Plenário Virtual - minuta de voto - 11/12/2020

V O T O

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Cuida-se de recurso extraordinário que, em síntese, busca reverter acórdão fundamentado na aplicabilidade do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03) a contratos de plano de saúde firmados antes do advento dessa norma e em cujas cláusulas constava previsão de aumento da contribuição ao plano conforme a faixa etária do usuário.

Adoto o bem elaborado relatório da Ministra **Rosa Weber**.

Em seu voto, a eminente Relatora assentou que o acórdão de origem deve ser mantido, não havendo violação ao ato jurídico perfeito, pois, apesar de o contrato ter sido firmado antes da publicação do Estatuto do Idoso, a cláusula em litígio (atinente ao aumento do plano quando do implemento da idade de 60 anos) seria uma condição ainda não implementada, sujeita, portanto, à incidência das legislações que, embora posteriores ao contrato, sejam anteriores ao implemento da condição.

Divirjo, com a devida vênia, da eminente Relatora porque vislumbro no caso a presença de retroatividade inadmitida pelo ordenamento pátrio.

Conforme ensinamentos de Paul Roubier, a retroatividade – que é vedada pela nossa Constituição em qualquer de suas formas – pode se apresentar, quanto à gradação por intensidade, como: a) retroatividade máxima (quando a lei nova busca restituir as partes ao **status quo ante**, desconstituindo o que fora entabulado sob a vigência da lei antiga); b) retroatividade média (quando a lei nova atinge ato jurídico em seus efeitos pendentes, mas cuja exigibilidade já se verificou antes dela); e c) retroatividade mínima (quando a lei nova atinge atos jurídicos já firmados apenas em seus efeitos pendentes produzidos após a data em que ela entra em vigor).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que, salvo as permissões constitucionais, as leis não retroagem, mesmo que por expressa vontade do legislador, de modo a atingir situações consolidadas ou já incorporadas ao patrimônio jurídico do titular do direito, ainda que tão somente em seus efeitos pendentes, sob pena de se violar o direito adquirido e o ato jurídico perfeito.

Assim foi definido pela Corte nos autos da ADI nº 493 por ocasião do exame da constitucionalidade de dispositivos da Lei nº 8.177, de 1º de março de 1991, instituidora do Plano Collor II. O julgado recebeu a seguinte ementa:

Plenário Virtual - minuta de voto - 11/12/2020

> "Ação direta de inconstitucionalidade. - 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 artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal 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. Precedente do S.T.F.. - Ocorrência, no caso, de violação de direito adquirido. A taxa referencial (TR) não é índice de correção monetária, pois, refletindo as variações do custo primária da captação dos depósitos a prazo fixo, não constitui índice que reflita a variação do poder aquisitivo da moeda. Por isso, não há necessidade de se examinar a questão de saber se as normas que alteram índice de correção monetária se aplicam imediatamente, alcançando, pois, as prestações futuras de contratos celebrados no passado, sem violarem o disposto no artigo 5º, XXXVI, da Carta Magna. - Também ofendem o ato jurídico perfeito os dispositivos impugnados que alteram o critério de reajuste das prestações nos contratos já celebrados pelo sistema do Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional (PES/CP). Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 18, 'caput' e parágrafos 1º e 4º; 20; 21 e parágrafo único; 23 e parágrafos; e 24 e parágrafos, todos da Lei n. 8.177, de 1º de março de 1991." (ADI nº 493, Tribunal Pleno, Rel. Min. **Moreira Alves**, DJ 25/6/1992).

Destaco o trecho do voto do Ministro **Moreira Alves**, relator do mencionado julgado, que evidencia o entendimento firmado:

> "(...) [D]úvida não há de que, se a lei alcançar efeitos futuros de contratos celebrados anteriormente a ela, será essa lei retroativa porque vai interferir na causa, que é um ato ou fato ocorrido no passado, nesse caso a aplicação imediata se faz, mas com efeito retroativo" (Ministro **Moreira Alves**, ADI nº 493).

Assim, se a lei nova alcançar efeitos posteriores de ato jurídico anterior, ofendendo indiretamente a causa deste efeito, ela será retroativa,

Plenário Virtual - minuta de voto - 11/12/2020

e, logo, absolutamente incompatível com a opção constitucional brasileira (artigo 5º, XXXVI).

Nenhuma das formas de retroatividade das leis formuladas na teoria de Roubier, portanto, são admitidas no ordenamento brasileiro, segundo a jurisprudência desta Corte.

Neste ponto, cumpre rememorar também que, no julgamento cautelar da ADI nº 1.931/DF, que impugnava dispositivos da Lei nº 9.656/1998, segundo os quais as operadoras de planos de saúde teriam até dezembro do ano de 2008 para promoverem adaptações a contratos anteriores à novel legislação, o Plenário do Supremo Tribunal Federal deferiu em parte a medida cautelar requerida sob a compreensão de violação ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito.

Na oportunidade, o Ministro **Maurício Corrêa,** então relator do feito, destacou em seu voto que:

> "[...] **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)**.
>
> 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.
>
> 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.
>
> (…)
>
> 59. Resta examinar a constitucionalidade do artigo 35-G, caput , incisos I a IV, dos parágrafos 1º, incisos I a V, e 2º, com a redação dada pela MP 1908-18, que estão assim redigidos:
>
> (…)
>
> 60. Nesse ponto, entendo patente e indébita a ingerência do Estado no pacto celebrado entre as partes. De fato, os dispositivos acima transcritos interferem na órbita do direito

Plenário Virtual - minuta de voto - 11/12/2020

> adquirido e do ato jurídico perfeito, visto que criam regras completamente distintas daquelas que foram objeto da contratação.
>
> 61. **A retroatividade determinada por esses preceitos faz incidir regras da legislação nova sobre cláusulas contratuais preexistentes, firmadas sob a égide do regime legal anterior, que, a meu ver, afrontam o direito consolidado das partes, de tal modo que violam o princípio consagrado no inciso XXXVI do artigo 5 da Constituição Federal e põem-se em contraste com a jurisprudência desta Corte de que é exemplo o acórdão proferido na ADI 493-DF, Moreira Alves**, publicado na RTJ 143/724. (...)" (ADI nº 1.931-MC, Tribunal Pleno, Rel. Min. **Maurício Corrêa**, DJ de 21/8/2003 – grifei).

Recentemente, por ocasião do julgamento de mérito da mencionada ADI, o Plenário da Corte, reafirmando o entendimento alcançado na deliberação cautelar, **julgou, por unanimidade, parcialmente procedentes os pedidos para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 10, § 2º, e 35-E da Lei nº 9.656/1998, bem assim do artigo 2º da Medida Provisória nº 2.177-44/2001, por concluir 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**. O julgado recebeu a seguinte ementa:

> "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 clausulas deles constantes considerações**." (ADI nº 1.931/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 8/6/18 – grifei).

E, mais recentemente, o Tribunal, apreciando Tema 123 da Repercussão Geral, nos autos do RE nº 948.634/RS, firmou o entendimento de que, à luz do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, não se aplicam as disposições da chamada "Lei dos Planos de Saúde" – Lei nº 9.656/98 a contratos firmados antes da sua vigência. Colaciona-se a

Plenário Virtual - minuta de voto - 11/12/2020

ementa do referido julgado:

> "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 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

Plenário Virtual - minuta de voto - 11/12/2020

> 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. 5°, 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 § 4° 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." (RE nº 948.634/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. **Ricardo Lewandowski,** DJe de 18/11/2020).

Ressalto que não descuro com isso da compreensão de que o Estatuto do Idoso, como ficou conhecida a Lei nº 10.741/2003, ora em análise, consolida em nosso ordenamento jurídico disposições previstas na Constituição Federal (artigo 230), na Declaração dos Direitos Humanos, na Política Nacional do Idoso (Lei nº 8.842/94) e no Plano Internacional para o Envelhecimento, destinando-se a regular direitos e garantias assegurados à população idosa, com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

Contudo, na linha da jurisprudência firmada por esta Corte, entendo não ser admissível a incidência das normas do Estatuto do Idoso aos

contratos firmados antes de sua vigência, nem mesmo para alcançar os efeitos pendentes de tais contratos – naquilo que se estabeleceu conforme a vontade das partes e em consonância com as normas vigentes quando da celebração do ajuste – sob pena de se conferir à Lei nº 10.741/2003 certo grau de retroatividade, ainda que mínimo, o que, a meu ver, ofende o art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal.

Pelo exposto, peço a devida vênia à eminente Ministra Relatora para divergir e voto pelo provimento do recurso extraordinário para reformar o acórdão recorrido.

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 11/12/2020