



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EXCELENTÍSSIMO (a) SENHOR (a) DOUTOR (a) JUIZ (a) DE DIREITO DA _____ VARA CÍVEL DA COMARCA DE ITAQUAQUECETUBA. ¹

Referente: Inquérito Civil nº 14.0300.0000041/2010 - Promotoria de Justiça do Consumidor de Itaquaquecetuba.

Assunto: PLANO DE SAÚDE – VEDAÇÃO DE REAJUSTE POR FAIXA ETÁRIA – ESTATUTO DO IDOSO (artigo 15, § 3º, da Lei nº 10.741/2003) – VEDAÇÃO A SER APLICADA INDEPENDENTEMENTE DA DATA DE CELEBRAÇÃO DO CONTRATO E TAMBÉM DO TEMPO DE VIGÊNCIA DO CONTRATO – Ilegalidade e não aplicabilidade da Resolução Normativa ANS nº 063/2003 por dispor que a vedação incide somente para os contratos assinados após a vigência do Estatuto do Idoso.

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, por meio da Promotoria de Justiça de Defesa do Consumidor de Itaquaquecetuba, vem perante Vossa Excelência, com fundamento no artigo 129, inciso III, da Constituição Federal, no artigo 51, inciso IV e no artigo 82, inciso I, da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), nos artigos 15, § 3º, e 74, inciso I, da Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) e no art. 5º, *caput*, da Lei nº 7.347/85, propor **AÇÃO CIVIL PÚBLICA, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela**, a ser processada pelo procedimento ordinário, em face da sociedade empresária **GREEN LINE SISTEMA DE SAÚDE LTDA**, doravante referida como requerida **GREEN LINE**, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 61.849.980/0001-96, com sede à Rua João Ramalho, nº 1.395, Perdizes, Comarca de São Paulo, CEP



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

05008-002, com registro na ANS – Agência Nacional de Saúde² Suplementar nº ANS 32.507-4 (fls. 372), em razão dos fatos e fundamentos jurídicos a seguir expostos:

I – Histórico

I – Ao julgar procedente uma ação de cancelamento de reajuste da prestação do plano de saúde da consumidora Iracema de Andrade Riccardi, a MMª Juíza de Direito da Vara do Juizado Especial Cível da Comarca de Itaquaquecetuba também decidiu remeter a esta Promotoria de Justiça cópias de peças do processo judicial, e das quais consta que o Plano de Saúde SAMCIL aplicou à referida consumidora, um reajuste na percentagem de 19,68%, **tão somente pelo fato dessa consumidora ter completado 70 (sessenta) anos de idade, no dia 04 de janeiro de 2010, conforme faz prova a sentença proferida no dia 12 de maio de 2010.**

A partir desse expediente com cópias da sentença e outras peças do Processo nº 278.01.2010.004186-4/000000-000 esta Promotoria de Justiça do Consumidor instaurou o Inquérito Civil nº **14.0300.0000041/2010**, cujas principais peças copiadas e digitalizadas estão anexadas a esta petição inicial.

Verifica-se nesse inquérito civil que, notificada para prestar esclarecimentos, a ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar informou que o reajustamento pela mudança da faixa etária do consumidor é permitido pela Resolução CONSU nº 06/98. Essa resolução vigorou no período de janeiro de 1999 a dezembro de 2003 e regula o contrato da consumidora Iracema de Andrade Riccardi, *(celebrado no dia 21.08.2000)*.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

3

A referida Resolução CONSU 06/98, para os efeitos do artigo 15 da Lei 9.656/98, permitiu às operadores celebrar contratos com previsão e possibilidade de incidências dos reajustes das mensalidades de acordo com 7 (sete) faixas etárias pré-estabelecidas, ou seja, tão somente pela inevitável mudança de faixa etária. Por exemplo, na 6ª e penúltima faixa etária cabem os consumidores de 60 a 69 anos de idade e na 7ª e última faixa etária os consumidores a partir dos 70 anos de idade (*Ofício 9714-Núcleo-SP/DIFIS/2010 – Demanda 1002813 – fls. 58/58vº do Inquérito Civil em tela*).

Nesse mesmo ofício, a ANS também informou que o artigo 15, *caput*, da Lei nº 9.656/98 (Lei dos Planos de Saúde), permite a estipulação dessas faixas etárias para os reajustes quando essas faixas estão expressamente previstas no contrato. Além disso, também informou que o artigo 15, *parágrafo único*, da Lei 9.656/98 veda esses reajustes etários somente para os consumidores com 60 anos de idade e 10 anos completos de tempo de contrato, orientação oficial que ainda dá ensejo para a aplicação de reajustes na data do aniversário do consumidor (*fls. 58/58vº*).

Fazendo interpretação dessas orientações da ANS as operadoras consideram que o reajuste aplicado à mensalidade pode ser feito à data do aniversário do consumidor (*é o que ocorreu no caso da consumidora Iracema Ricardi*). Também consideram que os reajustes previstos nos contratos com as faixas etárias preestabelecidas devem ser respeitados e cumpridos conforme o princípio *pacta sunt servanda* e o princípio do direito adquirido e com base no artigo 6º do Código Civil e no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal.



A ANS conforme faz prova o referido ofício também orienta operadoras de planos de saúde e consumidores que *“o impedimento para aumentos de mensalidades de beneficiários acima de 60 anos seria somente para os contratos firmados após a vigência do Estatuto – ou seja, após janeiro 2004, já na vigência da Resolução Normativa ANS 63/03, que limita como última faixa etária a de 60 anos”* (fls. 58v do IC).

Conforme essas orientações, o intérprete pode hipoteticamente considerar que o consumidor cujo contrato foi celebrado no dia 02 de outubro de 2003 (a Resolução CONSU 06/98 vigorou do mês de janeiro de 1999 a dezembro de 2003) e cujo aniversário de 60 anos de idade ocorreu no dia 02 de setembro 2013, por exemplo, não tem a proteção do Estatuto do Idoso, seja porque tal contrato ainda não havia completado o prazo de 10 anos de vigência na data do 60º (sexagésimo) aniversário do consumidor, seja porque tal contrato foi celebrado antes da vigência do Estatuto do Idoso.

Em suma, a ANS não considera que haja antinomia jurídica entre o artigo 15, § 3º, da Lei nº 10.741/2003 - Estatuto do Idoso, lei nova e mais benéfica aos consumidores idosos e o artigo 15, **parágrafo único**, da Lei 9.656/98, lei anterior mais benéfica aos fornecedores de planos de saúde, e não considera que, na interpretação e aplicação dessas duas regras deve prevalecer o Estatuto do Idoso, que é norma especial, de ordem pública e interesse social e cuja inspiração também está em regra superior: artigo 203 da Constituição Federal.

Nas palavras de Norberto Bobbio, tratando do tema *“Coerência do Ordenamento”* (in *Teoria Geral do Direito – Editora Martins Fontes – 2007*):



“A situação de normas incompatíveis entre si é uma das dificuldades frente as quais se encontram os juristas de todos os tempos, tendo esta situação uma denominação própria: antinomia. Assim, em considerando o ordenamento jurídico uma unidade sistêmica, o Direito não tolera antinomias.”

2 – No curso do inquérito civil, foi possível apurar também que a ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar ao constatar problemas de atendimento aos usuários e a fim de preservar a continuidade dos atendimentos aos consumidores, havia determinado o regime de direção técnica, como está previsto no artigo 24 da Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998 e que também determinou à sociedade Pró-Saúde a **alienação compulsória e a transferência da carteira de clientes do Plano de Saúde Samcil**, também nos termos do artigo 24 da Lei 9.656, de 03 de junho de 1998 – Lei dos Planos de Saúde.

Posteriormente, a ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar, com fundamento no artigo 23 da Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998 e nos termos da RO - Resolução Operacional nº 1.038, de 16 de maio de 2011, decretou a liquidação extrajudicial da proprietária do Plano de Saúde Samcil, a sociedade empresária **Pró-Saúde Planos de Saúde Ltda**, submetida sem sucesso ao regime de direção técnica.

A requerida, sociedade empresária **GREEN LINE SISTEMA DE SAÚDE LTDA** adquiriu mediante autorização da ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar a carteira de clientes do Plano de Saúde Samcil (artigo 24 da Lei 9.656/98) e, assim sendo, a partir do **dia 29 de abril de 2011**, data da celebração do contrato a requerida GREEN LINE



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

6

recebeu a carteira com os clientes, dependentes e usuários do extinto plano de saúde (fls. 301/313 do Inquérito Civil).

Notificada por esta Promotoria de Justiça a sociedade empresária **GREEN LINE SISTEMA DE SAÚDE**, a requerida, cujo representante legal é **JOSÉ RAFIC CHIQUIE SAUMA**, enviou a relação dos consumidores que migraram, não informou que faria a revisão dos respectivos contratos e não informou que cancelaria o referido reajuste por faixa etária aplicado por sua antecessora (fls. 436/458), presumindo-se, assim, que os mesmos consumidores continuaram e continuarão sujeitos aos reajustes por faixa etária na data do 60º aniversário de vida e também na data do 70º aniversário.

3 – Portanto, o que se pede nesta ação judicial é que a requerida **GREEN LINE**, atual proprietária da referida carteira de clientes **domiciliados e residentes** na cidade de Itaquaquecetuba, seja proibida de fazer a aplicação dos reajustes dos valores de suas mensalidades, por faixa etária, com relação aos seus clientes que vierem a completar 60 (sessenta) e 70 (setenta) anos de idade no futuro e, também, que seja obrigada a devolver os valores dos reajustes por faixa etária, aplicados aos seus clientes que vieram a completar 60 (sessenta) anos de idade e 70 (setenta) anos de idade, depois da data da aquisição da carteira: **dia 29 de abril de 2011**.

Além desses pedidos referentes aos clientes que **migraram** do plano de saúde anterior (Samcil), para o plano de saúde atual (Green Line), o que está sendo pedido nesta ação civil pública é que, em relação aos demais clientes domiciliados e residentes na Comarca de Itaquaquecetuba, a requerida **GREEN LINE** também seja proibida de aplicar reajustes de



preços ou valores por faixa etária sobre os demais clientes de sua carteira do Plano de Saúde Green Line, e que também seja obrigada a devolver os valores dos reajustes por faixa etária, aplicados aos seus clientes que vieram a completar 60 (sessenta) e 70 (setenta) anos de idade, cobrados no período de 3 (três) anos anteriores à data do despacho de citação e observado o prazo de prescrição (artigo 219 do Código de Processo Civil e artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor), independentemente da data de celebração dos respectivos contratos (anteriores ou posteriores ao Estatuto do Idoso) e independentemente do tempo de vigência dos respectivos contratos de plano de saúde (mais ou menos de 10 anos de vigência).

II – Legitimidade extraordinária do Ministério Público

4 – Ao instaurar o inquérito civil e ao propor esta ação civil pública em defesa dos interesses desses consumidores / clientes do **Plano de Saúde Green Line**, o órgão do Ministério Público está atuando conforme a legitimidade extraordinária que lhe está conferida pelo ordenamento jurídico do Brasil, especialmente no artigo 82, inciso III, do Código de Processo Civil (*v.g. intervenção pela qualidade da parte e a natureza da lide*), combinado com o artigo 81, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor.

O órgão do Ministério Público também está legal e devidamente legitimado a defender em Juízo os referidos direitos coletivos dos consumidores contra os indevidos reajustes porque tais direitos e interesses dizem respeito à vida e à saúde (*artigo 196 da Constituição Federal*) e também porque existem idosos dentre os consumidores / clientes



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

/ usuários do referido plano, os quais recebe a proteção integral do Estatuto do Idoso. 8

O artigo 6º, inciso V, do Código de Defesa do Consumidor estabelece como um dos direitos básicos do consumidor ressalva “a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”.

Ora, sem condições econômico-financeiras para que possam pagar os reajustes os consumidores entram em situação de fundado e sério risco de terem os seus contratos rescindidos unilateralmente e perderem as coberturas médico-hospitalares depois de anos e anos de pagamentos de mensalidades. Portanto, ficam mais vulneráveis à possibilidade de sofrer danos irreparáveis ou de difícil reparação.

5 – A legitimação extraordinária do órgão do Ministério Público é considerada concorrente e disjuntiva por expressa opção do legislador no artigo 5º da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985 (*Lei da Ação Civil Pública*) e no artigo 82 da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990 (*Código de Defesa do Consumidor*), preocupado com as implicações e complicações do mercado moderno, que, por um lado, tem fornecedores cada vez mais poderosos e consumidores cada vez mais vulneráveis às vicissitudes da economia.

Essa opção legislativa significa que a legitimação de um ente político ou de uma pessoa jurídica ou física também legitimada para defesa do mesmo direito não exclui a do outro (*Moreira, José Carlos Barbosa. Ação Popular do Direito Brasileiro como Instrumento de Tutela Jurisdicional dos Chamados*



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

9

“Direitos Difusos”, in *Temas de Direito Processual*, São Paulo: Saraiva, 2ª ed., 1988, p. 118; Mancuso, Rodolfo de Camargo, *Interesses Difusos*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 3ª ed., p. 144-154).

Essa atuação do Ministério Público busca realizar o ideal do legislador e tutelar na prática do mundo real, em primeiro plano, os chamados interesses *transindividuais* (*individuais homogêneos, ligados entre si por um fato ou direito*) das pessoas diretamente já afetadas por reajustes por faixa etária, os idosos, e aqueles que porventura ainda completarão 60 e 70 anos de idade e que por certo também serão afetados, não obstante a legitimidade de cada um deles e possa cada um por si mesmo ajuizar uma ação judicial.

Essas legitimidades / possibilidades individuais e concorrentes – como dito, mas não é demais repetir – não retiram a do Ministério Público para agir em prol desses consumidores, considerando-se também o que está estabelecido no Estatuto do Idoso:

“Art. 81. Para as ações cíveis fundadas em interesses difusos, coletivos, individuais indisponíveis ou homogêneos, consideram-se legitimados, concorrentemente:

I. O Ministério Público;

(...)”

Levada ao Poder Judiciário, essa questão sobre legitimidade do Ministério Público para defesa dos interesses ditos individuais homogêneos vem encontrando Juízes e Tribunais sensíveis ao espírito do legislador, ao anseio popular e à necessidade de respaldar os consumidores e coibir abusos contratuais.

A jurisprudência milita nesse sentido:



“MINISTÉRIO PÚBLICO - *LEGITIMATIO AD CAUSAM* - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - O representante do Ministério Público tem legitimidade para ajuizar ação civil pública objetivando impedir a majoração de preços das mensalidades de plano de saúde, tendo em vista o disposto nos arts. 81 e 82 da Lei 8078/90, sendo irrelevante tratar-se de ato praticado contra determinado grupo de pessoas, pois o pedido visa à proteção do direito difuso ou transindividual”. (TAMG - 6ª Câmara - Acórdão Número: 16757 - Processo: 0215934-8 Apelação – j. 26/03/1998, publicação: DJ 16.06.98, p. 11 e RJTAMG 70/57, v.u.)”.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça, também conhecido como o Tribunal da Cidadania, já enfrentou essa questão por diversas vezes e em diferentes Turmas, sempre reconhecendo a legitimidade ativa do Ministério Público:

“Processual civil. Recurso especial. Ação civil pública. Ministério Público. Legitimidade. Planos de saúde. O Ministério Público detém legitimidade para a propositura de ação civil pública com o fito de obter pronunciamento judicial acerca da legalidade de cláusulas constantes de contrato de plano de saúde. A legitimação extraordinária justifica-se pelo relevante interesse social e pela importância do bem jurídico a ser tutelado” (STJ – 3ª Turma - REsp 208068/SC - RECURSO ESPECIAL 1999/0022989-4, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 08.10.2001, publicação: DJ 08.04.2002, p. 208)

“O direito à vida e à saúde são direitos individuais indisponíveis, motivo pelo qual o Ministério Público é parte legítima para ajuizar ação civil pública visando declarar a nulidade de cláusulas abusivas constantes em contratos de planos de saúde que determinam a exclusão da cobertura



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

11

financeira de órteses, próteses e materiais diretamente ligados ao procedimento cirúrgico ao qual se submete o consumidor. Precedentes” (STJ – 4ª Turma - AgRg no Ag 1088331 / DF – AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 2008/0185480-4 - Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 18.03.2010, publicação: DJe 29.03.2010).

“Agravo regimental - Plano de saúde - Ação Civil Pública – Negativa de prestação jurisdicional - Não ocorrência - Ilegitimidade ativa do Ministério Público - Ausência de impugnação a todos os fundamentos do acórdão recorrido - Incidência da Súmula 283/STF - tutela de interesse individual de idoso - Possibilidade - Precedentes - Incompetência da Vara Federal de Joinville/SC - Reconhecimento - necessidade de reexame de provas - Impossibilidade - Incidência da Súmula 7/STJ - Recurso improvido” (7 STJ – 3ª Turma - AgRg no REsp 1094914 / RS - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2008/0215348-8 Rel. Min. Massami Uyeda, j. 06.09.2012, DJe 13.09.2012)”.

A legitimidade “*ad causam*” do Ministério Público para esta ação civil pública e, em especial, havendo consumidores idosos, é inquestionável.

6 – A inquestionável legitimidade tem sido reconhecida na jurisprudência:

Por exemplo, pleiteando a declaração de ilegalidade do art. 1º, incisos VI e VII da Resolução CONSU 06/98 e também do artigo 1º da Resolução Normativa nº 63/2003 da ANS, e visando obter a plena aplicação da Lei 10.741/2003 – Estatuto do Idoso aos planos de saúde em todo o território nacional e visando também obter a proibição dos reajustes das mensalidades por mudança de faixa etária, o MINISTÉRIO PÚBLICO



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

12

FEDERAL DE MINAS GERAIS ajuizou ação civil pública em face da ANS – AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLMENTAR e também da UNIÃO, distribuída no dia 06 de agosto de 2009, que foi julgada procedente no dia 30 de julho de 2010: Processo nº 0020161-97.2009.4.01.3800 – 20ª Vara Federal de Belo Horizonte, MG (fls. 63/70 e. 464/466 do Inquérito Civil).

A medida liminar em tutela antecipada concedida nessa ação civil pública para proibição dos reajustes por faixa etária está suspensa por força de decisão em recurso de Agravo de Instrumento 2009.01.00.064823-0-MG, do TRF da 1ª Região – Brasília, de 16 de dezembro de 2009 (fls. 277/280 do Inquérito Civil).

Os efeitos da sentença de mérito estão suspensos por força da decisão monocrática proferida em 23 de novembro de 2009 no recurso de Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela interposto pela ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar no Tribunal Regional Federal da 1ª Região - Brasília (fls. 75/81 do Inquérito Civil).

É importante destacar que a sentença proferida nessa ação civil pública mineira, em síntese, condena a ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar “a promover a adequada alteração regulatória, de modo a assegurar que nenhum idoso, em todo o país, tenha sua contraprestação nos planos de saúde aumentada apenas em razão de atingir a idade de 60 anos”.

Além disso, a sentença determina à ANS que deverá dar ampla divulgação a essa sentença e que deverá exigir de todas as operadoras de planos de saúde no Brasil o cumprimento do Estatuto do Idoso (fls. 87 do Inquérito Civil).



Essa sentença está em grau de recursos interpostos pela ANS e pela UNIÃO no Tribunal Regional Federal da 1ª Região – Brasília, desde 24 de março de 2011, sem julgamento definitivo, conforme extrato tirado em 25.10.2013 (fs. 462/463).

III – Natureza jurídica do contrato de assistência médico-hospitalar (plano de saúde) e violação aos preceitos do Código de Defesa do Consumidor, do Estatuto do Idoso e do Código Civil.

7 – Os contratos da requerida **GREEN LINE** com os consumidores da Comarca de Itaquaquecetuba – já idosos e não idosos, mas que atingirão essa faixa etária – os quais estão prevendo os reajustes por faixa etária e as disposições contratuais que estipulam essas possibilidades, são abusivas, manifestamente prejudiciais aos consumidores e, portanto, são nulas de pleno direito, visto que violam direitos garantidos em vários dispositivos legais, tais como: artigo 6º, incisos IV, V (*onerosidade excessiva*) e VI, artigo 39, incisos IV (*idade*), V (*vantagem manifestamente excessiva*) e X, e artigo 51, inciso IV (*colocação do consumidor em desvantagem*) do **Código de Defesa do Consumidor**; artigo 3º e artigo 10, § 3º, do **Estatuto do Idoso** e também os artigos 421 e 422 do Código Civil.

Esses contratos com seus prazos de vigência por tempo indeterminado são também conhecidos como de “trato sucessivo” ou “cativo de longa duração”, pois vigem e são prorrogados à medida dos pagamentos mensais das prestações correspondentes, motivos pelos quais as cláusulas abusivas geram lesões potenciais e reais aos consumidores no presente e para o futuro.



Ao comentá-los a eminente autora CLAUDIA LIMA MARQUES escreve que *“os contratos de planos de saúde são contratos cativos de longa duração, a envolver por muitos anos um fornecedor e um consumidor, com uma finalidade em comum: assegurar para o consumidor o tratamento e ajudá-lo a suportar os riscos futuros envolvendo a saúde deste, de sua família, dependentes ou beneficiários”* (Contratos no Código de Defesa do Consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, 4ª ed., 2002, p. 408).

São contratos celebrados por consumidores que visam seu bem estar e de seus dependentes no presente e para o futuro, com o nobre objetivo de prevenir ou enfrentar males de doenças e de acidentes pessoais e, permita-se dizer, pelo aspecto econômico-financeiro, configuram uma poupança pacientemente acumulada nos dias bons para suprir necessidades impostergáveis nos dias maus.

Essas características peculiares dos contratos de assistência à saúde com cobertura médico-hospitalar são bem destacadas em precedentes do Colendo Superior Tribunal de Justiça, dos quais se destaca um exemplar:

“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 que contratada (g.n).

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” (STJ – 3ª Turma – Ag.Rg no REsp 707.286/RJ – Relator Ministro Sidnei Beneti – j. 17.12.2009 – DJE 18.12.2009).

Cumprido destacar desse elucidativo precedente que o Colendo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, declara sim que a Lei Nacional 10.741/2003 – Estatuto do Idoso é aplicável aos contratos de plano de saúde celebrados anteriormente à vigência dessa lei, ao contrário do decidido pelo Egrégio Tribunal Federal de Recursos da Primeira Região – Brasília.

No mesmo sentido, o Colendo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, no REsp 809.329-RJ – 3ª Turma - Relatora Ministra NancyAndrighi – DJE 11.04.2008 (vide fls. 277/278 do IC) – em caso individual de consumidora cujo contrato fora celebrado no dia 15 de março de 2001 e cuja prestação sofreu reajuste porque ela completou 60 anos de idade e porque já havia cláusula com essa previsão, o C.STJ também já teve a oportunidade de decidir, por maioria de votos e com voto médio do Ministro ARY PARGENDLER, o seguinte:

“(…)

O Estatuto do Idoso veda a discriminação em razão da idade (art. 15, § 3º).

(…)

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.

(...)"

8 – Quanto às datas e épocas dos contratos, justo não é que os consumidores idosos vejam seus contratos tratados de maneira desigual em relação aos demais consumidores e que tenham suas prestações reajustadas em percentagens diferentes do que as aplicadas aos consumidores do mesmo plano, ainda que os contratos desses consumidores idosos sejam anteriores à edição da Lei dos Planos de Saúde – Lei 9.568, de 03 de junho de 2013.

A ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar, como visto no item 1 desta petição inicial defende que o Estatuto do Idoso deve ser aplicado e reger somente os contratos celebrados a partir da data de sua vigência. Todavia, não se pode aceitar esse posicionamento oficial da agência reguladora do setor, que se estriba no vetusto princípio *pacta sunt servanda*.

O Centro de Apoio Cível – Área dos Consumidores tem posição formada sobre o tema e o assunto e cujo inteiro teor do parecer convém transcrever:

“Consulta-nos a Promotoria de Justiça do Consumidor da Capital a respeito das impressões técnicas do CAO do Consumidor sobre a aplicabilidade do Estatuto do Idoso em contratos de planos de saúde, especialmente quanto aos reajustes por faixa etária.

impressão fiscal



A consulente deixou claro em sua solicitação que deseja saber o “posicionamento adotado (Procon, doutrina, julgados etc.) a respeito da aplicação do Estatuto do Idoso quanto às faixas etárias em planos de saúde, isto é, se deve ser aplicado a todo contrato em andamento, ou somente aos contratos firmados após sua entrada em vigor”.

Observa-se que a questão central está atrelada ao posicionamento, inclusive adotado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, de que o Estatuto do Idoso só seria aplicável aos contratos celebrados depois de sua entrada em vigência.

O exame perfunctório de várias fontes de informação demonstra a falta de unanimidade a respeito, mas tendo em vista que algumas das conclusões restringem indevidamente o direito dos consumidores, o tema demanda explicitação sobre o posicionamento do Ministério Público do Estado de São Paulo, já que não são poucos os que, a nosso ver indevidamente, concluem que aos contratos entabulados antes da entrada em vigência da Lei nº 9.656/98 seriam aplicáveis suas próprias cláusulas, ao passo que aos contratos celebrados antes do Estatuto do Idoso, mas posteriores à Lei dos Planos de Saúde, esta é que seria aplicável.

Confira-se a orientação dada pela ANS¹ aos consumidores de planos de saúde:

(...) O consumidor deve observar a data de contratação do plano de acordo com o seguinte critério: (...)

Contratos assinados antes de 2 de janeiro de 1999.

Nos planos assinados antes da entrada em vigor da Lei 9.656/98, deve-se cumprir o que consta do contrato.

(...)

Contratos assinados entre 2 de janeiro de 1999 e 1º de janeiro de 2004.

Nos planos assinados entre 2 de janeiro de 1999 e 1º de janeiro de 2004 e contratos adaptados neste período, as faixas etárias e os percentuais de variação têm que estar expressos no contrato. A lei determina, também, que o da última faixa (70 anos ou mais) poderá ser, no máximo, seis vezes maior que o preço da faixa inicial (0 a 17 anos). (...)

Contratos assinados ou adaptados depois de 1º de janeiro de 2004.

Nos contratos assinados ou adaptados depois de 1º de janeiro de 2004, o número de faixas etárias aumentou de sete para dez, visando atender a determinação do Estatuto do Idoso que veda a variação por mudança de faixa etária aos contratos de consumidores com idade acima de 60 anos.

¹ www.ans.gov.br/portal/site/perfil_consumidor/variacao_custo_faixa_etaria.asp.



Diante desse contexto e justificado pelo grande assédio de consumidores as mais diversas Promotorias de Justiça que atuam em defesa dos consumidores, especialmente os idosos, solicitando posicionamento a respeito do tema é que o Centro de Apoio do Consumidor apresenta seu:

PARECER

1. A relação de consumo envolvendo os contratos de planos de saúde.

É importante observar que todos os contratos de planos de saúde são contratos de consumo, pouco importando a data em que foram celebrados.

Com efeito, nesse contrato de consumo reúnem-se os consumidores de um lado² e de outro os fornecedores de planos de saúde³, lembrando-se que, em resumo, fornecedor “é todo aquele (pessoa física ou jurídica ou ente despersonalizado) que pratica, habitualmente e profissionalmente, atividade econômica no mercado de consumo”.⁴

Por sua vez, o objeto da prestação de serviço dos planos de saúde ou dos seguros-saúde qualifica-se como serviço de consumo à luz da definição legal prevista no Código de Defesa do Consumidor, qual seja, “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária (...)” (CDC, art. 3º, §§ 1º e 2º).⁵

Assim, no caso em análise, a fornecedora é a empresa de plano de saúde; o consumidor final é o usuário do referido plano de saúde; e há a previsão contratual do fornecimento de prestação de serviços, cuja execução é diferida ou continuada.⁶

² O consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final (CDC, art. 2º, *caput*).

³ Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços (CDC, art. 3º, *caput*).

⁴ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código civil anotado. Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2003, p. 908.

⁵ De modo imediato, a distinção entre as duas atividades é que os planos de saúde são contratos pelos quais os consumidores têm direito a usufruir assistência médica em rede própria e/ ou credenciada da empresa operadora. Já os seguros de saúde possibilitam o reembolso das despesas em exames, consultas e internações feitas pelo consumidor em médico, clínica ou hospital de sua preferência.

⁶ Considera-se contrato de longa duração o contrato de execução diferida (no qual a prestação de uma das partes ocorre em várias parcelas, não se verificando a extinção da obrigação enquanto não se completar a execução, como nas vendas a prazo) e o contrato de execução sucessiva (que sobrevive, com a persistência da obrigação, embora ocorram soluções periódicas, até que, pelo implemento de uma condição ou decurso de um prazo, cessa o próprio negócio, como o contrato de locação, o contrato de fornecimento de energia elétrica, o contrato de plano privado de assistência à saúde).



Dessa forma, havendo *relação de consumo*, aplicável o Código de Defesa do Consumidor.

2. A defesa do consumidor como direito fundamental.

A *defesa do consumidor*, proporcionada pelo Estado, foi consagrada na Constituição Federal como direito fundamental (art. 5º, inc. XXXII) e princípio da ordem econômica (art. 170, inc. V).

Sob o ponto de vista de direito fundamental, ressalta Alexandre de Moraes⁷ que o dispositivo mencionado “demonstra a preocupação do legislador constituinte com as modernas relações de consumo, e com a necessidade de proteção do hipossuficiente economicamente. A inexistência de instrumentos eficazes de proteção ao consumidor, para fazer valer seus direitos mais básicos, como, por exemplo, a saúde, o transporte, a alimentação, fez sua defesa ser erigida como um direito individual, de modo a determinar-se a edição de norma ordinária regulamentando não só as relações de consumo, mas também os mecanismos de proteção e efetividade dos direitos do consumidor”.

Essa igualdade substancial do consumidor, buscada pelo constituinte e tão necessária nas relações contratuais, não se encerra apenas no campo do direito público subjetivo, mas também informa a ordem econômica em nosso país.

Com efeito, no capítulo constitucional da Ordem Econômica, a defesa do consumidor é apresentada como uma das faces justificadoras da intervenção do Estado na economia.⁸

Assim, embora a Constituição Federal tenha realmente assegurado a liberdade de qualquer trabalho, ofício ou profissão, bem como o livre exercício de qualquer atividade econômica, independente de autorização dos órgãos públicos⁹, também consagrou a *defesa do consumidor* como princípio da ordem econômica.

O exame desse, em conjunto com outros princípios constitucionais nem sempre se faz tranquilamente, pois não são poucas as vezes que a aplicação de um princípio parece estar em conflito com outro princípio constitucional. É o que se denomina colisão.¹⁰

⁷ Constituição do Brasil interpretada. São Paulo: Editora Atlas, 2ª edição, 2003, p. 285.

⁸ ALMEIDA, João Batista de. A proteção jurídica do consumidor. São Paulo: Ed. Saraiva, 2ª edição, 2000, p. 11.

⁹ Salvo os casos previstos em lei (CF, art. 170, p. único).

¹⁰ Aliás, os princípios em si de conteúdo extremamente abertos, permitem interpretação fluída e isso por si só insinua a possibilidade de tensão entre os vários princípios que compõem a ordem jurídica. Esse é justamente o caminho para que o aplicador envolva-se com dois ou mais princípios conflitantes, o que, em resumo, é chamado de colisão de princípios. Sobre isso, confira-se ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Conceito de Princípios Constitucionais. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999.



O enfrentamento dessa situação de conflituosidade entre os princípios é indispensável ao aplicador, pois, como no tema examinado, improvável que o intérprete consiga responder se a atividade econômica em debate está conforme o sistema jurídico.

3. O princípio da proporcionalidade como parâmetro da melhor interpretação (justa medida) – princípios da livre iniciativa e da defesa do consumidor (CF, artigos 1º, inc. IV, 5º, inc. XXXII, 170, *caput* e inc. V).

Rotineiramente os que militam na área de defesa do consumidor encontram situações nas quais os princípios constitucionais da livre iniciativa e da defesa do consumidor se colocam em colisão.

A melhor solução para essa conflituosidade é a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Willis Santiago Guerra Filho¹¹ afirma “hoje entidades coletivas demandam igualmente um disciplinamento de sua atividade política e econômica, de modo a que possam satisfazer o interesse coletivo que as anima, compatibilizando-o com interesses de natureza individual e pública, com base em um *princípio de proporcionalidade*”.

Nesse ponto, é importante ressaltar que o *princípio da livre iniciativa* foi consagrado como fundamento da República Federativa do Brasil (CF, art. 1º, inc. IV) e também como princípio da atividade econômica (CF, art. 170, *caput*). Ele visa o crescimento e o desenvolvimento do país.

Entretanto, como visto, a *defesa do consumidor*, proporcionada pelo Estado, foi consagrada na Constituição Federal como direito fundamental (art. 5º, inc. XXXII) e princípio da ordem econômica (art. 170, inc. V).

E a *defesa do consumidor* implica na proteção de outros direitos fundamentais, como o direito à vida, à saúde, à liberdade, à segurança etc.

Analisando os princípios constitucionais, Luiz Antonio Rizzatto Nunes¹², na leitura do texto constitucional, afirma, *verbis*:

a) o mercado de consumo aberto à exploração não pertence ao explorador; ele é da sociedade e em função dela, de seu benefício, é que se permite sua exploração;

¹¹ Teoria da ciência jurídica. São Paulo: Editora Saraiva, 2001, p. 159. Explica, ainda, o referido autor que o Estado Democrático de Direito representa uma forma de superação dialética da antítese entre os modelos liberal e social ou socialista de Estado, na harmonização de interesses que se situam em três esferas fundamentais: a *pública*, ocupada pelo Estado, a *privada*, em que se situa o indivíduo, e em segmento intermediário, a *esfera coletiva*, na qual há os interesses de indivíduos enquanto membros de determinados grupos, formados para a consecução de objetivos econômicos, políticos, culturais ou outros.

¹² Comentários ao código de defesa do consumidor (Direito material – arts. 1º a 54). São Paulo: Editora Saraiva, 2000, p. 53.



b) *como decorrência disso, o explorador tem responsabilidades a saldar no ato exploratório; tal ato não pode ser espoliativo;*

c) *se lucro é uma decorrência lógica e natural da exploração permitida, não pode ser ilimitado; encontrará resistência e terá de ser refreado toda vez que puder causar dano ao mercado e à sociedade;*

d) *excetuando os casos de monopólio do Estado (p. ex., do art. 177), o monopólio, o oligopólio e quaisquer outras práticas tendentes à dominação do mercado estão proibidos;*

e) *o lucro é legítimo, mas o risco é exclusivamente do empreendedor. Ele escolheu arriscar-se: não pode repassar esse ônus para o consumidor.*

Mas nem sempre é com essa clareza que os empresários se colocam nas relações de consumo, possível que, no caso concreto, o princípio da *defesa do consumidor* se incompatibilize com os demais princípios constitucionais.

Essa é a motivação para a aplicação do *princípio da proporcionalidade*, previsto implicitamente no Código de Defesa do Consumidor.

Aliás, nesse sentido enfatiza Guilherme Fernandes Neto¹³, “a absorção do princípio da proporcionalidade do direito constitucional pelo direito do consumidor fica ainda mais evidente quando se analisa o art. 4º, inc. III, do Código de Defesa do Consumidor, que dispõe que a harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo far-se-á de modo a *viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores*”.

Também em inúmeros outros dispositivos o Código consumerista consagrou o princípio da proporcionalidade de forma não explícita, v.g., no inc. VI do art. 4º disciplinou como um dos princípios da Política Nacional de Relações de Consumo a “coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores”; e no inc. V do art. 6º estabeleceu como um dos direitos básicos do consumidor “a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”.

¹³ O abuso do direito no código de defesa do consumidor. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 1999, p. 70/71.



De qualquer modo, a despeito da clareza que ilumina o sistema de proteção do consumidor, nem por isso o aplicador desses direitos e princípios estará imune de ter que adotar soluções jurídicas para as antinomias que, como já dissemos, sempre acontecem.

Com efeito, direito do consumidor ou princípio de defesa do consumidor alinha-se a outros princípios constitucionais e, como visto, nos termos do art. 170, inciso V, da Carta Política, configura-se num dos pilares da ordem econômica.

Contudo, a propriedade privada (inciso II do mesmo artigo), a livre concorrência (inciso IV do mesmo artigo) e a busca do pleno emprego (inciso VIII do mesmo artigo) também se encontram na mesma hierarquia formal, o que, de fato, poderá acarretar as mencionadas antinomias.¹⁴

Imagine-se o exemplo no qual o pedido de não ofertar o produto no mercado de consumo, baseado em riscos à vida e a integridade física dos consumidores (CDC, art.12), implique na paralisação do processo produtivo de unidade fabril que empregue mais de 500 trabalhadores.

Provada a potencialidade lesiva o magistrado estará frente a frente com dois importantes princípios - a defesa do consumidor e a busca do pleno emprego - que informam a ordem econômica. Em outras palavras, o magistrado terá de valorar e decidir o caso *sub judice*, optando por um dos princípios, mas sem que isso implique em exclusão do outro dos quadros que compõem o sistema jurídico brasileiro.¹⁵

É evidente que deverá ser sopesado o fato de o direito à vida possuir magnitude infinitamente superior, quando comparado ao direito ao pleno emprego, embora ambos consagrados na Constituição Federal.

Também outro exemplo poderia ser trazido à baila com o objetivo de demonstrar claramente que nem mesmo direitos fundamentais possuem conotação absoluta.

Vejamos o inc. LVI do art. 5º da CF que, em síntese, estabelece que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

A invalidação da prova obtida de modo ilícito tem sido a regra de interpretação¹⁶. Não obstante, há espaço para interpretações excepcionais, tanto isso é verdade que o Superior Tribunal de Justiça, julgando mandado de segurança em matéria criminal, decidiu o seguinte:

¹⁴ BONATTO, Cláudio; e MORAES, Paulo Valério Dal Pai. Questões controvertidas no código de defesa do consumidor. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 4ª edição, 2003, p. 25.

¹⁵ BONATTO, Cláudio; e MORAES, Paulo Valério Dal Pai. Questões controvertidas no código de defesa do consumidor, p 25/26.

¹⁶ RTJ 110/798, 84/609.



“Escuta telefônica com ordem judicial. Réu condenado por formação de quadrilha armada, que se acha cumprindo pena em penitenciária, não tem como invocar direitos fundamentais do homem livre para desentranhar prova (decodificação de fita magnética) feita pela Polícia. O inciso LVI do art. 5º da Constituição, que fala que *são inadmissíveis (...) as provas obtidas por meio ilícito*, não tem conotação absoluta. Há sempre um substrato ético a orientar o exegeta na busca de valores maiores na construção da Sociedade. A própria Constituição Federal brasileira, que é dirigente programática, oferece ao juiz, através da atualização constitucional (*Verfassungsaktualisierung*), base para o entendimento de que a cláusula invocada é relativa. A jurisprudência norte-americana, mencionada em precedente do Supremo Tribunal Federal não é tranqüila. Sempre é invocável o princípio da razoabilidade (*reasonableness*). O *Princípio da exclusão das provas ilicitamente obtidas* também lá pede temperamentos”.¹⁷

Esse exemplo demonstra que a justeza de uma escolha não prescinde de uma interpretação mais flexível. E que essa, por sua vez, não depende de aspectos subjetivos, mas sim de interpretação condizente com a abrangência global do sistema.¹⁸

Com efeito, nas colisões ou conflitos, o papel do princípio da proporcionalidade é o de justamente adaptar a norma ou princípio sem excluí-lo do sistema jurídico.

No exemplo citado, a proibição de utilização no processo das provas obtidas por meio ilícito não poderia prevalecer no caso concreto, pois esse rigor seria desproporcional ao direito à segurança pública.

Aliás, sob a perspectiva da vida e integridade física, observa Alexandre de Moraes¹⁹ que “o direito à vida e à saúde, entre outros, aparecem como consequência imediata da consagração da *dignidade da pessoa humana* como fundamento da República Federativa do Brasil”.

¹⁷ STJ, RMS nº 6.129/RJ, 6ª Turma, rel. Min. Adhemar Maciel, j. 06/02/1996, v.u., DJ de 12/08/1996, p. 27.492, RSTJ vol. 90 p. 364.

¹⁸ Sobre isso, explica Nelson Nery Junior, ao tratar do princípio da proibição da prova ilícita, que “não devem ser aceitos os extremos: nem a negativa peremptória de emprestar-se validade e eficácia à prova obtida sem o conhecimento do protagonista da gravação sub-reptícia, nem a admissão pura e simples de qualquer gravação fonográfica ou televisiva. A proposição da doutrina quanto à tese intermediária é a que mais de coaduna com o que se denomina modernamente de *princípio da proporcionalidade* (*Verhältnismässigkeitsmaxime*), devendo prevalecer, destarte, sobre as radicais”. Prossegue o referido autor afirmando que “a jurisprudência de nossos tribunais tem enveredado corretamente para a tese intermediária, encontrando a medida ideal para a aplicação do princípio da proporcionalidade, quando proclama que *não se cuidando de interceptação de conversa telefônica ou de outro meio ilegal ou moralmente ilícito, mas simplesmente de reprodução de conversa mantida pelas partes e gravada por uma delas, há de ser esta gravação admitida como prova em juízo, a teor do art. 383 do CPC, independentemente a admissibilidade da referida prova do conhecimento de sua formação pela outra parte*”. (Cf. Princípios do processo civil na Constituição Federal Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman, vol. 21. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 1995, p. 143/144).

¹⁹ Constituição do Brasil interpretada. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2ª edição, 2003, p. 1926.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

24

Não se trata, assim, de negar vigência ao preceito constitucional, que proíbe, no processo, a utilização da prova ilícita, mas sim, de sopesar valores, como lembra Gisele Santos Fernandes Góes.²⁰

Aliás, em outra oportunidade o Supremo Tribunal Federal analisou a proporcionalidade entre os princípios que informam a ordem econômica e decidiu: “em face da atual Constituição, para conciliar o fundamento da livre iniciativa e do princípio da livre concorrência com os da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, em conformidade com os ditames da justiça social, pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e de serviços, abusivo que é o poder econômico que visa ao aumento arbitrário dos lucros”.²¹

Desta forma, nota-se que o *princípio da proporcionalidade* encontra, cada vez mais, aplicação em setores parcelares do ordenamento jurídico.²²

Karl Larenz²³ enfatiza que no caso do princípio da proporcionalidade, na sua formulação mais geral, em que requer ou exige apenas uma <relação adequada> entre meio e fim e que o dano que sobrevenha não <esteja sem relação com o risco> que devia ser afastado (§ 228 do BGB), trata-se de um princípio <aberto>, porque nestes casos não é indispensável uma valoração adicional. Não se trata aqui de outra coisa senão da idéia da justa medida, do <equilíbrio>, que está indissociavelmente ligada à idéia de justiça.

A idéia de <justa medida> tem uma relação estreita com a idéia de justiça, tanto no exercício dos direitos como na imposição de deveres e ônus, de equilíbrio de interesses reciprocamente contrapostos na linha do menor prejuízo possível. É que aquela, no fundo, não significa outra coisa senão precisamente a justa medida na relação dos homens entre si e com as coisas submetidas à sua disposição.²⁴

É sob essa premissa que afirmamos com segurança que a observância do *princípio da proporcionalidade* será a justa medida para sopesar a questão colocada (reajuste por faixa etária de planos de saúde e os

²⁰ A autora menciona caso em que o Ministério Público estadual do Rio Grande do Sul ajuizou ação civil pública, com fundamento em ato de improbidade administrativa contra o Prefeito Municipal, cuja prova foi uma fita magnética, em que se gravou conversa entre o alcaide, a testemunha e o proprietário da farmácia, sendo que o Tribunal de Justiça daquele Estado entendeu, de conformidade com o princípio da proporcionalidade, que a prova era lícita, isto depois de avaliados os interesses preponderantes e concluído que, no sopesamento entre, de um lado, o art. 5º, LVI, do texto maior de 1988 e o resguardo da intimidade do agente político e, do outro, o princípio do Estado Democrático de Direito, deveria prevalecer inegavelmente este último (Princípio da proporcionalidade no processo civil. São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 150/151).

²¹ STF, Pleno, Adin nº 319/DF, Questão de ordem, rel. Min. Moreira Alves, DJ de 30/04/1993, p. 7.563.

²² LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. Tradução da 6ª edição por José Lamengo. Lisboa, Portugal: Fundação Calouste Gulbenkian, 3ª edição, 1997, p. 696.

²³ Metodologia da ciência do direito, p. 684.

²⁴ LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito, p. 603.



consumidores idosos), isto é, sua percepção permite aplicar ao caso o princípio mais adequado para a solução da conflituosidade.

No caso em análise, a *defesa do consumidor* deve prevalecer sobre o princípio da livre iniciativa, pois é indiscutível que o mais frágil na relação contratual é o idoso, especialmente em nosso país, que invariavelmente depaupera as condições econômicas das pessoas que ingressam na terceira idade.

Justiça social e igualdade substancial são os elementos da baliza e isso não traz risco algum às empresas de seguro e de planos de saúde, especialmente porque, grande parte de suas receitas, provê de clientes que muito minimizam os custos, bastando imaginar a massa de jovens consumidores.

4. O Estatuto do Idoso e a Lei dos Planos de Saúde.

A Lei nº 9.656/98 (Planos e Seguro Saúde) estabelece:

Art. 15. É facultada a variação das contraprestações pecuniárias estabelecidas nos contratos de planos e seguros de que trata esta Lei em razão da idade do consumidor, desde que sejam previstas no contrato inicial as faixas etárias e os percentuais de reajuste incidentes em cada uma delas, conforme critérios e parâmetros gerais fixados pelo CNSP.

Parágrafo único. É vedada a variação a que alude o caput para consumidores com mais de sessenta anos de idade, se já participarem do mesmo plano ou seguro, ou sucessor, há mais de dez anos.

O dispositivo mencionado foi editado visando amparar a pessoa com mais idade, mas sem tratar especificamente do “idoso”, até porque, a definição deste foi trazida com o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003), *verbis*:

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.

O novel Estatuto, de eficácia imediata, depois de assegurar a atenção integral à saúde do idoso pelo Sistema Único de Saúde, tratou de vetar a utilização de sua “idade” como referencial para o reajuste do plano de saúde, *verbis*:

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.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

26

Ressalte-se que o Estatuto do Idoso derivou de princípios consagrados na Constituição Federal, como o da cidadania, da dignidade da pessoa humana (art. 1º, incisos II e III) e o da *proteção integral*, assim definido:

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.

Explica Elaine Cardoso de Matos Novais²⁵ que a Lei 10.741/03 foi editada no intuito de salvaguardar de modo especial os direitos dos idosos, lembrando que o idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, devendo ser-lhes asseguradas todas as oportunidades e facilidades para preservação de sua saúde física e mental (trecho do art. 2º).

Logo, não se editou legislação de proteção apenas para os futuros idosos, mas sim, também para os atuais, observando-se que desde a promulgação da Constituição Federal, em 05 de outubro de 1988, eles já deveriam estar amparados pela família, pela sociedade e pelo Estado.

Assim sendo, o Estatuto do Idoso, que é norma especial, de ordem pública e interesse social, derivada diretamente de princípios constitucionais, prevalece sobre a Lei de Planos de Saúde.

E isso porque, as normas de ordem pública e interesse social, como é o caso do Estatuto do Idoso, têm uma importância significativa para a sociedade. Elas apresentam a capacidade de revolucionar uma determinada área de interesse, transformando profundamente as concepções e modelos até então aceitos. Por tal razão, quando se fala de contrato de execução continuada, é inimaginável que algumas situações possam ser regidas pela nova lei e outras fiquem à margem desta regulamentação, impondo-se sua incidência imediata.²⁶

O idoso, que também é consumidor, conta com a proteção, não apenas do Estatuto do Idoso, mas também do Código de Defesa do Consumidor, que da mesma forma que aquele, são normas de ordem pública e interesse social (CDC, art. 1º).

As referidas legislações protegem o consumidor idoso, impedindo que os reajustes por faixa etária sejam aplicados a contrato de plano de saúde do qual seja beneficiário.

Hodiernamente, na interpretação do direito privado, reconhece-se, sobretudo, a influência direta da Constituição Federal, da nova ordem pública por ela imposta; muitas relações particulares, antes deixadas ao arbítrio da vontade das partes, obtiveram nova relevância jurídica e, conseqüentemente, passaram a sofrer vigoroso controle estatal.

²⁵ Estatuto do idoso comentado. Obra coletiva. Campinas: LZN, 2006, p. 134.

²⁶ NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. Op. cit., p. 138.



Isso num primeiro momento foi chamado de “publicização do direito privado”. Entretanto, ao longo do tempo, passou a ser reconhecido como de direito civil constitucional, sublinhando o domínio das linhas de ordem pública constitucional sobre as relações privadas.

Interessa constatar que, a partir de 1988, a defesa do consumidor incluiu-se na chamada *ordem pública econômica*, cada vez mais importante, já que na atualidade, legitima e instrumentaliza a crescente intervenção do Estado na atividade econômica dos particulares.

Aliás, é da natureza do Direito acompanhar e instrumentalizar as mudanças sociais, e sob essa perspectiva de instrumento de mudança social, os direitos previstos no texto constitucional, tantos os direitos políticos (os chamados direitos fundamentais de primeira geração), quanto os direitos econômicos e sociais (direitos fundamentais de segunda e terceira gerações), passaram a ter também uma eficácia “positiva”.

Se tradicionalmente estas previsões constitucionais possuíam um efeito meramente “negativo”, no sentido de proibir o Estado de certas atitudes diante dos cidadãos, agora tais previsões ganham uma nova força “positiva”, no sentido de obrigar o Estado a tomar certas atitudes, inclusive a intervenção na atividade privada para proteger determinado grupo difuso de indivíduos²⁷, como é o caso dos consumidores idosos.

Parece claro, o Estatuto do Idoso é norma de ordem pública e interesse social, por isso de aplicação imediata, alcançando as situações que vão surgindo ao longo do tempo e que envolvam o consumidor idoso, pouco importando a data que tenha sido entabulado o contrato.

5. A hipervulnerabilidade do consumidor idoso.

O *consumidor* é o mais vulnerável no mercado de consumo, conforme o disposto no inc. I do art. 4º do Código de Defesa do Consumidor.

É facilmente reconhecível que o consumidor é a parte mais fraca na relação de consumo, a começar pela própria definição de que consumidores são “os que não dispõem de controle sobre bens de produção e, por conseguinte, devem se submeter ao poder dos titulares destes”.

Então, para satisfazer suas necessidades de consumo, é inevitável que ele compareça ao mercado e submeta-se às condições que lhe são impostas pela outra parte - o fornecedor.²⁸

Leciona Cláudia Lima Marques²⁹ que “a vulnerabilidade é mais um estado da pessoa, um estado inerente de risco ou um sinal de confrontação

²⁷ MARQUE, Cláudia Lima. Comentários ao código de defesa do consumidor, obra coletiva. São Paulo: RT, 2ª edição, 2005, p. 61.

²⁸ ALMEIDA, João Batista de. A proteção jurídica do consumidor, p. 22.



excessiva de interesses identificado no mercado (assim Rippert, *La règle morale*, p. 153), é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva (Fiechter-Boulevard, Rapport, p. 324), que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação. A vulnerabilidade não é, pois, o fundamento das regras de proteção do sujeito mais fraco, é apenas a *explicação* destas regras ou da atuação do legislador (Fiechter-Boulevard, Rapport, p. 328), é a técnica para aplicá-la bem, é a noção instrumental que guia e ilumina a aplicação destas normas protetivas e reequilibradoras, à procura do fundamento da igualdade e da justiça equitativa”.

Entretanto, há consumidores que são mais vulneráveis que os outros, e.g. crianças e adolescentes, idosos, desempregados etc.

Ressalte-se, tal a vulnerabilidade de alguns consumidores que a própria Constituição Federal, no título da “ordem social”, assegurou-lhes *proteção integral*, como no caso da criança e do adolescente (CF, art. 227) e do idoso (CF, art. 230). Hipervulneráveis, eles devem contar com maior amparo por parte da família, da sociedade e do Estado.

Léon Duguit³⁰ explica “os governantes são indivíduos como os outros, também implicados nos laços da solidariedade social, e submetidos, como todos os membros da sociedade, à regra de direito fundada nesta solidariedade. A regra de direito que se impõe aos governantes é a mesma que se impõe aos governados. Nas relações dos governantes com os governados, e nas relações dos governados uns com os outros, só há e só pode haver uma regra de direito que é sempre a mesma: cooperar na solidariedade social. O direito público e o direito privado têm, portanto, igual fundamento”. (...) “o espírito que se deve aplicar no estudo do direito é o espírito de justiça. É seguramente com esse espírito que se deve estudar o direito privado”.

É esse *espírito de justiça* que deve nortear a solução do caso vertente, pois só há, de fato, uma interpretação razoável, qual seja, a de que o reajuste dos planos de saúde por faixa etária só pode ser aceito se o consumidor NÃO for idoso.

Caso contrário, a afronta não será apenas ao Estatuto do Idoso, mas também ao princípio constitucional que assegura sua proteção integral.

Pensamento diverso³¹, com a devida vênia, equivaleria a negar a proteção integral, assegurada pela Constituição Federal, aos atuais idosos, porque, como se sabe, a regra é a de se ingressar no Plano de Saúde ainda jovem e não depois de completados os sessenta anos de idade.

²⁹ Comentários ao código de defesa do consumidor, op. cit., p. 144.

³⁰ Fundamentos do direito, tradução de Ricardo Rodrigues Gama, Campinas: LZN Editora, 2003, p. 66/67.

³¹ No sentido de que o Estatuto do Idoso só deveria ser observado nos contratos celebrados após a sua entrada em vigência.



A consulente deixou claro em sua solicitação que deseja saber o “posicionamento adotado (Procon, doutrina, julgados etc.) a respeito da aplicação do Estatuto do Idoso quanto às faixas etárias em planos de saúde, isto é, se deve ser aplicado a todo contrato em andamento, ou somente aos contratos firmados após sua entrada em vigor”.

Observa-se que a questão central está atrelada ao posicionamento, inclusive adotado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, de que o Estatuto do Idoso só seria aplicável aos contratos celebrados depois de sua entrada em vigência.

O exame perfunctório de várias fontes de informação demonstra a falta de unanimidade a respeito, mas tendo em vista que algumas das conclusões restringem indevidamente o direito dos consumidores, o tema demanda explicitação sobre o posicionamento do Ministério Público do Estado de São Paulo, já que não são poucos os que, a nosso ver indevidamente, concluem que aos contratos entabulados antes da entrada em vigência da Lei nº 9.656/98 seriam aplicáveis suas próprias cláusulas, ao passo que aos contratos celebrados antes do Estatuto do Idoso, mas posteriores à Lei dos Planos de Saúde, esta é que seria aplicável.

Confira-se a orientação dada pela ANS¹ aos consumidores de planos de saúde:

(...) O consumidor deve observar a data de contratação do plano de acordo com o seguinte critério: (...)

Contratos assinados antes de 2 de janeiro de 1999.

Nos planos assinados antes da entrada em vigor da Lei 9.656/98, deve-se cumprir o que consta do contrato.

(...)

Contratos assinados entre 2 de janeiro de 1999 e 1º de janeiro de 2004.

Nos planos assinados entre 2 de janeiro de 1999 e 1º de janeiro de 2004 e contratos adaptados neste período, as faixas etárias e os percentuais de variação têm que estar expressos no contrato. A lei determina, também, que o da última faixa (70 anos ou mais) poderá ser, no máximo, seis vezes maior que o preço da faixa inicial (0 a 17 anos). (...)

Contratos assinados ou adaptados depois de 1º de janeiro de 2004.

Nos contratos assinados ou adaptados depois de 1º de janeiro de 2004, o número de faixas etárias aumentou de sete para dez, visando atender a determinação do Estatuto do Idoso que veda a variação por mudança de faixa etária aos contratos de consumidores com idade acima de 60 anos.

¹ www.ans.gov.br/portal/site/perfil_consumidor/variacao_custo_faixa_etaria.asp.



Diante desse contexto e justificado pelo grande assédio de consumidores as mais diversas Promotorias de Justiça que atuam em defesa dos consumidores, especialmente os idosos, solicitando posicionamento a respeito do tema é que o Centro de Apoio do Consumidor apresenta seu:

PARECER

1. A relação de consumo envolvendo os contratos de planos de saúde.

É importante observar que todos os contratos de planos de saúde são contratos de consumo, pouco importando a data em que foram celebrados.

Com efeito, nesse contrato de consumo reúnem-se os consumidores de um lado² e de outro os fornecedores de planos de saúde³, lembrando-se que, em resumo, fornecedor “é todo aquele (pessoa física ou jurídica ou ente despersonalizado) que pratica, habitualmente e profissionalmente, atividade econômica no mercado de consumo”.⁴

Por sua vez, o objeto da prestação de serviço dos planos de saúde ou dos seguros-saúde qualifica-se como serviço de consumo à luz da definição legal prevista no Código de Defesa do Consumidor, qual seja, “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária (...)” (CDC, art. 3º, §§ 1º e 2º).⁵

Assim, no caso em análise, a fornecedora é a empresa de plano de saúde; o consumidor final é o usuário do referido plano de saúde; e há a previsão contratual do fornecimento de prestação de serviços, cuja execução é diferida ou continuada.⁶

² O consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final (CDC, art. 2º, *caput*).

³ Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços (CDC, art. 3º, *caput*).

⁴ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código civil anotado. Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2003, p. 908.

⁵ De modo imediato, a distinção entre as duas atividades é que os planos de saúde são contratos pelos quais os consumidores têm direito a usufruir assistência médica em rede própria e/ ou credenciada da empresa operadora. Já os seguros de saúde possibilitam o reembolso das despesas em exames, consultas e internações feitas pelo consumidor em médico, clínica ou hospital de sua preferência.

⁶ Considera-se contrato de longa duração o contrato de execução diferida (no qual a prestação de uma das partes ocorre em várias parcelas, não se verificando a extinção da obrigação enquanto não se completar a execução, como nas vendas a prazo) e o contrato de execução sucessiva (que sobrevive, com a persistência da obrigação, embora ocorram soluções periódicas, até que, pelo implemento de uma condição ou decurso de um prazo, cessa o próprio negócio, como o contrato de locação, o contrato de fornecimento de energia elétrica, o contrato de plano privado de assistência à saúde).



Dessa forma, havendo *relação de consumo*, aplicável o Código de Defesa do Consumidor.

2. A defesa do consumidor como direito fundamental.

A *defesa do consumidor*, proporcionada pelo Estado, foi consagrada na Constituição Federal como direito fundamental (art. 5º, inc. XXXII) e princípio da ordem econômica (art. 170, inc. V).

Sob o ponto de vista de direito fundamental, ressalta Alexandre de Moraes⁷ que o dispositivo mencionado “demonstra a preocupação do legislador constituinte com as modernas relações de consumo, e com a necessidade de proteção do hipossuficiente economicamente. A inexistência de instrumentos eficazes de proteção ao consumidor, para fazer valer seus direitos mais básicos, como, por exemplo, a saúde, o transporte, a alimentação, fez sua defesa ser erigida como um direito individual, de modo a determinar-se a edição de norma ordinária regulamentando não só as relações de consumo, mas também os mecanismos de proteção e efetividade dos direitos do consumidor”.

Essa igualdade substancial do consumidor, buscada pelo constituinte e tão necessária nas relações contratuais, não se encerra apenas no campo do direito público subjetivo, mas também informa a ordem econômica em nosso país.

Com efeito, no capítulo constitucional da Ordem Econômica, a defesa do consumidor é apresentada como uma das faces justificadoras da intervenção do Estado na economia.⁸

Assim, embora a Constituição Federal tenha realmente assegurado a liberdade de qualquer trabalho, ofício ou profissão, bem como o livre exercício de qualquer atividade econômica, independente de autorização dos órgãos públicos⁹, também consagrou a *defesa do consumidor* como princípio da ordem econômica.

O exame desse, em conjunto com outros princípios constitucionais nem sempre se faz tranquilamente, pois não são poucas as vezes que a aplicação de um princípio parece estar em conflito com outro princípio constitucional. É o que se denomina colisão.¹⁰

⁷ Constituição do Brasil interpretada. São Paulo: Editora Atlas, 2ª edição, 2003, p. 285.

⁸ ALMEIDA, João Batista de. A proteção jurídica do consumidor. São Paulo: Ed. Saraiva, 2ª edição, 2000, p. 11.

⁹ Salvo os casos previstos em lei (CF, art. 170, p. único).

¹⁰ Aliás, os princípios em si de conteúdo extremamente abertos, permitem interpretação fluída e isso por si só insinua a possibilidade de tensão entre os vários princípios que compõem a ordem jurídica. Esse é justamente o caminho para que o aplicador envolva-se com dois ou mais princípios conflitantes, o que, em resumo, é chamado de colisão de princípios. Sobre isso, confira-se ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Conceito de Princípios Constitucionais. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999.



O enfrentamento dessa situação de conflituosidade entre os princípios é indispensável ao aplicador, pois, como no tema examinado, improvável que o intérprete consiga responder se a atividade econômica em debate está conforme o sistema jurídico.

3. O princípio da proporcionalidade como parâmetro da melhor interpretação (justa medida) – princípios da livre iniciativa e da defesa do consumidor (CF, artigos 1º, inc. IV, 5º, inc. XXXII, 170, *caput* e inc. V).

Rotineiramente os que militam na área de defesa do consumidor encontram situações nas quais os princípios constitucionais da livre iniciativa e da defesa do consumidor se colocam em colisão.

A melhor solução para essa conflituosidade é a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Willis Santiago Guerra Filho¹¹ afirma “hoje entidades coletivas demandam igualmente um disciplinamento de sua atividade política e econômica, de modo a que possam satisfazer o interesse coletivo que as anima, compatibilizando-o com interesses de natureza individual e pública, com base em um *princípio de proporcionalidade*”.

Nesse ponto, é importante ressaltar que o *princípio da livre iniciativa* foi consagrado como fundamento da República Federativa do Brasil (CF, art. 1º, inc. IV) e também como princípio da atividade econômica (CF, art. 170, *caput*). Ele visa o crescimento e o desenvolvimento do país.

Entretanto, como visto, a *defesa do consumidor*, proporcionada pelo Estado, foi consagrada na Constituição Federal como direito fundamental (art. 5º, inc. XXXII) e princípio da ordem econômica (art. 170, inc. V).

E a *defesa do consumidor* implica na proteção de outros direitos fundamentais, como o direito à vida, à saúde, à liberdade, à segurança etc.

Analisando os princípios constitucionais, Luiz Antonio Rizzatto Nunes¹², na leitura do texto constitucional, afirma, *verbis*:

a) o mercado de consumo aberto à exploração não pertence ao explorador; ele é da sociedade e em função dela, de seu benefício, é que se permite sua exploração;

¹¹ Teoria da ciência jurídica. São Paulo: Editora Saraiva, 2001, p. 159. Explica, ainda, o referido autor que o Estado Democrático de Direito representa uma forma de superação dialética da antítese entre os modelos liberal e social ou socialista de Estado, na harmonização de interesses que se situam em três esferas fundamentais: a *pública*, ocupada pelo Estado, a *privada*, em que se situa o indivíduo, e em segmento intermediário, a *esfera coletiva*, na qual há os interesses de indivíduos enquanto membros de determinados grupos, formados para a consecução de objetivos econômicos, políticos, culturais ou outros.

¹² Comentários ao código de defesa do consumidor (Direito material – arts. 1º a 54). São Paulo: Editora Saraiva, 2000, p. 53.



b) como decorrência disso, o explorador tem responsabilidades a saldar no ato exploratório; tal ato não pode ser espoliativo;

c) se lucro é uma decorrência lógica e natural da exploração permitida, não pode ser ilimitado; encontrará resistência e terá de ser refreado toda vez que puder causar dano ao mercado e à sociedade;

d) excetuando os casos de monopólio do Estado (p. ex., do art. 177), o monopólio, o oligopólio e quaisquer outras práticas tendentes à dominação do mercado estão proibidos;

e) o lucro é legítimo, mas o risco é exclusivamente do empreendedor. Ele escolheu arriscar-se: não pode repassar esse ônus para o consumidor.

Mas nem sempre é com essa clareza que os empresários se colocam nas relações de consumo, possível que, no caso concreto, o princípio da *defesa do consumidor* se incompatibilize com os demais princípios constitucionais.

Essa é a motivação para a aplicação do *princípio da proporcionalidade*, previsto implicitamente no Código de Defesa do Consumidor.

Aliás, nesse sentido enfatiza Guilherme Fernandes Neto¹³, “a absorção do princípio da proporcionalidade do direito constitucional pelo direito do consumidor fica ainda mais evidente quando se analisa o art. 4º, inc. III, do Código de Defesa do Consumidor, que dispõe que a harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo far-se-á de modo a *viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores*”.

Também em inúmeros outros dispositivos o Código consumerista consagrou o princípio da proporcionalidade de forma não explícita, v.g., no inc. VI do art. 4º disciplinou como um dos princípios da Política Nacional de Relações de Consumo a “coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores”; e no inc. V do art. 6º estabeleceu como um dos direitos básicos do consumidor “a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”.

¹³ O abuso do direito no código de defesa do consumidor. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 1999, p. 70/71.



De qualquer modo, a despeito da clareza que ilumina o sistema de proteção do consumidor, nem por isso o aplicador desses direitos e princípios estará imune de ter que adotar soluções jurídicas para as antinomias que, como já dissemos, sempre acontecem.

Com efeito, direito do consumidor ou princípio de defesa do consumidor alinha-se a outros princípios constitucionais e, como visto, nos termos do art. 170, inciso V, da Carta Política, configura-se num dos pilares da ordem econômica.

Contudo, a propriedade privada (inciso II do mesmo artigo), a livre concorrência (inciso IV do mesmo artigo) e a busca do pleno emprego (inciso VIII do mesmo artigo) também se encontram na mesma hierarquia formal, o que, de fato, poderá acarretar as mencionadas antinomias.¹⁴

Imagine-se o exemplo no qual o pedido de não ofertar o produto no mercado de consumo, baseado em riscos à vida e a integridade física dos consumidores (CDC, art.12), implique na paralisação do processo produtivo de unidade fabril que empregue mais de 500 trabalhadores.

Provada a potencialidade lesiva o magistrado estará frente a frente com dois importantes princípios - a defesa do consumidor e a busca do pleno emprego - que informam a ordem econômica. Em outras palavras, o magistrado terá de valorar e decidir o caso *sub judice*, optando por um dos princípios, mas sem que isso implique em exclusão do outro dos quadros que compõem o sistema jurídico brasileiro.¹⁵

É evidente que deverá ser sopesado o fato de o direito à vida possuir magnitude infinitamente superior, quando comparado ao direito ao pleno emprego, embora ambos consagrados na Constituição Federal.

Também outro exemplo poderia ser trazido à baila com o objetivo de demonstrar claramente que nem mesmo direitos fundamentais possuem conotação absoluta.

Vejamos o inc. LVI do art. 5º da CF que, em síntese, estabelece que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

A invalidação da prova obtida de modo ilícito tem sido a regra de interpretação¹⁶. Não obstante, há espaço para interpretações excepcionais, tanto isso é verdade que o Superior Tribunal de Justiça, julgando mandado de segurança em matéria criminal, decidiu o seguinte:

¹⁴ BONATTO, Cláudio; e MORAES, Paulo Valério Dal Pai. Questões controvertidas no código de defesa do consumidor. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 4ª edição, 2003, p. 25.

¹⁵ BONATTO, Cláudio; e MORAES, Paulo Valério Dal Pai. Questões controvertidas no código de defesa do consumidor, p 25/26.

¹⁶ RTJ 110/798, 84/609.



“Escuta telefônica com ordem judicial. Réu condenado por formação de quadrilha armada, que se acha cumprindo pena em penitenciária, não tem como invocar direitos fundamentais do homem livre para desentranhar prova (decodificação de fita magnética) feita pela Polícia. O inciso LVI do art. 5º da Constituição, que fala que *são inadmissíveis (...) as provas obtidas por meio ilícito*, não tem conotação absoluta. Há sempre um substrato ético a orientar o exegeta na busca de valores maiores na construção da Sociedade. A própria Constituição Federal brasileira, que é dirigente programática, oferece ao juiz, através da atualização constitucional (*Verfassungsaktualisierung*), base para o entendimento de que a cláusula invocada é relativa. A jurisprudência norte-americana, mencionada em precedente do Supremo Tribunal Federal não é tranqüila. Sempre é invocável o princípio da razoabilidade (*reasonableness*). O *Princípio da exclusão das provas ilicitamente obtidas* também lá pede temperamentos”.¹⁷

Esse exemplo demonstra que a justeza de uma escolha não prescinde de uma interpretação mais flexível. E que essa, por sua vez, não depende de aspectos subjetivos, mas sim de interpretação condizente com a abrangência global do sistema.¹⁸

Com efeito, nas colisões ou conflitos, o papel do princípio da proporcionalidade é o de justamente adaptar a norma ou princípio sem excluí-lo do sistema jurídico.

No exemplo citado, a proibição de utilização no processo das provas obtidas por meio ilícito não poderia prevalecer no caso concreto, pois esse rigor seria desproporcional ao direito à segurança pública.

Aliás, sob a perspectiva da vida e integridade física, observa Alexandre de Moraes¹⁹ que “o direito à vida e à saúde, entre outros, aparecem como consequência imediata da consagração da *dignidade da pessoa humana* como fundamento da República Federativa do Brasil”.

¹⁷ STJ, RMS nº 6.129/RJ, 6ª Turma, rel. Min. Adhemar Maciel, j. 06/02/1996, v.u., DJ de 12/08/1996, p. 27.492, RSTJ vol. 90 p. 364.

¹⁸ Sobre isso, explica Nelson Nery Junior, ao tratar do princípio da proibição da prova ilícita, que “não devem ser aceitos os extremos: nem a negativa peremptória de emprestar-se validade e eficácia à prova obtida sem o conhecimento do protagonista da gravação sub-reptícia, nem a admissão pura e simples de qualquer gravação fonográfica ou televisiva. A proposição da doutrina quanto à tese intermediária é a que mais de coaduna com o que se denomina modernamente de *princípio da proporcionalidade* (*Verhältnismässigkeitsmaxime*), devendo prevalecer, destarte, sobre as radicais”. Prossegue o referido autor afirmando que “a jurisprudência de nossos tribunais tem enveredado corretamente para a tese intermediária, encontrando a medida ideal para a aplicação do princípio da proporcionalidade, quando proclama que *não se cuidando de interceptação de conversa telefônica ou de outro meio ilegal ou moralmente ilícito, mas simplesmente de reprodução de conversa mantida pelas partes e gravada por uma delas, há de ser esta gravação admitida como prova em juízo, a teor do art. 383 do CPC, independentemente a admissibilidade da referida prova do conhecimento de sua formação pela outra parte*”. (Cf. Princípios do processo civil na Constituição Federal Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman, vol. 21. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 1995, p. 143/144).

¹⁹ Constituição do Brasil interpretada. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2ª edição, 2003, p. 1926.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

24

Não se trata, assim, de negar vigência ao preceito constitucional, que proíbe, no processo, a utilização da prova ilícita, mas sim, de sopesar valores, como lembra Gisele Santos Fernandes Góes.²⁰

Aliás, em outra oportunidade o Supremo Tribunal Federal analisou a proporcionalidade entre os princípios que informam a ordem econômica e decidiu: “em face da atual Constituição, para conciliar o fundamento da livre iniciativa e do princípio da livre concorrência com os da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, em conformidade com os ditames da justiça social, pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e de serviços, abusivo que é o poder econômico que visa ao aumento arbitrário dos lucros”.²¹

Desta forma, nota-se que o *princípio da proporcionalidade* encontra, cada vez mais, aplicação em setores parcelares do ordenamento jurídico.²²

Karl Larenz²³ enfatiza que no caso do princípio da proporcionalidade, na sua formulação mais geral, em que requer ou exige apenas uma <relação adequada> entre meio e fim e que o dano que sobrevenha não <esteja sem relação com o risco> que devia ser afastado (§ 228 do BGB), trata-se de um princípio <aberto>, porque nestes casos não é indispensável uma valoração adicional. Não se trata aqui de outra coisa senão da idéia da justa medida, do <equilíbrio>, que está indissociavelmente ligada à idéia de justiça.

A idéia de <justa medida> tem uma relação estreita com a idéia de justiça, tanto no exercício dos direitos como na imposição de deveres e ônus, de equilíbrio de interesses reciprocamente contrapostos na linha do menor prejuízo possível. É que aquela, no fundo, não significa outra coisa senão precisamente a justa medida na relação dos homens entre si e com as coisas submetidas à sua disposição.²⁴

É sob essa premissa que afirmamos com segurança que a observância do *princípio da proporcionalidade* será a justa medida para sopesar a questão colocada (reajuste por faixa etária de planos de saúde e os

²⁰ A autora menciona caso em que o Ministério Público estadual do Rio Grande do Sul ajuizou ação civil pública, com fundamento em ato de improbidade administrativa contra o Prefeito Municipal, cuja prova foi uma fita magnética, em que se gravou conversa entre o alcaide, a testemunha e o proprietário da farmácia, sendo que o Tribunal de Justiça daquele Estado entendeu, de conformidade com o princípio da proporcionalidade, que a prova era lícita, isto depois de avaliados os interesses preponderantes e concluído que, no sopesamento entre, de um lado, o art. 5º, LVI, do texto maior de 1988 e o resguardo da intimidade do agente político e, do outro, o princípio do Estado Democrático de Direito, deveria prevalecer inegavelmente este último (Princípio da proporcionalidade no processo civil. São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 150/151).

²¹ STF, Pleno, Adin nº 319/DF, Questão de ordem, rel. Min. Moreira Alves, DJ de 30/04/1993, p. 7.563.

²² LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. Tradução da 6ª edição por José Lamengo. Lisboa, Portugal: Fundação Calouste Gulbenkian, 3ª edição, 1997, p. 696.

²³ Metodologia da ciência do direito, p. 684.

²⁴ LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito, p. 603.



consumidores idosos), isto é, sua percepção permite aplicar ao caso o princípio mais adequado para a solução da conflituosidade.

No caso em análise, a *defesa do consumidor* deve prevalecer sobre o princípio da livre iniciativa, pois é indiscutível que o mais frágil na relação contratual é o idoso, especialmente em nosso país, que invariavelmente depauperava as condições econômicas das pessoas que ingressam na terceira idade.

Justiça social e igualdade substancial são os elementos da baliza e isso não traz risco algum às empresas de seguro e de planos de saúde, especialmente porque, grande parte de suas receitas, provê de clientes que muito minimizam os custos, bastando imaginar a massa de jovens consumidores.

4. O Estatuto do Idoso e a Lei dos Planos de Saúde.

A Lei nº 9.656/98 (Planos e Seguro Saúde) estabelece:

Art. 15. É facultada a variação das contraprestações pecuniárias estabelecidas nos contratos de planos e seguros de que trata esta Lei em razão da idade do consumidor, desde que sejam previstas no contrato inicial as faixas etárias e os percentuais de reajuste incidentes em cada uma delas, conforme critérios e parâmetros gerais fixados pelo CNSP.

Parágrafo único. É vedada a variação a que alude o caput para consumidores com mais de sessenta anos de idade, se já participarem do mesmo plano ou seguro, ou sucessor, há mais de dez anos.

O dispositivo mencionado foi editado visando amparar a pessoa com mais idade, mas sem tratar especificamente do “idoso”, até porque, a definição deste foi trazida com o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003), *verbis*:

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.

O novel Estatuto, de eficácia imediata, depois de assegurar a atenção integral à saúde do idoso pelo Sistema Único de Saúde, tratou de vetar a utilização de sua “idade” como referencial para o reajuste do plano de saúde, *verbis*:

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.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

26

Ressalte-se que o Estatuto do Idoso derivou de princípios consagrados na Constituição Federal, como o da cidadania, da dignidade da pessoa humana (art. 1º, incisos II e III) e o da *proteção integral*, assim definido:

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.

Explica Elaine Cardoso de Matos Novais²⁵ que a Lei 10.741/03 foi editada no intuito de salvaguardar de modo especial os direitos dos idosos, lembrando que o idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, devendo ser-lhes asseguradas todas as oportunidades e facilidades para preservação de sua saúde física e mental (trecho do art. 2º).

Logo, não se editou legislação de proteção apenas para os futuros idosos, mas sim, também para os atuais, observando-se que desde a promulgação da Constituição Federal, em 05 de outubro de 1988, eles já deveriam estar amparados pela família, pela sociedade e pelo Estado.

Assim sendo, o Estatuto do Idoso, que é norma especial, de ordem pública e interesse social, derivada diretamente de princípios constitucionais, prevalece sobre a Lei de Planos de Saúde.

E isso porque, as normas de ordem pública e interesse social, como é o caso do Estatuto do Idoso, têm uma importância significativa para a sociedade. Elas apresentam a capacidade de revolucionar uma determinada área de interesse, transformando profundamente as concepções e modelos até então aceitos. Por tal razão, quando se fala de contrato de execução continuada, é inimaginável que algumas situações possam ser regidas pela nova lei e outras fiquem à margem desta regulamentação, impondo-se sua incidência imediata.²⁶

O idoso, que também é consumidor, conta com a proteção, não apenas do Estatuto do Idoso, mas também do Código de Defesa do Consumidor, que da mesma forma que aquele, são normas de ordem pública e interesse social (CDC, art. 1º).

As referidas legislações protegem o consumidor idoso, impedindo que os reajustes por faixa etária sejam aplicados a contrato de plano de saúde do qual seja beneficiário.

Hodiernamente, na interpretação do direito privado, reconhece-se, sobretudo, a influência direta da Constituição Federal, da nova ordem pública por ela imposta; muitas relações particulares, antes deixadas ao arbítrio da vontade das partes, obtiveram nova relevância jurídica e, conseqüentemente, passaram a sofrer vigoroso controle estatal.

²⁵ Estatuto do idoso comentado. Obra coletiva. Campinas: LZN, 2006, p. 134.

²⁶ NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. Op. cit., p. 138.



Isso num primeiro momento foi chamado de “publicização do direito privado”. Entretanto, ao longo do tempo, passou a ser reconhecido como de direito civil constitucional, sublinhando o domínio das linhas de ordem pública constitucional sobre as relações privadas.

Interessa constatar que, a partir de 1988, a defesa do consumidor incluiu-se na chamada *ordem pública econômica*, cada vez mais importante, já que na atualidade, legitima e instrumentaliza a crescente intervenção do Estado na atividade econômica dos particulares.

Aliás, é da natureza do Direito acompanhar e instrumentalizar as mudanças sociais, e sob essa perspectiva de instrumento de mudança social, os direitos previstos no texto constitucional, tantos os direitos políticos (os chamados direitos fundamentais de primeira geração), quanto os direitos econômicos e sociais (direitos fundamentais de segunda e terceira gerações), passaram a ter também uma eficácia “positiva”.

Se tradicionalmente estas previsões constitucionais possuíam um efeito meramente “negativo”, no sentido de proibir o Estado de certas atitudes diante dos cidadãos, agora tais previsões ganham uma nova força “positiva”, no sentido de obrigar o Estado a tomar certas atitudes, inclusive a intervenção na atividade privada para proteger determinado grupo difuso de indivíduos²⁷, como é o caso dos consumidores idosos.

Parece claro, o Estatuto do Idoso é norma de ordem pública e interesse social, por isso de aplicação imediata, alcançando as situações que vão surgindo ao longo do tempo e que envolvam o consumidor idoso, pouco importando a data que tenha sido entabulado o contrato.

5. A hipervulnerabilidade do consumidor idoso.

O *consumidor* é o mais vulnerável no mercado de consumo, conforme o disposto no inc. I do art. 4º do Código de Defesa do Consumidor.

É facilmente reconhecível que o consumidor é a parte mais fraca na relação de consumo, a começar pela própria definição de que consumidores são “os que não dispõem de controle sobre bens de produção e, por conseguinte, devem se submeter ao poder dos titulares destes”.

Então, para satisfazer suas necessidades de consumo, é inevitável que ele compareça ao mercado e submeta-se às condições que lhe são impostas pela outra parte - o fornecedor.²⁸

Leciona Cláudia Lima Marques²⁹ que “a vulnerabilidade é mais um estado da pessoa, um estado inerente de risco ou um sinal de confrontação

²⁷ MARQUE, Cláudia Lima. Comentários ao código de defesa do consumidor, obra coletiva. São Paulo: RT, 2ª edição, 2005, p. 61.

²⁸ ALMEIDA, João Batista de. A proteção jurídica do consumidor, p. 22.



excessiva de interesses identificado no mercado (assim Rippert, *La règle morale*, p. 153), é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva (Fiechter-Boulevard, Rapport, p. 324), que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação. A vulnerabilidade não é, pois, o fundamento das regras de proteção do sujeito mais fraco, é apenas a *explicação* destas regras ou da atuação do legislador (Fiechter-Boulevard, Rapport, p. 328), é a técnica para aplicá-la bem, é a noção instrumental que guia e ilumina a aplicação destas normas protetivas e reequilibradoras, à procura do fundamento da igualdade e da justiça equitativa”.

Entretanto, há consumidores que são mais vulneráveis que os outros, e.g. crianças e adolescentes, idosos, desempregados etc.

Ressalte-se, tal a vulnerabilidade de alguns consumidores que a própria Constituição Federal, no título da “ordem social”, assegurou-lhes *proteção integral*, como no caso da criança e do adolescente (CF, art. 227) e do idoso (CF, art. 230). Hipervulneráveis, eles devem contar com maior amparo por parte da família, da sociedade e do Estado.

Léon Duguit³⁰ explica “os governantes são indivíduos como os outros, também implicados nos laços da solidariedade social, e submetidos, como todos os membros da sociedade, à regra de direito fundada nesta solidariedade. A regra de direito que se impõe aos governantes é a mesma que se impõe aos governados. Nas relações dos governantes com os governados, e nas relações dos governados uns com os outros, só há e só pode haver uma regra de direito que é sempre a mesma: cooperar na solidariedade social. O direito público e o direito privado têm, portanto, igual fundamento”. (...) “o espírito que se deve aplicar no estudo do direito é o espírito de justiça. É seguramente com esse espírito que se deve estudar o direito privado”.

É esse *espírito de justiça* que deve nortear a solução do caso vertente, pois só há, de fato, uma interpretação razoável, qual seja, a de que o reajuste dos planos de saúde por faixa etária só pode ser aceito se o consumidor NÃO for idoso.

Caso contrário, a afronta não será apenas ao Estatuto do Idoso, mas também ao princípio constitucional que assegura sua proteção integral.

Pensamento diverso³¹, com a devida vênia, equivaleria a negar a proteção integral, assegurada pela Constituição Federal, aos atuais idosos, porque, como se sabe, a regra é a de se ingressar no Plano de Saúde ainda jovem e não depois de completados os sessenta anos de idade.

²⁹ Comentários ao código de defesa do consumidor, op. cit., p. 144.

³⁰ Fundamentos do direito, tradução de Ricardo Rodrigues Gama, Campinas: LZN Editora, 2003, p. 66/67.

³¹ No sentido de que o Estatuto do Idoso só deveria ser observado nos contratos celebrados após a sua entrada em vigência.