

DESAFIOS DO ENVELHECIMENTO E A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS

Desembargador Carlos Augusto Guimarães e Souza Junior

Sumário: 1. Da discriminação à proteção legal do idoso – 2. Dos reajustes das mensalidades e dos prêmios nos contratos de prestação de serviços médico-hospitalares e nos seguros-saúde – 3. A jurisprudência majoritária no país – 4. O enfrentamento da questão pelo Superior Tribunal de Justiça: 4.1. Primeiro posicionamento; 4.2. Segundo posicionamento; 4.3. Novos julgados referentes à matéria no Superior Tribunal de Justiça – 5. O primeiro julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, depois das decisões nos Recursos Especiais nºs 809.329-RJ e 989.380-RN – 6. O direito intertemporal – 7. Conflito entre o posicionamento do STJ e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – 8. Considerações sobre a teoria do efeito imediato da lei – 9. Consequências da orientação do Superior Tribunal de Justiça: 9.1. No plano fático; 9.2. No plano jurídico – 10. Da insegurança jurídica.

1. DA DISCRIMINAÇÃO À PROTEÇÃO LEGAL DO IDOSO

O Brasil foi durante muitos anos considerado um país de jovens. No começo do século passado, as famílias eram numerosas, tanto na classe social mais abastada, como nos segmentos mais pobres da população. Independente do nível social e cultural, os casais tinham vários filhos. Por outro lado, a expectativa de vida era extremamente baixa, dada as precárias condições de saúde da época, bem como a total ausência de controle preventivo de enfermidades tanto no âmbito social, como no familiar. Embora as condições de saúde da época contribuíssem, em muito, para o aumento da mortalidade de adultos, também influía no excessivo número de mortes de nascituros.

De qualquer modo, certo é que a taxa de natalidade superava a de mortalidade. Com isso, o país possuía mais jovens que idosos.

Esse quadro foi, com o passar dos anos, modificando-se. De um lado, as famílias passaram de ter um número bem menor de filhos. De outro, a taxa de mortalidade de idosos diminuiu consideravelmente.

Se na primeira metade do século passado, no Brasil, o ser humano podia ser considerar idoso aos 50 anos, com não muita probabilidade de alcançar

idade mais avançada, hoje a expectativa de vida média do brasileiro é de quase 75 anos.

Com efeito, já no ano de 2009 o IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, apontava a média de expectativa de vida do brasileiro de 72,8 anos. Nesse mesmo ano, países desenvolvidos e com alto padrão de atendimento à população, principalmente no campo da saúde e da educação, tinham média superior. Por exemplo, no Japão a média de vida da população japonesa era de 82,5 anos. Na França e na Suíça, 81,5 anos. Na Suécia, 81 anos.

Esses dados estatísticos estão a indicar que progressivamente caminhamos para um envelhecimento da população mundial. E o Brasil segue a mesma tendência das super potências, uma vez que a qualidade de vida tem melhorado, principalmente nas classes mais pobres.

Com isso, nos dias atuais o cidadão tem consciência da necessidade de ter um número menor de filhos, para lhes poder proporcionar, no futuro, condições superiores àquelas vividas pelos pais. Está ciente, também, que deve tomar cuidados básicos para pode atingir uma idade mais avançada, com qualidade de vida.

Se, de um lado, a diminuição da taxa de natalidade e o aumento de expectativa de vida são fatores positivos, pois revelam que uma nação está caminhando para o desenvolvimento ou, mesmo, para que já seja considerada desenvolvida, de outra parte o aumento sempre constante de idosos traz preocupações para o indivíduo e para a sociedade, que antes não eram levadas em consideração.

De fato, o aumento da expectativa de vida nas últimas décadas elevando a faixa de idosos da população, preocupa, sobremaneira, aos entes governamentais, pelas consequências que gera, principalmente, no âmbito da previdência social e no da saúde pública e, mesmo, privada.

O indivíduo que envelhece quer ter os seus direitos assegurados. O Estado lida com dificuldades de toda ordem para dar ao idoso o adequado cuidado à sua saúde e lhe proporcionar os benefícios da previdência social.

O envelhecimento populacional leva, cada vez mais, a um elevado número de inativos, enquanto a evolução dos trabalhadores na ativa não acompanha esse crescimento em iguais condições. Daí resulta que 1970 havia 4,5 trabalhadores para cada aposentado. Hoje existe praticamente o mesmo número de trabalhadores em atividade em relação àqueles que estão em inatividade.

Essa situação gera grave inquietação, já que no sistema de mutualismo, os trabalhadores da ativa devem sustentar a aposentadoria dos inativos. Mesmo com a contribuição dos aposentados para o sistema de previdência, o que antes não ocorria, ainda assim o aumento da expectativa de vida, aliada a

baixa idade de aposentadoria, implica em claro desequilíbrio das contas da Previdência.

A compreensível apreensão dos idosos em relação, sobretudo, à garantia de seus direitos junto ao sistema de previdência social, de modo a assegurar-lhes um rendimento na inatividade e, também, na parte que toca ao sistema de saúde, seja público ou privado, para não ficarem sem a necessária assistência no momento em que mais se defrontam com doenças, crônicas ou agudas, acabou por exigir um regramento específico para proteção daqueles que envelheceram e são considerados verdadeiramente idosos, isto porque a sociedade, de modo geral, discrimina o velho, olvidando-se da contribuição resultante da força de seu trabalho para o desenvolvimento do país.

Enquanto em países desenvolvidos e culturalmente adiantados o idoso é respeitado pela sua experiência de vida, acúmulo de saber haurido durante os muitos anos de estudo e labuta, sendo, por isso, visto como um verdadeiro conselheiro, nos países novos, em desenvolvimento, descarta-se a mão de obra de um homem ou de uma mulher que chega aos quarenta anos de idade, como se já fossem pessoas inúteis. Dificilmente não conseguem essas pessoas quando dispensadas de seus empregos a inserção novamente no mercado de trabalho. Isso fatalmente leva o indivíduo à depressão. Daí cai-se em um círculo vicioso: não se dá trabalho a quem já atingiu a idade considerada fora do mercado de trabalho. O desemprego, a ociosidade, leva à depressão e surgem as chamadas doenças psicossomáticas. Doente o pseudo-idoso ou mesmo aquele realmente idoso não tem ânimo para trabalhar e, quando procura emprego, não consegue ser admitido, por ser doente!

Diante da inegável discriminação do idoso pela sociedade, houve a necessidade da edição de diplomas legais para estabelecer uma política de proteção aos que envelheceram.

Assim, surgiu a Lei nº 8.842, de 4 de janeiro de 1994, dispondo sobre a Política Nacional do Idoso e criando o Conselho Nacional do Idoso.

Esse diploma legal, em seu artigo 1º, dispõe que “*A política nacional do idoso tem por objetivo assegurar os direitos sociais do idoso, criando condições para promover sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade*”.

E o artigo 10 estabelece que “*Na implementação da política nacional do idoso, são competências dos órgãos e entidades públicos: (...) VI – na área da justiça: a) promover e defender os direitos da pessoa idosa. b) zelar pela aplicação das normas sobre o idoso determinando ações para evitar danos e lesões a seus direitos*”.

Dessa maneira foi criando um instrumento legal para permitir que, no âmbito do Poder Judiciário, fossem defendidos os direitos da pessoa idosa, para evitar danos e lesões a seus direitos.

Em 1º de outubro de 2003, foi promulgada a Lei nº 10.741, com vigência a partir de 1º de janeiro de 2004, instituindo o denominado Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 anos.

Em face da edição desses diplomas, os Tribunais do país passaram a decidir mais intensamente questões envolvendo pessoas com 60 anos de idade ou mais, sempre que invocados direitos assegurados a idosos.

E nessa linha, inúmeros têm sido os julgados de nossos Tribunais a respeito do reajuste de planos ou seguros de saúde de beneficiários considerados idosos, na conformidade do Estatuto do Idoso, ou seja, daqueles que atingiram a idade de 60 anos ou a superaram.

2. DOS REAJUSTES DAS MENSALIDADES E DOS PRÊMIOS NOS CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICO-HOSPITALARES E NOS SEGUROS-SAÚDE

De início, vale lembrar que os planos ou seguros de saúde estabelecem, nos contratos que celebram, cláusulas de reajuste de mensalidades ou de prêmios, de acordo com permissão legal. Esses reajustes, previstos em inúmeros contratos ainda vigentes, uns antigos, outros mais recentes, ocorrem em duas circunstâncias: o primeiro deles, anual, decorrente da variação média dos custos médico-hospitalares e o segundo, por mudança de faixa etária dos beneficiários.

Dir-se-á que pode haver reajuste, de acordo com o que for convencionado entre os interessados, por aumento de sinistralidade. Todavia, esse tipo de reajuste vem sendo considerado, o mais das vezes, nulo, pelos nossos tribunais, principalmente por permitir de modo unilateral o aumento das parcelas devidas pelo associados ou segurados de plano e seguros de saúde. Também, por que nos contratos de seguro, a cláusula de reajuste por sinistralidade elimina a álea própria dos negócios jurídicos relativos a seguros.

De uma maneira ou outra, o aumento da sinistralidade acaba sendo incorporado nos cálculos atuariais destinados a estabelecer o reajuste anual decorrente da variação dos custos médico-hospitalares, uma vez que o aumento de sinistros deve ser considerado no cálculo atuarial para estabelecer o valor das prestações mensais dos planos de saúde e dos prêmios nos contratos de seguro saúde.

Para efeito de incidência dos reajustes, há que se atentar para a época da contratação. Aqueles celebrados entre 2 de janeiro de 1999 (data da vigência da Lei nº 9.656/98) e 1º de janeiro de 2004 (vigência da Lei nº 10.741/2003) devem obedecer às normas traçadas pela denominada Lei de Planos de Saúde, ou seja, a Lei nº 9.656/98. Os contratos celebrados ou adaptados depois de

1º de janeiro de 2004, não podem deixar de atender a regra do Estatuto do Idoso quanto aos beneficiários com 60 ou mais anos de idade. E, finalmente, os contratos celebrados antes de 2 de janeiro de 1999, ou seja, aqueles que foram avençados no passado, em datas anteriores a da vigência da Lei nº 9.656/98 e, conseqüentemente, da edição do Estatuto do Idoso.

Interessa, particularmente, para elaboração deste estudo, o exame dos contratos celebrados ANTES de 2 de janeiro de 1999, até porque inexistente à época em que firmados, qualquer impedimento legal vedando o reajuste por mudança de faixa etária.

Se assim era, a indagação que se faz é: como têm sido enfrentadas nos diversos tribunais do país as demandas ajuizadas individualmente por idosos ou pelo Ministério Público, em prol de idosos que tiveram suas prestações ou prêmios reajustados por mudança de faixa etária, em contratos celebrados antes da vigência da Lei dos Planos de Saúde e do Estatuto do Idoso?

É importante observar que o parágrafo único, do artigo 15 da Lei nº 9.656/98, veda variações em razão de idade para consumidores com mais de 60 anos e que participem há mais de 10 anos do produto.

Por esse dispositivo legal para haver a vedação de reajustes não é suficiente que o consumidor conte com mais de 60 anos. É imprescindível, também, que participe do plano ou do seguro há mais de 10 anos.

Logo, nos contratos celebrados entre 2 de janeiro de 1999 e 1º de janeiro de 2004, só não seria possível o reajuste estando conjugados os dois requisitos: idade superior a 60 anos e plano ou seguro estabelecido há mais de 10 anos.

O Estatuto do Idoso, por seu turno, prevê no § 3º, do seu artigo 15, a proibição de discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade.

Passou-se a entender, sem qualquer discrepância, que nos contratos celebrados após a edição do Estatuto do Idoso, eram vedados os reajustes das parcelas devidas mensalmente pelos beneficiários, por mudança de faixa etária, se já completada a idade de 60 anos. Em outras palavras, o único reajuste possível, depois de atingida a idade de 60 anos, é aquele previsto no contrato, respeitado os períodos anuais, decorrentes da variação média dos custos médico-hospitalares.

3. A JURISPRUDÊNCIA MAJORITÁRIA NO PAÍS

Dividiu-se, todavia, a orientação jurisprudencial quando analisados contratos celebrados antes de 2 de janeiro de 1999, isto é, aqueles celebrados antes da vigência de Lei nº 9.656/98 e os solenizados antes da edição do Estatuto do Idoso.

Prevaleceu e prevalece majoritariamente o entendimento no sentido de que aos contratos antigos, anteriores a 2 de janeiro de 1999, devem ser aplicadas às regras das Leis n^{os} 9.656/98 e 10.741/03. Diversos julgados nesse sentido valem-se dos seguintes fundamentos, de forma isolada ou em conjunto, para a aplicação desses diplomas legais aos contratos antigos: a) que se cuida de contratos de trato sucessivo, que se renovam automaticamente a cada ano, sendo, por isso, considerados como se novos contratos fossem; b) que as leis de Planos de Saúde e o Estatuto do Idoso são normas de aplicação imediata e, por isso, alcançam os contratos celebrados anteriormente à sua vigência; c) que essas mesmas leis são normas cogentes, conseqüentemente impositivas e de ordem pública.¹

Julgados outros, em número bem menos expressivo, não admitiram a aplicação das novas leis aos contratos antes delas celebrados. Fundam-se, de modo geral nos seguintes argumentos – isolados ou em conjunto: a) o índice de variação do prêmio já está estipulado no contrato e não pode ser, assim, modificado, salvo se houver flagrante abusividade no reajuste; b) superação da barreira de 60 anos quando da edição das Leis n^{os} 9.656/98 e 10.741/03; c) existência de ato jurídico perfeito.²

¹ Decisões de tribunais aderindo à corrente majoritária são encontradas nos repertórios de jurisprudência dos diversos Tribunais brasileiros. O TJSP editou a Súmula 91, assim dispondo:

“Ainda que a avença tenha sido firmada antes de sua vigência, é descabido, nos termos do disposto no artigo 15, § 3º do Estatuto do Idoso, o reajuste da mensalidade de plano de saúde por mudança de faixa etária”.

O enunciado dessa súmula resume a orientação maciça dos Tribunais competentes para o julgamento de tais questões.

² Julgados não admitindo a aplicação das Leis n^{os} 9.656/98 e 10.741/03 aos contratos celebrados antes de sua vigência: no TJSP – AI n. 436.309-4/0, 10^a C. Dir. Priv., rel. Des. Galdino Toledo Junior, j. 28.03.2006; AI n. 534.532-4/1-00, 2^a C. Dir. Priv., rel. Des. José Roberto Bedran, j. 26.02.2008; AP n. 540.732.4/3-00, 3^a C. Dir. Priv., rel. Des. Adilson de Andrade, j. 24.06.2008; AP. 687.937-4/1-00, 4^a C. Dir. Priv., rel. Des. Francisco Loureiro, j. 10.12.2009 (nesse julgado ficou assentado que *“O que fere preceitos cogentes não é a previsão de aumentos das mensalidades, mas sim o seu volume sem previsão expressa de percentual de majoração”*); AP. 994.093.261.621, 2^a C. Dir. Priv., rel. Des. Neves Amorim, j. 15.12.2009; AP n. 994.08.054.427-0, 3^a C. Dir. Priv., relator Des. Donegá Morandini, j. 28.01.2010 (afastou-se a aplicabilidade da Lei n. 9.656/98 e da Lei n. 10.741/03 a contrato firmado em 1994, pela impossibilidade de retroatividade desses diplomas legais. Demais disso, houve prévia definição do parâmetro do aumento, com anuência do contratante. Alegada abusividade foi afastada). No TJRS – Ap. n. 70009156860, 20^a C. Cível, rel. Des. Rubem Duarte, j. 28.03.2007; Rec. Inom. em JEC n. 71001570704, 2^a Turma Recursal, rel. Juiz Eduardo Kraemer, j. 16.04.2008. No TJRJ os julgados orientam-se no mesmo sentido da jurisprudência majoritária dos demais tribunais do país. Apenas um acórdão, na AP n. 002224081-88.2008.8.19.0208, rel. Des. Ricardo Rodrigues Cardozo, j. 09.02.2010, levando em conta as circunstâncias peculiares do caso, não aplicou o Estatuto do Idoso e nem a

4. O ENFRENTAMENTO DA QUESTÃO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4.1. Primeiro posicionamento

Sobre o tema o Superior Tribunal de Justiça manifestou-se pela primeira vez, ao julgar o **REsp nº 809.329-RJ**, relatado pela Ministra Nancy Andrighi, na sua 3ª Turma, em 25 de março de 2008,. Ficou decidido que se o implemento da idade realizou-se quando já em vigor a Lei nº 10.741/03, o usuário do plano de saúde não estará sujeito ao reajuste por mudança de faixa etária, isto porque enquanto o contratante não atingir o patamar etário preestabelecido, os efeitos da cláusula que prevê o reajuste permanece condicionado a evento futuro e incerto, não se caracterizando o ato jurídico perfeito e configurando o direito adquirido da empresa de receber os valores de acordo com o reajuste predefinido.³

O voto da Ministra Nancy Andrighi tem como fundamento: a) adoção do princípio da aplicação imediata da lei; b) inexistência de ato jurídico perfeito enquanto não houver o implemento da idade.

Em relação ao primeiro fundamento, a orientação da douta Ministra é no sentido de que a perspectiva adotada pelo Tribunal Estadual, citando ROUBIER (... os efeitos produzidos na vigência da lei anterior são intocáveis pela lei nova (irretroatividade); já os efeitos que ocorrerão na vigência da lei nova, são por ela regulados (efeitos imediatos da lei))...ditada pelo princípio da aplicação imediata da lei, confere a possibilidade de condicionar a incidência da cláusula de reajuste por faixa etária igual ou superior a 60 anos ao momento não da celebração do contrato, e sim de quando a aludida idade foi atingida. Se o consumidor, usuário do plano de saúde atingiu a idade de 60 anos, já na vigência do Estatuto do Idoso, fará ele jus ao abrigo da referida regra protetiva.

Lei n. 9.656/98, porque o reajuste se deu quando a autora tinha menos de 60 anos e não participava do plano há mais de 10 anos).

³ Excerto da ementa do REsp n. 809.329-RJ: “(...) Se o implemento da idade, que confere à pessoa a condição jurídica de idosa, realizou-se sob a égide do Estatuto do Idoso, não estará o consumidor usuário do plano de saúde sujeito ao reajuste estipulado no contrato, por mudança de faixa etária. A previsão de reajuste contida na cláusula depende de um elemento básico previsto em lei e o contrato só poderá operar seus efeitos no tocante à majoração das mensalidades do plano de saúde, quando satisfeita a condição contratual e legal, qual seja, o implemento da idade de 60 anos. Enquanto o contratante não atinge o patamar etário preestabelecido, os efeitos da cláusula permanecem condicionados a evento futuro e incerto, não se caracterizando o ato jurídico perfeito, tampouco se configurando o direito adquirido da empresa seguradora, qual seja, de receber os valores de acordo com o reajuste predefinido”. Disponível em: www.stj.gov.br.

Quanto ao segundo fundamento, sustenta o mesmo voto que enquanto o contratante não atinge o patamar etário preestabelecido, os efeitos da cláusula permanecem condicionados a evento futuro e incerto, não se caracterizando o ato jurídico perfeito, tampouco se configurando o direito adquirido da empresa seguradora, qual seja, de receber os valores de acordo com o reajuste predefinido.

A tese da inexistência de ato jurídico perfeito enquanto não houver o implemento da idade chega a ser sedutora.

Contudo, com o devido respeito, é um meio engenhoso de contornar a existência do ato jurídico perfeito, condicionando a sua existência ao momento não da celebração do contrato, mas, sim, quando o beneficiário do plano ou seguro de saúde atinge a idade de 60 anos, ou seja, condiciona os efeitos da cláusula de reajuste a evento futuro e incerto.

É bem de ver que ficaram vencidos os Ministros Castro Filho⁴ e Humberto Gomes de Barros.⁵

O Ministro Ari Pargendler dissentiu da orientação da Ministra Relatora, pois considerou que a) o pensamento de ROUBIER foi mal interpretado pelo tribunal “a quo”; b) interpretando o pensamento de ROUBIER, conclui-se que o acórdão recorrido contraria o art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil; todavia, c) conheceu do REsp e a ele negou provimento por fundamento diverso, vinculado a abusividade do aumento de 164,91% que somente poderia deixar de ser reconhecida se provado que a majoração correspondia ao aumento do risco resultante da idade de 60 anos e tal prova não foi feita.

Nota-se que, segundo esse voto, o ônus da prova foi invertido, pois atribui a prova da não abusividade do índice de reajuste à empresa responsável pelo plano de saúde que figurara no polo passivo da ação.

⁴ O Ministro Castro Filho, em seu voto vencido, sustenta: a) a subsunção das normas de ordem pública às garantias constitucionais “(...) tenho por inaplicável o Estatuto do Idoso aos contratos firmados antes de sua vigência. Não importa que se cuide de lei de ordem pública porque estas também se submetem à norma constitucional que preserva o ato jurídico perfeito e o direito adquirido”; b) a inexistência de efeito imediato da lei nova sobre os contratos anteriormente celebrados. “Não há como invocar o efeito imediato que se quer dar pela lei nova. A propósito, a lição sempre útil e atual do grande SERPA LOPES: “Todos os fatos consumados durante a vigência da lei anterior; assim como todas as consequências deles decorrentes, devem ser por ela regidos (Comentário,...) (A propósito, ainda, transcrevo precedente da Suprema Corte, com o qual se harmoniza este entendimento (...)) A incidência imediata da lei nova sobre os efeitos futuros de um contrato preexistente precisamente para afetar a própria causa geradora do ajuste negocial, reveste-se de caráter retroativo (retroatividade injusta de grau mínimo), achando desautorizada pela cláusula constitucional que tutela a intangibilidade das situações jurídicas definitivamente consolidadas. Precedentes” (AI no AgRG n. 266.236-SP, Rel. Min. Celso de Melo, DJ de 03.02.2006).

⁵ O Ministro Humberto Gomes de Barros acompanhou, pelos mesmos fundamentos, o voto do Ministro Castro Filho.

Esse REsp de n. 809.329 acabou sendo definitivamente julgado, com a decisão em embargos de declaração, nos quais foi reconhecida a prevalência do voto intermediário do Ministro Ari Pargendler.

Embora a questão relativa à aplicação retroativa do Estatuto do Idoso tenha sido agitada no voto da Ministra Nancy Andriighi e nos pronunciamentos dele divergentes dos Ministros Castro Filho e Humberto Gomes de Barros, a tese acabou por ser abandonada, ao prevalecer, no julgamento, o voto do Ministro Ari Pargendler, que admitiu no caso então submetido a julgamento, a abusividade do reajuste de 164,91%.

Com isso, esvaziou-se a possibilidade de interposição de Recurso Extraordinário.

No mesmo sentido do voto da Ministra Nancy Andriighi, no REsp nº 809.329-RJ, o Ministro Massami Uyeda prolatou decisão monocrática, em 5 de maio de 1998, dando ensejo ao AgRg no Ag. nº 978.565, ao qual foi negado provimento.

4.2. Segundo posicionamento

Em 6 de novembro de 2008, o Superior Tribunal de Justiça voltou a julgar um novo recurso especial a respeito da aplicação do Estatuto do Idoso a contrato celebrando anteriormente à sua vigência. Uma vez mais, a mesma 3ª Turma, **no REsp nº 989.380-RN**, relatado igualmente pela Ministra Nancy Andriighi, reconheceu a incidência do Estatuto do Idoso aos contratos de planos de saúde, ainda que firmados anteriormente à Lei nº 10.741/03.⁶ Esse julgamento, na realidade, foi o primeiro proferido em recurso especial, no qual prevaleceu o entendimento de que deve ser aplicado o Estatuto do Idoso aos contratos de prestação de serviços médico-hospitalares, firmados antes de sua vigência, isto porque, como antes restou demonstrado, embora amplamente debatida essa questão no REsp nº 809.329-RJ, o que preponderou foi o voto intermediário do Ministro Ari Pargendler, reconhecendo, no caso em julgamento, a abusividade da cláusula de reajuste. Não fosse essa circunstância, o primeiro julgamento de recurso especial sobre a matéria, por maioria de votos (tendo-se em conta a composição da turma julgadora naquela oportunidade) ter-se-ia inclinado pela impossibilidade de aplicação da Lei nº 10.741/03 aos contratos avençados antes de 1º de janeiro de 2004.

⁶ Trecho da ementa do REsp n. 989.380-RN – “(...) *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 Proletivo*”. Disponível em: www.stj.gov.br.

O voto da Ministra Nancy Andrighi tem um fundamento único: a adoção do princípio da aplicação imediata da lei.⁷

No seu entender, ao surgir uma norma cogente, consequentemente, impositiva e de ordem pública, posterior à celebração de contrato de trato sucessivo, a ele devem ser aplicados os seus ditames, por força do princípio da aplicação imediata da lei.

Se a solução proposta no voto da Ministra relatora, no REsp n. 809.329-RJ, era pela aplicação imediata da lei nova aos contratos celebrados antes de sua vigência, por considerar que os efeitos da cláusula de reajuste ficavam condicionados a evento futuro e incerto, qual seja o implemento da idade de 60 anos, e que, por isso, não se configurava o ato jurídico perfeito, no julgamento do REsp 989.380-RN admitiu-se simplesmente que uma nova lei cogente (impositiva e de ordem pública) incide sobre todas as relações que, em execução contratual, realizarem-se a partir de sua vigência, ainda que firmados anteriormente à vigência do Estatuto do Idoso.

Sempre com o renovado respeito à orientação do Superior Tribunal de Justiça, arrimada no voto condutor da Ministra Nancy Andrighi, se a primeira tese podia se qualificada de sedutora por buscar um meio de não afrontar diretamente o ato jurídico perfeito, a segunda, com a máxima vênia, é preocupante! Com espeque no princípio da aplicação imediata da lei, atropela a garantia constitucional da preservação do ato jurídico perfeito.

E diz-se preocupante a tese, porque abre às escâncaras uma porta para o desrespeito ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido. Basta que se observe que já no primeiro julgamento (REsp 809.329-RJ) foi assentado no voto da Ministra Relatora sorteada que, pelo princípio da aplicação imediata da lei, não se caracteriza o ato jurídico perfeito, tampouco o direito adquirido da empresa seguradora, qual seja, de receber os valores de acordo com o reajuste predefinido, enquanto não atingido o implemento da idade.

E preocupa a assertiva de que o surgimento de norma cogente posterior à celebração do contrato de trato sucessivo, tem aplicação imediata aos seus efeitos futuros, *“devendo incidir sobre todas as relações que, em execução*

⁷ Argumenta a eminente Ministra Nancy Andrighi que *“O surgimento de norma cogente (impositiva e de ordem pública), posterior à celebração do contrato de trato sucessivo, como acontece com o Estatuto do Idoso, impõe-lhe aplicação imediata, devendo incidir sobre todas as relações que, em execução contratual, realizarem-se a partir de sua vigência, abrangendo os planos de saúde, ainda que firmados anteriormente à vigência do Estatuto do Idoso”*. Nestes termos, deu provimento ao recurso especial para vedar os reajustes de mensalidades dos planos de saúde, a partir de janeiro de 2004, em razão de mudança de faixa etária daqueles que completaram ou completarem 60 anos ou mais, independente da época em que foi celebrado o contrato.

contratual, realizarem-se a partir da sua vigência... ainda que firmados anteriormente à vigência (no caso) *do Estatuto do Idoso*”.

Frise-se: “*devendo incidir sobre todas as relações que, em execução contratual, realizarem-se a partir da sua vigência*” (da lei editada após a celebração de um negócio jurídico).

Esse REsp nº 989.380-RN ensejou a oposição de embargos de divergência, sendo relator o Ministro Aldir Passarinho, com decisão em 22 de junho de 2009, ao qual foi negado seguimento, por duplo fundamento: a) nos acórdãos tidos como divergentes, um teria enfrentado a questão de fundo, Outro, não conheceu do recurso; b) um dos arestos foi prolatado em agravo, outro em recurso especial.

Vê-se que as portas se fecham por mero formalismo, impossibilitando a possibilidade da Corte espancar, de vez, a divergência, que era notória.

Os autos foram remetidos ao Supremo Tribunal Federal, em 15 de abril de 2010, para julgamento de agravo contra despacho denegatório de recurso extraordinário.⁸

Reconhecida a repercussão geral da matéria objeto do julgamento do Superior Tribunal de Justiça, aguarda-se que o Supremo Tribunal Federal venha a decidir se houve ou não ofensa a garantias constitucionais das partes e, assim, pacificar tormentosa questão, que não diz respeito apenas aos idosos e aos planos ou seguros de saúde, já que envolve tema de direito intertemporal, com aplicação retroativa de lei.

4.3. Novos julgados referentes à matéria no Superior Tribunal de Justiça

Depois dos dois julgados já comentados, seguiram-se outros, no Superior Tribunal de Justiça, na mesma linha de orientação dos precedentes relatados pela Ministra Nancy Andrighi,⁹ todos oriundos de decisões monocráticas

⁸ Cf. AI n. 796.864, Rel. Ministra Ellen Gracie, foi determinada a devolução dos autos ao STJ, eis que ficou reconhecida a repercussão geral da matéria objeto do litígio nos autos do RE n. 630.852-RS, cuja relatoria foi, igualmente, da Ministra Ellen Gracie, em 31.05.2011. Desde 05.09.2011, os autos se encontram do STJ para escolha de recurso paradigma e consequente cumprimento da decisão prolatada pelo STF, nos termos do art. 543-B do CPC. Obs.: também foi reconhecida a repercussão geral no RE n. 578.801, relatado pela Ministra Carmem Lúcia.

⁹ AgRg no Ag n. 1.152.661, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 21.09.09; AgRg no REsp n. 707.286, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 17.12.09; AgRg no AgRg no REsp n. 533.539, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 23.02.10; AgRg n. 819.369, Rel. Sidnei Beneti, j. 24.06.19; AgRg no REsp n. 325.593, Rel. Des. Vasco Della Giustina, j. 16.12.10; AgRg nos EDcl no REsp 1.113.069, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 17.03.11; AgRg no REsp n. 1.219.965, Rel.

prolatadas em Agravos ou Recursos Especiais, mantidas em agravos regimentais, pela 3ª Turma.

Vale observar que o tema, até então, havia sido decidido tão somente no âmbito da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, com prevalência absoluta dos fundamentos dos dois Recursos Especiais antes referidos, de nºs 809.329-RJ e 989.380-RN.

Mais recentemente a 4ª Turma, da mesma Corte, posicionou-se de forma divergente daquela sustentada pela 3ª Turma, ao julgar o REsp nº 866.840, Relator Ministro Raul Araújo, em 7 de junho de 2011.

Considerou-se nesse julgamento que a incidência do Estatuto do Idoso não autoriza uma interpretação literal, que determine abstratamente reputar-se abusivo todo e qualquer reajuste baseado em mudança de faixa etária do idoso, isso porque só o reajuste desarrazoado, em concreto, implica na vedada discriminação do idoso, garantidora da isonomia. Por isso, restou decidido que a validade do reajuste de mudança de faixa etária poderá ser questionada sempre que houver um abuso do aumento da mensalidade, cabendo ao Poder Judiciário examinar a exorbitância do reajuste, caso a caso.¹⁰

Massami Uyeda, j. 19.08.11; AgRg no REsp n. 1.285.591, Rel. Sidnei Beneti, j. 22.11.11; Ag.Rg no Ag n. 1.391.405, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 01.03.12.

¹⁰ Ementa do REsp 866.840. “Direito Civil. Consumidor. Plano de Saúde. Ação Civil Pública. Cláusula de reajuste por mudança de faixa etária. Incremento do risco subjetivo. Segurado idoso. Discriminação. Abuso a ser aferido caso a caso. Condições que devem ser observadas para validade do reajuste. Nos contratos de seguro de saúde, de trato sucessivo, os valores cobrados a título de prêmio ou mensalidades guardam relação de proporcionalidade com o grau de probabilidade de ocorrência de evento risco coberto. Maior o risco, maior o valor do prêmio. É de natural constatação que quanto mais avançada a idade da pessoa, independente de estar ou não ela enquadrada legalmente como idosa, maior é a possibilidade de contrair problema que afete a sua saúde. Há uma relação direta entre incremento de faixa etária e aumento de risco de a pessoa vir a necessitar de serviços de assistência médica. Atento a tal circunstância, veio o legislador a editar a Lei Federal n. 9.656/98, rompendo o silêncio que até então mantinha acerca do tema, preservando a possibilidade de reajuste da mensalidade de plano ou seguro de saúde em razão da mudança de faixa etária do segurado, estabelecendo, contudo, algumas restrições e limites a tais reajustes. Não se deve ignorar que o Estatuto do Idoso, em seu art. 15, § 3º veda ‘a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade’. Entretanto, a incidência de tal preceito não autoriza uma interpretação literal que determine, abstratamente, que se repute abusivo todo e qualquer reajuste baseado em mudança de faixa etária do idoso. Somente o reajuste desarrazoado, injustificado, que, em concreto, vise de forma perceptível a dificultar ou impedir a permanência do segurado idoso no plano de saúde implica na vedada discriminação, violadora da garantia da isonomia. Nesse contexto, deve-se admitir a validade de reajustes em razão da mudança de faixa etária, desde que atendidas certas condições, quais sejam: a) previsão no instrumento negocial; b) respeito aos limites e demais requisitos estabelecidos na Lei Federal nº 9.656/98 e c) observância ao princípio da boa-fé objetiva, que veda índices de reajuste desarrazoados ou aleatórios, que onerem

Votaram com o Ministro Raul Araújo, os Ministros Maria Isabel Gallotti e João Octávio de Noronha.

Vencido ficou o Ministro Luis Felipe Salomão, ao argumento de que o ônus da prova é do plano de saúde, ou seja, a ele cabe comprovar que não houve reajuste abusivo. A maioria, contudo, entendeu que não cabe reputar-se, abstratamente, abusivo todo e qualquer reajuste, devendo ser examinada a exorbitância, caso a caso.

5. O PRIMEIRO JULGADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, DEPOIS DAS DECISÕES NOS RECURSOS ESPECIAIS Nºs 809.329-RJ E 989.380-RN

Passados quase oito meses de julgado o REsp nº 809.329-RJ e um mês e dez dias de decidido o REsp nº 9891380-RN, tivemos oportunidade de relatar o primeiro acórdão em recurso interposto no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo acerca da matéria relativa à possibilidade de reajuste, por mudança de faixa etária, em contratos celebrados antes da Lei n. 9.656/98 e do Estatuto do Idoso. Cuidava-se do Agravo de Instrumento nº 540.281-4/4-00, julgado pela 1ª Câmara de Direito Privado, em 16 de dezembro de 2008, por maioria de votos, vencido o Des. De Santi Ribeiro.

Sustentamos, como relator, a) a inaplicabilidade do Estatuto do Idoso como norma cogente e mediata, aos contratos celebrados anteriormente à sua vigência, independentemente de se caracterizarem os contratos de saúde como de trato sucessivo; b) que a retroatividade da lei nova impõe violação às garantias constitucionais do ato jurídico perfeito e ao direito adquirido.¹¹

em demasia o segurado. Sempre que o consumidor segurado perceber abuso no aumento de mensalidade de seu seguro de saúde, em razão da mudança de faixa etária, poderá questionar a validade de tal medida, cabendo ao Judiciário o exame da exorbitância, caso a caso”.

¹¹ Dissemos em nosso voto: “... não se ignora o recentíssimo julgamento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, no Resp nº 989.380-RN, (06.11.2008), cujo acórdão foi relatado pela Ministra Nancy Andrighi... Nada obstante o respeito que merece o entendimento da Terceira Turma do Egrégio Superior Tribunal de Justiça e, em especial, o dos Srs. Ministros Nancy Andrighi (Relatora), Massami Uyeda e Sidnei Beneti, os dois últimos ex-membros desta Corte e que a dignificaram, ousa-se divergir de sua orientação. Com efeito, a despeito de ser inegável que os contratos de planos de saúde são de trato sucessivo e que o Estatuto do Idoso é norma cogente, isso não é motivo, com a devida vênia, para permitir que a proteção ao idoso instituída pela Lei nº 10.741/03 possa alcançar contratos celebrados anteriormente à vigência desse diploma legal. Com renovada vênia, não se pode considerar que com o advento do Estatuto do Idoso, os contratos de planos de saúde celebrados antes de sua vigência são por ele atingidos de modo a impedir que cláusulas legalmente estabelecidas referentes a reajustes possam ser exigidas e, mais, que sejam consideradas abusivas”. A retroatividade da lei nova, para

Em 24 de fevereiro de 2010, a 7ª Câmara de Direito Privado, do Tribunal de Justiça de São Paulo, por acórdão relatado pelo Des. Luiz Antonio Costa, no Agravo de Instrumento nº 994.09.344.970-3, decidiu no mesmo sentido, fazendo menção, como precedente, ao aresto prolatado no AI nº 540.281-4/4-00.¹²

6. O DIREITO INTERTEMPORAL

Vale aqui uma rápida digressão para se tratar sobre direito intertemporal, em face do que foi assentado no voto da Ministra Nancy Andriighi, proferido no REsp n. 809.329-RJ antes aludido, com acolhimento de ensinamento de Roubier, mencionado pelo Tribunal de origem, no sentido de que “*os efeitos produzidos na vigência da lei anterior, são intocáveis pela lei nova (irretroatividade); já os efeitos que ocorrerão na vigência da lei nova, são por ela regulados (efeitos imediatos da lei)*”.

De acordo com o princípio da aplicação imediata da lei, sabido que os diplomas legislativos passam a ser obrigatórios a partir do momento em que, efetivamente, entram em vigor. A lei posterior derroga a anterior. Não há nenhuma dúvida quanto a isso.

Todavia, a edição de leis novas pode ensejar o surgimento de um conflito com aquelas que antes regulavam a mesma matéria. Normas antigas e novas se chocam, por disciplinarem matéria idêntica. Dá-se, então, o denominado conflito das leis no tempo, que deve ser harmonizado por meio de princípios de direito intertemporal, direito esse inexistente nos primórdios da humanidade, uma vez que regras referentes à sua aplicação só passaram a aparecer a partir de Teodósio I, no ano de 393.

A partir de então é que a retroatividade passou a ser considerada injusta por acarretar danos e, sobretudo, por comprometer a segurança jurídica.

Nas Ordenações já havia menção ao princípio da irretroatividade da lei nova. Todas as Constituições brasileiras, desde a de 1824 até a vigente, com exceção da de 1937 (esta, fruto de um regime ditatorial), consagraram o princípio da irretroatividade que está hoje previsto na vigente Lei de Introdução do Código Civil: “*A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada*”.¹³

atingir efeitos futuros de contratos antes celebrados, é, com todo o respeito, manifesta e fere a nossa norma maior”.

¹² No AI n. 994.09.344.970-3, como no AI n. 540.281-4/4-00, cuidava-se de ação civil pública. Em ambos os recursos a antecipação das tutelas pedidas, que haviam sido concedidas em primeira instância, foram revogadas por força das decisões em segundo grau. As ações foram ajuizadas contra planos de saúde distintos, sendo processadas em juízos diversos.

¹³ Redação dada pela Lei nº 3.238/57, que modificou o Decreto-lei nº 4.657, 4 de setembro de 1942, mas que continha o mesmo preceito, assim redigido: “*A lei em vigor terá efeito*

Duas teorias cuidam da solução do conflito das leis no tempo: a Subjetiva, defendida por GABBA e a Objetiva, criada por PAUL ROUBIER. Para a primeira, um fato deve ser analisado de acordo com a lei vigente à época de sua ocorrência, mesmo que os seus efeitos sejam projetados para o futuro, quando já editada nova lei regulamentando a matéria. Para a segunda, há uma distinção entre aplicação retroativa da lei nova e o efeito imediato dessa mesma lei.

De acordo com a teoria Objetiva, dá-se o efeito retroativo quando aplicada lei nova a fato ocorrido no passado (*facta praeterita*). Se a lei é aplicada a fato em curso (*facta pendentia*), terá ela efeito imediato. Desse modo, deve haver uma distinção entre a parte anterior à data da mudança da lei, que não pode por ela ser atingida, pena de aplicação retroativa, e a posterior que será alcançada pela nova lei, por força de seu efeito imediato, pois serão fatos a ocorrer no momento em que passa a vigor a nova lei. Quanto aos fatos realmente futuros (*facta futura*), ou seja, aqueles que irão ocorrer depois de editada a nova lei, esta, à evidência, nunca poderá ser considerada retroativa.

SÉRGIO RESENDE DE BARROS,¹⁴ citando escólio de MATOS PEIXOTO, que distingue três graus de retroatividade: máxima, média e mínima,

imediato e geral. Não atingirá, entretanto, salvo disposição expressa em contrário, as situações jurídicas definitivamente constituídas e a execução do ato jurídico perfeito". Note-se que a nova redação afastou do artigo 6º, a exceção: "*salvo disposição expressa em contrário*".

¹⁴ BARROS, Sergio Resende de, in artigo: "Como Reformar Constitucionalmente" (www.srbarros.com.br), observa: "Matos Peixoto – após explicar que se chamam leis retroativas as que retrocedem no tempo para alcançar 'fatos pretéritos ou os seus efeitos' – aduz que 'a força retroativa da lei não tem sempre a mesma intensidade'. O que leva a distinguir três graus de retroatividade: máxima, média e mínima. 'Dá-se a retroatividade máxima, também chamada restituiória, quando a lei nova prejudica a coisa julgada (sentença irrecorrível) ou os fatos jurídicos já consumados.' Desse tipo, por exemplo, é 'a lei canônica que aboliu a usura e obrigava o credor solvável a restituir ao devedor, aos seus herdeiros ou, na falta destes, aos pobres os juros já recebidos.' Menos radical, a média. 'A retroatividade é média, quando a lei nova atinge as prestações exigíveis mas não cumpridas antes da sua vigência. Exemplo: uma lei que diminuísse a taxa de juros e se aplicasse aos já vencidos mas não pagos.' Finalmente, 'a retroatividade é mínima (também chamada temperada ou mitigada), quando a lei nova atinge apenas os efeitos dos fatos anteriores, verificados após a data em que ela entra em vigor.' Aqui, Matos Peixoto dá como exemplo 'a constituição de Justiniano que limitou a 6% em geral, após a sua vigência, a taxa de juros dos contratos anteriores.'"

Nenhum desses graus de retroação é admitido no Estado Constitucional de Direito. Nenhum. Terminantemente. Tal, como afirmou o Ministro Carlos Velloso, na aula já referida: "Nenhuma dessas retroatividades a Constituição brasileira permite." Essa vedação plena é reiterada, expressamente, por muitos dentre os ministros do Supremo Tribunal Federal. O Ministro Ilmar Galvão foi igualmente incisivo: "Na ordem jurídica brasileira, em que o princípio da irretroatividade, associado ao do direito adquirido, é

observa que nenhum desses graus de retroatividade é admitido no Estado Constitucional de Direito. E conclui, amparado na lição de MOREIRA ALVES, que “*na mesma proporção em que seja deformado o efeito, também se atingiria a causa que o formou, modificando-a retroativamente*”.

MIGUEL MARIA SERPA LOPES,¹⁵ leciona que não há falar que a aplicação imediata não se confunde com efeito retroativo, uma vez que os

tratado em nível constitucional, desde a Constituição do Império – somente a Carta de 1937, que deu forma à ditadura estadonovista, é que, compreensivelmente, não cuidou do tema – nenhuma das irretroatividades acima indicadas – máxima, média e mínima – é tolerada.”

O Ministro Moreira Alves foi mais longe. Além de falar com igual firmeza, deixou clara a proscrição de toda a retroação, inclusive da retroatividade chamada de mínima ou mitigada, admitida por colocações doutrinárias estrangeiras – e, realmente, estranhas ao direito brasileiro – como as de Planiol e Roubier: “Essas colocações são manifestamente equivocadas, pois dúvida não há de que, se a lei alcançar os efeitos futuros de contratos celebrados anteriormente a ela, será essa lei retroativa porque vai interferir na causa, que é um ato ou fato ocorrido no passado.”

No mesmo artigo, Sérgio Resende de Barros conclui: “*podem (os direitos) estar dependendo somente de execução ou exercício (iura pendentia exercitatione), já estando adquirido por estarem atendidas todas as suas condições aquisitivas, devendo o direito pendente de execução ou de exercício ser exercitado nas mesmas condições em que foi adquirido, não se admitindo nenhuma forma de retroatividade, nem sequer a média ou a mínima, que atingiriam os efeitos do ato jurídico perfeito, impondo detrimento ou redução ao direito adquirido em decorrência dele, de modo que, na mesma proporção em que seja deformado o efeito, também se atingiria a causa que o formou, modificando-a retroativamente* (grifo nosso).

¹⁵ LOPES, Miguel Maria Serpa Lopes. Curso de Direito Civil, vol. I, págs. 170/1, adverte, ao cuidar do fato diante do conflito intertemporal de leis, que “*Se esse fato foi inteiramente exaurido na lei pretérita, a nenhum conflito dará lugar; pois se trata de uma situação consumada, inteiramente indiferente à nova lei superveniente. Também nenhum conflito podem gerar os novos fatos supervenientes e surgidos e consumados inteiramente sob a vigência da nova lei, pois esta tem necessariamente sobre eles um império absoluto. O grande problema assenta em relação àqueles fatos ou àquelas situações jurídicas que, nascidas no regime da lei ab-rogada, prosseguem em trânsito até ser apanhados pela nova lei revogadora*”. E acrescenta não proceder a orientação no sentido de que a aplicação imediata da lei nova, não se confunde com efeito retroativo: “*O argumento, em geral, não nos parece procedente. A lei pretérita teve vigência num determinado espaço de tempo e os fatos jurídicos então ocorridos muitas vezes não se paralisam igualmente com a cessação da lei. Pelo contrário. Muitos deles se projetam durante largo tempo, em etapas continuadas, como num filme cinematográfico. A controvérsia gira, precisamente, em torno de se saber até que ponto deve chegar o respeito aos efeitos da lei pretérita. O argumento de que a lei pretérita só pode ser tomada em consideração pelo juiz tanto quanto lho autorize ou lhe dê força a lei vigente e obrigatória, é possível em países onde a irretroatividade da lei não for princípio constitucional. Mas onde quer que, como acontece, entre nós, a irretroatividade constituir um princípio constitucional, a lei pretérita tem força de aplicação, em se cogitando de um direito adquirido, ou de uma situação jurídica definitivamente constituída ou de um julgado de que não caiba mais recurso*”.

fatos jurídicos muitas vezes não se paralisam com a cessação da lei, muitos, ao contrário, se projetam no futuro. Assim, o que deve ser considerado é saber até que ponto deve haver respeito aos efeitos da lei pretérita. Em nosso ordenamento jurídico, como a irretroatividade constitui um princípio constitucional, ao contrário do que ocorre em países, nos quais essa questão é tratada no plano infraconstitucional, a lei pretérita tem força de aplicação, em se cogitando de um direito adquirido, ou de uma situação jurídica definitivamente constituída ou de um julgado de que não caiba mais recurso.

Extrai-se, desses ensinamentos, que o denominado princípio da aplicação imediata da lei, que ampara o voto já mencionado da Ministra Nancy Andrighi, não pode autorizar que os efeitos futuros de atos ou fatos que surgiram sob égide de lei anterior sejam alcançados pela lei nova. Se assim ocorrer, haverá retroatividade mínima da lei nova em relação aos efeitos futuros de atos ou fatos gerados no passado, o que é vedado pela Constituição, tanto quanto a retroatividade máxima e média.

Feitas essas considerações, o que se constata, no âmbito da mais alta Corte do país, é a posição firme no sentido de não aceitar qualquer grau de retroatividade de lei nova, ainda que mínimo.

7. CONFLITO ENTRE O POSICIONAMENTO DO STJ E A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Em magnífico aresto relatado pelo Ministro Moreira Alves, na ADIn nº 493-0, julgado em 25 de junho de 1992, ficou decidido que “... *Se a lei alcançar os efeitos futuros de contratos celebrados anteriormente à ela, será essa lei retroativa (retroatividade mínima) porque vai interferir na causa, que é um ato ou fato ocorrido no passado. Nesse caso, a aplicação imediata da lei se faz, mas com efeito retroativo*”.¹⁶

¹⁶ Em seu festejado voto, o Ministro Moreira Alves observa que em relação à retroatividade mínima, “há autores que sustentam que, nesse caso, não se verifica, propriamente, a retroatividade, ocorrendo, aí, tão somente a aplicação imediata da lei. Assim, por exemplo PLANIOL (*Traité Elementaire de Droit Civil*”, vol. I, 4ª. ed., nº 243, pág. 95, Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, Paris, 1906, que salienta: “... a lei é retroativa quando ela se volta para o passado, seja para apreciar as “condições de legalidade de um ato”, seja para modificar ou suprimir os “efeitos de um direito já realizados”. Fora daí, não há retroatividade, e a lei pode modificar os “efeitos futuros” de fatos ou atos anteriores, sem ser retroativa”. Também ROUBIER (“*Lê Droit Transitoire – Conflits des Lois dans lê Temps*”, 2ª ed., nº 38, pág.177, Éditions Dalloz et Sirey, Paris, 1960), depois de dizer que é simples a distinção entre efeito retroativo e efeito imediato da lei, pois aquele ocorre quando a lei se aplica ao passado, enquanto este se dá quando a lei se aplica ao presente, assim desenvolvendo essa premissa: “Se a lei pretende aplicar-se aos fatos realizados (“*facta praeterita*”), é ela retroativa: se pretende aplicar-se a situações em

É importante ressaltar a advertência feita pelo Ministro Moreira Alves no sentido de que ao alcançar os efeitos futuros de um contrato celebrado antes de entrar em vigor determinada lei, esta interfere na CAUSA e não apenas nos efeitos futuros. E a causa é um ato ou fato ocorrido no passado.

Por aí se vê que a aplicação do princípio imediato da lei aos efeitos futuros de um contrato, atinge a CAUSA, que é o contrato, não ficando restrita essa aplicação tão só AOS EFEITOS FUTUROS desse mesmo contrato.

De suma relevância, por outro lado, ter ficado assentado nesse mesmo julgamento que “*O disposto no artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal se aplica a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer distinção entre lei de direito público e lei de direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva*”.¹⁷

Nessa ADIn nº 493-0-DF o que se questionava era a aplicação de lei nova a contratos antigos, lei essa que introduziu a Taxa Referencial (TR) para o reajuste de prestações.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal a primeira decisão específica à pretendida aplicação da Lei nº 9.656/98 a contratos celebrados anteriormente à sua edição, se deu na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.931-8-DF, Relator Ministro Maurício Corrêa, julgada em 21.08.2003, por votação unânime.

O Tribunal Pleno da mais alta Corte do país deliberou, ao manter liminar concedida pelo relator, suspender a eficácia da Medida Provisória nº 1.908-18/99, de 24 de setembro de 1999 (depois reeditada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 24 de agosto de 2001) que deu nova redação ao

curso (“facta pendentia”), convirá estabelecer uma separação entre as partes anteriores à data da modificação da legislação, que não poderão ser atingidas sem retroatividade, e as partes posteriores, para as quais a lei nova, se ela deve aplicar-se, não terá senão efeito imediato, enfim, diante dos fatos a ocorrer (“facta futura”), é claro que a lei não pode jamais ser retroativa”. Essas colocações são manifestamente equivocadas, pois dúvida não há de que, se a lei alcançar os efeitos futuros de contratos celebrados anteriormente a ela, será essa lei retroativa porque vai interferir na causa, que é um ato ou fato ocorrido no passado. Nesse caso, a aplicação imediata se faz, mas com efeito retroativo. Por isso mesmo, o próprio ROUBIER (ob. cit., nº 82., pág. 415) não pôde deixar de reconhecer que, se a lei nova infirmar cláusula estipulada no contrato, ela terá efeito retroativo, porquanto “ainda que os efeitos produzidos anteriormente à lei nova não fossem atingidos, a retroatividade seria temperada no seu efeito, não deixando, porém, de ser uma verdadeira retroatividade”.

¹⁷ Nesse ponto o voto do Ministro Moreira Alves está apoiado na doutrina de Reynaldo Porchat, Pontes de Miranda, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Celso Antonio Bandeira de Mello, Carlos Maximiliano e Santi Romano. Todos com pensamento idêntico ao de Carlos Maximiliano, no sentido de que “*A retroatividade das normas de Direito Público hoje constitui um princípio abandonado. As leis de ordem pública observam-se logo; mas não retroagem*”.

artigo 35-G, hoje renumerado como artigo 35-E, *caput*, incisos I a IV, §§ 1º, incisos I a V e, 2º, da Lei de Planos de Saúde, por ofensa aos princípios do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, diante da incidência da norma sobre cláusulas contratuais preexistentes, firmadas sob a égide do regime legal anterior.

A eficácia da norma foi suspensa até a decisão final da ação.

A Suprema Corte não tem deixado dúvida em seus julgados: não admite a incidência de norma nova sobre cláusulas contratuais preexistentes, ainda que alcance apenas os efeitos futuros previstos em tais contratos, por ofender princípios de direito adquirido e do ato jurídico perfeito.

8. CONSIDERAÇÕES SOBRE A TEORIA DO EFEITO IMEDIATO DA LEI

Mesmo aqueles que defendem a aplicação imediata da lei nova aos efeitos futuros de fatos ou atos constituídos no passado, não deixam de reconhecer que, nessa situação, haverá retroatividade em grau mínimo do novo diploma legal.

ROUBIER admite que os efeitos dos contratos celebrados anteriormente à nova lei, ainda que a ela posteriormente produzidos, regem-se pela lei revogada, sob o pálio da qual foram efetuadas as escolhas das partes. E diz que “um contrato constitui um bloco de cláusulas indivisíveis que se não pode apreciar senão à luz da legislação sob a qual foi entabulado. É por esta razão que, em matéria de contrato, o princípio da não retroatividade cede lugar a um princípio mais amplo de proteção, o princípio da sobrevivência da lei antiga”.¹⁸

EDUARDO ESPÍNOLA e EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, comentando a Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, defendem a aplicação imediata da lei, mas admitem que em certas matérias, como nos contratos anteriormente constituídos, esse princípio deve ser excluído.¹⁹

Vê-se, pois, que é sustentada a aplicação imediata da lei, mas com certo temperamento.

¹⁸ ROUBIER, Paul. *Le Droit Transitoire*, 2ª ed., pág. 415.

¹⁹ Deixam esses doutrinadores registrado que “*A distinção entre o efeito retroativo e o efeito imediato é que o efeito retroativo é proibido, ao passo que o imediato não o é, constituindo, ao contrário, o direito comum, porque, em princípio, uma lei nova deve receber logo aplicação, ainda quanto às situações em curso*”. Todavia, não deixam de reconhecer que “*em certas matérias é excluído o efeito imediato, da mesma sorte que o retroativo: é o que se verifica, por exemplo, nos contratos anteriormente constituídos*”.

Observação que se faz necessária é que aqueles que defendem a aplicação imediata da lei nova – principalmente arrimados nos ensinamentos de ROUBIER – olvidam-se que no Direito Francês a regra da irretroatividade das leis está inserta em lei ordinária, ao contrário do direito brasileiro que a elevou à categoria de direito fundamental.

O Ministro Moreira Alves, no aresto antes mencionado, destacou, com o brilhantismo que lhe é peculiar, que *“no direito brasileiro, o princípio do respeito ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido é de natureza constitucional, e não excepciona de sua observância por parte do legislador lei infraconstitucional de qualquer espécie, inclusive de ordem pública, ao contrário do que sucede em países como a França em que esse princípio é estabelecido em lei ordinária, e, conseqüentemente, não obriga o legislador (que pode afastá-lo em lei ordinária posterior), mas apenas o juiz, que, no entanto, em se tratando de lei ordinária de ordem pública, pode aplicá-la, no entender de muitos, retroativamente ainda que ela silencie a esse respeito”*.²⁰

9 CONSEQUÊNCIAS DA ORIENTAÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

9.1. No plano fático

Aplicada a jurisprudência agora majoritária do Superior Tribunal de Justiça, não admitindo o reajuste por mudança de faixa etária, nos contratos celebrados anteriormente à edição das Leis n^{os} 9.656/98 e 10.741/03, por aplicação imediata desses diplomas legais, o resultando inevitável no plano fático será o repasso dos reajustes necessários em decorrência do aumento de custos para o atendimento de idosos (que sabidamente utilizam os planos e seguros de saúde com maior frequência em razão de seu envelhecimento e arcam com esses custos crescentes, desde que permitidos reajustes em função de mudança de faixa etária), para todos os demais beneficiários, com a conseqüente inclusão dos custos relativos aos idosos, no reajuste anual decorrente da variação média dos custos médico-hospitalares.

²⁰ O Ministro Moreira Alves, em seu voto cita palavras de Roubier, no sentido de que a lei retroativa é, em princípio, contrária à ordem pública, por isso não deve ser usada a irretroatividade senão com a mais extrema reserva. E observa concluindo sobre tal pensamento: *“Se essas palavras são candentes de verdade em países onde o princípio da irretroatividade é puramente legal, não o serão nos em que esse princípio está inserto na Constituição, entre as garantias fundamentais?”*.

Essa é a realidade, pois milagre não pode ser feito e quem opera na prestação de serviços na área da saúde suplementar não pretende diminuir os seus lucros e, muito menos, fazer caridade, até porque nos termos do artigo 196 da Constituição Federal, a saúde é dever do Estado e não de quem supre esse dever, por ineficiência dos órgãos públicos.

9.2. No plano jurídico

A aplicação imediata da Lei dos Planos de Saúde e/ou do Estatuto do Idoso aos contratos celebrados anteriormente a edição desses diplomas legais implicará na relativização do ato jurídico perfeito e do direito adquirido, estendendo-se a qualquer espécie de contrato. Note-se que no REsp nº 989.380-RN a Ministra Nancy Andrighi assentou em seu voto que “*O surgimento de norma cogente (impositiva e de ordem pública), posterior à celebração do contrato de trato sucessivo, como acontece com o Estatuto do Idoso, impõe-lhe aplicação imediata, devendo incidir sobre todas as relações que, em execução contratual, realizarem-se a partir da sua vigência, abarcando os planos de saúde, ainda que firmados anteriormente à vigência do Estatuto do Idoso*” (os grifos não são do texto original).

O acolhimento desse raciocínio conduzirá, com a devida vênia, sem a menor sombra de dúvida, a uma total insegurança nas relações jurídicas.

Citemos, à guisa de exemplo, um hipotético contrato de compra e venda de um bem imóvel, no qual os contratantes resolverem estabelecer a forma de pagamento no prazo de 10 (dez) anos, tendo o compromissário comprador, de 55 anos de idade, comprometido 20% de sua renda familiar. Supondo que surja uma nova lei, após a celebração do contrato ou até mesmo um simples acréscimo ao Estatuto do Idoso, estabelecendo que quem atingir a idade de 60 não poderá ter sua renda familiar comprometida em mais de 10% (dispositivo visando a proteger os idosos), daí resultará que, aplicada a lei aos efeitos futuros do contrato, o comprador irá pagar metade do que contratou, durante cinco anos que restarão até a quitação do preço!

Dir-se-á que este é um argumento “ad terrorem”. No entanto, ao contrário, é totalmente factível.

10. DA INSEGURANÇA JURÍDICA

Quando os nossos Tribunais passam a admitir a retroatividade da lei, dando-lhe roupagem disfarçada de maneira a, com isso, pretender proteger idosos que sofrem de fato, no mais das vezes, preconceitos, podem encontrar solução festejada e aceita por muitos, mas que irá comprometer, inevitavelmente, a segurança jurídica.

O abuso na cobrança de reajustes em contratos antigos celebrados por idosos pode ser coibido com a aplicação das regras do Código de Defesa do Consumidor, já que índices desproporcionais ou excessivamente onerosos podem ser modificados ou revistos. É assim pode ser feito, sem que haja aplicação retroativa do próprio código a contratos anteriores à sua vigência, porque a modificação ou revisão se dá na consequência do contrato que é o reajuste das prestações e não na causa, que é o próprio contrato.

Enquanto os julgados da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça consideram nulas as cláusulas de reajuste por mudança de faixa etária, para quem superou a barreira dos 60 anos, pela aplicação imediata a todos os contratos, independente da data de sua celebração, do Estatuto do Idoso, a revisão ou modificação de eventual índice de reajuste, abusivo ou desarrazoado, com apoio no Código de Defesa do Consumidor, não atinge a causa que enseja o efeito futuro, ou seja, não modifica a previsão de reajuste por mudança de faixa etária, modifica, apenas, o eventual índice abusivo, que é o efeito futuro do contrato, este inatingível pela lei nova, por se tratar de ato jurídico perfeito.

Por isso, a mais recente orientação do Superior Tribunal de Justiça, pela sua 4ª Turma, em acórdão relatado pelo Ministro Raul Araújo, no REsp nº 866.840, julgado em 07.06.2011, contrária a da 3ª Turma, no sentido de que a incidência do preceito contido no artigo 15, § 3º, do Estatuto do Idoso, não autoriza uma interpretação literal que determine, abstratamente, que se repute abusivo todo e qualquer reajuste baseado em mudança de faixa etária do idoso e que somente o reajuste desarrazoado, injustificado, que em concreto, vise de forma perceptível a dificultar ou impedir a permanência do idoso no plano de saúde implica na vedada discriminação, violadora da garantia da isonomia, a nós nos parece a solução correta e adequada para coibir eventuais abusos quando de reajustes de planos ou de seguros de saúde de contratantes idosos, sem ofensa a ato jurídico perfeito e ao direito adquirido das prestadoras de serviço, em contratos celebrados antes da vigência das Leis nºs 9.656/98 e 10.741/2003.

Quando em decisões judiciais garantias fundamentais prescritas na Carta Magna são postas de lado, a propósito de se garantir direito de uma parcela da população que – não se pode negar – é, de fato, discriminada, a insegurança jurídica estará, sem a menor dúvida, instalada no país. Haverá, nessa situação, a pior das ditaduras, que é a do Poder Judiciário, uma vez que as ofensas a direitos fundamentais não poderão ser reparadas por nenhum outro poder.

Merecem reflexão, por isso, as palavras de RECASÊNS SICHES: *“A segurança é o valor fundamental das relações jurídicas, sem a qual não pode haver Direito... Sem segurança não há Direito, nem bom, nem mau, nem de nenhuma classe”*.

Nota: trabalho publicado na obra “Planos de Saúde - Aspectos Jurídicos e Econômicos”, editoras Gen e Forense. Ano de edição: 2012. Organização e coordenação do IESS - Instituto de Estudos de Saúde Suplementar.