



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO
“PROF. JACY DE ASSIS”**

AMANDA FERREIRA MOMENTÉ

**HIPERVULNERABILIDADE DO IDOSO NA CONTRATAÇÃO DE
PLANOS DE SAÚDE SUPLEMENTARES**

UBERLÂNDIA/MG

2018

Amanda Ferreira Momenté

HIPERVULNERABILIDADE DO IDOSO NA CONTRATAÇÃO DE PLANOS DE SAÚDE SUPLEMENTARES

Trabalho de Conclusão de Curso da aluna **Amanda Ferreira Momenté**, apresentado à Faculdade de Direito Professor Jacy de Assis da Universidade Federal de Uberlândia, como requisito parcial para obtenção do diploma de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Keila Pacheco Ferreira.

UBERLÂNDIA/MG
2018

AMANDA FERREIRA MOMENTÉ

HIPERVULNERABILIDADE DO IDOSO NA CONTRATAÇÃO DE PLANOS DE SAÚDE SUPLEMENTARES

Trabalho de Conclusão de Curso da aluna **Amanda Ferreira Momenté**, apresentado à Faculdade de Direito Professor Jacy de Assis da Universidade Federal de Uberlândia, como requisito parcial para obtenção do diploma de Bacharel em Direito. Orientadora: Prof^a. Dr^a. Keila Pacheco Ferreira.

Uberlândia, 29 de junho de 2018.

COMISSÃO EXAMINADORA:

Prof^a. Dr^a. Keila Pacheco Ferreira

Prof. Fernando Rodrigues Martins

Gabriel Lisboa Silva e Dias Ferreira

RESUMO

O presente trabalho trata da problemática em torno das relações dos idosos com os contratos de plano de saúde suplementar. Através da técnica monográfica, aborda desde aspectos históricos de como é o tratamento voltado ao idoso insculpido em seu Estatuto próprio, passando pela perspectiva constitucional do direito à saúde voltada também a este público, até as razões pelas quais se busca a iniciativa privada. Versa sobre a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor a esses contratos, inclusive os celebrados anteriormente à sua vigência, em um constante diálogo de fontes e sua aplicação de normas no tempo. Aborda-se sobre os consumidores que possuem sua vulnerabilidade agravada, os hipervulneráveis, com enfoque principal ao idoso. Colaciona, por fim, alternativas aos planos de saúde privados a fim de evitar os reajustes e cláusulas abusivos. Trazendo ainda uma proposta de mudança estrutural do atual sistema de saúde adotado pelo país.

Palavras-chaves: Direito fundamental à saúde. Iniciativa privada na saúde. Hipervulnerabilidade do consumidor idoso. Contratos de planos de saúde.

ABSTRACT

The present work deals with the problematic around the relationships of the elderly with the contracts of supplementary health plan. Using the monographic technique, approach, from historical aspects of how the elderly is treated in his own Statute, passing through the constitutional perspective of the health rights directed to this public, until the reasons for seeking the private initiative. Highlights the application of the Consumer Protection Code to these contracts, including those concluded before its implementation, in a constant dialogue of sources and enforcement of laws over time. Approches about consumers who have their vulnerability aggravated, the hypervulnerable, with a focus on the elderly. Finally, brings alternatives to private health plans in order to avoid the readjustments and abusive clauses. With a proposal of structural change of the current health system adopted in the country.

Keywords: Fundamental right to health. Private health initiative. Hypervulnerability of the elderly consumer. Contracts of health plans.

Sumário

INTRODUÇÃO	7
CAPÍTULO 1 – DA CONJUNTURA DO IDOSO NO BRASIL.....	10
1.1 – Apanhado histórico	10
1.2 – Previsão constitucional de amparo ao idoso.....	11
1.3 – A efetivação dos direitos dos idosos pelo Estatuto do Idoso	12
1.4 – Da perspectiva demográfica da terceira idade	15
CAPÍTULO 2 – O DIREITO À SAÚDE SOB A ÉGIDE CONSTITUCIONAL.....	18
2.1 – Conceito amplo de saúde	18
2.2 – O direito à saúde na Constituição de 1988	18
2.3 – O enquadramento do direito à saúde enquanto direito fundamental	19
2.4 – A responsabilidade em garantir o direito à saúde aos idosos	21
CAPÍTULO 3 – MEIOS DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE	23
3.1 – O Sistema Único de Saúde (SUS)	23
3.2 – A iniciativa privada e sua atuação na saúde	24
3.3 – Meios jurisdicionais de garantir o direito a saúde.....	27
3.4 – Prospectivas atuais para um novo modelo de saúde.....	28
CAPÍTULO 4 – A CLASSIFICAÇÃO DOS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE E A LEGISLAÇÃO A ELES APLICADA	31
4.1 – Teoria geral dos contratos e histórico	31
4.2 – Dos contratos de prestação de serviços de seguro	34
4.3 – Os planos de saúde enquanto contratos de prestação de serviços e seguro	36
4.4 – O Código de Defesa do Consumidor enquanto legislação aplicável aos planos de saúde.....	37
4.5 – A ausência normativa para contratos anteriores à Lei 9.656/98	41
CAPÍTULO 5 – DA PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR VULNERÁVEL.....	42
5.1 – A ideia de vulnerabilidade no CDC	42
5.2 – A vulnerabilidade agravada.....	44
5.3 – O consumidor idoso e sua hipervulnerabilidade	46
CAPÍTULO 6 – DOS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE COM OS IDOSOS	48
6.1 – Os planos de saúde e a segregação do idoso	48

6.2 – Os limites do reajuste em função da idade e o equilíbrio atuarial.	50
6.3 – Da abusividade das cláusulas de reajustes técnicos	53
6.4 – Cláusulas que violam as diretrizes do plano-referência	57
6.5 – Breve discussão sobre a cobertura de tratamentos <i>Home Care</i>	59
DISPOSIÇÕES FINAIS	61
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	64

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como finalidade abordar a questão da hipervulnerabilidade da pessoa idosa, com enfoque na contratação de planos de saúde suplementares.

Idoso, conforme instituído na Lei 10.741/03 (Estatuto do Idoso), é aquele que possui 60 anos ou mais. A partir deste marco etário a pessoa considerada idosa adquire alguns benefícios, que na verdade são meios de colocá-los em patamar de igualdade com os demais cidadãos.

O consumidor, por si só, já é considerado vulnerável, ou seja, encontra-se em um estado de perigo, conforme bem elucida o art. 4º do Código de Defesa do Consumidor (CDC). Quando, então, os idosos participam da relação de consumo possuem uma agravante, pois além de vulneráveis são hipossuficientes, assim, merecem proteção ainda maior.

Para compreender a situação é necessário que haja uma leitura conjunta dos dispositivos do Código Consumerista com os da Constituição Federal em consonância com os do Estatuto do Idoso.

Essa proteção diferenciada, a esse grupo conferida, é fruto do desenvolvimento histórico da comunidade, de reconhecimento do papel do idoso.

Nas últimas décadas observou-se, no Brasil, um significativo aumento na expectativa de vida e da população com mais de 60 anos. Ocorre que esse crescimento no número de pessoas mais velhas nem sempre é visto sob uma ótica positiva de conquista social e desenvolvimento econômico, mas como um peso para a sociedade. Pelo simples fato de os idosos fazerem parte da classe economicamente inativa, não geram empregos nem lucratividade, conseqüentemente, não movem a economia, apenas trazem gastos com seu custeio para o Estado e para sociedade.

Todavia, não é sob essa concepção que o idoso deve ser visto, pois graças a ele pudemos vivenciar inúmeras conquistas sociais e vivemos hoje em um mundo

globalizado e tecnológico. Foi ele que nos proporcionou isto, e agora é seu momento de envelhecer com dignidade, respeito e amplas garantias.

O idoso, enquanto consumidor, muitas vezes, desprovido de informações sobre produtos e serviços a adquirir, torna-se alvo fácil do mercado. Daí surge o importante papel não só do Estado, mas também da família e da comunidade em proteger esse consumidor hipervulnerável contra possíveis e recorrentes abusos.

Revela-se especial atenção à questão da saúde desse consumidor já na terceira idade, pois é natural que com o decorrer dos anos, seu corpo não responda mais da mesma forma, necessitando, mais frequentemente de cuidados médicos.

A saúde é um direito fundamental garantido pela Constituição a ser implementado pelo Estado através de políticas públicas. Este, por sua vez, adotou como modelo um sistema único e integrado de saúde (SUS) para atender a população.

Contudo, apesar de ser um sistema bem pensado, ainda não é o mais eficiente para atender a enorme população brasileira, com mais de 207 milhões de pessoas¹ em uma extensão territorial de 08 milhões de quilômetros quadrados², com qualidade e agilidade esperada. Infelizmente, é um sistema que se encontra abarrotado de demandas sem condições de atender a todos como planejado.

Nesse contexto, de insuficiência de atendimento pelo sistema público aparecem os contratos de planos de saúde suplementares, ofertando aquilo que o Sistema Único falha, celeridade e excelência de atendimentos. Entretanto, para aquela parcela da população mais susceptível a demandar os serviços com frequência, os mais velhos, as operadoras de planos utilizam de artimanhas na tentativa de excluí-los da contratação.

¹ **População Brasileira passa de 207,7 milhões em 2017.** Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2017/08/populacao-brasileira-passa-de-207-7-milhoes-em-2017>>: Acesso em: 07/04/2018.

² **Área territorial brasileira.** Disponível em: <https://ww2.ibge.gov.br/home/geociencias/cartografia/default_territ_area.shtm> Acesso em 30/05/2018.

Os elevados custos com cláusulas excessivamente onerosas são uma das alternativas oferecidas pelas seguradoras que coloca o idoso em situação crítica entre manter o plano ou garantir o próprio sustento.

É evidente a postura das operadoras visando maximizar seus lucros, pois procuram selecionar seus clientes de forma que aqueles com elevada sinistralidade sejam excluídos ou paguem o alto custo de envelhecer.

Diante disso, surge a dúvida, até que ponto os planos de saúde podem arbitrar cláusulas e valores para seus contratos com idosos? O critério utilizado, indistintamente, de faixa etária seria o mais adequado? Mesmo em contratos longos? Qual seria a maneira de harmonizar as duas categorias conflitantes: idosos e planos de saúde suplementares?

Tal temática será abordada ao longo do presente trabalho.

CAPÍTULO 1 – DA CONJUNTURA DO IDOSO NO BRASIL

1.1 – Apanhado histórico

A figura do idoso foi se modificando com o passar dos séculos. Em um primeiro momento, ele era visto como um ser de pouca credibilidade e fraco perante os demais. Todavia, na Roma Antiga, esse panorama se modificou, pois o idoso passou a ser visto como o sábio, que muito viveu dotado de experiência. Deveria, portanto, compartilhar seus conhecimentos, passando a ocupar cargos de liderança como de Conselheiros do governo.

Com a ascensão do Capitalismo, mais uma vez, a posição do idoso alterou-se, pois para esse modelo que visava a produção exasperada, o lucro e a mais valia, a população economicamente inativa, era tida como um fardo, vez que gerava apenas custos ao Estado, desmerecedora do devido respeito.

Como bem destaca Bruna Ambrósio³:

A importância da sabedoria do idoso foi sendo cada vez mais deixada de lado em razão dos avanços tecnológicos e da busca incessante pelo enriquecimento. Ocorre uma inversão dos valores, pois, ao invés da sabedoria, passa-se a julgar o homem pela sua capacidade de produção – muito mais próxima do jovem –, e ao idoso resta um lugar de exclusão e marginalização.

Seguindo essa lógica instituiu-se o Estado Liberal, onde prevalecia a autonomia da vontade. Esse modelo também não favorecia aquele com idade avançada, visto que estávamos diante de um Estado que sequer preocupava-se com proteções ao trabalhador, o que esperar então de proteção ao idoso? Por mais que seja um Estado que trouxe avanços a reflexos positivos para a sociedade, lamentavelmente sobrevivia apenas aquele que melhor se adequasse aos modos de produção em massa, caso contrário seria aniquilado do sistema.

Foi apenas com o advento do Estado Social que esses ideais começaram a mudar. O Estado reconheceu a necessidade de intervir na economia e nas relações

³CHIMENTI, Bruna Ambrósio. *O idoso, a hipervulnerabilidade e o direito à saúde*. 2015. 190f. Dissertação de Mestrado – PUC, São Paulo, 2015, pág. 21/22.

privadas, a fim de proporcionar maior equidade e garantir direitos fundamentais. O indivíduo passava a representar um ser de direitos e deveres e não apenas um meio de produção de riquezas.

Na realidade brasileira, um leve vestígio de direitos sociais apontou-se na Constituição de 1824, no entanto, apenas em 1934 que o tema foi melhor abordado, nesta Constituição, que trouxe os ideais de um Estado Social, com direitos e garantias fundamentais. Acontece que, sua efetiva concretização deu-se apenas na Carta de 1988.

1.2 – Previsão constitucional de amparo ao idoso

O processo de criação de direitos faz surgir as garantias, pois o direito, por si só, tutela os bens. As garantias, por sua vez, destinam-se a assegurar a fruição desses bens tutelados. Em suma, os direitos declaram as garantias estabelecem⁴. E foi esse o papel da Constituição Federal de 1988 (CF), declarar direitos a fim de ver asseguradas as garantias.

A Carta Magna brasileira de 1988, devido aos seus pontos inovadores, serviu como fonte de inspiração para outras tantas da América Latina e da Europa que ainda não possuíam previsão expressa aos vulneráveis, crianças, adolescentes, idosos, índios e pessoas com alguma deficiência que tornava dificultosa sua participação social.

Tem-se que, com a promulgação da Constituição de 1988, foram incluídos em seu texto direitos especiais a pessoas com necessidades singulares. Como é o caso dos idosos, que deverão ser amparados na velhice tanto pelo Estado, como pela sociedade e pela própria família, conforme dispõe o art. 227 do referido diploma.

A proteção constitucional não tratou da obrigação apenas de alguns, ou dos mais próximos, mas de todos, como um dever de solidariedade, pois apenas assim seria possível garantir com absoluta prioridade o direito do idoso de participação na comunidade, e também os meios de defender de sua dignidade e bem-estar a fim de

⁴BONAVIDES. Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, pág. 528.

promover o direito máximo à vida, conforme estabelece o art. 230 da Constituição Federal.

A doutrina de proteção ao idoso possui nítido caráter assistencialista, formalizando uma tentativa do Estado de desonerar-se de seu dever de proteção aos cidadãos. Essa posição estatal é reflexo do acanhado e lastimável sistema de previdência social, desestruturado e injusto. Portanto, a solução encontrada pelo Estado é repassar à família e à sociedade o encargo de cuidar dos idosos⁵.

Importante frisar que os preceitos constitucionais de assistência conjunta, por mais genéricos que sejam, não tratam tão somente de assistência material ou econômica na velhice, mas também de atender as necessidades afetivas e psíquicas do idoso⁶.

O legislador trouxe essa previsão diferenciada ao idoso, pois conhece o histórico e a situação de vulnerabilidade vivenciada desses perante os demais cidadãos. Há de se constar que, além de vulneráveis, são também minorias, que se encontram em situação de inferioridade, não em termos quantitativos, mas qualitativos, vez que não são satisfatoriamente representados por aqueles encarregados de defender os direitos do povo.

Somente com o advento da Constituição de 1988 que a participação do idoso passou a ser enfatizada, pois foram instituídas normas de proteção direcionadas a essa parcela populacional, estigmatizada e marginalizada pela sociedade, que necessita de apoio de outras classes para exercer plenamente sua cidadania.

1.3 – A efetivação dos direitos dos idosos pelo Estatuto do Idoso

A fim de cumprir os desígnios constitucionais, a Lei 10.741 de 01 de outubro de 2003 consagrou no ordenamento uma série infindável de prerrogativas e direito às pessoas idosas. A mencionada Lei constituiu um microssistema jurídico, o

⁵ BIRCHAL, Alice de Souza. **A relação processual dos avós no direito de família: direito à busca da ancestralidade, convivência familiar e alimentos**. Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, pág. 54.

⁶ DIAS. Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias de acordo com o Novo CPC**. 11ª Ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pág. 642.

Estatuto do Idoso, com o intuito de reconhecer as necessidades especiais dos mais velhos, consagrando direitos e constituindo obrigações ao Estado e à comunidade perante aquele⁷.

Instituiu-se no sistema um conjunto de normas de caráter declaratório, de aplicabilidade imediata que definem direitos e garantias fundamentais. O Estatuto em comento, além de trazer novas normas, reuniu normas que disciplinavam aspectos relacionados à promoção e proteção dos idosos na legislação esparsa, sob a ótica da cidadania, entendida a partir do pleno usufruto dos direitos civis, políticos e sociais.

Outro ponto interessante na Lei é que esta não se encarregou apenas de estabelecer direitos aos idosos, mas trouxe também normas para aplicação e efetivação desses direitos, pois prescreveu formas de funcionamento e fiscalização, fixou multas para os infratores e procedimentos administrativos e judiciais bastante rápidos.

Para identificarmos os abrangidos pela norma, utiliza-se o vocábulo idoso tão somente para fins de identificação daquele que deixou de ter plena capacidade competitiva na sociedade⁸. Quem são, então, os idosos? O critério adotado pelo Estatuto foi etário, aqueles que possuem 60 anos ou mais (art. 1º Lei 10.741).

Acontece que, apesar de ser um critério objetivo que garante segurança às relações jurídicas e, de certo modo, impede distintas interpretações subjetivas, não é o mais adequado, pois o processo de envelhecer envolve diversas etapas que se manifestam em momentos diferentes a depender de cada organismo.

A ONU⁹ também se utiliza do critério etário, contudo categorizado. Parece-nos mais adequada essa utilização, observe:

A Organização das Nações Unidas (ONU) divide os idosos em três categorias: os pré-idosos (entre 55 e 64 anos); os idosos jovens (entre 65 e

⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias de acordo com o Novo CPC**. 11ª Ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pág. 643.

⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias de acordo com o Novo CPC**. 11ª Ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pág. 643.

⁹ QUEIROZ, Clodoaldo de Oliveira. **Os Direitos Fundamentais dos Idosos**. Revista de Direito Privado. vol. 25/2006. Jan - Mar / 2006, pág.90.

79 anos ou entre 60 e 69 anos para quem vive na Ásia e a região do Pacífico); e os idosos de idade avançada (com mais de 75 ou 80 anos).

Observar apenas a idade, mesmo que de forma menos genérica, como fez a ONU, pode trazer prejuízos a alguns e benesses a outros, pois ser idoso envolve um conjunto de fatores sociais e biológicos que atuam diretamente na vida do indivíduo em momentos distintos a depender do organismo.

Passada essa questão e reafirmando as disposições constitucionais, a Lei identifica ainda os obrigados a efetivarem os direitos nela estabelecidos, quais sejam família, comunidade e poder público. São estes os responsáveis por proporcionar, na medida do possível e com absoluta prioridade, educação, lazer, saúde, alimentação, cultura e também, vedar qualquer tipo de negligência, violência, discriminação, crueldade e opressão, estabelecidos no art. 3º e 4º, ambos da Lei 10.741.

A Lei Estatutária incluiu ao rol de direitos personalíssimos o direito ao envelhecimento (art. 8º). Prescreve ser necessário cuidar de todo o processo de envelhecer, e não somente quando é atingido o marco etário de 60 anos. Outro importante trecho do Estatuto diz respeito aos direitos à liberdade, respeito e dignidade que formam o tripé de proteção integral ao idoso, direitos estes que devem ser assegurados pelo Estado e pela sociedade de forma conjunta, objetivando a inclusão social daquele¹⁰.

Por mais que o Estatuto do Idoso possua significativa abrangência em temas do direito relacionados aos idosos, infelizmente, não é suficiente para que essas pessoas tenham de imediato, uma vida melhor. Importante que toda a sociedade o conheça, aplique e respeite tais direitos¹¹.

¹⁰ QUEIROZ, Clodoaldo de Oliveira. **Os Direitos Fundamentais dos Idosos**. Revista de Direito Privado. Vol. 25/2006. Jan - Mar / 2006, pág. 97.

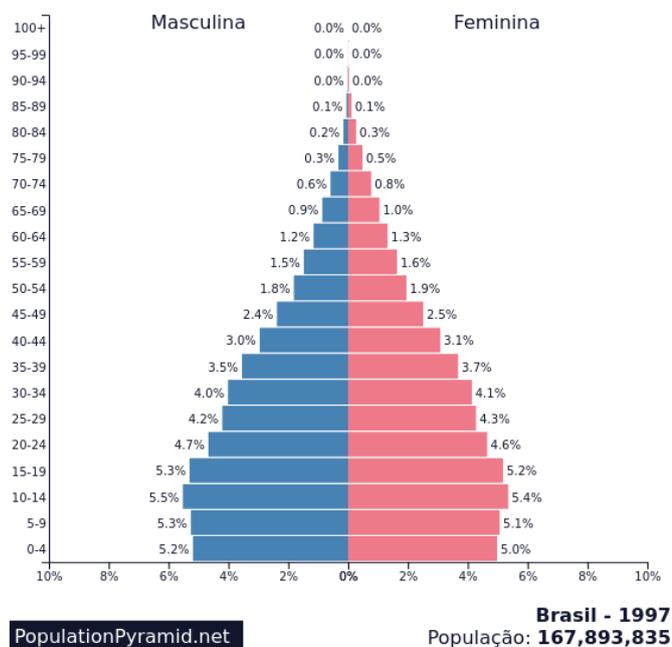
¹¹ QUEIROZ, Clodoaldo de Oliveira. **Os Direitos Fundamentais dos Idosos**. Revista de Direito Privado. Vol. 25/2006. Jan - Mar / 2006, pág. 91.

1.4 – Da perspectiva demográfica da terceira idade

Por que tratar do tema relacionado ao idoso? Pois o envelhecimento da população é o fenômeno da modernidade, que já atinge muitos países e traz várias consequências, nos setores da economia, cultura, ético, social e legal¹².

O Brasil vem sofrendo modificações em sua pirâmide etária, conforme se observa abaixo: a taxa de natalidade diminui e a expectativa de vida aumenta. Cada vez mais temos um maior número de pessoas chegando à terceira idade, isso é um sinal de que a população envelhece, sinônimo também de melhora na qualidade de vida e consequente desenvolvimento do país.

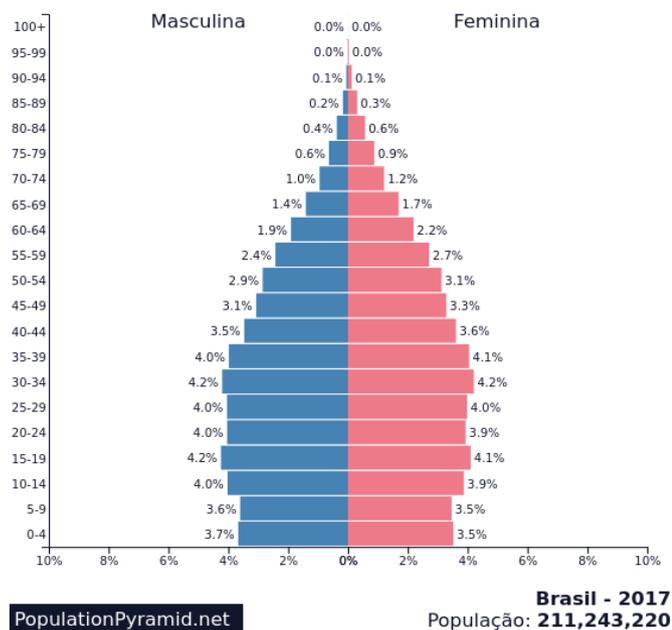
Figura1: Pirâmide demográfica brasileira em 1997



Fonte: Pirâmides Populacionais no mundo. <<https://www.populationpyramid.net/pt/brasil/1997/>>

¹² COUTINHO. Jonas Chagas et al. **Temas de direito do Consumidor**: Planos de saúde dirigidos ao idoso e as consequências da aplicabilidade - §3º, artigo 5º da Lei 10.741/03. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pág. 262.

Figura 2 – Pirâmide demográfica brasileira em 2017



Fonte: Pirâmides Populacionais no Mundo. <<https://www.populationpyramid.net/pt/brasil/2017/>>

O aumento da expectativa de vida se deve a muitos fatores coligados entre si, dentre eles o avanço tecnológico, maior acesso aos serviços de saúde e evolução do tratamento preventivo das patologias típicas da idade.

Essa nova realidade exige do Estado providências urgentes, a fim de atender as necessidades de seu novo contingente populacional. Mudanças de comportamentos e investimentos em políticas públicas voltadas a esse público, visando melhor amparar esse cidadão que necessita de ter seus direitos fundamentais resguardados.

A própria aprovação do Estatuto do Idoso em 2003 já demonstra a preocupação do legislador com a população crescente de idosos.

Investimentos em saúde são essenciais, pois com ao avançar da idade, o próprio corpo requer cuidados redobrados. Imprescindível, portanto, garantir que existam profissionais capacitados prontos para atender suas demandas. Acontece que, dentro das próprias faculdades de medicina, o estudo da terceira idade não é estimulado, pois poucas oferecem a disciplina de geriatria. E modo que faltam profissionais no mercado aptos a atender com qualidade essa população insurgente.

Crucial ainda a adoção de políticas públicas e privadas voltadas a saúde a fim de proporcionar à todos tratamentos adequados, eficientes e de qualidade. Vale a ressalva, ser saudável não é apenas ter um corpo ausente de doenças, mas em equilíbrio com o meio ambiente, sinônimo de bem estar.

Para ser considerado um país desenvolvido, não bastam os indicadores da pirâmide demográfica, cogente, portanto, que seja garantido o envelhecimento populacional de forma saudável e com qualidade de vida à população.

CAPÍTULO 2 – O DIREITO À SAÚDE SOB A ÉGIDE CONSTITUCIONAL

2.1 – Conceito amplo de saúde

Como anteriormente exposto, saúde não é sinônimo de um organismo isento de enfermidades. O conceito envolve maior complexidade, visto que é imperativo analisar além do estado fisiológico e biológico do corpo para concluir pela saúde do indivíduo.

Viver uma vida saudável envolve um conjunto de elementos que se acoplam como o desfrutar de momentos descontraídos, ter uma alimentação adequada e balanceada, praticar regularmente exercícios físicos, moradia digna, renda capaz de garantir sua subsistência, é viver com boa disposição física e mental em um ambiente que lhe proporcione a sensação de bem-estar.

A saúde pode ser determinada pelas condições do ambiente físico, social e econômico a que está exposto o cidadão e pelo seu estilo de vida. Em síntese, é ter capacidade de realizar os atos da vida diária e da própria vontade, em um perfeito estado de bem-estar físico, mental e social.

Apesar de sensivelmente utópica e imprecisa, a definição utilizada pela Organização Mundial da Saúde reflete a conjuntura econômica, social e cultural de uma época e lugar, e evidencia a necessidade de harmonia entre o sujeito e sua realidade fática, buscando reorientar as práticas de saúde a fim de torná-las menos prescritivas e medicalizantes.

2.2 – O direito à saúde na Constituição de 1988

Se espelhando nos ideais consolidados, a Constituição Federal de 1988 evidencia uma nova perspectiva sobre direito ao acesso à saúde. Isso, pois as Cartas Magnas anteriores traziam o direito à saúde alocado no sistema previdenciário, sendo, portanto, um direito apenas dos trabalhadores que possuam

um vínculo empregatício formal ou que de alguma forma contribuíssem para a previdência.

Compete ao Legislador Constituinte adotar o modelo que melhor adegue ao seu contingente populacional para fins de garantir o direito à saúde. Para tanto, imprescindível analisar a realidade sócio-política e econômica.

Na tentativa de organizar o dito modelo deve responder aos seguintes questionamentos: irá o sistema cuidar de todos? Se não, de quais cuidará? E mais, cuidará, com ou sem limites? Se limitado, o que irá cobrir? A velocidade de atendimento será a mesma para todos? Como será financiado¹³?

A opção brasileira foi no sentido de acesso universal, integral e igualitário à saúde, tendo como destinatários não apenas os contribuintes, abrangendo todos os cidadãos¹⁴. Inserindo como uma prestação do Estado a ser implementada através de políticas públicas reunidas, não somente, mas principalmente, no Sistema Único de Saúde. E financiado mediante recursos oriundos da seguridade social da União, Estado, Distrito Federal e Municípios, além de outras fontes (art. 196 c/c art. 198 §1º da CF).

2.3 – O enquadramento do direito à saúde enquanto direito fundamental

Foi com o advento da Revolução Francesa que a saúde passou a ser considerada um Direito do Homem. Todavia, apenas com a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1946, que a saúde sobreveio como um Direito Básico. Nesse sentido, o art. 25, inciso I, da supramencionada Declaração, elucida que toda pessoa tem direito a um nível de vida suficiente que lhe assegure e a sua família, saúde e bem-estar, principalmente no que tange a assistência médica e

¹³ FREIRE, Henrique. **Temas de Direito do Consumidor. Planos de Saúde: Sistema Público e Secundário, Visão Geral da Atividade de Responsabilidade Civil**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pág. 244.

¹⁴ ADAES, Carlos Tiago Silva. **Leitura Jurisprudencial do direito à saúde**. Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região vol. 28, Mar – Abr / 2016. pág. 25.

alimentação, sendo o direito em tela resguardo na doença, na invalidez e na velhice¹⁵.

O direito à saúde, juntamente com o direito previdenciário, encontra-se no âmbito do direito à seguridade social, como uma subparte deste, sendo, então, regrado pelos mesmos princípios e compartilhando as mesmas características de universalidade de atendimento, igualdade ou equivalência de benefícios, solidariedade e financiamento por toda a sociedade.

Como visto, originalmente o direito à saúde encontra-se inserido no rol de direitos sociais, Título VIII – da Ordem Social, da Constituição Federal. Contudo, o entendimento consolidado é que o direito à saúde reporta-se a outros direitos fundamentais.

A dignidade da pessoa humana, paradigma axiológico de todo o ordenamento jurídico, atrai o conteúdo de outros direitos fundamentais, como direito à vida, à integridade física, e estes, por sua vez tem como corolário natural o direito à saúde. Vez que para serem plenamente alcançados, dependem que o direito à saúde seja integralmente garantido.

O renomado constitucionalista Paulo Bonavides prescreve a importância dos direitos fundamentais, vez que esses objetivam criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade da pessoa humana¹⁶. Ou seja, os demais direitos fundamentais se desdobram a partir destes. Nesse sentido, temos que o garantir a saúde como uma forma de proporcionar ao indivíduo dignidade e liberdade nos atos da vida.

Por ser um direito e cunho prestacional, direito de 2ª geração, garantir a saúde requer uma atuação ativa do Estado, tanto na criação do sistema-modelo como proporcionando os meios para o exercício e fiscalização do direito.

¹⁵Declaração Universal de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf> Acesso em 28/05/2018.

¹⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, pág. 560.

2.4 – A responsabilidade em garantir o direito à saúde aos idosos

Quando a temática é voltada ao idoso, garantir sua saúde significa utilizar dos meios plausíveis para que chegue ao fim da vida com o mínimo de dignidade e sofrimento.

O direito à saúde, como dito anteriormente, é um dever concorrente, não somente dos órgãos públicos, judiciário e Estado. É imperioso que a família esteja presente, assim como a comunidade, ambas contribuindo pela busca dos melhores meios para que o idoso possa ter seus direitos garantidos.

Como prova de que toda a sociedade encontra-se coobrigada com a causa, tem-se também a criação de especialidades médicas, geriatria e gerontologia, voltadas ao estudo de doenças que atingem os idosos e meios de alcançar longevidade com saúde através da análise de personalidade e conduta ao envelhecer.

Tratam o envelhecimento como direito fundamental, uma etapa singular em que o equilíbrio interno encontra-se comprometido, o que coloca o indivíduo em situação de fragilidade e vulnerabilidade diante de sua sobrecarga fisiológica.

A criação da Política Nacional de Saúde da Pessoa Idosa (Lei 8.042/94) simbolizou um primeiro passo com vistas à concretização dos direitos genéricos assegurados pela Constituição a essa minoria populacional.

O referido instituto objetiva assegurar ao idoso seus direitos sociais, criando condições para promover sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade. Com vistas a promover o envelhecimento saudável, com atenção integral à saúde das pessoas que estavam na terceira idade, através de medidas individuais e coletivas. Essa visão foi aprimorada com a criação do Estatuto do Idoso em 2003.

Apesar de a Constituição Federal ter instituído o Sistema Único de Saúde, a garantia de acesso integral, igualitário e com absoluta prioridade às políticas de promoção e proteção à saúde, bem como as de prevenção e recuperação das doenças que mais acometem os idosos, foram instituídas pela Política Nacional de

Saúde da Pessoa Idosa combinado com as diretrizes da Lei Orgânica da Saúde (Lei 8.080/90).

Todos os conjuntos normativos reconhecem o processo de envelhecer como uma questão prioritária. As políticas sociais brasileiras objetivam criar condições para promover a longevidade com qualidade de vida, colocando em prática ações voltadas não apenas para os que já são velhos, mas para todos que envelhecerão¹⁷.

As Leis protetivas à saúde do idoso englobam garantias múltiplas, que se não acompanhadas de iniciativas públicas e privadas, apoio da família e da comunidade, tornam-se utópicas e sem efetividade prática.

¹⁷ CHIMENTI, Bruna Ambrósio. *O idoso, a hipervulnerabilidade e o direito à saúde*. 190f. Dissertação de Mestrado – PUC, São Paulo, 2015, pág. 138.

CAPÍTULO 3 – MEIOS DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

3.1 – O Sistema Único de Saúde (SUS)

A partir do momento que a luta contra a doença e a busca pela saúde deixou de ser apenas uma questão de sobrevivência e assumiu caráter de Direito do Homem, mais precisamente, a partir da Revolução Francesa, que os sistemas de saúde passaram a ser desenvolvidos¹⁸. Tanto a doença como o tratamento, ou mesmo a manutenção da saúde, equipararam-se em grau de importância.

A Constituição Federal em seu art. 198 instituiu a criação e desenvolvimento de ações e serviços públicos de saúde que integrariam uma rede regionalizada e hierarquizada, formadora um sistema único. A ser organizado de forma descentralizada, com direção única em cada esfera do governo, atendimento integral e participação da comunidade.

Com vistas a implementar a ordem constitucional, o Estado cria políticas sociais e econômicas. Na área da saúde, editou a Lei 8.080 de 19 de setembro de 1990 (Lei Orgânica da Saúde – LOS) pela qual foram colocadas em prática as diretrizes do Sistema Único de Saúde.

A promoção, proteção e recuperação da saúde formam o tripé básico que sustenta o dito Sistema. Promover através de ações que busquem atuar sobre as determinantes sociais do processo saúde-doença. Proteger por meio de atos específicos voltados ao controle dos riscos e à exposição de doenças, visando prevenir. E por fim, e não menos importante, recuperar promovendo o diagnóstico e tratamento adequado, diminuindo óbitos e sequelas¹⁹.

Outro pilar sustentador do SUS relaciona-se à imprescindível participação ativa de todos os entes federativos, que configura o sistema integrado, em

¹⁸ RAEFFRAY. Ana Paula Oriola. **Direito da Saúde de Acordo com a Constituição Federal**. São Paulo. Quartier Latin, 2005, pág. 63.

¹⁹ Bases Legais do SUS: Lei Orgânica da Saúde. Disponível em: <<https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/icict/15655/1/Bases%20legais%20do%20SUS%20-%20Leis%20orgânicas%20da%20saúde.pdf>> acesso em 07/06/2018.

concorrência de esforços, dispõe-se a proporcionar atendimento de qualidade à população.

A Lei Orgânica da Saúde não se restringe a pré-estabelecer objetivos e cotar orçamentos, aduz ainda normas que regulamentam a própria organização e funcionamento do Sistema. Vez que não basta dar garantias ao público é fundamental proporcionar também os meios que possibilitem seu completo funcionamento.

Acontece que, por mais bem estruturado que o sistema pareça ser, na prática, enfrenta um colapso devido ao financiamento insuficiente, com problemas de gestão e de controle adequados.

Para que esse Sistema Público funcione é necessário que se compreenda a realidade fática vivida no país, com o propósito reavaliar suas estratégias e restabelecer metas. Importante compreender seu novo âmbito de atuação, considerando seu contexto histórico e de sua população. Enquanto esse impasse não se soluciona, o Estado socorre-se à iniciativa privada para suprir seus pontos defectivos.

3.2 – A iniciativa privada e sua atuação na saúde

O Estado brasileiro, devido ao seu gigantismo, de algumas décadas para cá se mostrou incapaz de prestar auxílio aos milhões de brasileiros que padecem de algum mal, daí abriu-se oportunidade à iniciativa privada²⁰.

Insta destacar, que a saúde não depende exclusivamente de um bom sistema, há diversos outros fatores de natureza social e biológica que influem. Por exemplo, como as pessoas trabalham, quanto ganham, o que comem, quais seus hábitos.

Inobstante a obrigação assumida pelo Estado em cuidar de todos, reconhecendo a relevância pública das ações e serviços de saúde, o legislador não

²⁰ FILHO. Sergio Cavaliere. **Programa de responsabilidade civil**. 12^a ed., São Paulo: Atlas, 2015, pág. 548.

vedou a iniciativa privada nessa área. Portanto, Em meados da década de 60, portanto, concomitante ao processo de industrialização e abertura do mercado interno para instalação de empresas estrangeiras, a iniciativa privada foi incentivada de maneira complementar ao sistema único de saúde, por meio de convênios²¹, a fim de oferecer cobertura aos funcionários das empresas, através de contratos coletivos.

Quando sua participação é de forma suplementar à saúde pública é formalizada com a celebração de contrato de convênio, sendo os serviços contratados submetidos ao controle, fiscalização e regulamentação da administração pública seguindo os princípios básicos norteadores do Sistema Único²².

De forma geral, os princípios norteadores do SUS, a universalidade de cobertura ilimitada e igualdade de assistência aos beneficiários, somente se aplicam à iniciativa privada naqueles casos acima descritos, em caráter complementar. Pois, via de regra, cada contrato de plano de saúde abrange uma pessoa, ou grupo de pessoas específicas com riscos também já estabelecidos.

A Constituição estabelece em seu art. 199, que é livre a iniciativa privada de assistência à saúde. Por assistência à saúde entende-se como toda atividade desempenhada individualmente por profissional legalmente habilitado, ou por meio de pessoa jurídica, voltada promover, proteger e recuperar a saúde²³.

Acontece que, apesar da singela atuação da iniciativa privada há de se reconhecer que dar assistência envolve inúmeras ações e atos. Nesse interim, fez-se necessário a criação de leis e órgãos reguladores especiais para esse ramo, posto que as normas estabelecidas pela Lei Orgânica da Saúde mostraram-se tímidas em relação à iniciativa privada.

²¹ PATULLO, Marcos Paulo Falcone; SILVA, Renata Vilhena. **O Problema do Reajuste por Sinistralidade nos Planos De Saúde Empresariais**. Revista de Direito do Consumidor, vol. 91/2014, Jan – Fev / 2014, pág. 213.

²² SANTOS, Lenir. **O Poder Regulamentador do Estado Sobre as Ações e os Serviços De Saúde** Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 20/1997, Jul – Set / 1997, pág. 157.

²³ SANTOS, Lenir. **O Poder Regulamentador do Estado Sobre as Ações e os Serviços De Saúde** Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 20/1997, Jul - Set / 1997, pág. 156.

De modo que, despontaram a Lei de Plano Privado de Assistência à Saúde (Lei 9.656/98) e a Agência Nacional da Saúde Suplementar (ANS), visando regulamentar um padrão de funcionamento às seguradoras privadas..

A Lei de Plano Privado de Assistência à Saúde foi criada com o intuito de regular as operações das empresas privadas e controlar algumas atrocidades cometidas em desfavor do usuário. Foram criadas normas sobre cobertura, carência, rescisão, reajustes e outros pontos inerentes ao contrato.

Já a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) passou a exercer a fiscalização, regulação e normatização desse sistema, através da Lei 9.961 de 28 de janeiro de 2000, podendo inclusive intervir no mercado, sempre que pertinente, reajustando contratos com a intenção manter o equilíbrio no sistema.

A ANS é um órgão que possui independência decisória e autonomia financeira, possui como função essencial a execução de políticas e diretrizes de Estado, relativas à assistência privada à saúde.

Fato importante é que, apesar de iniciativa privada visar sempre o lucro, não se pode perder de vistas o objetivo primordial a ser alcançado, o direito a saúde, assegurado pela Constituição Federal como direito fundamental de relevância pública fundado no direito à vida e na dignidade da pessoa humana.

A característica desses contratos é serem de longa duração, assim, apesar de reiteradas normas editadas, muitos contratos foram celebrados antes das leis em comento, daí surge o questionamento, cada plano terá um tratamento? É factível concluir que os contratos mais antigos devem permanecer sem nenhum tratamento específico, devido a sua contratação ser anterior as atuais normas? Qual Lei deve reger esses tipos de contratação, legislação comum ou Código de Defesa do consumidor?

Para chegarmos às respostas precisamos analisar primeiramente os contratos celebrados para então, compreendermos a legislação aplicada ao caso.

3.3 – Meios jurisdicionais de garantir o direito a saúde

Garantir os meios de efetivar o direito a saúde não se resume a políticas públicas e estratégias a serem adotadas pelo Estado como prescreve a Constituição Federal. A questão, por tratar de um direito fundamental, esbarra também nas bases processuais.

Uma leitura aprofundada dos art. 497 do Código de Processo Civil combinada com o art. 12 do Código Civil, permite melhor solucionar o impasse entre o direito personalíssimo à saúde e a iminência de danos. O Código processualista traz o instituto da responsabilidade civil preventiva, medida a ser interposta perante órgãos judiciários com vistas a proporcionar a atuação cautelar dos responsáveis antes que o dano se consuma.

Em outras palavras, aquele que se encontrar na iminência de risco a saúde deve procurar as medidas judiciais necessárias a fim de fazer cessar a ameaça ou lesão do direito a personalidade antes de o efetivo dano se perfazer. Pois efetivar o direito a saúde também é isso, não deixar o indivíduo se socorrer às medidas judiciais quando a situação já for reclamar perdas e danos.

O intuito da referida tutela jurisdicional é inibir o ilícito, não deixar que a pessoa atingida se satisfaça com uma indenização futura. A intenção é tão somente garantir uma população saudável, e quando falamos em assistência conjunta, nesse tópico entra o dever do Poder Judiciário.

A tutela inibitória é um mecanismo valioso que diz respeito a coibir condutas contrárias aos Direitos básicos capazes de gerar riscos com premência de dano. Assim, utiliza-se de mecanismos coercitivos ou estimuladores a condutas voltas à prevenção de dano. É um meio de efetivar o ideal de prevenção.

O art. 497 do CPC prescreve que poderá ser adotada todas as medidas necessárias para concessão da tutela específica que visa assegurar a obtenção do resultado prático equivalente, no caso, a saúde do consumidor.

Fernando Rodrigues Martins²⁴ bem elucida sobre o tema, observe:

De outro lado, retornando aos direitos de proteção do consumidor em face do Estado — hipoteticamente já equidistante da postura da ANS —, soa tranquilo que a opção constitucional brasileira talvez seja uma das mais avançadas no mundo. É que os "direitos de proteção", quando oponíveis ao Estado, alcança todos os poderes e órgãos públicos autônomos que compõem o aparelho estatal, inclusive o Judiciário em inúmeras situações normativas que vinculam o juiz nos seguintes exercícios hermenêuticos: i) interpretação favorável ao consumidor; ii) aplicação obrigatória do CDC, quando se tratar de relação de consumo; iii) exercício de colaboração na relação processual; iv) vedação de proteção insuficiente.

É notório que as disposições processuais estão orientadas para o fim de garantir a eficácia da tutela jurisdicional a ser concedida, seja dando celeridade a sua concessão quando há patente risco, seja permitindo que o juiz conceda as medidas necessárias para que o resultado útil aconteça.

É consolidado o ideário da eficácia dos princípios da prevenção e da precaução. Pois de nada adianta termos a proteção constitucional se não houver as normas que estabeleçam medidas eficazes a garantir os direitos ora tutelados.

3.4 – Prospectivas atuais para um novo modelo de saúde

Antes, porém, de desenvolvermos o raciocínio acerca do paradigma contratual e legal que envolve a temática dos planos de saúde, repensemos o atual sistema de saúde adotado pelo Brasil.

Patente que, seja ele público ou privado, o atual modelo precisa se adequar à nova realidade demográfica, tanto ao número de pessoas que atende, quanto ao perfil populacional. A população envelhece, é fato, e não há como se esquivar de cuidar destes.

O foco passa a ser então, como cuidar melhor do idoso. Quais os meios adequados para proporcionar a chegada a terceira idade de maneira saudável? A

²⁴ MARTINS, Fernando Rodrigues. **Saúde Suplementar no Brasil: do Estado-protetor ao Estado-agressor**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jun-29/fernando-martins-questao-saude-suplementar-brasil>> Acesso em: 30/06/2018

fim de solucionar questões como esta a política deve ser voltada à terceira idade, sem, contudo, se esquecer dos jovens, pois são eles a próxima geração idosa.

A ideia deve ser prevenção, tanto para idosos como também para os jovens, através do incentivo de práticas saudáveis, para que seja possível mitigar doenças decorrentes do sedentarismo, por exemplo. Assim, presenciaremos cada vez mais pessoas chegando a terceira idade em melhores condições físicas e psíquicas.

É imperativo repensar o modelo atual, pois o envelhecimento gera novas demandas ao sistema de saúde. Essas pessoas têm necessidades específicas, como tratamento de doenças crônicas, constantes perdas funcionais, de vigor, força, prontidão, velocidade de reação sistêmica e eficiência metabólica. As atuais perspectivas do país não nos permite pensar em um modelo futuro sem levar em conta essa novo perfil populacional²⁵.

Importante voltarmos ao conceito amplo de saúde, que não envolve apenas corpo isento de doenças, mas que está em harmonia com o todo, uma relação conexa e coesa entre o interno com o ambiente externo, que oferece ao individuo saudável a sensação de bem-estar.

No entanto, o quesito saúde, é o grande desafio, decorrente do envelhecimento, a ser superado pelas políticas públicas. Pois envolve uma análise ampla dos meios de manter a saúde, assim como meios de prevenir e retardar as doenças e fragilidades da população mais velha, tendo em vista a manutenção da independência e capacidade funcional. Precisamos e queremos nos ver livres, futuramente, dos hospitais.

A porta de entrada, na grande maioria das vezes, é a emergência do hospital. Tal modelo, além de inadequado e anacrônico, tem uma péssima relação custo-benefício, pois é centrado no hospital, fazendo uso intensivo de tecnologias de alto custo. Seu fracasso, no entanto, não deve ser imputado aos usuários, e, sim, ao modelo assistencial praticado, pois há uma sobrecarga de usuários nos níveis de maior complexidade pela carência de cuidado nos primeiros níveis²⁶

²⁵ OLIVEIRA, Martha et al. **Idosos na Saúde Suplementar: Uma Urgência para a Saúde sa Sociedade e Sustentabilidade do Setor**. Rio de Janeiro: Agência Nacional da Saúde Suplementar. 2016, pág. 13.

²⁶ OLIVEIRA, Martha et al. **Idosos na Saúde Suplementar: Uma Urgência para a Saúde sa Sociedade e Sustentabilidade do Setor**. Rio de Janeiro: Agência Nacional da Saúde Suplementar. 2016, pág.47.

Portanto, nada mais justo que oferecer aos idosos uma medicina de caráter preventivo, se possível antes mesmo de precisar se socorrer os hospitais, em um ambiente familiar onde o percentual de melhora é significativamente maior. O foco deve ser usar antes de precisar.

São estratégias a longo prazo. Posto que, em um primeiro momento o gasto será maior com procedimentos mais simples e de baixo custo. No entanto, se por exemplo, uma doença for detectada antes, pode diminuir os gastos futuros, onde um tratamento é suficiente e desnecessária uma cirurgia de maior custo. Conseqüentemente, as despesas cairão, pois diminuirão os procedimentos de valor elevado. A preocupação deixará de ser monitorar a doença para monitorar então a saúde.

O problema maior, contudo, é cultural, vez que envolve uma mudança no modelo de saúde assistencial hoje adotado no país, sendo necessário adequar desde os planos de saúde, seus hospitais e médicos conveniados, assim como a família do paciente e o próprio paciente ao novo paradigma, de prevenir e não remediar.

CAPÍTULO 4 – A CLASSIFICAÇÃO DOS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE E A LEGISLAÇÃO A ELES APLICADA

4.1 – Teoria geral dos contratos e histórico

As relações pós-modernas são regidas por diferentes tipos de contratos, desde os mais simplificados e informais aos de grande complexidade com inúmeras cláusulas.

A dicção e forma dos contratos acompanham as exigências de cada momento histórico. Como se pode observar, no Estado Liberal, as relações pessoais eram marcadas por total indiferença. De modo que a concepção contratual explicitava um caráter eminentemente individualista, patrimonialista centrado na apropriação e conservação de bens²⁷ com base em princípios como o da autonomia da vontade e do *pacta sunt servanda*.

As partes convencionavam livremente, sem necessidade de interferência do Estado. Elas mesmas instituíam, conforme pretendiam, o laço contratual que fazia a lei entre elas, a fonte geradora de direitos e base da igualdade formal entre os contratantes²⁸.

Nessa ordem jurídica instituída não havia reconhecimento do indivíduo em sua diversidade, pois havia uma falsa expectativa de igualdade formal para aqueles que viviam sob o mesmo regime jurídico.

A Revolução Industrial em conjunto com a Revolução Comercial fez agravar o quadro, vez que se tornou mais difícil concretizar o ideal de justiça contratual, pois houve um incremento comercial no âmbito interno e internacional, aliado à diversificação e massificação da produção industrial e da expansão da prestação de serviço. Ambas fizeram ascender a sociedade de consumo caracterizada pela

²⁷ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Vol. 4: Contratos. 5ª ed. São Paulo: Atlas. 2015. pág. 5.

²⁸ GOMES, Daniela Vasconcellos. **Considerações acerca da concepção contemporânea de contrato**. Direito e democracia, vol. 11, n. 2, Jul – Dez /2010, pág. 274.

abundância de bens com mecanismos a incentivar o consumo ante às necessidades de modernidade.

Acontece que, com o decurso do tempo as desigualdades foram se tornando cada vez mais evidentes, e não havia normas capazes de regular as relações negociais individuais, redundando em abuso de poder por parte dos mais favorecidos economicamente. Em face disso e com a insurgência de crises econômicas, apontou-se a necessidade de uma ação intervencionista estatal urgente no sentido de minimizar os desequilíbrios²⁹.

Esses acontecimentos registrados pela história contemporânea agravaram as situações de desequilíbrio e multiplicação de riscos para os cidadãos, que viram suas defesas diminuídas em face da peculiar condição de vulnerabilidade que se encontravam³⁰. Diante disso, desencadeou-se a crise contratual clássica, vez que o conceito consolidado de contrato não mais se adequava à realidade do século XX.

Esta crise resultou na instauração do Estado Social de Direito e consequente evolução da teoria contratual, abarcando novos paradigmas principiológicos advindos dos textos constitucionais, no sentido de garantir a efetividade da igualdade material e coibir desigualdades jurídicas advindas de cláusulas abusivas.

A autonomia da vontade, consagradora da liberdade contratual, passa a ser limitada pelos novos princípios que sobrevieram, a boa-fé objetiva, a função social do contrato e o equilíbrio econômico.

Boa-fé objetiva se caracteriza pelo modelo de conduta ética das partes envolvidas, através do cumprimento dos deveres de probidade, honestidade, confiança e lealdade durante todas as fases obrigacionais. Limitou a autonomia da vontade, pois criou os deveres anexos à contratação, que são aqueles relacionados ao respeito dos interesses alheios em qualquer etapa da negociação.

²⁹ ROSA, Luiz Carlos Goiabeira; BERNARDES, Luana Ferreira; FELIX, Vinícius César. **O idoso como consumidor hipervulnerável na sociedade de consumo pós-moderna**. Revista Jurídica da Presidência. Brasília. Vol. 18 n. 116, Out – Jan /2017 pág. 538.

³⁰ RÉGO. Nelson Melo de Moraes. **Boa-fé objetiva nas cláusulas gerais de direito do consumidor e outros estudos consumeristas**. 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009, pág. 4.

Na mesma linha, o art. 421 do Código Civil traz a função social do contrato, contudo esta se faz presente na fase executória do contrato, de modo que o contrato deva favorecer o equilíbrio contratual entre as partes, sem se esquecer de que a circulação e acumulação de riquezas são inerentes à função econômica do contrato e também devem se fazer presentes.

Esses princípios da teoria contemporânea de contrato evidenciam uma tendência de prevalência do interesse coletivo em detrimento do individual³¹.

A proteção não se restringe, tão somente, ao o vínculo contratual, mas também os interesses sociais envolvidos e a legítima expectativa. Busca-se o equilíbrio e a justiça contratual atrelados à segurança jurídica e bases constitucionais³².

A autonomia da vontade deixou de ser elemento essencial da avença, foi substituída pelo interesse social. A eficácia jurídica do contrato depende agora não só do acordo de vontade, mas também, principalmente, dos efeitos que ele produzirá na sociedade e das condições econômicas e sociais das pessoas envolvidas³³.

O elemento vontade ainda está presente nas relações, contudo, limitado. Pois a relação entre partes deve guardar equilíbrio econômico, entre indivíduos de boa fé, a fim de cumprir a função social daquela negociação. Em síntese, preza não apenas pelo adimplemento da obrigação principal, mas também, em igual patamar pelos deveres extracontratuais de fidúcia³⁴.

³¹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 3ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pág.118.

³² JUNIOR, Humberto Theodoro. **O contrato e seus princípios**. Rio de Janeiro: Aide, 2001, pág.64-65.

³³ FILHO. Sergio Cavalieri. **Programa de responsabilidade civil**.12ª ed., São Paulo: Atlas, 2015, pág. 555.

³⁴ JÚNIOR. Humberto Theodoro. **O contrato de seguro e a regulação do sinistro**. Disponível em: <<http://www.ibds.com.br/artigos/OContratodeSeguroeaRegulacaodoSinistro.pdf>> acesso em 09/06/2018.

4.2 – Dos contratos de prestação de serviços de seguro

Importante destacar a relevância dos deveres anexos que visam proporcionar segurança jurídica aos contratantes, neste sentido, Claudia Lima Marques³⁵ destaca sobre tema:

Três valores são cada vez mais raros e, por isso, valiosos no mundo atual: segurança, previsibilidade e proteção contra riscos futuros. Estes três valores são oferecidos no mercado através dos planos e seguros privados de saúde, os quais possibilitam a transferência legal de riscos futuros envolvendo a saúde do consumidor e de seus dependentes a serem suportados por empresas de assistência médica, cooperativas ou seguradoras.

Os planos de saúde, para se ter uma ideia sua grandiosidade numérica, atendem cerca de 47 milhões de pessoas, 24% da população (dados da ANS)³⁶, e mais, a frequência de sua contratação é tão grande que em alguns Estados chega a representar 60% (sessenta por cento) do Produto Interno Bruto (PIB) do país³⁷.

A seara denota relevante interesse coletivo e social, vez que envolve a proteção à incolumidade física e psíquica de enorme parcela populacional, razão pela qual importante analisarmos relação contratual dos planos de saúde, pois a partir disso voltaremos a temática de qual lei a eles serão aplicadas.

Uma das classificações cabíveis aos planos de saúde privados são contratos de prestação de serviços. Essa modalidade se caracteriza por ser uma negócio jurídico bilateral, pelo qual uma das partes assume a obrigação de fazer e/ou realizar atividades que gerem proveito a outrem, mediante remuneração.

O objeto da prestação, conforme elucida o art. 594 do Código Civil (CC), é toda e qualquer atividade lícita, física ou intelectual, doméstica ou externa. Neste ponto, temos que o Código deixou bem amplo o rol de atividades a serem desenvolvidas.

³⁵MARQUES, Claudia Lima. **A abusividade nos contratos de assistência à saúde e de assistência médica no Brasil**. Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Vol. 22, n. 64, jul /1995, pág. 45.

³⁶ Perfil do setor: dados gerais. Disponível em: < <http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-gerais>> Acesso em 09/06/2018.

³⁷ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Vol. 4: Contratos. 5 ed. São Paulo: Atlas. 2015, pág. 792.

Existe outra regra na Lei Civil (art. 598) a respeito desses contratos no que tange a sua duração. O prazo fatal estabelecido pelo Código é de quatro anos, contudo devido à natureza e aos costumes, tal disposição já foi alterada, pois para àqueles contratos em que não for estipulado prazo entre as partes, entende-se que é mantido o vínculo contratual pelo tempo necessário à prestação do serviço.

Há apenas uma ressalva, trazida pelo art. 599, quanto à sua rescisão. É imprescindível o aviso prévio por parte daquele que deseja findar a relação, como uma mera demonstração de cumprimento dos deveres anexos decorrentes do princípio da boa fé objetiva, que devem perfazer toda a relação, pois resguardam a legítima expectativa dos contratantes, garantem qualidade no serviço e proporcionam segurança jurídica.

Ainda quanto à prestação de serviços, temos a subclassificação: contratos de seguro. Este envolve a tríplice, risco, mutabilidade e mais uma vez a boa-fé, elementos essenciais formadores da relação contratual.

Risco caracteriza-se pela possibilidade de dano decorrente de acontecimento futuro e possível. O segurador é, portanto, um garante do risco do segurado, uma espécie de avalista ou fiador dos prejuízos. Tão forte é essa garantia que se costuma dizer que o contrato de seguro transfere os riscos do segurado ao segurador. Na verdade, não é bem isso que acontece, visto que o risco é intransferível³⁸.

O contrato de seguro transfere tão somente as consequências econômicas do risco caso ele venha a materializar em um sinistro. Através do pagamento de prêmio, o segurado adquire a garantia de que, se o sinistro ocorrer, serão a ele fornecidos os recursos econômicos necessários à reparação do prejuízo e recomposição dos danos.

Em suma, nesses tipo de contratação, a seguradora, torna-se responsável pelo pagamento de prestação em pecúnia por riscos futuros e incertos, porém

³⁸ FILHO. Sergio Cavalieri. **Programa de responsabilidade civil**. 12ª ed, São Paulo: Atlas, 2015, pág. 536.

predeterminados, através de pagamento do prêmio ao segurado, conforme previsto no art. 757 do Código Civil.

4.3 – Os planos de saúde enquanto contratos de prestação de serviços e seguro

Os contratos de plano de saúde privados se enquadram perfeitamente como de prestação de serviços, pois envolvem dois polos com atributos diversos. De um lado, temos a pessoa interessada em obter serviços médicos e hospitalares privados, de outro, a empresa que irá proporcionar esse atendimento, quando necessário.

São contratos de trato sucessivo, em que o contratante é posto em relação de dependência para com a empresa com expectativa de manutenção da relação contratual por prazo indeterminado. O vínculo envolve prestações continuadas, serviços e remunerações, que se protraem no tempo.

Em sua maioria, cativos, de longa duração, visto que os serviços são prestados de forma contínua e massificada, com emprego de terceiros, organizando verdadeiras cadeias invisíveis de fornecedores diretos e indiretos a fim de alcançar o verdadeiro objeto contratual.

O objetivo primordial desses contratos é transferir os riscos e garantias referentes à necessidade futura de assistência médica ou hospitalar.

A operadora mediante reembolso prévio oferta ao cliente cobertura em caso de risco futuro à sua saúde. Para usufruir desses serviços, o contratante mantém uma relação de dependência com a empresa fornecedora, pagamento mensal de contribuições, ainda que sem utilizar o serviço naquele período, a depender da ocorrência ou não do evento futuro de dano à sua saúde³⁹.

Percebe-se, portanto, na acepção acima, que o contrato de prestação de serviços aperfeiçoa-se em contrato de seguro, em que os indivíduos contratam

³⁹ MARQUES, Cláudia Lima, **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pág. 510.

cooperativas médicas visando à cobertura de dano eventual e futuro à sua saúde ou de seus dependentes. Um contrato de risco aleatório, cujo valor é calculado sob as probabilidades de ocorrência de riscos⁴⁰.

Quem contrata um seguro de saúde não pretende que o segurado fique doente, o objetivo é, tão somente, tranquilidade e segurança em caso de riscos a que venha a ser exposto se materializar um sinistro. Nessa situação, terá então condições econômicas e materiais de reparar suas consequências,⁴¹ pois serão a ele oferecidos tratamento, internação hospitalar, médicos de qualidade e até eventual cirurgia, caso necessite.

Em síntese, tem-se que, são contratos que envolvem três características: trato sucessivo, prazo indeterminado e “transferência” onerosa de riscos, com a finalidade precípua de execução continuada e periódica de serviços médico-hospitalares. Prometendo ao segurado garantir a assistência prometida quando este vier a necessitar.

Independente da classificação do contrato como prestação e serviços e/ou contrato de seguros, deverá ele ser norteados pelos princípios contratuais básicos e seus deveres anexos a fim de proporcionar segurança jurídica aos envolvidos.

4.4 – O Código de Defesa do Consumidor enquanto legislação aplicável aos planos de saúde

Após análise contratual dos planos de saúde, ainda resta a dúvida, qual legislação aplicar as relações entre o cliente e a prestadora de serviços? A pergunta torna-se mais complexa devido à característica peculiar que permeiam esses contratos, a durabilidade, são contratos que se prolongam no tempo.

Sobre o tema: oferecer serviços, públicos ou privados, que garantam a saúde, a Constituição Federal trouxe uma norma de aplicabilidade diferida. Visto que

⁴⁰ SANTOS, Lenir. **O Poder Regulamentador do Estado Sobre as Ações e os Serviços De Saúde** Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 20/1997, Jul - Set / 1997, pág. 23.

⁴¹ FILHO. Sergio Cavalieri. **Programa de responsabilidade civil**. 12^a ed., São Paulo: Atlas, 2015, pág. 537.

estabeleceu em seu art. 175, parágrafo único, incisos I e II, que seria criada lei para disciplinar os direitos e deveres dos usuários desses serviços, por serem relações peculiares que geram consequências para além dos próprios contratantes, mas para a população em geral. Requer, portanto, uma regulação específica.

Hoje, quase 30 anos após a promulgação da Constituição Federal, nenhuma norma para disciplinar especificamente a questão foi criada. Assim, diante da ausência de regulamentação e da necessidade de proteção àquele que usufrui dos serviços, fica a cargo da doutrina e jurisprudência ditar as legislações aplicáveis a cada caso concreto.

Como apresentado no título anterior, o direito contratual moderno exige que exista equilíbrio negocial entre as partes. Relações sem prejuízos, contratantes plenamente satisfeitos.

Essas relações jurídicas com os planos de saúde envolvem sempre um polo mais fraco, a pessoa que necessita dos serviços de saúde, e outro mais forte, a empresa que oferece os serviços. Basta uma análise simples para concluir que as partes por si só não estão em patamar de igualdade. Imprescindível, portanto, uma legislação protetiva àquele que se encontra no polo menos favorecido.

O Código de Defesa do Consumidor por conferir maior proteção aos consumidores, melhor se adequa a situação. Vez que seu desígnio é reequilibrar a relação de consumo, seja reforçando a posição do consumidor, seja proibindo ou limitando certas práticas do forte mercado pós-moderno.

No entanto, para aplicação do referido Código exige-se que reste configurada a relação de consumo: um fornecedor de produtos ou serviços e o consumidor destes como destinatário final.

Na relação seguro-saúde tem-se o fornecedor, pessoa jurídica que irá proporcionar os serviços; o consumidor, que firma o contrato e tanto poderá ser o indivíduo isolado ou uma pessoa jurídica que formaliza o liame jurídico em prol de

um grupo a ela vinculado, dando origem aos planos de saúde coletivos; e um objeto, prestação de serviços e/ ou seguro de saúde⁴².

O art. 2º do CDC dispõe que consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. O contratante do plano de saúde são pessoas físicas, por vezes até jurídicas, que contratam serviços de saúde que iram utilizar.

Já nos termos do art. 3º do Código, fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada que desenvolva atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. A seguradora comercializa a prestação de serviços de saúde ao consumidor, paciente.

Uma vez configurada a relação de consumo não há como se desvencilhar da aplicação da legislação consumerista. Todavia, em casos de omissão ou ausência da norma específica, aplica-se também o Código Civil de forma supletiva e subsidiária naquilo que não conflite com o CDC. Aplica-se ainda a lei comum quando esta se mostrar mais benéfica ao consumidor que a lei consumerista.

Impossível concluir, portanto, que estará excluída por completo a legislação civil das relações de consumo, aplica-se, contudo, de forma residual, vez que as normas estão em constantes diálogos de fontes.

No entanto, o impasse sobre a legislação a aplicar não se resolve ai, ainda há outros pontos a serem debatidos. O primeiro deles, diz respeito à aplicabilidade no âmbito do SUS, alguns autores argumentam não ser possível pelo fato de não haver o elemento remuneração, imprescindível para configurar uma relação de consumo.

Acontece que, no sistema público a remuneração é feita por toda a população, indiretamente, de forma solidária. Como visto no capítulo supra, trata-se de direito assistencial, garantido pela Constituição Federal.

⁴² SILVA, Joseane Suzart Lopes da. **Planos de Saúde e Boa-Fé Objetiva: uma análise crítica dos reajustes abusivos**. 2ª ed..Salvador: JusPodivm, 2009. pág. 28.

Outro tema que possui conflitos doutrinários a respeito, aborda a temática temporal desses contratos. Muitos questionam se haverá a aplicabilidade das normas que foram inseridas no ordenamento posteriormente à assinatura dos contratos, tendo em vista a segurança jurídica do ato jurídico perfeito, trazida pela Constituição Federal (art. 5º, XXXVI).

Analisando a situação, vale destacar que para esses contratos não se fala em ato jurídico perfeito, visto que se encontra pendente a consumação, pois aguarda o evento futuro. A doutrina consagrou pela aplicação do CDC a esses contratos anteriores sob o argumento que a lei que entrou em vigor beneficia e protege a parte vulnerável da relação.

Outra importante tese favorável à aplicação, é que as normas elencadas no Código de Defesa do Consumidor são de ordem pública, de aplicação imediata, que efetiva princípios e garantias constitucionais, aspirando proteger o consumidor. Logo, errônea a conclusão de que em contratos antigos inexistia a figura do consumidor na relação, pelo contrário, ela existia, porém desprovida de regulamentação jurídica.

Também não se trata de hipótese de retroatividade da lei nova, pois devido a natureza desses contratos, trato sucessivo, ainda não terminados, incontestavelmente o Código Consumerista regeu as renovações que se deram ao longo do tempo sob sua vigência.

A redação da Súmula 698 do STJ, melhor pacificou o tema, dado que esta esclarece sobre a aplicabilidade do CDC aos planos de saúde, exceto aqueles administrados por entidades de autogestão. Entidades de autogestão, conforme Resolução Normativa 37/2006, da ANS, são as operadoras em que não existe finalidade lucrativa, pelo vínculo associativa, de pertencimento. Deste modo, aquelas que não se enquadram como essas entidades, a maioria das operadoras, regem-se pela lei consumerista⁴³.

⁴³ MUNIZ, Mariana. STJ aprova duas novas súmulas sobre planos de saúde. Disponível em: <<https://www.jota.info/justica/stj-aprova-duas-novas-sumulas-sobre-planos-saude-12042018>> Acesso em 16/04/2018.

4.5 – A ausência normativa para contratos anteriores à Lei 9.656/98

Outra norma que muito se discute sobre a sua aplicação é a Lei 9.656 de 03 de junho de 1998 que regula os planos de saúde, estabelece diretrizes, permissões e proibições às operadoras, direitos e garantias aos usuários.

Contudo, para aqueles que possuem contratos antigos, mais precisamente anteriores a 1999, quando então a referida lei entrou em vigor e que não migraram dessa época para cá, encontram-se em uma situação peculiar, sem consenso legislativo sobre aplicação ou não da Lei 9.656/98.

A ANS⁴⁴ estabelece que, para esses contratos, permanece o que neles foi estabelecido, sem aplicar qualquer dispositivo da lei nova. Entretanto, tal entendimento esbarra nas bases protetivas consumeristas, visto que o Código de Defesa do Consumidor determina a aplicação de leis especiais novas protetivas ao consumidor em um perfeito diálogo de fontes. Isto posto, não há como sustentar a não aplicação da Lei 9.656/98 a todos os contratos de planos de saúde, sejam eles anteriores ou posteriores.

Importante ressaltar ainda que, caso a lei nova pretendesse revogar ou excluir a aplicação do Código Consumerista, deveria ter feito de forma expressa e clara. Mas, ao contrário, dispôs pela aplicação conjunta e subsidiária das normas, conforme expressa o art. 35-G da Lei 9.656/98.

Em evidente proteção ao consumidor, principalmente aos mais idosos, que muito dependem dos seus planos de saúde, que defendemos a aplicação da Lei de Planos de Saúde a qualquer contrato dessa natureza, independente da data de sua assinatura, pois não é razoável deixar esse consumidor ao bel-prazer das disposições de um contrato, por vezes, abusivo, quando se tem uma legislação que possa regulamentá-lo.

Não podemos nos deixar prender demasiadamente pela rigorosidade técnica de leis no tempo e deixar de buscar pelos direitos e garantias fundamentais.

⁴⁴ Reajustes de preços de planos de saúde. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/planos-de-saude-e-operadoras/espaco-do-consumidor/reajustes-de-precos-de-planos-de-saude>> Acesso em: 01/06/2018.

CAPÍTULO 5 – DA PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR VULNERÁVEL

5.1 – A ideia de vulnerabilidade no CDC

Veja que a temática sobre qual legislação utilizar já consta como passada, importante aprofundar o estudo sobre como se dá a proteção conferida pelo Código de Defesa do Consumidor.

A coerência interna do sistema de proteção ao consumidor fundado no princípio da vulnerabilidade justifica o elevado nível de proteção jurídica como medida eficaz de reequilibrar a relação na qual permeia desigualdades fáticas⁴⁵.

Fazendo um apanhado histórico, percebe-se que com a potencialização dos meios tecnológicos, resultantes da Revolução Industrial, desencadearam-se inúmeras mudanças na sociedade. O consumo não era mais o mesmo, pois deixou de ser individualizado para ser massificado. Ficou ainda mais perceptível, portanto, a desigualdade entre os que detinham o poder, a mão-de-obra e os produtos para os destinatários finais, influenciando no arbitramento dos preços e condições de compra.

O modelo liberalista vigente à época era fiel à autonomia privada que colocava os indivíduos em situação de igualdade jurídica. Todavia, evidente que essa concepção não mais atendia a realidade fática vivenciada. Fez-se necessário assumir as desigualdades ora existentes, pois não era crível fechar os olhos à sociedade e concluir que todos estavam em patamar de igualdade e deveriam contratar como bem quisessem.

Um novo modelo de Estado, então, insurgente à época, o Estado Democrático de Direito, prometia colocar todos em situação de igualdade e ainda criar um rol de garantias à população desfavorecida economicamente.

⁴⁵ MIRAGEM, Bruno. **Temas de direito do Consumidor**: Mercado, Direito e Sociedade de Informação: Desafios atuais do Direito do Consumidor no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pág. 75.

Paralelamente à criação desse Estado, houve um exacerbado incentivo à cultura do consumo através do bombardeio do marketing. As propagandas mostravam-se cheias de promessas, persuasivas, aludindo à ideia de necessidade de consumir obsessivamente, induzindo seus clientes a comprarem coisas supérfluas e por vezes, desnecessárias.

A partir desse novo paradigma de diferenças e fragilidade surgiram, no âmbito do direito privado, legislações protetivas ao destinatário final dos produtos e bens. O consumidor, por assim dizer, estava em posição de inferioridade perante o fornecedor dos produtos e serviços, por isso o amparo.

Uma vez reconhecida a existência de vulneráveis, baseada em princípios constitucionais de igualdade e dignidade da pessoa humana, frente às assimetrias advindas da nova ordem econômica, adveio um apelo ao Estado por solidariedade social e proteção diferenciada àquele, visando o almejado equilíbrio contratual entre as partes⁴⁶. O primeiro passo a fim de propiciar a isonomia e igualdade entre as partes, asseverando um tratamento diferenciado e protetor aos vulneráveis em detrimento dos demais.

No que tange às normas do direito brasileiro, as bases da teoria da vulnerabilidade, de essencial importância à inteira compreensão do tema, ganham respaldo de maneira explícita na Constituição Federal de 1988.

Temos a situação de vulnerabilidade quando em uma relação verifica-se significativa disparidade entre os polos envolvidos. De um lado, um forte em detrimento de outro extremamente fraco. É fácil identificar a teoria nas relações de consumo ou trabalhistas. Torna-se imprescindível, portanto, proteção diferenciada aos mais frágeis a fim de equipará-lo.

O simples fato de ser consumidor para o CDC já o torna vulnerável, via de regra, pois trata-se de presunção absoluta, expressa em lei, em favor daquele, consagrado no art. 4º, inciso I, do Código consumerista. Deste modo, todo aquele

⁴⁶ ROSA, Luiz Carlos Goiabeira; BERNARDES, Luana Ferreira; FELIX, Vinícius César. **O idoso como consumidor hipervulnerável na sociedade de consumo pós-moderna**. Revista Jurídica da Presidência. Brasília, vol. 18 n. 116, Out /2016 – Jan /2017, pág. 533-558.

que se enquadra em uma relação de consumo e assume a posição inferior tem direito às garantias estabelecidas.

5.2 – A vulnerabilidade agravada

Em tese, conforme anteriormente exposto, todo consumidor é considerado vulnerável. Entretanto, com as transformações sociais viu-se que essa categoria precisava ser mais bem adequada ao momento histórico de acentuada diferenças entre os próprios consumidores. Um indicativo que o princípio da vulnerabilidade não seria mais o mais adequado para busca e efetivação de igualdades materiais.

Das desigualdades entre consumidores e fornecedores fez surgir o princípio da vulnerabilidade, no entanto, como proceder, quando existem diferenças entre os próprios consumidores?

Ora, pois, somos todos consumidores, evidente que há discrepâncias dentro deste grupo, vez que temos consumidores jovens e idosos, ricos e pobres, os alfabetizados e os analfabetos, o bem informado e o ignorante, os indefesos e os capazes de se autodefenderem⁴⁷. Como então, lidar com a questão dos diversos tipos de consumidor no mercado?

Antônio Herman Benjamin⁴⁸ traz uma solução didática para o caso através da elaboração de um conceito geral aplicável a toda e qualquer relação de consumo, a vulnerabilidade. No caso, contudo para as relações peculiares de consumo há de se permitir a modificação e adaptação desse conceito genérico, respeitando sempre os limites deste. Aqui temos a teoria da hipervulnerabilidade.

Na própria Constituição Federal dedica-se especial atenção àqueles que, devido as suas características intrínsecas, se encontram em condição mais fraca, os portadores de deficiência, crianças, adolescentes, índios e idosos. É reconhecida a

⁴⁷ BENJAMIN. Antonio Herman de Vasconcelos e. **O Conceito jurídico de consumidor**. Disponível em <<http://www.danielwh.com/downloads/O%20conceito%20juridico%20de%20consumidor%20-%20Herman%20Benjamin.pdf>> Acesso em: 11/06/2018.

⁴⁸ Idem.

vulnerabilidade destes perante a sociedade, de modo que demandam proteção especial e diferenciada do Estado.

Todavia, o rol trazido pela Constituição, não é taxativo, pois tomando por base o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, deve-se estender a todos que se encontrem em condição social menos favorecida. Como visto, os analfabetos, por exemplo, em virtude de sua condição merecem proteção diferenciada dos demais consumidores, mesmo que não expressamente abrangidos pela norma constitucional.

Quando esse indivíduo tratado como mais vulnerável está em uma relação consumerista, onde o consumidor por si só já é considerado vulnerável, teremos então a vulnerabilidade potencializada do consumidor fragilizado, comumente tratado pela doutrina e jurisprudência como o hipervulnerável.

Considerado mais fraco que o fraco, são grupos que excedem a simples vulnerabilidade, de modo que são adotadas medidas diferenciadas, a fim de garantir a igualdade material. Observe:

Quando somados [...] a vulnerabilidade de determinada classe reconhecida pela lei e a necessidade de tratamento diferenciado (CDC) pelas pessoas vulneráveis conforme determinada relação concreta, estaremos diante de uma vulnerabilidade agravada ou hipervulnerabilidade⁴⁹.

Deste modo, para efetiva proteção desse consumidor não são suficientes apenas as disposições do CDC que trazem preceitos gerais para todos que se enquadram como consumidores. Aqui, mais uma vez, falar-se-á em diálogo de fontes, entre o Código de Defesa do Consumidor e os estatutos próprios de cada gênero, do idoso, da criança e do adolescente, da pessoa com deficiência. Com a finalidade de alcançar um direito justo e com amplas garantias.

⁴⁹ CHIMENTI, Bruna Ambrósio. *O idoso, a hipervulnerabilidade e o direito à saúde*. 2015. 190f. Dissertação de Mestrado – PUC, São Paulo, 2015, pág. 104.

5.3 – O consumidor idoso e sua hipervulnerabilidade

Falamos dos hipervulneráveis de modo amplo, todavia neste tópico abordaremos especificamente do idoso como hipervulnerável nas relações de consumo que o permeiam. Como visto, o consumidor idoso se enquadra como hipervulnerável, pois se soma as proteções: constitucional e estatutária com a consumerista, a ele conferidas.

Uma vez configurada a figura do consumidor, destinatário final de produtos e serviços na relação de consumo, e do idoso, pessoa com 60 anos ou mais, combinados ainda com o princípio da vulnerabilidade manifesto no Código de Defesa do Consumidor e na Constituição Federal, estaremos diante, portanto, da teoria da hipervulnerabilidade do consumidor idoso.

O grande desafio é delimitar quem são os idosos merecedores de tratamento diferenciado, sem que nenhum desfrute de privilégios antes do necessário ou após o devido. Como anteriormente exposto, a legislação traz o critério etário objetivo para enquadrar o idoso. No entanto, quando ao assunto é hipervulnerabilidade dos idosos em especial, a doutrina trabalha com os vertentes da vulnerabilidade, fática e psíquica veja:

A doutrina reconhece a hipervulnerabilidade do idoso no mercado de consumo a partir de dois aspectos principais: (i) diminuição ou perda de aptidões físicas e intelectuais que o torna mais susceptível e débil em relação à atividade negocial (que nada mais é do que uma hipervulnerabilidade fática); e (ii) a dependência de determinados produtos e serviços, bem como a catividade, tornando-o consumidor idoso ainda mais susceptível e submisso ao fornecedor⁵⁰.

Vale citar o art. 39, IV da legislação consumerista, o qual institui que é vedado ao fornecedor prevalecer da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista a idade, saúde, conhecimento e condição social. Aqui temos uma proteção contundente e específica ao idoso, todavia, insuficiente basear somente neste dispositivo para protegê-los, por isso deve-se socorrer ao diálogo de fontes com o instituto normativo próprio dos idosos, o Estatuto.

⁵⁰ CHIMENTI, Bruna Ambrósio. *O idoso, a hipervulnerabilidade e o direito à saúde*. 2015. 190f. Dissertação de Mestrado – PUC, São Paulo, 2015, pág.121.

Há um estímulo mascarado ao superendividamento do consumidor idoso, pois ele, na maioria dos vezes, possui renda fixa proveniente de aposentadoria e pensões. O fornecedor, então, seguro de que irá receber, induz, de forma desonesta, o consumidor a adquirir produtos e serviços desnecessários.

Tal prática é expressamente proibida, por ser abusiva com o consumidor desprovido de informação e conhecimento adequado do mercado e do que lhe é oferecido. Sendo persuadido a contratar em vista das supostas vantagens a ele oferecidas, sem, contudo, cientificá-lo do ônus que deverá arcar, ou quando informado, esta informação é transmitida de maneira supérflua e de modo que dificulte sua compreensão.

Diante de tantas práticas desleais com o consumidor idoso é patente que este necessita de um amparo legislativo para além das disposições genéricas da teoria da vulnerabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Essencial uma leitura conjunta das normas constitucionais com as consumeristas, fim de seja reconhecida sua hipervulnerabilidade no mercado de consumo.

CAPÍTULO 6 – DOS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE COM OS IDOSOS

6.1 – Os planos de saúde e a segregação do idoso

O processo de envelhecer compromete o corpo física e psiquicamente, situação que coloca os indivíduos que estão nessa fase em estado de risco perante a sociedade. Vez que o raciocínio, a capacidade de discernimento, a leitura e até a audição ficam comprometidos, de modo que facilmente podem ser induzidos a erros por aqueles que pretendem se beneficiar de sua reduzida capacidade de percepção.

Como visto nos capítulos anteriores, os consumidores idosos são duplamente vulneráveis, quer pelo fato de serem a parte fraca ao extremo da relação de consumo, quer pelo fato de sua condição decorrente da velhice⁵¹.

Logo, acreditando estar diante de uma relação eivada pela boa-fé da outra parte e incapaz de mensurar os danos futuros, muitos idosos acabam por assinar contratos desproporcionais, com cláusulas intrínsecas que impõem a eles abdicar de direitos básicos. Cláusulas estas, que serão melhor abordadas adiante, denominadas abusivas pelo Código de Defesa do Consumidor.

Na relação contratual com as operadoras de plano de saúde os idosos são prejudicados devido ao conjunto de fatores inerentes a sua condição de pertencer à terceira idade. As operadoras interpretam essa condição como aqueles que utilizarão com mais frequência dos serviços, dispendendo gastos maiores para a sua manutenção.

É certo que, a população idosa é portadora, em peso, de doenças crônicas, o que acaba por se tornar um empecilho ao cuidado integral prometido pelas seguradoras, visto que esse tipo de doença normalmente é pré-existente, de

⁵¹ COUTINHO. Jonas Chagas et al. **Temas de direito do Consumidor**: Planos de saúde dirigidos ao idoso e as consequências da aplicabilidade - §3º, artigo 5º da Lei 10.741/03. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010 – pág. 270.

desenvolvimento lento, com efeitos a longo prazo e difíceis de prever e, em sua maioria não tem cura, de modo que demanda cuidados médicos contínuos.

Ao idoso é dado o encargo de suportar reajustes contínuos e por vezes excessivamente onerosos. As seguradoras, por sua vez, se justificam alegando o aumento da sinistralidade desses contratantes.

A idade avançada dificulta também a troca do plano por um que mais se adeque as suas condições financeiras, pois impõe que seja cumprido todo o período de carência outra vez, restringindo as doenças crônicas, pré-existentes, justificando a não cobertura dos gastos.

Tal exigência, em contratos de longa data, mostra-se de extrema desproporcionalidade, pois qual o intuito da operadora em exigir o cumprimento integral das carências mais uma vez, se não o de se eximir da responsabilidade de oferecer cuidados ao idoso, que certamente necessitará de algum auxílio médico nesse período? Práticas dessa natureza retiram parcela significativa da liberdade de escolha desse consumidor.

Por esses e tantos outros motivos os contratos de planos de saúde, especialmente os celebrados com os consumidores mais velhos, sofrem enorme crítica. São inseridas cláusulas que restringem a prestação de serviço, sem ofertar ao contratante a cobertura que necessita. Razão esta que, muitos idosos, apesar de possuírem planos de saúde em regularidade, acabam por ficarem reféns das extensas filas do Sistema Único de Saúde.

Evidente, portanto, o estado de hipervulnerabilidade desse consumidor, que quando mais necessita dos serviços médicos, quando o corpo já dá sinais de debilidade e aumenta-se exponencialmente a frequência de visitas médicas, tem sua pretensão negada, mesmo para aqueles que contribuem há vários anos.

Não cabe aos gestores do sistema suplementar alegar a falta de recursos ou excesso de demanda, como ocorre no sistema público, pois o sistema privado, além de ser sustentado pela contribuição mensal de cada segurado, assume o risco pelo evento futuro, não podendo negar a prestação quando o evento definitivamente

ocorrer. Representaria quebra da legítima expectativa do consumidor que arcou com o ônus de manter o contrato mesmo quando não utilizou dos serviços.

De modo que, aquele que se comprometeu a suportar os riscos deve garantir a cobertura adequada ao contratante sob pena de ser responsabilizado civilmente por quebra do contrato com a respectiva indenização.

6.2 – Os limites do reajuste em função da idade e o equilíbrio atuarial.

Todo contrato duradouro sofre reajustes periódicos a fim de reequilibrar o negócio jurídico, com os planos de saúde não é diferente. Contudo, nestes a situação é peculiar, vez que se trata de saúde, sendo necessária a aprovação da Agência Nacional de Saúde.

As operadoras atualmente utilizam três tipos de reajustes: o reajuste anual, o reajuste em função da idade e o reajuste com base na sinistralidade. O reajuste anual gira em torno de índices inflacionários ligados à economia, comuns a qualquer contratação ou serviço, que com o passar do ano, se alteram. Já o reajuste em função da idade é feito quando o beneficiário do plano avança de idade. A ANS estabelece as faixas etárias e o percentual de reajuste para cada uma.

O entendimento sumulado do STJ é no sentido que o aumento em razão da idade será permitido e por vezes necessário, com vistas a manter o equilíbrio contratual entre as partes e as respectivas contraprestações. Não obstante, a palavra chave é proporcionalidade, de modo que esse aumento não assumo caráter discriminatório, o que é expressamente proibido.

Presumir maior sinistralidade com a chegada da terceira idade é factível. No entanto, sabe-se que os jovens são os responsáveis pela manutenção dos planos de saúde, pelo preço que pagam por usufruírem minimamente. Como deve ficar então a situação daqueles que pagaram durante vários anos e já suportaram os custos da velhice embutidos? É crível arcarem mais uma vez com o encargo de envelhecer?

A questão abrange várias vertentes, devido aos inúmeros tipos de contratos celebrados, dos antigos aos mais recentes, dos coletivos aos particulares. Lógico, portanto, que para aquele que ingressou já na terceira idade há de suportar preços e reajustes diferentes daquele que contribui desde a juventude.

A melhor forma de alcançar o equilíbrio sem causar prejuízos aos contratantes é através da discricionariedade ao lidar com os contratos, analisando as minúcias e singularidades de cada um. Observando sempre os princípios do mutualismo e da solidariedade. Não é plausível, portanto, que os aumentos sejam feitos de forma genérica levando em conta a situação fática, envelhecer.

A Lei 9.656/98, que dispõe sobre os planos privados de assistência à saúde, traz três hipóteses ensejadoras de aumento da contribuição: quando o indivíduo aumenta o custo, muda de faixa etária, ou quando se faz necessário a revisão técnica para corrigir o desequilíbrio estrutural do plano. Em tese, todas as alterações deveriam passar pelo crivo da ANS.

Aumentar em função da idade, é nada mais que usar corretamente o preceito constitucional: tratar desigualmente os desiguais. O aumento em questão poderá ocorrer, mas desde que expressamente previsto no contrato e devidamente comunicado ao consumidor para que este possa prever e avaliar se compensa manter o plano de saúde⁵².

Importante frisar também, que esse aumento deve ser feito respeitando os ditames legais, sob pena de infringir o Estatuto do Idoso e a Constituição Federal, no que tange a proibição de discriminação do idoso.

A aplicação do Estatuto do Idoso (principalmente o artigo 15, §3º, que veda a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em relação à idade) provocou profundas mudanças nos contratos de plano de saúde quanto às regras para o reajuste por faixa etária, que passaram a vigorar a partir de 1º.01.2004 para planos contratados ou adaptados à Lei 9.656/1998, após a publicação pela ANS da RN 63, em 22.12.2013. Desde então,

⁵² RIOS, Raissa. **Plano de saúde: aumento proporcional à idade é legal**, 2017. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/plano-de-saude-aumento-proporcional-a-idade-e-legal-09052017>> Acesso em: 16/04/2018.

além de vedado o reajuste de mensalidades por faixa etária dos beneficiários com 60 anos ou mais, ficou determinado que o valor fixado para a mensalidade da última faixa etária (59 anos ou mais) não poderá ser superior a seis vezes o valor da primeira faixa (0 a 18 anos)⁵³.

Observa-se que a ANS com o intuito de dizimar as discrepâncias de valores entre as faixas etárias estabeleceu que o preço fixado para a última categoria, dos 59 anos ou mais, não pode ser superior a 06 vezes o valor pago pela primeira classe, dos 0 aos 18 anos.

No entanto, quando se fala em aplicação do Estatuto do Idoso a planos antigos, anteriores a sua vigências, ainda existem correntes antagônicas sobre o tema, na mesma linha de quando abordado sobre a aplicação do Código de Defesa do Consumidor a contratos firmados anteriormente. De um lado, fala-se em o ato jurídico perfeito, de outro entende-se que por se tratar de normas protetivas ao consumidor hipervulnerável, não interessa a lei no tempo para concluir pela aplicação. Veja como se posiciona Jonas Coutinho⁵⁴:

Embora a regra geral seja que as leis somente produzem efeitos sobre atos que ocorrem após o início de sua vigência, (art. 5º XXXVIII da CF). No entanto, existem casos em que, para a proteção da própria relação contratual e dos direitos envolvidos, as leis podem recair sobre relações contratuais que iniciaram antes delas, principalmente se a nova lei contiver normas de Ordem Pública, o que é o caso da lei ora em comento, logo, suas disposições se sobrepõe aos interesses dos contratantes. Por outro lado, a “pacta sunt servanda”, já não vigora de forma absoluta desde o início de vigência do CDC, cujas normas permitem ao consumidor o direito de rever cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais, ou excessivamente onerosas, notadamente nos contratos de adesão, como é o caso dos Planos de Saúde.

Ainda que o plano de saúde tenha sido firmado antes da vigência do Estatuto do Idoso, não é afastada a aplicação deste, por se tratar de normas de aplicação imediata.

Ainda com uma legislação protetiva em seu favor, o idoso muito sofre com as artimanhas das seguradoras em aumentar desarrazoadamente, inserir cláusulas

⁵³ CHIMENTI, Bruna Ambrósio. *O idoso, a hipervulnerabilidade e o direito à saúde*. 2015. 190f. Dissertação de Mestrado – PUC, São Paulo, 2015 – pág.170.

⁵⁴ COUTINHO. Jonas Chagas et al. **Temas de direito do Consumidor: Planos de Saúde Dirigidos aos Idosos e as consequências da aplicabilidade - §3º Art. 5º, da Lei 10.741/03**: Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010 – pág. 272.

intrínsecas em seus contratos que negam cobertura a tratamentos básicos, tornando o contrato excessivamente oneroso para o idoso.

Tais atitudes demonstram a tentativa das seguradoras em dificultar a permanência do idoso na contratação, pois para a empresa que visa excessivamente o lucro, não é interessante mantê-los. Resta ao consumidor o difícil empenho: continuar com o plano de saúde ou garantir o próprio sustento? Infelizmente a pergunta esbarra na necessidade básica de sobreviver, o que acaba por direcioná-los ao SUS.

Uma alternativa prudente aos planos de saúde seria instituir pequenas poupanças onde o consumidor iria acumulando “pontos” através do valor pago sem utilização de serviços, e quando efetivamente precisasse, na velhice, por exemplo, não precisaria sofrer restrições ou arcar com altos custos, pois como contribuiu durante longo período tendo usufruído minimamente, teria créditos excedentes a serem gastados.

Outra opção para que o aumento fosse feito de modo que não trouxesse prejuízo a nenhuma parte, seria através da realização de uma avaliação funcional, capaz de auferir as peculiaridades de cada paciente. Uma perícia para averiguar a situação atual do contratante e calcular seus prováveis riscos futuros, tudo dentro do razoável. De maneira que, seria arbitrado um valor específico para cada indivíduo, ou ao grupo de indivíduos que se enquadrassem.

O que precisamos é de um mercado equilibrado, onde exista equivalência entre o valor dispendido para o pagamento do plano de saúde e o valor que os indivíduos pretendem gastar com a saúde. O que foge a isso já se torna abusividade.

6.3 – Da abusividade das cláusulas de reajustes técnicos

Não nos parece desarrazoado, portanto, a cláusula contratual que preveja de forma clara e destacada o aumento da contribuição em razão do avançar da idade, quando, então, os riscos à saúde são abruptamente maiores.

Contudo, levando em conta os riscos do contratante, as seguradoras comumente aplicam os reajustes técnicos por sinistralidade aos contratos coletivos. Todavia, nesse tipo de contratação, por envolver uma pessoa jurídica que faz o intermédio das negociações entre a seguradora e o destinatário final, a ANS entende não ser necessária sua intervenção, por se tratar de uma relação entre pessoas jurídicas com poderes equivalentes de negociação.

Parece-nos um tanto ilógico, vez que estamos diante do mesmo consumidor vulnerável que contrata um plano de saúde familiar. O contratante de planos coletivos, por vezes, merece até maior proteção legislativa, pois ele apenas adere ao contrato já pré-estabelecido, sem possuir qualquer margem de maleabilidade para atender suas necessidades peculiares.

Nesse vão legislativo insurgem as condutas abusivas das operadoras, notadamente pela liberdade de estabelecer condições diferentes aos contratos que não passarão pelo crivo da Agência Nacional de Saúde Suplementar. A esses contratos são incluídas cláusulas nada objetivas ou claras para reajustar em decorrência da sinistralidade, ou seja, conforme o paciente demanda seus procedimentos médicos.

Todavia, as cláusulas que estabelecem o aumento em razão da sinistralidade, não apontam os critérios ou parâmetros usados, de modo que o consumidor não consegue precisar para sequer questionar.

O entendimento consolidado dos Tribunais Superiores no tocante às cláusulas de majoração unilateral que beneficia exclusivamente a operadora é de que elas são abusivas, vez que de maneira desproporcional não cumprem os deveres anexos.

Entende-se como deveres anexos, o dever de informar, cuidar, cooperar, garantir a segurança, todos relacionados à boa-fé objetiva dos envolvidos. São deveres que não dizem respeito apenas ao cumprimento da obrigação principal do contrato, mas também a satisfação de interesses diversos, garantindo a legítima expectativa das partes.

A boa-fé objetiva é um princípio que operacionaliza a eficácia da informação, um dever jurídico de conduta atinente aos agentes econômicos no mercado, que

estabelece uma condição de respeito mútuo. Princípio-dever que está diretamente ligado à obrigação de agir em conformidade com os parâmetros de lealdade e honestidade, sem frustrar, portanto, a confiança repassada ou mesmo abusar-se dela, haja vista que constitui a alicerce cogente de toda e qualquer relação humana.

Dentro dos deveres anexos ligados à boa-fé, temos o dever de informação. Este, por sua vez, configura um direito básico do consumidor, conforme prevê o art. 6º, inciso III, do Código Consumerista. As diretrizes do dever em questão elucidam que não basta a mera informação, ela precisa cumprir seu papel informador. Para tanto, necessário que seja clara, objetiva e adequada ao público alvo com as especificações e riscos do contrato. De modo que o destinatário final compreenda, nos exatos termos, o que está contratando.

Uma vez suprida a informação, parcela da liberdade de consentimento do consumidor fica prejudicada. Posto que a informação quando não dada ou quando oferecida em desconformidade com a realidade induz o consumidor a erro. Pois ele acreditava ter compreendido todos os ônus e bônus do contrato, quando, na verdade, boa parte dos ônus não foram advertidos, vindo a descobri-los depois que já contratou. O que efetivamente acontece no caso das cláusulas que instituem índices de aumento em decorrência da sinistralidade.

Lado outro, a informação quando em excesso também prejudica de forma concreta, pois resulta em hiperinformação. O consumidor sente-se receoso em contratar face às remotas hipóteses elucidadas. Uma forma de afastá-lo do mercado. Seja porque faltaram os deveres de informação e lealdade por parte do fornecedor ou, seja porque o contratante vulnerável não pode mudar as disposições contratuais já pré-estabelecidas.

As determinações contratuais quando excessivamente onerosas ao consumidor de modo que possa vir a prejudicá-lo, são consideradas abusivas pelo Código de Defesa do Consumidor. Caracterizam-se como uma verdadeira expressão do abuso de direito, podendo causar danos àquele que aderiu ao contrato sem saber ao certo de seu conteúdo, bem como as consequências advindas das cláusulas intrínsecas.

Disposições dessa natureza quando constatadas poderão ser revisadas de imediato e também declaradas nulas de pleno direito por versarem sobre direitos básicos do consumidor. Dado que a cláusula abusiva adveio eivada por vícios, prescinde de ação para ser acatada, não surtindo qualquer efeito, portanto, conforme bem elucida o art. 6º, inciso V, c/c art. 51, ambos do Código de Defesa do Consumidor.

Em função disso, o consumidor não fica obrigado ao disposto nas ditas cláusulas devendo o contrato sujeitar-se a imediata revisão para que possa ser reinstaurado o equilíbrio negocial. Assim, há uma tentativa de conter o excessivo poder econômico das empresas em detrimento da parte menos favorecida e vulnerável da relação contratual, almejando atingir o equilíbrio entre as partes.

A jurisprudência entende, inclusive, que nos casos de ajustes técnicos o consumidor pode reaver o valor pago indevidamente, observe alguns casos:

AÇÃO INDENIZATÓRIA – PLANO DE SAÚDE COLETIVO – RELAÇÃO DE CONSUMO – REAJUSTE POR AUMENTO DE SINISTRALIDADE – ABUSIVIDADE - DEVOLUÇÃO DE VALORES PAGOS A MAIOR DE MODO SIMPLES – PESSOA JURÍDICA – INEXISTÊNCIA DE ABALO À HONRA OBJETIVA - DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. São nulas de pleno direito, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada. Devolução simples, e não em dobro, das quantias indevidamente pagas. Cobrança realizada em cláusula prevista no contra e existência de controvérsia sobre o tema. O dano moral não decorre do próprio fato, depende de comprovação, ônus processual não cumprido pelo autor. Provimento parcial do recurso. (TJ-RJ – APL: 00335971620048190001 Rio De Janeiro Capital, 39 Vara Cível, Relator: Edson Aguiar De Vasconcelos, Data De Julgamento: 26/11/2014, Décima Sétima Câmara Cível, Data De Publicação: 03/12/2014).

PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE POR AUMENTO DE SINISTRALIDADE. CONTRATO SEM PREVISÃO PARA A HIPÓTESE. DESCABIMENTO. PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE POR AUMENTO DE SINISTRALIDADE. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS. IMPOSSIBILIDADE. 1. O contrato a que faz parte a autora não prevê reajuste de mensalidade com base em aumento de sinistralidade. Ausência de cláusula clara e precisa para a hipótese. 2. Mesmo que se entenda que o contrato prevê a possibilidade de majoração, a ré não comprovou aumento nos custos. Ônus da prova da ré (art. 333, inc. II, do CPC). 3. Código de Defesa do Consumidor. Incidência. A conduta da ré colocou a autora em situação exageradamente desvantajosa. Infringência ao CDC. Reajuste ilegal. Sentença mantida. Recurso não provido. (TJ-SP - APL: 101713620098260152 SP 0010171-36.2009.8.26.0152, Relator: Carlos Alberto Garbi, Data de Julgamento: 08/05/2012, 3ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 10/05/2012)

RECURSO INOMINADO. CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE POR MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. AUSÊNCIA DE EXPRESSA PREVISÃO CONTRATUAL DO PERCENTUAL DO REAJUSTE EM CADA FAIXA ETÁRIA. IMPOSIÇÃO DE REAJUSTE EM PERCENTUAL ELEITO DE MODO UNILATERAL E A POSTERIORI PELA OPERADORA DO PLANO, IMPOSSIBILITANDO O CONSUMIDOR DE TER PLENO CONHECIMENTO DO ÍNDICE DE REAJUSTE NO ATO DA CONTRATAÇÃO. POSSIBILIDADE DE REAJUSTE ANUAL, NO PERCENTUAL DETERMINADO PELA ANS. RESTITUIÇÃO SIMPLES DOS VALORES PAGOS A MAIOR PELO CONSUMIDOR. SENTENÇA MANTIDA PELOS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO (TJ-BA 56354420081 BA, Relator: Maria Lucia Coelho Matos, 1ª Turma Recursal Dos Juizados Especiais Cíveis E Criminais, Data De Publicação: 03/11/2009)

Sustentar a legitimidade de disposições que propõem aumento em razão da sinistralidade mais uma vez sujeita o idoso a arcar duplamente com seu envelhecimento. Visto que, como anteriormente destacado, a consequência decorrente do avançar da idade é a debilidade corporal que demanda maiores cuidados médicos. Ou seja, aumenta-se sua sinistralidade o que ensejaria a aplicação da cláusula e ainda, pela mesma justificativa, reajustaria o contrato em função da faixa etária. Por esse motivo, esse tipo de reajuste, por ora, foi suspenso.

6.4 – Cláusulas que violam as diretrizes do plano-referência

A materialização da frustração da legítima expectativa acontece quando o consumidor tenta usar seu plano de saúde, por exemplo, para tratar de sua doença crônica, pois acreditava ter cobertura integral. Acontece que, aquela doença por ser anterior, não está dentro das possibilidades que seu plano oferece.

Este consumidor fica na iminência de sofrer danos a sua integridade física ou psíquica, pois o não atendimento no imediato momento que demandou poderá gerar perda ou diminuição da cura da doença, sem contar no sofrimento psicológico decorrente da ausência de prestação de serviço que lhe é devido, em vista da premente necessidade⁵⁵.

⁵⁵ BARTELLA, Fabiana Rodrigues - **O Direito à Autonomia Do Consumidor (Idoso e Doente) de Planos de Saúde em Casos de Emissão de “Consentimento Informado” e/ou de “Diretivas Antecipadas de Vontade” e a Responsabilidade Civil do Fornecedor dos Serviços de Saúde** Revista de Direito do Consumidor. Vol. 113/2017. Set - Out / 2017, pág. 36.

Há várias cláusulas já consolidadas na jurisprudência como abusivas, vez que violam as regras instituídas pelo plano-referência básico, insculpido no artigos 10 e 12 da Lei 9.656/98, que estabelece diretrizes básicas de assistência independente do plano contratado.

Em suma, o plano deve cobrir tudo que for necessário ao restabelecimento do paciente, sem restrições. Garantir, por exemplo, a cobertura de consultas médicas e internações hospitalares sem limitação. A recusa injustificada acarreta indenização por danos morais ao paciente.

A Resolução Normativa 162 define as doenças e lesões preexistentes (DLP). Para estas, as operadoras podem oferecer a cobertura parcial temporária, que significa exigir a carência de 24 meses para procedimentos relacionados à doença já existente.

Uma vez passado o prazo estabelecido, as seguradoras não podem se recusarem a prestar o tratamento adequado ao paciente, a menos que dependa do cumprimento de prazos mínimos de carência, que correm paralelamente.

Contudo, quando a temática envolve doenças crônicas ou degenerativas, ainda há obscuridade, pois são doenças de progressão lenta que perduram no tempo. Assim surge o questionamento, quando ela efetivamente começou? Nem mesmo a medicina sabe precisar ao certo.

Deste modo, vez que ausente parâmetros, os portadores de doenças crônicas ficam reféns da arbitrariedade das seguradoras. Apesar de tênue diferença, a solução a mais plausível consiste em realizar uma dosimetria da doença e dos sintomas. O que já são sintomas existentes e o que são sintomas novos do paciente para então definir o que irá cobrir total e parcialmente.

Importante destacar ainda que, se o beneficiário não tiver conhecimento da patologia, por ser uma doença silenciosa, que não se manifestou, não poderá a seguradora alegar preexistência.

6.5 – Breve discussão sobre a cobertura de tratamentos *Home Care*

Nada mais justo que o plano de saúde estender os cuidados hospitalares ao ambiente doméstico, nos casos em que esse tratamento é recomendado ao paciente, pois lhe proporciona maior comodidade e possibilidade de reabilitação. As melhoras no ambiente domiciliar são significativas, visto que o paciente, no difícil momento de sua vida pode estar ao lado das pessoas que ama e longe dos grandes riscos de infecções hospitalares, podendo recuperar com melhor qualidade e mais conforto.

De fato, no hospital os recursos, em caso de emergências, principalmente, são maiores e mais eficientes e em tempo hábil para salvar a vida do paciente, o que pode ser mais dificultoso caso esteja sendo tratado em casa. Contudo, diante da recomendação médica, em caso de pacientes estáveis, não há porque negar a cobertura pretendida, visto que avaliada como mais benéfica.

Não se trata de mero luxo do paciente. O tratamento *home care* retira o doente dos ambientes hostis dos hospitais e o coloca ao lado de seus familiares em um ambiente confortável, seu lar. Estudos comprovam que as chances de melhoras, especialmente para pacientes já idosos, em menos tempo são maiores.

O hospital não é um ambiente seguro para uma pessoa envelhecida, o risco de infecção e perda da capacidade funcional é alto, do mesmo modo que as reminiscências durante o período de internação podem levar a transtornos distímicos ou colaborar para quadros depressivos. Entretanto, sabemos que é na unidade hospitalar que a maioria das operadoras de planos privados de saúde possui sua melhor estrutura operacional. Uma das possibilidades é procurar utilizar o acolhimento como um processo de desconstrução da lógica vigente visando que o usuário faça o percurso inverso na rede assistencial⁵⁶.

O entendimento dos tribunais superiores é no sentido de que, configura abuso, devendo ser revista de imediato a decisão que negou cobertura a serem realizados atendimentos em casa, quando se trata de paciente idoso, desde que prescrito pelo médico e o valor do dia de tratamento em casa não ultrapasse o valor que seria dispendido no hospital. Deverá, portanto, o tratamento ser liberado sem qualquer restrição.

⁵⁶ OLIVEIRA, Martha et al. **Idosos na Saúde Suplementar: Uma Urgência para a Saúde sa Sociedade e Sustentabilidade do Setor**. Rio de Janeiro: Agência Nacional da Saúde Suplementar. 2016, pág. 17.

DISPOSIÇÕES FINAIS

Como demonstrado, a proteção ao idoso apoia-se em várias normas esparsas na legislação brasileira. Apesar de possuir um Estatuto próprio que concentrou muitas garantias, por óbvio, não engloba sua totalidade.

Acontece que a realidade do país é de significativa queda na taxa de natalidade e conseqüente aumento da expectativa de vida. Imprescindível, portanto, investir em melhorias na qualidade de vida de toda a população. Vez que, se o aumento populacional da terceira idade não estiver em consonância com os meios adequados de proteção à saúde, o Estado, principal garantidor, sucumbirá com a quantidade de demanda.

O Brasil já passou por importantes transições ao longo de sua história, como a contenção de graves epidemias que dizimavam a população, através da melhoria da qualidade de vida de seus cidadãos.

Atualmente, a conjuntura é de envelhecimento populacional. De modo que a demanda volta-se aos meios adequados de proporcionar saúde e qualidade de vida a esse grupo. Por intermédio de políticas que visem, não somente o tratamento das doenças que atinjam os idosos, mas também busquem meios de mitigar as patologias incentivando um melhor estilo de vida.

Por isso, importante repensar o modelo atual. Adotar estratégias a longo prazo visando promover a saúde em caráter preventivo. Para que a pessoa não se socorra aos ambientes hospitalares quando o caso já é extremo, de alta complexidade e elevados custos. Trata-se da transição do cuidado, pois o foco deixará de ser lidar com as doenças agudas para promover cuidados paliativos.

Essa mudança no cenário brasileiro não afeta, tão somente, as perspectivas do sistema de saúde. Envolve também mudanças no próprio conceito de idoso, a quem devemos garantir a saúde. O critério aduzido pelo Estatuto do Idoso é objetivo, pessoas com 60 anos ou mais. Contudo, como se tem cada vez mais

peças com idades avançadas não nos parece crível colocar todos no mesmo patamar.

Ora, pois, o corpo e estado biológico de cada um, varia bastante. Nessa conformidade, em um país de tantas diferenças e desigualdades, ao mesmo tempo que se observa pessoas extremamente saudáveis aos 60, outras encontram-se debilitadas com a mesma idade. Infelizmente, o conceito trazido pelo Estatuto não mais se adequa a realidade vivenciada.

Quando é abordada a questão: saúde de um indivíduo, pertinente evocar o conceito de saúde já trabalhado. Vez que não se trata apenas de um corpo isento de doenças, abrange ainda as condições em que o indivíduo vive, sua qualidade de vida, educação, lazer e por fim a capacidade de realizar as atividades da vida diária sem auxílio de outrem. Um conceito que está mais atrelado ao modo de vida que as características fisiológicas do corpo.

Por conseguinte, objetivando promover a saúde conforme os ditames da Constituição, o Estado instituiu o Sistema Único de Saúde. Todavia, o sistema criado com universalidade e integralidade de atendimento não consegue atender com qualidade todo o contingente populacional.

Daí insurgem os contratos com as operadoras de planos de saúde privados, que prometem aquilo que o Sistema Público não pôde oferecer, melhor qualidade em menor intervalo de tempo. Uma alternativa para aqueles que possuem condições de arcar com os custos.

Mas quando a contratação envolve o idoso, a tentativa da empresa é excluí-lo devido a sua alta sinistralidade, não é um cliente desejável àquela que visa tão somente o lucro. Independente de quantos anos o consumidor contribuiu, se já arcou com os custos do envelhecer quando suportava mensalidades sem utilizar.

Seja através do reajuste em função da idade ou pelo técnico com base em cláusulas obscuras para aumento em razão da sinistralidade, a operadora utiliza suas ferramentas e se aproveita dos vãos legislativos para majorar seus lucros e tornar o contrato excessivamente oneroso ao consumidor, que precisa optar entre se sustentar ou arcar com o plano.

Vale lembrar que, perante a sociedade, o idoso, por si só, é um vulnerável, que precisa de garantias diferenciadas, assim elucida a Constituição Federal. Quando então, nas relações de consumo, nas quais o consumidor em si também já é um vulnerável, o consumidor idoso é duplamente vulnerável. Hipervulnerável, portanto, que demanda garantias redobradas e mais específicas. De modo que são inaceitável as atitudes abusivas das prestadoras de serviços com os idosos.

Existem múltiplas alternativas para que os contratos com os idosos não se tornem excessivamente onerosos. No entanto, falta proporcionalidade das operadoras ao tratar seus clientes, pois foca-se demasiadamente na mais valia. E por ser a única alternativa ao sistema público, muitos apenas aceitam.

Apesar de ser uma tarefa do Estado zelar pelo direito à saúde de sua população, criando condições que visem assegurar o exercício pleno do direito fundamental garantido pela Constituição, cabe também a nós, cidadãos, presar pelos direitos fundamentais da terceira idade.

Não basta uma mudança estrutural precisa-se mudar a mentalidade, com vistas a mitigar os abusos e desrespeitos, e proporcionar qualidade de vida, sobretudo a saúde.

Reconhecer e amparar o idoso significa não apenas preparar o futuro de todos nós que envelhecemos, mas, promover uma sociedade inclusiva para todas as idades⁵⁷.

Envelhecer não deve ser visto com um pesar, mas sim como uma conquista pessoal. Pois é sinônimo de dever cumprido e que o indivíduo já está apto a desfrutar as preferências e prioridades que a idade traz.

⁵⁷ GRAEFF, Bibiana. **Direitos do Consumidor Idoso no Brasil**. Revista de Direito do Consumidor. vol. 86, Mar – Abr /2013, pág. 71.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADAES. Carlos Tiago Silva. **Leitura Jurisprudencial do direito à saúde**. Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, Vol. 28. Mar – Abr /2016.

Área territorial brasileira. Disponível em:

<https://ww2.ibge.gov.br/home/geociencias/cartografia/default_territ_area.shtm>

Acesso em: 30/05/2018.

BARTELLA, Fafiana Rodrigues - **O Direito à Autonomia Do Consumidor (Idoso e Doente) de Planos de Saúde em Casos de Emissão de “Consentimento Informado” e/ou de “Diretivas Antecipadas de Vontade” e a Responsabilidade Civil do Fornecedor dos Serviços de Saúde** Revista de Direito do Consumidor. Vol. 113, pág. 31 – 56. Set - Out / 2017.

Bases Legais do SUS: Lei Orgânica da Saúde. Disponível em:

<<https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/icict/15655/1/Bases%20legais%20do%20SUS%20-%20Leis%20orgânicas%20da%20saúde.pdf>> Acesso em: 07/06/2018.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e. **O Conceito jurídico de consumidor**. Disponível em:

<http://www.danielwh.com/downloads/O%20conceito%20juridico%20de%20consumidor%20-%20Herman%20Benjamin.pdf>> Acesso em 11/06/2018

BIRCHAL, Alice de Souza. **A relação processual dos avós no direito de família: direito à busca da ancestralidade, convivência familiar e alimentos**. Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, pág. 41-60, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CHIMENTI, Bruna Ambrósio. *O idoso, a hipervulnerabilidade e o direito à saúde*. 190f. Dissertação de Mestrado – PUC, São Paulo, 2015.

COUTINHO, Jonas Chagas et al. **Temas de direito do Consumidor: Planos de Saúde Dirigidos aos Idosos e as consequências da aplicabilidade - §3º Art. 5º, da Lei 10.741/03**: Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

Declaração Universal de Direitos Humanos. Disponível em:

<http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf> Acesso em: 28/05/2018.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias de acordo com o Novo CPC**. 11ª ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Vol. 4: Contratos. 5ª ed. São Paulo: Atlas. 2015.

FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de responsabilidade civil**. 12ª ed, São Paulo: Atlas, 2015.

FREIRE, Henrique. **Temas de Direito do Consumidor**. Planos de Saúde: Sistema Público e Secundário, Visão Geral da Atividade de Responsabilidade Civil, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GOMES, Daniela Vasconcellos. **Considerações acerca da concepção contemporânea de contrato**. Direito e democracia. Vol. 11, n. 2, pág. 273-286, Jul – Dez /2010.

GRAEFF, Bibiana. **Direitos do Consumidor Idoso no Brasil**. Revista de Direito do Consumidor. Vol. 86, pág. 65 – 74, Mar - Abr /2013.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **O contrato de seguro e a regulação do sinistro**.

Disponível em:

<<http://www.ibds.com.br/artigos/OContratodeSeguroeaRegulacaodoSinistro.pdf>>

Acesso em: 09/06/2018.

JUNIOR, Humberto Theodoro. **O contrato e seus princípios**. Rio de Janeiro: Aide, 2001.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 3ªed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **A abusividade nos contratos de assistência à saúde e de assistência médica no Brasil**. Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Vol. 22, n. 64, pág. 34-77, jul / 995.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Saúde Suplementar no Brasil: do Estado-protetor ao Estado-agressor**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jun-29/fernando-martins-questao-saude-suplementar-brasil>> Acesso em: 30/06/2018

MIRAGEM, Bruno. **Temas de direito do Consumidor: Mercado, Direito e Sociedade de Informação: Desafios atuais do Direito do Consumidor no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MUNIZ, Mariana. **STJ aprova duas novas súmulas sobre planos de saúde**. Disponível em: <<https://www.jota.info/justica/stj-aprova-duas-novas-sumulas-sobre-planos-saude-12042018>> Acesso em: 16/04/2018.

OLIVEIRA, Martha et al. **Idosos na Saúde Suplementar: Uma Urgência para a Saúde sa Sociedade e Sustentabilidade do Setor**. Rio de Janeiro: Agência Nacional da Saúde Suplementar, 2016.

PATULLO, Marcos Paulo Falcone; SILVA, Renata Vilhena. **O Problema do Reajuste por Sinistralidade nos Planos De Saúde Empresariais**. Revista de Direito do Consumidor , vol. 91, pág. 211 – 251, Jan - Fev / 2014.

Perfil do setor: dados gerais. Disponível em: < <http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-gerais>> Acesso em: 09/06/2018.

Pirâmides Populacionais no Mundo. Disponível em:
<<https://www.populationpyramid.net/pt/brasil/1997/>> Acesso em: 07/04/2018.

Pirâmides Populacionais no Mundo. Disponível em:
<<https://www.populationpyramid.net/pt/brasil/2017/>> Acesso em: 07/04/2018.

População Brasileira passa de 207,7 milhões em 2017. Disponível em:
<<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2017/08/populacao-brasileira-passa-de-207-7-milhoes-em-2017>> Acesso em: 07/04/2018.

QUEIROZ, Clodoaldo de Oliveira. **Os Direitos Fundamentais dos Idosos Revista de Direito Privado.** Vol. 25. pág. 89 – 122. Jan - Mar / 2006.

Reajustes de preços de planos de saúde. Disponível em:
<<http://www.ans.gov.br/planos-de-saude-e-operadoras/espaco-do-consumidor/reajustes-de-precos-de-planos-de-saude>> Acesso em: 01/06/2018.

RÊGO, Nelson Melo de Moraes. **Boa-fé objetiva nas cláusulas gerais de direito do consumidor e outros estudos consumeristas.** 1ª ed, Rio de Janeiro, Forense: 2009.

RIOS, Raissa. **Plano de saúde: aumento proporcional à idade é legal.** 2017. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/plano-de-saude-aumento-proporcional-a-idade-e-legal-09052017>> Acesso em: 16/04/2018.

ROSA, Luiz Carlos Goiabeira; BERNARDES, Luana Ferreira; FELIX, Vinícius César. **O idoso como consumidor hipervulnerável na sociedade de consumo pós-moderna.** Revista Jurídica da Presidência. Brasília, vol. 18 n. 116, pág. 533-558, Out /2016 - Jan /2017.

SANTOS, Lenir. **O Poder Regulamentador do Estado Sobre as Ações e os Serviços De Saúde** Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 20, pág. 140 – 176, Jul - Set /1997.

SILVA, Joseane Suzart Lopes da. **Planos de Saúde e Boa-Fé Objetiva: uma análise crítica dos reajustes abusivos.** 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

ZANITELLI, Leandro Martins. **Planos de saúde e planos-referência: considerações sobre uma eventual alteração da Lei 9.656/1998.** Disponível em:
<<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/141078/R174-29.pdf?sequence=5>> Acesso em: 15/06/2018.