



FACULDADE CAMPO REAL
EXCELÊNCIA EM ENSINO SUPERIOR

RICARDO ARAKI CALLEYA

**LEGALIDADE DAS CLÁUSULAS DE REAJUSTE EM PLANO
DE SAÚDE PELA MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA**

GUARAPUAVA

2017

RICARDO ARAKI CALLEYA

**LEGALIDADE DAS CLÁUSULAS DE REAJUSTE EM PLANO
DE SAÚDE PELA MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA**

Monografia (graduação) apresentada à Faculdade Campo Real, como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador(a): João Ricardo Ribas Teixeira

GUARAPUAVA

2017

RESUMO

Atualmente, as operadoras de planos de saúde no exercício diário de sua atividade nem sempre seguem fielmente os dispositivos legais, sendo comum a prática de condutas abusivas, as quais, muitas vezes, levam o usuário de plano de saúde a bater às portas dos juízes e tribunais em busca da preservação dos seus direitos. Para a realização desse trabalho, foi feita uma pesquisa aprofundada na doutrina brasileira, com destaque para obras que tratam de direito do consumidor e de planos de saúde, analisando a interligação de institutos legais, como também a influência do texto constitucional e jurisprudência dos Tribunais que refletem o posicionamento da justiça perante os casos concretos, ou seja, em conflitos reais entre usuários e planos de saúde, findando algumas vezes por trazer avanços que nem mesmo a lei prevê.

Palavras Chave: planos de saúde, cláusulas abusivas, consumidor idoso, contratos.

ABSTRACT

Nowadays, healthcare insurance providers in their daily exercise do not always faithfully follow the legal provisions, what makes abusive conducts a common practice. These, many times, may lead the health plan user, in pursuit of the preservation of his rights, on his way to the judges and the court. In order to develop this work, a deep research was done on the Brazilian doctrine, with emphasis on works that deal with consumer law and health plans. By analyzing the interconnection between legal institutes, as well as the influence of the constitution and jurisprudence of the courts, that reflects the position of justice upon real conflicts between users and healthcare insurances, which may sometimes end up bringing improvements that could not be foreseen even by the law.

Keywords: health plans, abusive clauses, elderly consumer, contracts.

LISTA DE SIGLAS

ANS	Agência Nacional de Saúde Suplementar
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF	Constituição Federal
CONSU	Conselho Nacional de Saúde Suplementar
EC	Emenda Constitucional
IADM	Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Marítimos
IAPB	Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Bancários
IAPC	Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Comerciantes
IAPI	Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Industriários
INPS	Instituto Nacional de Previdência Social
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUS	Sistema Único de Saúde
TJ	Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	6
2. DIREITO DO CONSUMIDOR.....	8
2.1 CONCEITO	8
2.2 PRINCÍPIOS DO DIREITO DO CONSUMIDOR.....	9
2.2.1 Princípio da Boa-fé	10
2.2.2 Princípio da Transparência.....	10
2.2.3 Princípio da Vulnerabilidade	11
2.2.3.1 Vulnerabilidade agravada do consumidor idoso	12
2.2.4 Princípio do Equilíbrio.....	13
2.2.5 Princípio da Intervenção do Estado	14
2.3 RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO	15
2.3.1 Definição Jurídica de Consumidor.....	15
2.3.2 Definição Jurídica de Fornecedor.....	16
2.3.3 Objeto da Relação de Consumo	17
2.3.4 Conceito de Serviços.....	17
2.4 DOS DIREITOS BÁSICOS DO CONSUMIDOR.....	18
2.4.1 Proteção da incolumidade física do consumidor: direito à segurança.....	19
2.4.2 Do Direito à Informação.....	20
2.4.3 Da proteção contra cláusulas abusivas.....	21
2.4.4 Do equilíbrio contratual.....	21
2.4.5 Do direito à prevenção e reparação de danos.....	22
2.4.6 Do direito de acesso à justiça.....	23
2.5 DO DIÁLOGO DAS FONTES.....	24
3 A RELAÇÃO CONTRATUAL DOS PLANOS DE SAÚDE	27
3.1 DOS PLANOS DE SAÚDE	27
3.1.1 Do direito fundamental à saúde.....	28
3.1.2 Dos contratos do plano de saúde.....	28
3.1.3 Origem.....	29
3.1.4 Dos contratos de plano de saúde após a edição da Lei nº 9.656/98.....	30
3.2 CONTRATOS DE ADESÃO	33
3.2.1 Conceito	34

4. CLÁUSULAS ABUSIVAS NO CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE	37
4.1 CONCEITO	37
4.2 DA CLÁUSULA DE REAJUSTE E O AUMENTO ABUSIVO PARA MAIORES DE SESSENTA ANOS	41
4.3 DO DIREITO A INDENIZAÇÃO DAS VÍTIMAS DE CLÁUSULAS ABUSIVAS DOS PLANOS DE SAÚDE	47
 CONCLUSÃO	50
 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	52

1. INTRODUÇÃO

O Brasil possui o Sistema Único de Saúde (SUS) considerado um dos maiores sistemas públicos de saúde do mundo, garantindo acesso integral e gratuito aos cidadãos. Devido ao seu congestionamento, falta de manutenção e amparo do Estado, este perdeu credibilidade pela população brasileira que vem buscando contratar com empresas privadas para assegurar quando necessário, um atendimento com qualidade para garantir seu bem maior, a saúde.

Com o natural envelhecimento da população cada vez mais o percentual de idosos aumenta em nossa nação e conseqüentemente a procura de planos de saúde como garantia de bem estar. Devido à contratação em massa, houve no decorrer do tempo grandes discussões sobre o assunto e sua regulamentação.

Foi quando as operadoras de plano de saúde se valeram do aumento das faturas para os idosos, pois se tratavam de pessoas com maior probabilidade de acionar seus serviços. Justamente quando o plano de saúde se torna mais necessário, o consumidor idoso acaba tendo de arcar com diversos reajustes que pesam no orçamento, fazendo muitas vezes com que o beneficiário fique impossibilitado de pagar o plano.

O primeiro capítulo será abordado sobre o direito do consumidor para melhor compreensão da proteção que ele fornece, identificando a posição do idoso como consumidor e sua vulnerabilidade agravada perante os fornecedores de plano de saúde, destacamos ainda os principais princípios insertos no direito brasileiro aplicáveis na relação de consumo, como princípio da boa-fé, equidade, transparência, dentre outros.

Após a realização do estudo geral sobre o tema, o segundo capítulo será abordado sobre a relação contratual entre o consumidor idoso e a operadora de plano de saúde, primando à clara compreensão da existência do plano de saúde e sua regulamentação em nosso ordenamento jurídico. Logo mais, no mesmo capítulo a espécie de contrato utilizado nessa relação, o contrato de adesão e suas formalidades e riscos decorrentes do uso desse meio de contratação.

Por fim, o último capítulo do presente trabalho, são as cláusulas abusivas contidas nos contratos de planos de saúde, especificamente as cláusulas de

reajuste das mensalidades pela mudança de faixa etária juntamente com o entendimento dos tribunais para a busca da defesa dos direitos do consumidor idoso, que necessita da tutela jurisdicional para simples revisão de contrato, além da identificação desse abuso das operadoras de plano de saúde e posteriormente sua devida reparação de todo e qualquer dano sofrido, destacando também o caráter objetivo desta responsabilização.

2. DIREITO DO CONSUMIDOR

No presente capítulo, será feita uma breve explicação a respeito do Direito do Consumidor, seus princípios basilares, seus conceitos, visando a melhor compreensão da relação jurídica do consumidor idoso e seu fornecedor de planos de saúde.

2.1 CONCEITO

O direito do consumidor brasileiro tem sua origem normativa na Constituição da República, expresso como direito fundamental, podendo identificá-lo como espécie de direito de proteção do Estado contra a intervenção de terceiros.

Sua finalidade é contemplar situações nas quais, em face da vulnerabilidade do consumidor e da ausência de conhecimento sobre a atividade, o fornecedor, “expert” em sua atividade profissional, dá causa ao risco em razão da atividade econômica que desenvolve. Vislumbrando o princípio da igualdade, juntamente com o princípio da dignidade humana que, por conseguinte explica Miragem (2013, p.54):

Dai porque o direito do consumidor, tutelando uma necessidade humana a partir do reequilíbrio de uma relação de desigualdade, não tem por objetivo o estabelecimento de uma proteção que viole o princípio geral de igualdade jurídica, mas ao contrário, tendo em vista a amplitude e vagueza do que seja igualdade, a partir de múltiplos critérios, incide sobre as relações de consumo, estabelecendo uma preferência aos interesses dos consumidores. O faz tomando o conceito a partir de definição de liberdade, de modo a garantir à pessoa humana a igualdade no exercício de suas liberdades. No caso dos contratos de consumo, isto resulta da sua liberdade negocial que, à ausência de norma de produção específica, faria com que a liberdade do economicamente mais forte anulasse a liberdade do mais fraco.

A necessidade humana descrita pelo autor é crescente, ela decorre da massificação da produção, do consumo e da contratação deixando o consumidor em desvantagem, pois, à medida que o fornecedor se fortaleceu técnica e economicamente, o consumidor teve o seu poder de escolha enfraquecido.

Assim, a finalidade do Direito do Consumidor é justamente eliminar essa injusta desigualdade entre o fornecedor e o consumidor, restabelecendo o equilíbrio entre as partes nas relações de consumo.

2.2 PRINCÍPIOS DO DIREITO DO CONSUMIDOR

Os princípios gerais do direito do consumidor que se reconhecem a partir do Código de Defesa do Consumidor, incidem sobre as relações jurídicas de consumo mirando a correta interpretação e aplicação das regras que a regulamentam.

Por isso mesmo, é que o Código de Defesa do Consumidor é muito mais que um corpo de normas, é um elenco de princípios epistemológicos e instrumentais adequados àquela defesa. Como conclui Filomeno (2012, p.11):

E, em última análise, cuida-se de um verdadeiro exercício de cidadania, ou seja, a qualidade de todo ser humano, como destinatário final do bem comum de qualquer Estado, que habita a ver reconhecida toda a gama de seus direitos individuais e sociais, mediante tutelas adequadas colocadas à sua disposição pelos organismos institucionalizados, bem como a prerrogativa de organizar-se para obter esses resultados ou acesso àqueles meios de proteção e defesa

Filomeno (2012) faz referência ao que realmente se cuida quando se fala de Código de Defesa do Consumidor, ou seja, um microssistema jurídico, por conter princípios que lhe são peculiares, por ser interdisciplinar e também multidisciplinar.

Neste sentido, o direito do consumidor é dotado de uma base principiológica de grande importância para a interpretação e aplicação de suas normas, que por conseguinte abordado.

2.2.1 Princípio da Boa-fé

O princípio da boa-fé constitui-se em um dos princípios basilares do direito do consumidor, assim como no direito privado em geral, prevista expressamente no artigo 4º, III, do Código de Defesa do Consumidor.

O termo boa-fé não é novo em nossa ordem jurídica, uma vez que já estava presente no Código Comercial de 1850, em inúmeros dispositivos do Código Civil de 1916. Todavia, o termo era empregado apenas em sua acepção subjetiva, para indicar ausência de malícia e a suposição de estar agindo corretamente, por isso se faz necessário distinguir entre boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva.

Com um novo e moderno significado, para indicar valores éticos que estão à base da sociedade organizada e desempenham função de sistematização da ordem jurídica, é chamada de boa-fé objetiva que, desvincula as intenções íntimas do sujeito, indica o comportamento objetivamente adequado aos padrões exigíveis nas relações de consumo. Como elucida Marques (2006, p.216):

Significa atuação refletida, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes.

Deste modo, o princípio da boa-fé objetiva alude a exigência nas relações jurídicas do respeito e da lealdade com o outro sujeito da relação, atribuindo uma obrigação de correção e fidelidade, do mesmo modo com o respeito às expectativas legítimas originadas no outro.

2.2.2 Princípio da Transparência

O princípio da transparência se encontra no artigo 4º, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor – “bem como a transparência e harmonia das relações de

consumo” -, e o mesmo é vinculado ao princípio da boa-fé, uma espécie de subprincípio derivado.

Em primeiro lugar, o dever de informar do fornecedor e o direito de à informação do consumidor, trazem uma proibição de criar barreiras artificiais à informação, com o fim de ocultar desvantagens que o contrato pode proporcionar para a outra parte, exigindo transparência total. Completa Cavalieri (2010, p.39): “Transparência não importa apenas em dever negativo do fornecedor. Importa também um conjunto diversificado de deveres procedimentais que recaem sobre aqueles que fornecem produtos e serviços no mercado de consumo.”.

Neste sentido, o fornecedor tem o dever de prestar informações com qualidade e quantidade ao consumidor.

2.2.3 Princípio da Vulnerabilidade

O princípio da vulnerabilidade é o princípio básico que fundamenta a existência do direito do consumidor. Expresso no artigo 4º, inciso I do Código de Defesa do Consumidor é também um princípio estruturante do seu sistema, visando à sua correta interpretação e aplicação.

É necessária a distinção entre vulnerabilidade e hipossuficiência para melhor compreensão, por mais que sejam características do consumidor. Neste sentido, vale a noção de vulnerabilidade ditada pelo doutrinador Miragem (2013, p.114):

A noção de vulnerabilidade no direito associa-se à identificação de fraqueza ou debilidade de um dos sujeitos da relação jurídica em razão de determinadas condições ou qualidades que lhe são inerentes ou, ainda, de uma posição de força que pode ser identificada no outro sujeito da relação jurídica. Neste sentido, há possibilidade de sua identificação ou determinação *a priori, in abstracto*, ou ao contrário, sua verificação *a posteriori, in concreto*, dependendo, neste último caso, da demonstração da situação de vulnerabilidade.

Dada a interpretação, verifica-se que a vulnerabilidade é um traço universal de todos os consumidores, já que o mesmo princípio justifica a existência do Código. No mesmo momento a hipossuficiência é pessoal, limitada e considerada

um agravante da situação de vulnerabilidade, pois está ligada mais a aspectos processuais. Sua noção aparece como critério de avaliação judicial para a decisão sobre a possibilidade de inversão do ônus da prova em favor do consumidor no artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

2.2.3.1 Vulnerabilidade agravada do consumidor idoso

Considerada uma vulnerabilidade fática, o idoso na posição de consumidor que já é vulnerável, por si só tem sua situação agravada decorrente da sua idade, e por idosos a lei considera pessoas com idade igual ou maior de 60 anos de acordo com o artigo 1º do Estatuto do Idoso – Lei 10.741/03).

Sua proteção tem procedência constitucional, estabelecida no *caput* do artigo 230 da Constituição Federal: “A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.”, decorrente dos princípios da solidariedade e da proteção.

A agravante mencionada decorre de dois aspectos explicadas por Miragem (2013, p.119):

A vulnerabilidade do consumidor idoso é demonstrada a partir de dois aspectos principais: a) a diminuição ou perda de determinadas aptidões físicas ou intelectuais que o torna mais suscetível e débil em relação à atuação negocial dos fornecedores; b) a necessidade e catividade em relação a determinados produtos ou serviços no mercado de consumo, que o coloca numa relação de dependência em relação aos seus fornecedores.

De acordo com o primeiro aspecto, os fornecedores se aproveitam da deficiência da compreensão dos idosos, para fazê-los adquirir seus produtos e serviços. E no segundo aspecto, o doutrinador faz referência aos danos que podem ser mais gravosos na eventual inadimplência dos fornecedores, isso quando comparados aos consumidores no geral.

2.2.4 Princípio do Equilíbrio

Reconhecido o caráter desigual da relação de consumo e a vulnerabilidade do consumidor, demonstram a necessidade do princípio abordado neste tópico, que tem por objetivo a busca do reequilíbrio da situação fática de desigualdade por intermédio da tutela jurídica do sujeito vulnerável.

Do mesmo modo, o princípio incide sobre as consequências patrimoniais das relações de consumo em geral, uma proteção ao equilíbrio econômico das prestações do contrato de consumo, como é no caso do artigo 51, parágrafo 2º, do Código de Defesa do Consumidor, nas hipóteses de integração do negócio jurídico no preenchimento de eventuais lacunas, o princípio impõe que se estabeleça a proteção do equilíbrio das partes, devendo ser utilizado como critério de interpretação das normas legais e do próprio contrato.

Pela análise e comparação do assunto abordado, vale a menção da semelhança com o princípio da equidade trazida pelo autor Cavalieri Filho (2010, p.47):

A equidade corretiva, por sua vez, permite ao juiz ir além da lei para garantir a aplicação do justo. Por outras palavras, o direito, que é obra da justiça para estabelecer uma relação de igualdade e equilíbrio entre as partes, na justa proporção do que cabe a cada um, permite ao juiz aplicar, em certos casos, a equidade corretiva. Para aplicá-la, ensina Aristóteles, o juiz deve usar a régua dos arquitetos de Lesbos, aquela que era flexível e maleável, que permita ao engenheiro, quando media o objeto, acompanhar os contornos desse objeto. Essa é a régua da equidade corretiva, que permite ao juiz, quando tiver de afastar uma injustiça que resultaria da aplicação estrita da lei ou do contrato, ajustar a sua decisão ao caso que está tratando, para fazer um julgamento justo.

Neste sentido, a explicação do autor faz referência ao artigo 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor que traz a nulidade de cláusulas contratuais que sejam incompatíveis com a equidade.

2.2.5 Princípio da Intervenção do Estado

Reconhecida a necessidade da atuação do Estado na defesa do consumidor, por intermédio de lei, o Estado tem o dever de defesa desse direito fundamental intervindo no sentido de proteger o interesse do consumidor.

O dever estatal faz com que o Código de Defesa do Consumidor, estabeleça uma série de direitos subjetivos aos consumidores e o dever de respeito e realização desses direitos pelos fornecedores.

Estabelece o artigo 4º, inciso II, do CDC, que a ação governamental na defesa do consumidor será feita: “a) por iniciativa direta; b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas; c) pela presença do Estado no mercado de consumo; d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.”. E posteriormente no artigo 5º faz referência de que esta atuação do Estado vai se dar, sem prejuízo de outros instrumentos, pela: “I – manutenção de assistência jurídica, integral e gratuita para o consumidor carente; II – instituição de Promotorias de Justiça e de Defesa do Consumidor, no âmbito do Ministério Público; III – criação de delegacias de polícia especializadas no atendimento de consumidores vítimas de infrações penais de consumo; IV – criação de Juizados Especiais de Pequenas Causas e Varas Especializadas para a solução de litígios de consumo; V – concessão de estímulos à criação e desenvolvimento das Associações de Defesa do Consumidor”.

Da mesma forma completa Bruno Miragem (2013, p.132):

No plano interno da relação de consumo, um dos efeitos mais sensíveis da intervenção do Estado é a limitação da eficácia jurídica da declaração da vontade do consumidor, visando sua própria proteção. Considerando a vulnerabilidade do consumidor, e as características atuais do mercado de consumo, há por intermédio do CDC uma limitação da eficácia jurídica da declaração de vontade do consumidor, com vista a evitar seu comprometimento com disposições contratuais que lhe sejam prejudiciais (cláusulas abusivas, por exemplo), ou ainda que não lhe tenham sido suficientemente informadas (o artigo 46 do CDC, estabelece que os contratos de que não tenha sido dado conhecimento prévio, não obriga o consumidor).

Conclui o autor de forma clara, o dever fundamental do Estado de atuar na proteção, implementação e efetividade dos direitos dos consumidores.

2.3 RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO

Inexiste no Código de Defesa do Consumidor uma definição específica sobre o que seja relação de consumo, portanto é de suma importância sua identificação para que possam ser aplicadas as normas do referido Código.

Para efeito da aplicação das normas do CDC, o legislador optou por conceituar os sujeitos da relação, o consumidor, o fornecedor e seu objeto, produto ou serviço. Por conseguinte, uma análise individual de cada elemento.

2.3.1 Definição Jurídica de Consumidor

Já que o enfoque deste trabalho é essencialmente prático, não se faz necessário abordar conceitos distintos da previsão legal, que se encontra no artigo 2º, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.”. Segundo Filomeno (2012, p.24):

Entendemos que consumidor, abstraídas todas as conotações de ordem filosófica, tão somente econômica, psicológica ou sociológica, e concentrando-nos basicamente na acepção jurídica, vem a ser qualquer pessoa física que, isolada ou coletivamente, contrate para consumo final, em benefício próprio ou de outrem, a aquisição ou a locação de bens, bem como a prestação de serviços. Além disso, há que se equiparar a consumidor a coletividade que, potencialmente, esteja sujeita ou propensa à referida contratação. Caso contrário se deixaria à própria sorte, por exemplo, o público-alvo de campanhas publicitárias enganosas ou abusivas, ou então sujeito ao consumo de produtos ou serviços perigosos ou nocivos à saúde ou segurança.

Conclui-se, portanto, que toda relação de consumo envolve basicamente duas partes, de um lado o adquirente de um produto ou serviço e de outro o fornecedor, com o propósito de satisfazer uma necessidade privada do consumidor, que arrisca-se a submeter-se ao poder e condições dos produtores daqueles mesmos bens e serviços.

Todavia, a legislação consumerista também é aplicável a terceiros que não são consumidores, valendo da interpretação da forma equiparada para efeitos

da tutela legal, consideradas normas de extensão que estão previstas no artigo 2º, § único, e nos artigos 17 e 29 do Código de Defesa do consumidor. Resume o autor Cavalieri Filho (2010, p.64):

Equiparam-se a consumidores, para efeitos dessa proteção legal:

- a) a coletividade das pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo (art.2º, parágrafo único – terceiros-intervenientes);
- b) todas as vítimas do fato do produto ou serviço (art. 17 – terceiros-vítimas)
- c) todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas comerciais e à disciplina contratual – neste último caso, em posição de vulnerabilidade (art.29 – terceiros-expostos).

Nota-se que no CDC, não há diferença na intensidade dos deveres dos fornecedores diante dos consumidores intencionais ou incidentais, recebendo todos, sem distinções, o *status* de consumidor.

2.3.2 Definição Jurídica de Fornecedor

O Código de Defesa do Consumidor atribui a definição de fornecedor em seu artigo 3º, *caput*, que assim dispõe: “Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.”

Trata-se da outra parte, figurado também como segundo protagonista da relação de consumo, o legislador trouxe em sua redação um gênero de sentido amplo no que se refere às atividades desenvolvidas pelo fornecedor. A esse respeito, disserta Bruno Miragem (2013, p.155):

Destaca-se a amplitude da definição legal. O legislador não distingue a natureza, regime jurídico ou nacionalidade do fornecedor. São abrangidos, pelo conceito, tanto empresas estrangeiras ou multinacionais, quanto o próprio Estado, diretamente ou por intermédio de seus Órgãos e Entidades, quando realizando atividade de fornecimento de produto ou serviço no mercado de consumo. Da mesma forma, com relação ao elemento dinâmico da definição (desenvolvimento de atividade), o CDC buscou relacionar ampla gama de ações, com relação ao fornecimento de produtos e à

prestação de serviços. Neste sentido, é correto indicar que são fornecedores, para os efeitos do CDC, todos os membros da cadeia de fornecimento, o que será relevante ao definir-se a extensão de seus deveres jurídicos, sobretudo em matéria de responsabilidade civil.

Não é exaurida a definição de fornecedor pelo “caput” do referido artigo, como exemplo, em seu parágrafo 2º referente à remuneração na prestação de serviços para incidir os efeitos deste Código, vale para toda a definição de fornecedor, devendo desenvolver-se como espécie de atividade econômica.

2.3.3 Objeto da Relação de Consumo

Após definir os polos da relação de consumo resta analisar o vínculo jurídico que os une, o objeto da relação de consumo de seus interesses. Existem duas categorias neste aspecto: produtos e serviços, mas como o tema do presente trabalho trata-se de um serviço, será o único conceito abordado neste tópico, prezando pela objetividade do mesmo.

2.3.4 Conceito de Serviços

O Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 3º, §2º, conceitua amplamente como serviço: “serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

Este conceito abrange todos os tipos de serviços, colocando fornecedor como prestador de uma utilidade para o consumidor. Essas utilidades (atividade fornecida) podem ser de variadas naturezas, prestadas por entes públicos ou privados, além disso, a definição legal indica que o serviço é apenas aquele prestado mediante remuneração podendo ela ser direta ou indireta.

Sobre este tema, há de se fazer uma ressalva para melhor compreensão da distinção com a relação de trabalho. Melhor explica Miragem (2013, p.167):

A exclusão expressa das relações trabalhistas do conceito de serviço previsto no CDC, obedece à lógica de regular uma nova relação jurídica emergente da realidade econômica contemporânea, substancialmente distinta da relação de trabalho. A dinâmica da relação fornecedor versus consumidor, neste sentido, distancia-se da relação já conhecida entre o empregador versus empregado. No caso das relações trabalhistas, o imperativo da proteção do trabalhador decorre basicamente da sua desigualdade fática na propriedade dos meios de produção, e na ausência de poder de direção da relação de trabalho. No caso da relação de consumo, a desigualdade do consumidor não possui uma uniformidade, mas ao contrário, apresenta-se em diversos graus (de vulnerabilidade), que inclusive podem ser observados de modo distinto entre os diferentes consumidores e fornecedores.

O autor menciona como a desigualdade está presente na relação de trabalho e na relação de consumo, ambas são base das respectivas matérias, mas destaca a volatilidade do conceito de vulnerabilidade da relação consumerista, pois não possui um padrão a ser seguido, evitando assim, equivocadas interpretações.

2.4 DOS DIREITOS BÁSICOS DO CONSUMIDOR

Os direitos básicos do consumidor se encontram no artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor, não se trata de um rol exaustivo dos direitos do consumidor, mas sim, uma base para a proteção adequada a fim de conferir efetividade à tutela jurídica.

Como já mencionado, o Código de Defesa do Consumidor aborda temas variados, como um microsistema jurídico decorrente do âmbito constitucional, civil, comercial, penal, internacional, processual, dentre outros. É o que diz o artigo 7º do Código de Defesa do Consumidor (PLANALTO, 1990):

Os direitos previstos neste Código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

Desta forma, a não exclusão de outras fontes de direito, acrescentam à proteção do consumidor, visando a valorização da norma que melhor atenda às necessidades da relação de consumo. Na interpretação de Filomeno (2012, p.68):

O que se espera é que o Poder Judiciário aplique efetivamente tal dispositivo, vez que o que se tem observado é que se apegam sempre à fria letra de lei, esquecendo-se de que o processo dinâmico das relações jurídicas exige soluções engenhosas e sensibilidade para seu correto equacionamento e decisão. Nem por isso, contudo, se poderá dizer que qualquer decisão não tenha que se fundar em dados concretos, sabendo-se que as fontes básicas das obrigações são, em primeiro lugar, e fundamentalmente, a lei, vindo depois os contratos, as declarações unilaterais de vontade e o ato ilícito.

O autor explica que a fonte básica são, em primeiro lugar e fundamentalmente a lei que por conseguinte será abordado os incisos do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor que tratam em seus incisos os direitos básicos do consumidor.

2.4.1 Proteção da incolumidade física do consumidor: direito à segurança

Como primeiro direito básico e subjetivo do consumidor, é aquele que assume caráter mais essencial, indicando a necessidade de proteção da sua integridade física e moral pela observância dos princípios da segurança e da prevenção.

Do mesmo modo, nas palavras do ilustríssimo doutrinador Miragem (2013, p.190):

Por direito à saúde podemos considerar o direito a que se seja assegurado ao consumidor no oferecimento de produtos e serviços, assim como no consumo e utilização dos mesmos, todas as condições adequadas à preservação de sua integridade física e psíquica. Já no que diz respeito ao direito à segurança, consiste basicamente em direito que assegura proteção contra os riscos decorrentes do mercado de consumo. Por direito básico à segurança do consumidor, podemos entender como se assegura a proteção do consumidor contra riscos decorrentes do oferecimento do produto ou serviço, desde o momento de sua introdução no mercado de consumo, abrangendo o efetivo consumo, até a fase de descarte de sobras, embalagens e demais resíduos do mesmo. A proteção legal abrange, no caso, tanto riscos pessoais quanto riscos patrimoniais, considerando-se o direito à segurança como espécie de direito geral de não sofrer danos, ao

qual corresponde o dever geral de proteção à vida, à pessoa e ao patrimônio do consumidor.

Assim, o entendimento é a obrigação das partes assegurar os direitos desde o início, muito antes da celebração do contrato, para evitar posteriormente os danos às partes. É uma proteção preventiva do Código de Defesa do consumidor, visto os riscos decorrentes do mercado de consumo e no nosso caso, é a defesa da integridade psíquica que pode ser atingida pelo dano moral decorrente da prestação de serviços das operadoras de plano de saúde.

2.4.2 Do Direito à Informação

O direito à informação provém do princípio da transparência vinculado ao princípio da vulnerabilidade, sendo o consumidor desprovido de conhecimento sobre o produto ou serviço que procura. O fornecedor é detentor do conhecimento, ele possui domínio sobre o assunto. Visando um equilíbrio na relação, a informação é de grande importância para que a autonomia da vontade do consumidor seja legítima e consciente, devendo a informação ser abrangente, desde antes da formação da relação, durante e depois do seu exaurimento.

O dever de informar do fornecedor possui requisitos, ressalta Sergio Cavaliere Filho (2010, p.89):

Como dever anexo ou instrumental a informação decorre diretamente do princípio da boa-fé objetiva, que se traduz na cooperação, na lealdade, na transparência, na correção, na probidade e na confiança que devem existir nas relações de consumo. Cumpre-se o dever de informar quando a informação recebida pelo consumidor preenche três requisitos principais: adequação – os meios de informação devem ser compatíveis com os riscos do produto ou do serviço e o seu destinatário; suficiência - a informação deve ser completa e integral; veracidade – além de completa, a informação, como já ressaltado, tem por finalidade dotar o consumidor de elementos objetivos de realidade que lhe permitam conhecer produtos e serviços e exercer escolhas conscientes.

Este direito básico do consumidor está no artigo 6º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor, em sua redação está descrito uma série de deveres específicos de informação imputados aos fornecedores.

2.4.3 Da proteção contra cláusulas abusivas

Esse direito básico do consumidor é uma norma de grande relevância prática, considerando abusivo tudo que afronte a os princípios e finalidades do sistema protetivo do consumidor. Como descrito no artigo 6º, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor: “A proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços.”.

Por se tratar de um termo genérico, as práticas abusivas devem se valer de uma boa interpretação, e para melhor compreensão, a interpretação de Miragem (2013, p.195):

Por práticas abusivas considera-se toda a atuação do fornecedor no mercado de consumo, que caracterize o desrespeito a padrões de conduta negociais regularmente estabelecidos, tanto na oferta de produtos e serviços, quanto na execução de contratos de consumo, assim como na fase pós-contratual. Em sentido amplo, as práticas abusivas englobam toda a atuação do fornecedor em desconformidade com padrões de conduta reclamados, ou que estejam em desacordo com a boa-fé e a confiança dos consumidores.

Como o autor descreve, a prática abusiva dos fornecedores pode se dar em qualquer momento, desde a posição dominante na relação até a conduta contrária aos preceitos de proteção da confiança e boa-fé.

Assim, o Código de Defesa do Consumidor visa proteger o consumidor desta prática prevendo em seus artigos com caráter enumerativo ou exemplificativo das espécies de cláusulas abusivas, concomitantemente suas devidas sanções podendo ela anular, invalidar, dentre outros instrumentos legais.

2.4.4 Do equilíbrio contratual

O equilíbrio contratual a princípio, é o equilíbrio entre os interesses dos contratantes consumidor e fornecedor. Este direito abrange o equilíbrio econômico, a equiparação informacional das partes que assegura que as partes tenham

possibilidade real de acesso e conhecimento de informações essenciais da contratação, além do equilíbrio de poder de direção na relação contratual em face da vulnerabilidade do consumidor que busca limitar a posição dominante do fornecedor.

Está previsto no artigo 6º, inciso V do Código de Defesa do consumidor: “a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.”. E sobre este inciso aborda Bruno Miragem (2013, p.197):

Note-se que a proteção do equilíbrio contratual prevista neste inciso visa, essencialmente, à proteção do equilíbrio das prestações do contrato, tendo por finalidade a proteção do seu equilíbrio econômico. Alguns aspectos sobre o modo como o legislador brasileiro estabeleceu a regra em questão são de exame valioso ao interprete. Primeiro, note-se que o direito abrange duas situações distintas: a modificação de cláusulas contratuais desproporcionais, ou a sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas. Ou seja, com relação às cláusulas contratuais que desde a celebração violem o equilíbrio do contrato, facultam-se duas possibilidades ao consumidor: 1) reclamar a decretação de sua nulidade, com fundamento no artigo 51 do CDC, ou 2) requerer sua revisão e modificação, nos termos do artigo 6º, V. Já no que se refere a um desequilíbrio que se identifique posteriormente, em razão de fato superveniente à celebração do contrato que tornem as prestações excessivamente onerosas, temos uma segunda hipótese de revisão.

Dessa maneira, o CDC se difere do Código Civil porque independe da demonstração de qualquer requisito de natureza subjetiva, para que ocorra a modificação das cláusulas que estabeleçam prestações desproporcionais. A norma tem por objetivo assegurar o equilíbrio desde a celebração, sem a necessidade de invalidar ou desconstituir, tendo a finalidade de manutenção do contrato.

2.4.5 Do direito à prevenção e reparação de danos

O Direito à prevenção e reparação de danos está previsto no artigo 6º, inciso VI, do Código de Defesa do Consumidor e estabelece: “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”.

Na questão da prevenção o CDC inovou em sua edição, pois a reparação já se encontra consagrado no Civil. Portanto, a Prevenção mencionada no artigo,

almeja reduzir, eliminar antecipadamente causas capazes de produzir algum dano. São deveres impostos basicamente ao Estado (promovendo a defesa) e ao fornecedor (como dever próprio decorrente de sua condição).

A reparação dos danos ao consumidor explica Sergio Cavalieri Filho (2010, p.96):

A reparação dos danos ao consumidor pode ter natureza material ou moral. Reparar, efetivamente, danos materiais é tarefa relativamente fácil, bastando ao consumidor a comprovação de sua ocorrência e a sua extensão. Nestes casos, aplica-se o princípio da *restitutio in integrum*, sendo expressamente vedado qualquer tipo de tarifação e/ou tabelamento da indenização. Esta, ao contrário, deve ser a mais compreensiva e abrangente possível. De igual modo, são expressamente proibidas quaisquer estipulações que exonerem ou atenuem a responsabilidade de fornecedores. Ao contrário, a compensação dos danos morais é tarefa das mais árduas e complexas.

Deste modo, o CDC se afasta do Código Civil, pois reconhece como regra geral a responsabilidade de natureza objetiva, afastando a possibilidade de uma avaliação da culpa para efeito de determinação de indenização, não sendo possível a avaliação sobre o grau de culpa do causador do dano.

2.4.6 Do direito de acesso à justiça

Este direito básico do consumidor encontra-se no Artigo 6º, inciso VII, do CDC: “o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados”.

O artigo tem por objetivo assegurar os instrumentos necessários à realização dos direitos materiais já previstos no código, podendo ser pelo Poder Judiciário e pela Administração Pública. Esta norma representa a evolução do direito fundamental de acesso à justiça consagrado na Constituição Federal. Completa Bruno Miragem (2013, p.207):

Sua eficácia é observada tanto com relação ao Estado, que deve promover providências visando assegurar este acesso por intermédio da estrutura de órgãos estatais destinados a este fim – conforme preconiza o artigo 5º do

CDC -, quanto nas relações entre consumidores e fornecedores, ao impedir a celebração de ajuste que de qualquer modo impeça ou dificulte a realização deste direito subjetivo. Com este fundamento é que se reconhece a abusividade, e decreta a nulidade, das cláusulas para decidir sobre litígios decorrentes da relação de consumo, diferente do lugar de domicílio do consumidor. Admite-se, neste sentido, inclusive a declinação de ofício da competência pelo juízo, para o do domicílio do consumidor.

Além do Poder Judiciário e a Administração Pública que são considerados instrumentos para valer-se dos direitos, existem vários outros órgãos e entidades que buscam a proteção do consumidor. No comentário sobre órgãos e entidades do doutrinador José Geraldo Brito Filomeno (2012, p.131):

Nos últimos anos têm sido criados vários organismos, públicos e privados, com o fim específico de defesa ou proteção ao consumidor, já articulados ente si, que já promoveram importantes encontros nacionais, visando à troca de experiências, bem como à discussão e ao encaminhamento de propostas concretas, com vistas ao aperfeiçoamento de suas atividades, sendo sua maior contribuição, sem dúvida alguma, e conforme já destacado anteriormente, a proposta de merecer tal tema tratamento constitucional, o que 10 anos atrás parecia algo irreal e quimérico.

Dentre as entidades mencionadas pelo autor, tem especial destaque os Procons, hoje existentes em praticamente todos os Estados brasileiros. No plano federal, destacam-se a Secretaria de Direito Econômico e seu Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, além de uma Comissão Permanente de Proteção e Defesa do Consumidor, todos no âmbito do Ministério da Justiça.

2.5 DO DIÁLOGO DAS FONTES

O tema do presente trabalho envolve diversas matérias como já visto, dentre elas Direito do Consumidor, Direito Constitucional, Direito Civil, Estatuto do Idoso, Leis, entre outras.

A teoria do diálogo das fontes tem como objetivo a busca pela convivência e coordenação de fontes normativas diversas potencialmente em conflito, para impedir a eliminação de qualquer uma dessas normas pela sua aplicação simultânea e complementar.

Por meio da adoção de uma visão sistemático-constitucional do ordenamento jurídico, há a superação dos critérios clássicos de resolução de antinomias. O fenômeno da antinomia é explicado por Norberto Bobbio (1995, p.91):

Devido à tendência de cada ordenamento jurídico se constituir em sistema, a presença de antinomias em sentido próprio é um defeito que o interprete tende a eliminar. Como antinomia significa o encontro de duas proposições incompatíveis, que não podem ser ambas verdadeiras, e, com referência a um sistema normativo, o encontro de duas normas que não podem ser ambas aplicadas, a eliminação do inconveniente não poderá consistir em outra coisa senão na eliminação de umas das duas normas (no caso de normas contrárias, também na eliminação das duas). Mas qual das duas normas deve ser eliminada? Aqui está o problema mais grave das antinomias.

Com a criação dos microssistemas de normas, como exemplo o Código de Defesa do Consumidor, Estatuto do Idoso, vem a exigir a necessária construção de uma estrutura de métodos, a fim da manutenção da unidade sistêmica.

Como curiosidade, essa teoria foi trabalhada na Alemanha no Curso de Direito Internacional na Academia de Haia, sendo trazida para o Brasil pela jurista Claudia Lima Marques, nas palavras de sua obra (2012, p.17):

A bela expressão do mestre de Heidelberg é semiótica e auto explicativa: diálogos, duas “lógicas”, duas “leis” a seguir e a coordenar um só encontro no “a”, uma “coerência” necessariamente “a restaurar” os valores deste sistema, desta “nova” ordem das fontes, em que uma não mais “re-vo-ga” a outra (o que seria um monólogo, pois só lei “fala”), e, sim, dialogam ambas as fontes, em uma aplicação conjunta e harmoniosa guiada pelos valores constitucionais e, hoje, em especial, pela luz dos direitos humanos.

Visto isso, diante da pluralidade normativa no ramo da saúde privada, o jurista tem o dever de buscar preservar o sistema jurídico, fazendo dialogar as fontes diversas existentes. Portanto, o diálogo das fontes, o qual constitui modo de interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas incidentes em um caso concreto, assegurando a harmonia e efetividade do sistema jurídico.

No âmbito dos contratos de plano de saúde, como exemplo, ocorre o diálogo das fontes entre a Lei nº9.656/98 e o Código de Defesa do Consumidor. Sendo o CDC a lei geral principiológica em matéria de relacionamentos contratuais. Conforme Marques e Schmitt (2008, p.112):

Lei geral principiológica, porque não trata especificamente de nenhum contrato firmado entre consumidor e fornecedor em especial, nem de atos

ilícitos específicos, mas estabelece novos parâmetros e paradigmas para todos esses contratos e fatos juridicamente relevantes, que denomina, então, de relações de consumo (art.4º do CDC). Essa lei consumerista regula, assim, todo fornecimento de serviços no mercado brasileiro e as relações jurídicas daí resultantes, inclusive os de natureza “securitária” (§2º do art. 3º do CDC).

Conforme os autores, o Código de Defesa do Consumidor estabelece parâmetros e paradigmas para o contrato, por isso chamado como lei geral principiológica. Findo o capítulo sobre essa lei geral, será abordado por conseguinte a relação contratual em si, e seus pontos principais no tocante planos de saúde.

3 A RELAÇÃO CONTRATUAL DOS PLANOS DE SAÚDE

O presente capítulo será abordado sobre os planos de saúde e suas peculiaridades, juntamente com todo o conceito de contratos e suas formalidades, para que posteriormente entendamos suas irregularidades.

3.1 DOS PLANOS DE SAÚDE

Os planos e seguros de saúde surgiram no intuito de salvaguardar preocupações da civilização, com o objetivo de evitar a possibilidade da ausência do devido atendimento, tendo em vista a impossibilidade fática de o Estado suprir de modo adequado e suficiente à demanda social. Nas palavras de Cláudia Lima Marques (2011, p.523):

[...] o contrato de plano de saúde é um contrato para o futuro, mas contrato assegurado do presente, em que o consumidor deposita sua confiança na adequação e qualidade dos serviços médicos intermediados ou conveniados, deposita sua confiança na previsibilidade da cobertura real destes eventos futuros relacionados com saúde. É um contrato de consumo típico da pós-modernidade: um fazer de segurança e confiança, um fazer complexo, um fazer em cadeia, um fazer reiterado, um fazer de longa duração, um fazer de crescente essencialidade. É um contrato oneroso e sinalagmático, de um mercado em franca expansão, onde a boa fé deve ser a tônica das condutas.

Interessante adiantar, a visão da operadora do plano de saúde com a relação de consumo é a obtenção de lucro, e do outro lado o consumidor considera como meio de alcançar um atendimento médico-hospitalar adequado, na expectativa de proteger sua saúde.

Hoje, muito se discute sobre as operadoras de planos de saúde, que nem sempre seguem fielmente as leis, sendo comum a prática de condutas consideradas abusivas. Para compreensão e alcançar resposta satisfatória, cumpre, em primeiro lugar, delinear o caráter fundamental do direito à saúde.

3.1.1 Do direito fundamental à saúde

A ordem constitucional brasileira em vigor consagra o direito à vida e o direito à saúde como fundamentais, visto como marco histórico e jurídico quanto a disciplina do direito à saúde, da mesma maneira considera de relevância pública os serviços de saúde, sem distinção entre os prestados por iniciativa privada e pelo Estado.

A assistência a saúde envolve todas as “ações necessárias à prevenção da doença e à recuperação, manutenção e reabilitação da saúde” (Lei n. 9.659/98, art. 35-F) e constitui, ainda, atividade de relevância pública conforme o art.169 da CF, de forma eficiente como deveria ser, da maneira que é exigido da administração pública (CF, art. 37).

Esse sistema, nas várias modalidades e formas, compete prestar o atendimento essencial de saúde, a fim de garantir sem onerosidade a qualquer pessoa que venha dele necessitar, sem distinção ou exceções. Suplementarmente ao serviço de assistência à saúde estatal, a iniciativa privada tem constitucionalmente garantido espaço de liberdade para prestá-lo. Com efeito, os referidos direitos de acordo com Scarlet (2008, p.218) :

Assegurar, mediante a compensação das desigualdades sociais, o exercício de uma liberdade e igualdade real e efetiva, que pressupõem um comportamento ativo do Estado, já que a igualdade material não se oferece simplesmente por si mesma, devendo ser devidamente implementada.

O crescimento dos serviços suplementares de assistência à saúde possível de ser prestado por meio de direitos e obrigações, estabelecidos em contratos privados, opera-se à legislação específica. O que necessário é, abordar.

3.1.2 Dos contratos do plano de saúde

Apresentado o caráter fundamental do direito à saúde, cumpre agora, analisar os contratos de assistência privada à saúde, de modo a identificar a sua

adequada caracterização em face da legislação ora vigente, composta notadamente, pelo Código de Defesa do Consumidor, Código Civil, Lei nº 9.656/98 e pelas Resoluções emanadas da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), traçando as suas principais características, tanto de ordem normativa, quanto de conteúdo e de eficácia, de modo a se alcançar a sua adequada delimitação e compreensão.

3.1.3 Origem

Os contratos de assistência à saúde não surgiram de súbito na sociedade, uma vez que foram se aprimorando ao longo dos anos. Faz-se mister delimitar a definição e a caracterização dos requisitos constitutivos imprescindíveis para que referidos contratos atinjam seu objetivo central.

Pode-se afirmar que o ramo da saúde suplementar no Brasil tem seu início histórico nos anos de 1920 e 1930, quando foram instituídas as primeiras organizações de assistência privada à saúde dos trabalhadores. O ano de 1923 é tido como marco do início da Previdência Social no Brasil. A Lei Eloy Chaves, promulgada naquele ano, criava: "(...) em cada uma das estradas de ferro existentes no país, uma Caixa de Aposentadorias e Pensões para os respectivos empregados."

No decorrer dos anos, foram criados os institutos da aposentadoria e pensão para atender certas categorias profissionais, quando no então governo do presidente Getúlio Vargas se destacam: IAPM (Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Marítimos); IAPC (Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Comerciantes); IAPB (Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Bancários) e IAPI (Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Industriários), que posteriormente deu origem à GEAP (Fundação de Seguridade Social).

Devido à ineficácia da prestação dos serviços fornecidos pelos institutos, tem início o processo de instituição, tanto pelo setor público, quanto pelo privado, de sistemas de assistência médico-hospitalar para seus funcionários. Foi criada Patronal e o Instituto de Aposentadoria e Pensão, este que seria substituído pelo

INPS (Instituto Nacional de Previdência Social), por meio da edição do Decreto-Lei nº72/66.

Com o processo de industrialização e de abertura do mercado interno brasileiro para a instalação de empresas estrangeiras nos anos de 1960, que se pode afirmar que houve o surgimento dos planos de saúde da forma como são concebidos atualmente.

Passando de período, a Constituição Federal de 1988 constitui marco histórico e jurídico quanto à disciplina do direito à saúde, em vários de seus dispositivos, reconhece a saúde como direito fundamental, dotado de aplicação direta e imediata, vinculando os Poderes Públicos, quanto entes privados.

Josiane Araújo Gomes (2016, p.102):

Apesar da Constituição Federal de 1988 ser expressa quanto à possibilidade de prestação de serviços de assistência à saúde por entes privados, bem como ter determinado a normatização do setor de saúde suplementar (art.197), o legislador infraconstitucional ficou inerte quanto a regulamentação dos princípios, condições e exigências básicas para atuação daqueles. A legislação permaneceu, assim, restrita às regras constantes no Decreto-Lei nº73/66, que apenas disciplinam os aspectos econômicos da modalidade de seguro-saúde e cria a possibilidade da medicina pré-paga. Por isso, a situação que se configurou foi de verdadeira imposição das condições estipuladas unilateralmente pelas operadoras dos planos de saúde em face de seus usuários, os quais não possuíam outra alternativa a não ser aderir a tais imposições, pois, ao contrário, não teriam acesso aos serviços de saúde. Assim, a ausência do controle do Estado sobre as atividades das operadoras de convênios médicos, somada ao imenso volume de associados por contratos de adesão, resultou em hipertrofia da vontade do fornecedor de serviços.

A autora faz referência ao período anterior à edição da Lei nº 9.656/98, em que a regulação dos planos de saúde estava a cargo do Decreto-Lei nº73/66, ao dispor sobre os “seguros privados” e “seguros-saúde”.

3.1.4 Dos contratos de plano de saúde após a edição da Lei nº 9.656/98

A Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, foi concebida para tratar dos planos e seguros privados de assistência à saúde, criando, em boa hora, ainda que tardia normatividade específica. Consiste, assim, em verdadeiro divisor de águas do

ramo de saúde suplementar, haja vista ser a primeira lei que, de fato, regulamenta o art. 199 da Constituição Federal de 1998. Sobre o tema explica Silva Lopes (2015, p.26):

As principais inovações da lei foram, sem dúvida, a obrigatoriedade de obtenção de autorização de funcionamento das operadoras e o compulsório registro dos contratos junto à Agência Reguladora, seus respectivos conteúdos atuariais e suas cláusulas de cobertura parcial temporária durante os primeiros vinte e quatro meses de contratação nos casos de doenças e lesões preexistentes, garantida assim a execução equilibrada dos contratos diante das necessidades dos beneficiários também pela incidência de rol de procedimentos periodicamente atualizados.

As inovações mencionadas pelo autor se valem como fundamentais no sistema suplementar de saúde, e sem elas resta inviável prática e economicamente todo o sistema implantado.

A lei nº 9.656/98 dispõe que “submetem-se às disposições desta Lei as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde”, pondo sob sua égide toda e qualquer operação pautada com a prestação de assistência à saúde, para depois expor as definições, estas que merecem anotação:

Lei nº 9.656/98. Art. 1º Inciso I, II e III. (PLANALTO, 1998):

I - Plano Privado de Assistência à Saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor;

II - Operadora de Plano de Assistência à Saúde: pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de que trata o inciso I deste artigo;

III - Carteira: o conjunto de contratos de cobertura de custos assistenciais ou de serviços de assistência à saúde em qualquer das modalidades de que tratam o inciso I e o § 1º deste artigo, com todos os direitos e obrigações nele contidos.

As definições legais são auto explicativas, merecendo destaque o parágrafo quarto do referido artigo 1º da lei que veda, expressamente, a exploração de planos de assistência médico-hospitalar-odontológica a pessoas físicas.

Entre o período da Lei nº9.656/98 e a EC nº32/2001, a Lei nº9.656/98 foi alterada pelo expressivo número de 44 Medidas Provisórias, até à Medida Provisória

nº2.177-44, de agosto de 2001, gerando uma instabilidade jurídica que perdura até hoje, dificultando a boa e justa aplicação da Lei nº9656/98. Complementa a autora Renata Maria Gil:

A lei nova em seus primeiros tempos de vigência encontrou expressivos focos de incompreensões e de resistência, principalmente por parte dos prestadores de serviços acostumados ao quadro anterior de licenciosidade operacional, aflorados a todo momento conflitos das mais variadas naturezas sem que existissem, então, acesso a marcos regulatórios adequados e fiscalização eficiente e, até e principalmente, uma agência estatal reguladora, eis que somente criada e implantada a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS por meio da Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, algum tempo depois da Lei nº9.656/98.

A Agência (ANS) mencionada pela autora possui abrangência administrativa em todo território nacional, criada quase dois anos da vigência da Lei 9.656/98. Quando implantada, foi vencendo resistências, perseguindo um amplo objetivo de exercer todas as suas atribuições legais. Entretanto, está longe ainda o tempo necessário para a conquista de situação de normalidade e segurança que se deseja obter. A Agência Nacional de Saúde Suplementar assume para si todas as atribuições antes conferidas à SAS/DESAS, Dentre as competências da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), conforme art. 4º da Lei nº 9.961,(PLANALTO, 2000):

Propor políticas e diretrizes gerais ao Conselho Nacional de Saúde Suplementar (CONSU) para a regulação do setor de saúde suplementar; estabelecer as características gerais dos instrumentos contratuais utilizados na atividade das operadoras; elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde, que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei nº9.656/98, e suas excepcionalidades; definir, para fins de aplicação da Lei nº9.656/98, a segmentação das operadoras e administradoras de planos privados de assistência à saúde, observando as suas peculiaridades; estabelecer normas, rotinas e procedimentos para concessão, manutenção e cancelamento de registro dos produtos das operadoras de planos privados de assistência à saúde; autorizar reajustes e revisões das contraprestações pecuniárias dos planos privados de assistência à saúde, ouvido o Ministério da Fazenda; monitorar a evolução dos preços de planos privados de assistência à saúde, seus prestadores de serviços, e respectivos componentes e insumos; autorizar o registro e o funcionamento das operadoras de planos privados de assistência à saúde, bem assim, sua cisão, fusão, incorporação, alteração ou transferência do controle societário, sem prejuízo do disposto na Lei nº 9.656/98 e de sua regulamentação; articular-se com os órgãos de defesa do consumidor visando a eficácia da proteção e defesa do consumidor de serviços privados de assistência à saúde, observado o disposto na Lei nº8.078/90 (art. 4º da Lei nº 9.961/00).

Contudo, os contratos de assistência suplementar à saúde que hoje recebem a disciplina jurídica específica da Lei nº9.656/98, à luz do Código de Defesa do Consumidor, ao seu regime jurídico protetivo genérico a partir do conceito correto, de que a assistência suplementar a saúde contratada caracteriza típica relação de consumo.

Conclui José Fernando da Silva Lopes (2015, p.89):

Presentemente todo o sistema contratual de assistência suplementar a saúde recebe expressiva influência do dirigismo estatal que mitiga em favor do interesse social a liberdade de contratar como claramente se recolhe da disciplina jurídica da Lei n. 9.656/98. Ainda esse sistema contratual intervencionista e direcionado, sofre subsidiariamente – apenas se e quando for o caso de lacuna que justifique aplicação subsidiária – a positiva influência do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), principalmente em face do que se contém positivado no art.35-G da Lei n.9.656/98, no art. 51, § 1º, I, da Lei n. 8.078/90, art. 2º da LINDB e da disciplina geral dos contratos estabelecida pelo Código Civil, restando muito correto o entendimento de que tais contratos são verdadeiros contratos de consumo com elevada carga de interesse social, em muitos casos, até com reconhecida natureza técnica de contratos de adesão (Lei n. 8.078/90, art.54).

Conforme o autor conclui, os contratos de assistência suplementar à saúde possuem em sua maioria, natureza técnica de contratos de adesão, a ser analisado no tópico seguinte.

3.2 CONTRATOS DE ADESÃO

A matéria que se destina esse trabalho são os contratos de adesão que tem por objetivo a contratação de plano de saúde considerado por muitos doutrinadores “contratos cativos de longa duração”, uma vez que o contrato visa a prestação de serviços de longa duração. Estes contratos são campeões em reclamações junto ao Poder Judiciário e aos Órgãos de Defesa do Consumidor, matéria essa que será analisada ponto a ponto.

3.2.1 Conceito

O contrato de adesão surgiu ante a necessidade de contrato de massa, fazer com que as negociações se tornassem mais céleres, tendo em vista o grande crescimento das relações contratuais, trazendo estes inúmeras vantagens àqueles que pretendem contratar. Nas palavras de Claudia Lima Marques (2005, p.166):

O direito dos contratos, em face das novas realidades econômicas, políticas e sociais, teve de se adaptar e ganhar uma nova função, qual seja a de procurar a realização da justiça e do equilíbrio contratual. Concluindo que no novo conceito de contrato, a equidade, a justiça veio ocupar o centro de gravidade, em substituição ao mero jogo de forças volitivas e individualistas, que na sociedade de consumo, comprovadamente só levava ao predomínio da vontade do mais forte sobre a do vulnerável. É o que o novo Código Civil denomina “função social do contrato”.

É regra o fornecedor de serviços impor as cláusulas contratuais no contrato de adesão, no qual o consumidor adere ao conteúdo da contratação sem que lhes seja permitidas qualquer modificação.

Segundo Francesco Messineo (1999, p.222): “A forma contratual pela qual as cláusulas contratuais são predispostas por um só dos futuros contraentes, imodificáveis pela outra parte, à qual só resta a alternativa de aceita-lo integralmente ou recusá-lo”. Assim, o contrato de adesão distingue-se do contrato tradicional por três características: rigidez, uniformidade e predeterminação.

As cláusulas são rígidas porque devem ser uniformes sem a possibilidade de serem flexíveis, nas palavras de Sílvio Rodrigues (2003, p.44):

Contrato de adesão, nome que lhe deu SALEILLES, é aquele em que todas as cláusulas são previamente estipuladas por uma das partes, de modo que a outra, no geral fica mais fraca e na necessidade de contratar, não tem poderes para debater as condições, nem introduzir modificações, no esquema proposto. Este último contratante aceita tudo em bloco ou recusa tudo por inteiro.

O contrato tradicional é acordo pactuado livremente, já no contrato de adesão não se verifica a contratualidade plena, pois é modalidade de contrato celebrado mediante estipulação unilateral de cláusulas pela operadora. Sobre predeterminação, assevera Orlando Gomes (1998, p.122):

O intento do predisponente é obter, de número indeterminado de aderentes, a aceitação passiva das mesmas condições, de sorte que seja invariável o conteúdo de todas as relações contratuais, a predeterminação das cláusulas caracteriza, com maior vigor, o contrato de adesão, por ser modo objetivamente idôneo para atingir sua finalidade.

Essa característica do contrato de adesão tem a peculiaridade de ter suas cláusulas elaboradas previamente por uma das partes, para que no futuro integrem relações jurídicas concretas, conjuntamente com a uniformidade para servir um número indeterminado de contratos, garantindo a negociação em massa.

Sobre a interpretação de contratos de adesão, vale transcrever a magistral lição de Orlando Gomes (2001, p.126):

A questão da natureza jurídica do contrato de adesão tem importância prática para sua interpretação. Indaga-se, com efeito, se deve ser interpretado como a lei, ou como contrato. Tido como expressão do poder normativo das empresas, é óbvio que se lhe não aplicam as regras de interpretação dos contratos. Mas, mesmo que possua natureza contratual, a singularidade da sua estruturação não permite seja interpretado do mesmo modo que os contratos comuns, porque é relação jurídica em que há predomínio categórico da vontade de uma das partes. É de se aceitar, como diretriz hermenêutica, a regra segundo a qual, em caso de dúvida, as cláusulas do contrato de adesão devem ser interpretadas contra a parte que as ditou. Cabe, no entanto, uma distinção à raiz de ponderações feitas por Dereux, entre as cláusulas essenciais, que são comumente datilografadas ou manuscritas, e as cláusulas acessórias, geralmente impressas. As primeiras estipulam-se particularizadamente e comportam, às vezes, certa margem de liberdade no seu ajuste e até alguma variação. As outras são inalteráveis e uniformes, razão por que a parte aderente, geralmente, conhece mal o seu teor e alcance. Acontece que frequentemente as cláusulas acessórias alteram profundamente a essência do contrato, tirando muitas vezes, grande parte de sua utilidade, ou sendo muito rigorosas e, até, draconianas.

O autor explica a regra de hermenêutica, devendo as cláusulas contratuais serem interpretadas a favor do contratante que se obrigou por adesão. Pois em decorrência dessa liberdade de um dos contratantes poder preestabelecer as cláusulas contratuais, abre-se caminho para a ocorrência das chamadas cláusulas abusivas. Como serão abordadas na sequência.

Carolina Steinmuller Farias (2014, p.41):

Confrontando as regras do contrato de adesão com princípios relacionados à proteção do direito do consumidor e, especialmente, do direito à saúde e à vida, deve este contrato ser interpretado com reservas; ou seja, em sua hermenêutica deve prevalecer sempre os sobre-direitos constitucionais

(proteção à saúde e a à vida) e as normas legais garantidoras de direitos dos consumidores.

É inegável que o contrato de adesão de prestação de serviços de saúde, deve ser analisado e interpretado pelo prisma do seu caráter eminentemente social e humano, devendo o pacto contratual nas palavras de Schaefer (2005, p.43): “abranger a totalidade das ações curativas e preventivas que visem à prevenção, manutenção, reabilitação e recuperação da saúde”. Do mesmo modo, a análise contratual deve observar seus reflexos na sociedade conjuntamente com os princípios constitucionais, complementa Thélío Queiroz Faria (2014, p. 41):

O caráter social da contratação impõe que o contrato seja analisado observando os seus reflexos na sociedade, o risco à vida e à saúde do usuário, sem se esquecer, é óbvio, de que o contrato não pode ferir a lei e os princípios legais e constitucionais consagrados no ordenamento jurídico pátrio. Do mesmo modo, deve ser observado o equilíbrio do contrato que se dá quando cada qual cumpre sua parcela no “risco”, isto é, quando o consumidor paga sua prestação mensal mesmo sem necessitar de qualquer ato médico e quando a operadora arca com o tratamento necessitado pelo consumidor, tratamento este que deve ser indicado por profissional habilitado – no caso, o médico -, o qual, por sua vez, se encontra obrigado a proteger e a lutar pela saúde e pela vida do paciente.

O contrato de adesão de prestação de serviços de saúde tem o objetivo de salvaguardar a vida humana, mas comumente os planos suprimem ou desrespeitam direitos do consumidor, com intuito de aumentar os lucros ou evitar o pagamento de tratamentos mais dispendiosos.

Dessa maneira, as operadoras de plano de saúde se utilizam de cláusulas abusivas que se manifestam de diversas maneiras havendo uma disparidade protecional do Estado, este que regula as matérias em âmbitos diferentes mas não fiscaliza adequadamente. Em outras palavras, o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto do Idoso protegem, e a ANS muitas vezes é omissa em suas normas e regulamentos.

Tema esse do ultimo capítulo desse trabalho, uma análise à luz do Código de Defesa do Consumidor.

4. CLÁUSULAS ABUSIVAS NO CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE

O presente capítulo tem por finalidade analisar as cláusulas abusivas existentes nos contratos de plano de saúde, mesmo após a Lei do Estatuto do Idoso sob à luz do Código de Defesa do consumidor. Busca-se a interpretação de sua abusividade frente aos consumidores idosos, desprovidos de informação e condições suficientes para pactuar contrato de plano de saúde com devida cautela.

4.1 CONCEITO

Antes de analisar as principais cláusulas abusivas dos planos de saúde, faz-se mister distinguir os termos cláusula abusiva e prática abusiva, embora pareçam idênticos existe uma diferença que deve ser ressaltada.

Define cláusula abusiva Noronha (*apud* SILVA, 2003, p.75):

Essas cláusulas que reduzem unilateralmente as obrigações do predisponente e agravam as do aderente, criando entre elas uma situação de grave desequilíbrio, são as chamadas cláusulas abusivas. Podem ser conceituadas como sendo aquelas em que uma parte se aproveita de sua posição de superioridade para impor em seu benefício vantagens excessivas, que destroem a relação de equivalência objetiva pressuposta pelo princípio da justiça contratual (cláusulas abusivas em sentido estrito ou propriamente ditas), escondendo-se muitas vezes atrás de estipulações que defraudam os deveres de lealdade e colaboração pressupostos pela boa-fé (clausula surpresa). O resultado final será sempre uma situação de grave desequilíbrio entre os direitos e obrigações de uma parte e outra parte

O contrato de adesão por possuir cláusulas constituídas por apenas uma das partes favorece o surgimento das referidas cláusulas abusivas que beneficiam o responsável por sua elaboração em detrimento do seu aderente. De acordo com Luiz Araújo Torres (2004, p.19), são “cláusulas formuladas de tal forma que levam os consumidores, contra a própria vontade, ou mesmo, contra seus interesses, à violação das normas legais”.

Já a prática abusiva, é o gênero, e a cláusula abusiva é considerada uma espécie, podendo existir a prática abusiva sem a existência de cláusula. Define Antônio Herman Vasconcellos (1999, p.306):

O Código prevê uma série de comportamentos, contratuais ou não, que abusam da boa-fé do consumidor, assim como de sua situação de inferioridade econômica ou técnica. É compreensível, portanto, que tais práticas sejam consideradas ilícitas per se, independentemente da ocorrência de dano para o consumidor. Para elas vige presunção absoluta de ilicitude. São práticas que aparecem tanto no âmbito da contratação como também alheias a esta, seja através do armazenamento de informações sobre o consumidor, seja mediante a utilização de procedimentos vexatórios de cobranças de suas dívidas [...] Prática abusiva (lato sensu) é a desconformidade com os padrões mercadológicos de boa conduta em relação ao consumidor.

O autor se utiliza do termo “comportamentos”, o que dá a ideia do sentido amplo para as práticas abusivas, algo que vá contra aos padrões da boa conduta sem se restringir a relação contratual.

Práticas e Cláusulas abusivas existem diversas, e são constatadas diariamente nas relações de consumo, inclusive nas relações entre usuários de planos de saúde.

O Código de Defesa do Consumidor exemplifica muitas delas, exemplos de práticas abusivas estão contidas no art. 39 (PLANALTO, 1990):

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

I - condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos;

II - recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes;

III - enviar ou entregar ao consumidor, sem solicitação prévia, qualquer produto, ou fornecer qualquer serviço;

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

V - exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva;

VI - executar serviços sem a prévia elaboração de orçamento e autorização expressa do consumidor, ressalvadas as decorrentes de práticas anteriores entre as partes;

VII - repassar informação depreciativa, referente a ato praticado pelo consumidor no exercício de seus direitos;

VIII - colocar, no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes ou, se normas específicas não existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Conmetro);

IX - deixar de estipular prazo para o cumprimento de sua obrigação ou deixar a fixação de seu termo inicial a seu exclusivo critério;

IX - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais; (Redação dada pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994)

- X - elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços. (Incluído pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994)
- XII - deixar de estipular prazo para o cumprimento de sua obrigação ou deixar a fixação de seu termo inicial a seu exclusivo critério.(Incluído pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)
- XIII - aplicar fórmula ou índice de reajuste diverso do legal ou contratualmente estabelecido.

Esse rol extenso do CDC, utilizamos como exemplo de prática abusiva nos planos de saúde - a vedação de limites quantitativos na prestação de serviço, ou seja, o que se aplica às limitações de internações e exames visando o lucro restringindo o alcance do seu serviço, além da recusa ao atendimento às necessidades do consumidor que o deixa desamparado em situações de dependência.

Já as cláusulas abusivas são listadas de forma exemplificadora no artigo 51 do CDC (PLANALTO, 1990):

São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

- I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;
 - II - subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código;
 - III - transfiram responsabilidades a terceiros;
 - IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;
 - V - (Vetado);
 - VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor;
 - [...]
 - IX - deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor;
 - X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral;
 - XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor;
 - [...]
 - XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração;
 - XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor;
 - [...]
- § 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:
- I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;
 - II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;
 - III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

O legislador se preocupou para que o conceito de práticas e cláusulas abusivas tivessem a máxima abrangência possível, tanto que utilizou do termo “dentre outras”. Mas vale grifar que esses artigos são meramente exemplificativos, sendo assim, caso haja no contrato cláusulas aparentemente abusivas que causem um desequilíbrio na relação, mesmo não elencadas no rol do referido artigo, receberam o mesmo tratamento legal. Como a presunção descrita no parágrafo primeiro, inciso I, do artigo 51 do CDC a ofensa aos princípios fundamentais deixa claro que a ideia do legislador é a proteção mais abrangente possível.

Um exemplo a ser destacado é o consumidor idoso que ao contratar com a operadora de planos de saúde, tem condições financeiras de arcar com as contraprestações mensais estipuladas no contrato, só que, no decorrer dos anos, independentemente da natureza do reajuste e a sua conformidade legal, torna-se totalmente inviável, impossível do consumidor idoso cumprir com pagamento dos referidos valores. Nesse caso, sua proteção carece da via judicial do caso concreto, baseado em princípios fundamentais.

A cláusula que será estudada no próximo capítulo é a que se refere ao inciso X do artigo 51 do CDC, ou seja, a que autorize ao fornecedor alterar de maneira unilateral, variação no preço direta ou indiretamente, juntamente com inciso IV do mesmo artigo que prevê a equidade e boa-fé na relação contratual, pois ao alterar o contrato unilateralmente pelo fornecedor, gera o desequilíbrio contratual. Em regra, a nulidade da cláusula reputada abusiva não macula a integralidade do contrato, salvo na hipótese de sua inexistência impossibilitar a integração das demais cláusulas ou criar uma onerosidade excessiva a uma das partes na relação de consumo.

Essa onerosidade excessiva decorrente da cláusula de reajuste causa o desequilíbrio contratual, impossibilitando a manutenção do contrato, pois diante da vulnerabilidade do consumidor idoso, desprovido de informações, não consegue cumprir com as prestações pecuniárias da relação, causando-lhe danos morais e patrimoniais, cláusula essa vista a seguir.

4.2 DA CLÁUSULA DE REAJUSTE E O AUMENTO ABUSIVO PARA MAIORES DE SESSENTA ANOS

A cláusula de reajuste por si só não é considerada abusiva, o CDC prevê em seu artigo 51, inciso X, que é abusiva a cláusula permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação no preço unilateralmente, mas de outro lado a Lei dos Planos de Saúde permite essa cláusula desde que nos seus conformes. Assim, para que a cláusula de reajuste seja considerada abusiva, deve-se demonstrar que foi estabelecida uma obrigação iniqua, abusiva, que colocou o consumidor em desvantagem exagerada, ou seja, incompatível com a boa-fé ou a equidade conforme o inciso IV do artigo 51 do CDC.

É de fato que o aumento da idade do beneficiário do plano de saúde acarreta o agravamento do risco assumido pela operadora, sendo comum nos contratos existir previsão para o aumento da mensalidade do plano, sob a alegação de que os custos do plano de saúde do idoso são mais elevados, em face do avançar da idade.

A Lei nº 9.656/98 (Lei dos Planos de Saúde) disciplina a hipótese de reajuste em razão da idade no seu art.15, (PLANALTO, 1998):

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

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

Destaca-se o que se há a necessidade de previsão contratual e em conformidade com a Agencia Nacional de Saúde Suplementar, além do paragrafo único que trata da vedação para consumidores acima de sessenta anos incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001. Em seu art. 35-E, inciso I e §§1º e 2º, disciplina hipótese de reajuste para planos antigos (PLANALTO, 1998):

Art. 35-E. A partir de 5 de junho de 1998, fica estabelecido para os contratos celebrados anteriormente à data de vigência desta Lei que:

I - qualquer variação na contraprestação pecuniária para consumidores com mais de sessenta anos de idade estará sujeita à autorização prévia da ANS;
 § 1º Os contratos anteriores à vigência desta Lei, que estabeleçam reajuste por mudança de faixa etária com idade inicial em sessenta anos ou mais, deverão ser adaptados, até 31 de outubro de 1999, para repactuação da cláusula de reajuste, observadas as seguintes disposições:

I - a repactuação será garantida aos consumidores de que trata o parágrafo único do art. 15, para as mudanças de faixa etária ocorridas após a vigência desta Lei, e limitar-se-á à diluição da aplicação do reajuste anteriormente previsto, em reajustes parciais anuais, com adoção de percentual fixo que, aplicado a cada ano, permita atingir o reajuste integral no início do último ano da faixa etária considerada;

II - para aplicação da fórmula de diluição, consideram-se de dez anos as faixas etárias que tenham sido estipuladas sem limite superior;

III - a nova cláusula, contendo a fórmula de aplicação do reajuste, deverá ser encaminhada aos consumidores, juntamente com o boleto ou título de cobrança, com a demonstração do valor originalmente contratado, do valor repactuado e do percentual de reajuste anual fixo, esclarecendo, ainda, que o seu pagamento formalizará esta repactuação;

IV - a cláusula original de reajuste deverá ter sido previamente submetida à ANS;

V - na falta de aprovação prévia, a operadora, para que possa aplicar reajuste por faixa etária a consumidores com sessenta anos ou mais de idade e dez anos ou mais de contrato, deverá submeter à ANS as condições contratuais acompanhadas de nota técnica, para, uma vez aprovada a cláusula e o percentual de reajuste, adotar a diluição prevista neste parágrafo.

§ 2º Nos contratos individuais de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, independentemente da data de sua celebração, a aplicação de cláusula de reajuste das contraprestações pecuniárias dependerá de prévia aprovação da ANS.

Após o deferimento do pedido liminar formulado na ADI 1931, a eficácia do art.35-E está suspensa, pois ficou consignada a inaplicabilidade da Lei dos Planos de Saúde aos contratos firmados anteriormente à sua entrada em vigor.

Os contratos firmados após a entrada em vigor da Lei nº 9.656/98, deve-se observar o disposto em seu art.15, que exige que haja cláusula que disponha acerca das faixas etárias e seus percentuais de reajuste conforme as normas da ANS. Complementa Josiane Araújo Gomes (2016, p.275):

O Conselho de Saúde Complementar (CONSU) editou a Resolução nº6/98, a qual dispõe, no caput do seu art. 1º, que as variações das contraprestações pecuniárias em razão da idade do usuário e de seus dependentes, obrigatoriamente, deverão ser estabelecidas nos contratos de plano de saúde, discriminando, em seus incisos, sete faixas etárias para a incidência de reajuste – até 17 anos; entre 18 a 29 anos; entre 30 a 39 anos; entre 40 a 49 anos; entre 50 a 59 anos; entre 60 e 69 anos; e de 70 anos ou mais – sendo que a variação de preço, entre a primeira e a última faixa etária, somente pode ser de seis vezes no máximo (art.2º).

No entanto, com o advento do Estatuto do Idoso, instituído através da Lei n. 10.741/2003, ficou vedada a cobrança de valores diferenciados em razão da idade ao dispor: “É vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade”. Assim, impedindo a incidência de reajustes, de forma concentrada e em razão da idade do usuário, que dificulte a permanência do vínculo contratual. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

Direito Civil e processual civil. Recurso Especial. Ação revisional de contrato de plano de saúde. Reajuste em decorrência de mudança de faixa etária. Estatuto do Idoso. Vedada a discriminação em razão da idade.

- O Estatuto do Idoso veda a discriminação da pessoa idosa com a cobrança de valores diferenciados em razão da idade (art. 15, §3º).
- Se o implemento da idade, que confere à pessoa a condição jurídica de idosa, realizou-se sob égide do Estatuto do Idoso, não estará o consumidor usuário do plano de saúde sujeito ao reajuste estipulado no contrato, por mudança de faixa etária.
- A previsão de reajuste contida na cláusula depende de um elemento básico prescrito na lei e o contrato só poderá operar seus efeitos no tocante à majoração das mensalidades do plano de saúde, quando satisfeita a condição contratual e legal, qual seja, o implemento da idade de 60 anos.
- Enquanto o contratante não atinge o patamar etário preestabelecido, os efeitos da cláusula permanecem condicionados a evento futuro incerto, não se caracterizando o ato jurídico perfeito, tampouco se configurando o direito adquirido da empresa seguradora, qual seja, de receber os valores de acordo com o reajuste predefinido. (STJ. Recurso especial n. 809.329-RJ. Relatora Ministra Nancy Andrighi, pub. DJU de 11.04.2008).

O reajuste das faixas etárias até o implemento do Estatuto do Idoso eram fixadas até a 70 anos, e essa última, podia ser no máximo seis vezes o valor da faixa etária inicial (0 a 17 anos).

Após a Resolução Normativa (RN nº 63), publicada pela ANS em dezembro de 2003, determina, que o valor fixado para a última faixa etária (59 anos ou mais) não pode ser superior a seis vezes o valor da primeira faixa (0 a 18). A Resolução determina, também, que a variação acumulada entre a sétima e a décima faixas não pode ser superior à variação acumulada entre a primeira e a sétima faixas.

Visto esse detalhe, no regramento atual, a última faixa etária é de 59 anos, ou seja, um ano antes do consumidor ser considerado idoso. Essa adequação teve por fim, evitar posteriores divergências interpretativas.

Na mesma redação da jurisprudência supracitada:

[...] Sob tal encadeamento lógico, o consumidor que atingiu a idade de 60 anos, quer seja antes da vigência do Estatuto do Idoso, quer seja a partir de sua vigência (1º de janeiro de 2004), está sempre amparado contra a abusividade de reajustes das mensalidades com base exclusivamente no alçar da idade de 60 anos, pela própria proteção oferecida pela Lei dos Planos de Saúde e, ainda, por efeito reflexo da Constituição Federal que estabelece norma de defesa do idoso no art. 230.

- A abusividade na variação das contraprestações pecuniárias deverá ser aferida em cada caso concreto, diante dos elementos que o Tribunal de origem dispuser.

- Por fim, destaque-se que não se está aqui alçando o idoso a condição que o coloque à margem do sistema privado de planos de assistência à saúde, porquanto está ele sujeito a todo o regramento emanado em lei e decorrente das estipulações em contratos que entabular, ressalvada a constatação de abusividade que, como em qualquer contrato de consumo que busca primordialmente o equilíbrio entre as partes, restará afastado por norma de ordem pública. Recurso Especial não conhecido.

(STJ. Recurso especial n. 809.329-RJ. Relatora Ministra Nancy Andrighi, pub. DJU de 11.04.2008).

O Estatuto do Idoso por ser matéria de ordem pública, possui aplicação imediata, protegendo também os consumidores que completaram 60 anos antes mesmo da sua vigência. Sendo assim o dever das operadoras atualizarem seus contratos, o que não ocorreu, ficando muitos consumidores idosos sem a devida informação de seus direitos e compelidos à necessidade de entrar com uma ação para revisão de seu contrato. Até hoje existem consumidores idosos que estão sujeitos às cláusulas abusivas dos contratos pactuados anteriormente ao ano de 1999, e ainda não fizeram a referida revisão.

O posicionamento do STJ vem sendo seguido nos TJ's:

APELAÇÃO CÍVEL. SEGUROS. PLANO DE SAÚDE. REVISÃO DE CONTRATO. CLÁUSULA QUE "PREVÊ AUMENTO DE 100% DA MENSALIDADE AO ATINGIR FAIXA ETÁRIA DE 60 ANOS". LIMITAÇÃO EM 20%. DIÁLOGO DE FONTES: CDC, LEI DOS PLANOS DE SAÚDE E ESTATUTO DO IDOSO. I – Majoração em razão do implemento da idade. Mostra-se abusiva a cláusula que prevê o reajuste da contraprestação em 100% em razão do implemento da idade de 60 anos. Limitação da majoração em 20%, reconhecido o diálogo estabelecido entre as seguintes fontes: CDC e Leis nºs 9.656/1998 e 10.741/2003. Lições de doutrina. (TJ/RS. Apelação Cível n.70012183521. 6ª Câmara Cível. Relator Desembargador Ubirajara Mach de Oliveira, julgado em 14.09.2005.).

Conforme a jurisprudência nesse caso, foi estipulado um parâmetro para limitar a majoração em 20% reconhecendo o dialogo das fontes entre as leis e lições doutrinárias, mas como já dito anteriormente a análise vai de cada caso, pois 20% pra um consumidor é pouco e para outro é exorbitante os valores.

Comumente a majoração mencionada é superior aos números relatados, as operadoras se utilizam do argumento que o consumidor idoso demandará maiores cuidados médicos e gastos. Por isso a abusividade na variação das prestações pecuniárias deverá ser aferida em cada caso concreto.

Sobre a matéria a jurisprudência:

CONSTITUCIONAL – CIVIL – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – ESTATUTO DO IDOSO – REAJUSTE DE PLANOS DE SAÚDE EM RAZÃO DA IDADE – PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE HUMANA. (...) 2) O reajuste dos contratos referentes aos planos de saúde, levando em conta apenas o envelhecimento da pessoa, é manifestamente abusivo, eis que a alteração da idade não induz à certeza de que o usuário demandara maiores cuidados médicos ou mesmo que a operadora terá maiores gastos com a pessoa. (TJ/AP. Apelação Cível n.2660, Acórdão n. 9676. Relator Desembargador Gilberto Pinheiro, julgado em 02.05.2006. Pub. DJ AP de 21.07.2006, DOE 3811.):

Conforme visto nas jurisprudências citadas, está pacificado tal entendimento, mas infelizmente essa prática abusiva pelas operadoras de plano de saúde não diminuiu no passar dos anos. As operadoras se valem da falta de informação dos consumidores idosos, que, por não possuírem tal conhecimento, não buscam a revisão contratual com o fim de atualizar e adequar o valor das suas contraprestações nos parâmetros atuais.

O consumidor que atingiu a idade de 60 anos quer seja antes da vigência do Estatuto do Idoso, quer seja a partir de sua vigência, está sempre amparado contra a abusividade de reajustes das mensalidades dos planos de saúde com base exclusivamente no alçar da idade de 60 anos. Nesse sentido é entendimento do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

AGRAVO REGIMENTAL PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE EM FUNÇÃO DE MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. CONTRATO CELEBRADO ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DO ESTATUTO DO IDOSO. NULIDADE DE CLÁUSULA.

1.- É nula a cláusula de contrato de plano de saúde que prevê reajuste de mensalidade baseado exclusivamente na mudança de faixa etária, ainda que se trate de contrato firmado antes da vigência do Estatuto do Idoso, porquanto, sendo norma de ordem pública, tem ela aplicação imediata, não havendo em que se falar em retroatividade da lei para afastar reajustes ocorridos antes de sua vigência, e sim em vedação à discriminação em razão da idade. 2.- Ademais, o art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor permite reconhecer a abusividade da cláusula, por constituir obstáculo à continuidade da contratação pelo beneficiário, devendo a administradora do plano de saúde demonstrar a proporcionalidade entre a nova mensalidade e o potencial aumento de utilização dos serviços, ou seja, para provar a ocorrência de desequilíbrio ao contrato de maneira a justificar

o reajuste. 3.- Agravo Regimental improvido. (AgRg no REsp 1324344/SP. Rel. Ministro Sidnei Beneti. Terceira Turma, julgado em 21/03/2013, DJe 01/04/2013).

No item 1 é de entendimento do STJ que a cláusula de reajuste baseado exclusivamente na mudança de faixa etária é abusiva por si só independente da época em que foi celebrado o contrato pois é de aplicação imediata as normas do Estatuto do Idoso. Assim, esta é nula de acordo com o Código de Defesa do Consumidor.

O item 2 explana o dever da administradora do plano de saúde demonstrar a proporcionalidade da nova mensalidade e o potencial aumento de utilização dos serviços, ou seja, para provar a ocorrência do desequilíbrio ao contrato de maneira a justificar o reajuste, isso prova como é de ordem subjetiva a relação contratual, variando de caso a caso. Demonstra desse modo, que a regulamentação da ANS que impõe regramento preestabelecido para tais reajustes tem caráter genérico, e dessa forma, por mais que os planos de saúde estejam em conformidade com as leis, para muitos consumidores a mensalidade se torna excessiva.

Destaca-se o apontamento sobre a matéria consumerista, a qual reconhece a abusividade da cláusula por constituir obstáculo à continuidade da contratação pelo beneficiário. Obstáculo esse que torna impossível para o consumidor idoso a manutenção do contrato, tornando as contraprestações muito dispendiosas ao cúmulo de comprometer seu sustento.

Da mesma forma, já se pronunciou Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

APELAÇÃO – REAJUSTE DAS MENSALIDADES DOS PLANOS DE SAÚDE EM RAZÃO DA MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA – PERCENTUAL ABUSIVO – VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – ESTATUTO DO IDOSO – ORDEM PÚBLICA – VEDADA DISCRIMINAÇÃO – REDUÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO – POSSIBILIDADE – PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE – SENTENÇA MANTIDA. – É abusiva a cláusula que prevê reajuste do plano de saúde em razão de faixa etária, no patamar de 96,97%, exigindo o pagamento quase em dobro da contraprestação do serviço de saúde, em flagrante vulneração das disposições do código de defesa do consumidor e o estatuto do idoso. Verificando, no caso concreto, a cobrança de índice abusivo de reajuste de mensalidade do plano de saúde, impõe-se a sua redução em observância dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. – O artigo 15, §3º, da Lei 10.741, de 2003, tem aplicação imediata, não caracterizando ofensa a regra de irretroatividade das leis e ao ato jurídico perfeito, por se tratar de norma de ordem pública e natureza cogente. – Recurso improvido. (Apelação Cível

1.0024.10.173352-5/002. Relator Des. Domingos Coelho. 12ª Câmara Cível. Julgamento em 20/03/2013, publicação da súmula em 01/03/2013).

Desse modo, não há parâmetro percentual para que a cláusula seja declarada abusiva, sempre será analisado em cada caso concreto, basta que em decorrência dos reajustes firmados com a operadora venham a prejudicar o consumidor idoso, de tal modo, desequilibrando a relação contratual.

Portanto, não há de se olvidar que essa cláusula gera muitos prejuízos e danos ao consumidor, prejuízos esses que por direito devem ser reparados em sua integralidade, como será visto a seguir.

4.3 DO DIREITO A INDENIZAÇÃO DAS VÍTIMAS DE CLÁUSULAS ABUSIVAS DOS PLANOS DE SAÚDE

As vítimas das práticas abusivas dos planos de saúde têm direito a indenização por danos morais e materiais sofridos. O Código de Defesa do Consumidor consagra a responsabilidade objetiva, ou seja, a operadora de plano de saúde deve indenizar a vítima da prática abusiva independente da aferição de culpa. Nos termos do art.14 do CDC, (PLANALTO, 1990):

O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

O Código Civil, consagra o princípio da ampla reparabilidade de danos, estabelecendo em seu art.186 do CC/02: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”. Amplia ainda o raio de ação da responsabilidade civil, impondo que aquele que excede os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé e pelos bons costumes, seja obrigado a indenizar, dispõe o art.187, CC/02: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”.

Impõe também o Código Civil, a responsabilidade objetiva dos planos de saúde em face da natureza da sua atividade, podendo implicar risco para os direitos de outrem. (PLANALTO, 2002):

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

No âmbito consumerista há a previsão da reparação em dobro em seu art.42, parágrafo único do CDC: “O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável.”.

Restando claro que o reajuste por mudança de faixa etária foi ilegal e abusivo, será considerado nulo de pleno direito, nos termos do art.51, IV, X e XIII do CDC, deve ser determinado que os planos de saúde efetuem o pagamento em dobro do valor pago a maior por todos os idosos que tiveram seus planos de saúde reajustados após a vigência do Estatuto do Idoso.

Conclui-se este último capítulo, diante da vulnerabilidade do consumidor idoso, conforme visto no tópico 2.2.3.1 (página 12), por si só tem sua situação agravada decorrente da sua idade, e por isso, tem seu direito à saúde violado diante a prática das operadoras impondo cláusulas de reajuste exorbitantes de modo que ao passar dos anos se torna impossível o adimplemento das contraprestações pecuniárias.

A cláusula de reajuste está contida no contrato de adesão que os consumidores idosos em sua maioria não as leem, não possuem a devida informação que a operadora de plano de saúde tem por obrigação fornecer. É um direito do consumidor idoso, direito esse já abordado no primeiro capítulo, o direito à informação (tópico 2.4.2), que provém do princípio da transparência vinculado ao princípio da vulnerabilidade, sendo o consumidor desprovido de conhecimento sobre o serviço que procura.

A abusividade da cláusula de reajuste vai contra o equilíbrio contratual, é o equilíbrio entre os interesses dos contratantes consumidor e fornecedor. Este

direito abrange o equilíbrio econômico, a equiparação informacional das partes que assegura que as partes tenham possibilidade real de acesso e conhecimento de informações essenciais da contratação, além do equilíbrio de poder de direção na relação contratual em face da vulnerabilidade do consumidor que busca limitar a posição dominante do fornecedor.

Identificada a abusividade na cláusula de reajuste, que desequilibra o contrato tornando excessivamente onerosas as contraprestações pecuniárias para o consumidor idoso e vulnerável a ele facultam-se duas possibilidades: reclamar a decretação de sua nulidade, com fundamento no artigo 51 do CDC, ou requerer sua revisão e modificação, nos termos do artigo 6º, V.

CONCLUSÃO

O consumidor idoso, além das diversas dificuldades enfrentadas pelos consumidores comuns possui maior vulnerabilidade frente aos fornecedores e prestadores de serviços. Sua idade avançada o deixa mais ocioso frente ao seu interesse de agir, de exercer seus direitos, buscar a devida informação sobre seus negócios jurídicos.

Frente a essa fraqueza da parte vulnerável muitas operadoras de planos de saúde se valem para maior obtenção de lucro. Veem que sua atividade está regulada em diversas leis e regulamentos, aproveitando assim o uso da qual lhe dá maior vantagem e conseqüentemente causando danos e prejuízos a seus consumidores.

Dessa forma, pactuam-se contratos de adesão gerando relações de consumo abusivas frente aos consumidores idosos. Estes contratos hoje se encontram sob a vigência da lei do tempo em que houve a contratação, separados da seguinte forma: anteriores à Lei nº 9656/98 (Lei dos Planos de Saúde); anteriores ao Estatuto do Idoso; posteriores ao Estatuto do Idoso. Sob esse critério as operadoras se omitem quanto a atualização do contrato para que as cláusulas abusivas se perpetuem no tempo e os valores exorbitantes pagos pelos idosos continuem. E enquanto os consumidores idosos não buscam a tutela jurisdicional a fim de revisar seu contrato, nada acontece.

As operadoras de plano de saúde em sua maioria argumentam que estão em conformidade com a ANS (Agência Nacional de Saúde Suplementar), que estipula parâmetros para seus reajustes de forma genérica a todos consumidores vedando a discriminação dos idosos. Ocorre que, conforme o estudo no presente trabalho, o entendimento da doutrina e jurisprudência é a individualização de cada caso concreto, pois os parâmetros de reajustes genéricos podem ser abusivos para alguns e para outros não, sendo dever da operadora de plano de saúde por constituir obstáculo à continuidade da contratação pelo beneficiário, devendo a administradora do plano de saúde demonstrar a proporcionalidade entre a nova mensalidade e o potencial aumento de utilização dos serviços, ou seja, para provar a ocorrência de desequilíbrio ao contrato de maneira a justificar o reajuste. O grande problema que para chegar a tal proporcionalidade, faz-se necessário a busca da

tutela jurisdicional, e para os que se omitem continuam se sujeitando ao tratamento abusivo da relação jurídica de consumo ofertada pelas operadoras de plano de saúde.

Desse modo, conclui-se que há muitos consumidores idosos sofrendo com esse desrespeito das operadoras de plano de saúde, e seu direito de indenização pelos danos causados deve ser exercido juntamente com o ressarcimento das prestações mensais pagas em excesso. E assim, com a informação adquirida e a busca de seus direitos pelos consumidores idosos os planos de saúde tendem a mudar sua conduta abusiva, visto que era vantajoso apenas quando seus clientes se mantinham omissos diante de todas as irregularidades contratuais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMAPÁ. Tribunal de Justiça. Acórdão nº 9676. Relator: Desembargador Gilberto Pinheiro. **Diário da Justiça**. Amapá, 2006.

BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani. **Planos de Saúde**. São Paulo: Saraiva, 2015.

BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos e. **Das práticas comerciais**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 6 ed. Revista, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 6. Ed. Brasília: UNB, 1995.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1324344. Relator: Ministro Sidnei Beneti. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 809.329-RJ. Relator: Ministra Nancy Andrichi. **Diário de Justiça da União**. Brasília, 2008.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010. 381 p. Bibliografia. ISBN 978-85-224-5853-0.

CORRÊA FILHO, Luiz Araújo Torres. **Planos de Saúde e suas Cláusulas Abusivas**: de acordo com o código de defesa do consumidor – Lei nº9656/98. [s.l.]: RNC, 2004.

ESMERALDI, Renata Maria Gil da Silva Lopes. **Planos de Saúde no Brasil**: doutrina e jurisprudência. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FARIAS, Carolina Steinmuller; FARIAS, Thélío Queiroz. **Práticas Abusivas das Operadoras de Planos de Saúde**. 2. Ed. Leme/SP. Anhanguera Editora Jurídica, 2014.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2012. 883 p. Inclui bibliografia. ISBN 978-85-224-6784-6.

GOMES, Josiane Araújo. **Contratos de Plano de Saúde**. –Leme (SP): JH Mizuno, 2016.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 18. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____, Orlando. **Contratos**. 24. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor - O novo regime das relações contratuais**. 5ª Ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2005.

_____, Claudia Lima. **Contratos no Código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 1109 p. (Biblioteca de Direito do Consumidor, 1). ISBN 85-203-2250-6.

MARQUES, Cláudia Lima. **O “Diálogo das Fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo de Erik Jayme**. In: MARQUES, Cláudia Lima (coord.). **Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Direito do consumidor: defesa do consumidor em juízo e sanções administrativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 2 . 1208 p. (Doutrina, processos e procedimentos). Inclui bibliografia. ISBN 978-85-203-5834-4.

MARQUES, Cláudia Lima; SCHMITT, Cristiano Heineck. **Visões sobre os planos de saúde privada e o Código de Defesa do Consumidor**. In: MARQUES, Cláudia Lima (et al). **Saúde e Responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde**. (Biblioteca do direito do consumidor v.36). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MESSINEO apud LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil: fonte das obrigações: contratos**. 5 ed. Rio: Freitas Bastos, 1999.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Súmula nº 1.0024.10.173352-5/002, 12ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Domingos Coelho. **Diário da Justiça**. Minas Gerais, 2013.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 4 ed. rev. atu e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 830 p. Inclui bibliografia. ISBN 978-85-203-4669-3.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. **A proteção constitucional do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010. 272 p. Inclui bibliografia. ISBN 978-85-224-1124-5.

PLANALTO. Lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 fev. 2017.

_____. Lei nº 8078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 10 nov. 2016.

_____. Lei nº 9656, de 3 de junho de 1998. **Lei dos Planos de Saúde**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656compilado.htm>. Acesso em: 20 dez. 2016.

_____. Lei nº 9961, de 29 de janeiro de 2000. **Agência Nacional de Saúde Suplementar**. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9961.htm>. Acesso em: 16 set. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70012183521, 6ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Ubirajara Mach de Oliveira. **Diário da Justiça**. Rio Grande do Sul, 25 set. 2005.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade**, v. 3. 29. Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SANTOS, Maurício Barbosa dos. **Planos de saúde e o código de defesa do consumidor**. São Paulo: Cultura Jurídica, 2007. 249 p. ISBN 978-85-986-6908-3

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos direitos fundamentais**. 9. Ed. rev. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.218.

SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade civil dos planos de seguros de saúde**. Curitiba: Juruá, 2005.

SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. **Cláusulas Abusivas no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2003.