

A APLICAÇÃO DO ESTATUTO DO IDOSO EM CONTRATOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE FIRMADOS ANTES DE SUA VIGÊNCIA

Carla Heduarda Oliveira Barbosa¹

José Albenes Bezerra Júnior²

RESUMO

Este artigo objetiva discutir sobre a aplicabilidade do artigo 15, §3º do Estatuto do Idoso em contratos de plano de saúde celebrados antes da sua vigência. É realizada uma análise da matéria através do que dispõe a Constituição Federal, as Lei nº 9.656/1998 e nº 9.961/2000, o Código de Defesa do Consumidor e as Resoluções da Agência Nacional de Saúde Suplementar. Ocorre no caso, uma colisão de princípios constitucionais, a qual deve ser solucionada através da técnica de ponderação desenvolvida por Alexy. À luz da dignidade da pessoa humana, conclui-se pela aplicação do diploma protetivo nos referidos contratos.

Palavras-chave: Estatuto do Idoso. Discriminação. Planos de saúde. Reajuste abusivo. Mudança de faixa etária.

THE APPLICABILITY OF THE ELDER STATUTE IN HEALTH PLANS CONTRACTS CONCLUDED BEFORE ITS TERM

ABSTRACT

The present article discusses the applicability of the article 15, §3rd of the Elder Statute in health plans contracts concluded before its term. It was performed an analysis of the material through which comprises the Federal Constitution, the Laws nº 9.656/1998 and nº 9.961/2000, the Code of Consumer Protection and the Resolutions of the National Agency of Supplemental Health. A collision of constitutional principles occurs in the case, which should be resolved through Alexy's technique. In the light of human dignity, it is concluded by the application of protective legislation in these contracts.

Keywords: Elder Statute. Discrimination. Health Plans. Abusive readjustment.. Age Group Change.

¹ Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. E-mail: carlaheduarda@hotmail.com.

² Professor Orientador do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. E-mail: jalbenes@hotmail.com.

1 INTRODUÇÃO

Em Abril de 2011, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de repercussão geral no recurso extraordinário 630852 em que se discute a aplicabilidade ou não da Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) a contratos de plano de saúde firmados antes de sua vigência, relativamente à cláusula que autoriza a majoração do valor da mensalidade em função do implemento da idade de sessenta anos pelo beneficiário contratante. Com base nessa decisão, o presente trabalho visa analisar referido tema, o qual encerra grande polêmica na doutrina brasileira e nos tribunais. Isso porque, a discussão representa, em última análise, uma colisão de princípios constitucionais.

O artigo é dividido em quatro capítulos. No primeiro, são expostas as transformações decorridas no Direito Constitucional graças ao desenvolvimento do Neoconstitucionalismo. A outorga de força normativa aos princípios e a reaproximação entre o Direito e a Moral colaboraram com o surgimento de uma nova teoria dos direitos fundamentais baseada na dignidade da pessoa humana. A Constituição assumiu a posição de Lei Fundamental, fundamento de validade de todas as demais normas, sujeitando a atuação do Poder Público aos seus fins. O Poder Judiciário, por exemplo, desempenha o papel ativo de guardião da Constituição.

No segundo capítulo, são apresentados os três principais bens jurídicos constitucionais envolvidos na discussão do recurso extraordinário 630852: a dignidade da pessoa humana, a segurança jurídica e o direito fundamental à saúde. A escolha da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático brasileiro (artigo 1º, III) traduz a opção do constituinte de situar a pessoa humana como fundamento e fim maior da sociedade. À vista disso, o Estado assume a obrigação de garantir uma vida digna a todos os seus cidadãos, garantindo, dentre outros direitos, a segurança, a estabilidade das relações jurídicas constituídas, o amparo às pessoas idosas e a saúde.

No terceiro capítulo, narra-se resumidamente o processo nº 026/3.09.0000486-0, o qual originou o recurso extraordinário 630852. Em seguida, demonstra-se a evolução das operadoras de planos e seguros de saúde no Brasil, atingindo o ápice em 1998, com a promulgação da Lei nº 9.656 e em 2000, com a criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). Aos contratos de planos de saúde celebrados na vigência da Lei nº 9.656/1998 até 1º de Janeiro de 2004, a ANS autoriza reajustes pelo implemento da idade de sessenta anos, desde que previsto no contrato inicial. Ocorre que o artigo 15, §3º do Estatuto

do Idoso veda a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade.

Por fim, no capítulo quatro, é demonstrado os fundamentos alegados por aqueles que são favoráveis à aplicação do Estatuto do Idoso aos contratos de assistência à saúde firmados antes de sua vigência e os fundamentos contrários. Procura-se defender, então, a aplicabilidade do referido diploma protetivo por ser a solução mais afinada com a vontade da Constituição.

2 AS TRANSFORMAÇÕES NO DIREITO CONSTITUCIONAL

Ao final da Segunda Guerra Mundial (1939-1945), o modelo constitucional vigente na Europa Ocidental não mais adequava-se à mudança de paradigma causada pela atenção aos direitos fundamentais da pessoa humana após a barbárie nazista e fascista. Sob o Princípio da Legalidade, esses regimes justificaram o extermínio de milhões de judeus, idosos, portadores de necessidades especiais e integrantes de demais minorias.

A relevância dada à Lei e sua equiparação ao Direito, características marcantes do Positivismo, foram substituídas por uma nova forma de enxergar e interpretar o Direito desenvolvida sob a égide do Princípio da Dignidade. Dirley da Cunha Júnior (2010, p. 41), analisando a influência do Pós-Positivismo para o surgimento dessa nova teoria jurídica constitucional, afirma que:

Foi marcadamente decisivo para o delineamento desse novo Direito Constitucional, a reaproximação entre o Direito e a Ética, o Direito e a Moral, o Direito e a Justiça e demais valores substantivos, a revelar a importância do homem e a sua ascendência a filtro axiológico de todo o sistema político e jurídico, com a conseqüente proteção dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana.

Nas palavras de Luís Roberto Barroso, “o reconhecimento de normatividade aos *princípios* e sua distinção qualitativa em relação às regras é um dos símbolos do pós-positivismo” (BARROSO, 2005, grifo do autor). De fato, a Constituição, antes um documento essencialmente político, alcançou posição de verdadeira norma jurídica, hierarquicamente superior, com força vinculante e obrigatória, encerrando em seu conteúdo alta carga principiológica. O detrimento do Princípio da Legalidade e o espaço central no sistema jurídico conferido aos princípios contribuíram decisivamente para a transição do Estado Legislativo de Direito ao Estado Constitucional de Direito.

Nesse sentido, importa anotar os registros do citado doutrinador Cunha Júnior (2010, p. 39):

O neoconstitucionalismo, ou o novo direito constitucional, como também é conhecido, destaca-se, nesse contexto, como uma *nova teoria jurídica* a justificar a mudança de paradigma, de *Estado Legislativo de Direito*, para *Estado Constitucional de Direito*, consolidando a passagem da Lei e do Princípio da Legalidade para a *periferia* do sistema jurídico e o trânsito da Constituição e do Princípio da Constitucionalidade para o *centro* de todo o sistema, em face do reconhecimento da Constituição como verdadeira norma jurídica, com força vinculante e obrigatória, dotada de supremacia e intensa carga valorativa. (grifos do autor)

Portanto, não é à toa que o artigo 1º, *caput* do Texto Constitucional declara expressamente que “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em *Estado Democrático de Direito* [...]” (BRASIL, Constituição, de 05 de out. 1988, grifo nosso). Importante ressaltar que a consciência democrática foi essencial para a admissão dos ideais do Neoconstitucionalismo no país. Esse surgiu em torno das mudanças significativas acarretadas pelo processo lento e gradual de redemocratização do país, o qual durou cerca de dez anos e culminou na promulgação da Carta de 1988.

Vale a pena conferir o discurso do Presidente da Assembléia Nacional Constituinte, Ulysses Guimarães (1916-1992), em uma cadeia nacional de emissoras de rádio e televisão acerca da Constituição que rompeu com a ordem constitucional anterior:

Senhores constituintes,
A Constituição, com as correções que faremos, será a guardiã da governabilidade.
A governabilidade está no social. A fome, a miséria, a ignorância, a doença inassistida são ingovernáveis.
A injustiça social é a negação do governo e a condenação do governo.
A boca dos constituintes de 1987-1988 soprou o hálito oxigenado da governabilidade pela transferência e distribuição de recursos viáveis para os municípios, os securitários, o ensino, os aposentados.
Repito: esta será a *Constituição cidadã*. Porque recuperará como cidadãos milhões de brasileiros... Esta Constituição, o povo brasileiro me autoriza a proclamá-la, não ficará como bela estátua inacabada, mutilada ou profanada.
O povo nos mandou aqui para fazê-la, não para ter medo.
Viva a Constituição de 1988.
Viva a vida que ela vai defender e semear.
(BONAVIDES; ANDRADE, 2004, p. 470-471, grifo nosso)

Sobre o Neoconstitucionalismo, é forçoso destacar ainda três grandes transformações no plano teórico do Direito Constitucional delineadas pelo já citado Barroso (2005), a saber: o reconhecimento de força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Em relação à primeira, percebe-se que depois da Segunda Guerra, a noção de Constituição que a caracteriza como o documento que pretende definir a estrutura do Estado e a organização do Poder Político evolui para o conceito de norma fundamental, inspiração de todo o sistema jurídico e fundamento de validade a todas as demais normas, adquirindo supremacia formal e material.

A Constituição assumiu função motivadora e ordenadora da vida social com normas jurídicas dotadas de imperatividade.

Enquanto outrora a concretização das propostas formuladas na Constituição estavam condicionadas à liberdade do legislador e à discricionariedade do administrador, as disposições constitucionais passam a ostentar caráter vinculativo e obrigatório. Hoje, no país, verifica-se que a atuação dos órgãos do Poder Político deve ser sujeita aos fins da Lei Maior e essa constante busca pela realização de sua vontade traduz o zelo pela manutenção de sua força normativa.

A expansão da jurisdição constitucional, por sua vez, relaciona-se com a criação de diversos Tribunais Constitucionais. Isso porque, ao Poder Judiciário foi atribuído o papel ativo de guardião das Constituições. Por exemplo, na Alemanha, seguido da promulgação da Lei Fundamental de Bonn (1949), foi instalado o Tribunal Constitucional Federal Alemão (1951); na Itália, criada a Corte Constitucional (1956). No plano internacional; dentre outros tribunais, em Haia, está situada a Corte Internacional de Justiça (1945), criada pela Carta das Nações Unidas, e em Estrasburgo, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (1959).

Nesse contexto, a Constituição Federal de 1988 aperfeiçoou o sistema judicial de controle de constitucionalidade. Ao lado da já existente ação direta de inconstitucionalidade por ação, foi instituída a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e ampliado a legitimidade ativa para a propositura destas ações. Criou-se ainda a ação declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental, previstas no artigo 102, I, a e seu §1º, respectivamente.

Outra modificação no plano teórico advinda pelo avanço do Direito Constitucional é retratada na mudança de interpretação das normas constitucionais. Antes, no Positivismo, a técnica da subsunção era considerada geral e absoluta. O juiz possuía apenas o dever de identificar a regra válida ao caso-problema, alcançando de imediato sua solução. Fundava-se em um trabalho técnico, inexigindo esforço do intérprete. Não obstante os métodos interpretativos clássicos e os critérios hierárquico, temporal e especial de resolução de conflitos aparentes ainda serem úteis; a resposta dos empasses jurídicos, muitas vezes, não corresponde a um silogismo.

Isso porque, por exemplo, a Constituição de 1988 contém normas de caráter amplo e aberto, com conceitos vagos e cláusulas gerais – fins sociais, interesse público, penas cruéis etc. – cujo sentido e alcance são de difícil determinação pelo intérprete constitucional, de sorte que é possível inclusive, alcançar diferentes acepções.

Por isso, na doutrina, ferramentas foram desenvolvidas para auxiliar o trabalho do intérprete. Os princípios instrumentais de interpretação constitucional – Princípio da unidade

da Constituição, Princípio do efeito integrador, Princípio da máxima efetividade, Princípio da justeza ou conformidade funcional, Princípio da concordância prática ou harmonização, Princípio da força normativa, Princípio da interpretação conforme a Constituição, Princípio da Proporcionalidade ou Razoabilidade – são essenciais na tarefa de atribuir sentido e alcance à norma jurídica.

A despeito das evidentes alterações decorridas no Direito Constitucional contemporâneo graças ao Neoconstitucionalismo, existem críticas entre os juristas acerca de sua originalidade. Dimoulis (2008, p. 7), ao analisar o reconhecimento de força normativa à Constituição considerada por Barroso como uma das grandes características introduzidas por essa teoria jurídica, afirma que:

Podemos dizer que Sieyès (1748-1836) e Guizot (1787-1874), ambos nascidos no século XVIII e partidários da supremacia e da plena força jurídica da Constituição, seriam adeptos de um neoconstitucionalismo *avant la lettre*?

Isso não faz sentido. Dito de outra maneira, a tese de que a Constituição era considerada como documento “essencialmente político” porque lhe faltava força normativa não convence.

Igualmente equivocada é a alegação de que só houve materialização das Constituições e introdução de valores em seu texto após a Segunda Guerra Mundial. Pergunta-se. Houve algum período ou país no qual a Constituição foi concebida como repositório de dispositivos juridicamente superiores sem se preocupar com o seu valor político e social? Porque uma Assembléia constituinte ou um monarca redigiriam uma Constituição se não fosse para expressar seus valores?

Essas perguntas são retóricas, pois a Constituição sempre foi pensada como decorrência e expressão de um *projeto político* que objetivava garantir sistemas capitalistas, na maioria dos casos, com regime liberal e democracia representativa. Por isso, as Constituições sempre foram materiais e repletas de valores (*wertgeladen*), nascendo no seio de movimentos políticos. (grifos do autor)

Críticas à parte, resta amplamente aceito que o fim da Segunda Guerra Mundial, na Europa Ocidental, e o processo de redemocratização, no Brasil, assinalaram expressiva transformação na ótica constitucional. Os direitos e garantias fundamentais adquiriram aplicabilidade direta e imediata; a Constituição, afastando-se da restringida definição como documento de divisão e estruturação do Poder, incorporou intensa carga valorativa e tornou-se parâmetro de produção e interpretação das normas jurídicas. Sob essas circunstâncias, o conflito entre princípios abarcados na Magna Carta sob um caso concreto e a releitura da legislação infraconstitucional são presentes debates no mundo jurídico atual.

3 BENS JURÍDICOS PROTEGIDOS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A definição de princípio é objeto de estudo por vários juristas ao longo do tempo. Certo tratar-se de uma tarefa árdua e intimamente ligada às impressões daquele que a realiza, Mello (2001) conceitua princípio jurídico como:

Mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome de sistema jurídico. (apud FERRARI, 2009, p. 216).

Não é novidade que na nova ordem jurídica inaugurada pela Constituição de 1988, os princípios adquirem substancial importância. Eles conquistaram o caráter de normas jurídicas, conservando ilustre prestígio, visto que servem de fundamento e limitação a outras normas na medida que são diretrizes para a disciplina de documentos jurídicos pátrios. Gozam de idêntica força normativa atribuída às regras jurídicas, resultado de um novo sentido à conhecidos valores da humanidade.

Basta ver que de fonte subsidiária do Direito prevista no artigo 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, os princípios ascenderam à categoria de elemento basilar da Constituição e por conseguinte, de todo sistema jurídico sob o qual ela rege. A interpretação e aplicação das regras jurídicas é toda pautada nos princípios constitucionais, com os quais deve guardar íntima relação.

Abandonando o aspecto da programaticidade, os princípios são utilizados pelo Poder Judiciário sob a forma de argumento jurídico das suas decisões, o que demonstra sua força normativa tal como se lei fosse. Além de auxiliar o hermenêuta a compreender o sentido e alcance das regras jurídicas, os princípios são fundamentais na criação da norma jurídica adequada aos fins da Magna Carta.

Dentre os princípios abarcados na Constituição, está o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Considerado expressamente como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (artigo 1º, III), a dignidade humana abarca o conteúdo de todos os direitos fundamentais, pois é nesse valor que encontram legitimidade. Logo, dela decorrem, por exemplo, o direito fundamental à vida, à integridade física e psíquica, à proteção e promoção da saúde, à proteção do idoso e à segurança jurídica no processo.

3.1 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Curiosamente, o conceito romano de dignidade – *dignitas* – relacionava-se com a posição hierarquicamente superior atribuída a alguns indivíduos ou a determinadas instituições, por exemplo, a Coroa e o Estado. McCrudden explica que “como um *status* pessoal, a dignidade representava a posição política ou social derivada primariamente da titularidade de determinadas funções públicas, assim como do reconhecimento geral de

realizações pessoais ou de integridade moral” (MCCRUIDDEN, 2008 apud BARROSO, 2012, p. 13). Esse conceito se manteve até o surgimento do Estado Liberal, de modo que até o final do século XVIII, a dignidade e os direitos humanos permaneciam desvinculados.

A concepção atual de dignidade é produto de um longo período que se inicia com Marco Túlio Cícero paralelamente à evolução histórica do conceito de *dignitas hominis*. Foi o referido filósofo romano que empregou pela primeira vez a expressão “dignidade do homem”. Por sua vez, tanto no Velho Testamento como nos Evangelhos, muitos autores apontam a existência de elementos basilares da dignidade humana considerada contemporaneamente. Na Idade Média, período marcado pela forte influência da Igreja Católica, não foi surpreendente a união entre dignidade e religião, relação essa mantida até a ascensão do movimento renascentista.

Porém, foi durante o Iluminismo, que surgiu, nas palavras de Tavares (2010, p. 580), “o filósofo que provavelmente mais contribuiu para a delimitação do conceito da dignidade da pessoa humana (...) ao definir o homem como fim em si mesmo e não como meio ou instrumento de outrem”. Trata-se de Immanuel Kant (1724-1804), autor de, dentre outras obras, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* (1785), no qual afirma que:

O homem, e duma maneira geral, todo o ser racional, *existe* como um fim em si mesmo, *não só como meio* para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado *simultaneamente como um fim*. (KANT, 1785 apud TAVARES, 2010, p. 581, grifos do autor)

Além disso, um marco histórico relevante no desenvolvimento do conceito de dignidade foram as atrocidades advindas do nacional-socialismo e do fascismo, de forma que, depois da Segunda Guerra Mundial, a dignidade humana foi inserida no discurso político dos vitoriosos e posteriormente, no discurso jurídico através da presença em diversas Constituições e tratados internacionais, inclusive na Constituição Federal de 1988.

Nela, ocupa o lugar de fundamento da República (artigo 1º, inciso III), o que traduz a opção do constituinte de situar a pessoa humana como fundamento e fim maior da sociedade. À vista disso, o Estado assume a obrigação de garantir uma vida digna a todos os seus cidadãos, não sendo à toa que a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, bem como, a assistência aos desamparados foram expressamente elencados como direitos fundamentais no artigo 6º da Constituição.

Mesmo nas democracias constitucionais onde a dignidade não está formalmente inserida em seu texto, seu conteúdo encontra-se subjacente, uma vez que inúmeros direitos e

garantias possuem a dignidade como elemento de seu núcleo essencial. Interessante notar que daí decorre um importante papel interpretativo do princípio da dignidade humana, pois auxilia a delimitação e aplicação dos direitos e garantias fundamentais nos casos concretos. Além disso, o princípio da dignidade atua como fonte de direitos e obrigações à medida que pode-se extrair de seu conteúdo diversas regras jurídicas.

Importante registrar a inexistência de um diploma jurídico nacional que tenha arriscado conceituar dignidade da pessoa humana a julgar pela dificuldade em determinar uma definição esclarecedora de um valor com raízes em tantos campos distintos, a citar, filosófico, ético, moral, religioso e histórico. Preocupado em estabelecer um conteúdo mínimo para a dignidade humana, Barroso (2012, p. 72) aponta três elementos como núcleo essencial desse conceito:

Grosso modo, esta é a minha concepção minimalista: *a dignidade humana identifica 1. O valor intrínseco de todos os seres humanos; assim como 2. A autonomia de cada indivíduo; e 3. Limitada por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses estatais (valor comunitário).* (grifos nossos)

Sucintamente, o valor intrínseco equivale ao elemento ontológico da dignidade humana e corresponde ao “conjunto de características que são inerentes e comuns a todos os seres humanos, e que lhes confere um *status* especial e superior no mundo, distinto do de [sic] outras espécies” (KATEB, 2011 apud BARROSO, 2012, p. 76, grifo do autor). A autonomia, por sua vez, elemento ético da dignidade humana, relaciona-se com a autodeterminação do indivíduo, com a sua capacidade de tomar decisões acerca de sua vida sem nenhuma interferência externa indevida e com base em suas próprias crenças e interesses.

Por último, o valor comunitário, como elemento social da dignidade, representa a influência que a comunidade e o Estado exerce sobre a autonomia pessoal do indivíduo através da imposição de normas e estabelecimento de princípios e metas coletivas. Para Barroso (2012), essa limitação sofrida pelo indivíduo pelos referidos fatores objetiva diametralmente a proteção dos direitos e da dignidade de terceiros, do próprio indivíduo e dos valores sociais compartilhados.

3.2 PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

No *caput* do artigo 5º da Constituição de 1988, o legislador constituinte garante a inviolabilidade do direito à segurança. Nessa oportunidade, a Lei Maior refere-se tanto à proteção dos indivíduos quanto, em uma interpretação sistemática, à estabilidade das relações jurídicas constituídas e à previsibilidade e confiança na interpretação e aplicação do Direito oferecida àqueles em relação as consequências dos seus atos ou de outrem.

De acordo com as teorias contratualistas, surgidas nos séculos XVII e XVIII, na tentativa racional de justificar o poder político, os homens abdicam parcialmente de sua liberdade em favor dos benefícios da ordem social e nesta, a segurança corresponde a mais básica das obrigações inerentes do Estado. Ademais, no Estado Liberal, marcado por um pensamento fortemente individualista e pela defesa da não intervenção estatal, exigia-se das instituições a garantia que as transações comerciais fossem efetuadas pelo menos com o mínimo de segurança. Vários outros exemplos podem ser citados, de forma que não é exíguo o número de vezes que a segurança aparece como um valor fundamental a ser resguardado para o bom desenvolvimento da sociedade.

Preenchida as condições da ação (legitimidade *ad causam*, possibilidade jurídica do pedido e interesse de agir), ao acionar o Poder Judiciário, o cidadão obterá a procedência do seu pedido, se juridicamente fundamentado. Contudo, é certo que, mesmo nos casos de improcedência do pedido, é conferido às partes o direito ao devido processo legal, em qualquer hipótese. Essa certeza, confiança na dinâmica processual é resultante da consagração desse princípio no atual Estado Democrático de Direito.

Assim, na esfera judiciária, subsiste confiança porque existe a previsibilidade na interpretação e aplicação do Direito. A edição de súmulas vinculantes é um exemplo que representa propriamente esse fenômeno no Judiciário, pois, do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso (artigo 103-A, §3º da Constituição). Na esfera administrativa e legislativa, a segurança jurídica inspira igualmente. Sobre o assunto, Cesário (2008, p. 04) afirma que:

A concretização do Direito em uma realidade democrática se faz por meio da estabilidade de suas instituições, e consequentemente da segurança dos jurisdicionados em relação a estas, bem como na relação entre eles, advindo esta da certeza da aplicação das leis que surgem dos costumes, da cultura e da necessidade da sociedade de regulamentar condutas, de maneira que, a Segurança Jurídica faz com que haja um aperfeiçoamento dos atos do Poder Público, em relação aos quais o Jurisdicionado deve sentir-se confiante, seja por meio da emanção de leis claras e estáveis, emanadas do Poder Legislativo, sendo previsíveis e concretos os seus efeitos jurídicos, sejam por meio das decisões do Judiciário, tornando-se efetivas e definitivas, protegendo quem está assegurado e conforme a lei, e mesmo dos atos do Executivo por meio da gestão límpida, assegurando a todos uma administração eficiente.

Além disso, corolário do princípio da segurança jurídica, é a defesa da estabilidade da constitucional e das relações jurídicas constituídas. No auxílio dessa primeira tarefa, as

cláusulas pétreas elencadas no artigo 60, §4º da Constituição, a previsão de um procedimento especial para a reforma de normas constitucionais e as limitações temporais e circunstanciais do Poder Derivado funcionam como principais instrumentos. Em relação à estabilidade das relações jurídicas constituídas, a Constituição a proclama no artigo 5º, XXXVI ao fixar que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (BRASIL, Constituição, de 05 de out. 1988).

No país, desde 1934, com exceção da Carta de 1937, todos os textos constitucionais encerram dispositivo equivalente. Porém, foi o legislador infraconstitucional que tratou de conceituar direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada nos parágrafos do artigo 6º da Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro. Nos termos do decreto, “reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou” (artigo 6º, §1º); “consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem” (artigo 6º, §2º) e “chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso” (artigo 6º, §3º).

Além de abranger a defesa da estabilidade constitucional, a garantia do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada; o princípio da segurança jurídica projeta-se também no princípio da irretroatividade das leis. Conforme a lição de Toledo (2003, p. 192, grifo do autor), “por tal princípio, situações jurídicas já constituídas e completadas, bem como seus efeitos gerados e já concluídos, *não* podem ser atingidos pela lei nova”. Dessarte, a eficácia da lei se inicia com sua edição, não alcançando situações pretéritas já consolidadas. Essa idéia é reproduzida formalmente no *caput* artigo 6º da Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro ao rezar que “a lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada” (BRASIL, Decreto Lei nº 4.657, de 4 set. 1942).

No âmbito penal, a Lei Maior expressamente consignou o princípio da irretroatividade das leis ao declarar que a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu (artigo 5º, XL), bem como, não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal (artigo 5º, XXXIX). Outrossim, em matéria tributária, ao vedar a cobrança de tributos pelos entes federativos no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, nos termos do artigo 150, III, a. Apesar da ausência de preceito literal no âmbito cível que disponha sobre a irretroatividade das leis, consoante o princípio da unidade da Constituição, não resta dúvida sobre sua aplicação na esfera cível também.

Por fim, acerca da irretroatividade das leis, ensina Toledo (2003, p. 192-193) que:

A *justificativa* do princípio da irretroatividade das leis encontra-se em três argumentos:

- 1) a lei só pode obrigar a partir do momento em que existe, pois, antes disso, seu conhecimento é impossível, não podendo, então, ser presumido em relação aos indivíduos a ela submetidos;
- 2) a irretroatividade é a regra porque somente com sua garantia se possibilita a *certeza* e a *segurança jurídicas*, ou seja, o indivíduo pode contar com a proteção das situações jurídicas já formadas, com sua imutabilidade, porquanto validamente criadas, pelo que passa também a confiar nas disposições do ordenamento jurídico, podendo prever como sua conduta nelas será enquadrada;
- 3) embora as leis estejam em constante modificação, acompanhado as mudanças e demandas sociais, o ordenamento jurídico apresenta uma unidade e um desenvolvimento no tempo, não podendo sofrer, a cada nova lei elaborada, a desconsideração de todas as situações jurídicas realizadas, bem como de todos os direitos adquiridos sob a vigência da lei revogada. (grifos no original)

3.3 DIREITO À SAÚDE

A Constituição de 1988 foi a primeira a consagrar o direito fundamental à saúde, especificamente no seu artigo 6º. Textos constitucionais anteriores tratavam do assunto apenas de forma esparsa, de forma que “é no art. 196 e ss. que o direito à saúde encontrou sua maior concretização ao nível normativo-constitucional, para além de uma significativa e abrangente regulamentação normativa na esfera infraconstitucional” (SARLET, 2012, p. 577). Esse direito social está diretamente relacionado com outros bens igualmente protegidos pelo ordenamento, tais como a vida, a dignidade da pessoa humana, a integridade física e psíquica e a alimentação.

O destaque à saúde como uma das diretrizes da política de governo e a responsabilidade do Estado na proteção e promoção da saúde a todos foram mudanças ocorridas depois da Segunda Guerra Mundial. No esforço de reconstruir a paz e evitar a repetição dos desastres ocorridos na Segunda Guerra, foi proclamada em 1948 a Declaração Universal dos Direitos Humanos, na qual é reconhecido o direito à saúde em seu artigo XXV:

1. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.
2. [...] (ONU, 1948)

No mesmo ano, um pouco antes, iniciou-se a vigência da Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS), uma das agências especializadas da Organização das Nações Unidas. No preâmbulo, encontra-se o conceito de saúde abaixo:

La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin

distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social. La salud de todos los pueblos es una condición fundamental para lograr la paz y la seguridad, y depende de la más amplia cooperación de las personas y de los Estados. Los resultados alcanzados por cada Estado en el fomento y protección de la salud son valiosos para todos. La desigualdad de los diversos países en lo relativo al fomento de la salud y el control de las enfermedades, sobre todo las transmisibles, constituye un peligro común. (...) (OMS, 1948, grifos nossos)

Assim, para a OMS, a saúde é um estado de completo bem estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade. Esta definição resgata a obra de Hipócrates, Paracelso e Engels, para os quais o ambiente exterior e o tipo de vida dos indivíduos influencia significativamente na saúde desses. Por outro lado, divergindo deste conceito, existia uma segunda corrente de pensamento iniciada por Descartes que defendia o estado de ausência de doenças como significado de saúde. Acerca do conflito entre essas duas correntes, Dallari (1988) assevera que:

O ambiente social do fim do século passado e primeira metade do século XX, auge da Revolução Industrial, propiciou o debate entre as duas grandes correntes que buscaram conceituar a saúde. De um lado, grupos marginais ao processo de produção que viviam em condições de vida miseráveis, enfatizavam a compreensão da saúde como diretamente dependente de variáveis relacionadas ao meio ambiente, ao trabalho, à alimentação e à moradia. A incidência de tuberculose, por exemplo, era acentuadamente mais elevada nas camadas sociais com menos renda. Por outro lado, a descoberta dos germes causadores de doença e seu subsequente isolamento, que possibilitou o desenvolvimento de remédios específicos, falava a favor da conceituação da saúde como ausência de doenças. Com efeito, as drogas aperfeiçoadas, adequadamente empregadas, resultaram na cura de várias doenças, salvando muitas vidas.

A conclusão do debate doutrinário encerrou-se em um consenso após a Segunda Guerra, momento em que a proteção dos direitos humanos assumiu importância ímpar, buscando-se o mais amplo amparo, independentemente de discussões teóricas. Nesse sentido, ao proteger o direito à saúde, a OMS fixa, no artigo 1º da sua Constituição, como sua finalidade, o alcance do grau mais alto possível de saúde para todos os povos.

No Brasil, a consagração do direito à saúde como um direito de todos e dever do Estado é resultante de um longo processo histórico que se inicia com as associações de auxílio mútuo formadas por trabalhadores para os casos de invalidez, morte ou doença. Antes de sua instituição pela Constituição de 1988, a defesa de um sistema único de saúde no país já era defendida na VIII Conferência Nacional de Saúde ocorrida em 1986, bem como, nos trabalhos da Comissão Nacional da Reforma Sanitária, resultante de uma das principais recomendações da referida Conferência.

Nos termos do artigo 4º da Lei nº 8.080/1990, o sistema único de saúde (SUS) constitui “o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações

mantidas pelo Poder Público” (BRASIL, Lei nº 8.080, de 19 set. 1990). Seu funcionamento baseia-se em três diretrizes expressas no artigo 198 da Constituição, a saber: descentralização, com direção única em cada esfera de governo; atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais, e, participação da comunidade.

No entanto, na prática, a concretização de tais diretrizes não é fácil. Com vistas, muitas vezes, no interesse em aumentar a renda orçamentária de suas receitas e no interesse pessoal do gestor, muitos municípios brasileiros não aplicam devidamente as finanças destinadas ao setor de saúde. Além disso, o atendimento integral é um desafio diante da dificuldade encontrada pelas unidades prestadoras de serviço em operar igualitariamente as ações de promoção, proteção e recuperação da saúde e os níveis de atenção básica, secundária e terciária, citando como uma das razões, o descompromisso dos profissionais, até mesmo pela baixa remuneração e precarização das condições de trabalho. A falta de conhecimento da população de seu espaço no controle do SUS só facilita a continuação desses problemas.

Esses e outros obstáculos incentivam os brasileiros a procurar planos e seguros privados de assistência à saúde. Nas palavras de Bulos (2012, p. 1557, grifo do autor), “o constituinte também deu guarida às ações de saúde prestadas por particulares, dividindo com o setor privado a missão de realizar o programa agasalhado no art. 196 da *Lex Mater*”.

4 O REAJUSTE NA MENSALIDADE DOS PLANOS E SEGUROS DE SAÚDE EM RAZÃO DA MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA

Em Abril de 2011, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de repercussão geral no recurso extraordinário 630852 em que se discute, à luz do artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal, a aplicabilidade ou não da Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) a contratos de plano de saúde firmados antes de sua vigência, relativamente à cláusula que autoriza a majoração do valor da mensalidade em função da idade do beneficiário contratante. A decisão foi publicada em 31 de Maio no Diário da Justiça Eletrônico e atualmente, encontra-se concluso à relatora Rosa Weber.

Com origem no Juizado Especial Cível da Comarca de Santa Cruz do Sul/RS, o processo possui como autora a Sra. Varna Rohsig, aposentada que promoveu ação de conhecimento intitulada “procedimento de anulação de cláusula abusiva c/c cobrança com pedido de antecipação de tutela” contra a Cooperativa de Serviços de Saúde dos Vales do Taquari e Rio Pardo Ltda. (UNIMED). Na petição inicial, a autora declara possuir contrato com a parte ré desde 1997 e que sempre efetuou rigorosa e pontualmente o pagamentos das

mensalidades.

Ocorre que, fundamentalmente devido a faixa etária da Sra. Rohsig desde Outubro de 2005, data em que completou sessenta (60) anos, houve um reajuste na mensalidade de seu plano de saúde. Até Outubro de 2005, correspondia ao valor de R\$ 151,20; depois, aumentou para R\$ 232,23. A parte autora defende que o reajuste é ilegal e abusivo porque baseia-se em um critério inadequado, que rompe o equilíbrio financeiro do contrato, inviabilizando sua continuidade aos segurados nessa faixa etária, além de ferir o artigo 15, §3º do Estatuto do Idoso, o qual veda a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade. Fundamenta-se ainda com base no Código de Defesa do Consumidor, mais precisamente, os artigos 4º, inciso III e 51, incisos IV, X e XV, §1º, por entender se tratar de uma relação de consumo.

Entre outros pedidos, a autora requer, a declaração de abusividade e nulidade da cláusula contratual que determina o reajuste da prestação em função do implemento de idade ou em percentual abusivo, descriterioso e desproporcional, assim considerado todo o percentual que exceda o limite definido anualmente pela ANS, que torne desequilibrado o contrato.

A juíza de primeiro grau concedeu as requeridas inversão do ônus da prova, com base no artigo 6º, VIII do CDC, e tutela antecipada para o fim de determinar que a UNIMED – Cooperativa de Serviços de Saúde dos Vales do Taquari e Rio Pardo Ltda. efetue a cobrança das mensalidades da Sra. Rohsig no importe máximo de R\$ 192,80, o que corresponde ao valor reajustado nos percentuais autorizados pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) para o período de dezembro de 2008 a novembro de 2009, até final julgamento, sob pena de multa diária.

Na audiência de conciliação, a parte ré apresentou contestação escrita. Na peça, alegou que o contrato de plano de saúde denominado Regional Maxi – pessoa física foi celebrado entre as partes no dia 1º de dezembro de 1999 e que a readequação da mensalidade da Sra. Rohsig por mudança de faixa etária está de acordo com o previsto contratualmente. Afirma que o consumidor é suficientemente esclarecido quando da contratação acerca da existência de sete faixas etárias, cada uma delas encerrando um reajuste sobre o valor básico previsto na proposta de admissão.

No contrato avençado, a cláusula 43ª, em sua letra f, fixa um reajuste de 200% sobre o valor básico da mensalidade para os usuários com 60 a 69 anos completos ou que venha a completá-los durante a vigência contratual. Fundamenta a parte ré que essa cláusula está em consonância com a Lei nº 9.656/98, a qual autoriza, em seu artigo 15, o reajuste das mensalidades em função da faixa etária, desde que essas e os percentuais de reajustes

incidentes em cada uma delas estejam previstas no contrato inicial. Está de acordo ainda, com os artigos 1º e 2º da Resolução do Conselho de Saúde Suplementar (CONSU) nº 06, de Novembro de 1998, os quais determinam a observância de sete faixas etárias para efeito do disposto no artigo 15 da Lei nº 9.656/98, de modo que o valor fixado para a última faixa etária não seja superior a seis vezes o valor da primeira.

Para a UNIMED - Cooperativa de Serviços de Saúde dos Vales do Taquari e Rio Pardo Ltda., o julgador não pode aplicar normas genéricas do CDC em contrato de assistência à saúde redigido em conformidade com a Lei nº 9.656/98. Além disso, o contrato firmado em 1º de dezembro de 1999 é negócio jurídico perfeito, de objeto lícito, plenamente eficaz e sujeito à Lei nº 9.656/98, não ao Estatuto do Idoso. A aplicação retroativa desse diploma importa em violação da garantia à proteção do ato jurídico perfeito albergada no artigo 5º, XXXVI da Constituição Federal.

Na sentença proferida pelo juizado especial cível da Comarca de Santa Cruz do Sul/RS, esclarece a magistrada que como o ônus da prova pertencia a parte ré, o contrato firmado entre as partes, segundo a inicial, data de 1997, ou seja, é anterior à Lei nº 9.656/98. Em face do disposto no Estatuto do Idoso e no CDC, entende que um reajuste de aproximadamente 55% configura abusividade. Decidiu então, pela parcial procedência do pedido inicial, para o fim de confirmar e tornar definitiva a tutela antecipada concedida e declarar a abusividade do reajuste na mensalidade do plano de saúde da Sra. Rohsig em razão da mudança de faixa etária, permitindo a ré somente a aplicação do reajuste autorizado pela ANS. A UNIMED foi condenada ainda a restituir a parte autora o valor de R\$ 2.490,96 acrescidos de juros legais e correção monetária.

A parte vencida interpôs recurso inominado. Em suas razões, além de manter os argumentos colecionados na contestação, alegou que a demandante não trouxe aos autos prova de que o contrato foi celebrado em 1997, como afirmado na inicial. Por outro lado, a recorrente alega ter comprovado a migração do contrato antigo da Sra. Rohsig. Reitera a ciência da beneficiária acerca do valor de cada uma das faixas etárias previstas no contrato e que o plano de saúde em comento está redigido conforme o artigo 15 da Lei nº 9.656/98. Sustenta ainda que, ao contrário do contrato em questão que possui a previsão atuarial do reajuste aos sessenta anos, nos contratos firmados após o advento do Estatuto do Idoso, o reajuste dessa faixa etária está absorvido nas demais e afastá-lo significaria a ruptura do equilíbrio financeiro do contrato.

A 3ª Turma Recursal Cível dos Juizados Especiais Cíveis do Estado do Rio Grande do Sul, por unanimidade, negou provimento ao recurso e decidiu pela manutenção da sentença recorrida por seus próprios fundamentos, nos termos do artigo 46 da Lei nº 9.099/95.

Inconformada, a UNIMED interpôs recurso extraordinário fundado no artigo 102, III, alínea “a” da Constituição. Contudo, a 2ª Turma Recursal Cível negou seguimento ao recurso, sob a alegação que a afronta à Constituição não ocorreu de forma direta e sim, reflexa, bem como, da impossibilidade de reapreciação dos elementos fáticos consagrada na súmula 279 do STF. Então, a UNIMED interpôs agravo de instrumento, pois é entendimento sumulado da Suprema Corte (súmula 727) que o tribunal *a quo* não pode obstar o processamento de agravo de instrumento contra decisão que não admite recurso extraordinário. Agora, aguarda-se a resolução da questão pelo mais alto Tribunal brasileiro.

Feita a apresentação do caso em tela, faz-se necessário lembrar a evolução das operadoras de planos e seguros de saúde no Brasil.

Fundamentalmente, a industrialização brasileira fomentou a organização de empresas privadas intermediárias de acesso aos serviços de saúde, contratadas pelas fábricas preocupadas com a promoção e recuperação da saúde dos trabalhadores. Antes, restringido àqueles que possuíam vínculo trabalhista formal, surge posteriormente, os planos individuais de assistência à saúde. Com o aumento da participação do setor privado no financiamento e oferta de serviços de saúde, também cresceram os problemas na relação entre usuários e operadoras de planos de saúde, como por exemplo, o aumento do preço das mensalidades e a negativa de coberturas assistenciais.

Sem ignorar tal panorama, a Constituição de 1988, além de consagrar a responsabilidade do Estado na garantia do direito à saúde, estabelece que a assistência à saúde é livre à iniciativa privada. Porém, a regulamentação desse setor só veio em 1998, com a Lei nº 9.656, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. De acordo com o artigo 1º, *caput* da referida lei, com redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44/2001, “submetem-se às disposições desta lei as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade” (BRASIL, Lei nº 9.656, de 3 de jun. 1998). O inciso I desse artigo define plano privado de assistência à saúde como

prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, *por prazo indeterminado*, com a finalidade de garantir, *sem limite financeiro*, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso e pagamento direto ao prestador, *por conta e ordem do consumidor*. (BRASIL, Lei nº 9.656, de 3 de jun. 1998, grifos nossos)

Ademais, também com papel regulatório, surgiu em 2000, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), uma autarquia sob regime especial, vinculada ao Ministério da

Saúde e de atuação nacional. Sua finalidade institucional, nos termos do artigo 3º da Lei nº 9.961/2000, consiste em promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no país. Vale ressaltar que de acordo com a ANS (2000), “o setor brasileiro de planos e seguros de saúde é o segundo maior sistema privado de saúde do mundo”.

Cabe à ANS fiscalizar o cumprimento das disposições da Lei nº 9.656/1998 e de sua regulamentação; autorizar o registro dos planos privados de assistência à saúde; zelar pela qualidade dos serviços de assistência à saúde no âmbito da assistência à saúde suplementar; estabelecer as características gerais dos instrumentos contratuais utilizados na atividade das operadoras, dentre inúmeras outras competências inseridas no artigo 4º da Lei nº 9.961/2000, pela qual foi criada a ANS. Sobre essa agência reguladora, SALVATORI; VENTURA (2012, p. 477) afirma que

A atuação da ANS veio de encontro a algumas práticas abusivas, procurando garantir, mediante um arcabouço normativo, o desenvolvimento de contratos que ofertassem um rol mínimo assistencial, sem limites de consultas médicas e de internação, reajustes financeiros controlados e seguindo critérios predeterminados, acesso igualitário a portadores de doenças preexistentes, uma qualidade mínima nos serviços de saúde prestados, dentre outros avanços. Assim, nos novos contratos, as operadoras de planos de saúde são obrigadas a cobrir doenças como o câncer, a AIDS e transtornos psiquiátricos, e estão proibidas de negar assistência a beneficiários que já ingressam no plano com uma doença prévia.

De acordo com a época da contratação do plano de saúde, a ANS classifica estes em dois tipos: planos antigos, aqueles cujos contratos foram celebrados antes da vigência da lei nº 9.656/1998, e planos novos, cujos contratos foram celebrados depois da vigência da lei nº 9.656/1998. A redação original do artigo 36 da Lei dos Planos de Saúde rezava que “esta Lei entra em vigor noventa dias após a data de sua publicação”. Nessa esteira, o termo final da *vacatio legis* seria 01/09/1998, porém, as alterações promovidas por medidas provisórias deslocaram a data para 01/01/1999. Assim, todos os contratos celebrados a partir de 1º de janeiro de 1999 devem ser registrados na ANS e estão integralmente submetidos aos ditames da Lei nº 9.656/1998.

Por sua vez, os planos antigos devem ser cadastrados na ANS e não podem mais ser comercializados, porém, permanecem válidos para aqueles que não optaram pela adaptação ou migração à nova lei. Sobre o tema, a ANS editou a Resolução Normativa nº 254/2011, a qual dispõe sobre a adaptação e migração para os contratos celebrados até 1º de Janeiro de 1999. Assim, a agência busca beneficiar aqueles clientes de planos antigos com as vantagens advindas da regulamentação do setor. Trata-se, porém, de uma faculdade do beneficiário, o

qual se analisando as condições do seu plano entender ser a melhor opção, é direito seu não tê-lo modificado e obrigação da operadora de plano de saúde mantê-lo. Estabelece o artigo 2º, I e II da Resolução nº 254 (ANS, 2011) *ipsis litteris*:

Art. 2º Para os efeitos desta Resolução, considera-se:

I – adaptação: aditamento de contrato de plano privado de assistência à saúde celebrado até 1º de janeiro de 1999, para ampliar o conteúdo do contrato de origem de forma a contemplar todo o sistema previsto na Lei nº 9.656, de 1998;

II – migração: celebração de novo contrato de plano privado de assistência à saúde ou ingresso em contrato de plano privado de assistência à saúde coletivo por adesão, no âmbito da mesma operadora, referentes a produtos com registro em situação “ativo”, concomitantemente com a extinção do vínculo ou do contrato, anterior a 1º de janeiro de 1999;

Ainda sobre as competências da ANS, a atuação dessa agência reguladora é essencial no que diz respeito aos limites nos reajustes das mensalidades dos planos de assistência à saúde. De acordo com o artigo 4º, XVII e XXI da Lei nº 9.961/2000; ouvido o Ministério da Fazenda, compete a ANS autorizar reajustes e revisões das contraprestações pecuniárias dos planos privados de assistência à saúde, bem como, monitorar a evolução dos preços de planos. A respeito dos reajustes baseados na faixa etária em que se encontra o cliente, o critério mais comumente utilizado; a ANS estabelece três distintas regras, a depender do período em que o contrato foi firmado entre as partes.

Nos contratos celebrados antes da vigência da Lei dos Planos de Saúde impera o princípio *pacta sunt servada*, ou seja, prevalece as condições contratuais firmadas entre as partes. Aos contratos celebrados na vigência da Lei nº 9.656/1998 e aos existentes anteriores a sua vigência a partir das respectivas adaptações, até 1º de Janeiro de 2004, aplicam-se as disposições da Lei dos Planos de Saúde em conjunto com a Resolução nº 06 do Conselho de Saúde Suplementar (CONSU). Assim, nos termos do artigo 15 da Lei nº 9.656/1998, existe a possibilidade de reajuste por faixa etária desde que essas e os percentuais de reajustes incidentes em cada uma estejam previstas no contrato inicial. Segundo a Resolução nº 06 da CONSU, são sete faixas etárias: 0 a 17 anos, 18 a 29 anos, 30 a 39 anos, 40 a 49 anos, 50 a 59 anos, 60 a 69 anos e 70 anos ou mais.

A mesma Resolução impõe que o preço da última faixa etária não superará a seis vezes o valor da primeira faixa etária. Os beneficiários com mais de sessenta anos de idade só alcançam a proibição de reajuste na mensalidade se forem clientes de plano ou seguro de saúde regulamentado há mais de dez anos. Por fim, quanto aos contratos firmados após a vigência da Lei nº 10.741/2003 (1º de Janeiro de 2004), a ANS publicou a Resolução Normativa nº 63, com fulcro no artigo 15 da Lei nº 9.656/1998 e no § 3º do artigo 15 da Lei

nº 10.741/2003. Através dela, para os contratos de planos privados de assistência à saúde firmados a partir de 1º de Janeiro de 2004, os reajustes em função da faixa etária só podem ocorrer até os 59 anos. Dispõe o artigo 2º e 3º dessa Resolução (ANS, 2003) *ipsis litteris*:

Art. 2º Deverão ser adotadas dez faixas etárias, observando-se a seguinte tabela:

I - 0 (zero) a 18 (dezoito) anos;

II - 19 (dezenove) a 23 (vinte e três) anos;

III - 24 (vinte e quatro) a 28 (vinte e oito) anos;

IV - 29 (vinte e nove) a 33 (trinta e três) anos;

V - 34 (trinta e quatro) a 38 (trinta e oito) anos;

VI - 39 (trinta e nove) a 43 (quarenta e três) anos;

VII - 44 (quarenta e quatro) a 48 (quarenta e oito) anos;

VIII - 49 (quarenta e nove) a 53 (cinquenta e três) anos;

IX - 54 (cinquenta e quatro) a 58 (cinquenta e oito) anos;

X - 59 (cinquenta e nove) anos ou mais.

Art. 3º Os percentuais de variação em cada mudança de faixa etária deverão ser fixados pela operadora, observadas as seguintes condições:

I - o valor fixado para a última faixa etária não poderá ser superior a seis vezes o valor da primeira faixa etária;

II - a variação acumulada entre a sétima e a décima faixas não poderá ser superior à variação acumulada entre a primeira e a sétima faixas.

III – as variações por mudança de faixa etária não podem apresentar percentuais negativos.

Não obstante as regras da ANS, persiste uma grande discussão nos Tribunais brasileiros acerca da aplicabilidade do Estatuto do Idoso em contratos de assistência à saúde firmados antes de sua vigência relativamente à cláusula que autoriza a majoração do valor da mensalidade exclusivamente em razão da idade do beneficiário. A controvérsia alcançou o Supremo Tribunal Federal através do citado recurso extraordinário 630852, o qual encontra-se concluso à relatora Rosa Weber. Aqueles contrários da matéria defendem que a aplicação retroativa do artigo 15, §3º do Estatuto do Idoso importaria em violação da garantia à proteção do ato jurídico perfeito albergada no artigo 5º, XXXVI da Constituição Federal.

Antigamente, similar discussão ocorria sobre a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nos contratos de planos de saúde. No final do ano de 2010, confirmando o que a própria lei indica no artigo 1º, I da Lei nº 9.656/98, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) aprovou a súmula 469 com o seguinte redação: “Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde” (STJ, 2010). Tal entendimento já era pacífico no STJ, o qual diante das práticas abusivas dos planos e seguros de saúde a ensejar violação do direito constitucional à saúde, valia-se dos princípios inerentes do CDC para o equilíbrio nas relações entre fornecedor – operadoras de plano de assistência à saúde, independentemente da estrutura jurídica adotada – e consumidor-cliente. Contudo, a aplicação do CDC mesmo nos contratos anteriores à sua vigência causava discussão, pois seria admitir a retroatividade da lei.

Com a edição da súmula 469, esse debate restou finalizada na Superior Corte. Sobre os

contratos privados de assistência à saúde, o ministro aposentado Massami Uyeda asseverou que

o contrato de seguro de saúde é obrigação de trato sucessivo, que se renova ao longo do tempo e, portanto, se submete às normas supervenientes, especialmente às de ordem pública, a exemplo do CDC, o que não significa ofensa ao ato jurídico perfeito. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, AgRg no Ag 1.341.183/PB, Relator: Min. Massami Uyeda, 2012)

Assim, adota-se o CDC mesmo que os contratos de planos e seguros de saúde sejam anteriores à sua vigência, em 1991, pois quanto ao tempo de sua execução, os contratos de planos e seguros de saúde são classificados como de trato sucessivo. Não importa a data que conste no contrato, ele se renova a cada mensalidade, de forma que o CDC se aplica nas renovações ocorridas sob sua vigência.

5 A COLISÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E A SOLUÇÃO PELA PONDERAÇÃO

Idoso é aquele indivíduo com idade igual ou superior a sessenta anos. O artigo 15, §3º da Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) dispõe que “é vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade” (BRASIL, Lei nº 10.741, de 1º out. 2003).

A proteção contra reajustes abusivos na mensalidade de beneficiários idosos, considerando como tal aqueles justificados em razão do implemento da idade de sessenta anos, iniciou-se antes mesmo da criação do Estatuto do Idoso em 2003. O artigo 35-E, caput, inciso I da lei nº 9.656/1998 preceitua que a partir de 5 de junho de 1998, nos contratos celebrados anteriormente à vigência daquela lei, estará sujeita à autorização prévia da ANS qualquer reajuste na mensalidade de consumidores com mais de sessenta anos de idade. Ademais, o artigo 15, § único da mesma lei veda reajustes na mensalidade dos beneficiários com mais de sessenta anos que forem clientes de plano ou seguro de saúde regulamentado há mais de dez anos.

Essa tutela oferecida aos consumidores idosos é reflexo dos princípios albergados na Constituição Federal. Como nenhuma das anteriores, a Carta de 1988 trouxe um extenso rol de direitos e garantias fundamentais, dedicando à pessoa humana papel central na ordem jurídica. Além dos direitos e garantias expressos no texto constitucional, o artigo 5º, §2º da Magna Carta esclarece que não são excluídos outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Em sinal do respeito atribuído aos direitos e garantias fundamentais e da busca pela sua efetivação, foram elevados à condição de cláusula pétrea e conferida

aplicabilidade imediata de todas as normas que os encerram.

Em relação ao direito à vida (artigo 5º) e à saúde (artigo 196), esses foram expressamente salvaguardados pela Constituição. No tocante ao idoso, o artigo 230, *caput* estabelece que “a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida” (BRASIL, Constituição, de 5 out. 1988). Além disso, o Estatuto do Idoso, elaborado com a finalidade de regular os direitos das pessoas de terceira idade, prevê no seu artigo 2º o incontestável diante da eleição da dignidade humana como um dos fundamentos do Estado democrático brasileiro:

Art. 2º O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade (BRASIL, Lei nº 10.741, de 1º out. 2003).

Ademais, no amparo ao consumidor, a Lei Maior preconiza que o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor no inciso XXXII do artigo 5º. Adiante, no artigo 170, V, a defesa do consumidor é elencada um dos princípios da ordem econômica e o artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias prescreve que “o Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor” (BRASIL, Constituição, de 5 out. 1988). Nesses termos, no dia 12 de Setembro de 1990, foi publicada a Lei nº 8.078/1990 (CDC) que consagrou, dentre outros, o princípio da vulnerabilidade do consumidor, princípio da boa fé objetiva e do equilíbrio nas relações e o princípio do combate aos abusos praticados no mercado de consumo. Quanto as cláusulas abusivas, por exemplo, o CDC elencou um rol exemplificativo delas no artigo 51.

Conforme esse dispositivo, são nulas de pleno direito as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade (inciso IV), bem como aquelas que estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor (inciso XV). O §1º desse mesmo artigo estipula que:

§ 1º - Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:
I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;
II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou o equilíbrio contratual;
III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso. (BRASIL, Lei nº 8.078, de 11 de set. 1990)

Com a edição da súmula 469 do STJ, não resta dúvida acerca da aplicação das normas do CDC aos contratos de planos e seguros de assistência à saúde. Desse modo, todas as regras e princípios de proteção e defesa do consumidor mencionados acima são válidos nesses

contratos, uma vez que a relação entre fornecedor – operadora de plano de saúde – e consumidor – beneficiário que contrata a prestação de serviços de saúde – é facilmente vislumbrada. Portanto, analisando, por si só, a cláusula contratual que estabelece o reajuste das mensalidades exclusivamente em razão do implemento da idade de sessenta anos por parte do beneficiário, nos termos do artigo 51, IV do CDC, consiste em uma cláusula abusiva logo, nula, independentemente da data de sua previsão contratual, antes ou depois do Estatuto do Idoso, à luz dos princípios da dignidade humana, da defesa do consumidor e do amparo às pessoas idosas cristalizados na Constituição.

Nesse sentido, foi a decisão do Superior Tribunal de Justiça em Março de 2013 em sede de Recurso Especial:

CIVIL E PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA E DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C PERDAS E DANOS. SEGURO SAÚDE. REAJUSTE DE MENSALIDADES EM RAZÃO DE MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. CONTRATO CELEBRADO ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA LEI 9656/98 E DO ESTATUTO DO IDOSO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA E INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. 1. O surgimento de norma cogente (impositiva e de ordem pública), posterior à celebração do contrato de trato sucessivo, como acontece com o Estatuto do Idoso, impõe-lhe aplicação imediata, devendo incidir sobre todas as relações que, em execução contratual, realizarem-se a partir da sua vigência, abarcando os planos de saúde, ainda que firmados anteriormente à vigência do Estatuto do Idoso. 2. *O consumidor que atingiu a idade de 60 anos, quer seja antes da vigência do Estatuto do Idoso, quer seja a partir de sua vigência (1º de janeiro de 2004), está sempre amparado contra a abusividade de reajustes das mensalidades dos planos de saúde com base exclusivamente na mudança de faixa etária.* 3. *Em relação ao reajuste efetivado pela recorrida em período anterior à vigência da norma protetiva do idoso, a análise deve-sedar sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor.* Contudo, não cabe esta Corte, em sede de recurso especial, rever a conclusão do Tribunal de origem no que tange à ausência de abusividade ou desproporcionalidade do reajuste, em prejuízo do consumidor, a partir da análise pontual e individualizada de cada um dos percentuais previstos no contrato antes da entrada em vigor do Estatuto do Idoso. Incidência das Súmulas 5 e 7/STJ. 4. Recurso especial conhecido em parte e, nesta parte, provido. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1.228.904 – SP, Relatora: Min. Nancy Andrighi, 2013, grifos nossos)

Contudo, ao lado do direito à saúde (artigo 196), do princípio da dignidade humana (artigo 1º, III), da defesa do consumidor (artigo 5º, XXXII) e do amparo às pessoas idosas (artigo 230); a Constituição também enumerou, por exemplo, o princípio da livre iniciativa. Disposto no artigo 170, *caput*, constitui ainda, junto com os valores sociais do trabalho, fundamento da República segundo o art. 1º, inciso IV. O artigo 199 da Magna Carta reserva a atuação da livre iniciativa inclusive na área de assistência à saúde, legitimando o setor de saúde suplementar brasileiro.

Como visto, a Lei dos Planos de Saúde, cuja vigência iniciou-se em 1º de Janeiro de 1999, trata no seu artigo 15 sobre os reajustes na mensalidade dos consumidores em razão da idade, os quais serão possíveis desde que previstas no contrato inicial as faixas etárias e os

percentuais de reajustes incidentes em cada uma, ressalvado o disposto nos comentários parágrafo único desse artigo e artigo 35-E. Regulamentando o artigo 15 da Lei nº 9.656/1998, a Resolução nº 06 do Conselho de Saúde Suplementar (CONSUS) fixa sete faixas etárias incluindo reajuste com o implemento da idade de sessenta anos. O artigo 1º dessa Resolução reza *ipsis litteris*:

Art. 1º Para efeito do disposto no artigo 15 de Lei 9.656/98, as variações das contraprestações pecuniárias em razão da idade do usuário e de seus dependentes, obrigatoriamente, deverão ser estabelecidas nos contratos de planos ou seguros privados a assistência à saúde, observando-se as 07 (sete) faixas etárias discriminadas abaixo:

- I - 0 (zero) a 17 (dezessete) anos de idade;
- II - 18 (dezoito) a 29 (vinte e nove) anos de idade;
- III - 30 (trinta) a 39 (trinta e nove) anos de idade;
- IV - 40 (quarenta) a 49 (quarenta e nove) anos de idade;
- V - 50 (cinquenta) a 59 (cinquenta e nove) anos de idade;
- VI - 60 (sessenta) a 69 (sessenta e nove) anos de idade;
- VII- 70 (setenta) anos de idade ou mais. (CONSUS, 1998)

Sob alegação desse tratamento legal, os contrários à aplicação do artigo 15, §3º do Estatuto do Idoso em contratos de planos e seguros de saúde firmados antes de sua vigência, isto é, 1º de Janeiro de 2004, apontam em sua defesa o princípio constitucional da estabilidade das relações jurídicas constituídas. Tal princípio é apresentado no artigo 5º, XXXVI ao fixar que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (BRASIL, Constituição, de 5 out. 1988). A conceituação desses três institutos encontram-se na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, a qual reforçando o dispositivo constitucional, dispõe que “a lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada” (BRASIL, Decreto Lei nº 4.657, de 4 set. 1942).

Assim, ao firmar um contrato, as partes sujeitariam-se as normas em vigor daquele momento. O seu cumprimento deve ser regido pelos termos da lei vigente à época de sua celebração, a qual regula todos os seus efeitos, incluindo os efeitos futuros já previstos anteriormente, mas só concretizados sob a vigência da lei nova. A incidência imediata da lei nova sobre os efeitos futuros de um contrato preexistente é, na classificação de Matos Peixoto, adotada pelo Supremo Tribunal Federal, caso de retroatividade mínima, o que fere o princípio da intangibilidade das relações jurídicas constituídas. Não importa se a lei seja considerada de ordem pública ou não, pois a garantia constitucional não prevê exceções. Nesse sentido, o STF já decidiu em sede de ação direta de inconstitucionalidade:

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 5, 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 primário 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 5, 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 1 e 4; 20; 21 e parágrafo único; 23 e parágrafos; e 24 e parágrafos, todos da Lei n. 8.177, de 1 de maio de 1991. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 493 – DF, Relator: Min. Moreira Alves, 1992, grifos nossos)

Sobre os contratos e a proteção constitucional do ato jurídico perfeito, Barroso (2009, p. 157) ensina que:

A teoria do ato jurídico perfeito e do direito adquirido teve especial desenvolvimento no campo dos contratos, tendo em conta a importância da autonomia da vontade nesse particular. Ao manifestarem o desejo de se vincular em um ajuste, as partes avaliam as consequências dessa decisão, considerando as normas em vigor naquele momento. É incompatível com a idéia de segurança jurídica admitir que a modificação posterior da norma pudesse surpreender as partes para alterar aquilo que tinham antevisto no momento da celebração do contrato. Por essa razão é que mesmo Paul Roubier, o defensor da incidência imediata da lei nova sobre os fatos pendentes, abria exceção explícita em sua teoria aos contratos. Estes, assinalou Roubier, não se regem pelo princípio da incidência imediata da lei nova, e sim pelo da sobrevivência da lei antiga.

Em suma: as relações contratuais regem-se, durante toda a sua existência, pela lei vigente quando de sua constituição. Isto é: a lei nova não pode afetar um contrato já firmado, nem no que diz respeito à sua constituição válida, nem à sua eficácia. Os efeitos provenientes do contrato, independentemente de se produzirem antes ou depois da entrada em vigor do direito novo, são também objeto de salvaguarda, na medida em que não podem ser dissociados de sua causa jurídica, o próprio contrato. (grifos nosso)

Contrariamente, além de defenderem a abusividade da cláusula de reajuste para os sexagenários, aqueles a favor da aplicabilidade do Estatuto do Idoso a contratos de assistência à saúde firmados anteriormente à sua vigência alegam que o Estatuto é norma de ordem pública e portanto, não está submetida à vedação constitucional de retroatividade, pois fundada na idéia de superioridade do interesse público. Nada mais justo que o consumidor que por anos efetuou regularmente o pagamento das contraprestações pecuniárias cobradas pela operadora de plano ou seguro de saúde, com todos os seus reajustes, possa, na idade que naturalmente mais se precisa, esperar que a operadora assista o contratante sem a aplicação de reajustes abusivos devido ao implemento de sessenta anos em clara discriminação.

Em oposição, argumenta-se que, regra geral, maior o avanço da idade, maior é a necessidade de se recorrer ao plano ou seguro de saúde e por isso, as operadoras possuem o direito de repassar esse ônus na contraprestação pecuniária do cliente. Há ainda na jurisprudência a discussão acerca do conceito de abusividade. Levanta-se a tese que o artigo

15, §3º da Lei nº 10.741/2003 não vedaria o reajuste nessa faixa etária, mas o reajuste abusivo, inexistindo uniformidade sobre esse conceito. Alguns magistrados elegem como sendo abusivo o reajuste no percentual superior a 30%, outros, superior a 50%, outros acreditam que deve ser analisado o caso concreto.

A respeito da questão, em 2009, o Superior Tribunal de Justiça manifestou-se no seguinte sentido:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. ESTATUTO DO IDOSO. PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE DE MENSALIDADES EM RAZÃO DE MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. VEDAÇÃO. DECISÃO AGRAVADA. MANUTENÇÃO. ESTATUTO DO IDOSO - *O plano de assistência à saúde é contrato de trato sucessivo, por prazo indeterminado, a envolver transferência onerosa de riscos, que possam afetar futuramente a saúde do consumidor e seus dependentes, mediante a prestação de serviços de assistência médico-ambulatorial e hospitalar, diretamente ou por meio de rede credenciada, ou ainda pelo simples reembolso das despesas.- Como característica principal, sobressai o fato de envolver execução periódica ou continuada, por se tratar de contrato de fazer de longa duração, que se prolonga no tempo; os direitos e obrigações dele decorrentes são exercidos por tempo indeterminado e sucessivamente.- Ao firmar contrato de plano de saúde, o consumidor tem como objetivo primordial a garantia de que, no futuro, quando ele e sua família necessitarem, obterá a cobertura nos termos em contratada.- O interesse social que subjaz do Estatuto do Idoso, exige sua incidência aos contratos de trato sucessivo, assim considerados os planos de saúde, ainda que firmados anteriormente à vigência do Estatuto Protetivo. Estatuto do Idoso- Deve ser declarada a abusividade e conseqüente nulidade de cláusula contratual que prevê reajuste de mensalidade de plano de saúde calcada exclusivamente na mudança de faixa etária.- Veda-se a discriminação do idoso em razão da idade, nos termos do art. 15, § 3º, do Estatuto do Idoso, o que impede especificamente o reajuste das mensalidades dos planos de saúde que se derem por mudança de faixa etária; tal vedação não envolve, portanto, os demais reajustes permitidos em lei, os quais ficam garantidos às empresas prestadoras de planos de saúde, sempre ressalvada a abusividade. 15 §3º Estatuto do Idoso - Agravo Regimental improvido. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, AgRg no REsp 707.286/RJ, Relator: Min. Sidnei Beneti, 2009, grifos nossos)*

Portanto, percebe-se que a discussão encerrada no recurso extraordinário 630852 envolve a colisão de princípios constitucionais: o princípio da segurança jurídica, o princípio da livre iniciativa na área de assistência à saúde *versus* o princípio da defesa do consumidor, o princípio de amparo às pessoas idosas. A colisão de princípios é comum diante da atual Constituição Federal, pois ela encerra em seu conteúdo intensa carga valorativa e oferece aos princípios papel central no sistema jurídico, características resultantes da admissão dos ideais neoconstitucionalistas no país. Já que à luz do princípio da unidade da Constituição, não existe hierarquia entre os princípios albergados na Lei Maior, o intérprete jurisdicional deve se esforçar para encontrar a melhor solução no caso concreto.

Robert Alexy, jurista alemão, é reconhecido mundialmente como dos mais notáveis especialistas no tratamento dos direitos fundamentais. Na sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, assevera acerca da colisão de princípios:

Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido –, um dos princípios

terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso. (ALEXY, 2008, p. 93-94)

Na hipótese de colisão entre dois princípios, a técnica de subsunção considerada absoluta no Positivismo revela-se insatisfatória. A resposta de empasses jurídicos como o que ocorre no recurso extraordinário 630852 exige do magistrado o cuidado de conciliar os bens jurídico-constitucionais em conflito sem sacrificar qualquer um deles. Para isso, o princípio da proporcionalidade é fundamental. Sob sua égide, os atos do Poder Público devem cumprir três exigências: adequação (ou utilidade), necessidade (ou exigibilidade) e proporcionalidade em sentido estrito. Assim, na prolação das sentenças judiciais, por exemplo, faz-se necessário que a escolha da solução seja apropriada para os fins almejados; seja o melhor meio, dentre os vários possíveis, para alcançar a menor limitação a direitos fundamentais, bem como, resulte em vantagens maiores do que as desvantagens causadas.

Alexy utilizou-se do princípio da proporcionalidade quando buscou a solução para a colisão entre princípios através da técnica de ponderação. Por meio desta, é realizada uma análise do caso concreto e através de um sopesamento, é definido aquele princípio, entre os interesses conflitantes, que possui o maior peso. Sobre isso, Toledo (2003, p. 74-75, grifo do autor) relata:

O ordenamento jurídico, embora seja um *sistema unitário e coerente*, é repleto de princípios *opostos* que entram em *colisão* quando do julgamento da situação fática. E, nesse instante, para a solução da colisão, o critério de distinção entre norma obrigatória e não obrigatória (“código binário”) não é mais suficiente, já que *ambos* princípios são *obrigatórios*, visto se considerarem apenas princípios jurídicos *válidos* e de mesmo nível hierárquico. O único recurso de que se dispõe é passar-se para além da análise da *adequação* e da *necessidade* dos princípios no caso, procedendo-se à *ponderação* entre eles, quando então, o que estará em discussão será, exatamente como expôs Alexy, o *peso dos valores* que consagram, ou seja, qual valor, naquela situação concreta, segundo as suas circunstâncias e condições, é preponderante. O princípio prioritário é então aplicado na *maior medida possível*, havendo assim, nesse momento, uma *otimização* ou uma *gradação* da sua implementação.

Isto posto, a solução acerca da aplicação do artigo 15, §3º do Estatuto do Idoso em contratos de planos e seguros de saúde firmados antes de sua vigência deve ser solucionada por meio da ponderação dos interesses opostos defendida por Robert Alexy. No conflito entre segurança jurídica e amparo às pessoas idosas e ao consumidor em geral, o princípio da dignidade humana representa um critério norteador para a solução do sopesamento. Sem dúvida, a decisão final deverá ser aquela que melhor concretize a dignidade humana, que

assegure o pleno e digno desenvolvimento do homem, ou seja, aquela que assegura a aplicação da Lei nº 10.741/2003 nos contratos de assistência à saúde celebrados antes de sua vigência.

Qualquer decisão diferente viola diretamente o princípio basilar da dignidade da pessoa humana, o qual deve sempre prevalecer, e gera retrocesso jurídico. O Estatuto do Idoso, nada mais é, do que a concretização da proteção conferida aos idosos pela Constituição Federal de 1988, a qual inclusive impõe a aplicabilidade imediata de todas as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. Dessarte, a conquistada previsão legal do artigo 15, §3º da Lei nº 10.741/2003 não pode ser limitada apenas à sua vigência, pois se assim fosse, estabeleceria uma regra discriminadora com os demais idosos contratantes em dissonância com os valores constitucionais.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Graças a influência do Neoconstitucionalismo durante o processo de redemocratização do país, a Constituição Federal de 1988 inaugurou uma nova ordem jurídica, dedicando à pessoa humana o papel de fundamento do Estado Democrático de Direito e atribuindo à ela um extenso rol de direitos e garantias fundamentais. Encerrando em seu conteúdo alta carga principiológica, é comum ocorrer, no caso concreto, a colisão de princípios constitucionais, os quais, em razão do Princípio da Unidade da Constituição, possuem a mesma hierarquia.

A controvérsia encerrada no recurso extraordinário 630852, o qual discute acerca da aplicabilidade ou não do artigo 15, §3º da Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) a contratos de plano de saúde firmados antes de sua vigência, é um exemplo de colisão de princípios. Envolve o princípio da segurança jurídica, o princípio da livre iniciativa na área de assistência à saúde *versus* o princípio da defesa do consumidor, o princípio de amparo às pessoas idosas. A resposta de empasses jurídicos como o que ocorre no referido recurso extraordinário exige do magistrado o cuidado de conciliar os bens jurídico-constitucionais em conflito sem sacrificar qualquer um deles.

Com base na teoria desenvolvida pelo jurista alemão Robert Alexy para a colisão de princípios, a saber, a técnica de ponderação entre interesses opostos; conclui-se pela aplicação do Estatuto do Idoso aos contratos celebrados antes de sua vigência. Isto porque, ao ponderar qual é o princípio prioritário na análise do caso concreto, com o uso do princípio da dignidade da pessoa humana como parâmetro, a aplicação do diploma protetivo corresponde a solução mais justa e congruente com a ordem jurídica constitucional inaugurada com a Carta de 1988.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. **Resolução Normativa nº 63**, de 22 de Dezembro de 2003. Define os limites a serem observados para adoção de variação de preço por faixa etária nos planos privados de assistência à saúde contratados a partir de 1º de janeiro de 2004. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/texto_lei.php?id=748>. Acesso em: 17 out. 2013.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. **Resolução Normativa nº 254**, de 05 de Maio de 2011. Dispõe sobre a adaptação e migração para os contratos celebrados até 1º de janeiro de 1999 e altera as Resoluções Normativas nº 63, de 22 de dezembro de 2003, (...); e nº 124, de 30 de março de 2006 (...). Disponível em: <http://www.ans.gov.br/index2.php?option=com_legislacao&view=legislacao&task=PDFAtualizado&format=raw&id=1738>. Acesso em: 17 out. 2013.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/aans/quem-somos/historico>>. Acesso em: 05 set. 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n 851, 1 nov 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 07 jan. 2013.

_____. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. Em algum lugar do passado: segurança jurídica, direito intertemporal e o Novo Código Civil. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord). **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2 ed., rev. e ampl. 1. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 137-163.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. 6 ed. Brasília: OAB Editora, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 jan. 2013.

_____. Lei nº 8.080, de 19 de Setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a

promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 20 set. 1990, p. 18055. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm>. Acesso em: 18 out. 2013.

_____. Lei nº 9.656, de 3 de Junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 04 jun. 1998, p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19656.htm>. Acesso em: 18 out. 2013.

_____. Lei nº 10.741, de 1º de Outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 03 out. 2003, p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm>. Acesso em: 18 out. 2013.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de Setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 12 set. 1990, p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 19 out. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 469**. Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj_0469.htm>. Acesso em: 17 out. 2013.

_____. _____. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1.341.183/PB**. Agravante: Unimed Campina Grande Cooperativa de Trabalho Médico Ltda. Agravado: Antonio Ferreira Braga. Relator: Ministro Massami Uyeda. Dje, 20 abr. 2012. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21521986/agravo-regimental-no-agravo-de-instrumento-agrg-no-ag-1341183-pb-2010-0155289-9-stj/relatorio-e-voto-21521988>>. Acesso em: 18 out. 2013.

_____. _____. **Recurso Especial nº 1.228.904 – SP**. Recorrente: Neuza Nelli Padilha. Recorrido: Sul América Companhia de Seguro Saúde. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Dje, 08 mar. 2013. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23074372/recurso-especial-resp-1228904-sp-2010-0220774-0-stj>>. Acesso em: 20 out. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 493 DF**. Requerente: Procurador Geral da República. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Moreira Alves. DJ, 04 set. 1992. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14708894/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-493-df?ref=home>>. Acesso em: 22 out. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº **707.286 – RJ**. Agravante: Golden Cross Assistência Internacional de Saúde Ltda. Agravado: Glicéria Victal. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Dje, 18 dez. 2009. Disponível em:

<<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8632439/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-707286-rj-2004-0169313-7>>. Acesso em: 20 out. 2013.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CESÁRIO, Russ Howel Henrique. A relativização da coisa julgada inconstitucional e o princípio da segurança jurídica. **Revista Direito e Liberdade**. Mossoró, v. 9, n. 2, p. 257-274, jul/dez 2008. Disponível em: <http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/125/141>. Acesso em: 5 out 2013.

CONSELHO DE SAÚDE SUPLEMENTAR. **Resolução nº 06**, de 03 de Novembro de 1998. Dispõe sobre critérios e parâmetros de variação das faixas etárias dos consumidores para efeito de cobrança diferenciada, bem como de limite máximo de variação de valores entre as faixas etárias definidas para planos e seguros de assistência à saúde. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/index2.php?option=com_legislacao&view=legislacao&task=PDFAtualizado&format=raw&id=312>. Acesso em: 15 out. 2013.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. rev. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2010.

DALLARI, Sueli Gandolfi. The right to health. **Revista de Saúde Pública**. São Paulo, v. 22, n. 1, fev. 1988. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89101988000100008&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 07 out. 2013.

DIMOULIS, Dimitri. Anotações sobre “Neoconstitucionalismo” (e sua crítica). **Revista Direito GV (working papers)**. São Paulo. Ano mar. 2008, n. 17. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2856/WP17.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 15 jan 2013.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. O ato jurídico perfeito e a segurança jurídica no controle da constitucionalidade. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord). **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2 ed., rev. e ampl. 1. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 209-259.

NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 09 out. 2013.

OMS. **Constitución de la Organización Mundial de La Salud**. Disponível em:

<<http://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd47/SP/constitucion-sp.pdf>>. Acesso em: 09 out. 2013.

SALVATORI, Rachel Torres; VENTURA, Carla A. Arena. A agência nacional de saúde suplementar - ANS: onze anos de regulação dos planos de saúde. **Organizações & Sociedade**. Brasília.v. 19, n. 62, out. 2012. Disponível em: <<http://www2.revistaoes.ufba.br/viewarticle.php?id=1097>>. Acesso em: 10 out. 2013.

SARLET, I.; MARINONI, L.; MITIDIERO, D. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

STF – Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpúb/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=3959903>>. Acesso em: 05 out. 2013.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

TOLEDO, Cláudia. **Direito adquirido e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Landy: 2003.