaisquer outros ramos ou modalidades*”. A Agência Nacional de Saúde Suplementar, com base nessas normas, estabeleceu a regra do objeto exclusivo, por meio da Resolução Normativa nº 85/2004, ao vedar às operadoras de Planos de Saúde a realização de outras atividades que não aquelas relacionadas à assistência à saúde suplementar.

O presente texto se propõe a investigar a natureza e a estrutura da regra do objeto exclusivo, bem como suas exceções e a possibilidade de sua flexibilização pela Agência Nacional de Saúde Suplementar.

1 A RESTRIÇÃO À LIBERDADE DE EMPRESA

A livre escolha da atividade empresarial a que se dedicará a sociedade é garantida pelo princípio da livre iniciativa¹. Evidentemente que se trata de um direito sujeito a conformações (como a exigência de licitude do objeto) e restrições (como a limitação de escolha do objeto) pelo legislador, em função do juízo de ponderação da livre iniciativa com outros princípios constitucionais. Anota a doutrina que “o que a Constituição garante é a livre iniciativa como fórmula genérica, mas seus espaços de construção de abrangência são necessariamente polêmicos, e, portanto, políticos”². A

1 GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 144.

2 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; MENDONÇA, José Vicente Santos de. Fundamentalização e Fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Constitucionalismo Democrático e Governo das Razões: estudos de direito constitucional contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011. p. 173.

operação de planos de saúde, por ser uma atividade privada de interesse público, consiste em uma exceção à liberdade de empresa, uma vez que sua exploração depende de prévia autorização, conforme estabelecido pela Lei nº 9.656/98, com base na restrição legislativa explícita prevista no parágrafo único do art. 170 da Constituição.

O art. 34 da Lei 9.656 consiste em uma típica restrição a direito fundamental decorrente da prévia ponderação legislativa entre a livre iniciativa e a defesa do consumidor, como manifestação da função do Estado de fiscalização, regulação e normatização da atividade econômica (art. 170, V e art. 174, ambos da Constituição). Destaca a doutrina que o que essas condições e restrição ao exercício da atividade privada de interesse público não podem é “não ponderar adequadamente (proporcionalmente) a livre-iniciativa privada com os valores de interesse público que estiverem em jogo e, em qualquer hipótese, avançar sobre o núcleo essencial do direito fundamental de iniciativa privada”³.

2 A ESTRUTURA DA REGRA DO OBJETO EXCLUSIVO NA SAÚDE SUPLEMENTAR

O art. 34 da Lei nº 9.656 é destinado, primeiramente, àquelas pessoas jurídicas que já atuavam antes da edição do marco regulatório da Saúde Suplementar. Em face da realidade do mercado encontrado pela regulação, em que a atividade de operação de planos de saúde era desempenhada juntamente com outras atividades, a norma em questão determinou que as operadoras passassem a exercer essa atividade de forma exclusiva, mediante a criação de “pessoas jurídicas independentes”. A partir desta norma, a ANS editou a RN nº 85/2004, estabelecendo, em seu art. 9º, que “o objeto social da pessoa jurídica deve ser exclusivamente o relacionado à assistência à saúde suplementar”. O valor subjacente à regra do objeto exclusivo é o aumento do controle sobre a atividade regulada e, conseqüentemente, a diminuição do risco da atividade econômica, tendo por objetivo “proteger os consumidores de perdas potenciais que as operadoras possam sofrer em outras linhas de negócio, como também de direcionar o foco do negócio para a operação de planos”⁴.

3 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 193.

4 CRUZ, Helio Jayme Martins Fróes. *Autorização de Funcionamento: importância para o mercado de saúde suplementar*. Dissertação apresentada à Escola Nacional de Saúde Pública, da Fundação Oswaldo Cruz, como pré-requisito para a obtenção do título de Mestre em Saúde Pública, modalidade Profissional, na área de concentração Regulação em Saúde. 2004. p. 93.

O art. 34 da Lei 9.656 tem estrutura normativa de regra jurídica, isto é, de uma norma que se válida, aplicável e infensa a exceções impõe um dever definitivo⁵: o dever de constituição de pessoa jurídica independente para operar planos de assistência à saúde.

A indicada norma prescreve que “pessoas jurídicas [...] constituam pessoas jurídicas independentes”. Literalmente o dispositivo determina a constituição de uma espécie de subsidiária integral⁶: a pessoa jurídica que exerce outras atividades além da operação de planos de saúde constituiria outra sociedade especificamente para operar planos privados de assistência à saúde. A constituição dessa pessoa jurídica independente poderia ser feita, ainda, por meio de uma relação de participação (seja controle, coligação ou mera participação) de uma sociedade no capital de outra. Em todas essas situações, a operadora de planos de saúde teria, em seu quadro social, a presença da originária pessoa jurídica que executava outras atividades além da operação de planos de saúde. Nesse sentido, o art. 34 da Lei 9.656 indicaria uma situação em que uma sociedade seria sócia de outra, criada para operar planos de saúde.

No entanto, a melhor interpretação do art. 34 da Lei 9.656 indica que a norma não se dirige à sociedade, mas sim aos sócios da sociedade: os sócios deverão constituir uma pessoa jurídica independente para prosseguir na atividade de operação de planos de saúde. Esse entendimento é reforçado pela Lei 10.185/2001, que ao determinar a especialização em planos privados de assistência à saúde das sociedades seguradoras que operavam o seguro saúde, conjuntamente com outros ramos de seguro, indicou que essa especialização ocorreria mediante cisão ou outro ato societário pertinente (art. 1º, § 1º).

O que se tem, a rigor, é uma norma proibitiva, que impede as operadoras de exercerem atividades diversas da operação de planos de saúde. Assim agindo, a Lei restringiu o objeto social, seja pelo ângulo formal ou substancial⁷, das operadoras de planos de saúde. Vale dizer, por força do art. 34 da Lei nº 9.656 as operadoras de planos de saúde somente

5 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 108.

6 A possibilidade de constituição de uma sociedade unipessoal, em que o sócio é uma sociedade, é prevista no art. 251 da Lei 6.404.

7 O objeto social é a atividade empresarial lícita da sociedade, isto é, a empresa, no sentido de a atividade organizada exercida pelo empresário. Sob o ângulo da análise substancial, o objeto social é o conjunto de atos negociais efetivamente desempenhados pela sociedade. Sob o viés formal, o objeto social é a descrição dessas atividades negociais no estatuto social (cf. EIZIRIK, Nelson. *Temas de Direito Societário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 249/251).

podem efetivamente exercer a atividade de operação de planos de saúde e o dispositivo estatutário não pode descrever qualquer atividade negocial diversa da operação de planos de saúde, salvo as exceções previstas na regulação setorial.

O art. 34 da Lei 9.656 não se refere textualmente à exclusividade do objeto social. O artigo fala de pessoas jurídicas que *executam outras atividades*. A conclusão pelo objeto exclusivo decorre da interpretação da expressão “atividades” como sinônimo de “objeto social”. Essa é uma interpretação consentânea com o conceito de objeto social: a atividade negocial desenvolvida pela sociedade (objeto social substancial) e a descrição dessa atividade no estatuto social (objeto social formal).

3 AS EXCEÇÕES À REGRA DO OBJETO EXCLUSIVO.

O art. 34 da Lei nº 9.656/98 não excepcionou nenhum tipo de operadora da obrigação de constituição de pessoa jurídica independente para o desempenho de atividades diversas da operação de planos de saúde. No entanto, a RN nº 85 aponta algumas exceções à regra. A primeira delas estabelece que a obrigatoriedade do objeto exclusivo não se aplica às operadoras que possuem rede própria de atendimento para satisfação das finalidades previstas no art. 35-F da Lei nº 9.656. Ao regular a prestação de serviços de planos privados de assistência à saúde, a Lei 9.656, em seu art. 35-F, explicita o conceito de assistência à saúde: “todas as ações necessárias à prevenção da doença e à recuperação, manutenção e reabilitação da saúde”. Dessa forma, a regra do objeto exclusivo não impede que a pessoa jurídica exerça outras atividades ligadas à prevenção de doenças, manutenção e reabilitação da saúde. A prestação de serviços médico-hospitalares é um exemplo claro dessa possibilidade de integração da operação de planos de saúde com outra atividade de proteção à saúde.

Da mesma forma, as entidades fechadas de previdência complementar foram excepcionadas da regra do objeto exclusivo, por força do art. 76 da Lei Complementar nº 109/2001. A incidência dessa exceção legal exige que a operadora seja uma entidade de previdência complementar fechada que, na data da publicação da LC 109/2001, prestava a seus participantes e assistidos serviços assistenciais à saúde, desde que seja estabelecido um custeio específico para os planos assistenciais e que a sua contabilização e o seu patrimônio sejam mantidos em separado em relação ao plano previdenciário.

Outra exceção ao objeto exclusivo decorre da previsão na Lei nº 9.656 de existência no mercado regulado de “empresas que mantêm sistemas de

assistência à saúde, pela modalidade de autogestão ou de administração” (§ 2º do art. 1º). A Lei nº 9.656/98 estabeleceu a submissão das entidades e empresas de autogestão ao marco regulatório da saúde suplementar, mas não formulou um conceito de autogestão. Assim, sempre foi tarefa das normas regulatórias conformar o sentido normativo das operadoras de autogestão⁸. Atualmente, as normas regulatórias estabelecem as seguintes modalidades de autogestão: as empresas que por meio do departamento de recursos humanos ou órgão assemelhado operam planos de assistência à saúde a seus empregados e outros beneficiários delimitados; as pessoas jurídicas de direito privado de fins não econômicos, vinculadas à entidade pública ou privada patrocinadora, instituidora ou mantenedora, que operam planos de saúde a beneficiários delimitados; e a pessoa jurídica de direito privado de fins não econômicos⁹, constituída sob a forma de associação, que opera plano privado de assistência à saúde exclusivamente aos associados integrantes de determinada categoria profissional e a outros beneficiários delimitados (incisos I, II e III, do art. 2º da RN nº 137/2006, com a redação dada pela RN 148/2007).

A norma regulatória estipulou que a entidade de autogestão deverá possuir administração própria e objeto social exclusivo de operação de planos privados de assistência à saúde, sendo-lhe vedada a prestação de quaisquer serviços que não estejam no âmbito do seu objeto (RN 137/2006, art. 3º). No entanto, dentre as três admitidas modalidades de autogestão, é impossível exigir de uma empresa (por exemplo, uma montadora de veículos) com plano de autogestão por departamento de recursos humanos para seus empregados o objeto exclusivo de operação de planos de saúde. Dessa forma, a regulação dispensou da observância da regra do objeto exclusivo as “empresas de autogestão” por departamento de recursos humanos (RN 137, art. 3º, § 1º, II)¹⁰.

4 A SITUAÇÃO DAS ENTIDADES DE AUTOGESTÃO

Além das “empresas de autogestão”, a Lei 9.656 estabeleceu que se incluem em sua abrangência as “entidades de autogestão” (art. 1º, § 2º), estendendo sua incidência sobre pessoas jurídicas constituídas

8 Cf. CONSU nº 5/98; RDC 39/2000; RN 137/2006; RN 148/2007.

9 A regulação parece ter confundido fins não econômicos com ausência de distribuição de lucros.

10 A RN nº 137/2006 estipula, ainda, a exceção ao objeto exclusivo para as entidades fechadas de previdência complementar que, na data da publicação da Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001, já prestavam serviços de assistência à saúde, na modalidade de autogestão e também para a entidade de autogestão que, além da operação de planos privados de assistência à saúde, exerce atividade caracterizada como ação de promoção à saúde, nos termos do art. 35-F da Lei nº 9.656, de 1998. Essas, no entanto, não são exceções específicas das entidades de autogestão.

sob a modalidade de associações, fundações e sindicatos que exerciam a operação de planos de saúde antes do marco regulatório da saúde suplementar. A regulação implementada pela ANS não dispensou essas entidades da obrigatoriedade de constituição de pessoa jurídica independente para a continuidade da exploração da atividade autorizada.

Ao contrário das empresas de autogestão por departamento de recursos humanos, as associações e fundações podem continuar a existir no ambiente regulado, cumprindo a regra do objeto exclusivo. Não há, portanto, a imposição de exceção à regra do objeto exclusivo. Algumas questões, porém, merecem ser pontuadas.

O exercício de atividade de operação de plano de saúde por associações e fundações não é, em si, incompatível com a natureza jurídica dessas entidades. Uma associação constituída exclusivamente para a exploração de planos de saúde a seus associados tem por objeto a realização de uma atividade econômica, o que aparenta conflitar com a norma textual do art. 53 do Código Civil: “Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem *para fins não econômicos*”. Ocorre que a doutrina tem destacado que “*As associações podem desenvolver atividade econômica, desde que não haja finalidade lucrativa*”¹¹. A distinção está na ausência de propósito lucrativo da associação, isto é, na ausência de distribuição do lucro entre os associados. Da mesma forma, tem-se admitido que as fundações exerçam atividades econômicas, desde que sem fins lucrativos e para melhor cumprimento de seus fins estatutários¹².

Por sua vez, a liberdade de associação não confere qualquer imunidade à entidade no que diz respeito ao cumprimento dos requisitos legais gerais para o exercício de atividade regulada¹³. A atividade de

11 Cf. enunciado nº 534 da VI Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal. Vale destacar a justificativa apresentada para o referido enunciado: “Andou mal o legislador ao redigir o caput do art. 53 do Código Civil por ter utilizado o termo genérico ‘econômicos’ em lugar do específico ‘lucrativos’. A dificuldade está em que o adjetivo ‘econômico’ é palavra polissêmica, ou seja, possuidora de vários significados (econômico pode ser tanto atividade produtiva quanto lucrativa). Dessa forma, as pessoas que entendem ser a atividade econômica sinônimo de atividade produtiva defendem ser descabida a redação do caput do art. 53 do Código Civil por ser pacífico o fato de as associações poderem exercer atividade produtiva. Entende-se também que o legislador não acertou ao mencionar o termo genérico ‘fins não econômicos’ para expressar sua espécie ‘fins não lucrativos’.”.

12 PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações, associações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 391/394.

13 “VI. As associações ‘prosseguem livremente os seus fins’ (nº 2, 1ª parte), tendo pois direito a gerir livremente a sua vida (autodeterminação). Mas, isso não significa que, quando as atividades externas a

operação de plano de saúde transcende ao interesse individual, impondo a compatibilização da liberdade de associação com outros valores constitucionalmente relevantes. Assim, vale invocar a distinção feita pela doutrina, com base na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RE 201819), entre as associações *expressivas* (de cunho espiritual, ideológico) e as *não-expressivas* (de finalidades profissionais ou comerciais), para calibrar o grau de interferência estatal na vida intestina das associações: “Estas associações [*não-expressivas*], ao contrário das *expressivas*, estão sujeitas a imposições estatais relacionadas com o seu modo de existir, em virtude da pertinência a elas de outros valores constitucionais concorrentes”¹⁴. Não se vislumbra, portanto, incompatibilidade entre o regime associativo e o cumprimento da regra do objeto exclusivo.

Porém, a previsão de dispensa da regra do objeto exclusivo apenas para as empresas por departamento de recursos humanos resultou, de forma indireta, na proibição de que sindicatos que antes do marco regulatório também exerciam a operação de planos de saúde a seus filiados continuassem a fazê-lo. Por certo que a regulação não pode exigir de um sindicato que passe a ter por objeto exclusivo a operação de planos de saúde, uma vez que isso equivaleria a renunciar à sua natureza sindical. Essa conclusão é reforçada pela ausência à previsão dos sindicatos como entidades de autogestão admitidas pela regulação, tanto na esfera legal quanto na regulamentar. Não há, nessa proibição, ilegalidade, uma vez que a menção na Lei 9.656 ao gênero “entidades de autogestão” não significa que todos os entes que antes do marco regulatório operaram planos de saúde tenham assegurado o direito a continuar a exercer a atividade.

Os requisitos estabelecidos pela Lei nº 9.656 para a autorização de funcionamento das operadoras são modificações do regime jurídico do exercício da atividade de operação de planos de saúde. Assim, exceto em relação aos contratos celebrados antes da vigência da Lei, não se configura atentatório ao direito adquirido ou ao ato jurídico perfeito a

que elas se dediquem estejam sujeitas a determinados requisitos gerais, elas fiquem livres de se submeter a eles. Não existe uma imunidade ou privilégio de associação que ponha os estabelecimentos ou as atividades das associações a coberto do regime geral daqueles (por ex., os limites à liberdade econômica valem tanto para os indivíduos como para as associações). O que não pode haver é uma penalização associativa, ou seja, condições ou requisitos mais exigentes para as associações, só por o serem.” (CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Volume I. 1. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*; Coimbra, PT: Coimbra, 2007. p. 646.

14 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 452.

incidência dos novos requisitos legais para a exploração da atividade¹⁵. A conformação legal da atividade de exploração de planos de saúde, mediante o estabelecimento de requisitos legais para a concessão da autorização de funcionamento - seja por se tratar de modificação do regime jurídico ou por decorrer da função ordenadora das atividades privadas de interesse público¹⁶ - tem incidência imediata, o que não configura ofensa ao princípio do direito adquirido ou do ato jurídico perfeito, nem à irretroatividade da lei.

Não se sustenta, portanto, a noção de que as entidades sindicais que antes do marco regulatório já operavam planos a seus filiados teriam direito à continuidade da exploração da atividade sem o cumprimento das normas regulatórias. A essas pessoas jurídicas restaria cumprir o disposto no art. 34 da Lei 9.656, mediante a constituição de pessoa jurídica independente para operar o plano de saúde aos seus filiados.

A situação se revela mais controversa no que diz respeito às fundações, tendo em vista a norma do art. 67, do Código Civil, que estipula que a alteração do estatuto da fundação não pode contrariar ou desvirtuar o seu fim. Dessa forma, fundações que antes exerciam outras atividades, além da operação de planos de saúde, podem estar impossibilitadas de cumprir a norma regulatória que impõe a observância do objeto exclusivo, se isso resultar no desvirtuamento de sua finalidade. Nem sempre a alteração das finalidades da fundação importa em desvirtuamento do fim, especialmente quando visar ao melhor esclarecimento da abrangência do rol das finalidades originalmente concebidas pelo instituidor¹⁷. A definição da possibilidade ou não da modificação do estatuto da fundação, para cumprir a regra do objeto exclusivo, estará sujeita à aprovação do Ministério Público, a qual pode vir a ser suprida por decisão judicial (Código Civil, art. 67, III). Disso resulta que a fundação que exerce a atividade de operação de planos de saúde está sujeita a uma dupla fiscalização, uma vez que a competência atribuída

15 Sobre o tema, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reiterado que: “[...] em matéria de direito adquirido, vigora o princípio – que este Tribunal tem assentado inúmeras vezes – de que não há direito adquirido a regime jurídico de um instituto de direito. Quer isso dizer que, se a lei nova modificar o regime jurídico de determinado instituto de direito (como é o direito de propriedade, seja ela de coisa móvel ou imóvel, ou de marca), essa modificação se aplica de imediato. RE nº 94.020, Relator Ministro Moreira Alves, RTJ 104, p. 269”.

16 ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 162/174.

17 PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações, associações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 389.

ao Ministério Público de curador das fundações (art. 66 do Código Civil) não exclui a competência da Agência Reguladora de “fiscalizar as atividades das operadoras de planos privados de assistência à saúde e zelar pelo cumprimento das normas atinentes ao seu funcionamento” (art. 4º, XXIII, da Lei 9.961/2001).

A eventual impossibilidade de alteração do estatuto de uma fundação, em função do desvirtuamento de seu fim, não resulta necessariamente no reconhecimento de uma exceção ao objeto exclusivo. No entanto, essa situação excepcional merece ser ponderada pela Agência Reguladora, especialmente considerando-se que a fixação das normas de funcionamento deve atentar para as características específicas das operadoras, especialmente no que concerne à natureza de seus atos constitutivos (Lei 9.961/2000, art. 4º, § 2º). Assim, a análise das circunstâncias do caso concreto, para a construção da solução mais adequada e proporcional, é medida que se impõe, podendo resultar na flexibilização da regra do objeto exclusivo.

5 A FLEXIBILIZAÇÃO DA REGRA DO OBJETO EXCLUSIVO E A QUESTÃO DA DERROTABILIDADE DAS REGRAS JURÍDICAS

As exceções arroladas na RN 85 à regra do objeto exclusivo decorrem, direta ou indiretamente, de previsões legais. No entanto, é possível que o Administrador, na aplicação da norma geral e abstrata prevista na lei, defina critérios excepcionais em função do caso concreto que afastem o cumprimento da regra. Tendo em vista a estrutura normativa do art. 34 da Lei 9.656, a possibilidade de flexibilização dessa regra introduz uma importante questão doutrinária: a compatibilização da derrotabilidade das regras jurídicas com a noção de que tais espécies normativas possuem um caráter definitivo¹⁸.

É verdade que Dworkin destacava que o modo *tudo-ou-nada* de aplicação das regras exige a enumeração, junto com a regra, de todas as suas exceções, sob pena de ser o enunciado da regra impreciso e incompleto: “pelo menos em teoria, todas as exceções podem ser arroladas

18 “A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.”
DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39.

e quanto mais o forem, mais completo será o enunciado da regra¹⁹. Alexy rejeita a assertiva de Dworkin, indicando que “nunca é possível ter certeza de que, em um novo caso, não será necessária a introdução de uma nova cláusula de exceção”²⁰. No entanto, ao que parece, as exceções que Dworkin tinha em vista eram aquelas constantes de outras normas e não aquelas decorrentes de especificidades de casos concretos.

Ao enfrentar esse tema, Virgílio Afonso da Silva destaca que há situações em que “é necessário *incluir* uma conduta, um estado ou uma posição jurídica na proteção de um direito fundamental, mas tal inclusão esbarra em um preceito contrário de uma regra [*infraconstitucional*]²¹. Nessas hipóteses, deparamo-nos com decisões judiciais contra a regra legal, sendo que para o autor essa situação pode ser considerada como um sopesamento entre o princípio que sustenta a regra e o princípio com ela colidente, “mas quanto muito em uma primeira decisão [...] Isto porque, uma vez consolidado o entendimento em determinado sentido, *cria-se uma regra* que institui exceção à regra proibitiva”²². Conclui o autor que após a consolidação jurisprudencial, a nova regra é aplicada como outra qualquer, sendo que “a única diferença é que ela não decorre de uma disposição legal, mas de uma construção jurisprudencial”²³. Também Pontes de Miranda admitia que um critério adotado por um juiz ou alguns juízes, diante das mesmas circunstâncias, pode se tornar uma regra jurídica, pois nesses casos “a decisão se firmou em regra jurídica não-escrita, cujo suporte fático está nas circunstâncias que levaram à decisão por equidade”²⁴.

De fato, embora a atuação jurisdicional *contra legem* seja um tema polêmico, em nosso ordenamento jurídico pode-se estabelecer ao menos uma previsão do reconhecimento da possibilidade de que juízes, sem declarar a inconstitucionalidade de uma regra legal, criem regras jurídicas que excepcionem outras regras jurídicas: o uso da equidade. A equidade, assim como a analogia, é uma técnica que o magistrado utiliza para decidir contra a estipulação (expressa ou lacunosa) do legislador:

19 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 40.

20 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 104.

21 SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 54.

22 SILVA, op. cit., p. 55.

23 SILVA, op. cit., p. 56.

24 MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo II. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 380.

na equidade o juiz decide contra a lei expressa; na analogia, contra a lei ausente. Não é de se estranhar, portanto, que ambas as técnicas foram consideradas por Kelsen como ficções jurídicas destinadas a encobrir o que realmente ocorre: o magistrado realiza um juízo de valor sobre o ordenamento e decide contrariamente ao que o legislador estipulou para o caso²⁵. O fenômeno pode ser traduzido em outros termos: quando o ordenamento confere poder ao juiz para usar a equidade, admite-se que o magistrado afaste o caráter definitivo das regras jurídicas e, após considerar os fatos relevantes e ponderar entre as razões contrárias e favoráveis à incidência da regra, decida se a regra deve ser aplicada ou não ao caso concreto, sem que isso importe em reconhecimento de invalidade da regra. Nessa situação, pode-se reconhecer um caráter *prima facie* e um caráter definitivo também às regras, muito semelhante ao que ocorre com os princípios²⁶.

O problema na utilização da equidade em nosso sistema jurídico está na norma do art. 127 do Código de Processo Civil, que dispõe que o juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei. No entanto, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, embora não admita expressamente a equidade, indica que na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum (art. 5º). O Superior Tribunal de Justiça, chamado a se manifestar sobre esse aparente conflito de normas, decidiu que se por um lado a proibição de que o juiz decida por equidade, salvo quando autorizado por lei, significa que não haverá de substituir a aplicação do direito objetivo por seus critérios pessoais de justiça, por outro lado não há de ser entendida essa proibição como uma vedação a que se busque alcançar a justiça no caso concreto, com atenção ao disposto no artigo 5º da Lei de Introdução (REsp 48176/SP).

A busca da justiça no caso concreto remete à clássica lição de Aristóteles, que já apontava que embora toda lei seja universal, há casos a respeito dos quais não é possível enunciar de modo correto um princípio

25 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 274.

26 Processo similar ocorre na analogia, quando o juiz, diante da ausência de regra jurídica específica para o caso em julgamento, decide entre aplicar a regra geral exclusiva (aquela que exclui todos os comportamentos que não fazem parte da norma particular) ou aplicar a regra geral inclusiva (aquela que sustenta a construção analógica de uma regra não expressamente prevista pelo ordenamento, tal qual a do art. 4º da LINDB). Nesse sentido é que se deve entender a conclusão de Bobbio, ao sustentar que a verdadeira lacuna do ordenamento é a “ausência de um critério para a escolha de qual das duas regras gerais, aquela exclusiva e aquela inclusiva, deva ser aplicada” BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 279.

universal. Nessas situações, a lei considera o que ordinariamente se passa, admitindo a margem para o erro: “o erro não reside na lei nem no legislador, mas na natureza da coisa: isso é simplesmente a matéria do que está exposto às ações humanas”²⁷. Por isso, complementava Aristóteles, “a natureza da equidade é, então, ser retificadora do defeito da lei, defeito que resulta da sua característica universal”²⁸.

A correção equitativa da lei é realizada, muitas das vezes, por meio do recurso hermenêutico da redução teleológica²⁹, utilizado igualmente para restringir o âmbito de incidência da regra, quando se puder verificar a ausência de adequação do caso aos objetivos da norma. Na hipótese da regra do objeto exclusivo, deve-se ter em vista o objetivo da norma – a proteção do consumidor, por meio do aumento do controle sobre a atividade regulada e da diminuição do risco da atividade econômica – para verificar se há ausência de adequação dessa finalidade com o caso concreto.

6 AS NORMAS DE SEGUNDO GRAU QUE ESTIPULAM O MODO DE APLICAÇÃO DA REGRA DO OBJETO EXCLUSIVO

A possibilidade de redução equitativa ou teleológica da norma não é extraída da própria regra a ser aplicada. Essa conclusão já se encontra presente, de alguma forma, em Alexy, quando o autor aduz que “um ordenamento jurídico é tão mais rígido quanto mais forte for o caráter *prima facie* de suas regras e quanto mais coisas forem reguladas por meio delas”³⁰. Vale dizer, o equacionamento do problema da derrotabilidade

27 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 125.

28 Ibidem, p. 125.

29 Sobre o tema, confira-se a lição de Larenz: “Qualificámos de lacuna ‘oculta’ o caso em que uma regra legal, contra o seu sentido literal, mas de acordo com a teleologia imanente à lei, precisa de uma restrição que não está contida no texto legal. A interpretação de uma tal lacuna efectua-se acrescentando a restrição que é requerida em conformidade com o sentido. Visto que com isso a regra contida na lei, concebida demasiado amplamente segundo o seu sentido literal, se reconduz e é reduzida ao âmbito de aplicação que lhe corresponde segundo o fim da regulação ou a conexão de sentido da lei, falamos de uma ‘redução teleológica’. [...] O âmbito de aplicação da norma umas vezes reduz-se mais do que indica o limite que se infere do sentido literal possível e outras vezes amplia-se. Em ambos os casos, trata-se de uma continuidade de interpretação transcendendo o limite do sentido literal possível. [...] Assim como a justificação da analogia radica no imperativo de justiça de tratar igualmente os casos iguais segundo o ponto de vista valorativo decisivo, também a justificação da redução teleológica radica no imperativo de justiça de tratar desigualmente o que é desigual, quer dizer, de proceder às diferenciações requeridas pela valoração. [...]” LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009. p. 555/556.

30 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 105. Nota de rodapé.

das regras jurídicas aponta para a análise das normas que revelarão o grau de flexibilidade ou de rigidez do ordenamento jurídico. Esse grau de flexibilidade ou rigidez, aliás, pode variar dentro do ordenamento jurídico, conforme o ramo do Direito.

Nesse aspecto, MacCormick, após formular um conceito de regra jurídica como a norma expressamente articulada por uma pessoa que detenha uma posição de autoridade, indicava que a regra apresenta os seguintes elementos: os fatos operativos (FO), isto é, a situação que pode ocorrer especificada na norma; e a consequência normativa (CN), isto é, aquilo que em tal situação há de se fazer, há de ocorrer ou ao que há de se considerar ser o caso. As regras, para o autor, são classificadas, segundo sua força prática, em: (i) *regras de aplicação absoluta*, aquelas em que sempre e em cada ocasião em que se apresentem os fatos operativos (FO), deve ser seguida inafastavelmente pela consequência normativa (CN), e CN não pode ser realizada exceto quando FO ocorre ou quando se verifica a presença dos fatos operativos de outra regra que ao ser satisfeita prevê CN de maneira independente; (ii) *regras de aplicação estrita*, aquelas que são entendidas e aplicadas sobre a base de que podem ocorrer ocasionalmente circunstâncias relacionadas com os valores que elas protegem de uma maneira tal que esses valores estariam consideravelmente afetados caso se invocasse CN apenas pela presença de FO, razão pela qual é atribuída à pessoa encarregada de aplicá-las certo grau de discricionariedade para fazer exceções ou para preterir a regra em casos especiais ou muito especiais; e (iii) *regras de aplicação discricionária*, aquelas em que se espera de quem decide que considere cada caso à luz de todos os fatores que pareçam pertinentes, dados os valores e fins da atividade relevante, e que decida de acordo com a clara ponderação dos fatores, mas que quando todas as coisas são iguais ou quando a ponderação dos fatores seja demasiado difícil de julgar, se espera que quem decida recorra à regra como um guia mais seguro para decidir. MacCormick situava a discussão quanto à determinação da classe a que uma regra pertencia não no conteúdo das normas de primeiro nível, mas nas normas de segundo nível, que estabelecem os termos da autoridade ou do poder de quem decide³¹. O sentido dessas normas de segundo nível remonta a Hart: as normas primárias são as regras de condutas, isto é, aquelas que proíbem ou impõe determinada conduta sob ameaça de aplicação de uma sanção; já as normas secundárias são as normas de organização, isto é aquelas que “outorgam poderes jurídicos para exarar

31 MACCORMICK, Neil. *Instituciones del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 43-46.

decisões ou legislar (poderes públicos), ou para criar ou modificar relações jurídicas (poderes particulares)³².

Seguindo a proposta de MacCormick, impõe-se identificar as normas de segundo grau que outorgam à Agência a autoridade para aplicar a norma de primeiro grau que proíbe às operadoras o exercício de outras atividades além da operação de planos de assistência privada à saúde, para verificar se esta norma deve ser tratada como uma regra de aplicação absoluta, estrita ou discricionária.

Pois bem. O marco regulatório da saúde suplementar atribui à ANS a competência para “fixar as normas para constituição, organização, funcionamento e fiscalização das operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º da Lei nº 9.656” (art. 4º, XLI, da Lei 9.961/2000). O art. 34 da Lei 9.656 veicula uma norma sobre o funcionamento das operadoras, mas não excluiu a competência da Agência na matéria, tanto assim que o referido artigo indica que a constituição de pessoas jurídicas independentes exclusivamente para operar planos privados de assistência à saúde deve se dar “na forma da legislação em vigor e em especial desta Lei e de seus regulamentos”. O legislador, portanto, expressamente reconhece o papel a ser desempenhado pelas normas infralegais na adequação da norma universal do art. 34 da Lei 9.656. Trata-se, portanto, de uma *concorrência normativa*³³ entre o Legislador e a Administração para tratar do tema. Assim, a interpretação sistemática do dispositivo do art. 34 com as demais normas da Lei 9.656 e da Lei 9.961, em que a delegação de função normativa à Agência assume grande relevância, indica que a regra do objeto exclusivo pode ser interpretada, detalhada, esclarecida, suplementada ou mesmo excepcionada, em função de características especiais do caso concreto, pela atuação da Agência, como *órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde* (art. 1º, da Lei nº 9.961).

A regra do objeto exclusivo, portanto, revela-se como uma regra de aplicação estrita, uma vez que deixa aberta à autoridade aplicadora uma margem, ainda que limitada, de discricionariedade para fazer exceções ou para preterir a regra em casos muito especiais, quando a aplicação da regra possa afetar consideravelmente os valores que a própria regra protege. Nessa hipótese, ressaltava MacCormick, deve haver um esforço

32 HART, H.L.A. *O conceito de Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 103-104.

33 Sobre a era da concorrência normativa, cf. SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 154.

para assegurar que quem decida tenha uma adequada compreensão dos fatores ou dos tipos de considerações que são apropriadas para guiar o exercício da discricionariedade³⁴. Para que esse requisito seja atendido, a Agência Reguladora deve se cercar das informações fáticas e do conhecimento técnico necessário para ponderar as consequências de eventual abrandamento da norma. Assim, o exercício do poder normativo da Agência, que encontra fundamento na necessidade de predomínio, em determinadas áreas, de *escolhas técnicas* sobre as escolhas políticas, a fim de evitar que certas decisões fiquem cristalizadas em lei e se tornem rapidamente obsoletas³⁵, também pode se fundar na necessidade de retificação do eventual defeito da lei, decorrente de sua universalidade, ou de redução teleológica de seu âmbito de incidência, em face das peculiaridades reveladas pelo caso em concreto.

Para a superação da regra será exigida uma motivação reforçada, baseada em elementos técnicos ou valorações normativas que demonstrem a inadequação, a desnecessidade ou a desproporcionalidade do cumprimento da regra. Além da ponderação da regra em si em face da nova regra a ser construída será necessário vencer, ainda, a força coercitiva da regra a ser superada, ou seja, a concepção de que as regras devem ser obedecidas³⁶ ou os princípios formais do ordenamento, tais como o “princípio que sustenta que as decisões relevantes para a sociedade devem ser tomadas pelo legislador democrático”³⁷, assegurando-se, sempre, o tratamento isonômico entre os administrados.

7 EXEMPLOS TEÓRICOS DE FLEXIBILIZAÇÃO DA REGRA DO OBJETO EXCLUSIVO

Vejam alguns exemplos teóricos de situações que demandariam a análise quanto à necessidade de um tratamento excepcional em relação ao cumprimento da regra do objeto exclusivo, com base tanto em considerações de correção equitativa da norma universal ao caso concreto quanto de redução teleológica:

34 MACCORMICK, Neil. *Instituciones del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 47.

35 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 214.

36 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 49.

37 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 138.

- (i) quando uma fundação não obtém a autorização do Ministério Público para a modificação de seu estatuto, para excluir de seus objetivos fins diversos da operação de planos de saúde e se puder verificar que as outras atividades não representam risco para o acompanhamento da situação econômico-financeira da operadora;
- (ii) quando uma associação, operadora por autogestão, desenvolva uma atividade de importância relevante para seus beneficiários, diversa da operação de plano de saúde, que represente um volume insignificante na movimentação econômico-financeira da operadora, hipótese em que se poderia reconhecer a ausência de materialidade da operação e, portanto, de ausência de adequação da regra a seu objetivo;
- (iii) quando uma instituição religiosa, por intermédio de uma associação ou fundação privada que administra um hospital e um plano de assistência privada à saúde, também desempenhe um serviço de relevante valor social, como a administração de cemitério, em um município de pequeno porte, que não tem meios de assumir o serviço público. Nessa hipótese, a administração de cemitério, diferente da administração de hospital, não se enquadra dentre as ações necessárias à prevenção da doença e à recuperação, manutenção e reabilitação da saúde (art. 35-F da Lei 9.656). Assim, a aplicação inflexível da regra do objeto exclusivo resultaria ou no encerramento da operação de planos de saúde, se a instituição não abandonasse a atividade estranha à assistência à saúde, ou na imposição de ônus de constituição de pessoa jurídica exclusivamente para seguir na administração do cemitério. Ainda que a solução pela constituição de outra pessoa jurídica seja possível, as características especialíssimas do caso concreto recomendam a análise ponderada das razões contrárias às razões que demandam o cumprimento da regra, para verificar se o mais adequado seria a dispensa do cumprimento da regra do objeto exclusivo.

8 CONCLUSÕES

Das reflexões desenvolvidas no presente trabalho verificou-se que a exigência legal de que as pessoas jurídicas que exerciam outras atividades além da operação de planos de saúde constituam pessoas jurídicas independentes resulta, no âmbito da saúde suplementar, na fixação da regra do objeto exclusivo. A referida norma, que tem estrutura

de regra jurídica, por impor um dever definitivo (ou a regra é cumprida ou não é cumprida), representa uma restrição à liberdade de empresa decorrente da prévia ponderação legislativa entre a livre iniciativa e a defesa do consumidor, como manifestação da função do Estado de fiscalização, regulação e normatização da atividade econômica (art. 170, V e art. 174, ambos da Constituição).

A regra do objeto exclusivo se revela como uma regra de aplicação estrita, uma vez que deixa aberta à autoridade aplicadora uma margem, ainda que limitada, de discricionariedade para fazer exceções ou para preterir a regra em casos muito especiais, com base em considerações de correção equitativa da norma universal ao caso concreto e de redução teleológica da norma. Em função dessa peculiaridade, a Agência Reguladora deve sempre analisar as circunstâncias do caso concreto para ponderar, diante da impossibilidade de atendimento da regra do objeto exclusivo, se a medida mais adequada é a extinção da autorização de funcionamento ou a flexibilização da regra.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. *Direito dos serviços públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Atlas, 2009.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. v. I, 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra, PT: Coimbra, 2007.

CRUZ, Helio Jayme Martins Fróes. *Autorização de Funcionamento: importância para o mercado de saúde suplementar*. Dissertação apresentada à Escola Nacional de Saúde Pública, da Fundação Oswaldo Cruz, como pré-requisito para a obtenção do título de Mestre em Saúde Pública, modalidade Profissional, na área de concentração Regulação em Saúde. 2004.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EIZIRIK, Nelson. *Temas de Direito Societário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

HART, H.L.A. *O conceito de Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

MACCORMICK, Neil. *Instituciones del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo II. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações, associações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Fundamentalização e Fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Constitucionalismo Democrático e Governo das Razões: estudos de direito constitucional contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012.