

VOTO

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski** (Relator): Bem examinados os autos, preliminarmente, observo que o acórdão recorrido analisou a controvérsia, apreciando inteiramente as questões que se apresentavam, de modo que toda a matéria legal e constitucional pertinente ao tema foi examinada de modo adequado.

Assim, a decisão impugnada encontra-se perfeitamente fundamentada, mormente se considerados os princípios da simplicidade, celeridade e informalidade, orientadores dos juizados especiais, razão pela qual rejeito a preliminar de nulidade do acórdão por suposta ofensa ao art. 93, XX, da CF.

Atendidos os pressupostos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade, conheço do recurso extraordinário e passo ao exame do mérito.

Assento, na sequência, que o presente recurso submetido à Sistemática da Repercussão Geral (Tema 123) discute uma das matérias mais instigantes da ciência jurídica: a eficácia da lei no tempo e a possibilidade, ou não, da aplicação da nova legislação - no caso, a Lei 9.656/1998 -, aos contratos firmados anteriormente à sua vigência.

A questão que se coloca, por conseguinte, adquire feição eminentemente constitucional, pois consiste em saber se a garantia de proteção ao ato jurídico perfeito, à vista do art. 5º, XXXVI, da CF, segundo o qual “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” pode ser desconstituída com base em alteração legislativa superveniente.

Cumpre assinalar, desde logo, a própria natureza jurídica do tempo como elemento apto a gerar efeitos jurídicos tão só pelo respectivo decurso, em sua acepção dinâmica, considerado como um “fato jurídico em sentido estrito ordinário, ou seja, um acontecimento natural, apto a deflagrar efeitos na órbita do Direito”, conforme lecionam Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho (*Novo Curso de Direito Civil- Parte Geral*, vol. 1. 15ª. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, pág. 345).

A blindagem constitucional ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada configura cláusula pétrea de nosso Texto Magno, e também um dos pilares de sustentação do Estado Democrático de Direito, o que os torna garantias individuais de todos os cidadãos.

A propósito, quanto à retroação da lei e ao direito adquirido, relembro as palavras de Vicente Ráo, ao observar que o ato jurídico perfeito e o direito intertemporal concernem a um aspecto da própria existência humana:

“A inviolabilidade do passado é princípio que encontra fundamento na própria natureza do ser humano, pois, segundo as sábias palavras de Portalis, o homem, que não ocupa senão um ponto no tempo e no espaço, seria o mais infeliz dos seres, se não pudesse julgar seguro nem sequer quanto à sua vida passada.

Por essa parte de sua existência, já não carregou todo o peso de seu destino? O passado pode deixar dissabores, mas põe termo a todas as incertezas.

Na ordem do universo e da natureza, só o futuro é incerto e esta própria incerteza é suavizada pela esperança, a fiel companheira da nossa fraqueza. Seria agravar a triste condição da humanidade querer mudar, através do sistema da legislação, o sistema da natureza, procurando, para o tempo que já se foi, fazer reviver as nossas dores, sem nos restituir as nossas esperanças.” (*O Direito e a Vida dos Direitos*, 7ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pág. 428).

Com efeito, observa-se que a retroatividade da lei civil já era vedada expressamente pelo Código Napoleônico de 1804, reconhecidamente a mais importante codificação do Século XIX, e que veio a influenciar várias outras leis em diversas nações, dispondo, em seu art. 2º, que “ *La loi ne dispose que pour l’avenir; elle n’a point d’effet rétroactif*”.

No âmbito do direito pátrio, a Constituição do Império, de 25 de março de 1824, já possuía regra explícita de vedação à retroatividade da lei, ao dispor que:

“Art.179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

I. Nenhum Cidadão póde ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma cousa, senão em virtude da Lei.

II. Nenhuma Lei será estabelecida sem utilidade publica.

III. A sua disposição não terá efeito retroactivo.” (grifei).

Também a primeira Constituição da República, de 24 de fevereiro de 1891, estampava com clareza o óbice da irretroatividade, *verbis* :

“Art. 11 - É vedado aos Estados, como à União:

1º) criar impostos de trânsito pelo território de um Estado, ou na passagem de um para outro, sobre produtos de outros Estados da República ou estrangeiros, e, bem assim, sobre os veículos de terra e água que os transportarem;

2º) estabelecer, subvencionar ou embaraçar o exercício de cultos religiosos;

3º) prescrever leis retroativas.” (grifei)

E assim seguiu-se na Carta da República de 1934, ao inaugurar o rol das garantias constitucionais de respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, o que foi repetido na Constituição de 1946.

Vê-se, portanto, que não apenas a Carta Magna de 1988, mas também a pretérita ordem constitucional impunham como regra geral a de rejeição à retroatividade das leis, em respeito à primazia do direito adquirido, dentro do qual, a rigor, estão inseridas a coisa julgada e o ato jurídico perfeito, por constituírem direitos adquiridos provenientes respectivamente de uma decisão judicial e de um ato jurídico.

Mesmo no campo do direito infraconstitucional, a vedação à retroatividade da lei também encontra-se pormenorizada no art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, que considera como ato jurídico perfeito aquele já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.

Pois bem. Dentro da ciência da aplicação da lei civil no tempo, e sem embargo à importância dos estudos desenvolvidos pelo renomado jurista francês Paul Roubier a indicar que a lei nova pode atingir efeitos futuros (*Apud* Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, vol. 1, 33ª ed. revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2020, pág. 154), nosso ordenamento acabou adotando como regra geral a Teoria Subjetiva do professor Carlo Francesco Gabba. Para este mestre italiano, a lei nova não poderia atingir sequer os efeitos futuros do sistema anterior, pois isso significaria regular atos, decisões judiciais ou fatos anteriores a ela e dos quais irradiam os seus efeitos.

Carlos Maximiliano – um dos principais autores brasileiros sobre o tema – filiou-se à tese de Gabba, indicando óbice à retroatividade da norma sempre que houver a presença da blindagem constitucional do direito adquirido, afirmando que:

“Para se chamar adquirido um direito, não basta que seja concreto, grangeado por um indivíduo em virtude de um fato idôneo a produzi-lo; é necessário, também, que se haja tornado elemento ou parte do patrimônio pessoal do respectivo titular. **Aos que se não reveste de tal requisito, aplica-se, na íntegra, a lei nova .”** (*Direito Intertemporal*, 2ª ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1955, pág. 8, grifei).

E justamente dentro do campo da aplicação da lei civil no tempo é que surge a regulamentação do setor de prestação de assistência suplementar à saúde ou, simplesmente, contratos de planos de saúde, como forma de intervenção estatal no domínio econômico, implementada pela Lei 9.656 /1998, em conjunto com outros diplomas, como a Medida Provisória 1908-18 /1999 e a Lei 9.961/2000, que criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar -ANS, responsável pela regulação do setor.

De fato, não obstante seja dever do Estado promover as ações necessárias a garantir os serviços públicos de saúde, o art. 199 da CF dispõe que a assistência à saúde também é aberta à iniciativa privada, podendo ser exercida de forma complementar ao Sistema Único de Saúde - SUS, ou de maneira suplementar, prestada por contratos firmados entre os usuários e as operadoras de planos de saúde.

Assim, a expansão desse setor, paralelamente à universalização da saúde, para além de estar calcada no direito constitucional de acesso à saúde, também atende aos ditames da livre iniciativa e da proteção ao consumidor, ambos princípios norteadores da ordem econômica nacional (art. 170 da CF).

É de se notar que os contratos de planos de saúde- atendimento por médicos e hospitais conveniados -, bem como aqueles de seguro-saúde - reembolso de despesas com liberdade de escolha do prestador-, muitas vezes conjugados, têm em sua essência a aleatoriedade, “[...] porquanto o ganho ou a perda dos pactuantes depende de circunstâncias futuras e incertas” (RIZZARDO, Arnaldo, *Contratos*, 16ª. ed. São Paulo: Editora Forense, 2016, pág. 894).

É natural e lógico que, como em qualquer contrato de adesão com o viés da aleatoriedade tão acentuado, a contraprestação paga pelo segurado seja atrelada aos riscos assumidos pela prestadora, sendo um dos critérios para o seu dimensionamento, sem dúvida, o exame de quais eram as normas vigentes à época de sua celebração. Sob a perspectiva das partes, isso significa saber, previamente, quais são as regras legais que as vinculam e que serão norteadoras das cláusulas contratuais (*pacta sunt servanda*).

De fato, pelo contrato de seguro, o segurador obriga-se, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados (art. 757 do Código Civil - CC).

Aliás, sejam essas avenças anteriores ou posteriores à Lei 9.656/1998, a previsão dos riscos cobertos, assim como a exclusão de outros, é inerente a todas elas. Isso obedece à lógica atuarial desta espécie contratual, pois, quanto mais riscos forem cobertos, mais elevado será o prêmio pago pela parte aderente.

Esses prêmios, ademais, são calculados de maneira a permitir que, em uma complexa equação atuarial, sejam suficientes para pagar as indenizações aos contratantes e para cobrir os custos de administração, além de, naturalmente, gerar os justos lucros às fornecedoras.

A dimensão temporal, assim, é indissociável à natureza dos contratos de planos de saúde, já que a operadora aposta contra a probabilidade da ocorrência de riscos futuros.

Consequentemente, tais relações jurídicas livremente pactuadas, com o uso da autonomia da vontade, devem dar valor à segurança jurídica, conferindo-se estabilidade aos direitos subjetivos e, mais ainda, conhecimento inequívoco das regras às quais todos estão vinculados, bem como a tão importante previsibilidade das consequências de suas respectivas condutas.

Por outro lado, também é inegável que os planos de saúde são também tutelados pelo Código de Defesa do Consumidor - CDC (Lei 8.078/1990), conforme reiterada jurisprudência dos tribunais pátrios, bem como a quase unanimidade da doutrina, conforme lição de Maria Stella Gregori, em obra dedicada ao tema:

“Quanto ao objeto, já se teve a oportunidade de demarcar a intermediação de serviços de assistência à saúde por cobertura dos custos como uma atividade de natureza econômica, livre à iniciativa privada, pelo que não deixa margem a dúvida de que se trata de um serviço enquadrado na hipótese descrita no § 2º do art. 3º da Lei Consumerista, pois como define Antônio Joaquim Fernandes Neto, ‘trata-se de um contrato de prestação de serviços no qual prepondera a obrigação de fazer, com sua peculiar complexidade’.

[...]

Enquadram-se, com efeito, na descrição do *caput* do art. 3º, inserindo-se, dessa forma, em um dos polos da relação de consumo. No outro polo estão os consumidores, seus dependentes ou agregados, que adquirem ou utilizam esses produtos ou serviços, como destinatários finais, considerados típicos consumidores.

Portanto, as relações entre os consumidores e as empresas que oferecerem serviços de assistência à saúde estão amparadas pelo Código de Defesa do Consumidor” (*Planos de Saúde: a ótica da proteção do consumidor* . 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, págs. 130-132).

Tem-se, assim, que, dentro do debate sobre a possibilidade de retroatividade da Lei 9.656/1998 a negócios jurídicos anteriores à sua vigência, como acima adiantei, serão aplicáveis previsões constitucionais a preservar o ato jurídico perfeito, a segurança jurídica e, por sua relevância,

a autonomia da vontade e a liberdade de contratar, que são pedras de toque da teoria do Direito Civil Constitucional moderno.

Contudo, o alcance do que realmente significa definir a aplicação da lei no tempo, e sua eventual retroatividade, não possui a singeleza que possa eventualmente parecer. Na verdade, os efeitos inaugurados pela nova regência em relação a fatos passados, presentes, futuros e pendentes pode variar, de acordo com os diferentes graus da retroatividade das leis.

A distinção entre efeito retroativo e efeito imediato proposta por Rubens Limongi França (*A Irretroatividade das Leis e o Direito Adquirido*, 5ª. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1998, págs. 29-30), no sentido de que a lei nova poderia ser aplicada aos *facta pendentia*, foi considerada como retroatividade mínima por grande parte da doutrina pátria, ofensiva, pois, ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada.

Aliás, a doutrina tradicionalmente tem formulado diferentes graus de intensidade da retroatividade, como destacado por Carlos E. Elias de Oliveira, em alentado estudo dedicado à retroatividade das leis, ao lecionar que:

“Quanto aos efeitos, a retroatividade pode ser dividida em três espécies: (1) *máxima* : é a máxima intensidade de uma retroatividade, pois a nova lei atinge efeitos pretéritos, pendentes e futuros de um ato pretérito; (2) *média* : a nova lei atinge apenas efeitos pendentes e futuros de um ato pretérito; (3) *mínima* : a nova lei atinge apenas os efeitos futuros de um ato pretérito.

[...]

Ao se tratar de norma constitucional originária (NCO) – aquela que é produzida pelo onipotente Poder Constituinte Originário (que, ao elaborar uma nova Constituição, é ilimitado e, portanto, pode estabelecer o que lhe aprouver como regra) –, o STF firmou que: (1) toda NCO possui retroatividade mínima, independentemente de previsão expressa; e (2) a NCO pode ter retroatividade média ou máxima, desde que haja comando expresso nesse sentido. A ideia subjacente a isso é a de que, na sua onipotência, o Poder Constituinte Originário não é obrigado a assistir, no novo Estado que ele constituiu, a uma situação jurídica que ele abominou, ainda que seja procedente de um ato jurídico perfeito, de uma coisa julgada ou de um direito adquirido anterior à CF.

Por isso, qualquer NCO possui retroatividade mínima automaticamente.

[...]

Ao se tratar, porém, de normas que não são constitucionais originárias, como as emendas à Constituição e as demais normas infraconstitucionais, todas elas devem estrito respeito à proibição de retroatividade contra os óbices constitucionais, pois essa vedação foi instituída pelo onipotente Poder Constituinte Originário como cláusula pétrea. Diante disso, se a norma não for constitucional originária, ela jamais poderá exibir qualquer tipo de retroatividade, sequer mínima, quando se deparar com algum óbice constitucional .” (Retroatividade das leis: a situação das leis emergenciais em tempos de pandemia. Disponível em http://www.flavioartuce.adv.br/artigos_convidados. Acessado em 15/7/2020, grifei).

Neste contexto, penso que, uma vez constatado algum dos óbices constitucionais pétreos – direito adquirido, ato jurídico perfeito ou coisa julgada - leis ou normas, como regra geral, não podem atingir situações jurídicas pretéritas à sua vigência.

Por outro lado, já se entendeu que a norma constitucional poderá ter retroatividade máxima ou média, diante de situações jurídicas de violação de seus princípios, ou mesmo de preservação a direitos fundamentais de indivíduos em situação de vulnerabilidade, quando então a lei nova passa a afetar o conteúdo do ato jurídico instituído em momento pretérito (plano existencial), a ponto de interferir no seu plano de validade. Tal entendimento foi assentado no julgamento do RE 140.199/RJ, de relatoria do Ministro Moreira Alves.

Isso também ocorreu quando esta Suprema Corte debruçou-se sobre a intertemporalidade da Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar 135/2010), no julgamento do RE 929.670/DF-RP, de minha relatoria, Redator para o acórdão Ministro Luiz Fux, que estabeleceu limitação prospectiva ao direito de concorrer a cargos eletivos com base em fatos já ocorridos. Naquele julgado, por apertada maioria de 6 votos a 5, a retrospectividade recebeu chancela do STF. Mesmo ficando vencido, manifestei minha preocupação quanto à retroação da lei:

“Em outras palavras, somente na alínea d, a Justiça Eleitoral impõe a pecha de inelegibilidade como consequência explícita da

sentença condenatória, a qual, uma vez coberta pelo manto sagrado da coisa julgada e exaurida no tempo, não tem como ser exacerbada, sem violar o art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal. É aqui que reside, permito-me insistir, a peculiaridade da matéria ora tratada.

À toda a evidência, a aplicação do novo regime jurídico de inelegibilidade encontra – nessa única hipótese – um óbice insuperável de estatura maior, qual seja, o direito constitucional de preservação da coisa julgada, em face de lei superveniente. Em suma, o prazo de 3 (três) anos decorrente da cominação judicial de inelegibilidade integrou, de forma indissociável e definitiva, o título judicial que atingiu o recorrente, diante de seu trânsito em julgado.

Essa é, em síntese, a diferença desta hipótese das demais relativas às inelegibilidades, que não pode ser ignorada ou afastada” .

Nada obstante as referidas situações nas quais foi reconhecida a mitigação à regra da irretroatividade da lei civil, o entendimento que tem sido consolidado nesta Suprema Corte ao longo dos anos é contrário a esta possibilidade, assegurando a máxima efetividade da norma constitucional carreada pelo art. 5º, XXXVI, da CF, ressalvada a aplicação da chamada retroatividade mínima, em situações excepcionais, a permitir sejam temperadas para o futuro algumas relações jurídicas constituídas no passado.

Em ação objetiva (ADI 1.931/DF) que impugnava justamente o art. 10, § 2º, e o art. 35-E da ora discutida Lei 9.656/1998, segundo o qual as operadoras teriam até dezembro do ano de 2008 para promoverem adaptações a contratos anteriores ao novel diploma, ao deferir a medida cautelar, o Ministro Maurício Corrêa bem pontuou, *verbis* :

“[...] 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 5º, inciso XXXVI) .

Por isso, o § 2º 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 5º da Constituição Federal.

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

Defiro, em consequência, o pedido liminar nesta parte, para excluir do texto a expressão 'atuais e', por entender violada a garantia do ato jurídico perfeito e do direito adquirido, na esteira da jurisprudência do Tribunal.”(grifei).

Na mesma ADI, quando enfrentado o seu mérito, o STF, por unanimidade, declarou a inconstitucionalidade dos arts. 10, § 2º, e art. 35-E da Lei 9.656/1998, bem como do art. 2º da Medida Provisória 2.177-44/2001, ao fundamento de que a previsão de incidência da novel legislação sobre contratos preexistentes, firmados sob a égide de disciplina legal anterior, ofenderia os princípios constitucionais do direito adquirido e do ato jurídico perfeito.

Naquela ocasião, o Ministro Marco Aurélio, Relator designado, deixou assentado, em seu substancioso voto, o seguinte:

“Os dispositivos em análise preveem a incidência das novas regras relativas aos planos de saúde em contratos celebrados anteriormente à vigência do diploma. A norma destoa do Texto Maior.

A vida democrática pressupõe segurança jurídica, e esta não se coaduna com o afastamento de ato jurídico perfeito e acabado mediante aplicação de lei nova. É o que decorre do inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição Federal:

Art. 5º [...] XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

É impróprio inserir nas relações contratuais avençadas em regime legal específico novas disposições, sequer previstas pelas partes quando da manifestação de vontade.

[...]

A toda evidência, o legislador, com o intuito de potencializar a proteção do consumidor, extrapolou as balizas da Carta Federal, pretendendo substituir-se à vontade dos contratantes. Salta aos olhos a inconstitucionalidade” (grifei).

Sendo assim, observa-se que o STF entendeu que a Lei 9.656/1998 não poderia exigir que as operadoras de planos de saúde adaptassem os contratos firmados anteriormente às novas exigências legais, naquilo que dizia respeito à cobertura mínima, bem como em relação a outras condições contratuais.

Em outro precedente, ao julgar a ADI 493, de relatoria do Ministro Moreira Alves, esta Suprema Corte novamente não admitiu a aplicação da retroatividade ao examinar a Lei 8.177/1991, que estabelecia a taxa referencial como índice de reajuste para contratos anteriores a este diploma.

Em seu voto, o Ministro Moreira Alves afirmou que:

“[...] 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 ocorrido no passado.

O disposto no art. 5º, XXXVI, da CF 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. Precedentes do STF. Ocorrência, no caso, de violação de direito adquirido .” (grifei).

Portanto, a vedação à retroatividade plena dos dispositivos inaugurados pela Lei 9.656/1998, como aqueles que dizem respeito à cobertura de determinadas moléstias, além de obedecer ao preceito pétreo estampado no art. 5º, XXXVI, da CF, também guarda submissão àqueles relativos à ordem econômica e à livre iniciativa, sem que se descuide da defesa do consumidor, pois todos encontram-se expressamente previstos no art. 170 da CF.

Devo assentar, desse modo, 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, como antes afirmei, 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.

Aliás, no que tange a partes contratuais em situação de hipossuficiência, muito antes da Lei 9.656/1998 já estava em vigor o Código de Defesa do Consumidor - CDC (Lei 8.078/1990), justamente para trazer luz a relações jurídicas com natureza consumerista.

Quanto a este ponto, respeitado o entendimento da PGR, não vejo como possível entender seja vedada a aplicação retroativa da norma aos contratos celebrados antes de sua vigência, mas, ao mesmo tempo, reconhecer que a garantia do ato jurídico perfeito não impede a anulação de cláusulas contratuais com base no CDC.

Muito embora seja inequívoca a aplicação da Lei Consumerista aos planos de saúde, penso ser necessário que fiquemos vinculados ao tema objeto da presente Repercussão Geral, que nada diz respeito àquele diploma, mas apenas à aplicação no tempo da Lei 9.656/1998.

Não fosse o bastante, constata-se que o próprio art. 35 da Lei 9.656 / 1998 traz regra que buscou regular, no âmbito do direito intertemporal, as relações jurídicas constituídas anteriormente à sua vigência. Eis a sua redação:

“Art. 35. Aplicam-se as disposições desta Lei a todos os contratos celebrados a partir de sua vigência, assegurada aos consumidores com contratos anteriores, bem como àqueles com contratos celebrados entre 2 de setembro de 1998 e 10 de janeiro de 1999, a possibilidade de optar pela adaptação ao sistema previsto nesta Lei.”

Como se pode extrair do texto, foi assegurada aos beneficiários dos contratos celebrados anteriormente a 10 de janeiro de 1999 - data da entrada em vigor da nova lei - a possibilidade de aplicação dos novos ditames. Vê-se, ainda, que o § 4º do mencionado artigo proíbe expressamente que a migração fosse feita unilateralmente pela operadora.

Dessa forma, foi dado aos beneficiários a faculdade de migrar sua avença à novel legislação. Aqueles que não o fizeram permaneceram vinculados aos termos da contratação originária, mantidos o valor da mensalidade antes ajustado e as mesmas limitações e exclusões pactuadas no contrato ao qual se obrigaram.

Sendo assim, por melhor que seja a intenção, não tenho como fugir à conclusão de que os fatos nascidos sob a égide da legislação anterior à Lei 9.656/1998, quando ocorrida a pactuação, estão selados como atos jurídicos perfeitos, de modo que o exame de cláusulas contratuais estipuladas entre

as partes, os termos da apólice, cobertura e suas exclusões não devem submeter-se à legislação posterior a ponto de torná-los inócuos ou desvirtuar seu propósito.

É dizer, não estou afirmando que os contratos de planos de saúde, caracterizados por sua longevidade, estejam absolutamente imunes a toda e qualquer inovação legislativa que se apresente, especialmente quanto a normas de ordem pública que possam atingir cláusulas contratuais sujeitas a condições ainda não implementadas, como, por exemplo, o futuro implemento de determinada faixa etária. Aqui, embora a contratação efetivamente tenha sido consumada em data anterior, a cláusula etária ainda não o foi.

O que afirmo é 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.

Passo, então, ao exame do caso destes autos.

A recorrente foi condenada ao custeio do procedimento de manometria esofágica, após declaração de nulidade de cláusulas contratuais restritivas de cobertura, muito embora o contrato, firmado em 13 de setembro de 1995, não estivesse sujeito às limitações que somente foram incorporadas ao ordenamento jurídico após a edição da Lei 9.656/1998.

Não há notícia 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.

Portanto, verifica-se que as partes ajustaram que, pelo valor do prêmio, a recorrente daria cobertura a uma série de riscos, excluindo-se outros. A relação entre os riscos cobertos e os excluídos, frente à remuneração mensal ajustada, gera, como acima afirmado, um equilíbrio fruto de um cálculo atuarial, que dá viabilidade ao próprio contrato. Para maior amplitude de cobertura, evidentemente haveria elevação do valor do prêmio.

Assim, a conduta da recorrente, ao não autorizar o tratamento, é legítima e se encontra amparada pelo sinalagma livremente pactuada à época, pois não regida pela nova legislação dos planos de saúde, não estando, portanto, a ela submetida. Procedimentos que a ANS impõe sejam de cobertura obrigatória e que, portanto, estão incluídos no rol específico das avenças sujeitas à nova lei não se aplicam aos contratos anteriores a ela.

Conclui-se, portanto, que as 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.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso extraordinário, para julgar improcedente o pedido inicial, propondo a seguinte tese para Repercussão Geral:

“As disposições da Lei 9.656/1998, à luz do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, somente incidem sobre os contratos celebrados a partir de sua vigência, bem como nos contratos que, firmados anteriormente, foram adaptados ao seu regime, sendo as respectivas disposições inaplicáveis aos beneficiários que, exercendo sua autonomia de vontade, optaram por manter os planos antigos inalterados”.

É como voto.