

## VOTO

### **O Senhor Ministro Alexandre de Moraes:**

Senhor Presidente, nesta oportunidade, examina-se o seguinte tema inserido na Sistemática da Repercussão Geral desta SUPREMA CORTE:

123 - Aplicação de lei nova sobre plano de saúde aos contratos anteriormente firmados.

Na origem, Iara Maria Cardoso da Silva moveu ação judicial em face da Unimed Porto Alegre - Sociedade Cooperativa de Trabalho Médico Ltda, objetivando, em suma, que a operadora de plano de saúde arcasse com a cobertura das despesas decorrentes de tratamento de câncer no esôfago (manometria esofágica) e fosse condenada ao pagamento de indenização por danos morais, pela negativa de arcar contratualmente com o referido procedimento.

A ora recorrente, Unimed Porto Alegre, alegou em sua contestação não ser de sua responsabilidade o tratamento pretendido, pois, além de a avença contratual, firmada em 13/9/1995, ser anterior à Lei 9.656/1998, “o Contrato de Plano de Saúde objeto desta ação não contempla tal tratamento no âmbito de cobertura conferida” e “não foi regulamentado pela nova legislação dos planos de saúde, não estando a ela submetido. E ainda se estivesse sujeito à Lei, também não haveria cobertura.”

Salienta, ainda, a Unimed que, por “não se tratar de um Contrato regulamentado pela Lei 9.656/98 e afastado do Rol de Procedimentos Obrigatórios da ANS, as coberturas a ele conferidas são aquelas previstas na tabela da AMB (Associação Médica Brasileira) do ano de 1992; a qual corresponde ao Rol atual da ANS, menos atualizado. O procedimento de manometria esofágica solicitado pela parte autora e negado pela Unimed não está contemplado pela Tabela AMB/92, razão pela qual não está a ré obrigada a custeá-lo.”

Por fim, aduziu ser improcedente o pedido de danos morais, tendo em conta que não houve descumprimento contratual.

O juízo de primeira instância condenou a empresa contratada “a restabelecer a prestação de serviço contratado, declarando-se nulas as cláusulas restritivas e limitativas de cobertura, bem como condenar a mesma ao pagamento de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), a título de danos morais”.

Interposto o recurso inominado, a Segunda Turma Recursal Cível dos Juizados Especiais Cíveis do Estado do Rio Grande do Sul negou-lhe provimento, nos termos da seguinte ementa:

“PLANO DE SAUDE. NEGATIVA DE COBERTURA. CONTRATO ANTERIOR A LEI 9.656/98. ADAPTAÇÃO. APLICAÇÃO DA LEI NOVA. NÃO CIENTIFICAÇÃO DO SEGURADO PARA ADAPTAÇÃO AOS NOVOS PLANOS. CÂNCER DE ESÔFAGO. TRATAMENTO ONCOLÓGICO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO.

1. Segundo consta dos autos, a autora teve diagnosticado câncer no esôfago, iniciando sua dificuldade quando da necessidade de realização de manometria esofágica (fl. 53) .

2. É entendimento dos Turmas Recursais que após a entrada em vigor da Lei dos Planos de Saúde Lei 9.656/98, os contratos antigos devem ser adaptados à nova legislação.

3. No caso dos autos, embora a recorrente refira a juntada de correspondência enviada à autora para que se manifestasse quanto ao interesse na adaptação, não é possível localizar este documento nos autos. Logo, nenhuma distinção se aplica ao caso presente, pois não restou comprovado pela operadora que tenha sido oferecida a autora a possibilidade de adaptação do contrato. Em assim, sendo, é de se considerar que o plano de saúde do requerente, enquadrado na categoria dos contratos de trato sucessivo e de renovação periódica, passou a vigorar com as coberturas mínimas estabelecidas pela aludida modificação legal.

4. Dano moral evidenciado devido ao descaso e desconsideração com a pessoa do consumidor, já submetido a situação de fragilidade, diante da enfermidade acometida. Baixa hospitalar e início do tratamento retardados em face do agir da ré, obrigando a autora a demandar judicialmente.

5. Quantum indenizatório fixado em R\$ 4.000,00 que não comporta redução, pois de acordo com os parâmetros adotados pelas Turmas Recursais.”

Neste Recurso Extraordinário, interposto com base no art. 102, III, a, da CARTA MAGNA, alega a parte violação aos seguintes artigos da CF/1988:

- i) art. 93, IX, por deficiência/insuficiência de fundamentação do aresto impugnado;
- ii) art. 5º, LIV e LV, pela inobservância “das garantias do devido processo legal e da ampla defesa”;
- iii) art. 5º, XXXVI, em razão da autorização de “procedimento não previsto no contrato mantido entre as partes”.

O Plenário desta SUPREMA CORTE reconheceu a repercussão geral da questão versada neste apelo extremo no RE 578.801, de relatoria da eminente Ministra CÁRMEN LÚCIA, que homologou sua desistência recursal em 20/12/2011, oportunidade em que foi substituído pelo presente RE (DJe de 25/2/2016), após provimento do ARE 652.492 (DJe de 1º/2/2016). Eis a ementa do acórdão:

“DIREITO INTERTEMPORAL. APLICAÇÃO RETROATIVA DE LEIS SOBRE PLANOS DE SAÚDE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. Há repercussão geral na questão sobre a aplicação retroativa de leis sobre planos de saúde aos contratos firmados antes de sua vigência, à luz do art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição da República.”

A Procuradoria-Geral da República oferta parecer pelo desprovimento do RE, e sugere a seguinte tese:

*“ A aplicação da Lei 9.656/1998 aos contratos celebrados antes de sua vigência, para a definição de cláusulas abusivas em detrimento do consumidor, ofende a garantia do ato jurídico perfeito, mas não impede a anulação de tais cláusulas, se ilícitas em razão de outra norma eficaz à época em que firmado o contrato .”* (e-Doc. 14).

Esse o relato que faço dos autos.

Senhor Presidente, acompanho o eminente Relator no que diz respeito aos pressupostos de admissibilidade do recurso.

Em relação à suscitada ofensa ao art. 93, IX, da CARTA MAGNA, o Juízo de origem não destoou do entendimento firmado por esta CORTE no julgamento do AI 791.292-QO-RG/PE (Rel. Min. GILMAR MENDES, Tema 339).

Nessa oportunidade, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL assentou que o inciso IX do art. 93 da CONSTITUIÇÃO FEDERAL de 1988 exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão.

No caso em apreço, a fundamentação do acórdão recorrido alinha-se às diretrizes desse precedente.

Quanto à alegação de afronta ao 5º, LIV e LV, da CF/1988, o apelo extraordinário não tem chances de êxito, pois esta SUPREMA CORTE, no julgamento do ARE 748.371-RG/MT (Rel. Min. GILMAR MENDES, Tema 660), rejeitou a repercussão geral da alegada violação ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito, à coisa julgada ou aos princípios da legalidade, do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, quando se mostrar imprescindível o exame de normas de natureza infraconstitucional.

Quanto à questão constitucional com repercussão geral reconhecida, a ofensa ao art. 5º, XXXVI, da CF/1988, baseia-se na tese de que o “acórdão objeto do presente recurso fez retroagir a lei, o que é indevido, pois em flagrante contrariedade e violação ao “ato jurídico perfeito” em razão do contrato objeto do presente haver sido firmado nos moldes anteriores à vigência da lei 9.656/98”.

O eminente Relator concluiu pela irretroatividade da referida lei, ao entendimento de que:

*“os contratos de planos de saúde firmados antes do advento da Lei 9.656/1998 podem ser considerados atos jurídicos perfeitos, e, como regra geral, estão blindados às mudanças supervenientes das regras vinculantes, ressalvada (...) a necessidade de proteção a outros*

*direitos fundamentais, ou mesmo a indivíduo em situação de vulnerabilidade, o que deverá nortear a interpretação destes ajustes privados de prestação de serviços de saúde.”*

O eminente Ministro RICARDO LEWANDOWSKI destacou que,

*“nos termos do tema submetido à Sistemática da Repercussão Geral, e dentro de seus limites objetivos e subjetivos, a Lei 9.656/1998 não pode regular contratos anteriores à sua vigência, salvo quando a parte aderente tiver optado por sua adaptação ao novo regramento”, como previsto no art. 35 da citada lei.*

Outrossim, Sua Excelência destacou inexistirem notícias nos autos dando conta de que

*“a beneficiária tenha optado por migrar sua avença à novel legislação, tampouco tal fato foi por ela afirmado, de modo que a aplicação do art. 35 da Lei 9.656/1998 sequer foi utilizada como causa de pedir em sua petição inicial”.*

*“a conduta da recorrente, ao não autorizar o tratamento, é legítima e se encontra amparada pelo sinalagma livremente pactuado à época, pois não regida pela nova legislação dos planos de saúde, não estando, portanto, à ela submetida.”*

*“coberturas conferidas aos contratos anteriores à Lei 9.656/1998 são aquelas previstas na Tabela da Associação Médica Brasileira - AMB do ano de 1992, de modo que, lá não se encontrando o procedimento de manometria esofágica solicitado pela recorrida, não está a recorrente obrigada a custeá-lo.”*

Sr. Presidente, pedindo todas as vênias à divergência, acompanho o eminente Relator, que bem retrata o entendimento deste SUPREMO TRIBUNAL a respeito da prestação de serviços de saúde por pessoas jurídicas de direito privado e da aplicação da lei no tempo à espécie, considerando-se os brocardos *tempus regit actum* e *pacta sunt servanda*.

Conforme registrei, no RE 597.064 (DJe de 16/5/2018, Tema 345), no caso da exploração de serviços de saúde, de relevância pública textualmente consagrada na CONSTITUIÇÃO FEDERAL, o âmbito de regulação é significativamente maior, independentemente de ser executado em caráter suplementar. É o que está previsto no art. 197 da CF:

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Ao consentir com a execução indireta dos serviços de saúde, inclusive mediante atuação de terceiros voltada à obtenção de lucro, a CONSTITUIÇÃO FEDERAL certamente buscou se valer do dinamismo, da capacidade de investimento e de especialização característicos do empreendedorismo privado, cujo aproveitamento tanto tem a contribuir com o atendimento médico de alta complexidade.

Todavia, a CONSTITUIÇÃO CIDADÃ não deixou de resguardar a possibilidade de que certos aspectos dessa atividade fossem submetidos a uma disciplina mais rigorosa do que aquela aplicável ao setor terciário em geral, tendo em vista a essencialidade dos serviços de proteção à saúde para a coesão social e a necessidade de proteção dos consumidores.

Como afirmei na ADI 1931 (Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJe DE 8/6 /2018), não se cuida de um serviço a ser prestado tão somente visando ao lucro; não é um serviço simplesmente monetário, porque há exatamente esse comando constitucional do bem-estar da sociedade, há esse comando constitucional da saúde.

Por sua vez, não se pode ignorar que o sistema de compensação e composição é uma das molas mestras do sistema privado de assistência à saúde suplementar, haja vista a necessidade de manter a existência do sinalagma, característica imanente aos contratos bilaterais, [compreendida como] a relação ounexo de causalidade (reciprocidade) entre as prestações opostas, pactuadas, conforme lecionam PABLO STOLZE GAGLIANO e RODOLFO PAMPLONA FILHO ( *Manual de Direito Civil* . Volume Único. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019. Edição do Kindle), sob pena de inviabilizar o arquétipo ideal de equilíbrio financeiro e atuarial tão necessário e vital a essa modalidade de atividade econômica.

Nessa linha, é impositivo que o princípio da força obrigatória das convenções ( *pacta sunt servanda* ) seja encarado como exceção à regra geral

da socialidade, secundária à função social do contrato, considerado o o regime capitalista da era pós-moderna; diverso do cenário em que germinado no direito romano.

Essa mitigação se realiza sobretudo por força dos princípios sociais da função social do contrato e da boa-fé objetiva, já que impositivo aos contratantes deveres laterais de conduta, v.g ., o dever de cuidado em relação à outra parte negocial, de respeito, de lealdade e probidade, de agir com honestidade conforme a razoabilidade, a equidade e a boa razão. (FLÁVIO TARTUCE. *Manual de Direito Civil* . Volume Único. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2014, p. 581-582).

Torna-se constitucionalmente viável, nessa quadra, a possibilidade constitucional de retroatividade mínima (temperada ou mitigada) da lei diante de situações excepcionais, permitindo sua incidência sobre determinadas relações de trato sucessivo cujos efeitos contratuais futuros são afetados por normas posteriormente editadas ao pacto negocial.

Ocorre que o mero surgimento de novos preceitos, ainda que mais benéficos aos contratantes, não tem força, por si só, para atingir os pactos a eles preexistentes, uma vez que, desse fato jurídico, não se extraem razões jurídico-constitucionais suficientes a justificar a incidência automática e imediata da Lei 9.656/1998 de forma retroativa, a fim de proteger direitos fundamentais de usuários hipossuficientes que, teoricamente, encontram-se em vulnerabilidade técnica, jurídica, social ou econômica diante das prestadores de serviços de saúde, contexto em que se chancela a intervenção do Estado-Juiz.

Não sendo, portanto, a moldura acima delineada, há de se seguir a regra estabelecida e detalhada pelo nosso eminente DECANO:

“Os contratos - que se qualificam como atos jurídicos perfeitos (RT 547/215) - acham-se protegidos, em sua integralidade, inclusive quanto aos efeitos futuros, pela norma de salvaguarda constante do art. 5º, XXXVI, da Constituição da República. Doutrina e precedentes. - A incidência imediata da lei nova sobre os efeitos futuros de um contrato preexistente, precisamente por afetar a própria causa

geradora do ajuste negocial, reveste-se de caráter retroativo ( **retroatividade injusta de grau mínimo** )" (AI 363.159-AgR, Rel. CELSO DE MELLO, DJ de 3/2/2006) (grifamos).

Logo, há de se placitar neste julgado o que sustentado pelo eminente Ministro MAURÍCIO CORREA na ADI 1931-MC (DJ de 25/8/2004). Vejamos:

"[...].

54. As empresas operadoras de planos de saúde, constituídas anteriormente às regras estabelecidas nas duas normas questionadas nesta ação, já atuavam no mercado como prestadoras de serviços de assistência à saúde e, por isso mesmo, ainda que não regulamentadas especificamente suas atividades, funcionavam aos olhos da Administração Pública na forma da legislação civil. Portanto, do ponto de vista da sua constituição, não se trata de empresas que não possam ter suas atividades mercantis resguardadas pela lei.

55. Assim sendo, os contratos assinados com os consumidores antes da nova legislação não podem ser modificados pelas regras ora impostas, sob pena de violação ao princípio do direito adquirido e também ao ato jurídico perfeito - garantias protegidas pelo mandamento constitucional (CF, artigo 5, inciso XXXVI).

56. Por isso, o § 2 do artigo 10 da Medida Provisória 1730/98, com as alterações introduzidas pela MP 1908-18/99, quando obriga os agentes da requerente, a partir de 3 de dezembro de 1999, a submeter os atuais consumidores, subscritores de contratos antigos, ao chamado plano-referência, viola o inciso XXXVI do artigo 5 da Constituição Federal.

Essas empresas estão obrigadas a oferecer aos seus futuros clientes o novo sistema, contudo não aos atuais.

Ao julgar o mérito da referida ação direta, já sob a relatoria do eminente Ministro MARCO AURÉLIO, este TRIBUNAL referendou essa compreensão, assentando que os planos de saúde estabelecidos em contratos firmados antes da instituição do plano-referência de assistência à saúde, previsto na Lei 9.656/1998, não poderiam sofrer os influxos dessa novel legislação - salvo a possibilidade de adaptações contratuais, ou seja, a viabilidade, dentro da autonomia da vontade das partes contratantes, de readequação do sinalagma à luz da referida lei. Eis a ementa do julgado:



“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – NORMA ATACADA – ALTERAÇÃO – PREJUÍZO. A superveniente modificação da norma impugnada, sem aditamento à inicial, implica o prejuízo do controle concentrado de constitucionalidade. PLANOS DE SAÚDE – REGÊNCIA – OBSERVÂNCIA. Os planos de saúde submetem-se aos ditantes constitucionais, à legislação da época em que contratados e às cláusulas deles constantes – considerações.” (ADI 1931, Rel. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, DJe de 8/6/2018).

Na hipótese, como não houve os ajustes entre a parte recorrente e recorrida ao novo modelo legal de prestação de serviços à saúde, e não há flagrante risco a direitos fundamentais ou pessoas em condições vulnerabilidade extrema, não cabe ao Poder Judiciário, sem a devida contrapartida do usuário, conceder-lhe as coberturas mínimas estabelecidas pela Lei 9.646/1998, como o fez o Juízo *a quo*.

Diante do exposto, DOU provimento ao Recurso Extraordinário e endosso a tese proposta pelo eminente Ministro-Relator, RICARDO LEWANDOWSKI.

É como voto.

Plenário Virtual - minuta do voto