

Plano de saúde e reajuste por mudança de faixa etária: jurisprudência, interpretação e precedentes

*Leonardo Manso Vicentin*¹

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

1. Introdução

A validade da cláusula dos contratos de plano de saúde que prevê o reajuste das mensalidades em razão da mudança da faixa etária representa, atualmente, questão de alta indagação, capaz de gerar divergências interpretativas em todas as instâncias do Poder Judiciário brasileiro.

A controvérsia não reside, propriamente, na variação das contraprestações pecuniárias em virtude da idade do consumidor. Trata-se de característica intrínseca ao contrato de plano de saúde, cujo equilíbrio atuarial pressupõe a constante adequação do preço² ao natural incremento do risco pelo avançar da idade do beneficiário. Não há relevante controvérsia a respeito:

¹ Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da USP. Pós-Graduado em Direito do Consumidor pela Escola Paulista da Magistratura. Autor de livro e artigos em Direito Processual Civil.

² Maury Ângelo Bottesini e Mauro Conti Machado conceituam: “as contribuições pecuniárias estabelecidas nos contratos são, na verdade, uma nova denominação de preço. É o preço, elemento essencial de todos os contratos – *res, pretium, consensus*. A lei não ‘tabela’ o preço dos contratos, como poderia parecer. Apenas estabelece um produto – tipo de contrato – para cada faixa etária, que é um dos fatores determinantes do preço das mensalidades dos planos e dos seguros-saúde”. Nessa perspectiva, “em razão do decurso do tempo o consumidor é obrigado a ‘mudar de faixa’, o que corresponde a ‘contratar novamente’, passando para contrato específico para a faixa etária seguinte, mantendo todas as vantagens que tinha anteriormente, mas tendo que pagar o preço da mensalidade desse novo contrato. [...] É certo que a expressão ‘percentuais de reajuste’ existente no texto do art. 15 da Lei 9.656 traz consigo a ideia de elevação do preço, o que não deixa de ser verdadeiro [...]. O fator ‘idade do usuário’ dos planos e seguros privados de assistência à saúde implica, na verdade, continuação do contrato anterior com a estipulação do novo valor da mensalidade” (*Lei dos planos e seguros de saúde comentada*: artigo por artigo. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 147-149.).

Não resta dúvida que a idade do consumidor e de seus dependentes é fator objetivo que aumenta de modo significativo o risco de internações e despesas médicas, o que altera a equação econômica e equilíbrio do contrato. Logo, o cálculo atuarial, que pauta o sinalagma de todo plano de saúde, pode ser recomposto tão logo atinja o segurado determinada idade. Tal cláusula é ínsita a contrato oneroso, aleatório e de trato sucessivo. (TJSP, Ap. Cível nº 558.238-4/5, rel. Francisco Loureiro).

As divergências se iniciam, no entanto, a partir da leitura do artigo 15 e parágrafo único da Lei 9.656/98 (Lei dos Planos de Saúde)³, contraposta à do artigo 15, parágrafo 3º da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso)⁴.

Enquanto o dispositivo da Lei dos Planos de Saúde prevê a possibilidade de variação do preço em razão da idade do consumidor – desde que respeitado o dever de informar e com exceção dos consumidores com mais de 60 anos de idade com contratos há mais de 10 anos, para quem a lei veda o reajuste –, a norma do Estatuto do Idoso, por seu turno, veda “a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade”⁵.

Surgiu então o debate. Essas normas conflitam entre si? Alcançar a condição pessoal de idoso veda, em absoluto, posteriores reajustes em razão da mudança de faixa etária, ou esta vedação afronta o equilíbrio do sinalagma do contrato de plano de saúde e inviabiliza a sua existência?

³ 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. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001).

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. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001).

⁴ Art. 15. [...] § 3º É vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade.

⁵ Vale lembrar que, para a Lei 10.741/03, são caracterizadas como idosas as “pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos” (art. 1º).

2. Exame da jurisprudência

2.1. Vedação do reajuste por mudança de faixa etária

O primeiro movimento pretoriano sinalizou posição restritiva quanto aos reajustes aplicáveis aos idosos.

De início, observou-se que os contratos-padrão oferecidos pelas operadoras de planos de saúde descumpriam o dever de informação imposto pelo sistema protetivo consumerista, e deixavam de estabelecer de forma clara e prévia as faixas etárias em que se aplicariam os reajustes, bem como os percentuais respectivos. Irrelevante, para essa conclusão, que o contrato tenha sido adaptado à Lei 9.656/98, eis que o cumprimento do dever de informação é corolário inexorável da boa-fé objetiva, diretriz do regramento privado como um todo⁶. Trata-se de questão prévia àquela que constitui o objeto deste artigo, mas imprescindível para iniciar seu enfrentamento.

Superado este ponto, é preciso anotar que o reajuste pelo avançar da idade após os sessenta anos foi rechaçado por um acórdão da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, que pode ser qualificado como paradigmático, de relatoria da Ministra Nancy Andrih⁷.

⁶ Confira-se, a título de exemplo, o seguinte julgado: “Antes mesmo da vigência da Lei nº 9.656/98, que em seu artigo 15 estabelece requisitos para tal reajuste, decorria da cláusula de boa-fé objetiva o dever do fornecedor de preestabelecer as faixas etárias de majoração e os respectivos percentuais, de modo a assegurar ao consumidor a necessária previsibilidade acerca do ônus financeiro acarretado pelo contrato cativo de longa duração. Da mesma forma, em observância ao dever de informação, igualmente integrante da mencionada cláusula geral, incumbia-lhe oportunizar ao contratante aderente o prévio e pleno conhecimento dessas regras contratuais. [...] Tal como prevista no instrumento, a majoração viola a boa-fé objetiva, resulta em desequilíbrio contratual e expõe o consumidor a exagerada desvantagem, na medida em que limita seu pleno acesso aos direitos fundamentais inerentes à natureza do contrato – proteção da vida e da saúde (art. 51, IV, e §1º, II e III, CDC). A cláusula de aumento, nesse contexto, é nula de pleno direito” (TJSP, 7ª Vara Cível de São Bernardo do Campo, Autos nº 1.528/2010, Juiz Dr. Guilherme Silveira Teixeira, 22.06.2011).

⁷ Direito civil e processual civil. Recurso especial. Ação revisional de contrato de plano de saúde. Reajuste em decorrência de mudança de faixa etária. Estatuto do idoso. Vedada a discriminação em razão da idade. O Estatuto do Idoso veda a discriminação da pessoa idosa com a cobrança de valores diferenciados em razão da idade (art. 15, § 3º). Se o implemento da idade, que confere à pessoa a condição jurídica de idosa, realizou-se sob a égide do Estatuto do Idoso, não estará o consumidor usuário do plano de saúde sujeito ao reajuste estipulado no contrato, por mudança de faixa etária [...]. Apenas como reforço argumentativo, porquanto não prequestionada a matéria jurídica, ressalte-se que o art. 15 da Lei nº 9.656/98 faculta a variação das contraprestações pecuniárias estabelecidas nos contratos de planos de saúde em razão da idade do consumidor, desde que estejam previstas no contrato inicial as faixas etárias e os percentuais de reajuste incidentes em cada uma delas, conforme normas expedidas pela ANS. No entanto, o próprio parágrafo único do aludido dispositivo legal veda tal variação para consumidores com idade superior a 60 anos. E

A interpretação que prevaleceu, nesse julgado, apontou para a vedação legal, contida no Estatuto do Idoso, da discriminação da pessoa idosa com a cobrança de valores diferenciados em razão da idade.

Em resumo, se o consumidor atingiu a condição de idoso após a vigência da Lei 10.741/03, os contratos anteriores que previam o reajuste não gerariam efeitos neste particular. Se atingiu esta condição antes disso, o idoso estaria protegido pelas restrições contidas na Lei 9.656/98 e no próprio artigo 230 da Constituição Federal, consoante o qual 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.”

A Ministra Nancy Andriighi não deixou de ressaltar, no entanto, que:

Não se está aqui alçando o idoso a condição que o coloque à margem do sistema privado de planos de assistência à saúde, porquanto estará ele sujeito a todo o regramento emanado em lei e decorrente das estipulações em contratos que entabular, ressaltada a constatação de abusividade que, como em qualquer contrato de consumo que busca primordialmente o equilíbrio entre as partes, restará afastada por norma de ordem pública.

Em sede doutrinária, Francisco Eduardo Loureiro sustenta, de maneira mais contida, que atualmente o sistema normativo proíbe a variação do preço após os 60 anos, mas ressalva período anterior ao Estatuto do Idoso, quando a Lei 9.656/98 impunha outro requisito para que o reajuste não fosse aplicado, qual seja, o consumidor deveria ser parceiro contratual há mais de dez anos:

mesmo para os contratos celebrados anteriormente à vigência da Lei nº 9.656/98, qualquer variação na contraprestação pecuniária para consumidores com mais de 60 anos de idade está sujeita à autorização prévia da ANS (art. 35-E da Lei nº 9.656/98). Sob tal encadeamento lógico, 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 com base exclusivamente no alçar da idade de 60 anos, pela própria proteção oferecida pela Lei dos Planos de Saúde e, ainda, por efeito reflexo da Constituição Federal que estabelece norma de defesa do idoso no art. 230 [...]. (REsp no 809.329-RJ, 3ª Turma. Rel. Min. Nancy Andriighi, j. 25.3.2008).

Questão delicada é a do reajuste e dos aumentos do preço das mensalidades em razão da idade dos consumidores. O art. 15 da Lei n. 9.656/98 coloca limites cogentes à variação. Determina que constem do contrato inicial as faixas etárias em que ocorrerá o aumento, bem como os respectivos percentuais, de acordo com normas expedidas pela ANS. O parágrafo único do citado artigo colocou um limite à variação do preço em razão de faixa etária, sujeito a um duplo requisito: (a) idade de 60 anos; (b) que participe do produto, isto é, seja parceiro contratual há mais de dez anos. A regra tem aplicação imediata, de modo que o consumidor que tinha dez anos de contrato no dia em que passou a vigor a lei faz jus à vedação de novas variações. O requisito da parceria contratual pelo prazo de dez anos foi revogado pela superveniência do Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003), que em seu art. 15, § 3º, assim dispõe: “É vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade”. Em resumo, hoje não mais há possibilidade de variação do preço após os 60 anos, independentemente do tempo de contrato⁸.

Essa linha de interpretação passou a refletir na jurisprudência dos Tribunais Estaduais, calcada no enunciado 469 da Súmula do STJ, à cuja luz “aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde”.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, porque repetitivos os acórdãos nessa esteira de pensamento, publicou dois enunciados de súmula esse respeito. De acordo com o enunciado 91, “Ainda que a avença tenha sido firmada antes da sua vigência, é descabido, nos termos do disposto no art. 15, § 3º, do Estatuto do Idoso, o reajuste da mensalidade de plano de saúde por mudança de faixa etária”.

Pelo enunciado 100, “O contrato de plano/seguro saúde submete-se aos ditames do Código de Defesa do Consumidor e da

⁸ LOUREIRO, Francisco Eduardo. Planos e seguros de saúde. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord.). *Responsabilidade civil na área da saúde*. 2. ed. São Paulo. Saraiva/FGV, 2009. p. 339.

Lei n. 9.656/98 ainda que a avença tenha sido celebrada antes da vigência desses diplomas legais”.

O que parecia sedimentado, no entanto, passou a ser questionado sucessivamente, o que gerou alteração substancial da orientação adotada no seio do Superior Tribunal de Justiça.

2.2. Possibilidade do reajuste por mudança da faixa etária

Manifestações doutrinárias, atentas aos elementos que formam o contrato de plano de saúde – o índice de sinistralidade em especial, que inegavelmente aumenta à medida do avanço da idade dos beneficiários –, passaram a criticar o “espírito de beneficência” que teria motivado a interpretação proibitiva do reajuste para idosos, tudo em prol do equilíbrio contratual e da viabilidade econômica dos planos de saúde oferecidos no país, *verbis*:

A compreensão desses elementos formadores dos contratos de planos e seguros privados de assistência à saúde, principalmente do preço (v.g., parâmetros de variação segundo a faixa etária e ‘índice de sinistralidade’) [...] é indispensável, ainda e principalmente, para afastar eventuais ideias ou sentimentos a respeito de beneficência, caridade, ou até mesmo da função social desses contratos, porque os serviços prestados pelas operadoras de planos e seguros privados de assistência à saúde têm natureza essencialmente empresarial, com o propósito de lucro, e como tal devem ser tratadas as questões que versam esses negócios jurídicos.⁹

Esse raciocínio rendeu ensejo à oposição entre a 3ª Turma do STJ, cujo entendimento, como visto, repelia o aumento da mensalidade para idosos pela mudança de faixa etária, e a 4ª Turma, que, a partir do julgamento do REsp 866.840/SP, passou a reputar lícita a previsão

⁹ BOTTESINI, Maury Ângelo; MACHADO, Mauro Conti. *Lei dos planos e seguros de saúde comentada: artigo por artigo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 147-148.

contratual de reajuste nessas condições, atribuindo para o exame ca-
suístico a verificação de eventual abusividade¹⁰.

Essa divergência exposta na jurisprudência do STJ fez com que a Segunda Seção, composta pelos Ministros integrantes da 3ª e da 4ª Turma, se reunisse em 23.04.2014 para decidir o REsp 1.280.211/SP, de modo a uniformizar o entendimento, o que resultou no prevalectimento da interpretação segundo a qual o reajuste pelo avançar da idade após os 60 anos não configura, por si só, cláusula abusiva.

Essa decisão pautou-se, essencialmente, na afirmação de que in-
existe antinomia entre o artigo 15 e parágrafo único da Lei 9.656/98 (Lei
dos Planos de Saúde) e o artigo 15, parágrafo 3º da Lei 10.741/2003
(Estatuto do Idoso). A norma contida no Estatuto do Idoso não obsta-
ria qualquer cobrança de valores diferenciados com base em critério
etário, mas apenas aquela cobrança onerosa a tal ponto que gerasse
discriminação ao idoso, impedindo ou dificultando o exercício do seu
direito de celebrar contratos protetores de sua saúde.

Essa compreensão, de um lado, preservaria o equilíbrio do contra-
to de plano de saúde, mantendo preços acessíveis para todo o universo
de consumidores. Está fundada na ideia de que o avanço da idade é
“legítimo fator distintivo” no contexto das relações jurídicas de natu-
reza securitária, que pressupõem a avaliação e cômputo do incremento
do elemento “risco”.

De outro lado, não impediria a proteção do consumidor idoso, me-
diante afastamento de percentuais desarrazoados no caso concreto, à

¹⁰ Direito civil. Consumidor. Plano de saúde. Ação civil pública. Cláusula de reajuste por mudança de faixa etária. Incremento do risco subjetivo. Segurado idoso. Discriminação. Abuso a ser aferido caso a caso. Condições que devem ser observadas para validade do reajuste. 1. Nos contratos de seguro de saúde, de trato sucessivo, os valores cobrados a título de prêmio ou mensalidade guardam relação de proporcionalidade com o grau de probabilidade de ocorrência do evento risco coberto. Maior o risco, maior o valor do prêmio. [...] 4. Não se deve ignorar que o Estatuto do Idoso, em seu art. 15, § 3º, veda “a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade”. Entretanto, a incidência de tal preceito não autoriza uma interpretação literal que determine, abstratamente, que se reputa abusivo todo e qualquer reajuste baseado em mudança de faixa etária do idoso. Somente o reajuste desarrazoado, injustificado, que, em concreto, vise de forma perceptível a dificultar ou impedir a permanência do segurado idoso no plano de saúde implica na vedada discriminação, violadora da garantia da isonomia. 5. Nesse contexto, deve-se admitir a validade de reajustes em razão da mudança de faixa etária, desde que atendidas certas condições, quais sejam: a) previsão no instrumento negocial; b) respeito aos limites e demais requisitos estabelecidos na Lei Federal nº 9.656/98; e c) observância ao princípio da boa-fé objetiva, que veda índices de reajuste desarrazoados ou aleatórios, que onerem em demasia o segurado [...]. (REsp nº 866.840/SP, 4ª Turma. Rel. p/ acórdão Min. Raul Araújo, j. 07.06.2011)

vista das faixas etárias e dos respectivos limites de variação estabelecidos pela ANS, bem como à luz da cláusula geral da boa-fé objetiva e do Estatuto do Idoso.

A partir desse acórdão da Segunda Seção, a 3ª Turma do STJ passou a seguir a orientação uniformizada, consignando a Ministra Nancy Andrighi o seu voto vencido (v.g., AgRg no REsp 1315668/SP, 24.03.2015; AgRg no AREsp 567512/RJ, 02.06.2015).

Finalmente, um último julgado digno de nota, qual seja, o REsp 646.677/SP (Quarta Turma, Relator Min. Raul Araújo, j. 09.09.2014), também na esteira da validade do reajuste, condicionado (i) à sua previsão no contrato; (ii) à observância das exigências da Lei 9.656/98 e (iii) ao respeito à boa-fé objetiva, que veda variações desarrazoadas e/ou aleatórias.

Esse acórdão ainda sistematizou o regime administrativo (ANS - Agência Nacional de Saúde Suplementar) dos contratos de planos de saúde no tocante aos reajustes, sempre resguardado o controle casuístico de abusividades:

1. Os contratos anteriores e não adaptados à Lei 9.656/98 devem prever expressamente as faixas etárias em que serão feitos os reajustes, podendo as faixas etárias chegarem até os 80 anos. Se não trouxerem essas informações, os reajustes estarão limitados pelo percentual fixado pela ANS para os contratos novos (Resolução CONSU 06/1998).
2. Os contratos anteriores e adaptados à Lei 9.656/98 e os contratos novos (posteriores à Lei 9.656/98 firmados após 02.01.1999) também devem prever as faixas etárias em que serão feitos os reajustes, informando previamente ao usuário o valor atribuído a cada prescrição (Resolução CONSU 06/1998 e Resolução Normativa 63/2003)¹¹:

¹¹ Como visto no item 2.1., esse dever qualificado de informação pode ser estendido aos contratos antigos, uma vez que extraído do sistema protetivo do consumidor, e não apenas da Lei 9.656/98.

- a. Para os contratos firmados entre 02.01.1999 e 31.12.2003, incidem as regras da Resolução CONSU 06/1998, com as modificações da Resolução CONSU 15/1999: observância de sete faixas etárias, de modo que o valor fixado para a última faixa etária não pode ser superior a seis vezes o previsto para a primeira; a variação de valor na contraprestação não poderá atingir o usuário com mais de 60 anos que participe de um plano ou seguro há mais de dez anos.
- b. Para os contratos firmados a partir de 01.01.2004, incidem as regras da Resolução Normativa 63/2003: observância de dez faixas etárias, a última aos 59 anos; o valor fixado para a última faixa etária não pode ser superior a seis vezes o previsto para a primeira; a variação acumulada entre a sétima e décima faixas não pode ser superior à variação cumulada entre a primeira e sétima faixas.

Pela leitura das faixas etárias estabelecidas em sede administrativa, vê-se que a última faixa prevista na Resolução CONSU 06/1998 inicia-se aos “70 anos de idade ou mais”, ou seja, permite e regulamenta o reajuste para idosos.

Já no tocante à Resolução Normativa 63/2003, a última faixa inicia-se aos “59 anos ou mais”, o que coloca em segundo plano o debate acerca da legalidade do reajuste para idosos, pois a partir disso não há mais previsão para variação do preço em razão da mudança de idade.

No entanto, tal medida não está isenta de críticas e efeitos colaterais. Há quem repudie a concentração dos reajustes para até 59 anos, o que contribuiria para a inadimplência dos idosos, embora admita os efeitos nocivos dos reajustes unilaterais estabelecidos outrora pelas operadoras.

Nessa perspectiva, Bottesini e Machado citam Parecer do Professor Doutor José Aristodemo Pinotti, datado de março de 2004, quando então Deputado Federal e Relator do Projeto de Conversão da MP 148/03¹²:

¹² BOTTESINI, Maury Ângelo; MACHADO, Mauro Conti. *Lei dos planos e seguros de saúde comentada*: artigo por artigo. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 148-151.

[...] abusiva a RN 63/2003, quando ela define que os valores pagos pela última faixa etária sejam seis vezes maiores que os da primeira, concedendo um aumento de 500% sobre o qual ainda haverá correção monetária anual. O que ocorreu foi, além de tudo, um uso inadequado do Estatuto do Idoso. Antes dele, esses aumentos eram praticados de forma mais suave até idades superiores. Depois dele, esses aumentos, ao invés de serem eliminados a partir dos 60 anos, foram prensados e concentrados para até 59 anos, com o agravante de serem praticados em dobro nas três últimas faixas etárias. Isso agrava, concretamente, o que já está ocorrendo, ou seja, a inadimplência dos idosos e sua fuga dos planos de saúde. [...] Se não é a fórmula ideal essa encontrada pelo legislador, e que vem se aperfeiçoando com a experiência adquirida com a aplicação dela, certamente é uma solução para o impasse criado pelos reajustes unilaterais impostos pelas operadoras e seguradoras, por meio dos quais elas se livravam dos clientes mais onerosos, como os mais idosos, ao fim de um pequeno período de controle individual em que observavam se o custo dos serviços utilizados por ele eram iguais ou maiores que o valor da mensalidade, estabelecendo o chamados 'índice de sinistralidade' individual.

3. Interpretação e precedentes: o motivo da divergência e a resposta processual

Uma vez exposta a oscilação jurisprudencial acerca do tema, vale destacar, num plano mais amplo, o motivo do surgimento das divergências, que está relacionado à problemática da interpretação na atual fase do pensamento jurídico, bem como a perspectiva de equacionamento das controvérsias em sede legislativa, percebida a partir da tendência de valorização dos precedentes no Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/15, que entrará em vigor após decorrido um ano da data de sua publicação oficial, esta ocorrida em 17.03.2015).

Uma leitura mais atenta dos acórdãos da 3ª e 4ª Turma do STJ, cujo embate gerou a manifestação da Segunda Seção, evidencia os problemas gerados atualmente pela complexidade do processo interpretativo.

De fato, o acórdão da 3ª Turma afirmou, expressamente, que a variação do preço em função da idade estaria vedada nos contratos de planos de saúde firmados por consumidores idosos. De seu turno, o acórdão da 4ª Turma asseverou o inverso. Esse reajuste, por si só, não configurava a discriminação proibida pela Lei 10.741/03.

Não obstante, enquanto o primeiro acórdão ressaltava que a ideia não era alçar o idoso à margem do sistema privado de planos de saúde, admitindo a incidência do regramento legal e contratual respectivo, isto é, admitindo reajustes não abusivos e não atrelados exclusivamente à idade, o segundo acórdão permitia os reajustes pelo critério etário, mas também colocou a abusividade como elemento a ser rechaçado no caso concreto.

Os acórdãos não dizem a mesma coisa, e a uniformização empreendida pela Segunda Seção foi importante. Mas a divergência era menor do que aparentava.

De qualquer modo, resta claro que a controvérsia surgiu a partir do grau de indeterminação do texto da norma do artigo 15, § 3º do Estatuto do Idoso, à cuja luz “é vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade”.

O que significa, concretamente, “discriminação do idoso”? O texto da norma permitiu duas interpretações.

A primeira, dando prevalência à proteção constitucional do idoso, afirmou como discriminatória qualquer cobrança de valor diferenciado em razão da idade. Cobrança, portanto, vedada.

A segunda interpretação, atentando também para outros valores envolvidos, como o equilíbrio contratual, amparado constitucionalmente na proteção da ordem econômica, afirmou como vedada somente aquela cobrança demasiada, que gere discriminação ao idoso, impedindo ou dificultando o seu direito de proteger a sua saúde mediante exercício da liberdade de contratar.

Parece-nos que a segunda interpretação, de fato, é a que melhor pondera todos as circunstâncias fáticas e jurídicas envolvidas¹³, contemplando a proteção do consumidor idoso e preservando a natureza peculiar do contrato de plano de saúde. Se o Estatuto do Idoso tivesse a intenção de vedar em absoluto qualquer reajuste pelo critério etário, poderia ter dito algo como “é vedada a cobrança de valores diferenciados em razão da idade nos planos de saúde”.

Isso não significa, entretanto, que o Estado não deve atuar na proteção do idoso em contratos dessa natureza. Não faz sentido que os reajustes sejam módicos enquanto jovens os consumidores e exacerbados quando mais precisam do cumprimento do contrato que observaram durante décadas.

Faz-se necessária, pois, uma atuação mais proativa da ANS na fiscalização do cumprimento das normas administrativas que expede, inibindo a judicialização de conflitos, que se multiplicam e se perenizam na realização de cálculos atuariais para determinação do adequado aumento a ser computado na mensalidade do plano de saúde – essa foi a solução dada no REsp 1.280.211/SP, após o caso ter se estendido até o Superior Tribunal de Justiça.

Essa intervenção estatal no plano contratual se justifica como medida de concretização de um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a saber, o de construção de uma sociedade livre, justa e, ao mesmo tempo, solidária.

Pois bem. Como visto, a controvérsia surgiu a partir do grau de indeterminação da norma do artigo 15, § 3º do Estatuto do Idoso. Trata-se de característica marcante das leis elaboradas sob a influência da atual fase do pensamento jurídico, denominada por muitos como “neoconstitucionalismo”.

¹³ Esse critério de avaliação remete à “lei da ponderação” de Robert Alexy, que é muito utilizada em sede doutrinária e jurisprudencial e tem sido cada vez mais objeto de estudo e de reflexões críticas: “neste sentido, quando se tem um caso difícil - entendido como aqueles nos quais as regras não conseguem regular de forma subsuntiva – deve-se primeiro descobrir quais princípios se encontram em conflito. Isso é importante. Apenas quando não há respostas nas regras ou, para usar a terminologia alexyana, nos mandados de definição, é que se recorre a um argumento de princípio, ou mandados de otimização. Com a otimização implica que um princípio deve ser cumprido na maior medida possível, respeitadas as condições reais e jurídicas. [...] Todavia, ainda nestes termos, temos um problema na definição de otimização como característica específica dos princípios: a discricionariedade que emana da avaliação de até que ponto um princípio deve ser efetivado” (ABBOUD, Georges et al. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 390-392).

O uso de conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais¹⁴ nos textos normativos têm aberto espaço para a criatividade judicial, compreendida esta como um dos elementos da atividade jurisdicional, que se inicia no exame dos fatos trazidos pelas partes em juízo, rendendo ensejo à busca pela norma geral aplicável, a ser interpretada a partir da Constituição. Essa atividade é precisamente definida por Fredie Didier Jr.:

Ao se deparar com os fatos da causa, o juiz deve compreender o seu sentido, a fim de poder observar qual a norma geral que se lhes aplica. Identificada a norma geral aplicável (norma legal, por exemplo), ela deve ser conformada à Constituição através das técnicas de *interpretação conforme*, de controle de constitucionalidade em sentido estrito e de balanceamento dos direitos fundamentais. Nesse sentido, o julgador cria uma *norma jurídica* (= *norma legal conformada à norma constitucional*) que vai servir de fundamento jurídico para a decisão a ser tomada na parte dispositiva do pronunciamento¹⁵.

Uma tal atividade, que pressupõe a identificação de uma norma geral aplicável, interpretação conforme à Constituição e balanceamento de direitos fundamentais, é inegavelmente complexa e propícia a gerar divergências.

Há tentativas doutrinárias de equacionamento dessa problemática no campo da interpretação, seja pela discussão acerca da (in)existência de discricionariedade¹⁶ no exercício da atividade

¹⁴ Há inúmeras conceituações doutrinárias acerca do significado de conceitos jurídicos indeterminados e cláusula gerais. Para Fredie Didier Jr., “cláusula geral é uma espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o consequente (efeito jurídico) é indeterminado. [...] É indiscutível que a existência de cláusulas gerais reforça o poder criativo da atividade jurisdicional” (*Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. v. 1, p. 51).

¹⁵ Op. cit., p. 159.

¹⁶ A propósito, Lenio Luiz Streck, afirmando a inexistência de discricionariedade judicial: “Na verdade, quando sustenta essa necessidade (de o juiz decida lançando mão de argumentos de princípio e não de políticas), Dworkin apenas aponta para os limites que devem constar no ato de aplicação judicial (por isso, ao direito, não importa as convicções pessoais/morais do juiz acerca da política, sociedade, esportes etc. - ele deve decidir por princípios” (*Verdade e consenso*: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 492.).

jurisdicional, seja pela contraposição de métodos hermenêuticos aradigmáticos¹⁷.

De qualquer modo, atenta a esta conjuntura, a Lei 13.105/15 – Novo Código de Processo Civil –, consolida e sistematiza a resposta processual que vem se desenvolvendo há algum tempo para a estabilização do sistema, a saber, a valorização dos precedentes pela adoção de mecanismos que induzam a sua observância. Veja-se, por exemplo, o teor de seu artigo 927:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.¹⁸

Nessa perspectiva, o pronunciamento da Segunda Seção do STJ sobre a legalidade do reajuste pelo critério etário deverá ser observado pelos membros do próprio STJ, por todos os Tribunais de instância inferior e pelos respectivos juízes de Primeiro Grau, em prol da segurança jurídica e da previsibilidade das decisões judiciais.

¹⁷ Confira-se, por exemplo, uma breve comparação entre os métodos de Robert Alexy e Ronald Dworkin: “Dessa forma, a ponderação tem o caráter de procedimento na medida em que a justificação da fundamentação da decisão tomada pelo juiz é dada conforme o procedimento, sendo desonerado de uma justificação conteudística. Já o ‘método’ de Hércules (Dworkin) reivindica uma justificação de um contexto conteudístico no interior do qual forma e conteúdo se interpenetram. Ou seja, se exige que não apenas o procedimento seja equitativo, mas também que produza um resultado que justifique a coação do Estado” (ABBOD, Georges et al. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 386.).

Trata-se de opção de política legislativa que não está isenta de críticas, as quais ultrapassam os limites deste artigo, e cuja implementação demandará tempo e constantes adaptações de toda sorte. Basta notar que, atualmente, a última orientação do STJ sobre o caso dos reajustes pela idade e o enunciado n. 91 da súmula do TJSP se contrariam frontalmente. E, segundo entendimento doutrinário:

Embora não conste na listagem de lei, os precedentes cujo entendimento é consolidado na súmula de cada um dos tribunais (ainda que não seja tribunal superior) têm força obrigatória em relação ao próprio tribunal e aos juízes a eles vinculados¹⁸.

¹⁸ Didier Jr., Fredie et al. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. v. 2. 10. ed. Salvador. Ed. Jus Podivm, 2015, p. 461.

Referências bibliográficas

ABBOUD, Georges et al. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BOTTESINI, Maury Ângelo; MACHADO, Mauro Conti. *Lei dos planos e seguros de saúde comentada: artigo por artigo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. v. 1.

DIDIER JR., Fredie et al. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. v. 2.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. Planos e seguros de saúde. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord.). *Responsabilidade civil na área da saúde*. 2. ed. São Paulo: Saraiva: FGV, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.