

VOTO

A Senhora Ministra Rosa Weber (Relatora): 1. Trata-se, na origem, de ação proposta por [REDACTED], ora recorrida, contra [REDACTED]. – ora recorrente, com vista à declaração de nulidade da cláusula em que previsto o reajuste dos valores referentes ao plano de saúde contratado, diante do incremento da faixa etária da contratante.

A 3ª Turma Recursal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul manteve a sentença que julgara parcialmente procedente o pedido inicial e declarou a abusividade do aumento previsto no contrato firmado entre as partes, substituindo-o pelo reajuste autorizado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). Eis a ementa do acórdão recorrido:

“PLANO DE SAÚDE. AUMENTO DA CONTRIBUIÇÃO EM RAZÃO DE INGRESSO EM FAIXA ETÁRIA DIFERENCIADA. PREVISÃO CONTRATUAL. AUMENTO DE 50%. ABUSIVIDADE CONFIGURADA. APLICAÇÃO SIMULTÂNEA DA LEI 9.565/98 E DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL. UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO. 1. Dentre os novos sujeitos de direito que o mundo pós-moderno identifica, a Constituição Federal de 1988 concede uma proteção especial a dois deles, que interessa ao tema dos planos de saúde: o consumidor e o idoso. Disto resultam alguns efeitos no âmbito do direito privado, destacam-se uma comprometida interpretação da lei e das cláusulas contratuais e um maior rigor no controle de cláusulas abusivas. 2. O idoso é um consumidor duplamente vulnerável, necessitando de uma tutela diferenciada e reforçada” (Terceira Turma Recursal, Recurso Inominado nº 71002228070, Comarca de Santa Cruz do Sul).

Consignou o Juízo a quo :

“(…) prepondera na questão sub judice o disposto no art. 230 da CF /88 e na Lei n. 10.741/03 (Estatuto do Idoso), art. 15, § 3º, configurandose abusiva a majoração acentuada das contraprestações pecuniárias em função da idade.

Segundo o entendimento que veio a predominar junto às demais Turmas, não se reconhece afronta ao princípio da irretroatividade por se tratar de contrato de longa duração, renovado por prazo indeterminado e de que à época da celebração já vigorava o Código do Consumidor.

Daí, a ineficácia, por abusividade, da cláusula que possibilitava, futuramente, colocar o consumidor em desvantagem exagerada, inviabilizando até mesmo a continuidade da contratação.

(...)

Portanto, considerando os fundamentos expostos, tenho por indevida a majoração da mensalidade do plano de saúde em função da alteração da faixa etária do beneficiário” (doc. 01; fls. 177-9).

Noticia a recorrente, nas razões do extraordinário, que “as partes contrataram, em 1999, plano de saúde, na vigência da Lei 9.656 de 1998, Lei dos Planos de Saúde (LPS), antes do Estatuto do Idoso (ESTATID)” .

Afirma que “no contrato consta, de forma clara, que são estabelecidas sete faixas etárias, cada uma com determinada variação de percentual sobre o valor básico” e que “o recorrido, em novembro de 2005, teve reajustada sua mensalidade, conforme o contrato, de R\$ 151,20 (cento e cinquenta e um reais e vinte centavos) para R\$ 226,80 (duzentos e vinte e seis reais e oitenta centavos), em virtude de haver completado 70 (setenta anos)” .

Sustenta que há consonância da cláusula contratual atacada com a Lei dos Planos de Saúde e que “a recomposição de mensalidade de um plano que tem cobertura universal, para dois idosos, em 66% (sessenta e seis por cento), dado o valor pequeno da mensalidade básica, não configura qualquer abuso” .

Finalmente, argumenta que “a norma legal, ainda que com caráter público, resta igualmente subordinada ao princípio constitucional de defesa do ato jurídico perfeito, pelo que não pode retroagir e alcançar contrato anterior à sua entrada em vigor” . Requer, por conseguinte, o provimento do recurso, à alegação de violação do art. 5º, XXXVI, da Constituição da República .

2. Em 08.4.2011, o Plenário do STF reconheceu, nos presentes autos, a repercussão geral do tema referente à “aplicação do Estatuto do Idoso a contrato de plano de saúde firmado anteriormente a sua vigência” (Tema 381), em acórdão assim ementado:

“PLANO DE SAÚDE. AUMENTO DA CONTRIBUIÇÃO EM RAZÃO DE INGRESSO EM FAIXA ETÁRIA DIFERENCIADA. APLICAÇÃO DA LEI 10.741/03 (ESTATUTO DO IDOSO) A CONTRATO FIRMADO ANTES DA SUA VIGÊNCIA. EXISTÊNCIA

DE REPERCUSSÃO GERAL” (RE 630.852-RG, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe 31.5.2011).

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

4. Rememoro que, na hipótese, as partes firmaram contrato de prestação de serviço de assistência suplementar à saúde no ano de 1999, na vigência, portanto, da Lei 9.656, de 03 de junho de 1998, em sua redação original.

Mencionado diploma legal, conhecido como Lei dos Planos de Saúde, dispõe, em seu art. 15, parágrafo único, na redação da Medida Provisória 2.177-44/2001:

“Art. 15. A variação das contraprestações pecuniárias estabelecidas nos contratos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei , em razão da idade do consumidor, somente poderá ocorrer caso estejam previstas no contrato inicial as faixas etárias e os percentuais de reajustes incidentes em cada uma delas, conforme normas expedidas pela ANS , ressalvado o disposto no art. 35-E.

Parágrafo único. É vedada a variação a que alude o caput para consumidores com mais de sessenta anos de idade, que participarem dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º, ou sucessores, há mais de dez anos.” (grifei)

Tal como narra o acórdão recorrido, o contrato objeto da controvérsia especificou, para cada faixa etária adimplida pela contratante, determinado percentual de reajuste a ser aplicado sobre o valor da mensalidade anterior, nos moldes estabelecidos no mencionado dispositivo.

De igual modo, por ocasião do atingimento de seus 60 (sessenta) anos – o que se deu em outubro de 2005 –, a ora recorrida teve reajustado o valor mensal do plano contratado na forma previamente estabelecida no instrumento.

No entanto, em 1º de janeiro de 2004, antes, portanto, do adimplemento da condição que deu causa ao novo reajuste, qual seja, o ingresso na faixa etária dos 60 (sessenta) aos 70 (setenta) anos, entrou em vigor a Lei 10.741, de 1º de outubro de 2003 – o Estatuto do Idoso –, que assim prevê:

“Art. 1º. É instituído o Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos .

(...)

Art. 15. É assegurada a atenção integral à saúde do idoso, por intermédio do Sistema Único de Saúde – SUS, garantindo-lhe o acesso universal e igualitário, em conjunto articulado e contínuo das ações e serviços, para a prevenção, promoção, proteção e recuperação da saúde, incluindo a atenção especial às doenças que afetam preferencialmente os idosos.

(...)

§ 3º. É vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade”. (destaquei)

A questão que se coloca, por conseguinte, adquire feições eminentemente constitucionais, por versar matéria de direito intertemporal, consistente em saber se, considerada a previsão constitucional de respeito ao ato jurídico perfeito, tem ou não aplicação imediata a novel legislação sobre o contrato firmado anteriormente à sua vigência.

5. O contrato de prestação de assistência suplementar à saúde ou, simplesmente, contrato de plano de saúde, figura como um exemplo típico das transformações trazidas pelo alvorecer do século XXI à vida civil. Em contraposição aos contratos individuais ou paritários, em que as partes contratantes, em posição de igualdade, discutiam e livremente estabeleciam os termos do ajuste de vontades, a conformação atual dos contratos de planos de saúde os faz figurar como exemplos emblemáticos de “contratos de adesão”.

Paralelamente, uma nova compreensão do Constitucionalismo passou a lançar suas luzes sobre as normas do Direito Privado e gestou o que o eminente Ministro Luiz Edson Fachin, em obra doutrinária, refere como “novas feições dadas aos institutos basilares do Direito Civil”.

Ao convocar a uma reflexão sobre o fenômeno da constitucionalização deste ramo do Direito, leciona o ilustre colega: “a propriedade, outrora de caráter absoluto, adquire, com a Constituição, um conteúdo funcionalizado; nas relações contratuais é reconhecida a superação do dogma da autonomia da vontade, fundado em uma igualdade formal, afastada da realidade fática; quanto à família – que se revela sob forma plural – coloca-se um direito vívido, e não mais como direito imposto e imaginário”.

A busca da igualdade material e a proteção do indivíduo em situação de vulnerabilidade constituem o mote fundante da profusa regulamentação hoje

existente – em níveis internacional, constitucional, legal e infralegal – , que deve nortear a interpretação dos ajustes privados de prestação de serviços de saúde.

Ora, os contratos relacionais, de modo geral – assim entendidos os de assistência suplementar à saúde –, visam a cobrir eventos que se projetam no tempo e constituem, por natureza, ajustes negociais de longa duração .

Nesse contexto, é possível que previsões contratuais não reguladas ou reguladas de determinado modo, à época da assinatura do documento, passem a sê-lo ou sejam diversamente regradas com o decurso do tempo, ao longo da vigência do contrato.

Isso porque o contrato é relacional e, por conseguinte, caracterizado pela adaptabilidade às novas circunstâncias que se apresentem . As prestações a que se vincula o consumidor são, por sua vez, duradouras e, desse modo, sujeitas a reajustes.

Na hipótese vertente, consoante previsão contratual erigida em 1999, a mensalidade do plano de saúde foi reajustada, em outubro de 2005, mês do adimplemento da idade de 60 anos pela beneficiária, em cerca de 55% (cinquenta e cinco por cento) a mais em relação ao valor cobrado no mês anterior.

Considerando que os contratos de prestação de assistência à saúde estabelecem entre particular contratante e empresa contratada uma duradoura relação de consumo , de forma escoreita entenderam as instâncias ordinárias fazer incidir a cláusula legal de não discriminação prevista no art. 15, § 3º, do Estatuto do Idoso, assegurada “às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos” , nos termos do art. 1º da referida Lei.

Nesse sentir, irretocável o seguinte excerto da decisão exarada pela Turma Recursal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

“Definido, assim, (1) que a proteção constitucional do consumidor e do idoso implica necessariamente uma interpretação favorável a esses sujeitos de direito de qualquer dispositivo legal ou cláusula contratual, sobrepondo-se esses princípios constitucionais ao princípio contraposto da liberdade de iniciativa (autonomia privada) na área da saúde; (2) firmado que o idoso é um consumidor duplamente vulnerável, a

merecer uma tutela ainda mais reforçada; assentado que o contrato de assistência à saúde é um contrato relacional, de longa duração. em que o aderente se vincula com a legítima expectativa de permanecer vinculado àquele plano por prolongado período de tempo, uma vez que sofrerá substanciais perdas econômicas em caso de troca de plano quando já alcançada idade avançada” (Terceira Turma Recursal, Recurso Inominado nº 71002228070, Comarca de Santa Cruz do Sul).

Isso porque há, de um lado, a relação jurídica contratual consumerista instituída de forma duradoura, firmada em 1999 – quando já estava em vigor o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990) – por prazo indeterminado, e, do outro, a edição de normas concretizadoras dos comandos constitucionais a fim de implementar os direitos fundamentais dos idosos e reduzir o espectro de desequilíbrio e discriminação .

Não há falar em situação que enseje a violação do ato jurídico perfeito. Certo é que o art. 5º, XXXVI, da Constituição da República impede a retroação da lei para prejudicar ato jurídico perfeito, direito adquirido e coisa julgada.

Incube-nos, inicialmente, verificar a real existência de proteção a ato jurídico perfeito na espécie e, em seguida, averiguar a possibilidade de retroação, mormente quanto à sua modalidade.

O contrato firmado foi perfeccionado no passado, quando sequer existente o Estatuto do Idoso. Os seus efeitos porém, são protraídos no tempo, configurando uma relação de consumo duradoura, de trato sucessivo, de execução continuada, cujo exercício perpassa a vigência de outros diplomas legais que regulem a matéria, mormente considerando a existência de condição. Desse modo, não há, falar, no ponto, em ato jurídico perfeito como óbice à tese agasalhada na decisão recorrida.

Explico:

É cediço que esta Casa possuiu entendimento contrário à possibilidade de retroatividade a fim de assegurar a máxima efetividade da norma constitucional carreada pelo art. 5º, XXXVI. E dessa ótica, aqui em jogo apenas a chamada retroatividade mínima, é dizer, a quem tempera relação jurídica constituída no passado, ao permitir que lei nova incida sobre os efeitos futuros, a partir de sua vigência.

No que atine aos arestos mais recentes, princípio por mencionar a ADI 1931, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio, julgada parcialmente procedente, em sessão plenária ocorrida em 07.02.2018.

Em sede cautelar, o Relator originário, Ministro Maurício Corrêa, havia determinado, no que importa referir, a suspensão da eficácia do art. 35-G, caput, incisos I a IV, parágrafos 1º, incisos I a V, e 2º, da já referida Lei 9.656/1998, na redação da Medida Provisória 1908-18/1999. Consignou o então Relator, em seu voto condutor:

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

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

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

Defiro, em consequência, o pedido liminar nesta parte, para excluir do texto a expressão ‘atuais e’, por entender violada a garantia do ato jurídico perfeito e do direito adquirido, na esteira da jurisprudência do Tribunal (...).” (ADI 1931 MC, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 21.8.2003, DJ 28-052004 PP-00003 EMENT VOL-02153-02 PP-00266, destaquei)

No julgamento de mérito, este Tribunal, à unanimidade, declarou a inconstitucionalidade dos arts. 10, § 2º, e 35-E da Lei 9.656/1998, bem como do art. 2º da Medida Provisória 2.177-44/2001. Entendeu-se, em suma, que a previsão de incidência da norma sobre contratos preexistentes, firmados sob a égide de disciplina legal anterior, ofenderia os princípios do direito adquirido e do ato jurídico perfeito:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – NORMA ATACADA – ALTERAÇÃO – PREJUÍZO. A superveniente modificação da norma impugnada, sem aditamento à inicial, implica o prejuízo do controle concentrado de constitucionalidade. PLANOS DE

SAÚDE – REGÊNCIA – OBSERVÂNCIA. Os planos de saúde submetem-se aos ditantes constitucionais, à legislação da época em que contratados e às cláusulas deles constantes – considerações” (ADI 1931, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 07.02.2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-113 DIVULG 07.6.2018 PUBLIC 08.6.2018, destaquei).

Na esteira desse entendimento, é possível extrair, como primeira conclusão, que a cláusula de não discriminação prevista no Estatuto do Idoso não se mostra hábil a alterar situações já consolidadas.

É dizer, os reajustes aplicados em razão do adimplemento das faixas etárias iguais ou superiores a 60 (sessenta) anos, quando completadas as idades antes da entrada em vigor do novo regramento e ausente qualquer outra causa de nulidade, devem ser tidos como válidos e regulares, sob pena de afronta aos princípios insculpidos no inciso XXXVI do art. 5º da Carta Magna.

Diferentemente, contudo, da hipótese versada no citado precedente, em que regulação posterior pretendeu alterar situações fáticas já constituídas e foram, por conseguinte, tidas por inconstitucionais, aqui se questiona se norma de ordem pública atinge, ao entrar em vigor, cláusulas contratuais sujeitas a condições que ainda não se verificaram.

Isso porque ocorrido o implemento da condição etária – é dizer, 60 anos de idade – já sob a vigência do novel Estatuto protetivo, ainda que o contrato tenha sido firmado à luz da legislação anterior. Quanto ao ponto, não há falar em ato jurídico perfeito, a servir como tal como óbice, antes de perfeccionada a condição. Apenas quando esta é satisfeita – evento futuro e incerto - é que tem lugar a incidência da regulação atinente à matéria. O ato jurídico, enfim, perfectibiliza-se e cria o direito ao reajuste. Esse, porém, é obstado caso, ao findar o período de incerteza, haja norma limitadora da sua efetivação. Nessa hipótese, não há o direito ao reajuste definido. Enfim, “ o período de incerteza caracteriza-se pela criação de expectativa. O titular do direito condicional não possui, em outras palavras, direito atual”.

O artigo 6º, § 1º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro assim prevê: “ Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou ”. Embora a contratação efetivamente tenha sido consumada, a cláusula etária não o foi, já que se refere a uma condição a ser implementada ou não. Só então o ato se perfaz por completo,

no ponto, e cria o direito ao reajuste. Não há, a rigor, uma retroação para regular um fato consumado, mas, sim, a incidência da legislação contemporânea ao fato que, outrora pendente, veio a ocorrer. É a lei do presente que regula o fato ocorrido sob a sua vigência.

In casu , uma vez em vigor o Estatuto do Idoso no momento do implemento da idade – que, ressalto, transforma quem era apenas consumidor em consumidor-idoso e, como tal, merecedor de especial proteção –, não se pode cogitar do óbice invocado à sua aplicação.

O atingir da idade estaria a implicar a majoração substancial da prestação com fundamento única e exclusivamente na faixa etária em que ingressa o consumidor, a revelar critério discriminatório . Delineada onerosidade excessiva em desfavor do idoso, a ser rechaçada e impedida à luz das normas internacionais, constitucionais e legais. Não foi outro o desiderato do Estatuto do Idoso: repelir a majoração de mensalidades de plano de saúde de modo discriminatório, oneroso e abusivo .

Entendo, como supra explicado, que o caráter condicional da idade afasta a configuração do ato jurídico perfeito no ponto. Ademais, por outro viés, não é demasiado rememorar que esta Suprema Corte tem entendimento assente que permite a revisão judicial de contratos para coibir enriquecimento sem causa. Transcrevo ementas nesse sentido:

“Agravos regimentais no agravo de instrumento. Direito Civil. Princípio da legalidade. Ato jurídico perfeito. Revisão judicial dos contratos para coibir enriquecimento sem causa. Possibilidade. Contrato de mútuo. Legislação infraconstitucional. Ofensa reflexa. Cláusulas contratuais. Fatos e provas. Reexame. Impossibilidade. Precedentes. 1. A afronta aos princípios da legalidade, do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, dos limites da coisa julgada ou da prestação jurisdicional, quando depende, para ser reconhecida como tal, da análise de normas infraconstitucionais, configura apenas ofensa indireta ou reflexa à Constituição Federal. 2. A jurisprudência da Corte é de que a garantia constitucional do ato jurídico perfeito não elide a possibilidade da revisão judicial do contrato para coibir enriquecimento sem causa. 3. Inadmissível, em recurso extraordinário, a análise da legislação infraconstitucional e o reexame de cláusulas contratuais e do conjunto fático-probatório da causa. Incidência das Súmulas nºs 636, 454 e 279/STF. 4. Agravo regimental não provido” (AI 863832 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda

Turma, julgado em 01.3.2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-051 DIVULG 17.3.2016 PUBLIC 18.3.2016, destaqui).

“Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Direito Civil e do Consumidor. Negativa de prestação jurisdicional. Não ocorrência. Ato jurídico perfeito. Revisão judicial dos contratos para coibir enriquecimento ilícito. Possibilidade. Contrato de plano de saúde. Tratamento fora da rede conveniada. Reembolso. Legislação infraconstitucional. Ofensa reflexa. Cláusulas contratuais. Fatos e provas. Reexame. Impossibilidade. Precedentes. 1. A jurisdição foi prestada pelo Tribunal de origem mediante decisão suficientemente motivada (AI nº 791.292-QO-RG, Relator o Ministro Gilmar Mendes). 2. A jurisprudência da Corte é de que a garantia constitucional do ato jurídico perfeito não elide a possibilidade da revisão judicial do contrato para coibir enriquecimento sem causa. 3. Inadmissível, em recurso extraordinário, a análise da legislação infraconstitucional e o reexame de cláusulas contratuais e do conjunto fático-probatório da causa. Incidência das Súmulas nºs 636, 454 e 279/STF. 4. Agravo regimental não provido” (ARE 871648 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 26.5.2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-128 DIVULG 30.6.2015 PUBLIC 01.7.2015, destaqui).

Colho, ainda, os seguintes precedentes: ARE 873545 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI; AI 774422 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI; AI 580966 AgR, Relator(a): Min. MENEZES DIREITO; AI 587727 AgR, Relator (a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE.

Propugno, portanto, que se assente que a invocação da garantia constitucional do ato jurídico perfeito não elide a possibilidade de incidência do Estatuto do Idoso quando o ingresso em faixa etária diferenciada for posterior à sua vigência (1º.1.2004), ainda que se trate de contratos de plano de saúde anteriormente firmados .

A contrario sensu, a salvaguarda dos direitos adquiridos e dos atos jurídicos perfeitos, regra basilar do constitucionalismo moderno, prevista no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal aperfeiçoa-se diante da impossibilidade de a nova norma atingir situações já consolidadas, como, por exemplo, os reajustes por alteração de faixa etária já concluída à época da entrada em vigor do Estatuto. Não é este, porém, o caso dos autos.

E em reforço argumentativo calha asseverar que o mesmo artigo 5º da Constituição Federal, cujo inciso XXXVI é invocado no presente recurso como

norma supostamente violada, apresenta, no seu caput, a vedação da discriminação, ao estabelecer o princípio da igualdade sem distinção de qualquer natureza, inclusive, vale frisar, quanto à idade.

Não é demasiado deixar claro que a lei ora em debate apenas traz concretude à isonomia constitucionalmente prevista, de forma que a interpretação no sentido da inconstitucionalidade – e, por consequência, de vedação – de aumento de valor unicamente fundado em razão da idade avançada deflui da própria Constituição Federal.

Nessa linha de raciocínio jurídico, tenho que os institutos civilistas tradicionais devem ser objeto, sempre, da sua propalada “releitura”, à luz da igualmente multicitada constitucionalização do direito privado. O caso, à primeira vista meramente contratual, requer, em verdade, seja atingido o equilíbrio jurídico-constitucional por meio da ponderação entre normas que vedam a discriminação; garantem o direito à saúde; protegem a segurança jurídica; tutelam o consumidor; e amparam o idoso.

A preponderância dos direitos fundamentais não leva à limitação da segurança. Preciso, no aspecto, o magistério de José Afonso da Silva:

“E é também aqui que a segurança pode harmonizar-se com o valor do justo, na medida em que a Constituição tem por missão assegurar a vigência e eficácia do princípio da dignidade da pessoa humana, em que se centram todas as demais manifestações dos direitos fundamentais do homem. Direito seguro nem sempre é direito justo. A história está repleta de exemplos de ordenamentos positivos injustos, como foi o nazi-fascista e outros sistemas autoritários, tal o regime militar brasileiro, que continha o máximo de segurança por meio de uma ordem jurídica excepcional voltada para sua própria garantia, sem consideração alguma para com o princípio da justiça. (...) A segurança do direito, neste sentido, não se compadece com as profundas desigualdades e misérias de milhões”.

Também Flávia Piovesan observa:

“O princípio da dignidade humana e o reconhecimento do ser humano como fim e não como meio impõem o comprometimento com o direito à segurança de direitos, em detrimento da segurança a despeito dos direitos, seja no âmbito dos direitos civis e políticos, seja no âmbito dos direitos sociais, econômicos e culturais”.

Supera-se a visão individualista , a fim de atender às necessidades e aos direitos sociais, registrando Orlando Gomes:

“Sob a influência de fatos e ideias que dispensam registros, desencadeou-se irreprimível reação ao individualismo jurídico. Essa reação, iniciada timidamente no crepúsculo do século passado, ganhou ímpeto, repercutindo na legislação, apesar de resistência que ainda se lhe impõe. Mas, as transformações na ordem econômica e política da sociedade, aceleradas por acontecimentos decisivos no processo histórico, contribuíram para a mudança de orientação na experiência jurídica.

Não se pode definir, com segurança, o sentido dessa mudança. Será, para alguns, o da simples humanização do Direito, o da sua democratização, ou de sua socialização. Não importa, porém, a qualificação que se dê ao movimento revisionista. O que se não pode contestar é que o pensamento jurídico evoluiu no sentido de consagrar a supremacia dos interesses coletivos sobre os individuais. A preocupação de dar satisfação às necessidades sociais determinou profunda modificação no modo de conceber e tratar os direitos individuais na esfera privada ao ponto de se tornar irrecusável a afirmação de que o Direito Civil está sofrendo transformações radicais, à medida que concilia a liberdade do indivíduo com a justiça social”.

Impõe-se a cooperação contratual , como aborda Cristiano Heineck Schmitt:

“Exigir um aumento da mensalidade do plano para quem ingressa na restrição da capacidade laboral, como é a situação do idoso, os quais, em geral, percebem uma aposentadoria defasada, redundaria em violar a cooperação contratual, dever anexo que pode também ser extraído da boa-fé objetiva. A obrigação, o contrato, deve ser um espaço de satisfações mútuas, e não de exploração do fraco pelo forte”.

Como corolário, promove-se a boa-fé objetiva, mormente no que concerne à sua função corretiva , e afasta-se o dogma da intangibilidade dos efeitos do contrato, como observa Orlando Gomes: “ Está abalado o princípio da força obrigatória das convenções, pelo qual os efeitos do contrato teriam de se produzir, quaisquer que fossem as circunstâncias ou as conseqüências. O legislador intervém, a cada instante, na economia dos contratos, ditando medidas que, tendo aplicação imediata, lhe alteram os efeitos.

Valiosa, também, a reflexão de Antunes Varela:

“No segundo e terceiro quartéis do presente século, com o movimento de socialização da economia e o contínuo fortalecimento dos princípios de justiça social, o regime dos contratos sofreu uma progressiva e notória transformação. Acentuou-se cada vez mais, a partir da legislação vinculística do arrendamento e do aperfeiçoamento da legislação laboral, a intervenção do Estado na própria área dos contratos, anteriormente considerados como o feudo da livre iniciativa dos particulares. Com o ideal de justiça social multiplicou-se o número das normas imperativas destinadas, por um lado, a proteger, em diversos contratos típicos, a situação da parte considerada social ou economicamente mais débil e, por outro, a tutelar certos valores que no domínio dos negócios jurídicos ascenderam à zona dos interesses de ordem pública”. (destaquei)

À luz desse contexto, perfeitamente cabível, pois, a aplicação do Estatuto do Idoso aos contratos em curso e com pendência do implemento da condição etária quando da sua vigência, exatamente em razão: (i) da natureza continuada da relação consumerista travada; (ii) da ausência de configuração de ato jurídico perfeito antes de satisfeita a condição consistente no implemento do requisito etário; (iii) da vulnerabilidade de um dos polos do contrato, a merecer a tutela constitucional, mormente no que tange à isonomia; (iv) do caráter de ordem pública do Estatuto do Idoso.

Rememoro, in casu, que o Estatuto do Idoso insere-se em um espectro de normas que compõem o arcabouço protetivo dos idosos no nosso país. Em especial, invoco, além das já mencionadas:

“ Constituição Federal

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

(...)

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

(...)

Art. 230 . 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”.

“Estatuto do Idoso

Art. 1º É instituído o Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

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.

Art. 3º É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

§ 1º A garantia de prioridade compreende:

(...)

VIII – garantia de acesso à rede de serviços de saúde e de assistência social locais.

(...)

Art. 8º O envelhecimento é um direito personalíssimo e a sua proteção um direito social, nos termos desta Lei e da legislação vigente.

Art. 9º É obrigação do Estado, garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade.

(...)

Art. 15 . É assegurada a atenção integral à saúde do idoso, por intermédio do Sistema Único de Saúde – SUS, garantindo-lhe o acesso universal e igualitário, em conjunto articulado e contínuo das ações e serviços, para a prevenção, promoção, proteção e recuperação da saúde, incluindo a atenção especial às doenças que afetam preferencialmente os idosos.

(...)

§ 3º É vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade.

(...)

Art. 96 . Discriminar pessoa idosa, impedindo ou dificultando seu acesso a operações bancárias, aos meios de transporte, ao direito de contratar ou por qualquer outro meio ou instrumento necessário ao exercício da cidadania, por motivo de idade:

Pena – reclusão de 6 (seis) meses a 1 (um) ano e multa.

§ 1º Na mesma pena incorre quem desdenhar, humilhar, menosprezar ou discriminar pessoa idosa, por qualquer motivo.

(...)

Art. 97 . Deixar de prestar assistência ao idoso, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, em situação de iminente perigo, ou recusar, retardar ou dificultar sua assistência à saúde, sem justa causa, ou não pedir, nesses casos, o socorro de autoridade pública:

Pena – detenção de 6 (seis) meses a 1 (um) ano e multa”.

(destaquei)

“ Código de Defesa do Consumidor

(...)

Art. 39 . É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

IV - prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade , saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços”. (destaquei)

“Lei nº 8.842, de 4 de janeiro de 1994

(...)

Art. 3º A política nacional do idoso reger-se-á pelos seguintes princípios:

I - a família, a sociedade e o estado têm o dever de assegurar ao idoso todos os direitos da cidadania, garantindo sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade, bem-estar e o direito à vida;

(...)

III - o idoso não deve sofrer discriminação de qualquer natureza.”

No âmbito do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos , do qual o Brasil faz parte, destaco o artigo 1º da Convenção Americana de Direitos Humanos:

“ Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos

1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.”

Quanto ao Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – Protocolo de San Salvador –, no Brasil promulgado pelo Decreto 3.321, de 30 de dezembro de 1999, confirmam-se:

“ Artigo 3. Obrigação de não discriminação

Os Estados Partes neste Protocolo comprometem-se a garantir o exercício dos direitos nele enunciados, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

(...)

Artigo 10. Direito à saúde

1. Toda pessoa tem direito à saúde, entendida como o gozo domais alto nível de bem-estar físico, mental e social.

2. A fim de tornar efetivo o direito à saúde, os Estados Partescomprometem-se a reconhecer a saúde como bem público e, especialmente, a adotar as seguintes medidas para garantir este direito:

(...)

f. Satisfação das necessidades de saúde dos grupos de mais alto risco e que, por sua situação de pobreza, sejam mais vulneráveis.

(...)

Artigo 17. Proteção de pessoas idosas

Toda pessoa tem direito à proteção especial na velhice. Nesse sentido, os Estados Partes comprometem-se a adotar de maneira progressiva as medidas necessárias a fim de pôr em prática este direito e, especialmente, a:

a. Proporcionar instalações adequadas, bem como alimentação e assistência médica especializada, às pessoas de idade avançada que careçam delas e não estejam em condições de provê-las por seus próprios meios;

b) executar programas de trabalho específicos, destinados a proporcionar a pessoas idosas a possibilidade de realizar atividades produtivas adequadas às suas capacidades, respeitando sua vocação ou desejos;

c. Promover a formação de organizações sociais destinadas a melhorar a qualidade de vida das pessoas idosas.”

Por fim, ainda no que tange ao sistema interamericano, registro que os membros da Organização do Estados Americanos celebraram, em 15 de junho de 2015, a Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos

dos Idosos , a fim de prover a tutela específica desse grupo vulnerável. Embora a ratificação pelo Brasil não tenha sido concluída, é importante notar que se trata de um significativo avanço na proteção dos direitos humanos, que deve, desde já, nortear a interpretação e a efetivação dos direitos dos idosos . Cumpre enfatizar que, malgrado a pendência de ratificação, foi editada, em 2018, a Lei 13.646, de 9 de abril de 2018, com os seguintes termos:

“Art. 1º Fica instituído o ano de 2018 como o Ano de Valorização e Defesa dos Direitos Humanos da Pessoa Idosa, em alusão ao processo de ratificação, pelo Brasil, da Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos.

Parágrafo único. Durante o Ano de Valorização e Defesa dos Direitos Humanos da Pessoa Idosa, serão empreendidas ações como: I - realização de palestras e eventos sobre o tema;

II - divulgação da Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos por meio de material educativo e campanhas publicitárias;

III - articulação conjunta com órgãos da administração pública, com o Poder Legislativo e o Poder Judiciário para incentivar ações de valorização da pessoa idosa, no âmbito de suas competências;

IV - outras medidas que se proponham a esclarecer e sensibilizar a população acerca dos direitos da pessoa idosa.

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.”

Forte na tutela do idoso, incumbe a esta Casa considerar a Convenção ao julgamento do presente recurso extraordinário. Transcrevo, pois, fração de interesse do aludido documento internacional:

“ Artigo 1º. Objetivo e âmbito de aplicação

O objetivo da Convenção é promover, proteger e assegurar o reconhecimento e o pleno gozo e exercício, em condições de igualdade, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais do idoso, a fim de contribuir para sua plena inclusão, integração e participação na sociedade.

O disposto na presente Convenção não deve ser interpretado como uma limitação a direitos ou benefícios mais amplos ou adicionais reconhecidos pelo direito internacional ou pelas legislações internas dos Estados Partes em favor do idoso.

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados nesta Convenção não estiver garantido por disposições legislativas ou de

outro caráter, os Estados Partes se comprometem a adotar, segundo seus procedimentos constitucionais e as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outro caráter necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

Os Estados Partes somente poderão estabelecer restrições e limitações ao gozo e exercício dos direitos estabelecidos na presente Convenção mediante leis promulgadas com o objetivo de preservar o bem-estar geral dentro de uma sociedade democrática, na medida em que não contradigam o propósito e razão dos mesmos.

As disposições da presente Convenção aplicar-se-ão a todas as partes dos Estados federais, sem limitações ou exceções.

(...)

Artigo 3º

São princípios gerais aplicáveis à Convenção:

- a) A promoção e defesa dos direitos humanos e liberdades fundamentais do idoso.
- b) A valorização do idoso, seu papel na sociedade e sua contribuição ao desenvolvimento.
- c) A dignidade, independência, protagonismo e autonomia do idoso.
- d) A igualdade e não discriminação.
- e) A participação, integração e inclusão plena e efetiva na sociedade.
- f) O bem-estar e cuidado.
- g) A segurança física, econômica e social.
- h) A autorrealização.
- i) A equidade e igualdade de gênero e enfoque do curso de vida.
- j) A solidariedade e o fortalecimento da proteção familiar e comunitária.
- k) O bom tratamento e a atenção preferencial.
- l) O enfoque diferencial para o gozo efetivo dos direitos do idoso.
- m) O respeito e a valorização da diversidade cultural.
- n) A proteção judicial efetiva.
- o) A responsabilidade do Estado e a participação da família e da comunidade na integração ativa, plena e produtiva do idoso dentro da sociedade, bem como em seu cuidado e atenção, de acordo com a legislação interna.

(...)

Artigo 5º. Igualdade e não discriminação por razões de idade
Fica proibida pela presente Convenção a discriminação por idade na velhice.

Os Estados Partes desenvolverão enfoques específicos em suas políticas, planos e legislações sobre envelhecimento e velhice, com relação aos idosos em condição de vulnerabilidade e os que são vítimas de discriminação múltipla, incluindo as mulheres, as pessoas com deficiência, as pessoas de diversas orientações sexuais e identidades de gênero, as pessoas migrantes, as pessoas em situação de pobreza ou marginalização social, os afrodescendentes e as pessoas pertencentes a povos indígenas, as pessoas sem teto, as pessoas privadas de liberdade, as pessoas pertencentes a povos tradicionais, as pessoas pertencentes a grupos étnicos, raciais, nacionais, linguísticos, religiosos e rurais, entre outros.

Artigo 6º. Direito à vida e à dignidade na velhice

Os Estados Partes adotarão todas as medidas necessárias para garantir ao idoso o gozo efetivo do direito à vida e o direito a viver com dignidade na velhice até o fim de seus dias, em igualdade de condições com outros setores da população.

Os Estados Partes tomarão medidas para que as instituições públicas e privadas ofereçam ao idoso um acesso não discriminatório a cuidados integrais, incluindo os cuidados paliativos, evitem o isolamento e abordem apropriadamente os problemas relacionados com o medo da morte dos enfermos terminais e a dor e evitem o sofrimento desnecessário e as intervenções fúteis e inúteis, em conformidade com o direito do idoso a expressar o consentimento informado.

(...)

Artigo 19. Direito à saúde

O idoso tem direito à saúde física e mental, sem nenhum tipo de discriminação.”

Trata-se, como visto, de robusto arcabouço normativo de ordem pública que demonstra as preocupações nacional e internacional na promoção dos direitos dos idosos, como forma de ampliação do rol de garantias que mitiguem a situação de vulnerabilidade em que se encontram.

Emblemático o caso *Poblete Vilches y Otros vs. Chile*, julgado em 8 de março de 2018, por meio do qual a Corte Interamericana de Direitos Humanos, promoveu a proteção direta dos direitos sociais, ao declarar o direito à saúde do Sr. Vinicio Antonio Poblete Vilches – idoso –, sem discriminação e com igualdade. A Corte destacou, pela primeira vez, o direito

das pessoas idosas em matéria de saúde, cuja proteção reforçada deve ser observada tanto no âmbito público quanto no privado :

“127. Tales instrumentos internacionales reconocen un catálogo mínimo de derechos humanos, cuyo respeto es imprescindible para el más alto desarrollo de la persona mayor em todos los aspectos de su vida y en las mejores condiciones posibles, destacando en particular el derecho a la salud. Asimismo, las personas mayores, tienen derecho a una protección reforzada y, por ende, exige la adopción de medidas diferenciadas. Respecto al derecho a la salud, sea en la esfera privada como en la pública, el Estado tiene el deber de asegurar todas las medidas necesarias a su alcance, a fin de garantizar el mayor nivel de salud posible, sin discriminación. Se desprende también un avance en los estándares internacionales en materia de derechos de las personas mayores, al entender y reconocer la vejez de manera digna y por ende el trato frente a ella. Así, resalta en la región diversas agendas de mayor inclusión del adulto mayor en las políticas públicas, a través programas de sensibilización y valorización del adulto mayor en la sociedad, la creación de planes nacionales para abordar el tema de la vejez de manera integral, así como también sus necesidades, la promulgación de leyes y la facilitación del acceso a sistemas de seguridad social ”.

Nesse cenário, o § 3º do artigo 15 do Estatuto do Idoso compõe um espectro de normatividade pública que tem efeito imediato e sobrepuja interesses individuais , a fim de prestigiar a finalidade social de proteção à saúde do idoso e a garantia da sua dignidade como valor-fonte.

O regime democrático instaurado pela Constituição de 1988 e concretizado pelo rol de direitos fundamentais deve nortear a construção de um direito ao envelhecimento digno , mediante uma ampla inclusão social do idoso, que compõe um grupo que merece uma tutela especial do Estado.

Com efeito, o idoso contratante figura como parte duplamente hipossuficiente, exatamente por ser consumidor e idoso, e senão triplamente, por constituírem-se os seguros e planos de saúde privados, em sua larga maioria, em contratos de adesão. Verifica-se, pois, uma vulnerabilidade extrema e agravada , a atrair a tutela jurídica em conformidade e convergência com esse padrão internacional de promoção e defesa dos direitos humanos dos idosos e implementação da dignidade. Nessa perspectiva, “ embora nos direitos humanos internacional e nacionalmente protegidos a linha de dignidade igual tenda a ter um significado menor, em oposição ao foco

estrito em cada direito fundamental separadamente, ela ainda faz sua parte como um princípio jurídico no desenvolvimento do direito legislativo e judicial”.

Longe de configurar inconstitucionalidade, a aplicação do Estatuto do Idoso efetiva normas constitucionais e internacionais . Com base nessa compreensão, escorreito o entendimento do Juízo a quo que reputou discriminatório o reajuste dependente exclusivamente da idade, condição ainda não adimplida à época da entrada em vigor da nova lei.

6. Ante o exposto, conheço do recurso extraordinário e nego-lhe provimento, propondo a seguinte tese para Repercussão Geral:

“A garantia constitucional do ato jurídico perfeito não elide a incidência da Lei 10.741/2003 - a vedar a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade -, quando o ingresso em faixa etária diferenciada for posterior à vigência do denominado Estatuto do Idoso (1º.1.2004), ainda que se trate de contratos de plano de saúde anteriormente firmados.”

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 19/06/2020 00:00