



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 948.634/RS

RELATOR: MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI

RECORRENTE: UNIMED PORTO ALEGRE – SOCIEDADE COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO LTDA

ADVOGADOS: CARLOS SPINDLER DOS SANTOS E OUTRO

RECORRIDA: IARA MARIA CARDOSO DOS SANTOS

ADVOGADO: PAULO CELSO SAMPAIO MENEZES

AM. CURIAE: FEDERAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR – FENASAÚDE

PETIÇÃO ARESV/PGR Nº 388479/2020

Excelentíssimo Senhor Ministro Ricardo Lewandowski,

O PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA vem, respeitosamente, com fundamento no art. 1.022 do Código de Processo Civil c/c art. 337, *caput*, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, opor **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO** em face do acórdão mediante o qual a Suprema Corte, apreciando o tema 123 da sistemática da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário, fixando a seguinte tese: *“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*



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

disposições inaplicáveis aos beneficiários que, exercendo sua autonomia de vontade, optaram por manter os planos antigos inalterados”.

I – DA TEMPESTIVIDADE

Inicialmente, registre-se a tempestividade do presente recurso, tendo em vista que o Ministério Público Federal foi intimado da decisão embargada em 18.11.2020, quarta-feira (entrada dos autos no MPF), com início do prazo no dia 19.11.2020, quinta-feira, findando-se, portanto, no dia 2.12.2020, quarta-feira, tendo em vista o disposto no Código de Processo Civil¹.

1 Sobre o prazo aplicável à espécie, dispõe o Código de Processo Civil:

“Art. 1.003. O prazo para interposição de recurso conta-se da data em que os advogados, a sociedade de advogados, a Advocacia Pública, a Defensoria Pública ou o Ministério Público são intimados da decisão. (...) § 5º Excetuados os embargos de declaração, o prazo para interpor os recursos e para responder-lhes é de 15 (quinze) dias.”

“Art. 1.023. Os embargos serão opostos, no prazo de 5 (cinco) dias, em petição dirigida ao juiz, com indicação do erro, obscuridade, contradição ou omissão, e não se sujeitam a preparo.”

“Art. 180. O Ministério Público Federal gozará de prazo em dobro para manifestar-se nos autos, que terá início a partir de sua intimação pessoal, nos termos do art. 183, § 1º.”

“Art. 219. Na contagem de prazo em dias, estabelecido por lei ou pelo juiz, computar-se-ão somente os dias úteis.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se somente aos prazos processuais.”

“Art. 224, § 1º. Os dias do começo e do vencimento do prazo serão protraídos para o primeiro dia útil seguinte, se coincidirem com dia em que o expediente forense for encerrado antes ou iniciado depois da hora normal ou houver indisponibilidade da comunicação eletrônica.”



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

II – DA SÍNTESE DA CONTROVÉRSIA

O presente recurso extraordinário foi selecionado como *leading case* do Tema 123 da sistemática da repercussão geral, referente à aplicação de lei nova sobre plano de saúde aos contratos firmados antes da entrada em vigor da novel legislação.

O feito veio com vista à Procuradoria-Geral da República para parecer sobre o mérito da questão constitucional debatida, tendo este órgão ministerial opinado, na oportunidade, pelo desprovimento do recurso extraordinário, sugerindo a fixação de tese no sentido de que *“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”*.²

2 Parecer 21316 – OBF – PGR, de 6.2.2017, assim ementado:

“Recurso extraordinário. Ação ordinária. Contrato de prestação de assistência médico-hospitalar. Negativa de cobertura de exame e cirurgia. Irretroatividade de leis.

A jurisprudência consolidada do STF declara que a garantia do art. 5º, xxxvi, da CR é oponível também às leis de ordem pública e impede mesmo a chamada retroatividade mínima de normas jurídicas, a saber, a aplicação, de imediato, da lei nova para alcançar os efeitos futuros de fatos passados.

Incidência da Súmula 283 do STF a impedir o provimento do recurso: o reconhecimento da inconstitucionalidade da aplicação retroativa da Lei 9.656/1998, para a definição de cláusula abusiva em detrimento do consumidor, não basta à reforma do julgado recorrido, porque ele também se apoia em fundamento legal autônomo e suficiente, a saber, a ilicitude da cláusula discutida, em razão do CDC, vigente à época da celebração do contrato.

Parecer pelo desprovimento do recurso extraordinário, com o estabelecimento da seguinte tese de repercussão geral: 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.”



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

Incluído o processo em pauta e julgado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 20 de outubro de 2020, decidiu a Corte Suprema por dar provimento ao recurso, fixando a mencionada tese de repercussão geral, segundo a qual as disposições da lei nova não atingem os contratos de plano de saúde firmados em data anterior à sua vigência. O respectivo acórdão ficou assim ementado:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. TEMA 123 DA SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO CIVIL. APLICAÇÃO DA LEI NO TEMPO. PLANOS DE SAÚDE. LEI 9.656/1998. DISCUSSÃO SOBRE A SUA APLICAÇÃO EM RELAÇÃO A CONTRATOS FIRMADOS ANTERIORMENTE À RESPECTIVA VIGÊNCIA.

I – A blindagem constitucional ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada configura cláusula pétrea, bem assim um dos pilares de sustentação do Estado Democrático de Direito, consubstanciando garantias individuais de todos os cidadãos.

II – Os efeitos decorrentes da entrada em vigor da Lei 9.656/1998 em relação a fatos passados, presentes, futuros e pendentes pode variar, de acordo com os diferentes graus da retroatividade das leis, admitida pela doutrina e jurisprudência em casos particulares.

III – Dentro do campo da aplicação da lei civil no tempo é que surge a regulamentação do setor de prestação de assistência suplementar à saúde, como forma de intervenção estatal no domínio econômico, implementada pela Lei 9.656/1998, a gerar reflexos no campo da aplicação da lei civil no tempo.

IV – A expansão da assistência privada à saúde, paralelamente à sua universalização, 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.

V – Como em qualquer contrato de adesão com o viés de aleatoriedade tão acentuado, a contraprestação paga pelo segurado é atrelada aos riscos assumidos pela prestadora, sendo um dos critérios para o seu



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

*dimensionamento o exame das normas aplicáveis à época de sua celebração.
VI – Sob a perspectiva das partes, é preciso determinar, previamente, quais as regras legais que as vinculam e que servirão para a interpretação das cláusulas contratuais, observado, ainda, o vetusto princípio pacta sunt servanda.*

VII – A dimensão temporal é inerente à natureza dos contratos de planos de saúde, pois as operadoras e os segurados levaram em conta em seus cálculos, à época de sua celebração, a probabilidade da ocorrência de riscos futuros e as coberturas correspondentes.

VIII – As relações jurídicas decorrentes de tais contratos, livremente pactuadas, observada a autonomia da vontade das partes, devem ser compreendidas à luz da segurança jurídica, de maneira a conferir estabilidade aos direitos de todos os envolvidos, presumindo-se o conhecimento que as partes tinham das regras às quais se vincularam.

IX – 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.

X – Os contratos de planos de saúde firmados antes do advento da Lei 9.656/1998 constituem atos jurídicos perfeitos, e, como regra geral, estão blindados contra mudanças supervenientes, ressalvada a proteção de outros direitos fundamentais ou de indivíduos em situação de vulnerabilidade.

XI – Nos termos do art. 35 da Lei 9.656/1998, assegurou-se aos beneficiários dos contratos celebrados anteriormente a 10 de janeiro de 1999 a possibilidade de opção pelas novas regras, tendo o § 4º do mencionado dispositivo proibido que a migração fosse feita unilateralmente pela operadora.

XII – Em suma: 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.

XIII – Recurso extraordinário a que se dá provimento.

Esse é o *decisum* ora embargado.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

III – DAS RAZÕES DO RECURSO

3.1 O cabimento dos embargos e a possibilidade de o recurso ser dotado de efeitos modificativos

Conforme disposto no Código de Processo Civil, cabem embargos de declaração para suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual haveria de se pronunciar o julgador de ofício ou a requerimento. Mostrar-se-á omissa a decisão que não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo *decisum*.³

O Código de Processo Civil normatizou, quanto aos embargos de declaração, algumas premissas já defendidas pela doutrina e que vinham sendo adotadas pela jurisprudência, deixando claro o cabimento do recurso quando não houver apreciação de ponto ou questão relevante sobre o qual o órgão jurisdicional haveria de se manifestar, seja a pedido das partes, seja de ofício.

³ “Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para: (...)

II – suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento; (...)

Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que: (...)

II – incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1º .”

“Art. 489.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (...)

IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;”



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

De acordo com o Diploma, há o órgão julgador de apreciar os pedidos e os fundamentos de ambos os litigantes, além de ser necessário examinar aspectos que se revelem, na hipótese, importantes para a solução da controvérsia.

Há a possibilidade de serem atribuídos efeitos modificativos aos embargos de declaração, desde que para suprir omissão, afastar obscuridade, eliminar contradição ou sanar erro material eventualmente existentes.

É assente na doutrina e na jurisprudência que a integração, o esclarecimento ou o esclarecimento da decisão embargada podem acarretar a incidência de efeitos modificativos. Nesse sentido:

Costumava-se dizer que os embargos de declaração não poderiam ter como consequência a alteração da decisão. Seus objetivos seriam: a) aclarar a decisão obscura; b) eliminar a contradição; c) suprir a omissão; d) corrigir erro material.

Acontece, porém, que do julgamento dos embargos pode advir alteração da decisão embargada. De fato, ao suprir uma omissão, eliminar uma contradição, esclarecer uma obscuridade ou corrigir um erro material, o juiz ou tribunal poderá, conseqüentemente, alterar a decisão embargada. Nesse caso, diz-se que os embargos têm efeitos modificativos ou infringentes.

A finalidade dos embargos é, efetivamente, suprir uma omissão, eliminar uma contradição, esclarecer uma obscuridade ou corrigir um erro material. Conseqüentemente, é possível que o órgão jurisdicional, ao suprir a omissão, ao eliminar a contradição, ao esclarecer a obscuridade ou corrigir o erro material, termine por alterar a decisão. A modificação será consequência da correção do vício a que os embargos visaram. Segundo anotado em decisão do Superior Tribunal de Justiça, “A atribuição de efeitos infringentes aos embargos de declaração é possível, em hipóteses



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

excepcionais, para corrigir premissa equivocada no julgamento, bem como nos casos em que, sanada a omissão, a contradição ou a obscuridade, a alteração da decisão surja como consequência necessária”.

O § 2º do art. 1.023 e o § 4º do art. 1.024 do CPC-2015 confirmam essa possibilidade, pondo fim a qualquer tipo de discussão doutrinária sobre a aptidão de os embargos de declaração modificarem a decisão embargada.⁴

Na espécie, mostra-se possível a incidência dos efeitos modificativos, uma vez que, *data venia*, evidencia-se omissão no acórdão questionado.

Revelando-se omissos o aresto que julgou o presente recurso extraordinário, eis que não apreciou aspectos relevantes da controvérsia, mostram-se cabíveis os presentes embargos e necessária a modificação do julgado impugnado.

3.2 As omissões do acórdão embargado

O tema delimitado para exame neste representativo circunscreve-se à possibilidade de aplicação da Lei 9.656/1998 aos contratos de planos e seguros privados de assistência à saúde firmados em data anterior à vigência da nova lei.

⁴ DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 343.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

A discussão envolve definir se a garantia de proteção ao ato jurídico perfeito, ante o disposto no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, 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.

O voto proferido pelo Relator, Ministro Ricardo Lewandowski, assentou que 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, nos termos do art. 35 da referida legislação.⁵

Consignou o Relator, invocando a orientação jurisprudencial da Suprema Corte, que a blindagem constitucional ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada configura cláusula pétrea e é um dos pilares de sustentação do Estado Democrático de Direito, o que os torna garantias individuais de todos os cidadãos.

Explicitou que, no seu entender, ao debate acerca da possibilidade de retroatividade da Lei 9.656/1998 a negócios jurídicos anteriores à sua vigência, não de ser aplicáveis as previsões constitucionais que preservem o

5 *“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 1o de janeiro de 1999, a possibilidade de optar pela adaptação ao sistema previsto nesta Lei.”*



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

ato jurídico perfeito, a segurança jurídica e, por sua relevância, a autonomia da vontade e a liberdade de contratar.

Complementou que, nas hipóteses em que esteja presente 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.

Assinalou que os contratos de planos de saúde firmados antes do advento da Lei 9.656/1998 podem ser considerados atos jurídicos perfeitos, e, de modo geral, estão protegidos de mudanças supervenientes das regras vinculantes.

Propôs o Ministro a tese de julgamento que ficou estabelecida pelo acórdão recorrido de que *“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”*.

O Ministro Edson Fachin, inaugurando a divergência, votou no sentido de negar provimento ao recurso extraordinário.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

Ponderou o Ministro que, embora concorde com a premissa apontada pelo Relator, no que diz respeito à irretroatividade da Lei 9.656/1998 aos fatos anteriores à sua vigência, o caso em exame, no seu entender, não é de ofensa a ato jurídico perfeito por meio da retroatividade de lei, tratando-se, em verdade, de hipótese regida pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor, que veda cláusulas abusivas.

Asseverou Sua Excelência que o acórdão objeto do recurso extraordinário assentou-se não apenas na aplicação da lei nova para anular o contrato de seguro saúde, mas, também, na violação ao Código de Defesa do Consumidor, que estabelece como abusivas as cláusulas que imponham, em contratos de planos de saúde firmados anteriormente à Lei 9.656/98, limites ou restrições a procedimentos, contrariando prescrição médica.

Concluiu, afirmando que, apesar de anuir à orientação do Relator sobre a impossibilidade de eficácia retroativa da lei nova para atingir as avenças pactuadas antes de sua edição, o recurso há de ser desprovido, ao fundamento de que é nula a cláusula limitadora de acesso ao tratamento médico por ferir norma de legislação então vigente: o Código de Defesa do Consumidor.

De fato, embora proceda a assertiva do Relator de que a Lei 9.656/1998, à luz do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, não retroage para



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

incidir sobre os contratos celebrados anteriormente à sua edição, necessário esclarecer que hipóteses como a do presente caso concreto – em que o contrato de seguro saúde questionado contraria disposições de legislação então vigente – não de ser declaradas nulas por razão diversa à aplicação retroativa da lei.

A decisão embargada, sobretudo no voto condutor, apesar de tangenciar a questão, silenciou acerca da matéria e de sua consequência lógico-jurídica de que o reconhecimento da impossibilidade de aplicação retroativa da Lei 9.656/1998, para a definição de cláusula abusiva em detrimento do consumidor, não se mostra suficiente para o provimento do recurso extraordinário, tendo em vista a existência de fundamento legal autônomo e suficiente no acórdão de segundo grau: a ilicitude da cláusula discutida, em razão do previsto no Código de Defesa do Consumidor, diploma vigente à época da celebração do contrato.

Do mesmo modo, a tese há de ser ajustada, a fim de explicitar-se que, nada obstante a irretroatividade, é possível que, à luz da legislação vigente à época, cláusulas contratuais podem ser tidas por nulas.

Outrossim, há de ser reiterado e acrescentado ao enunciado o entendimento jurisprudencial de que é ônus da prestadora do plano de saúde demonstrar o cumprimento do disposto no art. 35 da Lei 9.656/1998, de forma



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

a comprovar que o usuário fora regularmente intimado para manifestar-se sobre a mudança de regime legal.

3.3 *A nulidade do contrato de assistência à saúde por contrariedade a normas do Código de Defesa do Consumidor*

Como explicitado, embora o tema deste *leading case* tenha sido delimitado como circunscrito à aplicação de lei nova aos contratos de planos de saúde firmados antes de sua vigência, necessário esclarecer que a situação fático-jurídica destes autos há de ser debatida também pelo viés da ilicitude do contrato de assistência à saúde por ofensa às normas de proteção ao consumidor, não constituindo tal situação aplicação retroativa da Lei 9.656/1998.

A Procuradoria-Geral da República já chamava a atenção para este fato, apontando em sua manifestação anterior que os juízos de primeiro e segundo graus decidiram a lide com base em mais de um fundamento, autônomos e suficientes, de modo que a solução da demanda vai além da retroatividade da Lei 9.656/1998.

A causa foi julgada pelas instâncias ordinárias, entre outros, segundo o entendimento de que o ordenamento jurídico vigente no momento em que pactuada a prestação dos serviços de saúde – notadamente, as



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

normas do CDC – já estabelecia a nulidade da cláusula limitadora do tratamento de saúde postulado pela autora.

Os trechos da sentença, a seguir transcritos, bem evidenciam as razões de decidir e a incidência das normas consumeristas como determinante para a declaração de nulidade do contrato:

O contrato, objeto da presente ação, foi firmado em 13 de setembro de 1995, antes da entrada em vigor das novas regras, reguladas pela Lei nº 9.658/98. Os contratos de planos de saúde celebrados até 31 de dezembro de 1998, ou seja, até a entrada em vigor da Lei nº 9.656/1998, continuam a ser regidos pelo Código de Defesa do Consumidor, mas sua interpretação não pode deixar de considerar os avanços positivados pela nova lei.

Os contratos anteriores recebem uma nova luz com a definição de abuso e cláusulas abusivas trazidas pela nova lei, trazendo segurança e estabilidade nas relações jurídicas entre fornecedores e consumidores.

O art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor trata da nulidade de pleno direito das cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços, quando estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, configurando-se incompatíveis com a boa-fé ou equidade.

Cláudia Lima Marques, em seu artigo “Conflito de Leis no Tempo e Direito Adquirido dos Consumidores de Planos e Seguros de Saúde”, publicado na obra “Saúde e Responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde”, v. 13, pág. 131, Revista dos Tribunais, refere: “Segundo a Portaria SDE 3/99 são abusivas as cláusulas que: [...] 2. Imponham, em contratos de plano de saúde firmados anteriormente à Lei 9.656/98, limites ou restrições a procedimentos médicos (consultas, exames médicos, laboratoriais e internações hospitalares, UTI e similares) contrariando prescrição médica. (DOU de 22 de março de 1999).”

E continua a autora: “As cláusulas limitadoras dos direitos dos consumidores também devem ser redigidas e destacadas de forma especial, como direito de informação (art. 54, §§ 3º e 4º, do CDC), mas aqui é seu potencial abusivo, violador das bases e dos fins deste tipo contratual, que está sendo destacado (art. 51, iv e § 1º, do CDC). Os comuns limites elou



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

restrições a procedimentos médicos (consulta, exames médicos, laboratoriais), especialmente limitando as internações hospitalares, a permanência em UTI's e similares, presentes nos contratos anteriores à lei e agora excluídos expressamente pelos arts. 10 e 12 da Lei nº 9.656/98 encontram sua base em cláusulas contratuais. Estas cláusulas contratuais são nulas por contrárias à boa-fé, como esclarece a própria lei, pois criam uma barreira à realização da expectativa legítima do consumidor, contrariando prescrição médica, criam um desequilíbrio no contrato ao ameaçar o objetivo do mesmo, que é ter o serviço de saúde que necessita." Portanto, não é caso de ofensa a ato jurídico perfeito via retroatividade de lei, como refere a requerida em sua defesa, pois, os contratos anteriores à nova lei estão protegidos pelas garantias constitucionais quanto ao ato jurídico perfeito e direito adquirido, colocando a salvo os direitos dos consumidores já assegurados pelo Código de Defesa do Consumidor.

O aresto de segundo grau, na forma do art. 46 da Lei 9.099/1995, manteve a sentença por seus próprios fundamentos.

Esclarecendo que a hipótese em exame rege-se pelo Código de Defesa do Consumidor, consistentes foram as ponderações feitas pelo Ministro Edson Fachin, ao votar pelo desprovimento do presente recurso extraordinário:

Neste sentido, concordo com a premissa apontada pelo i. Relator, no sentido de que, conforme fundamentou, os fatos nascidos sob a égide da legislação anterior à Lei 9.656/1998, quando ocorrida a pactuação, estão selados como atos jurídicos perfeitos. Logo, 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.

O caso em exame, porém, como revela o acórdão recorrido, encontra-se regido pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor, Lei n.º 8.078/1990, que veda cláusulas abusivas. Neste sentido, acolhendo as



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

razões do parecer da d. Procuradoria-Geral da República, entendendo que não é caso de ofensa a ato jurídico perfeito por meio da retroatividade de lei, já que foram respeitadas as mencionadas garantias constitucionais na avença firmada entre a parte recorrente e a segurada.

Neste sentido, é muito elucidativa a lição de Cláudia Lima Marques, também lembrada no acutíssimo parecer da PGR: “Segundo a Portaria SDE 3/99 são abusivas as cláusulas que (...) imponham, em contratos de planos de saúde firmados anteriormente à Lei 9656/98, limites ou restrições a procedimentos médicos (consultas, exames médicos, laboratoriais e internações hospitalares, UTI e similares) contrariando prescrição médica.” (MARQUES, Cláudia Lima. Conflito de Leis no tempo e direito adquirido dos consumidores de planos e seguros de saúde, v. 13, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p. 131). Neste sentido, com o devido respeito daqueles que manifestaram compreensões diversas, em meu sentir, o acórdão recorrido assenta-se não apenas na aplicação da lei nova para anular o contrato de seguro saúde, na hipótese, mas, também, na violação ao Estatuto do Idoso e ao Código de Defesa do Consumidor.

Assim, embora esteja de acordo com o i. Relator quanto à impossibilidade de eficácia retroativa da lei nova para atingir as avenças pactuadas antes de sua edição, concluo que o recurso deve ser desprovido, com a manutenção da declaração de nulidade da cláusula limitadora de acesso ao tratamento médico pela autora.

Ante o exposto, manifesto, respeitosamente, divergência e concluo pela negativa de provimento ao recurso extraordinário, mantendo-se o acórdão recorrido pelos dois fundamentos em que se assenta, conforme fundamentação acima.

Percucientes as conclusões do Ministro, sendo certo que a causa envolve não somente a aplicação da novel legislação para fins de nulidade ou não do contrato de saúde, mas, também, a violação ao Código de Defesa do Consumidor, que reconhece como ilícitas as cláusulas que imponham, mesmo em contratações anteriores à Lei 9.656/98, restrições que se mostrem abusivas ao consumidor.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

A espécie difere de ofensa a ato jurídico perfeito por aplicação retroativa de lei, consubstanciando-se, na verdade, em hipótese regida pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor, que veda e estabelece como nulas cláusulas como a em discussão.

A orientação embargada, por sua vez, deu-se com fundamento unicamente na impossibilidade de retroação da Lei 9.656/1998, desconsiderando, contudo, que a nulidade do contrato de saúde, *in casu*, decorre da ofensa de suas cláusulas às normas do Código de Defesa do Consumidor, diploma que regia a pactuação e que estava vigente à época de sua assinatura.

O voto condutor, embora mencione o fato de os planos de saúde serem tutelados pelo Código de Defesa do Consumidor e afirme a necessidade de proteção aos direitos fundamentais e aos indivíduos em situação de vulnerabilidade, centra-se no fundamento da inconstitucionalidade da possível retroatividade da lei, firmando tese que deixa de ressaltar os contratos anteriores de possíveis ofensas às normas consumeristas.

Importante que seja sanada a mencionada omissão, evitando-se entendimento vinculante e *erga omnes* que generalize os contratos firmados anteriormente à Lei 9.656/1998 e do qual possa se extrair a conclusão de que



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

descabe a verificação, frente ao ordenamento jurídico regente e vigente, da ilicitude de cláusulas contratuais lesivas aos consumidores.

3.4 *A necessidade de esclarecimento da tese no sentido de que, a despeito da irretroatividade, é possível que, à luz da legislação vigente à época, cláusulas contratuais podem ser tidas por nulas*

A presente controvérsia há de ser examinada também sob a perspectiva de possíveis nulidades nos contratos de assistência à saúde por inobservância a outras normas pertinentes e em vigor, que não os dispositivos da Lei nº 9.656/1998, sob pena de se perpetuarem regras lesivas à parte mais vulnerável da contratação.

Desse modo, embora seja justificável e necessário constar da tese a orientação acerca da impossibilidade de aplicação da Lei 9.656/1998 aos contratos celebrados antes de sua vigência, por ofensa à garantia do ato jurídico perfeito, imprescindível que a redação do enunciado seja ajustada para esclarecer que é possível a anulação de cláusulas que se mostrem ilícitas por afronta a outra norma eficaz à época em que firmado o respectivo contrato.

Tal ajuste evitará entendimento vinculativo que extrapole o alcance da controvérsia, generalizando os contratos firmados anteriormente à Lei 9.656/1998, e do qual possa se extrair a equivocada ideia de que descabe o



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

exame, face ao ordenamento jurídico vigente, da abusividade de cláusulas contratuais lesivas aos consumidores.

Também em prol da segurança jurídica, faz-se necessário evidenciar que a orientação firmada neste Tema 123 estabelece a impossibilidade de aplicação retroativa da nova legislação aos contratos firmados anteriormente à sua entrada em vigor, mas ressalva a possibilidade de análise das cláusulas que se mostrem ilícitas por desrespeito a outra norma eficaz à época da celebração do contrato de assistência à saúde.

Relevante que seja esclarecida a real abrangência da tese fixada neste *leading case*, para que o enunciado tenha estreita aderência aos limites objetivos e subjetivos da questão jurídica submetida ao Plenário do Supremo Tribunal Federal, fixando a Corte tese segundo a qual as regras estabelecidas na Lei 9.656/1998 restringem-se aos contratos celebrados após sua vigência, entretanto o abuso de cláusula contratual prevista em avenças celebradas em datas anteriores pode ser aferido com base no Código de Defesa do Consumidor.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

3.5 *A necessidade de reiterar o entendimento jurisprudencial de que é ônus da prestadora demonstrar ter sido o usuário regularmente intimado para manifestar-se sobre a mudança de regime legal*

Conforme rememorou o acórdão ora embargado, a própria Lei 9.656/1998 traz regra que buscou regular, no âmbito do direito intertemporal, as relações jurídicas constituídas anteriormente à sua vigência, assegurando, nos termos de seu art. 35, aos beneficiários dos contratos celebrados anteriormente a 10 de janeiro de 1999, a possibilidade de opção pelas novas regras, tendo o § 4º do mencionado dispositivo proibido que a migração fosse feita unilateralmente pela operadora.

Nesse aspecto, assentou-se no voto condutor que foi dado aos beneficiários a faculdade de migrar sua avença à novel legislação, de modo que aqueles que não o fizeram permaneceram vinculados aos termos da contratação originária, mantidos os ajustes antes firmados e as mesmas limitações e exclusões pactuadas no contrato ao qual se obrigaram.

Ao tratar do caso concreto subjacente, afirma-se que “*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*”.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Ocorre que tanto a sentença como o aresto objeto do recurso extraordinário deixam claro que *“não há nos autos qualquer prova de que a autora tenha sido notificada quanto ao interesse na adaptação às novas regras, circunstância que não pode vir em seu prejuízo como quer a recorrente”*.

A partir de tal premissa fática estabelecida pelas instâncias ordinárias, cuja rediscussão na presente sede é defesa, mostra-se necessário que seja aplicada à hipótese a iterativa orientação jurisprudencial que consigna ser obrigação da prestadora do plano de saúde demonstrar ter sido o usuário regularmente intimado para manifestar-se sobre a opção contratual, pelo que não aperfeiçoado o ato jurídico perfeito atinente à migração.

De fato, o Superior Tribunal de Justiça, no seu papel de intérprete da legislação infraconstitucional, já assentou a orientação de que cabe às prestadoras demonstrar o cumprimento do comando previsto no art. 35 da Lei 9.656/1998, oferecendo aos consumidores com contratos anteriores à sua vigência a possibilidade de optar pela adaptação ao sistema previsto na lei nova, sendo vedado que a empresa beneficie-se de sua própria inércia em detrimento do usuário.⁶

6 Nesse sentido, por exemplo, os Recursos Especiais 1.133.338/SP (Min. Paulo de Tarso Sanseverino, *DJe* 9 abr. 2013) e 1.642.139/MG (Min. Nancy Andrighi, *DJe* 30 abr. 2018), este último assim ementado: *“RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. VÍCIO DE CONTRADIÇÃO. INEXISTENTE. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. APLICABILIDADE. DIREITO SUBJETIVO VIOLADO. RELAÇÃO DE CONSUMO. INCLUSÃO DE BENEFICIÁRIO. CONTRATO CELEBRADO ANTES DA ENTRADA EM VIGOR DA LEI DOS PLANOS DE SAÚDE. OPÇÃO PELO NOVO SISTEMA. AU-*



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Na espécie, não se desincumbiu a ora recorrente do referido encargo, ficando evidenciado que a autora da ação principal não foi cientificada das novas bases legais e intimada a se manifestar sobre a opção, situação que, a rigor, afasta o óbice constitucional do ato jurídico perfeito, uma vez que, ausente a possibilidade de adaptação, deixou de se aperfeiçoar a relação contratual firmada previamente à Lei 9.656/1998.

Necessário, portanto, que (i) seja modificada a decisão embargada quanto ao presente recurso, aplicando-se ao caso a conclusão fático-jurídica de que a empresa ora recorrente deixou de comprovar a notificação da recorrida, de modo que as disposições da Lei 9.656/1998 podem incidir sobre o respectivo contrato; e (ii) seja acrescentado à tese o entendimento de que é ônus da prestadora do plano de saúde demonstrar ter sido o usuário regularmente intimado para manifestar-se sobre a mudança de regime legal.

SÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. REVISÃO DE FATOS E PROVAS E INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. IMPOSSIBILIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS RECURSAIS. MAJORAÇÃO. [...]

6. A jurisprudência do STJ é pacífica acerca da aplicação do CDC aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por autogestão (Súmula 608/STJ). 7. O "caput" do artigo 35, da Lei 9.656/98 dispõe que é assegurada aos consumidores com contratos anteriores à sua vigência a possibilidade de optar pela adaptação ao sistema previsto na lei nova. 8. Se a operadora de plano de saúde não oferece a possibilidade de adaptação ao novo sistema, então não pode impedir a inclusão de dependentes tal como prevista no §5º, do art. 35, da Lei 9.656/98, pois esta regra restringe-se àqueles que efetivamente optaram pela manutenção do contrato original. 9. Na hipótese dos autos, o contrato de plano de saúde foi celebrado antes da vigência da Lei 9.656/98, sem que fosse demonstrado pela operadora a oferta de adaptação ao novo sistema e a respectiva recusa da consumidora contratante. Inclusão de companheiro previsto no contrato original, cujos requisitos foram satisfeitos como registrado pelo Tribunal de origem (Súmulas 5 e 7, ambas do STJ). 10. Recurso especial conhecido e não provido, com majoração de honorários recursais." [Grifos nossos.]



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

IV – DO PEDIDO

Em face do exposto, requer o PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA o provimento dos embargos de declaração para que, superada a omissão demonstrada e atribuídos efeitos modificativos ao recurso, seja desprovido o recurso extraordinário, adotando-se, como acréscimos à tese de repercussão geral, que:

I – A aplicação da Lei 9.656/1998 aos contratos celebrados antes de sua vigência, para a definição de cláusulas abusivas em detrimento do consumidor, não impede a anulação de tais cláusulas, se ilícitas em razão de outra norma eficaz à época em que firmado o contrato.

II – É ônus da prestadora do plano de saúde demonstrar ter sido o usuário regularmente intimado para manifestar-se sobre a opção contratual.

Brasília, data da assinatura digital.

Augusto Aras
Procurador-Geral da República

Assinado digitalmente

[VCM-LF]