

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Diego Eidelvein do Canto

A VULNERABILIDADE AGRAVADA DO CONSUMIDOR-IDOSO NOS PLANOS
PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE

PORTO ALEGRE

2017

Diego Eidelvein do Canto

**A VULNERABILIDADE AGRAVADA DO CONSUMIDOR-IDOSO NOS
PLANOS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, com ênfase em Direito Privado, pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientadora: Professora Doutora
Claudia Lima Marques

PORTO ALEGRE

2017

CIP - Catalogação na Publicação

Eidelvein do Canto, Diego
A VULNERABILIDADE AGRAVADA DO CONSUMIDOR-IDOSO NOS PLANOS
PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE / Diego Eidelvein do Canto. -- 2017.
225 f.

Orientador: Claudia Lima Marques.

Dissertação (Mestrado) -- Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade
de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre, BR-RS, 2017.

1. Direito do consumidor. 2. Planos privados de assistência à saúde. 3. Contrato
cativo de longa duração. 4. Princípio da vulnerabilidade. 5. Proteção do
consumidor-idoso. I. Lima Marques, Claudia, orient. II. Título.

DIEGO EIDELVEIN DO CANTO

**A VULNERABILIDADE AGRAVADA DO CONSUMIDOR-IDOSO NOS
PLANOS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, com ênfase em Direito Privado, pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Porto Alegre, 26 de setembro de 2017.

Banca Examinadora:

**Professora Doutora Claudia Lima Marques
Orientadora**

Professor Doutor Bruno Barbosa Nubens Miragem

Professor Doutor Cristiano Heineck Schmitt

Professora Doutora Bibiana Graeff Chagas Pinto Fabre

AGRADECIMENTOS

O caminho acadêmico é um processo instigante da vida ativa do ser humano e, em que pese pareça ser uma ação solitária, não é passível de ser percorrido sozinho. Posso afirmar, assim, que somente consegui realizar este estudo com o auxílio e o apoio daqueles que estavam ao meu lado, não podendo deixar de demonstrar a minha gratidão e estima a estes.

Agradeço, primeiramente, à Professora Doutora Claudia Lima Marques pelos valiosos ensinamentos e, sobretudo, pela orientação segura, guiada por um conhecimento inesgotável, com senso de justiça. Sem à sua confiança e paciência, jamais poderia alcançar este objetivo tão caro a mim.

Aos meus pais, Jorge Luiz Lopes do Canto e Irma Elizabeth Eidelvein do Canto, pelo amor e apoio incondicionais que possibilitaram que eu enfrentasse novos desafios e transpusesse minhas limitações.

Ao meu irmão, Rodrigo Eidelvein do Canto, pelo fraterno companheirismo que guia e ilumina o meu caminho desde o meu nascimento. Sei que sempre poderei contar com a tua amizade à semelhança do que cantam Kleiton e Kledir: “vou sempre estar aqui / junto a ti, feito corpo e alma / meu irmão meu par”.

À Vanessa Zardo Lorenzon, pelas valiosas contribuições para esta dissertação, mas, especialmente, pelo amor e carinho dispendidos em momentos essenciais, sem os quais não poderia percorrer esta jornada.

RESUMO

O presente trabalho analisa as relações de consumo nos planos privados de assistência à saúde a partir dos princípios da vulnerabilidade e da confiança. Aborda o contexto pós-moderno no qual este pacto está inserido e os reflexos que o avançar da idade podem trazer aos serviços médico-ambulatoriais. Analisa o tema a partir da doutrina, legislação e jurisprudência, investigando qual a resposta dada pelos operadores do direito para enfrentar os desafios que o agravamento da vulnerabilidade do consumidor-idoso traz aos planos e seguros de saúde. Busca verificar quais os instrumentos necessários para a tutela da saúde do idoso e de sua confiança, permitindo que ingressem nestes pactos com padrões mínimos e inderrogáveis de proteção, para que haja um desenvolvimento social harmônico e um crescimento econômico equilibrado desta importante parcela do mercado de consumo. Aborda a vulnerabilidade inerente à relação de consumo e a imprescindibilidade de uma hermenêutica jurídica adequada à proteção dos idosos nos contratos de planos e seguros de assistência à saúde, bem como a importância do diálogo das fontes para reconstruir a confiança dos consumidores-idosos. Examina o fenômeno crescente da judicialização da saúde suplementar no Brasil para o controle de cláusulas e práticas abusivas neste importante setor do mercado de consumo. Por fim, ressalta a necessidade de ações afirmativas no campo dos serviços privados médico-assistenciais através do diálogo das instituições como forma de reconstruir e reforçar a confiança do consumidor.

Palavras-chave: Direito do consumidor. Planos privados de assistência à saúde. Contrato cativo de longa duração. Princípio da vulnerabilidade. Proteção do consumidor-idoso.

ABSTRACT

The present work analyzes consumer relations in the healthcare plans and in the health insurance based on the principles of vulnerability and trust. It addresses the postmodern context in which this pact is inserted and the reflexes that advancing age can bring to the medical outpatient services. It analyzes this issue from the doctrine, legislation and jurisprudence, investigating the response given by legal operators to the challenges that the aggravation of the vulnerability of the elderly consumer can bring to health insurance and healthcare plans. It seeks to verify the necessary mechanisms to protect the health of the elderly and their confidence, allowing them to enter in these contracts with minimum and non-derogable standards of protection, so it can be had a harmonious social development and balanced economic growth of this important part of the consumer market. It discourses the vulnerability inherent in the relationship of consumption and the indispensability of proper legal interpretation to the protection of the elderly in healthcare plans and health insurance, and the importance of the dialogue of the sources to rebuild elderly consumer confidence. Examines the growing phenomenon of the development of the number of claims at the Judiciary, associated to matters related to health insurance and healthcare plans in Brazil and to the control of clauses and abusive practices in this important sector of the consumer market. Finally, it emphasizes the need for affirmative action in the field of private medical care services through institutional dialogue to rebuild consumer confidence and strengthen the principle of trust, contributing to a harmonious social development and balanced economic growth. Finally, it emphasizes the need for affirmative action in the field of private medical care services through institutional dialogue to rebuild consumer confidence and strengthen the principle of trust.

Keywords: Consumer law. Healthcare plans and health insurance. Long-term contract. Vulnerability principle. Protection of the elderly consumer.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 O SISTEMA PRIVADO DE SAÚDE SUPLEMENTAR NO BRASIL E O PARADIGMA CONTRATUAL PÓS-MODERNO.....	20
2.1 PERSPECTIVAS TEÓRICAS DA SAÚDE SUPLEMENTAR.....	28
2.1.1 O mercado da saúde suplementar: raízes históricas, regulação e normatização	31
2.1.2 O contrato de plano privado de assistência à saúde: conceito, características e classificação	52
2.2 HERMENÊUTICA JURÍDICO-CONTRATUAL NA CONTEMPORANEIDADE E A VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR....	75
2.2.1 A eficácia dos direitos fundamentais na interpretação dos planos e seguros de saúde	77
2.2.2 O reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor nas relações de consumo	94
3 A VULNERABILIDADE AGRAVADA DO CONSUMIDOR-IDOSO E A SUA TUTELA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO.....	113
3.1 A CATEGORIA JURÍDICA DO CONSUMIDOR-IDOSO E A SUA VULNERABILIDADE AGRAVADA	119
3.1.1 A vulnerabilidade agravada do idoso frente aos operadores de planos privados de assistência à saúde.....	122

3.1.2 A proteção da confiança do consumidor-idoso nos planos privados de assistência à saúde	141
3.2 REFLEXOS DO REGIME JURÍDICO DOS PLANOS E SEGUROS DE SAÚDE NA DEFESA DO CONSUMIDOR-IDOSO.....	160
3.2.1 A judicialização da saúde suplementar: o controle de cláusulas e práticas abusivas.....	162
3.2.2 Ações afirmativas no campo da saúde suplementar.....	177
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	194
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	202

1 INTRODUÇÃO

O ser humano é por natureza um ser político-social¹ que se manifesta através da fala e da ação para se comunicar com outras pessoas e, desse modo, se inserir dentro de uma comunidade². Através do discurso e da ação, o indivíduo revela para seus pares sua identidade pessoal e singular, realizando interações dentro de um determinado grupo.

A vida comunitária é indispensável à sobrevivência do homem, pois, individualmente, este não teria como suprir todas as suas necessidades³. Nesse sentido, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de Sousa leciona que “o homem não acontece, não subsiste e muito menos se desenvolve isoladamente”⁴, devendo a compreensão de suas interações jurídico-sociais serem analisadas a partir de sua existência físico-espiritual e de sua integração comunitária, observada dentro de um contexto histórico, político, econômico e cultural.

Em uma sociedade organizada, essas relações são regidas por regras e princípios que buscam proteger e garantir uma série de direitos, bem como impor igualmente determinado número de deveres ao ser humano⁵. Assim, o direito possui o escopo de estabelecer normas jurídicas sobre as quais os

¹ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 20.

² Hannah Arendt afirma que: “a ação e o discurso são os modos pelos quais os seres humanos se manifestam uns aos outros, não como meros objetos físicos, mas enquanto homens”. Nesse sentido, prossegue a autora, é “com palavras e atos que nos inserimos no mundo humano”. (ARENDR, Hannah. *A condição humana*. Trad. Roberto Raposo. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 189).

³ Karl Engisch refere que o homem nasce e cresce no seio da comunidade e, com a exceção de casos anormais, jamais se separa dela. *Vide*, também: ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado. 8.ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001, p. 12. É neste sentido o relato de Albert Einstein ao salientar que: “Ao refletir sobre minha existência e minha vida social, vejo claramente minha estrita dependência intelectual e prática. Dependendo integralmente da existência e da vida dos outros. E descubro ser minha natureza semelhante em todos os pontos à natureza do animal que vive em grupo. Como um alimento produzido pelo homem, visto uma roupa fabricada pelo homem, habito uma casa construída por ele. O que sei e o que penso, eu o devo ao homem.”. (EINSTEIN, Albert. *Como vejo o mundo*. Trad. H. P. de Andrade. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1981, p. 10).

⁴ SOUSA, Rabindranath Valentino Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 184.

⁵ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3.ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 1-2.

homens ordenam suas relações com seus pares, prevenindo e reparando conflitos de forma pacífica⁶, regulando condutas e dando estabilidade a este estado convивencial⁷.

Diante desse objetivo precípua do direito, o direito obrigacional e o direito contratual possuem importante papel para o desenvolvimento do processo social de colaboração econômica entre os indivíduos, ligado a produção e distribuição de bens e de prestação de serviços⁸, uma vez que conferem segurança e previsibilidade às operações econômicas e sociais.

A esse respeito é oportuno destacar que o contrato é um fato da vida em sociedade⁹. Sendo assim, nos termos das lições de Enzo Roppo¹⁰, em que pese este seja um conceito jurídico, ligado a uma construção da ciência jurídica, reflete sempre uma realidade exterior a si, correspondente a uma realidade de interesses, de relações e de situações econômico-sociais¹¹. Por este motivo, Claudia Lima Marques¹² destaca que a sua concepção é moldada de acordo com as práticas sociais, a moral e o modelo econômico de

⁶ Sobre a relação próxima do direito com o ser social do ser humano, Karl Larenz leciona que: “Direito apresenta, além disso, uma relação estreita com a existência social do homem; é, de acordo com a opinião geral, um conjunto de regras, em conformidade às quais os homens ordenam entre si a conduta, a qual pode ser avaliada de acordo com essas regras. É a condição de todas as formas mais desenvolvidas de sociabilidade, na medida em que possibilita a prevenção de conflitos ou o seu arbitramento pacífico.”. (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamago. 3.ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 261). Sobre o tema, veja também: BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. 2.ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2002, p. 466-471; WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Trad. A. M. Botelho Hespanha. 2.ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1980, p. 710 e ss.

⁷ Norbert Horn afirma que: “[...] a ordem garantida estatalmente tem diversas tarefas (funções) para regulação da vida em comum das pessoas no Estado considerado. As tarefas mais importantes podem ser resumidas nas seguintes palavras-chaves: (a) ordem de paz, (b) ordem de liberdade, (c) segurança social, (d) cooperação e (e) integração”. (HORN, Norbert. *Introdução à ciência do direito e à filosofia jurídica*: Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie. Trad. Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 29).

⁸ Nesse sentido, Ronaldo Porto Macedo Júnior aduz que: “Analisar o contrato enquanto prática implica estendê-lo como um elemento indissolúvelmente ligado á sociedade na qual ele existe”. Por este motivo, prossegue o autor: “não se concebe uma relação contratual sem instituições estabilizadoras, regras sociais, valores, economia e linguagem”. (MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 151-152).

⁹ TIMM, Luciano Benetti. *Direito contratual brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico*. 2.ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2015, p. 5.

¹⁰ ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p. 7-9 e 11.

¹¹ Assim: GHERSI, Carlos Alberto. *Contratos civiles y comerciales: partes general y especial*. Tomo I. 4.ª ed. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1998, p. 4-7.

¹² MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 56.

determinada época. E não poderia ser diferente, pois a vida em comunidade do ser humano está em constante evolução, mudando-se as necessidades e criando-se novas formas de relações com o progresso, ocasionando, assim, uma evolução natural do direito e do pensamento teórico-jurídico¹³.

Nas últimas décadas, a integração entre povos e Nações, decorrente da globalização, ganhou notável velocidade de materialização e consolidação¹⁴, uma vez que o mundo, como uma “aldeia global”¹⁵, tem cada vez mais interações instantâneas e internacionais¹⁶. A instantaneidade e a facilidade das comunicações fizeram desaparecer elementos como a distância e o tempo¹⁷, conferindo um caráter atemporal e transnacional às relações interpessoais e institucionais. É nesse sentido que Erik Jayme¹⁸ refere que os tempos pós-modernos¹⁹ significam pluralidade, comunicação, velocidade, ubiquidade,

¹³ Conforme explica Eros Roberto Grau: “O direito é um nível da realidade social”. (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2.^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 119). Por esse motivo, Pietro Pierlingiere refere que: “O Direito é ciência social que precisa de cada vez maiores aberturas; necessariamente sensível a qualquer modificação da realidade, entendida na sua mais ampla acepção. Ele tem como ponto de referencia o homem na sua evolução psicofísica, ‘existencial’, que se torna história na sua relação com outros homens”. (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3.^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 1).

¹⁴ Vide: ZAVASCKI, Teori Albino. *Cooperação jurídica internacional e a concessão de exequatur. Doutrinas Essenciais de Direito Internacional*, vol. 4, p. 1393-1407, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, fev./2012.

¹⁵ Essa expressão é utilizada por Marshall McLuhan, veja: MCLUHAN, Marshall. *Os meios de comunicação como extensões do homem*. 17.^a ed. São Paulo: Editora Cultrix, 2011, p. 112.

¹⁶ Como pontua José Ortega y Gasset: “A vida mundializou-se efetivamente; quero dizer que o conteúdo da vida no homem de tipo médio é hoje todo o planeta; que cada indivíduo vive habitualmente todo o mundo”. (GASSET, José Ortega y. *A Rebelião das Massas*. Tradução de Herrera Filho. 3.^a ed. Rio de Janeiro: Livro Ibero-americano, 1971, p. 135).

¹⁷ Antony Giddens leciona que: “Na era moderna, o nível de distanciamento tempo-espaco é muito maior do que em qualquer período precedente, e as relações entre formas sociais e eventos locais e distantes se tornam correspondentemente ‘alongadas’. A globalização se refere essencialmente a este processo de alongamento, na medida em que as modalidades de conexão entre diferentes regiões ou contextos sociais se enredaram através da superfície da Terra como um todo”. (GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. Trad. Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991, p. 60).

¹⁸ JAYME, Erik. *Direito internacional privado do novo milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS*. vol. I. n. 1. p. 85-97. Porto Alegre: UFRGS, mar. 2003, p. 86 e ss. Veja, também: MARQUES, Claudia Lima. *Ensaio para uma introdução ao direito internacional privado*. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes (coord.); TRINDADE, Antônio Augusto Cançado (coord.); PEREIRA, Antônio Celso Alves (coord.). *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Celso D. Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 319 e ss.

¹⁹ Jean-François Lyotard leciona que o termo “pós-moderno” é utilizado para designar: “o estado da cultura após as transformações que afetaram as regras da ciência, da literatura e das artes a partir do final do século XIX”. (LYOTARD, Jean-François. *O pós-moderno*. Trad. Ricardo Corrêa Barbosa. 3.^a ed. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1988, p. XV).

fluidez, e, principalmente, uma internacionalização das relações interpessoais privadas.

De igual maneira, a partir da segunda metade do século XX, observou-se que as inovações nas áreas da indústria, da comunicação e da tecnologia, e a modernização dos meios de transporte de longa distância, impulsionaram ainda mais a produção e distribuição de mercadorias e serviços, consolidando a sociedade de consumo massificada²⁰, em que imperam ações de “indução ao consumo de bens materiais e imateriais, de publicidade massiva e métodos agressivos de ‘marketing’”²¹.

Tais situações resultam na promoção e propagação “de graves e renovados riscos na vida em sociedade em geral e de insegurança quanto ao futuro”²², pois ensejaram profundas transformações nas características qualitativas e quantitativas das relações intersubjetivas, trazendo novos desafios à sociedade pós-moderna, em especial, no que diz respeito à área da saúde. Não à toa, Ulrich Beck aponta que a sociedade contemporânea é uma sociedade de riscos, ao referir que:

Na modernidade tardia, a produção social de “riqueza” é acompanhada sistematicamente pela produção social de “riscos”. Consequentemente, aos problemas e conflitos distributivos da sociedade da escassez sobrepõem-se os problemas e conflitos surgidos a partir da produção, definição e distribuição de riscos científico-tecnologicamente produzidos. Essa passagem da lógica de distribuição de riqueza na sociedade da escassez para a lógica da distribuição de riscos na modernidade tardia está ligada historicamente a (pelo menos) duas condições. Ela, consuma-se, em primeiro lugar – como se pode reconhecer atualmente –, quando e na medida em que, através do nível alcançado pelas forças produtivas humanas e tecnológicas, assim como pelas garantias e regras jurídicas e do Estado Social, é objetivamente reduzida e socialmente isolada a “autêntica carência material”. Em

²⁰ Sobre o período, Gilles Lipovetsky leciona que: “A segunda fase do consumo, que surge por volta de 1950, designa o momento em que a produção e consumo de massa não mais estão reservados unicamente a uma classe de privilegiados; em que o individualismo se liberta das normas tradicionais; e em que emerge uma sociedade cada vez mais voltada para o presente e as novidades que ele traz, cada vez mais tomada por uma lógica da sedução, esta concebida na forma de uma hedonização da vida que seria acessível ao conjunto de camadas sociais”. (LIPOVETSKY, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. Trad. Mário Vilela. São Paulo: Editora Barcarolla, 2004, p. 24).

²¹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 96.

²² MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 96.

segundo lugar, essa mudança categorial deve-se simultaneamente ao fato de que, a reboque das forças produtivas exponencialmente crescentes no processo de modernização, são desencadeados riscos e potenciais de autoameaça numa medida até então desconhecida”.²³

Desse modo, o anseio do ser humano e da sociedade de controlar estes novos riscos, ocasionados pelo desenvolvimento tecnológico, associados à globalização e a massificação das relações de consumo, resultou em uma preocupação ainda maior com as questões envolvendo a prevenção, promoção e manutenção da saúde dos indivíduos. E não poderia ser diferente, pois, conforme explica Moacyr Scliar²⁴, o aumento da comunicação entre povos e nações, assim como a adoção de estilos de vida pouco saudáveis, teve por consequência a globalização de enfermidades²⁵.

É neste contexto que surgem os seguros e planos de saúde, que são fruto da genialidade humana para prevenir ou amenizar a ocorrência de riscos, bem como administrar as consequências da vivência e convivência do ser humano com seus pares²⁶. Assim, surgem nos pactos ligados à assistência à saúde uma forma de segurança dos cidadãos de que no momento que necessitarem estarão amparados contratualmente pelo sistema privado, garantindo eventos futuros e incertos relacionados à saúde²⁷.

²³ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010, p. 21.

²⁴ SCLiar, Moacyr. *Do mágico ao social: trajetória da saúde pública*. São Paulo: Editora SENAC São Paulo, 2002, p. 125.

²⁵ Jair Ferreira dos Santos abordando os riscos e problemas enfrentados pela sociedade pós-moderna, refere que: “O choque entre a racionalidade produtiva e os valores morais e sociais já se esboçava no mundo moderno, o industrial. Na atualidade pós-moderna, ele ficou agudo, bandeiríssimo, porque a tecno-ciência invade o cotidiano com mil artefatos e serviços, mas não oferece nenhum valor moral além do hedonismo consumista. Ao mesmo tempo, tais sociedades fabricam fantasmas alarmantes como a ameaça nuclear, o desastre ecológico, o terrorismo, a crise econômica, a corrupção política, os gastos militares, a neurose urbana, a insegurança psicológica”. (SANTOS, Jair Ferreira dos. *O que é pós-moderno*. 2.^a ed. São Paulo: Brasiliense, 2004, p. 73). No mesmo sentido: VENTURA, Deisy. *Direito e saúde global: o caso da pandemia de gripe A (H1N1)*. São Paulo: Outras Expressões/Dobra Editorial, 2013, p. 45-46.

²⁶ Esta colocação é feita por Angélica Carlini e Maria da Glória Faria. In: CARLINI, Angélica; FARIA, Maria da Glória. *Fundamentos jurídicos e técnicos dos contratos de seguro: o dever de proteção da mutualidade*. In: MIRAGEM, Bruno (org.); CARLINI, Angélica (org.). *Direito dos seguros: fundamentos de direito civil, direito empresarial e direito do consumidor*. 1.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 67 e ss.

²⁷ Sobre o tema, veja: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *Seguros e planos de assistência à saúde: risco, solidariedade e os direitos do consumidor*. In: MIRAGEM, Bruno (org.); CARLINI, Angélica (org.). *Direito dos seguros: fundamentos de direito civil, direito empresarial e direito do consumidor*. 1.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p.

Pontua-se, de plano, que o negócio jurídico ligado à assistência à saúde possui objeto distinto dos demais bens de consumo, uma vez que está estritamente ligado ao corpo e à vida do consumidor²⁸, servindo como meio para promoção e preservação da sua vida e da sua saúde, e, conseqüentemente, à própria proteção da pessoa humana²⁹. Ademais, tratando-se de serviço fornecido pelo setor privado, dois valores antagônicos devem ser sopesados, quais sejam, a operação econômica, na qual o equilíbrio atuarial do plano deve ser observado para que o contrato atinja o fim dele esperado, e o interesse do consumidor no sentido de que a sua saúde seja preservada³⁰.

No entanto, em muitas situações, esses interesses antagônicos muitas vezes se colidem, especialmente diante da grande difusão deste serviço essencial à manutenção e preservação da saúde no mercado de consumo, através das cláusulas gerais e dos contratos de adesão³¹, bem como frente ao elevado poder econômico e informacional dos fornecedores destes serviços, a relação jurídica entabulada entre consumidor e fornecedor está sujeita a

183 e ss; MELLO, Marco Aurélio. Saúde suplementar, segurança jurídica e equilíbrio econômico-financeiro. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira Carneiro (coord.). *Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012, p. 3-4.

²⁸ LOPES, José Reinaldo de Lima. Consumidores de seguros e planos de saúde (ou, doente também tem direitos). In: MARQUES, Claudia Lima (coord.); LOPES, José Reinaldo de Lima (coord.); PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (coord.). *Saúde e responsabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 23-35, p. 25.

²⁹ Saliante-se, ainda, que os planos privados de assistência à saúde possuem uma grande importância social e econômica para a sociedade contemporânea. No que tange à dimensão social do contrato de seguro, veja: PASQUALOTTO, Adalberto. *Contratos nominados III: seguro, constituição de renda, jogo e aposta, fiança, transação, compromisso*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 49-50. Veja, também, os comentários de Bruno Miragem sobre este pacto: “ Trata-se de contratos que apresentam características peculiares, na medida em que: a) revestem-se de grande importância social, dado o caráter vital da prestação principal do fornecedor; b) seu interesse útil revela-se na promoção e preservação da vida e da saúde do consumidor, vinculando-se por isso com a própria proteção da pessoa humana; c) durante a execução do contrato, em muitas situações percebe-se a vulnerabilidade agravada do consumidor, em vista de enfermidade e a necessidade da obtenção de meios para seu tratamento”. (MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 463).

³⁰ PASQUALOTTO, Adalberto. A regulamentação dos planos e seguros de assistência à saúde: uma interpretação construtiva. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.); LOPES, José Reinaldo de Lima (coord.); PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (coord.). *Saúde e responsabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 47-48.

³¹ Segundo Claudia Lima Marques, o contrato de adesão: “é aquele cujas cláusulas são preestabelecidas unilateralmente pelo parceiro contratual economicamente mais forte (fornecedor), *ne varietur*, isto é, sem que o outro parceiro (consumidor) possa discutir ou modificar substancialmente o conteúdo do contrato escrito”. (MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 76).

abusividades e ilegalidades, principalmente em face de idosos³². Em decorrência destes fatores, faz-se necessário reconhecer a existência de uma desigualdade entre as partes contratantes, para que se possa proteger o sujeito vulnerável, o consumidor, e, em especial, o sujeito em situação de vulnerabilidade agravada, o consumidor-idoso.

Refere-se que com o avançar da idade os serviços médico-ambulatoriais se tornam cada vez mais necessários³³. Conforme apontam Ana Amélia Caramano, Solange Kanso e Juliana Leitão e Mello, “aproximadamente 40% do tempo vivido pelos idosos brasileiros são sem saúde”³⁴. Estes consumidores, portanto, possuem uma maior necessidade e catividade deste serviço essencial à manutenção e preservação de sua saúde, de modo que eventual descumprimento ou descontinuidade deste contrato de longa duração³⁵, por parte do fornecedor, poderá acarretar danos mais graves àqueles em comparação com os consumidores “standards”³⁶.

³² SCHMITT, Cristiano Heineck. *Consumidores hipervulneráveis: a proteção do idoso no mercado de consumo*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 242-244.

³³ Veja: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 145-147. Sobre a necessidade de atenção à saúde da pessoa idosa, Cláudia Martin, Diego Rodríguez-Piázon e Bethany Brown referem que: “States should give particular attention to securing the right to health, ensuring equality and non-discrimination. Aging can present a significant challenge to achieving affective health care. Health systems should be responsive to the particular needs of older persons”. (MARTIN, Cláudia. RODRÍGUEZ-PINZÓN, Diego. BROWN, Bethany. *Human rights of older people: universal and regional legal perspectives*. (*Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice*; 45). Dordrecht: Springer, 2015, p. 74-75).

³⁴ CARAMANO, Ana Amélia; KANSO, Solange; MELLO, Juliana Leitão e. Quão além dos 60 poderão viver os idosos brasileiros. In: CARAMANO, Ana Amélia (org.). *Os novos idosos brasileiros: muito além dos 60?* Rio de Janeiro: IPEA, 2004, p. 103.

³⁵ Refere-se que, em se tratando de um contrato de longa duração, os deveres de cooperação e solidariedade são ainda mais necessários para que as trocas sejam mantidas coesas, principalmente porque a permanência da relação entre as partes reconhece e exige uma abertura maior do contrato, diante da impossibilidade de se prever todas as situações e contingências que surgirão no decorrer da relação de longo prazo. Dessa forma, pode-se afirmar que, quanto maior for a confiança entre os contraentes, maior será a sua cooperação e, conseqüentemente, melhor será a eficiência econômica do negócio jurídico, atingindo, assim, a sua função social. Sobre o tema veja a importante obra: BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função social dos contratos: interpretação à luz do Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2009. Especificamente, sobre a função social do contrato de plano de assistência à saúde, veja: FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de direito de saúde suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012, p. 155 e ss.

³⁶ MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 145-147. E continuam: “[...] é evidente que uma maior necessidade em relação a produtos ou serviços de parte do idoso, faz presumir que eventual inadimplemento por parte do fornecedor dê causa a danos mais graves do que seriam de se indicar aos consumidores em geral”.

Assim, o tema ora tratado está em voga no meio doutrinário e jurisprudencial, provocando inúmeros debates sobre a matéria, sobretudo frente ao crescente número de reclamações³⁷ e demandas³⁸ propostas em face de operadores dos planos ligados à saúde, nas quais se busca o efetivo cumprimento das obrigações entabuladas no pacto, a fim de que seja garantida a proteção dos consumidores em situação de vulnerabilidade agravada, sobretudo os idosos.

Todos os elementos expostos até aqui resultam em questionamentos, pois é preciso saber em que medida há um agravamento da vulnerabilidade dos consumidores em razão de sua idade nos planos privados de assistência à saúde e como salvaguardar a confiança e o direito à saúde dos consumidores-idosos nesta parcela do mercado de consumo, dando efetividade ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (artigo 1.º, inciso III, da Constituição Federal), do direito fundamental à saúde (artigo 6.º da Constituição Federal), da proteção do consumidor (artigo 5.º, XXXII, da Constituição Federal) e de proteção do idoso (artigos 1.º, III, e 230, ambos da Constituição Federal).

Tomando essas indagações como base, e inspirado nas obras de Claudia Lima Marques³⁹, Bruno Miragem⁴⁰, Cristiano Heineck Schmitt⁴¹ e Maria Stella Gregori⁴², o presente trabalho analisará o contrato de plano privado de assistência à saúde de consumo sob duas perspectivas: a) primeira, contextualizar o contrato de plano privado de assistência à saúde sob o

³⁷ Conforme dados e indicadores fornecidos no sítio da Agência Nacional de Saúde Suplementar, apenas no mês de junho de 2016, foram recebidas pela agência reguladora 7.306 (sete mil trezentos e seis) reclamações de consumidores. Entre os principais temas envolvendo reclamações estavam os problemas relacionados à cobertura, aos contratos e os regulamentos, as mensalidades e os reajustes. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-e-indicadores-do-setor/sala-de-situacao>>. Acesso em: 30 de set. 2016.

³⁸ Segundo dados fornecidos pelo Superior Tribunal de Justiça, em 2014, ingressaram no egrégio tribunal superior mais de quatro mil demandas envolvendo contratos de planos privados de assistência à saúde, estando a temática situada entre os vinte assuntos mais demandados no STJ. Para mais informações, *vide*: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2015: ano-base 2014*. Brasília: CNJ, 2015, p. 450.

³⁹ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

⁴⁰ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

⁴¹ SCHMITT, Cristiano Heineck. *Consumidores hipervulneráveis: a proteção do idoso no mercado de consumo*. São Paulo: Atlas, 2014.

⁴² GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor*. 3.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

enfoque dos paradigmas contratuais pós-modernos, de proteção da dignidade da pessoa humana e de reconhecimento de sujeitos especiais de direitos; e b) segundo, quais os instrumentos necessários para a tutela da saúde do idoso e de sua confiança, permitindo que ingressem nos seguros e planos de saúde com padrões mínimos e inderrogáveis de proteção, para que haja um desenvolvimento social harmônico e um crescimento econômico equilibrado desta importante parcela do mercado de consumo.

Para o presente estudo, optar-se-á por um método plural e hermenêutico, examinando-se e interpretando-se a jurisprudência, as leis e a produção doutrinária sobre o tema, com intuito de constatar qual a resposta dada pelos operadores do direito brasileiro para o enfrentamento dos problemas relacionados ao avanço da idade nos planos privados de assistência à saúde e ao agravamento da vulnerabilidade do consumidor-idoso. Refere-se que será utilizado o plano francês para estruturar este trabalho.

Para tanto, no segundo capítulo, dar-se-á maior atenção ao desenvolvimento do mercado de saúde suplementar no Brasil, através de suas raízes históricas, regulação e normatização, bem como da conceituação, caracterização e classificação dos pactos privados de assistência à saúde. Abordar-se-á, também, a contextualização deste negócio jurídico na pós-modernidade, a fim de tratar sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações contratuais privadas e sua repercussão na saúde suplementar, bem como do conseqüente reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.

No terceiro capítulo, investigar-se-á o agravamento da vulnerabilidade do consumidor com o avançar da idade no mercado de saúde suplementar, discorrendo, também, sobre proteção prioritária da saúde do idoso e de sua confiança neste importante setor do mercado de consumo. Por fim, abordar-se-á a tutela destes sujeitos em situação de vulnerabilidade agravada através do controle judicial de cláusulas e práticas reputadas como abusivas nos planos de assistência à saúde, bem como a necessidade de ações afirmativas no campo da saúde suplementar através do diálogo de instituições para que se busquem alternativas à judicialização da saúde, como forma de operacionalizar os direitos do consumidor-idoso.

Destarte, o presente trabalho buscará verificar e analisar a imprescindibilidade de uma hermenêutica jurídica adequada à proteção dos idosos nos contratos de planos privados de assistência à saúde, através dos princípios e normas que emanam da Constituição da Republica Federativa do Brasil, que prioriza a garantia do direito fundamental à saúde, à proteção do consumidor e do idoso, contribuindo para um desenvolvimento social harmônico e um crescimento econômico equilibrado desta parcela do mercado de consumo.

2 O SISTEMA PRIVADO DE SAÚDE SUPLEMENTAR NO BRASIL E O PARADIGMA CONTRATUAL PÓS-MODERNO

A evolução da saúde como ciência está intrinsecamente ligada à evolução da história humana, pois a subsistência do homem na Terra está relacionada ao estudo de sua incolumidade⁴³ física e mental. O conceito de saúde não representa a mesma coisa para todas as pessoas, podendo variar de acordo com fatores político-econômico-sociais de determinada época, lugar, classe social, bem como valores individuais, concepções científicas, religiosas e filosóficas⁴⁴.

Moacyr Scliar salienta que o tema da saúde e da doença é um antigo acompanhante da espécie humana⁴⁵, sendo observada, inclusive, em pesquisas paleontológicas, ao referir que:

[...] múmias egípcias apresentam sinais de doença (exemplo: a varíola do faraó Ramsés V). Não é de admirar que desde muito cedo a Humanidade se tenha empenhado em enfrentar essa ameaça, e de várias formas, baseadas em diferentes conceitos do que vem a ser a doença (e a saúde). Assim, a concepção mágico-religiosa partia, e parte, do princípio de que a doença resulta da ação de forças alheias ao organismo que neste se introduzem por causa do pecado ou de maldição. Para os antigos hebreus, a doença não era necessariamente devida à ação de demônios, ou de maus espíritos, mas representava, de qualquer modo, um sinal da cólera divina, diante dos pecados humanos. Deus é também o Grande Médico: “Eu sou o Senhor, e é saúde que te trago” (Êxodo 15, 26); “De Deus vem toda a cura” (Eclesiastes, 38, 1-9).

[...]

⁴³ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de direito de saúde suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012, p. 5.

⁴⁴ Veja: FERNANDES NETO, Antonio Joaquim. *Plano de saúde e direito do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 21 e ss.

⁴⁵ Maury Ângelo Bottesini salienta que da Roma antiga veio o brocardo “salus populi suprema lex esto”, isto é, “a salvação/saúde do povo deve ser a lei suprema”. Nesta época, o legionário que servisse no exército romano por 25 anos teria direito a uma pensão e um garantia de assistência à saúde vitalícios, para si e para sua família. Veja: BOTTESINI, Maury Ângelo. *Contratos de planos e seguros privados de assistência à saúde – princípios básicos da atividade – suporte jurídico-legal e constitucional*. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira Carneiro (coord.). *Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012, p. 47.

Já o desenvolvimento da mecânica influenciou as idéias de René Descartes, no século XVII. Ele postulava um dualismo mente-corpo, o corpo funcionando como uma máquina. Ao mesmo tempo, o desenvolvimento da anatomia, também consequência da modernidade, afastou a concepção humoral da doença, que passou a ser localizada nos órgãos. No famoso conceito de François Xavier Bichat (1771-1802), saúde seria o “silêncio dos órgãos”.

Mas isto não implicou grandes progressos na luta contra as doenças, que eram aceitas com resignação: Pascal dizia que a enfermidade é um caminho para o entendimento do que é a vida, para a aceitação da morte, principalmente de Deus. Mais tarde, os românticos não apenas aceitariam a doença, como a desejariam: morrer cedo (de tuberculose, sobretudo) era o destino habitual de poetas e músicos como Castro Alves e Chopin. Para o poeta romântico alemão, a doença refinaria a arte de viver e a arte propriamente dita. Saúde, nestas circunstâncias, era até dispensável.

Mas a ciência continuava avançando e no final do século XIX registrou-se aquilo que depois seria conhecido como a revolução pasteuriana. No laboratório de Louis Pasteur e em outros laboratórios, o microscópio, descoberto no século XVII, mas até então não muito valorizado, estava revelando a existência de microrganismos causadores de doença e possibilitando a introdução de soros e vacinas. Era uma revolução porque, pela primeira vez, fatores etiológicos até então desconhecidos estavam sendo identificados; doenças agora poderiam ser prevenidas e curadas.⁴⁶

A palavra “saúde” advém do vocábulo latino “salute”, que, por sua vez, significa “salvação, conservação da vida”⁴⁷. Este conceito é fruto de uma longa construção histórica, política e social, ligado a evolução da área do conhecimento humano referente à manutenção e restauração da saúde, relacionado, principalmente, à ciência médica.

Sobre a importância da atividade médica no desenvolvimento da saúde e de seu papel político e social, Angélica Carlini⁴⁸ salienta que os médicos exercem poder para caracterização do que é doença e do que é saúde, para definição de aplicação de recursos públicos e privados na prevenção e

⁴⁶ SCLIAR, Moacyr. História do conceito de saúde. *Physis: Revista de Saúde Coletiva*, v. 17, n. 1, p. 29-41, Rio de Janeiro, 2007, p. 30 e 34.

⁴⁷ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 3.^a ed. Curitiba: Editora Positivo, 2004, p. 1814.

Ainda, conforme definição constante no precitado dicionário, saúde corresponde ao: “estado do indivíduo cujas funções orgânicas, físicas e mentais se acham em situação normal; estado do que é sadio ou são”.

⁴⁸ CARLINI, Angélica. *Judicialização da saúde pública e privada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 17.

tratamento de moléstias, realização de exames e utilização de medicamentos para preservação da vida. Por esta razão, a autora refere que, na cultura ocidental, a prática médica se constrói, até os dias atuais, através dos seguintes pressupostos: a) atrelamento do saber médico ao saber científico; b) necessidade do reconhecimento legal e social da exclusividade do conhecimento científico da saúde, combatendo curandeiros e curadores de qualquer espécie; e c) participação de médicos na organização social, atuando, inclusive, na construção da arquitetura dos grandes centros urbanos e na definição de práticas recomendadas e vetadas aos trabalhadores e membros da comunidade.⁴⁹

Esses fatos e fatores podem ser perfeitamente compreendidos nas palavras de Michel Foucault:

A medicina como técnica geral de saúde, mais do que como serviço de doenças e arte das curas, assume lugar cada vez mais importante nas estruturas administrativas e nesta maquinaria de poder que, durante o século XVIII, não cessa de se estender e de se afirmar. O médico penetra em diferentes instâncias de poder. A administração serve de ponto de apoio e, por vezes, de ponto de partida aos grandes inquéritos médicos sobre a saúde das populações; por outro lado, os médicos consagram uma parte cada vez maior de suas atividades a tarefas tanto gerais quanto administrativas que lhe foram fixadas pelo poder. Acerca da sociedade, de sua saúde e suas doenças, de sua condição de vida, de sua habitação e de seus hábitos, começa a se formar um saber médico-administrativo que serviu de núcleo originário à “economia social” e à sociologia do século XIX. Constitui-se, igualmente, uma ascendência política-médica sobre a população que se enquadra com uma série de prescrições que dizem respeito não só à doença mas às formas gerais da existência e do comportamento (a alimentação e a bebida, a sexualidade e a fecundidade, a maneira de se vestir, a disposição geral do “habitat”).⁵⁰

⁴⁹ Em que pese o saber médico esteja atrelado ao saber científico, não se deve desconsiderar, atualmente, os benefícios à saúde de práticas complementares e alternativas em saúde. Destaca-se, nesse sentido, a inclusão de terapias alternativas como meditação, arteterapia, reiki, musicoterapia, tratamento naturopático, tratamento osteopático, homeopatia e tratamento quiroprático, no SUS, por meio da Política Nacional de Práticas Integrativas e Complementares do Ministério da Saúde. Para mais informações, acesso o link: < http://dab.saude.gov.br/portaldab/ape_pic.php>. Acesso em: 17 set. 2017.

⁵⁰ FOCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Trad. Roberto Machado. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1984, p. 202-203.

Ainda, o referido autor destaca na obra “O nascimento da clínica” que: “A medicina moderna fixou sua própria data de nascimento em torno dos últimos anos do século XVIII. Quando reflete sobre si própria, identifica a origem de sua positividade com um retorno, além de toda

Com o fenômeno da Revolução Industrial, as cidades e áreas industriais cresceram rapidamente e sem planejamento, apresentando deficiências no abastecimento de água⁵¹, esgoto, coleta de lixo e higiene de habitações.⁵² O desenvolvimento dos meios de produção, de locomoção e nova sistemática organizacional da vida urbana trouxeram novos desafios aos agrupamentos populacionais, principalmente em decorrência da proliferação de doenças e de epidemias, resultando na necessidade de uma atuação positiva dos Estados para garantir condições dignas de vida aos cidadãos.

Assim, a rápida urbanização ocorrida no século XIX trouxe para o debate político a necessidade de proteção da saúde dos trabalhadores como forma de manter a produtividade das fábricas, além de evitar que as moléstias se alastrassem entre os patrões, devendo o Estado assumir a posição de garante da saúde coletiva⁵³. Por sua vez, foi no século XX, no segundo pós-guerra, que

teoria, à modéstia eficaz do percebido. De fato, esse presumido empirismo repousa não em uma redescoberta dos valores absolutos do visível, nem no resolutivo abandono dos sistemas e suas quimeras, mas em uma reorganização do espaço manifesto e secreto que se abriu quando um olhar milenar se deteve no sofrimento dos homens. O rejuvenescimento da percepção médica, a iluminação viva das cores e das coisas sob o olhar dos primeiros clínicos não é, entretanto, um mito; no início do século XIX, os médicos descreveram o que, durante séculos, permanecera abaixo do limiar do visível e do enunciável. Isto não significa que, depois de especular durante muito tempo, eles tenham recomeçado a perceber ou a escutar mais a razão do que a imaginação; mas que a relação entre o visível e o invisível, necessária a todo saber concreto, mudou de estrutura e fez aparecer sob o olhar e na linguagem o que se encontrava aquém e além de seu domínio. (FOCAULT, Michel. *O nascimento da clínica*. Trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Editora Forense-Universitária, 1977, XIV).

⁵¹ Sobre o tema, Daniel Roche aduz que: “Sem um salto quantitativo e qualitativo um sistema técnico não pode progredir. Os meios de abastecimento de água só eram suscetíveis de aumentar se a pressão das necessidades impusessem uma busca de novas soluções. Elas apareciam na dinâmica urbana e no contexto de uma mudança profunda de mentalidade: o serviço das águas passando de uma concepção privilegiada e aristocrática para uma dimensão de apropriação coletiva com finalidade do controle social, sanitário, econômico. Nesse caso, o importante não era tanto a utilização inovadora da máquina a vapor, como solução substituta que resolvia todos problemas, quanto o conflito que existia na urbanização das terras das cidades, na exploração econômica do reino imaginada pelos engenheiros, nas exploração da natureza”. (ROCHE, Daniel. *História das coisas banais: nascimento do consumo nas sociedades do século XVII ao XIX*. Trad. Ana Maria Scherer. Rio de Janeiro: Rocco, 2000, p. 208).

⁵² SCLIAR, Moacyr. *Do mágico ao social: trajetória da saúde pública*. São Paulo: Editora SENAC São Paulo, 2002, p. 81.

⁵³ PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 31. Sobre este período e sobre o surgimento da política de saúde brasileira, Claudio Bertolli afirma que: “A idéia de que a população constituía capital humano e a incorporação dos novos conhecimentos clínicos e epidemiológicos às práticas de promoção da saúde coletiva levaram os governos republicanos, pela primeira vez na história do país, a elaborar minuciosos planos de combate às enfermidades que reduziam a vida produtiva, ou ‘útil’ da população. Diferentemente dos

se ampliou a responsabilidade do Estado em matéria sanitária, uma vez que muitos países europeus, dizimados pela guerra⁵⁴, promoveram a reestruturação de sua rede de proteção sanitária, como forma de garantir a retomada do potencial produtivo de suas economias, com a instituição de sistemas de previdência social, ao qual, posteriormente, foram agregadas a assistência social e a saúde⁵⁵.

Em que pese se tenha reconhecido o direito à saúde como um direito social, relacionado às funções e deveres do Estado, até a segunda metade do século XX não havia um conceito universalmente aceito do que significaria o vocábulo “saúde”. Este consenso entre as nações somente foi possível após a Segunda Guerra Mundial, período que impulsionou a globalização de enfermidades, e após a criação da Organização das Nações Unidas – ONU e da Organização Mundial da Saúde – OMS⁵⁶, sendo imbuído, pois, de aspirações nascidas dos movimentos sociais do pós-guerra⁵⁷, influenciando a positividade desse direito em diversas cartas constitucionais⁵⁸.

períodos anteriores, a participação do Estado na área de saúde tornou-se global: não se limitava às épocas de surto epidêmico, mas estendia-se por todo o tempo e a todos setores da sociedade”. (BERTOLLI FILHO, Claudio. *História da saúde pública no Brasil*. 11.^a ed. São Paulo: Ática, 2008, p. 14).

⁵⁴ Eric Hobsbawm salienta que: “O século XX foi o mais mortífero de toda história documentada. O número total de mortes causadas pelas guerras do século ou associadas a ela foi estimado em 187 milhões de pessoas, o que equivale a mais de 10% da população mundial em 1913.” (HOBSBAWM, Eric. *Globalização, democracia e terrorismo*. Trad. José Viegas. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 21.). No mesmo sentido, Anthony Giddens: “O século XX é o século da guerra, com um número de conflitos militares sérios envolvendo perdas substanciais de vidas, consideravelmente mais alto do que em qualquer um dos dois séculos precedentes. No presente século, até agora, mais de 100 milhões de pessoas foram mortas em guerras, uma proporção mais alta da população do mundo do que no século XIX, mesmo considerando-se o crescimento geral da população. Se um conflito militar ainda que limitado eclodisse, a perda de vidas seria estarrecedora, e um conflito total entre superpotências pode erradicar completamente a humanidade.” (GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Trad. Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991, p. 15).

⁵⁵ PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 31.

⁵⁶ Sobre a criação da Organização Mundial da Saúde, veja os comentários exarados por: VENTURA, Deisy. *Direito e saúde global: o caso da pandemia de gripe A (H1N1)*. São Paulo: Outras Expressões/Dobra Editorial, 2013, p. 74 e ss; SILVEIRA, Karyna Rocha Mendes da. *Doença preexistente nos planos de saúde*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 13-14.

⁵⁷ SCLiar, Moacyr. História do conceito de saúde. *Physis: Revista de Saúde Coletiva*, v. 17, n. 1, p. 29-41, Rio de Janeiro, 2007, p. 36-37.

⁵⁸ Conforme aponta José Afonso da Silva: “Cremos que foi a Constituição italiana a primeira a reconhecer a saúde como fundamental do indivíduo e interesse da coletividade (art. 32). Depois, a Constituição portuguesa lhe deu uma formulação universal mais precisa (art. 64), melhor do que a espanhola [...]”. (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 309).

O Preâmbulo da Constituição da Organização Mundial da Saúde de 1946⁵⁹ dispõe que saúde consiste em “um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência da doença ou enfermidade”⁶⁰, estabelecendo, ainda, que “gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir consiste um dos direitos fundamentais de todo ser humano”⁶¹. Neste diapasão, a Declaração Universal dos Direitos Humanos⁶², adotada pela Organização das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, da qual o Brasil é signatário, preconiza o direito à saúde em seu artigo XXV ao dispor que “toda pessoa tem o direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde e bem-estar”.

No Brasil, os direitos humanos e as garantias e direitos fundamentais⁶³, dentro os quais o direito à saúde está relacionado, foram consagrados de forma plena com o advento da promulgação da Constituição Federal de 1988⁶⁴,

⁵⁹ WORLD HEALTH ORGANIZATION. *The Preamble of the Constitution of the World Health Organization*. Disponível em: <<http://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd47/EN/constitution-en.pdf>> Acesso em: 13 de mar. 2017.

⁶⁰ Tradução livre de: “Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity.”. Este conceito foi duramente criticado por sua demasiada amplitude, algumas destas críticas foram de natureza técnica, pois, em detrimento deste conceito, a saúde seria um ideal inatingível, não podendo ser utilizada como objetivo dos serviços de saúde; outras críticas foram de natureza política, tendo em vista que o conceito permitiria abusos por parte do Estado, que interviria na vida dos cidadãos, sob o pretexto de promover a saúde. Veja: SCLIAR, Moacyr. História do conceito de saúde. *Physis: Revista de Saúde Coletiva*, v. 17, n. 1, p. 29-41, Rio de Janeiro, 2007, p. 37. Em sentido próximo, Fabiana Barletta adverte que: “Com esse significado, a saúde recebe o tratamento mais abrangente possível: uma pessoa que não contenha qualquer doença ainda não possui saúde se não tiver um completo, quer dizer, um conteúdo concluído de bem-estar não só físico e mental, mas também social. Realmente, o teor abrangido na definição de saúde da OMS serviria também para conceituar a felicidade: um estado completo bem-estar físico, mental e social.”. (BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *O direito à saúde da pessoa idosa*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 55).

⁶¹ Tradução livre e parcial de: “The enjoyment of the highest attainable standard of health is one of the fundamental rights of every human being without distinction of race, religion, political belief, economic or social condition”.

⁶² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>> . Acesso em: 13 de mar. 2017.

⁶³ GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor*. 3.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 26-28.

⁶⁴ Sobre a evolução histórica da positivação do direito fundamental à saúde nas Constituições brasileiras, Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo aduzem: “Antes de 1988, a proteção do direito à saúde ficava restrita a algumas normas esparsas, tais como a garantia de “socorros públicos” (Constituição de 1824, art. 179, XXXI) ou a garantia de inviolabilidade do direito à subsistência (Constituição de 1934, art. 113, *caput*). Em geral, contudo, a tutela (constitucional) da saúde se dava de modo indireto, no âmbito tanto das normas de definição de competências entre os entes da Federação, em termos legislativos e executivos (Constituição de 1934, art. 5.^o, XIX, c, e art. 10, II; Constituição de 1937, art. 16, XXVII, e art. 18, c e e; Constituição de 1946, art. 5.^o, XV, b e art. 6.^o; Constituição de 1967, art. 8.^o, XIV e

doravante conhecida como a “Constituição Cidadã”, nas palavras de Ulisses Guimarães.

A temática da saúde está inserida na Constituição Federal de 1988 no título referente à Ordem Social, que, ao dispor acerca da seguridade social, a definiu como “[...] um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinados a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”, que possui como objetivo o bem-estar e a justiça, nos exatos termos dos art. 193 e 194 da CF. A saúde é um direito social⁶⁵, conforme preceitua o artigo 6.º da Carta Maior brasileira, e constitui um dos elementos essenciais para o desenvolvimento do Estado, em face de sua estreita ligação ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao direito fundamental à vida⁶⁶. Deste modo, a Constituição da República Federativa do Brasil, conforme dispõe o artigo 196, institui a saúde como um “direito de todos e um dever do Estado”, devendo este promover políticas públicas que visem o desenvolvimento da saúde no Brasil, bem como zelar e fornecer mecanismos que reduzam riscos de doenças e outros agravos, de sorte a melhorar o bem-estar dos cidadãos.

XVII, c, e art. 8.º, § 2.º, depois transformado em parágrafo único pela EC 01/69), quanto das normas sobre a proteção à saúde do trabalhador e das disposições versando sobre a garantia de assistência social (Constituição de 1934, art. 121, § 1.º, h, e art. 138; Constituição de 1937, art. 127 e art. 137, item 1; Constituição de 1946, art. 157, XIV; Constituição de 1967, art. 165, IX e XV)”. (SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos*, v. 3, p. 775-829, ago/2011, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 776).

⁶⁵ Segundo Alexandre de Moraes, os direitos sociais caracterizam-se: “[...] como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, que configura um dos fundamentos de nosso Estado Democrático de Direito, [...]”. (MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 30.ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 203.).

⁶⁶ Dessa forma, Ingo Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero referem que: “É no âmbito do direito à saúde que se manifesta de forma mais contundente a vinculação do seu respectivo objeto (no caso da dimensão positiva, trata-se de prestações materiais na esfera da assistência médica, hospitalar etc.) com o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana. [...]” E continuam os autores: “O direito à vida (e, no que se verifica a sua conexão, também o direito à saúde) assume, no âmbito desta perspectiva, a condição de verdadeiro direito a ter direitos, constituindo, além disso, pré-condição da própria dignidade da pessoa humana. Para além da vinculação com o direito à vida, o direito à saúde (aqui considerado num sentido amplo) encontra-se umbilicalmente atrelado à proteção da integridade física (corporal e psíquica) do ser humano, igualmente posições jurídicas de fundamentalidade indiscutível.”. (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 4.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 650).

De igual modo, o direito à saúde é instituído como uma garantia fundamental⁶⁷, tendo em vista que para a existência e eficácia do princípio da dignidade humana e da garantia constitucional da inviolabilidade do direito à vida, previstos respectivamente nos artigos 1.º, inc. III, e 5.º, “caput”, ambos da Carta Maior da República, são necessários cuidados e condições mínimas de saúde aos cidadãos⁶⁸. Por esta razão, esse direito contém natureza difusa, possuindo como titulares pessoas indeterminadas, sendo assegurado seu acesso universal e igualitário.

O Estado brasileiro promove esse direito fundamental por meio do Sistema Único de Saúde - SUS, que constitui um “conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais”, conforme o artigo 4.º da Lei n.º 8.080/1990. Ocorre que, diante da impossibilidade de o Poder Público suprir a forte demanda na prestação de serviços de saúde pública com qualidade e excelência a todos, o sistema de assistência privada à saúde atua de modo a complementar a atuação estatal, com expressa autorização constitucional, consoante dispõe o artigo 199 da Constituição Federal, suprindo omissões, deficiências e dificuldades encontradas neste setor essencial⁶⁹.

Dessa forma, a importância dos serviços prestados pelas operadoras de planos de assistência à saúde, em conjunto com o Estado, está no fato de tornar possível uma cobertura médico-assistencial maior e mais ampla aos membros da sociedade brasileira no exercício de seu direito à saúde. Entretanto, tanto o setor público, quanto o privado apresentam dificuldades⁷⁰. O

⁶⁷ Em relação aos direitos fundamentais, Carlos Ghersi aduz que: “Los derechos fundamentales de la persona humana son, entonces, prerrequisitos estructurales y funcionales de cualquier integración social (como sistema sustentable) que intentan satisfacer una porción mínima de necesidades (socioeconómicas, culturales y jurídicas) de los sujetos para integrarse (su razón de ser) que obliga al control jurisdiccional, (elementos estratégicos) para asegurar la eficacia de la organización (convivencia en paz y con dignidad).”. (GHERSI, Carlos A. Introducción: la persona humana. In: GHERSI, Carlos A (org.). *Derechos fundamentales de la persona humana*. Buenos Aires: La Ley, 2004, p. 4).

⁶⁸ SCHMITT, Cristiano Heineck. Cláusulas abusivas em contratos de planos e de seguros de assistência privada à saúde. In: MARQUES, Claudia Lima (org.); MIRAGEM, Bruno (org.). *Direito do consumidor: contratos de consumo*, v. IV. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 292.

⁶⁹ Sobre o tema, atente as lições de Leonardo Vizeu Figueiredo, in: FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de direito de saúde suplementar*: manual jurídico de planos e seguros de saúde. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012, p. 7.

⁷⁰ Veja também: MELLO, Marco Aurélio. Saúde suplementar, segurança jurídica e equilíbrio econômico-financeiro. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira Carneiro (coord.). *Planos de*

primeiro, pois enfrenta a escassez de recursos financeiros, o que implica na necessidade de planejamento e gestão eficiente destes recursos, muitas vezes não observados. O segundo, imbuído da necessidade de obtenção de lucro e de seus interesses econômicos, em determinadas situações relativiza a função social exercida por este contrato⁷¹. Assim, conforme as lições exaradas por Maury Ângelo Bottesini e Mauro Conti Machado⁷², o Brasil adota um sistema misto de atuação na área da saúde, inserindo-se os planos e seguros de saúde no nicho criado pelo desarranjo entre a necessidade de uma proteção universal à saúde e a carência de recursos públicos indispensáveis para bem prestar a assistência médico-hospitalar.

A fim de analisar a hermenêutica contratual pós-moderna dos planos privados de assistência à saúde, bem como os desafios enfrentados pela ciência do Direito, é preciso tecer algumas considerações sobre este importante setor do mercado de consumo, de sua evolução histórica à regulamentação infraconstitucional pelo Estado brasileiro, além de estabelecer o conceito e as características do referido pacto.

2.1 PERSPECTIVAS TEÓRICAS DA SAÚDE SUPLEMENTAR

saúde: aspectos jurídicos e econômicos. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012, p. 4; SARRUBO, Mariângela. A saúde na Constituição Federal e o contexto para recepção da Lei 9.656/98. In: MARQUES, Claudia Lima (org.); LOPES, José Reinaldo (org.); PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (org.). *Saúde e responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde*. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 16.

⁷¹ Assim: FERNANDES NETO, Antonio Joaquim. *Plano de saúde e direito do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 3 e ss. Inúmeros exemplos são encontrados na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, como a recusa abusiva e imotivada de cobertura médico-assistencial, *vide*: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.269.757 - MG. Recorrente: UNIMED/BH Cooperativa de Trabalho Médico LTDA. Recorrido: Maria Laura Vidigal e outros. Relator Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 03 mai. 2016; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.554.448 – PE. Recorrente: Sul América Seguro Saúde S/A. Recorrido: Ministério Público do Estado de Pernambuco. Relator Min. João Otávio de Noronha. Brasília, 26 de fev. 2016; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.537.301 - RJ. Recorrente: Amil Assistência Médica Internacional S/A. Recorrido: Maria José Ribeiro da Silva. Relator Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 23 de out. 2015.

⁷² BOTTESINI, Maury Ângelo; MACHADO, Mauro Conti. *Lei dos planos e seguros de saúde comentada: artigo por artigo*. 3.ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, p. 19. Referem os precitados autores: “É a insuficiência de recursos financeiros que permitem o acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde que faz aparecer o chamado *mercado para a medicina suplementar privada*.”.

As transformações demográficas, sociais e econômicas pelas quais a sociedade brasileira passou nas últimas décadas impactaram nas condições de vida e saúde da população, trazendo novos desafios e demandas para o sistema de saúde suplementar do país⁷³. Assim, nos últimos anos, os planos privados de assistência médico-hospitalar assumiram importante papel na prevenção de riscos relacionados à saúde dos consumidores.

Atualmente, o setor privado de assistência à saúde suplementar brasileiro possui 47.381.410 de beneficiários, com a taxa de cobertura de 24,43% da população brasileira⁷⁴. De igual modo, estão em atividade no país 771 operadoras de planos de saúde, as quais, no ano de 2016, obtiveram receita de contraprestações no montante de cerca de 161 bilhões de reais e despesas assistenciais no valor de 137 bilhões de reais, apresentando uma taxa de sinistralidade de 84,9%.⁷⁵ Os números demonstram, portanto, a importância do mercado de saúde suplementar, que representa um campo

⁷³ Sobre a relação entre a economia globalizada em países em desenvolvimento e a degradação da qualidade de vida da população, Mariângela Sarrubo refere que: “A cidadania não tem encontrado maior amparo no sistema neoliberal. Este fato decorre da liberdade que as empresas têm encontrado para impor suas regras. Numa economia globalizada, onde, porém, não existem normas comuns às empresas nos países onde estão instaladas, constata-se uma concorrência desesperada dos Estados – principalmente aqueles em desenvolvimento – em busca de capital e trabalho para suas respectivas populações. O resultado é a degradação da qualidade de vida. No Brasil não ocorre de modo diferente, refletindo, inclusive na qualidade de distribuição de assistência médica.” (SARRUBO, Mariângela. A saúde na Constituição Federal e o contexto para recepção da Lei 9.656/98. In: MARQUES, Cláudia Lima (coord.); LOPES, José Reinaldo (coord.); PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (coord.). *Saúde e responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde*. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 17.).

⁷⁴ Segundo dados do IBGE, a população do Brasil é de 208 milhões de pessoas. Informações retiradas do sítio do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/index.html>>. Acesso em: 17 de set. 2017.

⁷⁵ Conforme dados gerais de até o terceiro trimestre de 2016, fornecidos pela Agência Nacional de Saúde Suplementar. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-e-indicadores-do-setor/sala-de-situacao>>. Acesso em: 17 de set. 2017. Com a crise político-econômica enfrentada pelo Estado brasileiro e com o aumento no número de desempregados no país, houve uma redução no número de beneficiários de planos privados de assistência à saúde. No período entre junho de 2015 e junho de 2016, houve a redução de quase 2 milhões de beneficiários de planos de saúde. Sobre o tema veja os dados fornecidos pela ANS através da ferramenta TabNET. Disponível: <<http://www.ans.gov.br/anstabnet/index.htm>>. Acesso em: 13 de mar. 2017; bem como diversas notícias sobre a crise econômica enfrentada pelo Estado brasileiro: conforme sinalado em matéria veiculada no site Globo.com o Brasil fechou mais de 1,54 milhão de vagas formais de emprego em 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2016/01/em-2015-pais-fecha-154-milhao-de-vagas-formais.html>>. Acesso em: 13 de mar. 2017. No mesmo sentido, é a notícia do Estadão que refere que o índice de desempregados que procuram trabalho há mais de sete meses chegou a 33,8% no mês de novembro de 2015. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,crise-economica-faz-aumentar-espera-de-desempregados-por-nova-vaga.10000006639>>. Acesso em: 13 de mar. 2017.

produtivo, responsável pela geração e pela circulação de valores expressivos na economia brasileira⁷⁶.

É de se referir, no entanto, que até o ano de 1998 não havia uma legislação infraconstitucional específica que regulamentasse o mercado de saúde suplementar no Brasil, razão pela qual, do nascedouro de sua instituição, no início do século XX, até o final da década de 90, as entidades privadas que operavam neste setor essencial à sociedade brasileira estiveram livres de regulação estatal especializada, o que, conforme apontamentos feitos por Adalberto Pasqualotto, “lhes permitia o exercício de plena autonomia para impor cláusulas aos aderentes, que, por isso mesmo, viam-se desassistidos no momento de maior necessidade”⁷⁷. Dessa forma, o desequilíbrio contratual imperava nestes pactos, tendo em vista que em muitas situações os interesses estritamente econômicos dos fornecedores preponderavam sobre os interesses dos consumidores⁷⁸.

Para estudar e compreender o mercado de consumo ligado à assistência médico-hospitalar, que envolve interesses paradoxais e alcança valores monetários de elevada magnitude, é necessário analisar a evolução histórica

⁷⁶ Vale trazer à baila as considerações de Leonardo Vizeu Figueiredo sobre este importante setor do mercado de consumo: “É de se ressaltar que o sistema privado de suplementação de serviços de saúde brasileiro traduz-se num dos maiores mercados de compra e venda de serviços assistenciais de saúde no mundo, traduzindo-se num conjunto de receitas e despesas de agentes econômicos e consumidores, cuja natureza é, igualmente, complexa e heterogênea.”. (FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de direito de saúde suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012, p. 113).

⁷⁷ PASQUALOTTO, Adalberto. A regulamentação dos planos e seguros de assistência à saúde: uma interpretação construtiva. In: MARQUES, Cláudia Lima (coord.); LOPES, José Reinaldo de Lima (coord.); PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (coord.). *Saúde e responsabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 36.

No mesmo sentido, Maria Stella Gregori salienta que: “Vale dizer que, antes de uma intervenção mais efetiva do Estado, as relações de consumo, na prática do dia a dia, pautavam-se no livre jogo de conveniências das operadoras, sendo uma constante procura, em ações isoladas, ao Judiciário e aos órgãos de proteção de defesa do consumidor para que a sociedade viesse valer de seus direitos.”. (GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor*. 3.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 21).

⁷⁸ Veja: GREGORI, Maria Stella. O processo de normatização do mercado de saúde suplementar no Brasil. In: MARQUES, Cláudia Lima (coord.); SCHMITT, Cristiano Heineck (coord.); LOPES, José Reinaldo de Lima (coord.); PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (coord.). *Saúde e responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde*. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 247.

desde o seu surgimento no Brasil até a sua efetiva regulamentação, através da intervenção Estatal.⁷⁹

2.1.1 O mercado da saúde suplementar: raízes históricas, regulação e normatização

A origem histórica do mercado de saúde suplementar está estritamente ligada ao contexto político-econômico-social de um Estado. Afirma-se, assim, que seu surgimento e crescimento no ocidente estão relacionados ao desenvolvimento do capitalismo⁸⁰, conjuntamente com as conquistas sociais da classe trabalhadora⁸¹ e recrudescimento dos direitos fundamentais. Durante a Revolução Industrial a doença passou a ser identificada como causa de prejuízo ao capitalismo e objeto de atenção do poder econômico privado, tendo em vista que a enfermidade causava a queda de produtividade⁸².

⁷⁹ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de direito de saúde suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012, p. 120.

⁸⁰ Em relação às ligações entre o tema da saúde, das instituições médicas e do Estado capitalista, *vide*: LUZ, Madel Therezinha. *As instituições médicas no Brasil*. 2.^a ed. Porto Alegre: Editora Rede UNIDA, 2014, p. 63 e ss. No mesmo sentido: MERHY, Emerson Elias. *Capitalismo e a saúde pública: a emergência das práticas sanitárias no Estado de São Paulo*. 2.^a ed. Porto Alegre: Editora Rede UNIDA, 2014, p. 23 e ss.

⁸¹ Sobre o conceito de classe trabalhador, Zygmunt Bauman aduz: “O termo ‘classe trabalhadora’, que já foi comum mas agora vem caindo em desuso, pertencia à imagística de uma sociedade em que as tarefas e funções dos mais ricos e dos mais pobres eram diferentes e, em aspectos fundamentais, até opostas, mas *complementares*. Esse conceito evocava a imagem de uma classe de pessoas que têm papel indispensável a desempenhar na vida em sociedade; pessoas que dão uma contribuição útil a essa sociedade como um todo e esperam ser recompensadas de acordo.” (BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008, p. 155). Drauzio Varella e Mauricio Geschin salientam que a evolução do emprego formal está diretamente relacionada ao aumento do número de beneficiários de planos privados de assistência à saúde. Veja: VARELLA, Drauzio; CESCHIN, Mauricio. *A saúde dos planos de saúde*. São Paulo: Editora Paralela, 2014, p. 13-14.

⁸² FERNANDES NETO, Antonio Joaquim. *Plano de saúde e direito do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 24-26. No mesmo sentido, Karyna Rocha Mendes da Silveira salienta que no período de industrialização, no final do século XIX, as grandes empresas vislumbraram os benefícios em ter em suas dependências serviços de assistência médica próprios, uma vez que auxiliava a seleção de pessoal, o controle do absenteísmo da força de trabalho empregada e a possibilidade de um retorno mais rápido dessa força para produção em caso de doença. *Vide*: SILVEIRA, Karyna Rocha Mendes da. *Doença preexistente nos planos de saúde*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 59 e ss.

Segundo ensinamentos de Peter David Fox e Peter Reid Kongstvedt⁸³, a origem do sistema privado médico-assistencial à saúde se deu por volta de 1910 nos Estados Unidos da América⁸⁴, sendo apontado como primeiro expoente a “Western Clinic” em Tacoma, Washington. A referida clínica ofereceu o primeiro modelo privado de assistência à saúde, denominado em inglês de “prepaid medical group practice” – PGP ou “health maintenance organization” – HMO, para proprietários de serralherias e seus empregados, mediante o pagamento mensal do prêmio no valor de \$ 0.50 (cinquenta centavos de dólar) por pessoa, fornecendo um amplo rol de serviços médicos. Neste período, um programa similar foi desenvolvido pelo Doutor Brigde, também em Tacoma, Washington, expandindo-se, posteriormente, a mais 20 regiões de Oregon e Washington.⁸⁵

No ano de 1929, o “Baylor Hospital”, no Texas, ofereceu o serviço hospitalar pré-pago a mil e quinhentos professores da região, sendo este serviço subseqüentemente ampliado a outros empregados e hospitais, representando o surgimento da chamada “Blue Cross”. No ano de 1939, as sociedades médicas estaduais americanas criaram a chamada “Blue Shield”, que consistia na cobertura de serviços médicos, modelo este diferente da “Blue Cross”, que fornecia a cobertura de serviços hospitalares. Estes convênios de serviços ligados à saúde se difundiram durante a Segunda Guerra Mundial⁸⁶

⁸³ FOX, Peter David; KONGSTVEDT, Peter Reid. A history of managed health care and health insurance in the United States. In: KONGSTVEDT, Peter Reid (org.). *Essentials of managed health care*. 6th ed. Burlington: Jones & Bartlett, 2012, p. 3.

⁸⁴ Sobre este período, John M. Luce, Andrew B. Bindman e Philip R. Lee aduzem que, no início do século XIX, a prática médica nos Estados Unidos era desorganizada e de baixa qualidade, muito em função do estado deplorável das faculdades de medicina e dos grandes hospitais. Para maiores informações, veja: LUCE, John M.; BINDMAN, Andrew B.; LEE, Philip R. A brief history of health care quality assessment and improvement in the United States. *The Western Journal of Medicine*, v. 160, p. 263-268, Orange, 1994, p. 263. Veja também: SCLIAR, Moacyr. *Do mágico ao social: trajetória da saúde pública*. São Paulo: Editora SENAC São Paulo, 2002, p. 90.

Veja também: PEREIRA FILHO, Luiz Tavares. Iniciativa privada e saúde. *Revista Estudos Avançados*, v. 13, n. 35. jan./abr., p. 109-116, São Paulo: Instituto de Estudos Avançados (IEA) da Universidade de São Paulo (USP), 1999, p. 109.

⁸⁵ FOX, Peter David; KONGSTVEDT, Peter Reid. A history of managed health care and health insurance in the United States. In: KONGSTVEDT, Peter Reid (org.). *Essentials of managed health care*. 6th ed. Burlington: Jones & Bartlett, 2012, p. 3.

⁸⁶ Sobre o desenvolvimento de planos de saúde nos Estados Unidos durante a segunda grande guerra, veja: POLAKOFF, David; SMOLKIN, Audrey. Breaking down health care insurance from HMO to PPO and beyond. In: SETHI, M. K. (ed.); FRIST, W. H. (ed.). *An introduction to health policy: a primer for physicians and medical students*. New York: Springer, 2013, p. 44 e ss. Os referidos autores destacam: “While Blue Shield and similar plans were beginning to spring up across the country, before World War II, few people were covered. However, during the war, the

como uma forma dos fornecedores garantirem receitas fixas e constantes, e os consumidores terem acesso a melhores formas de assistência à saúde, com preço acessível.⁸⁷

No Brasil, o sistema privado de assistência à saúde tem sua origem no início do século XX, entre as décadas de 1920 e 1930, estando voltado para os trabalhadores e suas famílias. Este modelo de prestação de serviços privados relacionados à saúde, de seus primórdios até os tempos atuais, teve sua atuação ligada à atuação do poder público, apresentando-se em um sistema descentralizado e misto⁸⁸, alternando-se entre períodos de quase ausência do Estado e de maior regulação e atuação por parte deste.⁸⁹

Paulo Henrique Rodrigues e Isabela Soares Santos⁹⁰ salientam que desde o século XVI até o início do século XX, à assistência à saúde no Brasil era prestada pela iniciativa de algumas entidades religiosas, em caráter filantrópico, como as Santas Casas de Misericórdia⁹¹. Portanto, somente a partir de 1920 é que começaram a surgir, em números representativos, hospitais, clínicas e profissionais privados que não estavam vinculados exclusivamente às entidades filantrópicas.

Em 1923 foi aprovada a Lei Elói Chaves, Decreto n.º 4.682/1923, instituindo um modelo de financiamento destinado a viabilizar a assistência

federal government placed a freeze on wages, making the ability to offer fringe benefits appealing. Employers began offering health insurance as a key benefit. The fact that this benefit was not subjected to taxation for either the employee or the employer made it highly appealing. Today, the majority of Americans receive their health insurance as a nontaxable fringe benefit of employment.”.

⁸⁷ FOX, Peter David; KONGSTVEDT, Peter Reid. A history of managed health care and health insurance in the United States. In: KONGSTVEDT, Peter Reid (org.). *Essentials of managed health care*. 6th ed. Burlington: Jones & Bartlett, 2012, p. 4-5.

⁸⁸ No que tange à relação público-privada na área da saúde no Brasil, veja: BAHIA, Ligia; VIANA, Ana Luiza. Introdução. In: BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Regulação & Saúde: estrutura, evolução e perspectivas da assistência médica suplementar*. Rio de Janeiro, ANS, 2002, p. 8-9.

⁸⁹ GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor*. 3.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 36.

⁹⁰ RODRIGUES; Paulo Henrique; SANTOS, Isabela Soares. *Saúde e cidadania: uma visão histórica e comparada do SUS*. São Paulo: Editora Ateneu, 2009, p. 121-122. Aduzem os autores que a primeira entidade desse tipo foi a Santa Casa de Misericórdia de Santos, criada em 1543, antes mesmo da instalação do Estado colonial português no Brasil.

⁹¹ Sobre este período histórico, Leonardo Vizeu Figueiredo aduz que: “No cenário social vigente nos três primeiros séculos da colônia, as enfermeiras jesuítas e, *a posteriori*, as Santas Casas de Misericórdia foram as únicas formas de assistência médico-hospitalar postas à disposição dos colonos, formados, em sua maioria, por degredados, negros e índios”. (FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de direito de saúde suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde*. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012, p. 85).

privada à saúde individual⁹². O referido decreto determinou a criação para cada uma das empresas de estrada de ferro existentes no país de uma Caixa de Aposentadoria e Pensões – CAP para os respectivos empregados, inaugurando o sistema privado de previdência social e assistência à saúde.

Assim, foi designado, nos termos dos artigos 3.^o e 9.^o da lei supracitada, que as CAPs seriam custeadas pelas contribuições dos empregados e dos patrões, garantindo aos trabalhadores o direito de socorro médico para si e para sua família, bem como medicamentos por preços especiais. Este modelo acabou se expandindo para outras categorias profissionais nos anos seguintes, representando o embrião do mercado privado de saúde suplementar⁹³.

Durante o governo de Getúlio Vargas⁹⁴, em 1933, foram unificados as diversas caixas e institutos de aposentadoria, que deram origem aos Institutos de Aposentadorias e Pensões – IAP, divididos por categorias profissionais, como, por exemplo, o IAPTEC, para trabalhadores em transporte e cargas; o IAPB, para bancários; o IPASE, para servidores públicos, entre outros⁹⁵. Esta fase possui como principal característica o modelo de saúde suplementar vinculado ao trabalhador formal, coexistindo com as entidades filantrópicas voltadas às famílias pobres e indigentes, e escassos hospitais especializados em doenças transmissíveis e em psiquiatria, consistindo em um sistema de

⁹² FERNANDES NETO, Antonio Joaquim. *Plano de saúde e direito do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 29.

⁹³ RODRIGUES; Paulo Henrique; SANTOS, Isabela Soares. *Saúde e cidadania: uma visão histórica e comparada do SUS*. São Paulo: Editora Ateneu, 2009, p. 122.

⁹⁴ Vide: MENICUCCI, Telma Maria Gonçalves. *Público e privado na política de assistência à saúde no Brasil: atores, processos e trajetórias*. 2003. 402 páginas. Tese de Doutorado – Curso de Doutorado em Ciências Humanas – Sociologia e Política. Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003, p. 66 e ss. No que tange a esse contexto histórico, Claudio Bertolli Filho refere que: “O modelo oferecido pela Lei Elói Chaves foi parcialmente adotado por Getúlio Vargas, que na década de 30 o aplicou a várias categorias profissionais. Organizaram-se então as ‘caixas de aposentadoria e pensões’ e os ‘institutos de previdência. Sob a tutela do Estado, esses órgãos garantiram assistência médica a uma vasta parcela da população urbana, sem gastar nenhuma verba administrativa federal. (BERTOLLI FILHO, Claudio. *História da saúde pública no Brasil*. 11.^a ed. São Paulo: Ática, 2008, p. 33).

⁹⁵ Veja: FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de direito de saúde suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012, p. 87-88; SCLIAR, Moacyr. *Do mágico ao social: trajetória da saúde pública*. São Paulo: Editora SENAC São Paulo, 2002, p. 88; GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor*. 3.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 36.

assistência à saúde precário, deficitário e com forte exclusão social⁹⁶, na medida em que vinculado apenas a determinada categoria profissional.

Nos anos de 1940 e 1950 as instituições dos setores público e privado implementaram a assistência à saúde para os seus funcionários, sendo incluídos estes benefícios, posteriormente, aos empregados das recém-criadas empresas estatais.⁹⁷ Dessa forma, em 1944 foi criada a Caixa de Assistência dos Funcionários do Banco do Brasil – CASSI, vinculada ao Banco do Brasil, e a assistência patronal para os servidores do antigo Instituto de Aposentadorias e Pensões dos Industriários – IAPI, que posteriormente deu origem à Fundação de Seguridade Social – GEAP.⁹⁸

Até a segunda metade do século XX, não havia no Brasil um mercado de planos privados de assistência à saúde tal qual conhecemos hoje. Isto porque a assistência médico-hospitalar privada, organizada pelas CAPs e pelos IAPs, era prestada em decorrência do vínculo empregatício existente entre o usuário e a instituição que trabalhava. O sistema assistencial de saúde brasileiro era, portanto, mais parecido com uma espécie de seguro social do que com o sistema público de saúde, de acesso universal, e com os planos e seguros de saúde existentes hoje, uma vez que eram vinculados apenas a determinada parcela da sociedade ativa no mercado de trabalho.⁹⁹

Maury Ângelo Bottesini e Mauro Conti Machado explicam que:

O mercado de suplementação privada de saúde se configurou inicialmente como uma forma de prestação de serviços médicos destinados exclusivamente aos empregados e servidores públicos com regimes próprios de previdência fechada. Esses sistemas particulares possuíam serviços próprios, adotando, não raro e, por vezes, em caráter concomitante, sistema de reembolso de despesas médico-

⁹⁶ Claudio Bertolli Filho salienta estas instituições apresentavam serviços irregulares, oferecendo pouca cobertura aos doentes mais graves, sendo ainda mais trágica para o operário que não tinham carteira de trabalho assinada e, por isso, não contribuíam para a caixa de sua categoria profissional, restando apenas apelo à caridade pública. Veja: BERTOLLI FILHO, Claudio. *História da saúde pública no Brasil*. 11.^a ed. São Paulo: Ática, 2008, p. 33.

⁹⁷ BAHIA, Ligia; VIANA, Ana Luiza. Introdução. In: BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Regulação & Saúde: estrutura, evolução e perspectivas da assistência médica suplementar*. Rio de Janeiro, ANS, 2002, p. 10.

⁹⁸ GREGORI, Maria Stella. *Planos de Saúde: a ótica da proteção do consumidor*. 3.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 36.

⁹⁹ RODRIGUES; Paulo Henrique; SANTOS, Isabela Soares. *Saúde e cidadania: uma visão histórica e comparada do SUS*. São Paulo: Editora Ateneu, 2009, p. 122.

hospitalares. Os beneficiários/empregados, eram atendidos, nos serviços médicos das fábricas, em ambulatórios das caixas de assistência e por provedores privados, pagos pelo cliente, cuja despesa era, posteriormente, reembolsada.¹⁰⁰

Nos anos posteriores a 1950, diante do intenso processo de industrialização que ocorria no país, com a institucionalização do parque produtivo por meio de empresas multinacionais, principalmente com a instalação de indústrias automobilísticas na região do ABC paulista, houve a proliferação da contratação de serviços médico-assistenciais aos seus empregados, nos moldes fornecidos por suas matrizes nos países de origem, com intuito de alcançar maior produtividade de seus funcionários¹⁰¹. Esta prática incentivou a disseminação da assistência privada para outros setores trabalhistas, bem como o surgimento das primeiras empresas de medicina de grupo¹⁰².

Nas décadas de 60 e 70, ocorreu o período de crescimento e contratação coletiva de serviços relacionados à assistência à saúde¹⁰³, surgindo com maior intensidade os convênios entre entidades empregadoras e empresas médicas mediadas pela Previdência Social¹⁰⁴. A partir da década de 1960, entidades ligadas a hospitais e clínicas privadas se organizaram para prestar assistência à saúde aos funcionários de grandes empresas, estabelecendo um mercado estruturado¹⁰⁵, no qual os trabalhadores poderiam

¹⁰⁰ BOTTESINI, Maury Ângelo; MACHADO, Mauro Conti. *Lei dos planos e seguros de saúde comentada: artigo por artigo*. 3.^a ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, p. 114.

¹⁰¹ VIEIRA, Marcelo Milano Falcão; VILARINHO, Paulo Ferreira. O campo da Saúde Suplementar no Brasil. *Revista Ciências da Administração - RCA*, v.6, n. 11, p. 09-34. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina – Centro Socioeconômico/Departamento de Ciências da Administração, jan./jul., 2004, p. 13. Conforme apontam Paulo Henrique Rodrigues e Isabela Soares Santos: “A partir da segunda metade do século XX, a industrialização se intensificou, ampliando o número de pessoas empregadas formalmente – com carteira assinada – e a economia se deslocou do setor agrário para os centros urbanos”. (RODRIGUES; Paulo Henrique; SANTOS, Isabela Soares. *Saúde e cidadania: uma visão histórica e comparada do SUS*. São Paulo: Editora Ateneu, 2009, p. 123).

¹⁰² PEREIRA FILHO, Luiz Tavares. Iniciativa privada e saúde. *Revista Estudos Avançados*, v. 13, n. 35. jan./abr., p. 109-116, São Paulo: Instituto de Estudos Avançados (IEA) da Universidade de São Paulo (USP), 1999, p. 110.

¹⁰³ GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor*. 3.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 36.

¹⁰⁴ BAHIA, Ligia; VIANA, Ana Luiza. Introdução. In: BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Regulação & Saúde: estrutura, evolução e perspectivas da assistência médica suplementar*. Rio de Janeiro, ANS, 2002, p. 11.

¹⁰⁵ Paulo Henrique Rodrigues e Isabela Soares Santos salientam que esse grupo de hospitais deu origem às entidades hoje representadas pela Associação Brasileira de Medicina em Grupo

utilizar os serviços relacionados à preservação de sua saúde em qualquer hospital credenciado, dentro dos limites de sua cobertura, resultando nos primeiros convênios de medicina de grupo¹⁰⁶.

No mesmo período e da mesma maneira que os hospitais e clínicas privadas organizaram os primeiros convênios, os médicos também o fizeram, prestando seus serviços em conjunto e, através do credenciamento de laboratórios e hospitais, ofereceram convênios para as empresas empregadoras. Neste contexto, foi fundada a primeira cooperativa médica do país, em Santos, São Paulo, através da liderança do Doutor Edmundo Castilhos, denominada de União dos Médicos – Unimed.¹⁰⁷ As cooperativas médicas objetivavam preencher o vazio deixado pelo Estado, atuando na esteira do crescimento do polo industrial da região de São Paulo, o que, posteriormente, resultou na expansão desse modelo de cooperativa médica pelo país¹⁰⁸.

Refere-se que em 1960 foi promulgada a Lei Orgânica da Previdência Social – LOPS, que ampliou as atribuições do sistema de previdência e assistência, regulando a forma de concessão e de compra de serviços de saúde ligado ao setor privado¹⁰⁹. Contudo, frente ao crescente aumento de benefícios aos usuários, previstos na precitada lei, os institutos privados e os

(Abramge). *Vide*: RODRIGUES; Paulo Henrique; SANTOS, Isabela Soares. *Saúde e cidadania: uma visão histórica e comparada do SUS*. São Paulo: Editora Ateneu, 2009, p. 124.

¹⁰⁶ Maury Ângelo Bottesini e Mauro Conti Machado explicam que a medicina de grupo tem como fonte inspiradora a “Health Maintenance Organizations” (HMO) dos Estados Unidos da América. Veja: BOTTESINI, Maury Ângelo; MACHADO, Mauro Conti. *Lei dos planos e seguros de saúde comentada: artigo por artigo*. 3.ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, p. 3.

¹⁰⁷ RODRIGUES; Paulo Henrique; SANTOS, Isabela Soares. *Saúde e cidadania: uma visão histórica e comparada do SUS*. São Paulo: Editora Ateneu, 2009, p. 124.

¹⁰⁸ De acordo com informações retiradas do site da Confederação Nacional das Cooperativas Médicas – Unimed Brasil, esta constitui na maior rede de assistência médica do Brasil, presente em 74,9% do território nacional, com mais de 15 milhões de beneficiário. Disponível em: <http://www.unimed.com.br/pct/index.jsp?cd_canal=58672&cd_secao=58671>. Acesso em: 31 jan. 2017. Assevera-se que em 1965 surgiu a Federação Brasileira de Hospitais (FBH) e em 1966 a Associação Brasileira de Medicina de Grupo (Abramge). Veja: SILVEIRA, Karyna Rocha Mendes da. *Doença preexistente nos planos de saúde*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 60.

¹⁰⁹ Veja: CARLINI, Angélica. *Judicialização da saúde pública e privada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 60; *Vide*: MENICUCCI, Telma Maria Gonçalves. *Público e privado na política de assistência à saúde no Brasil: atores, processos e trajetórias*. 2003. 402 páginas. Tese de Doutorado – Curso de Doutorado em Ciências Humanas – Sociologia e Política. Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003, p. 69 e ss.

fundos mantidos pelas IAPs entraram em colapso¹¹⁰. A solução encontrada pelo governo militar para este problema foi a criação do Instituto Nacional de Previdência Social – INPS, em 1966, que assumiu o papel regulador do mercado, estatizando e unificando os institutos privados de previdência, fortalecendo a atuação do Estado neste setor¹¹¹ da economia, privilegiando a contratação de serviços médicos ligados à iniciativa privada.

A institucionalização do seguro-saúde no Brasil ocorreu com a edição do Decreto-Lei n.º 73, de 1966, momento em que se instaurou a competência privativa do Governo Federal para formular a política de seguros privados, bem como legislar sobre as normas gerais e fiscalizar as operações no mercado, conforme disposto em seu artigo 7.º e 129. Ainda, foram criados o Conselho Nacional de Seguros Privados – CNSP e a Superintendência de Seguros Privados – SUSEP, estruturando o Sistema Nacional de Seguros Privados.¹¹²

Em que pese o decreto-lei de 1966 previsse a figura do seguro de saúde, a sua regulamentação e comercialização somente ocorreu em 21 de maio de 1976, através da Resolução n.º 11 do CNSP e após autorização da SUSEP.¹¹³ Entretanto, esta resolução apenas discorria sobre questões

¹¹⁰ Sobre a crise das IAPs e do sistema brasileiro de assistência médica da época, veja: LUZ, Madel Therezinha. *As instituições médicas no Brasil*. 2.ª ed. Porto Alegre: Editora Rede UNIDA, 2014, p. 91 e ss. No mesmo sentido, refere Antonio Joaquim Fernandes Neto que: “A crescente ampliação dos benefícios tem impacto direto sobre as contas dos institutos, que passaram a registrar prejuízos nos meados dos anos 60. O crescimento do número de segurados e o paulatino envelhecimento dos mesmos fazem com que o sistema seja obrigado a desembolsar mais dinheiro com as aposentadorias e ações de assistência à saúde. [...] com a vigência da LOPS, as despesas alcançaram 83% da arrecadação, continuando a crescer nos anos seguintes”. (FERNANDES NETO, Antonio Joaquim. *Plano de saúde e direito do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.33).

¹¹¹ SCLIAR, Moacyr. *Do mágico ao social: trajetória da saúde pública*. São Paulo: Editora SENAC São Paulo, 2002, p. 88 e ss. Veja também: FERNANDES NETO, Antonio Joaquim. *Plano de Saúde e Direito do Consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 33-43.

¹¹² GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor*. 3.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 37. Em relação à este período, Marcelo Milano Falcão Vieira e Paulo Ferreira Vilarinho ressaltam, ainda, que, com a edição do Decreto-Lei n.º 200 de 1967, o governo militar instituiu uma política nacional de saúde voltada para o setor privado, estimulando o crescimento do parque privado, com recursos públicos, mediante a contratação de convênios com empresas médicas, sem, no entanto, regulamentá-lo. Assim: VIEIRA, Marcelo Milano Falcão; VILARINHO, Paulo Ferreira. O campo da Saúde Suplementar no Brasil. *Revista Ciências da Administração - RCA*, v. 6, n. 11, p. 09-34. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina – Centro Socioeconômico/Departamento de Ciências da Administração, jan./jul. 2004, p. 12-13.

¹¹³ Assim: FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de direito de saúde suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde*. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012, p. 117. A precitada resolução delegou à SUSEP a competência para conceder autorização às seguradoras para operarem na modalidade de reembolso de despesas de assistência médico-hospitalar, bem como para baixar demais atos necessários à implantação do seguro em

econômico-financeiras desta modalidade de seguro, não dispondo sobre os parâmetros de atendimento ao usuário. Assim, inicialmente foi autorizado às empresas seguradoras apenas a sua operação na modalidade de reembolso de despesas médicas, fornecendo a intermediação financeira, não sendo possível a participação do serviço médico. Note-se que as seguradoras somente foram autorizadas a fornecer uma rede referenciada de profissionais em saúde, hospitais e serviços de apoio ao diagnóstico e tratamento, em 1989, com a edição da Circular n.º 5 da SUSEP.¹¹⁴

O período contemplado pelo início dos anos 80 foi marcado pela recessão econômica, decorrente da crise do petróleo de 1978. Este momento de compressão e conseqüente estagnação da economia resultou na retração dos pagamentos dos convênios do Governo com empresas médicas, importando no fortalecimento das organizações médicas que passaram a fornecer diretamente os seus serviços aos indivíduos, mediante a comercialização de planos coletivos e individuais ou familiares.¹¹⁵ Ainda, as operadoras souberam expandir seus planos privados de assistência à saúde para um segmento pouco explorado até então no mercado, o de pessoas que trabalhavam em empresas que não ofereciam assistência médica, como os trabalhadores de empresas de pequeno porte, e até para pessoas que não possuíam um emprego formal, com carteira assinada, tais como vendedores, ambulantes e profissionais liberais.¹¹⁶

referência. Veja o teor desta, disponível em: <<http://www2.susep.gov.br/biblioteca/web/docOriginal.aspx?tipo=1&codigo=19509>>. Acesso em 31 jan. 2017.

¹¹⁴ MENICUCCI, Telma Maria Gonçalves. *Público e privado na política de assistência à saúde no Brasil: atores, processos e trajetórias*. 2003. 402 páginas. Tese de Doutorado – Curso de Doutorado em Ciências Humanas – Sociologia e Política. Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003, p. 114-115.

¹¹⁵ VIEIRA, Marcelo Milano Falcão; VILARINHO, Paulo Ferreira. O campo da Saúde Suplementar no Brasil. *Revista Ciências da Administração - RCA*, v. 6, n. 11, p. 09-34, jan./jul. 2004. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina – Centro Socioeconômico/Departamento de Ciências da Administração, p. 13-14.

¹¹⁶ RODRIGUES; Paulo Henrique; SANTOS, Isabela Soares. *Saúde e cidadania: uma visão histórica e comparada do SUS*. São Paulo: Editora Ateneu, 2009, p. 125-126. Sobre a expansão do mercado de saúde suplementar, os referidos autores salientam que: “Mas o desenvolvimento das empresas que operam planos privados de saúde no Brasil não deve somente ao apoio do Estado. É também fruto do empresariamento e da capitalização da medicina que, embora tenham acontecido graças ao incentivo estatal, também se devem à perspicácia dos prestadores de serviços de saúde e de empresários que foram identificando a possibilidade de oferecer esquemas próprios de serviços de saúde a uma importante parcela da população. Essa população era (e ainda é) justamente a que viva nas grandes cidades, que trabalhavam sobretudo na indústria de transformação, metalurgia e química e, portanto,

Diante da propagação de entidades de medicina de grupo e seguradoras, estas foram obrigadas a se registrarem junto aos órgãos competentes para fiscalização do exercício profissional relacionado com a sua atividade básica no Conselho Federal de Medicina e nos respectivos Conselhos Regionais em cada Estado, através da Lei n.º 6.839/1980.¹¹⁷ Porém, esta medida não corrigiu as falhas existentes, tendo em vista que o forte crescimento econômico do mercado apenas evidenciava a disparidade da relação existente entre os beneficiários e as operadoras de planos e seguros-saúde, principalmente, em decorrência da ausência de um arcabouço legal regulatório deste setor essencial.¹¹⁸ Dessa forma, proliferavam as cláusulas abusivas, como, por exemplo, a limitação da cobertura de tratamentos com custos dispendiosos, a limitação do tempo de internação hospitalar, a não cobertura de materiais necessários e essenciais para realização de determinado procedimento cirúrgico, dentre outros¹¹⁹.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 a temática referente à saúde passou a ser tratada como um direito social fundamental¹²⁰ de interesse

constituíam uma importante parcela da população que tinha maior nível de renda e escolaridade e potencial de consumo do que a população em geral.”

¹¹⁷ GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor*. 3.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 38.

¹¹⁸ PASQUALOTTO, Adalberto. A regulamentação dos planos e seguros de assistência à saúde: uma interpretação construtiva. In: MARQUES, Cláudia Lima (coord.); LOPES, José Reinaldo de Lima (coord.); PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (coord.). *Saúde e responsabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 41. Adalberto Pasqualotto salienta a tentativa do Conselho Federal de Medicina de obrigar as operadoras de planos e seguros de saúde que garantissem o atendimento aos beneficiários de todas as enfermidades constantes no Código Internacional de Doenças da OMS, através da Resolução 1.401, de 1993. No entanto, a iniciativa não foi bem recebida pela SUSEP, que vetou a alteração das condições de seguros de assistência médico-hospitalar, através da Circular n.º 10, de 1993.

¹¹⁹ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 3.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 894-895.

¹²⁰ A importância do reconhecimento deste direito social fundamental pode ser observada na jurisprudência que, por exemplo, reconhece a legitimidade do Ministério Público para propor ações coletivas em face de operadoras de planos privados de assistência à saúde, conforme trecho da decisão a seguir colacionada: “CONSUMIDOR, CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PLANO DE SAÚDE. ABUSIVIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. RECONHECIMENTO. DIREITO À SAÚDE. RELEVANTE INTERESSE SOCIAL. PRECEDENTES. SÚMULA N. 83/STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. DECLARAÇÃO DE SAÚDE. ART. 51, IV E V, DO CDC, C/C O ART. 11 DA LEI N. 9.656/98. CLÁUSULA DE RENÚNCIA. IMPOSSIBILIDADE DO EXERCÍCIO DE OPÇÃO. VIOLAÇÃO DO DEVER DE INFORMAR. MANIFESTA ABUSIVIDADE. 1. O Ministério Público é parte legítima para figurar no polo ativo de ação civil pública e de ações coletivas contra operadoras de planos de saúde para questionar cláusulas contratuais tidas por abusivas, seja em face da indisponibilidade do direito à saúde, seja em decorrência da relevância da proteção e do alcance social. [...]”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º

difuso e de relevância pública, devendo ser disponibilizado a todos por meio de atuação do Estado, através do Sistema Único de Saúde, cabendo a este gerir, ainda, uma política integrada de saúde¹²¹, e, subsidiariamente, pela iniciativa privada, por meio dos planos privados de assistência à saúde, nos termos dos artigos 196 e 199¹²².

Portanto, em face de sua relevância pública, conforme preceituado pelo artigo 197, restou determinada à regulamentação, fiscalização e controle pelo Poder Público dos serviços privados de assistência à saúde¹²³. No entanto, a edição de uma lei especial para esta parcela do mercado de consumo somente ocorreu no final da década de 1990, com o advento da Lei n.º 9.656/98, fruto de um longo e tortuoso debate político¹²⁴.

Sinala-se, também, que a Carta Maior brasileira elevou a proteção do consumidor à categoria de direito e garantia fundamental, conforme disposto em seu art. 5.º, XXXII, além de princípio da ordem econômica, nos termos do art. 170, V, sendo determinada pelo legislador constituinte a elaboração do Código de Defesa do Consumidor, conforme dispôs o artigo 48 do Ato das

1.554.448 – PE. Recorrente: Sul América Seguro Saúde S/A. Recorrido: Ministério Público do Estado de Pernambuco. Relator Min. João Otávio de Noronha. Brasília, 26 de fev. 2016).

¹²¹ VIEIRA, Marcelo Milano Falcão; VILARINHO, Paulo Ferreira. O campo da Saúde Suplementar no Brasil. *Revista Ciências da Administração - RCA*, v. 6, n. 11, p. 09-34. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina – Centro Socioeconômico/Departamento de Ciências da Administração, jan./jul., 2004, p. 13-14.

¹²² Assim: MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 30.ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 203; SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos*, v. 3, p. 775-829, ago/2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 776; SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 4.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 650.

¹²³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25.ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 831.

¹²⁴ Conforme relato de Karyna Rocha Mendes da Silveira: “A Constituição de 1988 foi promulgada em um período em que o setor público estava totalmente defasado, com exceção do setor de alta tecnologia. Por outro lado, o setor privado estava em amplo desenvolvimento, principalmente aquele considerado suplementar ao público.”. (SILVEIRA, Karyna Rocha Mendes da. *Doença preexistente nos planos de saúde*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 62). Nos termos dos ensinamentos de José Luiz Toro da Silva, os debates relacionados à criação de uma lei especial para os planos privados de assistência à saúde duraram quase sete anos no Congresso Nacional. Nesse sentido, veja: SILVA, José Luiz Toro da. *Comentários à lei dos planos de saúde*. 2.ª ed. Porto Alegre, Síntese, 1998, p. 39 e ss. Sobre as etapas do processo de normatização da saúde suplementar no Brasil, vide: GREGORI, Maria Stella. O processo de normatização do mercado de saúde suplementar no Brasil. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.); SCHMITT, Cristiano Heineck (coord.); LOPES, José Reinaldo de Lima (coord.); PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (coord.). *Saúde e responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde*. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 146-152.

Disposições Constitucionais Transitórias. Diante disso, instituiu-se o dever do Estado na proteção do consumidor¹²⁵, em observância às preocupações sociais e jurídicas do mundo contemporâneo.

Destarte, em 1990 foi aprovado e sancionado o Código de Defesa do Consumidor – Lei n.º 8.078/1990, que, até o final desta década, constituiu-se na principal arma contra as práticas e cláusulas abusivas existentes na área ligada à saúde suplementar, em que pese possuísse um espectro geral na abordagem das relações de consumo¹²⁶. De tal feita, houve um apelo muito grande por parte da sociedade brasileira para que fosse inserida na agenda política nacional a regulamentação e fiscalização condizente à dinâmica deste setor indispensável a milhões de pessoas¹²⁷.

Todavia, os esforços na tentativa de regulamentação demoraram a apresentar resultados, conforme a análise feita por Mariângela Sarrubbo:

¹²⁵ PASQUALOTTO, Adalberto. Defesa do consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima (org); MIRAGEM, Bruno (org.). *Direito do consumidor: fundamentos do direito do consumidor*, v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 25.

¹²⁶ Apenas à título ilustrativo, veja a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul na década de 1990: RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 595177395. Apelante: GB Assistência de Saúde. Apelado: Fernando D'Avila Camargo. Relator Des. José Maria Rosa Tesheiner. Porto Alegre, 20 out. 1995; RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 596029728. Apelante: Bradesco Seguros S/A. Apelado: Adriana Pasquali. Relator Des. Jorge Alcebíades Perrone de Oliveira. Porto Alegre, 25 de jun. 1996; RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 596093625. Apelante: Golden Cross Assistência Internacional de Saúde. Apelado: Jovino de Campos. Relator: Des. Decio Antonio Erpen. Porto Alegre, 25 de jun. 1996. Eurípedes Balsanufu Carvalho e Luiz Carlos de Oliveira Cecílio, em levantamento histórico, salientam que entre o período de 1992 e 1996, as queixas contra planos e seguros de saúde figuravam entre as cinco primeiras causas de reclamações nos PROCONs de São Paulo, Rio de Janeiro e Brasília. Veja: CARVALHO, Eurípedes Balsanufu; CECÍLIO, Luiz Carlos de Oliveira. A regulamentação do setor da saúde suplementar no Brasil: a reconstrução de uma história de disputas. *Caderno de Saúde Pública*, v. 23, n. 9, p. 2167-2177, Rio de Janeiro, 2007, p. 2167. Maria Stella Gregori referia que: “Até então, o mercado da saúde suplementar atuava sem estar subordinado a uma legislação específica. Os consumidores deste segmento, nas décadas anteriores, encontraram o suporte jurídico para o encaminhamento dos problemas advindos dos contratos, na legislação civil, em particular o Dec.-lei 73, de 21.11.1966, que dispõe sobre o sistema nacional de seguros privados, e nas tratativas conciliatórias, passando, posteriormente, a dispor do Código de Defesa do Consumidor para a salvaguarda de seus direitos. Ainda assim, a lei consumerista, em função de seu espectro geral na abordagem das relações de consumo, não tratava das peculiaridades que envolvem o setor da saúde.” (GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor*. 3.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 42). No mesmo sentido: FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de direito de saúde suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde*. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012, p. 126.

¹²⁷ Assim: CARLINI, Angélica. *Judicialização da saúde pública e privada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 63-64. Sobre o direito do consumidor à proteção regulatória, veja: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 299.

O Estado Brasileiro foi ineficaz em ambas as frentes que foram estabelecidas na Constituição. Transferiu seu dever primordial ao setor privado, sem, contudo, regulamentar princípios, condições, exigências básicas para a atuação daquele.

Nestes anos em que o Estado esquivou-se de seus deveres, deu-se a formação de uma grande lacuna. O cidadão brasileiro ficou sem alternativas: submetia-se às imposições das empresas de convênios médicos ou ficava sem a prestação do serviço. 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. O desequilíbrio contratual tornou-se regra. Diante da torpeza na edição destas leis, o Poder Judiciário foi cada vez mais suscitado para decidir conflitos que poderiam ter sido evitados.

128

Os debates relacionados à necessidade de regulação da saúde suplementar no Brasil ocorriam sob dois pontos de vista antagônicos. De um lado estavam os usuários de planos e de seguros de saúde insatisfeitos com as constantes práticas abusivas e falhas mercadológicas à que eram submetidos. Do outro lado, crescia a insatisfação das operadoras que atuavam no mercado de saúde suplementar, diante da falta de regras claras para atuação no setor, que ocasionaram o aumento da judicialização de questões envolvendo a discussão dos contratos relacionados ao campo da saúde suplementar.¹²⁹

Assim, em decorrência da crescente visibilidade pública que esta temática havia alcançado, em 1991, iniciaram-se os primeiros passos para a regulamentação do setor de saúde suplementar¹³⁰. Entretanto, esta matéria

¹²⁸ SARRUBO, Mariângela. A saúde na Constituição Federal e o contexto para recepção da Lei 9.656/98. In: MARQUES, Claudia Lima (org.); MIRAGEM, Bruno (org.). *Direito do consumidor: fundamentos do direito do consumidor*, v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 17. Em sentido próximo, em 1993, Maria Leonor Baptista Jourdan ressaltou sobre a necessidade de tratamento legislativo específico para os seguros de saúde, fazendo uma dura crítica ao modelo até então adotado e a omissão estatal, arguindo que: “[...] a instituição do Seguro-Saúde, de novel implantação em nosso País, está a exigir um estatuto jurídico particular, que lhe assegure vitalidade e desenvolvimento. Como ele está sendo hoje tratado, quando tantas entidades oficiais ou oficiosas sobre ele se encarniçam a tentar despedaçá-lo como se fosse uma galinha de ovos de ouro que se quer de imediato tomar, para de pronto enriquecer com o que traz nas entranhas, isso desserve à Nação e, a persistir, daqui a pouco o instituto estará reduzido à miserável condição em que hoje está no Brasil a Previdência Social.”. (JOURDAN, Maria Leonor Baptista. Dos contratos de seguro-saúde no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, v. 30, n.º 118, p. 415-426, Brasília: abr./jun. de 1993, p. 426).

¹²⁹ CARLINI, Angélica. *Judicialização da saúde pública e privada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 64.

¹³⁰ Em 1991, foi apresentado projeto de lei pela Deputada Irma Passoni que buscava a obrigatoriedade das empresas de plano de saúde a manterem estabelecimentos próprios, sob

somente avançou na agenda do Congresso Nacional em 1993, com a apresentação do Projeto de Lei n.º 93/1993, de relatoria do Senador Iram Saraiva, aprovado na respectiva casa legislativa. Este projeto possuía três artigos que previam a proibição da exclusão de cobertura de despesas com tratamento de determinadas enfermidades em contratos de seguro de saúde e assemelhados.¹³¹

Em 1994, o precitado projeto de lei seguiu para a Câmara dos Deputados, sendo apresentado substitutivo e atribuído a este o número 4.425/1994¹³². Ato contínuo foi instaurada uma Comissão Especial para análise e emissão de parecer. O relatório dessa Comissão foi aprovado na Câmara dos Deputados, retornando ao Senado Federal no final do ano de 1997¹³³, originando processo legislativo contendo 36 artigos, que previam, por exemplo, a exclusão de cobertura de doenças preexistentes, congênitas e infectocontagiosas, bem como o aumento da mensalidade em razão da mudança de faixa etária, entre outros temas.¹³⁴

pena de ressarcimento das despesas de seus usuários em outros hospitais. No entanto, este projeto não restou examinado, sendo posteriormente arquivado.

¹³¹ GREGORI, Maria Stella. O processo de normatização do mercado de saúde suplementar no Brasil. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.); SCHMITT, Cristiano Heineck (coord.); LOPES, José Reinaldo de Lima (coord.); PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (coord.). *Saúde e responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde*. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 248.

¹³² Sobre este Projeto de Lei, veja os comentários tecidos por Claudia Lima Marques, em 1996: “Sem um efetivo controle social, sem a formação de uma jurisprudência majoritária ou pacífica, observa-se hoje no mercado brasileiro um retrocesso nos níveis de proteção do consumidor de serviços de saúde. Este nível de proteção procurou ser assegurado pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), mas pode sofrer um novo abalo, se as práticas abusivas atuais de algumas empresas de seguro-saúde passarem a ser incluídas como normas legais, com a aprovação dos atuais Projetos de Lei, em especial do Substitutivo ao PL 4.525/94 do Senado Federal.” (MARQUES, Claudia Lima. Expectativas legítimas dos consumidores nos planos e seguros privados de saúde e os atuais projetos de lei. *Revista de Direito do Consumidor*, n.º 20, p. 71-87. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 72 e ss).

¹³³ Aponta-se que entre o período de 1994 a 1997 tramitaram no Congresso Nacional 24 novos projetos para regulação e controle do mercado de saúde suplementar. Ainda, o Projeto de Lei de 1994 sofreu 131 emendas, das quais somente 13 foram aceitas, resultando nos 36 artigos do referido projeto. *Vide*: SILVEIRA, Karyna Rocha Mendes da. *Doença preexistente nos planos de saúde*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 77; MENICUCCI, Telma Maria Gonçalves. *Público e privado na política de assistência à saúde no Brasil: atores, processos e trajetórias*. 2003. 402 páginas. Tese de Doutorado – Curso de Doutorado em Ciências Humanas – Sociologia e Política. Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003, p. 275.

¹³⁴ GREGORI, Maria Stella. O processo de normatização do mercado de saúde suplementar no Brasil. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.); SCHMITT, Cristiano Heineck (coord.); LOPES, José Reinaldo de Lima (coord.); PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (coord.). *Saúde e responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde*. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 248.

Maria Stella Gregori detalhou a tramitação do processo de regulação ao referir que:

Ocorre, entretanto, que, no intervalo de tempo entre a aprovação do texto na Câmara e o início dos debates no Senado, assume o Ministério da Saúde o Senador José Serra, havendo uma mudança de orientação dentro do Governo sobre o tema da saúde suplementar.

Até então, o Governo Federal apoiava a aprovação do Substitutivo do relator, para que a regulamentação do setor de planos de saúde ficasse a cargo da Susep, órgão do Ministério da Fazenda. Esse ponto, além outros relativos às disposições contratuais nas relações entre empresas e consumidores dos planos, era alvo de críticas por parte de vários segmentos da sociedade, principalmente os órgãos de defesa do consumidor. O projeto aprovado foi objeto de intenso debate no Senado e havia grande demanda para que se reiniciassem as discussões do texto votado na Câmara, por ter ele sido completamente descaracterizado. No entanto, isso demandaria muito tempo e causaria um adiamento da edição da lei.

O então Ministro José Serra, em audiência pública realizada na Comissão de Assuntos Sociais, propôs a aprovação integral do texto aprovado na Câmara e comprometeu-se a fazer as modificações necessárias por medida provisória, para solucionar os pontos pendentes da lei aprovada, entre eles a criação de um órgão específico para a regulamentação do setor de saúde suplementar dentro do Ministério da Saúde, órgão este com vocação eminentemente técnica.¹³⁵

Dessa forma, em 03 de junho de 1998 foi editada e promulgada a Lei n.º 9.656¹³⁶, doravante conhecida como Lei dos Planos de Saúde, sendo

¹³⁵ GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor*. 3.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 44.

¹³⁶ Esta lei foi fruto de articulação de movimentos de direitos dos consumidores de planos de saúde, dos portadores de patologia e dos médicos que se sentiam ameaçados pelas operadoras que atuavam na lógica do mercado. Assim: CARVALHO, Eurípedes Balsanúo; CECÍLIO, Luiz Carlos de Oliveira. A regulamentação do setor da saúde suplementar no Brasil: a reconstrução de uma história de disputas. *Caderno de Saúde Pública*, v. 23, n. 9, p. 2167-2177, Rio de Janeiro, 2007, p. 2172. No mesmo sentido, Carlos Octávio Ocké-Reis refere que: "As private cover is related to what is often called the formal sector of the economy, the federal government helped pass a regulatory bill through Congress at the end of the 90s. In other words, in response to the outcry of those with a voice and a vote, the State was obliged to represent the interests of the consumer, in recognition of the poor quality of service, high prices and private insurance fraud. Therefore, despite the combined forces in favour of market deregulation, a new process emerged in the domain of social politics: the creation of Laws 9.656 and 9.961, respectively, designed to improve the regulation of private health insurance and to set up the Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, the National Supplementary Health Agency." (OCKÉ-REIS, Carlos Octávio. Challenges in the regulation of brazilian private health insurance. *Public Finance & Management*, v.5, iss.4, pp.597-624, dec. 2005, p. 598. Sinala-se que a Lei dos Planos de Saúde foi objeto de ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Confederação Nacional de Saúde (CNS), ADIn n.º 1.931-8, questionando diversos pontos da referida lei especial através dos seguintes e principais argumentos: a impossibilidade de se editar uma medida provisória um dia depois da promulgação da lei,

sancionada no mesmo ano pelo Presidente da República Fernando Henrique Cardoso. Em 04 de junho do mesmo ano, o Governo Federal editou a Medida Provisória n.º 1.665, trazendo mudanças em diversos artigos da Lei de Planos de Saúde, com a justificativa de que estas alterações observariam os interesses dos diversos agentes ligados à saúde suplementar. Esta medida provisória foi sucedida por outras 47, sendo a última a Medida Provisória n.º 2.177-44, de 24 de agosto de 2001.¹³⁷

A precitada lei trouxe avanços significativos e transformações para este ramo do mercado de consumo a partir de sua vigência em 1.º de janeiro de 1999, tendo em vista que criou um mecanismo unificado para controle, fiscalização e regulamentação, principalmente no que tange às regras relacionadas à constituição contratual ligada aos consumidores e operadoras, e ao funcionamento de empresas que atuam neste setor.¹³⁸

A esse respeito, Leonardo Vizeu Figueiredo elenca, entre as principais conquistas sociais e consumeristas dessa lei:

alterando seus dispositivos e impondo novas exigências; a exigência do art. 192 da CF de uma Lei Complementar para dispor sobre a autorização e funcionamento dos estabelecimentos de seguro; a impossibilidade de determinação da aplicação retroativa de normas para os contratos firmados antes da vigência da lei. Este último argumento foi acolhido pelo STF, que concedeu parcialmente o pedido liminar, para declarar que os contratos firmados antes da edição da Lei dos Planos de Saúde não poderiam ser atingidos pela sua regulação, suspendendo seus dispositivos que remetiam à aplicação retroativa. Sobre esta ação direta de inconstitucionalidade veja: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.931-8. Requerente: Confederação Nacional de Saúde. Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Maurício Corrêa. Brasília, 28 de mai. 2003; MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 465; SILVEIRA, Karyna Rocha Mendes da. *Doença preexistente nos planos de saúde*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 79.

¹³⁷ CARLINI, Angélica. *Judicialização da saúde pública e privada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 67. No mesmo ponto, a precitada autora refere: “A Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001, alterou a sistemática de edição das medidas provisórias no Brasil e, em razão disso, até que o Congresso Nacional retome o assunto essa medida provisória será considerada válida como a lei que regula o setor de saúde suplementar no país.”

¹³⁸ CARVALHO, Eurípedes Balsanuf; CECÍLIO, Luiz Carlos de Oliveira. A regulamentação do setor da saúde suplementar no Brasil: a reconstrução de uma história de disputas. *Caderno de Saúde Pública*, v. 23, n. 9, p. 2167-2177, Rio de Janeiro, 2007, p. 2172. Veja, por exemplo, os artigos da Lei n.º 9.656/98 que versam sobre: os requisitos para obtenção autorização para funcionamento das operadoras de planos privados de assistência à saúde, (art. 8.º); a instituição do plano-referência de assistência à saúde (art. 10.º); a vedação da exclusão de cobertura de doenças preexistentes à data da contratação, após vinte e quatro meses da vigência do contrato (art. 11.º); os requisitos mínimos para cada espécie de cobertura médico-assistencial (art. 12.º); vedação de impedimento de adesão de usuários em razão da idade ou da condição de pessoa portadora de deficiência (art. 14.º); a obrigatoriedade das operadoras de planos privados de assistência à saúde fornecerem informações e estatísticas relativas as suas atividades à ANS (art. 20.º), entre outros.

a) a obrigatoriedade, no plano-referências, da cobertura de todas as doenças relacionadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com Saúde, da Organização Mundial de Saúde – OMS, além de cobertura odontológica, transplantes (rins e córneas) e transtornos psiquiátricos; b) reembolso obrigatório para os custos oriundos dos casos de urgência e emergência; c) permissão para inclusão do filho adotivo menor de doze anos, com os mesmos direitos de um filho natural; d) garantia de permanência no plano, do trabalhador demitido ou aposentado.¹³⁹

A Lei n.º 9.656/98 constitui uma atividade governamental destinada a corrigir as falhas desta importante parcela do mercado de consumo, essencial à concretização do direito fundamental à saúde e, conseqüentemente, da dignidade da pessoa humana. Portanto, a sua regulamentação e fiscalização deve ser compreendida como uma forma de nortear os rumos do setor de saúde suplementar, monitorando o seu comportamento e alcance, através de um agir do Estado sobre a atividade econômica¹⁴⁰, respeitando o equilíbrio dos interesses das diversas forças sociais presentes.¹⁴¹

Passaram-se, assim, a se submeter a este microssistema todos os produtos e serviços que visem à garantia de cobertura financeira de riscos de assistência médica, hospitalar e/ou odontológica, bem como custeio de

¹³⁹ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de direito de saúde suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde*. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012, p. 124.

Entre as inovações trazidas pela Lei dos Planos de Saúde o referido autor elenca, também, a impossibilidade de as operadoras recorrerem à recuperação extrajudicial e de seus credores postularem à sua falência. Cita, ainda, o autor a possibilidade de ressarcimento ao SUS, às expensas das operadoras, pelo atendimento de beneficiário na rede pública ou conveniada, com intuito de impedir os avanços predatórios e práticas de direcionamento ao atendimento do SUS para procedimentos mais complexos e mais caros cobertos pelos planos comercializados. (Ibdem, p. 123-125).

¹⁴⁰ Sobre a intervenção estatal no domínio econômico privado relacionado à assistência à saúde, Adalberto Pasqualotto salienta que: “A intervenção do Estado nas atividades econômicas privadas justifica-se historicamente pela necessidade de garantir o equilíbrio econômico das relações contratuais de massa, afetadas pela desigualdade imperante entre as empresas e os consumidores. Enquanto aquelas fortaleciam-se pela concentração do poder econômico, que lhes possibilitava impor unilateralmente as condições de fornecimento de bens e serviços, os segundos, os consumidores, viam-se reféns da opção *take it or leave it*, submetidos a resignarem-se com a subordinação ou amargarem necessidades insatisfeitas. O dirigismo contratual propôs-se a romper esse dilema. Através de regras legais incidentes sobre práticas negociais essenciais, o Estado passou a tutelar os interesses dos que não tinham meios próprios para fazê-lo.” (PASQUALOTTO, Adalberto. A regulamentação dos planos e seguros de assistência à saúde: uma interpretação construtiva. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.); LOPES, José Reinaldo de Lima (coord.); PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (coord.). *Saúde e responsabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 46-47).

¹⁴¹ GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor*. 3.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 62.

despesas, oferecimento de rede credenciada ou referenciada, reembolso de despesas, dentre outros, em que em um dos polos da relação contratual esteja a 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 os produtos, serviços ou contratos elencados) e de outro o consumidor/beneficiário, nos termos do artigo 1.º, “caput”, incisos I, II e §1.º, da Lei n.º 9.656/98.

Diante da especificidade deste setor da economia, foram criados órgãos executivos, normativos e fiscalizadores dos planos privados de assistência à saúde¹⁴². Dentre eles, foi criada a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, um ente dotado de autonomia decisória, financeira, administrativa e gerencial, com a função de executar as políticas do Estado de orientação e planejamento desta parcela do mercado, promovidas pelo Conselho Nacional de Saúde Suplementar – CONSU, bem como de fiscalização e controle do cumprimento das normas entabuladas para o setor, com intuito de encontrar o seu equilíbrio, auxiliado pela Câmara de Saúde Suplementar – CAMSS, de sorte que o contrato atinja a sua função social.¹⁴³

A Agência Nacional de Saúde Suplementar foi instituída mediante a edição da Medida Provisória n.º 1.928, de 25 de novembro de 1999, reeditada pelas Medidas Provisórias n.º 2.003-1 e 2.012-2, todas do mesmo ano, posteriormente convertida na Lei n.º 9.961, de 28 de janeiro de 2000¹⁴⁴. Esta

¹⁴² Conforme dispõe o artigo 174 da Constituição Federal de 1988, o Estado exercerá o papel agente normativo e regulador da atividade econômica, na forma da lei, exercendo as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. É nesse contexto que surgem as agências reguladoras. Refere-se, nos termos dos ensinamentos de Leonardo Vizeu Figueiredo, após a promulgação da Lei dos Planos de Saúde, os primeiros anos de regulação do setor foram efetivados mediante ação interministerial conjunta do Ministério da Fazenda, via SUSEP, e pelo Ministério da Saúde, através da Secretaria de Assistência à Saúde. No entanto, em decorrência da necessidade de especialização do setor, optou-se por delegar o processo de regulação a uma agência estatal independente, a Agência de Saúde Suplementar. *Vide*: FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de direito de saúde suplementar*: manual jurídico de planos e seguros de saúde. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012, p. 127.

¹⁴³ GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor*. 3.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 75. Veja também: CARLINI, Angélica. *Judicialização da saúde pública e privada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 73-74.

¹⁴⁴ Nos termos dos ensinamentos de Maria Sylvania Zanella Di Pietro, a Agência Nacional de Saúde suplementar exerce, com base em lei, típico poder de polícia, uma vez que atua com a imposição de limitações administrativas, previstas em lei, fiscalização e repressão. (DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 27.ª ed. São Paulo: Editora Atlas S/A, 2014, p. 541). Veja também: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 30.ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013, p. 174 e ss; BARROSO, Luís Roberto. *Direito*

agência reguladora constitui-se em uma autarquia, sob o regime de natureza especial, com personalidade jurídica de direito público, vinculada ao Ministério da Saúde¹⁴⁵, subordinada às diretrizes fixadas pelo CONSU.

A ANS possui a finalidade institucional de promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, bem como as relações entre prestadores e consumidores¹⁴⁶, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País, nos exatos termos do artigo 3.º da Lei n.º 9.961/2000. Constitui-se em uma agência reguladora criada para dirigir todo o sistema de planos de assistência à saúde¹⁴⁷, auxiliada pela CAMSS, atuando em consonância às diretrizes estabelecidas pelo CONSU. De tal feita, Maria Stella Gregori ressalta que:

A criação da ANS foi um marco importante para o mercado de saúde suplementar, à medida que o Estado sinalizava, de um lado, que esta atividade estava submetida aos princípios constitucionais da ordem econômica, da livre iniciativa e competição, por considera-los instrumentos agregadores de eficiência a esse mercado; e, de outro, que tais atividades deveriam ser desenvolvidas de acordo com decisões e regulamentações editadas por um órgão estatal responsável por autorizar, regulamentar e fiscalizar o exercício dessas atividades, de modo a permitir que a competição se desse de forma saudável e em benefício da sociedade como um todo.

[...]

A ANS tem como escopo regular o sistema privado de saúde, disciplinando e controlando as atividades que garantam a assistência suplementar. Ela não regula todos os serviços de saúde, tais como prestadores de serviços, médicos, hospitais,

intertemporal, competências funcionais e regime jurídico dos planos e seguros de saúde. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira Carneiro (coord.). *Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012, p. 251 e ss.

¹⁴⁵ GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor*. 3.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 74. Sinala-se que a direção da ANS é exercida por uma Diretoria Colegiada, composta por até cinco diretores com mandatos de três anos, prorrogáveis por mais três, não coincidentes. A ANS é regida por um órgão colegiado, denominada de Diretoria Colegiada, composta por cinco diretorias, quais sejam: Diretoria de Normas e Habilitação das Operadoras, Diretoria de Normas e Habilitação dos Produtos, Diretoria de Fiscalização, Diretoria de Desenvolvimento Setorial e Diretoria de Gestão.

¹⁴⁶ Refere-se que a ANS não se constitui em órgão eminentemente voltado para a defesa do consumidor, entretanto, sua atuação deva ser pautada pelas regras e princípios que emanam da Constituição Federal de 1998, devendo zelar pela efetividade do princípio constitucional de proteção do consumidor (art. 5.º, XXXII, CF), atuando em conformidade com as regras contidas no Código de Defesa do Consumidor, possuído, portanto, função de instrumentalização da proteção do consumidor.

¹⁴⁷ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 3.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 900.

medicamentos, mas apenas as operadoras de planos de assistência à saúde.¹⁴⁸

Assim sendo, através de seus órgãos integrantes¹⁴⁹, compete a ANS, nos termos do artigo 4.º da Lei n.º 9.961/2000, fiscalizar, regulamentar e monitorar o setor da saúde assistencial suplementar, disciplinando os critérios de ingresso, operação e saída do setor das operadoras, os critérios essenciais para o registro de produtos; elaboração do rol de procedimentos e eventos em saúde que constituirão o plano-referência; normatização dos conceitos de doença e lesões preexistentes; controle da aferição e qualidade dos serviços oferecidos pelas operadoras de planos de assistência à saúde; fiscalização das atividades das operadoras em suas operações, bem como em relação aos serviços e produtos disponibilizados; disciplina sobre a transferência de carteiras, procedimentos para controle e adequação dos preços; implementação de programas que visem a qualificação da saúde suplementar; integração do setor privado com o Sistema Único de Saúde; aplicação de penalidades por descumprimento da lei e de suas regulamentações, entre outras funções.¹⁵⁰

O Conselho de Saúde Suplementar foi criado pela Lei n.º 9.656/98. Organiza-se como um órgão governamental, integrante da estrutura regimental do Ministério da Saúde, possuindo como função a fixação de políticas públicas a serem executadas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar¹⁵¹. Este órgão possui competência, nos termos do artigo 35-A da Lei n.º 9.656/98, para: estabelecer e supervisionar a execução de políticas e diretrizes gerais do setor de saúde suplementar; aprovar o contrato de gestão da ANS; supervisionar e

¹⁴⁸ GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor*. 3.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 48 e 75.

¹⁴⁹ Sobre a estrutura organizacional básica da Agência Nacional de Saúde Suplementar, veja a Resolução Normativa n.º 197, de 16 de julho de 2009, que institui o Regimento Interno desta agência reguladora.

¹⁵⁰ No que tange à experiência regulatória da Agência Nacional de Saúde Suplementar nos últimos anos, Bruno Miragem refere dois fenômenos puderam ser percebidos: “a) houve um excesso de confiança do legislador na competência regulatória das agências, frustrada por uma ação pouco convincente do órgão na proteção do interesse dos consumidores; e b) o superdimensionamento da competência normativa secundária (regulamentar) da agência, tem dado causa à edição de regulamentos de frágil conformidade com as disposições e/ou o fundamento teleológico da Lei 9.656/98 e do Código de Defesa do Consumidor”. (MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 466).

¹⁵¹ GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor*. 3.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 74.

acompanhar as ações e o funcionamento da ANS; fixar diretrizes gerais para implementação no setor de saúde suplementar; deliberar sobre a criação de câmaras técnicas, de caráter consultivo, de forma a subsidiar suas decisões.¹⁵²

A Câmara de Saúde Suplementar consiste em um órgão consultivo, criado pela Lei n. 9.961/2000, de caráter permanente, vinculado à Agência Nacional de Saúde Suplementar, composto por uma lista extensa de diversos atores que atuam neste setor, como representantes do Governo, das operadoras e da sociedade civil organizada¹⁵³, nos termos do § único do art. 5.º e art. 13º da Lei n.º 9.961/2000. A CAMSS possui um papel importante no desenvolvimento e na construção de uma agenda de prioridades da regulação e na avaliação de resultados obtidos, exercendo assim, a função de discutir e opinar sobre todo o sistema da saúde suplementar.¹⁵⁴

Diante do até aqui exposto, a Agência Nacional de Saúde Suplementar, o Conselho de Saúde Suplementar e a Câmara de Saúde Suplementar, desempenham função de extrema importância para o desenvolvimento deste mercado essencial à vida e à saúde dos cidadãos, atuando na sua regulação, normatização e fiscalização, a fim de que esta parcela do mercado de consumo encontre o equilíbrio entre os encargos e os fundos e reservas de que

¹⁵² O CONSU delibera através de resoluções aprovadas por maioria dos votos de seus membros, cabendo ao Presidente do Conselho deliberar nos casos de urgência e relevante interesse, mas “ad referendum” dos demais membros, devendo submeter a decisão ao Colegiado na primeira reunião que se seguir à esta deliberação, nos termos dos §§1.º e 2.º do art. 35-B da LPS. Maury Ângelo Bottesini e Mauro Conti Machado abordam as deficiências na regulação do setor de saúde suplementar através da atuação da ANS e CONSU ao referir que: “Verifica-se que a ANS e o CONSU vêm legislando extraordinariamente, quase sem controle, a não ser pelas próprias operadoras e seguradoras, às quais se dirige a maior parte dos regulamentos baixados por meio de Resoluções. Os usuários de planos e seguros privados de assistência à saúde não são alertados para as normas regulamentares, a não ser por alguns poucos itens divulgados na imprensa, de modo que se trata de leis dadas a conhecer a restrito universo de interessados, enquanto o grosso dos usuários não tem acesso a esse sistema regulamentar, o que impossibilita a fiscalização a retalho da atuação das operadoras de planos e seguros.”. (BOTTESINI, Maury Ângelo; MACHADO, Mauro Conti. *Lei dos planos e seguros de saúde comentada*: artigo por artigo. 3.ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, p. 341).

¹⁵³ Sobre a composição da Câmara de Saúde Suplementar, Angélica Carlini salienta que: “A extensa lista de setores com assento na Câmara de Saúde Suplementar permite ter clareza da diversidade de interesses e interpretações em permanente conflito. Se de um lado esse diálogo requer tenacidade e paciência de todos os participantes, de outro lado representa vivamente a forma democrática que é a maior sustentação do estado de Direito.”. (CARLINI, Angélica. *Judicialização da saúde pública e privada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 74).

¹⁵⁴ GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor*. 3.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 74. Veja a Resolução Normativa n.º 237, de 21 de outubro de 2010, da Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Saúde Suplementar, que dispõe sobre o Regimento Interno da Câmara de Saúde Suplementar. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/index2.php?option=com_legislacao&view=legislacao&task=PDFOriginal&format=raw&id=Mj11>. Acesso em 31 jan. 2017.

disponham as operadoras e seguradoras, sem que sejam cometidas arbitrariedades por estas e, em contrapartida, que o consumidor receba a cobertura devida, de acordo com a mensalidade cobrada. No entanto, o processo de melhoramento deste setor se encontra em constante expansão e reforma, buscando-se a todo o momento que a prestação deste serviço necessário à promoção da saúde humana atinja grau máximo de excelência, em que pese haja um longo caminho a ser percorrido.

2.1.2 O contrato de plano privado de assistência à saúde: conceito, características e classificação

O contrato é um instituto jurídico que formaliza uma relação obrigacional¹⁵⁵, estabelecendo direitos e deveres às partes contratantes, possibilitando que determinada operação econômica e com repercussão social seja dotada de estrutura ou forma legal.¹⁵⁶ Conforme explica Enzo Roppo¹⁵⁷, o negócio jurídico é a veste formal de uma operação econômica, devendo, pois,

¹⁵⁵ Clóvis Veríssimo do Couto e Silva leciona que a obrigação é um processo dirigido à realização de um fim, que se desenvolve em direção ao adimplemento, isto é, à satisfação dos interesses envolvidos na relação jurídica obrigacional. Nesse sentido, compreende-se que esta é um processo complexo e temporário que conta com início, meio e fim, do qual o adimplemento é a regra que atrai e polariza a obrigação. Dessa forma, o precitado autor destaca que a utilização da expressão “obrigação como processo”, busca sinalar o caráter dinâmico da obrigação, da existência de várias fases que surgem no desenvolvimento de uma relação obrigacional, que entre si se ligam com interdependência. *Vide*: SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007, p. 17-20. Agostinha Alvim, em sua obra clássica “Da inexecução das obrigações e suas conseqüências”, chega a elencar como fatores que levam os contraentes a cumprirem as obrigações, a ética, o medo de reprovação social, bem como as sanções jurídicas. ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 6-7.

¹⁵⁶ TIMM, Luciano Benetti. *Direito contratual brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico*. 2.ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2015, p. 4.

¹⁵⁷ ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p.10-11. Carlos Ghersi refere que: “Los actos económicos de interrelación entre quienes producen y comercializan los bienes o servicios y aquellos que los consumen o insumen, necesitan de una regulación por parte del Estado, como depositario de la atribución de diagramar el marco legal. El codificador estableció un ‘estructura normativa’ que constituye la herramienta jurídica para la circulación de bienes y servicios en la sociedad [...]”. (GHERSI, Carlos Alberto. *Contratos civiles y comerciales: partes general y especial*. Tomo I. 4.ª ed. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1998, p. 7-8).

ser redigido em conformidade com a ordenamento jurídico, estabelecendo a regulamentação dos interesses envolvidos¹⁵⁸.

Diante da importância que o pacto privado relacionado à assistência médico-hospitalar assumiu nas últimas décadas, o Estado tem o dever de intervir diretamente nesta espécie contratual¹⁵⁹, promovendo a proteção dos consumidores, o desenvolvimento social harmônico e um crescimento econômico equilibrado deste mercado de consumo tão caro à sociedade brasileira.

É por este motivo que Maria Stella Gregori¹⁶⁰ aduz que a importância da Lei n.º 9.656/98 se dá justamente por estabelecer as características gerais do instrumento contratual, bem como organizar as questões operacionais técnicas, instituir diretrizes para a formação do pacto e construir regras para o funcionamento do setor, mediante a atuação da Agência Nacional de Saúde Suplementar¹⁶¹.

Segundo apontam Renata Maria Gil da Silva Lopes Esmeraldi e José Fernando da Silva Lopes¹⁶², a assistência à saúde suplementar sempre decorre da existência de um contrato e de seu respectivo vínculo, em que estão previstos os direitos e obrigações estabelecidos para cada parte. Desta maneira, o serviço médico-assistencial somente pode ser prestado após a criação de uma relação jurídica estabelecida em contrato, regularmente registrado e autorizado pela ANS, firmado entre o consumidor com uma

¹⁵⁸ Veja também: COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 12.ª ed. Coimbra: Almedina, 2011, p. 72 e ss.

¹⁵⁹ Orlando Gomes refere que no direito contemporâneo, inaugurou-se um período de dirigismo contratual, em que o Estado passa a intervir nas relações jurídico-privadas, através de leis que tutelam ou proíbem certos conteúdos contratuais, ou sujeitam a sua conclusão ou a sua eficácia a uma autorização do poder público. (GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 9). Sobre o dever estatal de limitação dos contratos de planos de saúde, veja: FURLANELTO, Felipe Carnelossi. Direito à saúde e a iniciativa privada: dever estatal e a limitação dos contratos de planos de saúde. *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos*, v. 3, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ago. 2011, p. 397-452.

¹⁶⁰ GREGORI, Maria Stella. *Planos de Saúde: a ótica da proteção do consumidor*. 3.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 150.

¹⁶¹ Veja, por exemplo, a Resolução Normativa n.º 388 da ANS, de novembro de 2015, que estabelece os procedimentos adotados pela ANS para a estruturação e realização de suas funções fiscalizatórias, mediando os conflitos do setor; a Resolução Normativa n.º 387 da ANS, de 29 de outubro de 2015, que atualizou o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, que constitui a referência básica para cobertura assistência mínima nos planos de assistência à saúde; a Resolução Normativa n.º 259 da ANS, de 20 de junho de 2011, que estabelece prazos máximos para atendimento de beneficiários de planos de saúde.

¹⁶² ESMERALDI, Renata Maria Gil da Silva Lopes; LOPES, José Fernando. *Planos de saúde no Brasil: doutrina e jurisprudência*. 2.ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015, p. 89 e ss.

operadora de plano privado de assistência à saúde, mesmo que de forma indireta¹⁶³.

Assinala-se que, nos termos do artigo 35-F da Lei n.º 9.656/98, a assistência à saúde compreende todas as ações necessárias à prevenção de doença e à recuperação, manutenção e reabilitação da saúde¹⁶⁴. Para tanto, garantiu-se a cobertura assistencial de todos os diagnósticos previstos na Classificação Internacional de Doenças – CID, a partir de uma relação de procedimentos fixados pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, de acordo com a segmentação de plano adotada¹⁶⁵, fixando exigências mínimas legais.

O conceito dos contratos de planos privados de assistência à saúde está contido no inciso I do artigo 1.º da Lei dos Planos de Saúde, a seguir transcrito:

[...] 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;

O plano privado de assistência à saúde é, portanto, o pacto celebrado entre uma operadora¹⁶⁶ e um consumidor¹⁶⁷, em que este se obriga ao

¹⁶³ O artigo 9º da Lei n.º 9.656/98 estabelece que: “Art. 9º Após decorridos cento e vinte dias de vigência desta Lei, para as operadoras, e duzentos e quarenta dias, para as administradoras de planos de assistência à saúde, e até que sejam definidas pela ANS, as normas gerais de registro, as pessoas jurídicas que operam os produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, e observado o que dispõe o art. 19, só poderão comercializar estes produtos se: I - as operadoras e administradoras estiverem provisoriamente cadastradas na ANS; e II - os produtos a serem comercializados estiverem registrados na ANS.

¹⁶⁴ O artigo 35-F da Lei n.º 9.656/98 está assim disposto “Art. 35-F. A assistência a que alude o art. 1º desta Lei compreende todas as ações necessárias à prevenção da doença e à recuperação, manutenção e reabilitação da saúde, observados os termos desta Lei e do contrato firmado entre as partes”.

¹⁶⁵ GREGORI, Maria Stella. *Planos de Saúde: a ótica da proteção do consumidor*. 3.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 153.

¹⁶⁶ Nos termos do inciso II do artigo 1.º da Lei dos Planos de Saúde, a operadora desta espécie contratual corresponde à pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato referido no inciso I do mesmo artigo, restando vetado a sua operação por pessoas físicas, nos exatos termos do parágrafo 4.º, do precitado artigo. Destaca-se que as operadoras de planos privados somente podem funcionar com autorização da ANS, nos termos do que dispõe o

pagamento de uma prestação pecuniária e periódica, mesmo que de forma indireta, sob a forma de benefício salarial, enquanto aquele se compromete a garantir a cobertura financeira de riscos relacionados à assistência à saúde.¹⁶⁸ Este negócio jurídico, por conseguinte, está estritamente ligado ao atendimento à saúde física e mental do consumidor¹⁶⁹, ou seja, à manutenção da vida em sua forma plena, servindo como meio para promoção e preservação destes elementos essenciais à própria proteção da pessoa humana e de sua dignidade. É por este motivo, que se afirma que a causa, a garantia e o fundamento¹⁷⁰ desta espécie contratual está relacionada à oferta de segurança aos seus beneficiários, e de seus dependentes, dos serviços previamente estabelecidos no contrato acerca dos riscos relacionados à saúde e a manutenção da vida¹⁷¹.

artigo 4.º, inciso XXII, da Lei n.º 9.961/2000. A Agência Nacional de Saúde Suplementar classificou as operadoras em sete modalidades por meio da edição da Resolução de Diretoria Colegiada n.º 39, de outubro de 2000, prevendo: Administradora, Cooperativa Médica, Cooperativa Odontológica, Autogestão, Filantropia, Medicina de Grupo e Odontologia de Grupo.

¹⁶⁷ Maria Stella Gregoria refere que por uma impropriedade técnica, a Lei n.º 9.656/98 ora menciona “consumidor”, ora “usuário”, ora “beneficiário”. Entretanto, para esta autora, em todos os casos, essas expressões devem ser interpretadas como consumidor, na acepção do CDC, tendo em vista que o termo “usuário” é próprio daquele que utiliza serviços públicos e “beneficiário” refere àquele que recebe benefícios, normalmente oriundos da seguridade social. (GREGORI, Maria Stella. *Planos de Saúde: a ótica da proteção do consumidor*. 3.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 153).

¹⁶⁸ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de direito de saúde suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde*. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012, p. 167. Assim, o autor elencado salienta que os elementos essenciais para o conceito de contrato de plano privado de assistência à saúde são a garantia de assistência à saúde e a garantia de cobertura financeira dos riscos dessa assistência.

¹⁶⁹ LOPES, José Reinaldo de Lima. Consumidores de seguros e planos de saúde (ou, doente também tem direitos). In: MARQUES, Claudia Lima (coord.); LOPES, José Reinaldo de Lima (coord.); PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (coord.). *Saúde e responsabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 23-35, p. 25.

¹⁷⁰ Veja a decisão do STJ com trecho a seguir colacionado: “[...] O contrato de plano de assistência à saúde, por definição, tem por objeto propiciar, mediante o pagamento de um preço, a cobertura de custos de tratamento médico e atendimentos médico, hospitalar e laboratorial perante profissionais e rede de hospitais e laboratórios próprios ou credenciados. A estipulação contratual que vincula a cobertura contratada aos médicos e hospitais de sua rede ou conveniados é inerente a esta espécie contratual e, como tal, não encerra, em si, qualquer abusividade. Aliás, o sinalagma deste contrato está justamente no rol de diferentes níveis de qualificação de profissionais, hospitais e laboratórios próprios ou credenciados postos à disposição do consumidor, devidamente especificados no contrato, o qual será determinante para definir o valor da contraprestação a ser assumida pelo aderente. Por consectário, quanto maior a quantidade de profissionais e hospitais renomados, maior será a prestação periódica expendida pelo consumidor, decorrência lógica, ressalta-se, dos contratos bilaterais sinalagmáticos.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.286.133/MG. Recorrente: Ricardo Queiroz Guimarães e outro. Recorrido: Unimed Belo Horizonte Cooperativa de Trabalho Médico. Relator Min. Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 05 abr. 2016).

¹⁷¹ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 464.

Nos termos dos ensinamentos de Antonio Joaquim Fernandes Neto¹⁷², o contrato vinculado à saúde suplementar é concebido a partir dos serviços e produtos nele contidos. Logo, além da designação sintética, genérica e não exaustiva¹⁷³ deste serviço, de garantia de cobertura financeira de riscos de assistência à saúde, o legislador infraconstitucional elencou uma série de elementos característicos que diferenciam esta espécie contratual tão singular das prestações exclusivamente financeiras, tais como: custeio de despesas, oferecimento de rede credenciada ou referenciada, reembolso de despesas, vinculação de cobertura financeira à aplicação de conceitos ou critérios médico-assistenciais, entre outros, nos termos do §1.º, “a” a “f”, do art. 1.º da Lei n.º 9.656/98.

Note-se que a redação original do artigo 1.º da lei que rege o mercado de saúde suplementar inicialmente utilizava a nomenclatura de planos de saúde e seguros de saúde, ao prever que: “Submetem-se às disposições desta Lei as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos ou seguros privados de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade”. No entanto, com a edição da Medida Provisória n.º 2.177-44/2001, optou-se por unificar a terminologia utilizada na legislação especial, dispensando tratamento único para cada uma destas duas modalidades, em razão da supressão do termo seguro-saúde da redação dos artigos 1.º e 10.º da Lei n.º 9.656/98. Desta forma, os planos de saúde e os seguros de saúde passaram a ser considerados como espécies integrantes dos planos privados de assistência à saúde¹⁷⁴.

¹⁷² FERNANDES NETO, Antonio Joaquim. *Plano de saúde e direito do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 130.

¹⁷³ Maury Ângelo Bottesini e Mauro Conti Machado, ao comentarem o §1.º do referido artigo, salientam que a abordagem genérica e não exaustiva dos elementos característicos que compõe o serviço de assistência à saúde possui a intenção de impedir que as atividades desenvolvidas pelas operadoras e pelas administradoras de planos privados de assistência à saúde escapem da fiscalização da ANS. *Vide*: BOTTESINI, Maury Ângelo; MACHADO, Mauro Conti. *Lei dos planos e seguros de saúde comentada*: artigo por artigo. 3.ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, p. 19.

¹⁷⁴ Veja: NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *Comentários à lei de plano privado de assistência à saúde*. 2.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 13. No mesmo sentido: FERNANDES NETO, Antonio Joaquim. *Plano de saúde e direito do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 128 e ss.

Conforme aponta Bruno Miragem¹⁷⁵, embora as duas modalidades de planos privados possuam a mesma finalidade¹⁷⁶, isto é, a oferta de garantia ao tratamento dos riscos relacionados, à saúde, e, por via de consequência, à vida, estas se diferem quanto à forma de sua realização¹⁷⁷.

O contrato de seguro-saúde, em sua concepção original, corresponde ao serviço prestado por uma empresa seguradora, com objetivo de assegurar o reembolso de despesas médicas e hospitalares ao segurado após a ocorrência de sinistro, até o limite previsto no contrato¹⁷⁸, mediante livre escolha do médico e o do serviço hospitalar. Atualmente, admite-se que as seguradoras operem uma rede referenciada de prestadores de serviços e profissionais, sendo, entretanto, vedado a manutenção de rede própria por esses¹⁷⁹.

No ponto, cumpre salientar que o legislador infraconstitucional definiu o contrato de seguro como o contrato no qual “o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados”, nos termos do artigo 757 do Código Civil brasileiro.

¹⁷⁵ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 464.

¹⁷⁶ Sobre o tema, veja: LOPES, José Reinaldo de Lima. Consumidores de seguros e planos de saúde (ou, doente também tem direitos). In: MARQUES, Claudia Lima (coord.); LOPES, José Reinaldo de Lima (coord.); PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (coord.). *Saúde e responsabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 23-35, p. 31 e ss.

¹⁷⁷ Todavia, conforme ressalta Claudia Lima Marques, após: “Hoje a forma mais comum é um contrato misto de plano de saúde, contrato da modalidade pré-pagamento, em que a utilização dos serviços médicos “conveniados” é livre, não necessitando pagamento e consequente reembolso, ficando o reembolso das despesas médicas e de pré-pagamento para os tratamentos mais caros ou casos excepcionais (tratamento em outras cidades, etc.)”. (MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 510).

¹⁷⁸ Arnaldo Rizzardo define o contrato de seguro como: “[...] o contrato pelo qual uma das partes se obriga para com a outra, mediante o pagamento de um prêmio, a garantir-lhe interesse legítimo, contra riscos futuros, previstos no contrato. Esta idéia que está no art. 757 do Código Civil (art. 1.432 do Código revogado)”. Ainda, o autor elenca que o contrato de plano privado de assistência à saúde possui natureza securitária ao referir que: “Especificamente no campo da saúde, visa a garantir o pagamento de determinadas importâncias pela ocorrência de fatos previstos como riscos. Trata-se do contrato pelo qual o segurador se obriga a cobrir a indenização por riscos ligados à saúde e à hospitalização, mediante o pagamento do prêmio em determinado número de prestações. Fica a pessoa protegida dos riscos da enfermidade, pois contará com recursos para custear as despesas acarretadas pelas doenças, com a garantia da assistência médico-hospitalar. Genericamente, é a garantia de interesses pela cobertura dos riscos da doença. Através dele, o indivíduo ou segurado fica protegido dos riscos da enfermidade, pois contará com recursos para custear as despesas acarretadas pelas doenças, e tendo direito à própria assistência médico hospitalar. (RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 3.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 892-893).

¹⁷⁹ Sobre o tema veja: GREGORI, Maria Stella. *Planos de Saúde: a ótica da proteção do consumidor*. 3.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 163-164; MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 464.

Verifica-se, portanto, que o seguro-saúde é típico contrato de seguro, sendo facilmente visualizados seus elementos constitutivos, quais sejam: a) o segurador, correspondente ao operador de plano privado de assistência à saúde, que visa garantir o ressarcimento do risco contratado; b) o segurado que tem garantido o pagamento do serviço à saúde em decorrência do risco implementado; c) o prêmio, que constitui o preço do risco contratado pago à seguradora satisfeito, via de regra, mediante prestações, denominadas mensalidades; d) a indenização securitária, consubstanciada no pagamento pela seguradora da garantia dada pelo risco avençado, ou seja, o reembolso das despesas com assistência médico-hospitalares; e e) os riscos futuros cobertos relacionados à saúde, retratados na lesão ou na enfermidade que venha a acometer o segurado¹⁸⁰.

O contrato de plano de saúde, por sua vez, constitui-se no serviço prestado por uma cooperativa ou associação médica com a finalidade de assegurar assistência médica, hospitalar ou ambulatorial¹⁸¹ através de rede própria ou credenciada, mediante o pagamento de prestação mensal, cujos pactos são avençados ou renovados anualmente. Sinala-se que as operadoras deste contrato prestam diretamente os serviços de assistência à saúde, através de rede própria, ou limitam-se a cobrir os custos assistenciais, independentemente do momento em que o preço do serviço será estabelecido, se antes, durante ou após a sua execução.

Da mesma forma que o contrato de seguro-saúde, os planos de saúde também possuem natureza securitária¹⁸², uma vez que perduram em seu conceito os três pilares estruturantes do seguro, quais sejam, o risco garantido, o prêmio satisfeito à operadora do plano e a indenização a ser paga ao segurado em caso de evento futuro, incerto e danoso relacionado à sua saúde. Neste sentido, a cooperativa ou associação médica assume a obrigação de

¹⁸⁰ RODRIGUES, Bruno Lemos. *Aspectos legais dos contratos de seguro-saúde*. 1.ª ed. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 22-23.

¹⁸¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10.ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 473-474.

¹⁸² Registra-se, novamente, que o seguro-saúde e os planos de saúde no nascedouro de sua institucionalização foram submetidos à regulação Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP) e fiscalização da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), conforme se pode observar nos artigos 24, § único, e 135 do Decreto-Lei n.º 73/1966. Assim, o plano privado de assistência à saúde possui natureza securitária em face dos serviços contido nesta espécie contratual, que, diante de sua importância social, restou regulado por legislação específica e submetido à fiscalização própria, fora do Sistema Nacional de Seguros Privados.

ressarcir ou efetuar o pagamento direto de despesas médico-hospitalares e ambulatoriais, além de eventuais medicamentos necessários em razão da lesão ou a enfermidade que venha a acometer ao consumidor¹⁸³.

A Ministra Nancy Andrighi sintetizou estas duas figuras jurídicas de forma muito clara e precisa ao afirmar que:

No plano de saúde, a contratação se dá frente a uma empresa privada, cooperativa ou associação, que presta serviços médico-hospitalares, diretamente ou por intermédio de uma rede conveniada.

O seguro-saúde, por sua vez, é firmado com uma seguradora, que oferece cobertura contra os riscos financeiros à vida e integridade física do segurado, reembolsando-o, ou pagando em nome dele ou à sua ordem, despesas de natureza médico-hospitalar que resultem da ocorrência de sinistros contratualmente previstos.¹⁸⁴

Dessa forma, analisando as duas figuras jurídicas que integram o conceito de contrato de plano privado de assistência à saúde, verifica-se que este é um típico contrato de seguro¹⁸⁵, tendo em vista que possui como finalidade precípua assegurar a cobertura de riscos relativos à saúde e à vida¹⁸⁶, mediante o pagamento de uma contraprestação do segurado. Sobre o tema, Claudia Lima Marques destaca que:

¹⁸³ Veja: FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de direito de saúde suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde*. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012, p. 167.

¹⁸⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.102.848/SP. Recorrente Agente BR Sociedade Corretora de Câmbio LTDA. Recorrido: Unibanco AIG Seguros S/A. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Brasília: 25 de out. 2010, p. 7-8.

¹⁸⁵ Destaca-se que o artigo 802 do Código Civil poderia gerar alguma confusão quanto à natureza securitária dos planos de assistência à saúde ao dispor que não se aplicam à seção de seguro de pessoas aos contratos em que visam a garantia de reembolso de despesas hospitalares ou de tratamento médico, nem o custeio das despesas de luto e de funeral do segurado. No entanto, a “razão de ser” dessa norma possui fácil explicação, em face da existência de regulamentação própria do setor, cuja atual legislação civil atentou aquela. Aplicam-se, assim, apenas os dispositivos gerais do contrato seguro previstos no Código Civil, naquilo que não for contrário à Lei n.º 9.656/98, havendo um verdadeiro diálogo de fontes. Nesse sentido, Adalberto Pasqualotto refere que: “O art. 802 atesta o caráter de centralidade do Código Civil, compatibilizando-se com a vigência de leis especiais. Ficam excluídos da incidência das disposições sobre seguro de pessoa os contratos que visem o reembolso de despesas de tratamento médico e hospitalar. Para estes casos há lei especial disciplinando a assistência privada à saúde, a Lei 9.656, de 03.06.1998. Também é excluído o reembolso de despesas de luto e funeral, que podem constituir objeto de planos de mútuo socorro, à margem do regramento geral dos seguros.”. (PASQUALOTTO, Adalberto. *Contratos nominados III: seguro, constituição de renda, jogo e aposta, fiança, transação, compromisso*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 174)

¹⁸⁶ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 3.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 892.

Note-se que a ideia dos seguros, e hoje dos planos de saúde, está intimamente ligada ao anseio humano de controle dos riscos e de socialização dos riscos atuais e futuros entre todos na sociedade. Se inicialmente os seguros, assim como ainda descritos em nosso Código Civil de 1916 (e também no CC/2002), envolviam apenas o “indenizar”, o “responder” monetariamente, é esta uma visão superada, pois os serviços de seguro evoluíram para incluir também a *performance bond*, isto é, o contrato de seguro envolvendo a “execução” de uma obrigação, um verdadeiro “prestar”, em fazer futuro muito mais complexo que a simples entrega de uma quantia monetária.¹⁸⁷

Sendo assim, elenca-se que os planos privados de assistência à saúde funcionam, de fato, da mesma forma que os demais seguros, tendo em vista que, na eventual ocorrência de um risco segurado, a operadora deste contrato deverá pagar a indenização contratada. Refere-se que nos contratos médico-assistenciais, o pagamento se dá pelo sistema de reembolso, com a transferência do valor despendido pelo indivíduo afetado pelo sinistro, do mesmo modo que acontece nas demais espécies de seguros, ou diretamente ao prestador do serviço.¹⁸⁸

Salienta-se, também, que o contrato aqui analisado consubstancia-se em uma típica relação de consumo¹⁸⁹, na qual o regime de proteção se dá pela

¹⁸⁷ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 517.

¹⁸⁸ CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira. Princípios básicos de seguros e planos de saúde. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira Carneiro (coord.). *Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012, p. 81.

¹⁸⁹ De um lado desta relação encontra-se o consumidor, pessoa física, titular ou dependente, destinatário final, adquirente de um plano privado de assistência à saúde, ou vinculado a este em face de uma relação de emprego ou agremiação (sindicato, associações). Claudia Lima Marques e Bruno Miragem ressaltam que se o consumidor não é o contratante direto do plano médico assistencial este é considerado como terceiro vítima, terceiros expostos e representantes ou terceiros intervenientes, considerando-se como consumidores equiparados nos termos dos artigos 17, 29 e 2.º, parágrafo único, do CDC. Veja: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. Seguros e planos de assistência à saúde: risco, solidariedade e os direitos do consumidor. In: MIRAGEM, Bruno (org.); CARLINI, Angélica (org.). *Direito dos seguros: fundamentos de direito civil, direito empresarial e direito do consumidor*. 1.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 180. A Súmula n.º 101 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reconhece que: “O beneficiário do plano de saúde tem legitimidade para acionar diretamente a operadora mesmo que a contratação tenha sido firmada por seu empregador ou associação de classe”. Do outro lado, encontram-se as operadoras devidamente autorizadas e registradas na Agência Nacional de Saúde Suplementar, classificadas em: Administradora, Cooperativa Médica, Cooperativa Odontológica, Autogestão, Filantropia, Medicina de Grupo e Odontologia de Grupo.

Aplica-se aqui a Súmula 469 do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: “Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde”. Outrossim, a Súmula n.º 100 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo é mais completa ao prever que: “O contrato de plano/seguro saúde submete-se aos ditames do Código de Defesa do Consumidor e da Lei n. 9.656/98 ainda que a avença tenha sido celebrada antes da vigência desses diplomas legais”.

aplicação simultânea do Código de Defesa do Consumidor e da Lei n.º 9.656/98, por ordem de seu artigo 35-G, *in verbis*: “Aplicam-se subsidiariamente aos contratos entre usuários e operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o § 1.º do art. 1.º desta Lei as disposições da Lei no 8.078, de 1990”. Note-se que o mencionado dispositivo legal, por uma imprecisão técnica, referiu que o código consumerista é aplicado de forma subsidiária à lei especial que rege o mercado de saúde suplementar.

Entretanto, é possível afirmar que os microssistemas devem ser aplicados de forma complementar, em um verdadeiro diálogo¹⁹⁰ sistemático e coerente entre estas leis especiais que regulam simultaneamente as relações privadas de assistência-médica. Busca-se aqui guardar coerência lógica em vista da proteção dos consumidores nos planos privados de assistência à saúde, pois o bem protegido neste contrato é a vida, preponderando a aplicação da norma mais benéfica ao consumidor¹⁹¹.

O STJ entende que o Código de Defesa do Consumidor se aplica aos planos de saúde, inclusive aos pactos de autogestão, que não possuem fins lucrativos, mas que são remunerados pelos seus associados, conforme pode-se observar trecho da ementa a seguir transcrita: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO NO JULGADO. SÚMULA Nº 284/STF. PLANO DE SAÚDE. AUTOGESTÃO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INCIDÊNCIA. PRECEDENTES. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. REQUISITOS AUTORIZADORES. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS Nº 7/STJ E Nº 735/STF. 1. [...] 2. O entendimento predominante no âmbito desta Corte é de que a relação de consumo caracteriza-se pelo objeto contratado, no caso, a cobertura médico-hospitalar, sendo irrelevante a natureza jurídica da entidade que presta os serviços, ainda que sem fins lucrativos, quando administra plano de saúde remunerado a seus associados. [...] 5. Agravo regimental não provido.”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n.º 813.590 - RJ. Agravante: Furnas-Centraís Elétricas S/A. Agravado: Ramon Almeida Pigliasco Filho. Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Brasília, julgado em 04 ago. 2016.)

¹⁹⁰ Veja sobre a teoria do diálogo das fontes. Esse termo foi cunhado por Jayme em referência às normas de direito internacional privado. JAYME, Erik. *Identité culturelle et intégration: le droit internationale privé postmoderne*. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, Kluwer, Dordrecht, 1995. vol. 2, p. 37 e ss. No âmbito nacional, esta teoria foi desenvolvida com maestria por Claudia Lima Marques, com base nos ensinamentos de Erik Jayme, veja: MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo à Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

¹⁹¹ Sobre o tema, veja: GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor*. 3.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 177 e ss; SCHMITT, Cristiano Heineck; MARQUES, Claudia Lima. Visões sobre os planos de saúde privado e o Código de Defesa do Consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima; SCHMITT, Cristiano Heineck; LOPES, José Reinaldo de Lima; PFEIFER, Roberto Augusto (coord.). *Saúde e responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 138 e ss; MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 464.

Nesta seara, a lei consumerista atua de forma complementar e simultânea à lei dos planos privados de assistência à saúde, regulando situações em que esta é omissa ou insuficiente, devendo ser citado o tema referente à responsabilidade civil das operadoras deste tipo contratual, matéria esta não regulada pela Lei n.º 9.656/98. Assim, Código de Defesa do Consumidor assume o caráter de norma geral e principiológica frente à Lei dos Planos de Saúde, sendo aplicada a todas as relações de consumo, em face da necessidade de proteção da parte mais vulnerável desta relação entre desiguais.

Do conceito de planos privados de assistência à saúde extraem-se as suas características *sui generis*, que devem ser levadas em conta para a formação do contrato nominado e, como tal, sujeito a legislação especial própria.

A primeira característica a ser levada em consideração é que este pacto é contrato de adesão¹⁹², pois suas cláusulas contratuais são estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor do serviço e aprovadas pela autoridade reguladora competente, não existindo a possibilidade de discussões ou modificações substanciais por parte do consumidor¹⁹³. Destaca-se, entretanto, que a própria lei estabelece um rol mínimo de serviços que devem ser obrigatoriamente cobertos, cabendo ao consumidor contratante apenas a opção de escolha da cobertura desejada frente à oferta previamente apresentada pela operadora¹⁹⁴.

¹⁹² Sobre a importância do modelo de contratação por adesão no mercado de saúde suplementar e para o direito à saúde, veja: SCAFF, Fernando Campos. *Direito à saúde no âmbito privado: contratos de adesão, planos de saúde e seguro-saúde*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 53 e ss.

¹⁹³ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 76. No âmbito do direito português, veja a importante obra: PRATA, Ana. *Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais: anotação ao decreto-lei n.º 446/85, de 25 de outubro*. Lisboa: Almedina, 2010; COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 12.ª ed. Coimbra: Almedina, 2011, p. 242 e ss. Assevera-se que o contrato de plano de saúde somente poderá ser comercializado se estiver devidamente registrado e autorizado pela ANS, nos termos do inciso I do artigo 9.º da Lei n.º 9.656/98. De igual forma, o artigo 16 da precitada lei estabelece as cláusulas e condições que obrigatoriamente devem constar no pacto, tais como: as condições de admissão; o início da vigência; os períodos de carência para consultas, internações, procedimentos e exames; as faixas etárias e os percentuais; as condições de perda da qualidade de beneficiários; e os eventos cobertos e excluídos.

¹⁹⁴ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de direito de saúde suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde*. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012, p. 168 e 170.

Ainda, caracterizam-se por serem bilaterais ou plurilaterais, uma vez que há reciprocidade de obrigações e vantagens entre o consumidor e a operadora do plano. Diz-se que nos planos coletivos, a obrigação contratual assume feições multilaterais, tendo em vista que o contratante ajusta a contratação de serviços suplementares de saúde a fim de disponibilizá-los para a categoria que congrega, assumindo, portanto, feições multilaterais em relação ao uso do plano por parte dos respectivos beneficiários. Há nesta hipótese, uma relação bilateral entre o operador do plano médico-assistencial e o seu contratante, e uma relação multilateral entre a operadora, o contratante e seus beneficiários.¹⁹⁵

O contrato privado de assistência médico-hospitalar é, necessariamente, oneroso, envolvendo o pagamento pecuniário, sucessivo e mensal, ainda que de maneira implícita, sob a forma de benefício salarial. No caso específico do seguro-saúde, Leonardo Figueiredo Vizeu¹⁹⁶ salienta que o segurado paga, tão-somente, o valor estipulado na apólice, ou, também, o valor da franquia, se estipulada; já a seguradora, somente restará obrigada ao pagamento do prêmio, mediante o reembolso ao segurado, ou pelo pagamento direto ao prestador do serviço médico, se o segurado previamente arcar com as suas obrigações financeiras.

De igual maneira, o pacto em análise possui como característica a comutatividade, tendo em vista que as vantagens de cada uma das partes podem ser apreciadas no momento da celebração do contrato¹⁹⁷. Ou seja, o beneficiário do plano privado deve arcar com as prestações pecuniárias sucessivas e mensais atinentes a manutenção do pacto, enquanto que a operadora deve disponibilizar o atendimento em rede de serviços médicos específicos, arcando, ainda, com os custos nas hipóteses de eventual enfermidade contratualmente prevista que importe em atendimento médico-hospitalar para debelar a enfermidade de que foi acometido o consumidor.

¹⁹⁵ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de direito de saúde suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012, p. 167-168.

¹⁹⁶ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de direito de saúde suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012, p. 170.

¹⁹⁷ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 12.^a ed. Coimbra: Almedina, 2011, p. 371.

Por outro lado, o pacto de plano privado de assistência à saúde possui como característica a aleatoriedade¹⁹⁸, a teor do que estabelece o artigo 458 do Código Civil, quando analisado sob o viés do momento em que a prestação é devida. Trata-se de obrigações de risco para a empresa operadora do plano privado de assistência à saúde, de probabilidade de perda concomitante à probabilidade de lucro¹⁹⁹, visto que somente haverá a contraprestação por parte do fornecedor/operador do plano privado caso ocorra evento futuro e incerto, qual seja, sinistro relacionado à saúde do consumidor/beneficiário²⁰⁰.

Portanto, a incerteza refere-se apenas à sua necessidade de prestação, mas não à natureza ou à qualidade do serviço prestado²⁰¹. Nesse sentido, Claudia Lima Marques aduz que, quando necessária, a prestação deste serviço “deve ser fornecida com a devida qualidade, com a devida adequação, de forma que o contrato, que o serviço objeto do contrato unindo fornecedor e consumidor, possa atingir os fins que razoavelmente dele se esperam”²⁰². Por esta razão, a jurista gaúcha afirma que a relação contratual do plano privado de assistência à saúde constitui obrigação de resultado, haja vista que:

¹⁹⁸ Luiz Augusto Ferreira Carneiro salienta que: “[...] em face da estrutura adotada no Brasil, pode-se entender que há riscos compreendidos nos planos de saúde que não têm esse caráter de aleatoriedade. Consultas médicas são programadas e voluntariamente realizadas pelos consumidores, como nos casos de ginecologia, pediatria, oftalmologia e outras especialidades. Da mesma forma, exames são realizados rotineiramente como parte de check-ups preventivos. Há, certamente, alguns sinistros de ocorrência certa, porém ainda assim o elemento aleatório permanece, seja na magnitude dos gastos (os sinistros ‘rotineiros’ tendem a ter um custo significativamente inferior aos sinistros aleatórios), seja na distribuição desses eventos pela população (alguns indivíduos optam por não realizar essas rotinas), seja pela incerteza quanto aos desdobramentos futuros de cada procedimento de saúde (uma simples consulta de rotina pode identificar a existência de uma doença grave)”. (CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira. Princípios básicos de seguros e planos de saúde. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira Carneiro (coord.). *Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012, p. 80).

¹⁹⁹ Quanto a característica de aleatoriedade, o referido autor aponta que: nos períodos em que o consumidor não se valer dos serviços disponíveis pelo contrato, a margem de lucro da operadora será maior, entretanto, nos períodos de sinistralidade, a sua margem poderá ser reduzida. (FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de direito de saúde suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde*. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012, p. 168).

²⁰⁰ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 518.

²⁰¹ FERNANDES NETO, Antonio Joaquim. *Plano de saúde e direito do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 148.

²⁰² MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 518.

No mesmo sentido, veja: PASQUALOTTO, Adalberto. *Contratos nominados III: seguro, constituição de renda, jogo e aposta, fiança, transação, compromisso*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

[...] o que se espera do segurador ou prestador é um “fato”, um “ato” preciso, prestar serviços médicos, um reembolsar quantias, um fornecer exames, alimentação, medicamentos, um resultado independente dos “esforços” (diligentes ou não) para obtenção dos atos e fatos contratualmente esperados.²⁰³

Este negócio jurídico caracteriza-se, também, por ser realizado por prazo indeterminado e de trato sucessivo, de modo que os efeitos do contrato se protraem no tempo, sem que haja rescisão ou resolução pelo decurso do tempo, motivo pelo qual as partes, para encerrarem o vínculo contratual, necessitam de expressa manifestação de vontade²⁰⁴. Estes contratos complexos, que se perpetuam no tempo, foram denominados por Claudia Lima Marques²⁰⁵ como contratos cativos de longa duração²⁰⁶, pois há uma relação de dependência dos consumidores com os fornecedores que perduram por tempo indeterminado, no qual os serviços prestados no mercado podem assegurar ou prometer, por exemplo, “saúde” no futuro²⁰⁷.

²⁰³ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 518. De igual maneira, os doutrinadores Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo ressaltam que: “Com razão esclarece a doutrina que a álea desses contratos está na necessidade da prestação (se será necessária ou não), e não na forma como se dá o cumprimento da obrigação de assistência assumida (qualidade, segurança e adequação do tratamento). Não se trata, assim, de obrigação de meio, mas de obrigação de resultado: fornecer assistência adequada à proteção e/ou recuperação da saúde do usuário do plano ou serviço de saúde.”. (SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos*, v. 3, p. 775-829, ago./2011, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 791-792).

²⁰⁴ Clóvis Couto e Silva explica que as obrigações que se protraem no tempo são mais ricas numa dimensão: no tempo, no elemento duradouro. Ainda, este leciona que o “desenvolvimento do vínculo jurídico das obrigações duradouras não deve ser confundido com o das divisíveis, ou melhor, com o das obrigações com prestação divisível. Que o adimplemento possa ser realizado em partes, não cabe dúvida. Por igual que esse adimplemento, em frações, possa durar muito tempo até a satisfação integral da dívida, é realidade de todos os dias”. (SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007, p. 163 e ss).

²⁰⁵ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 96.

²⁰⁶ Ronaldo Porto Macedo utiliza a nomenclatura de contratos relacionais. Veja: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

²⁰⁷ Claudia Lima Marques e Bruno Miragem destacam que: “O contrato de plano de saúde é um contrato para o futuro, mas contrato assegurador 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 leal destes eventos futuros relacionados à saúde.”. (MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. Seguros e planos de assistência à saúde: risco, solidariedade e os direitos do consumidor. In: MIRAGEM, Bruno (org.); CARLINI, Angélica (org.). *Direito dos seguros: fundamentos de direito civil, direito empresarial e direito do consumidor*. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 189).

As obrigações nos contratos cativos de longa duração possuem um elemento duradouro, que se relaciona com a essência do dever da prestação jurídica obrigacional. Isto não quer dizer que a obrigação não tenha fim²⁰⁸, pois ela tem início, meio e fim, porém se manifesta em um período contínuo, sendo permanente o adimplemento, sem que seja modificado o conteúdo do dever da prestação até o seu término pelo decurso do prazo²⁰⁹ ou pela denúncia²¹⁰. No ponto, refere-se que a Lei dos Planos de Saúde estabelece que a denúncia vazia é facultada apenas à parte beneficiária do pacto médico-hospitalar-assistencial, tendo em vista que a operadora somente poderá rescindir o contrato nas hipóteses taxativamente elencadas no artigo 13, parágrafo único, inciso II, da Lei n.º 9.656/98²¹¹, mediante autorização da ANS, através do devido processo administrativo.

Salienta-se que diante da perpetuação da relação obrigacional no tempo, reconhece-se e exige-se uma abertura maior do contrato, diante da impossibilidade de previsão de todas as situações e contingências que surgirão no decorrer da relação de longo prazo²¹², sendo esta dotada de um elemento de flexibilidade, dinamicidade e mutabilidade a ser agregada a interpretação do

²⁰⁸ Nesse sentido: LORENZETTI, Ricardo Luis. Esquema de una teoria sistémica del contrato. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 33/2000, p. 51-77, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jan./mar., 2000, p. 58.

²⁰⁹ Leonardo Figueiredo Vizeu elenca que os seguros-saúde possuem como característica serem estabelecidos por prazo determinado, uma vez que esta modalidade oferece cobertura dentro do prazo contratualmente estipulada na apólice, extinguindo-se pelo decurso do tempo. Veja: FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de direito de saúde suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde*. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012, p. 170.

²¹⁰ A denúncia constitui-se no exercício de um direito formativo-extintivo de desfazimento de obrigações duradouras, obstando a sua renovação ou continuação, independentemente do inadimplemento da outra parte, nos casos previstos em lei ou convencionado no contrato, possuindo efeitos *ex nunc*. Para mais informações sobre o tema, veja: AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de Aguiar. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2003, p. 72.

²¹¹ Assim dispõe o referido artigo: “Art. 13. Os contratos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1.º do art. 1.º desta Lei têm renovação automática a partir do vencimento do prazo inicial de vigência, não cabendo a cobrança de taxas ou qualquer outro valor no ato da renovação. Parágrafo único. Os produtos de que trata o caput, contratados individualmente, terão vigência mínima de um ano, sendo vedadas: II - a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato, salvo por fraude ou não-pagamento da mensalidade por período superior a sessenta dias, consecutivos ou não, nos últimos doze meses de vigência do contrato, desde que o consumidor seja comprovadamente notificado até o quinquagésimo dia de inadimplência.”.

²¹² Sobre os desafios que a longa duração do contrato traz com o avanço da tecnologia e a sua incorporação à assistência à saúde, veja: SOUZA, Henrique Freire de Oliveira. Aspectos jurídicos da incorporação da tecnologia em saúde. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira Carneiro (coord.). *Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012, p. 135 e ss.

pacto no momento do cumprimento da prestação a ser alcançada ao consumidor.²¹³.

Todavia, deve-se ter em consideração que o pacto de plano privado de assistência à saúde se fundamenta na mutualidade. Isto é, como este negócio visa à cobertura financeira de eventos imprevistos relacionados à saúde e à vida, este deve ser dotado de uma higidez financeira que permita a integralização do valor despendido pelo serviço no caso de ocorrência de um evento futuro e incerto.

Sendo assim, Sérgio Cavalieri Filho²¹⁴ explica que o mutualismo é a base econômica deste negócio jurídico, uma vez que o contrato de natureza securitária é uma operação coletiva de poupança, no qual existe uma comunidade submetida aos mesmos riscos²¹⁵, de um agrupamento de pessoas expostas aos mesmos perigos, às mesmas probabilidades de dano, que contribuem para a formação de um fundo capaz de fazer frente aos prejuízos sofridos pelo grupo, funcionando o segurador como gerente do negócio²¹⁶. Desta forma, a garantia de cobertura financeira dos riscos de assistência médico-hospitalar-odontológico é fruto do equilíbrio entre os encargos e os fundos de reservas de que dispõe as operadoras deste tipo de contrato²¹⁷.

²¹³ Veja: MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 100; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: volume 4, direito dos contratos*. 2.^a ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 329 e ss.

²¹⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10.^a ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 490.

²¹⁵ Assinala-se os grupos de riscos estão divididos nos planos privados de assistência à saúde por faixas etárias. Neste sentido o artigo 15 da Lei n.º 9.656/98 prevê que: “Art. 15. A variação das contraprestações pecuniárias estabelecidas nos contratos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1o do art. 1.º 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”. Sobre o tema veja: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira. *Princípios básicos de seguros e planos de saúde*. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira Carneiro (coord.). *Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012, p. 75-81.

²¹⁶ Renata Maria Gil da Silva Lopes Esmeraldi e José Fernando da Silva Lopes que é dever da ANS acompanhar a higidez econômica das operadoras, de sorte a afastar os riscos que comprometam a continuidade e qualidade do atendimento para com elas contratados e a própria execução do contrato (art. 24 da Lei n.º 9.656/98). Ainda, as contas das operadoras devem ser submetidas a auditores externos e devem ser publicadas anualmente, dando indispensável transparência (art. 22 da Lei n.º 9.656/98). *Vide*: ESMERALDI, Renata Maria Gil da Silva Lopes; LOPES, José Fernando. *Planos de saúde no Brasil: doutrina e jurisprudência*. 2.^a ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015, p. 82.

²¹⁷ BOTTESINI, Maury Ângelo; MACHADO, Mauro Conti. *Lei dos planos e seguros de saúde comentada: artigo por artigo*. 3.^a ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, p. 32.

Logo, exige-se que os contratos de planos de assistência à saúde sejam imbuídos de cooperação e solidariedade pelas partes contratantes, cuja essência é justamente o vínculo recíproco de cooperação, de interdependência de cada um de seus participantes, que têm consciência da necessidade de direcionarem-se para o mesmo fim, apoiando-se mutuamente na busca pela realização do contrato e concretização das expectativas legítimas de cada parte, principalmente daquele que ocupa uma posição vulnerável na relação obrigacional²¹⁸. A solidariedade deve estar presente não só enquanto mutualidade, mas também enquanto cooperação com os mais velhos, oferecendo possibilidade de acesso desses consumidores vulneráveis ao sistema suplementar de saúde e garantindo uma divisão paradigmático-objetiva da sinistralidade, e não subjetiva²¹⁹.

Feita esta breve análise conceitual e das principais características vinculadas ao contrato de plano privado de assistência à saúde, cumpre proceder a uma classificação deste tipo de contrato, de acordo com as suas principais características. Assim, este negócio jurídico pode ser classificado: a) quanto às formas de contratação; b) quanto ao tipo de cobertura assistencial; c) quanto à abrangência geográfica; d) quanto ao termo inicial do pacto ou à data de assinatura.²²⁰

Quanto ao tipo de contratação, os planos privados de assistência à saúde se subdividem em: a) individual ou familiar; b) coletivo empresarial; c) coletivo por adesão.

A contratação individual ou familiar consiste naquele contrato em que o consumidor, pessoa natural, adere livremente a qualquer modalidade de plano

²¹⁸ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira; MELO, Álvaro Andrade Antunes; GUSSEM, Marina de Almeida. Contratos de planos de saúde e os direitos dos idosos. *Revista da Escola da Magistratura Regional Federal da 2.^a Região*, v. 22, p. 133-158, Rio de Janeiro: EMARF, n. 1, mai./out. 2015, p. 152.

²¹⁹ Angélica Carlini aponta que a colaboração recíproca implica dois elementos essenciais. O primeiro diz respeito ao cumprimento do dever de informação por parte das operadoras de planos privados de assistência à saúde em prol da correta compreensão dos usuários. O segundo está relacionado ao respeito aos princípios técnicos que viabilizam a mutualidade e permitem que ela continue estável. (CARLINI, Angélica. *Judicialização da saúde pública e privada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 94). Veja também: MARQUES, Claudia Lima. Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de “ações afirmativas” em contratos de plano de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2.^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 189 e ss.

²²⁰ Neste ponto foi seguida a classificação proposta por: FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de direito de saúde suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012, p. 171-181.

oferecido pela operadora do ramo da saúde suplementar para si e/ou para seus dependentes, podendo ser firmado com ou sem grupo familiar.²²¹

O plano coletivo empresarial corresponde àquele oferecido a indivíduos, vinculados à determinada pessoa jurídica, em face de uma relação empregatícia, estatutária ou sindical, sendo composto ou de empregados de uma empresa, ou de associados, ou de sindicalizados, com ou sem a inclusão de dependentes²²². Refere-se que os contratos coletivos empresariais podem ser instituídos com ou sem patrocinador. O contrato com patrocinador diz respeito àquele que a pessoa jurídica contratante paga, parcial ou integralmente, a mensalidade dos beneficiários à operadora do plano, estando o grupo de consumidores delimitados e vinculados à pessoa jurídica²²³. O plano sem patrocinador corresponde àquele fornecido pela pessoa jurídica, no qual o consumidor adere de forma espontânea e opcional, mediante o pagamento integral das contraprestações à operadora do plano.²²⁴

Por sua vez, o plano coletivo por adesão se refere ao regime oferecido por pessoa jurídica a determinado grupo de pessoas que mantenham vínculo profissional, classista ou sindical, em que o consumidor adere por livre opção, podendo ou não incluir dependentes. Nesse modelo,²²⁵ os beneficiários podem ter instância decisória, nomeando uma pessoa ou um grupo de pessoas para representá-los nas decisões a serem tomadas perante a operadora e o plano, ou não, caso em que as deliberações e decisões são votadas por cada membro do grupo de beneficiários.²²⁶

²²¹ Veja: BRASIL. Ministério da Justiça. *Manual de planos de saúde*. TRETTEL, Daniela Batalha; SILVA, Juliana Pereira da; OLIVA, Amaury Martins de (coord.). 1.^a ed. Brasília: Secretaria Nacional do Consumidor, 2014, p. 47.

²²² RIZZARDO, Arnaldo; PORTO, Eduardo Heitor; TURRA, Sérgio Bergonsi; TURRA, Tiago Bergonsi. *Planos de assistência e seguros de saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 49.

²²³ GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor*. 3.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 159.

²²⁴ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de direito de saúde suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012, p. 172.

²²⁵ RIZZARDO, Arnaldo; PORTO, Eduardo Heitor; TURRA, Sérgio Bergonsi; TURRA, Tiago Bergonsi. *Planos de assistência e seguros de saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 49.

²²⁶ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de direito de saúde suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012, p. 172.

Quanto ao tipo de cobertura assistencial, o pacto privado de assistência à saúde subdivide-se em: a) plano ambulatorial; b) plano hospitalar; c) plano odontológico; d) plano referência.²²⁷

O plano ambulatorial engloba os atendimentos e procedimentos realizados em consultório, relacionados à consulta, ou em ambulatório, em apoio ao diagnóstico, tratamento e cobertura de medicamentos, definidos e listados no rol de procedimentos médicos²²⁸. De igual maneira, estão incluídos nesta subcategoria aqueles procedimentos curativos, de primeiros socorros, pequenas cirurgias, exames, entre outros, no qual o enfermo pode se locomover sem o auxílio de terceiros.²²⁹

Já a segmentação hospitalar consiste nos atendimentos e procedimentos realizados na modalidade de internação hospitalar, em atenção às doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde, da Organização Mundial da Saúde, bem como no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, ou estabelecidos em

²²⁷ O artigo 12 da Lei n.º 9.656 estabelece: “Art. 12. São facultadas a oferta, a contratação e a vigência dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1o do art. 1o desta Lei, nas segmentações previstas nos incisos I a IV deste artigo, respeitadas as respectivas amplitudes de cobertura definidas no plano-referência de que trata o art. 10, segundo as seguintes exigências mínimas; IV - quando incluir atendimento odontológico: a) cobertura de consultas e exames auxiliares ou complementares, solicitados pelo odontólogo assistente; b) cobertura de procedimentos preventivos, de dentística e endodontia; c) cobertura de cirurgias orais menores, assim consideradas as realizadas em ambiente ambulatorial e sem anestesia geral; V - quando fixar períodos de carência: a) prazo máximo de trezentos dias para partos a termo; b) prazo máximo de cento e oitenta dias para os demais casos; c) prazo máximo de vinte e quatro horas para a cobertura dos casos de urgência e emergência; VI - reembolso, em todos os tipos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1o do art. 1o desta Lei, nos limites das obrigações contratuais, das despesas efetuadas pelo beneficiário com assistência à saúde, em casos de urgência ou emergência, quando não for possível a utilização dos serviços próprios, contratados, credenciados ou referenciados pelas operadoras, de acordo com a relação de preços de serviços médicos e hospitalares praticados pelo respectivo produto, pagáveis no prazo máximo de trinta dias após a entrega da documentação adequada; VII - inscrição de filho adotivo, menor de doze anos de idade, aproveitando os períodos de carência já cumpridos pelo consumidor adotante.

²²⁸ O inciso I do artigo 12 da Lei n.º 9.656 estabelece que planos ambulatoriais proporcionam as seguintes coberturas e exigências mínimas: “I - quando incluir atendimento ambulatorial: a) cobertura de consultas médicas, em número ilimitado, em clínicas básicas e especializadas, reconhecidas pelo Conselho Federal de Medicina; b) cobertura de serviços de apoio diagnóstico, tratamentos e demais procedimentos ambulatoriais, solicitados pelo médico assistente; c) cobertura de tratamentos antineoplásicos domiciliares de uso oral, incluindo medicamentos para o controle de efeitos adversos relacionados ao tratamento e adjuvantes”.

²²⁹ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de direito de saúde suplementar*: manual jurídico de planos e seguros de saúde. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012, p. 172.

contrato²³⁰, com ou sem obstetrícia²³¹, que compreende procedimentos relativos ao pré-natal, da assistência ao parto e puerpério, entre outros.

O plano odontológico compreende a cobertura de todos os procedimentos exclusivos da segmentação odontológica, desde que não necessitem de internação hospitalar²³², ou seja, apenas a cobertura de procedimentos realizados em consultório, englobando os seguintes exames: clínico, radiológico, de prevenção, dentística, endodontia, periodontia, bem como cirúrgico²³³.

O plano-referência constitui o padrão de assistência médico hospitalar porque conjuga a cobertura ambulatorial, hospitalar e obstetrícia, sendo oferecido por todas as entidades que atuam no mercado de saúde suplementar²³⁴. Nos termos do artigo 10 da Lei de Planos de Saúde, instituiu-se o plano-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial

²³⁰ O inciso II do artigo 12 da Lei n.º 9.656 estabelece a cobertura mínima do plano hospitalar: "II - quando incluir internação hospitalar: a) cobertura de internações hospitalares, vedada a limitação de prazo, valor máximo e quantidade, em clínicas básicas e especializadas, reconhecidas pelo Conselho Federal de Medicina, admitindo-se a exclusão dos procedimentos obstétricos; b) cobertura de internações hospitalares em centro de terapia intensiva, ou similar, vedada a limitação de prazo, valor máximo e quantidade, a critério do médico assistente; c) cobertura de despesas referentes a honorários médicos, serviços gerais de enfermagem e alimentação; d) cobertura de exames complementares indispensáveis para o controle da evolução da doença e elucidação diagnóstica, fornecimento de medicamentos, anestésicos, gases medicinais, transfusões e sessões de quimioterapia e radioterapia, conforme prescrição do médico assistente, realizados ou ministrados durante o período de internação hospitalar; e) cobertura de toda e qualquer taxa, incluindo materiais utilizados, assim como da remoção do paciente, comprovadamente necessária, para outro estabelecimento hospitalar, dentro dos limites de abrangência geográfica previstos no contrato, em território brasileiro; e f) cobertura de despesas de acompanhante, no caso de pacientes menores de dezoito anos; g) cobertura para tratamentos antineoplásicos ambulatoriais e domiciliares de uso oral, procedimentos radioterápicos para tratamento de câncer e hemoterapia, na qualidade de procedimentos cuja necessidade esteja relacionada à continuidade da assistência prestada em âmbito de internação hospitalar".

²³¹ Quando o plano hospitalar englobar obstetrícia, deverá conter as exigências mínimas previstas no inciso III do artigo 12 da Lei dos Planos de Saúde, que prevê: "III - quando incluir atendimento obstétrico: a) cobertura assistencial ao recém-nascido, filho natural ou adotivo do consumidor, ou de seu dependente, durante os primeiros trinta dias após o parto;) inscrição assegurada ao recém-nascido, filho natural ou adotivo do consumidor, como dependente, isento do cumprimento dos períodos de carência, desde que a inscrição ocorra no prazo máximo de trinta dias do nascimento ou da adoção.". Refere-se, assim, que estão excluídos os tratamentos ortodônticos.

²³² FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de direito de saúde suplementar*: manual jurídico de planos e seguros de saúde. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012, p. 176.

²³³ Os elementos mínimos deste segmento estão previstos no inciso IV do artigo 12 da Lei n.º 9.656, que estabelece: "IV - quando incluir atendimento odontológico: a) cobertura de consultas e exames auxiliares ou complementares, solicitados pelo odontólogo assistente; b) cobertura de procedimentos preventivos, de dentística e endodontia; c) cobertura de cirurgias orais menores, assim consideradas as realizadas em ambiente ambulatorial e sem anestesia geral".

²³⁴ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de direito de saúde suplementar*: manual jurídico de planos e seguros de saúde. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012, p. 177.

médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermagem, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde.

Releva ponderar que as operadoras poderão oferecer diversas combinações de planos, de sorte a melhor atender as necessidades do consumidor/beneficiário. Assim, poderão ser oferecidos produtos e serviços ambulatoriais juntamente com hospitalar, obstetrícia e odontológico, sendo possíveis inúmeras combinações²³⁵. Entretanto, esta obrigação de cobertura restringir-se-á à segmentação de cobertura contratada, isto é, se o consumidor tem um plano de saúde apenas ambulatorial, mas precisa de uma cirurgia de uma doença grave, esta não estará garantida nesta modalidade contratual.²³⁶

Quanto à abrangência geográfica, o pacto subdivide-se em: a) cobertura municipal; b) cobertura intermunicipal; c) cobertura estadual; d) cobertura interestadual; e) cobertura nacional. O plano médico-assistencial pode ser classificado quanto a sua abrangência geográfica, isto é, a área que a operadora se compromete a assegurar os riscos referentes à saúde e prestar serviços ou fornecer produtos. Esta classificação está assim dividida: municipal – compreende apenas um município de determinado estado; grupo de municípios – abarca determinado grupo de municípios em um ou mais estados; estadual – corresponde a todos os municípios de determinado estado; grupo de estados – inclui um grupo de estados, limítrofes ou não; e cobertura nacional – abrange todo o território nacional.

Por fim, o contrato de plano privado de assistência classifica-se quanto ao termo inicial ou à data da assinatura do plano, assim dividido: a) plano novo; b) plano adaptado; c) plano antigo anterior à Lei n.º 9.656, mas posterior ao CDC; d) plano antigo anterior à Lei n.º 9.656 e ao CDC.

²³⁵ BOTTESINI, Maury Ângelo; MACHADO, Mauro Conti. *Lei dos planos e seguros de saúde comentada*: artigo por artigo. 3.ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, p. 111-112.

²³⁶ BRASIL. Ministério da Justiça. *Manual de planos de saúde*. TRETTEL, Daniela Batalha; SILVA, Juliana Pereira da; OLIVA, Amaury Martins de (coord.). 1.ª ed. Brasília: Secretaria Nacional do Consumidor, 2014, p. 49.

Bruno Miragem²³⁷ aponta que, em razão da vigência da Lei dos Planos de Saúde, e especialmente em face do procedimento estabelecido no seu artigo 35²³⁸ que estabelece a adaptação dos contratos anteriores à sua vigência, constituíram-se quatro regimes de proteção de contratos de planos de saúde, em atenção a garantia à irretroatividade das leis.

O primeiro diz respeito aos contratos firmados durante a vigência da Lei n.º 9.656/98, sujeitos a este microsistema e ao Código de Defesa do Consumidor. O segundo refere-se aos planos celebrados anteriormente à vigência da legislação que rege a saúde suplementar, mas que foram adaptados, mediante novo ajuste com o consumidor. O terceiro, por sua vez, relaciona-se aos contratos firmados anteriormente à Lei dos Planos de Saúde e que não foram adaptados, entretanto, celebrados posteriormente ao Código de Defesa do Consumidor, submetendo-se ao microsistema de proteção do consumidor, mas não à lei que regula a saúde suplementar. Por fim, os contratos anteriores à vigência do CDC, sobre os quais se aplicam a legislação geral sobre serviços previstos no Código Civil e outras leis de direito privado.²³⁹

Todavia, Claudia Lima Marques e Bruno Miragem²⁴⁰ destacam que, por se tratarem de contratos cativos de longa duração, que se renovam anualmente, em que pese vigore a interpretação de inaplicabilidade das legislações especiais aos contratos anteriores à sua vigência²⁴¹, não podem ser

²³⁷ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 465.

²³⁸ O precitado artigo prevê: “Art. 35. Aplicam-se as disposições desta Lei a todos os contratos celebrados a partir de sua vigência, assegurada aos consumidores com contratos anteriores, bem como àqueles com contratos celebrados entre 2 de setembro de 1998 e 1º de janeiro de 1999, a possibilidade de optar pela adaptação ao sistema previsto nesta Lei.”.

²³⁹ Marco Aurélio de Mello salienta que o Supremo Tribunal Federal tem constantemente rechaçado as tentativas de fazer retroagir a legislação setorial, seja em prejuízo ou em benefício dos contratantes. Veja: MELLO, Marco Aurélio. Saúde suplementar, segurança jurídica e equilíbrio econômico-financeiro. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira Carneiro (coord.). *Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012, p. 8-9.

²⁴⁰ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. Seguros e planos de assistência à saúde: risco, solidariedade e os direitos do consumidor. In: MIRAGEM, Bruno (org.); CARLINI, Angélica (org.). *Direito dos seguros: fundamentos de direito civil, direito empresarial e direito do consumidor*. 1.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 181.

²⁴¹ Veja a decisão do STF que, na apreciação da medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.931, assentou a impossibilidade de aplicação retroativa dos parâmetros revelados pela Lei n.º 9.656/98, a seguir colacionada: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ORDINÁRIA 9656/98. PLANOS DE SEGUROS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE. MEDIDA PROVISÓRIA 1730/98. PRELIMINAR. ILEGITIMIDADE ATIVA. INEXISTÊNCIA. AÇÃO CONHECIDA. INCONSTITUCIONALIDADES FORMAIS E OBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. OFENSA AO DIREITO ADQUIRIDO E AO

desconsiderados os avanços positivados tanto no microssistema consumerista, quanto na lei dos planos privados de assistência à saúde, que servem para orientar a sua aplicação e a interpretação destes pactos²⁴².

Diante do até aqui exposto, verificou-se que o contrato de plano privado de assistência à saúde é complexo e possui diversos elementos e características que orientam a sua forma de cumprimento, permeados pela aplicação simultânea e complementar dos microssistemas regulatórios instituídos pela Lei dos Planos de Saúde e Código de Defesa do Consumidor. Assim, há que se ponderar a interpretação conformadora a ser adotada, de sorte que o consumidor-beneficiário tenha preservada a saúde e a própria vida, sem que estas sejam mercantilizadas mediante um sistema privado, que

ATO JURÍDICO PERFEITO. 1. Propositura da ação. Legitimidade. Não depende de autorização específica dos filiados a propositura de ação direta de inconstitucionalidade. Preenchimento dos requisitos necessários. 2. Alegação genérica de existência de vício formal das normas impugnadas. Conhecimento. Impossibilidade. 3. Inconstitucionalidade formal quanto à autorização, ao funcionamento e ao órgão fiscalizador das empresas operadoras de planos de saúde. Alterações introduzidas pela última edição da Medida Provisória 1908-18/99. Modificação da natureza jurídica das empresas. Lei regulamentadora. Possibilidade. Observância do disposto no artigo 197 da Constituição Federal. 4. Prestação de serviço médico pela rede do SUS e instituições conveniadas, em virtude da impossibilidade de atendimento pela operadora de Plano de Saúde. Ressarcimento à Administração Pública mediante condições preestabelecidas em resoluções internas da Câmara de Saúde Complementar. Ofensa ao devido processo legal. Alegação improcedente. Norma programática pertinente à realização de políticas públicas. Conveniência da manutenção da vigência da norma impugnada. 5. Violação ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito. Pedido de inconstitucionalidade do artigo 35, caput e parágrafos 1º e 2º, da Medida Provisória 1730-7/98. Ação não conhecida tendo em vista as substanciais alterações neles promovida pela medida provisória superveniente. 6. Artigo 35-G, caput, incisos I a IV, parágrafos 1º, incisos I a V, e 2º, com a nova versão dada pela Medida Provisória 1908-18/99. Incidência da norma sobre cláusulas contratuais preexistentes, firmadas sob a égide do regime legal anterior. Ofensa aos princípios do direito adquirido e do ato jurídico perfeito. Ação conhecida, para suspender-lhes a eficácia até decisão final da ação. 7. Medida cautelar deferida, em parte, no que tange à suscitada violação ao artigo 5º, XXXVI, da Constituição, quanto ao artigo 35-G, hoje, renumerado como artigo 35-E pela Medida Provisória 1908-18, de 24 de setembro de 1999; ação conhecida, em parte, quanto ao pedido de inconstitucionalidade do § 2º do artigo 10 da Lei 9656/1998, com a redação dada pela Medida Provisória 1908-18/1999, para suspender a eficácia apenas da expressão "atuais e". Suspensão da eficácia do artigo 35-E (redação dada pela MP 2177-44/2001) e da expressão "artigo 35-E", contida no artigo 3º da Medida Provisória 1908-18/99". (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.931 – DF. Recorrente Confederação Nacional de Saúde – Hospitais Estabelecimentos e Serviços – CNS. Recorrido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Min. Maurício Corrêa. Brasília, 21 de ago. 2003).

²⁴² Nesse sentido, Claudia Lima Marques posiciona-se: "Particularmente continuo a considerar que, na solução dos casos concretos, deve o CDC receber aplicação imediata ao exame da validade e eficácia atual dos contratos assinados antes de sua entrada em vigor, seja porque é norma de ordem pública, seja porque concretiza também uma garantia constitucional, ou simplesmente porque positiva princípios e patamares éticos de combate a abusos existentes no direito brasileiro antes mesmo de sua entrada em vigor.". (MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 681).

desatendida aos princípios maiores da devida assistência à saúde, em especial do idoso, e da dignidade da pessoa humana, que serão perscrutados mais adiante.

2.2 HERMENÊUTICA JURÍDICO-CONTRATUAL NA CONTEMPORANEIDADE E A VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR

Investigadas as premissas do mercado de saúde suplementar, desde sua constituição até a apreciação das características elementares integrantes deste pacto tão caro à sociedade brasileira, que busca a proteção, manutenção e restabelecimento da saúde do consumidor/contratante, passa-se a analisar a hermenêutica jurídica dos planos privados de assistência à saúde, isto é, como esses devem ser interpretados²⁴³, de sorte a determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito, das regras jurídicas constitucionais e infraconstitucionais incidentes à espécie²⁴⁴.

Com a visão do direito como um conjunto de normas que regulam as relações sociais dos indivíduos em uma determinada comunidade, afigura-se a existência de um sistema, denominado de ordenamento jurídico²⁴⁵. Neste sentido, Norberto Bobbio conceitua sistema como sendo uma totalidade

²⁴³ Lenio Streck salienta que hermenêutica significa interpretar, que, por sua vez, significa compreender algo e a partir de sua compreensão é que se produz o seu sentido. *Vide*: STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 1.^a ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1999, p. 198. Limongi França argui que interpretar consiste no processo de aplicar as regras, que a hermenêutica perquire e ordena, para o bom entendimento dos textos normativos. Assim, veja: FRANÇA, Rubens Limongi. *Hermenêutica jurídica*. 2.^a ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1988, p. 21-22.

²⁴⁴ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20.^a ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p. 1.

²⁴⁵ Refere-se que o ordenamento jurídico possui a pretensão de ser uma unidade sistêmica, coerente e completa, para que consiga assegurar a paz, a liberdade, a segurança, a cooperação e a integração social, buscando-se evitar a existência de antinomias e lacunas. Entretanto, frente à complexidade e pluralidade de interações sociais e de normas, este é um ideal difícil de ser alcançado de forma absoluta. Riccardo Guastini distingue, sob o ponto de visto do discurso legislativo, a lacuna como sendo uma hipótese não ligada a nenhuma consequência jurídica, enquanto a antinomia ocorre quando há a uma mesma hipótese duas, ou mais, consequências jurídicas incompatíveis entre si. Para mais informações, veja: GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 227; HORN, Norbert. *Introdução à ciência do direito e à filosofia jurídica: Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie*. Trad. Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 29.

ordenada, ou seja, “um conjunto de entes dentre os quais existe uma certa ordem”²⁴⁶.

Por sua vez, a norma jurídica é construída a partir da interpretação sistemática do texto normativo²⁴⁷, cujo resultado decorre de “um processo intelectual através do qual, partindo-se de ‘fórmulas linguísticas’ contidas nos textos, enunciados, preceitos, disposições, alcançamos a determinação de um ‘conteúdo normativo’”²⁴⁸. Sendo assim, a aplicação do direito²⁴⁹ é um modo de exercício, relacionado por uma escolha prévia, das diversas interpretações possíveis. Ou seja, a aplicação do direito decorre de um processo de interpretação, que corresponde ao ato pelo qual se constrói e exterioriza a clareza do texto legal²⁵⁰.

Sob o viés do direito constitucional, José Joaquim Gomes Canotilho²⁵¹ explica que a interpretação pressupõe a possibilidade de investigação do conteúdo semântico dos enunciados linguísticos do texto, com a consequente dedução de que o caso concreto é abrangido pelo “âmbito normativo” da norma interpretada. Nesse sentido, o referido autor leciona que a interpretação ocorre no momento da captação e da obtenção do direito, incorrendo em etapas graduais de “obtenção” do direito constitucional.

Entretanto, deve ser ressaltado que o intérprete, ao extrair o conteúdo normativo de uma fonte do direito, deve fazê-lo considerando o contexto social, econômico e cultural que vive, analisando os paradigmas existentes à época²⁵²,

²⁴⁶ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Ari Marcelo Solon. São Paulo: EDIPRO, 2011, p.79.

²⁴⁷ Riccardo Guastini refere que o texto normativo deve ser compreendido como qualquer documento elaborado por uma autoridade normativa e, por isso, identificável “prima facie” como fonte do direito dentro de um sistema jurídico dado. Nesse sentido: GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, 23-24. Veja também: ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 22.

²⁴⁸ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2.^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 78.

²⁴⁹ Assim: REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 295-296.

²⁵⁰ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2.^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 78.

²⁵¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional: e teoria da Constituição*. 3.^a ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1159.

²⁵² Ricardo Lorenzetti explica paradigmas são modelos decisórios que têm *status* anterior à regra e condicionam as decisões. Ainda, este jurista salienta que a utilização de paradigmas possibilita fazer possível uma forma de argumento comum, auxiliando os debates interpretativos entre aqueles que partilham a mesma visão. Veja: LORENZETTI, Ricardo Luis.

a partir de uma leitura estrutural-sociológica complexa²⁵³. Por conseguinte, a interpretação do direito obrigacional, dos contratos e, especialmente, dos planos privados de assistência à saúde, deve ser realizado dentro de um contexto pós-moderno, em que se verifica a influência e eficácia dos direitos fundamentais nas relações contratuais interprivadas, como forma de proteção e promoção da dignidade da pessoa humana, conforme se verá a seguir.

2.2.1 A eficácia dos direitos fundamentais na interpretação dos planos e seguros de saúde

Os sistemas jurídicos no século XX sofreram inúmeras mudanças com o fim da Segunda Guerra Mundial e o fim dos regimes totalitários²⁵⁴. Neste período, percebeu-se que o direito constitucional e o direito civil clássico não eram suficientes para atender às novas necessidades do homem e tutelar os interesses das pessoas²⁵⁵.

Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito. Trad. Bruno Miragem. 2.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 227. No mesmo sentido, Miguel Reale explica que: “Modelos jurídicos são, em suma, os que surgem na experiência jurídica como estruturação volitiva do sentido normativo dos fatos sociais”. Continua este jurista que “[...] modelos jurídicos se estruturam graças à integração de fatos e valores segundo normas postas em virtude de um ato concomitante de escolha e de prescrição (ato decisório), o que, como veremos, pode ser tanto do legislador ou do juiz, como resultar das opções costumeiras, ou de estipulações fundadas na autonomia da vontade. (REALE, Miguel. *O direito como experiência: introdução à epistemologia jurídica.* 2.^a ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1992, p. 163).

²⁵³ Adriano Sant’Ana Pedra refere: “o texto normativo é composto por palavras, cujos significados não são únicos, e ainda são cambiantes com o passar do tempo”. (PEDRA, Adriano Sant’Ana. *Concretização de direitos fundamentais sociais.* In: LIMA, Fernando Rister de Souza (coord.); PORT, Otávio Henrique Martins (coord.); OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. *Poder judiciário, direitos sociais e racionalidade jurídica.* Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2011, p. 3).

²⁵⁴ Elimar Szaniawiski ressalta que: “o total desrespeito pela vida humana e pela liberdade do homem, que predominava ao tempo em que dominavam na Europa os regimes totalitários, despertou os povos para uma nova realidade: a de proteger, sob todos os aspectos, os valores da personalidade e a importância do indivíduo como ser humano”. (SZANIAWISKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela.* 2.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 57).

²⁵⁵ António Menezes Cordeiro ressalta que: “O formalismo e o positivismo, apresentados, respectivamente, como o predomínio de estruturas gnoseológicas de tipo neo-kantiano e como a recusa, na Ciência do Direito, de considerações não estritamente jurídico-positivas, constituem grande lastro metodológico do século vinte”. (CORDEIRO, António Menezes. *Introdução à edição portuguesa.* In: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.* Trad. António Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. XV-XVI).

Diante do período da barbárie e de guerras, houve a necessidade de mudança de paradigma²⁵⁶ nos ordenamentos jurídicos, uma vez que o direito constitucional voltado apenas para a proteção do indivíduo em face do Estado e o direito privado preocupado principalmente com a propriedade, não atendiam mais as necessidades do homem²⁵⁷. Por esses motivos, a visão patrimonialista oitocentista consequente dos ideais burgueses da modernidade não era mais suficiente²⁵⁸ para a sociedade da época, iniciando-se um processo de reconhecimento da necessidade de tutela da pessoa humana e de seus valores existenciais²⁵⁹.

Do mesmo modo, em razão do largo desenvolvimento tecnológico nas áreas de comunicação e da informática²⁶⁰, da modernização dos meios de transporte de longa distância e, principalmente, dos meios de produção deste período, ocorreram inúmeras mudanças nas características qualitativas e quantitativas das relações interpessoais. Sobre o tema, Rabindranath Valentino Capelo de Sousa²⁶¹ afirma que:

Após a 2.^a Grande Guerra, e especialmente na Europa, teve-se particular consciência dos riscos da subalternização do

²⁵⁶ Nos termos dos ensinamentos de Luciano Benetti Timm, a ciência evolui a partir do conflito de teorias e paradigmas. Desse modo, um paradigma é substituído por outro, quando há o encontro de uma nova maneira de pensar um problema, não resolvido pelo paradigma vigente, com um novo método para solucioná-lo. Assim: TIMM, Luciano Benetti. Função social do direito contratual no Código Civil brasileiro: justiça distributiva vs. eficiência econômica. *Revista dos Tribunais*, v. 876/2008, p. 11-28, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, out. 2008, p. 13.

²⁵⁷ Sobre a evolução do pensamento jurídico do século XIX e XX, veja: LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamago. 3.^a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 21-151.

²⁵⁸ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *O direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 155.

²⁵⁹ Pontes de Miranda leciona que: “[...] a imediata influência do instituto da propriedade, em tempos que se conheceram a servidão e a escravidão, concorria para que se pensasse em propriedade, sempre que se descobria serem *absolutos* os direitos em causa. Ainda no século em que vivemos, juristas de prol resistiram a tratar a integridade psíquica, a honra e, até, a liberdade de pensamentos como direitos”. (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*: parte especial. Tomo VII. 3.^a ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971, p. 5). Refere-se, outrossim, que neste período a propriedade reinava no centro dos sistemas jurídicos privados, existindo nos ordenamentos jurídicos uma dicotomia entre o público e privado, cabendo ao direito público a estruturação e funcionamento do Estado, enquanto que a relação interprivados era disciplinada pelo direito privado. Veja: CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da personalidade*: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 37.

²⁶⁰ Sobre as novas formas de relações contratuais e o ciberespaço, veja: CANTO, Rodrigo Eidelwein do. *A vulnerabilidade dos consumidores no comércio eletrônico*: reconstrução da confiança na atualização do Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 19-26.

²⁶¹ SOUSA, Rabindranath Valentino Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 84.

indivíduo humano face aos desígnios da estrutura do poder detentora do aparelho do Estado. Por outro lado, a aceleração do desenvolvimento tecnológico pós-guerra acarretou diversas interferências na vida privada dos cidadãos, dada, *v.g.*, a crescente especialização e secundarização de largas faixas do trabalho humano, a divulgação, penetração e o opressão dos *mass media*, a recolha e utilização da informática e computadorizada de dados pessoais, a pressão do consumismo e a impiedade das técnicas de publicidade, a subida do *stress*, da angústia da tensão no interior do homem e a sedimentação da competitividade e da agressividade nas relações intersubjectivas.

Jair Ferreira dos Santos²⁶² aduz que, simbolicamente, a ruptura da modernidade e o início da pós-modernidade²⁶³ ocorreu às 8h15min do dia 6 de agosto de 1945, momento da explosão da bomba atômica “Little Boy” sobre Hiroshima, vitimando mais de 100.000 pessoas. O autor explica que, nesse momento, a modernidade encerrou seu capítulo na história, pois houve a superação do poder criador, do período da civilização industrial, pela força destruidora do arsenal tecnológico armamentício desenvolvido pelo homem.

O homem contemporâneo passa a reivindicar a sua proteção, uma forma de se defender e se afirmar no meio social, em face de sua intranquilidade, insegurança e preocupação com o futuro²⁶⁴. Eugênio Facchini Neto leciona que na mudança de paradigma da pós-modernidade, houve “a proclamação do primado do homem sobre as coisas, do espírito sobre a matéria”²⁶⁵.

As Constituições do pós-guerra e pós-períodos-totalitários²⁶⁶ passaram a ser colocadas no centro do ordenamento jurídico, iluminando o sistema com seus princípios e valores e protegendo o ser humano enquanto dotado de

²⁶² SANTOS, Jair Ferreira dos. *O que é pós-moderno*. 2.^a ed. São Paulo: Brasiliense, 2004, p. 20.

²⁶³ Jean-François Lyotard leciona que o termo “pós-moderno” é utilizado para designar “o estado da cultura após as transformações que afetaram as regras da ciência, da literatura e das artes a partir do final do século XIX”. LYOTARD, Jean-François. *O pós-moderno*. Trad. Ricardo Corrêa Barbosa. 3.^a ed. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1988, p. XV.

²⁶⁴ SZANIAWISKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 56.

²⁶⁵ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2.^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 27.

²⁶⁶ Elimar Szaniawski ressalta que: “O total desrespeito pela vida humana e pela liberdade do homem, que predominava ao tempo em que dominavam na Europa os regimes totalitários, despertou os povos para uma nova realidade: a de proteger, sob todos os aspectos, os valores da personalidade e a importância do indivíduo como ser humano”. (SZANIAWISKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 57).

dignidade, sendo este um dos pilares do Estado Democrático de Direito²⁶⁷. Neste diapasão, a Constituição Federal passa a ser considerada pedra fundamental e estruturante do Estado, pautando a atuação dos Poderes do Estado e dos particulares²⁶⁸, irradiando-se, inclusive, sobre as relações privadas, regulando institutos que antes estavam apenas tutelados pelo direito privado, publicizando-o²⁶⁹.

O Estado Democrático de Direito, assim, passa a ser fundado na cidadania, na promoção da dignidade humana, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, possuindo como dever a promoção, a inclusão e a emancipação de seus cidadãos, através de compromissos que incluem a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia de desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização, reduzindo as desigualdades sociais e regionais; e a promoção do bem de todos.²⁷⁰

Este fenômeno ocorreu sob uma perspectiva formal e material²⁷¹. Formalmente, a Constituição passou a conter disposições que antes se

²⁶⁷ Assim: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional: e teoria da Constituição*. 3.^a ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 643. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 148 e ss.

²⁶⁸ Paulo Bonavides, sob a ótica jurídico-positiva, aduz que os direitos fundamentais trouxeram inúmeras inovações, dentre as quais a incidência dos direitos fundamentais em toda esfera do Direito Privado, bem como em todos os ramos do Direito (jusprivatista e juspublicista), possibilitando a eficácia imediata e vinculativa das garantias fundamentais tanto no ordenamento jurídico, como na atuação do Estado e nas relações envolvendo entes públicos e privados ou somente entre particulares. Assim: BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 8.^a ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 241-242.

²⁶⁹ Sobre a constitucionalização das relações na esfera do direito privado, Ingo Wolfgang Sarlet leciona que esta pode ser vista sob duas perspectivas: primeira, a influência da Constituição no direito privado, isto é, a interpretação das normas contidas no direito privado conforme os preceitos constitucionais, bem como a influência dos direitos fundamentais na elaboração de leis pelo legislador infraconstitucional e na interpretação e construção jurisprudencial; segunda, o direito privado na Constituição, o qual é definida pela introdução de institutos do direito privado na Carta Maior. Neste sentido: SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a relação entre os direitos fundamentais e o direito privado. In: ESTEVEZ, André Fernandes (org.); JOBIM, Marcio Felix (org.). *Estudos de direito empresarial: homenagem aos 50 anos de docência do Professor Peter Walter Ashton*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 53-54). Norberto Bobbio explica que a publicização do privado corresponde ao processo de subordinação dos interesses do privado aos interesses da coletividade representada pelo Estado que invade e engloba progressivamente a sociedade civil. Vide: BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política*. 14.^a ed. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1987, p. 27.

²⁷⁰ Veja: GERCHMANN, Suzane Rahde; CATALAN, Marcos Jorge. Duzentos anos de historicidade na ressignificação da ideia de contrato. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 21, n. 90, p. 191-194, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, nov./dez., 2013, p. 191-195.

²⁷¹ SILVA, Luis Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo Código Civil e a sua conexão com a solidariedade social. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 217-128.

encontravam apenas tuteladas no âmbito infraconstitucional, instituindo princípios e valores referentes aos direitos de propriedade, direitos de personalidade, da política nacional das relações de consumo e da atividade econômica privada, podendo-se citar como exemplo o artigo 199 da Carta Maior brasileira que prevê que a assistência à saúde é livre à iniciativa privada. Materialmente, a Constituição se tornou fonte de valores que informam as regras do direito privado, antes inseridas somente no Código Civil. Assim, embora existam universos legislativos setoriais, Gustavo Tepedino²⁷² leciona que a unidade do sistema é buscada através do deslocamento da tábua axiológica do Código Civil para a Constituição da República, sendo esta o ponto de referência.

Portanto, é no fenômeno da constitucionalização do direito privado, com o seu processo de repersonalização²⁷³, que se orientam os atuais estudos de direito civil, principalmente em face da valorização do ser humano e a salvaguarda de sua dignidade, que recoloca o ser humano como primeiro e principal destinatário da ordem jurídica. Neste contexto, o presente estudo não pode ficar adstrito somente à análise da legislação infraconstitucional civil, devendo partir, primeiramente, da Constituição²⁷⁴.

Outrossim, José Joaquim Gomes Canotilho²⁷⁵ aponta que o estudo das fontes do ordenamento jurídico passa, necessariamente, pela centralidade da Carta Maior como fonte de conhecimento, isto é, como fonte de revelação, definição e valor das normas do direito positivo. Desta forma, as regras e princípios que emanam da Constituição orientam e guiam o Direito,

²⁷² TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: BARROSO, Luis Roberto. *Revista de direito do estado*, n.º 2, abr/jun, 2006. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006, p. 46.

²⁷³ Repersonalização significa repor a pessoa humana no centro do ordenamento jurídico, passando o patrimônio ao papel coadjuvante.

²⁷⁴ Paulo Luiz Netto Lôbo refere que a elevação do direito civil ao *status* constitucional foi uma deliberada escolha axiológica da sociedade, indispensável para a consolidação do Estado Democrático e Social de Direito e da conseqüente promoção da justiça social e da solidariedade, incompatíveis com o modelo liberal anterior de distanciamento jurídico dos interesses privados e de valorização do individualismo. Assim, refere o autor que os fundamentos constitucionais da organização social e econômica são os fundamentos jurídicos das relações privadas e de seus protagonistas principais: a personalidade, as famílias, os contratos, a responsabilidade civil, as propriedades, as sucessões. Veja: LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: contratos*. 1.ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 39.

²⁷⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional: e teoria da Constituição*. 3.ª ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 643.

possibilitando a construção de uma interpretação sistemática e coerente do ordenamento jurídico.

Com o retorno do homem ao centro do Direito, percebeu-se que o indivíduo necessitava de proteção integrada, de forma multidisciplinar, para abarcar e tutelar os diferentes aspectos de sua personalidade, buscando-se com isso promover a proteção integral do ser humano²⁷⁶. Verificou-se, deste modo, que a tutela da personalidade deve ser a mais ampla possível, não podendo ficar somente adstrita à regulação do direito civil²⁷⁷.

Logo, houve a preocupação de proteger o homem em todos os seus aspectos, partindo-se de sua personalidade²⁷⁸, ou seja, no conjunto de características e atributos do indivíduo, de sua parte mais intrínseca, no primeiro bem pertencente à pessoa humana²⁷⁹.

Adriano de Cupis²⁸⁰, em sua obra clássica “I diritti della personalità”, refere que a personalidade seria um esqueleto destinado a ser revestido por direitos, e, se não se identifica com estes e com as obrigações jurídicas, constitui-se precondição deles, ou seja, o seu fundamento. Por esse motivo, os direitos de personalidade correspondem à proteção e promoção do conjunto de caracteres intrínsecos à pessoa, ligados à condição humana. Assim, esses direitos versam sobre a defesa dos valores inerentes ao homem, como a vida,

²⁷⁶ FACHIN, Luiz Edson. Análise crítica, construtiva e de índole constitucional da disciplina dos direitos da personalidade no Código Civil brasileiro: fundamentos, limites e transmissibilidade. *Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária*. Porto Alegre: Notadez, ano 55, n. 362, p. 43-60, dez. 2007, p. 44.

²⁷⁷ CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 54.

²⁷⁸ Capelo de Souza aborda a diferenciação entre personalidade, personalidade jurídica e capacidade jurídica ao dispor que: “Repare-se, pois, que a personalidade surge aqui imediatizada no ser humano e configurada como *objecto* de direitos e deveres, não se perspectivando como elemento qualificador do *sujeito* em relação jurídica, enquanto tal, cuja qualificação nos é dada antes pelas ideias de personalidade jurídica, ou seja, pelo reconhecimento de um centro autónomo de direitos e obrigações, e de *capacidade jurídica*, isto é, pela possibilidade jurídica inerente a esse centro de ser titular de direitos e obrigações em concreto”. (SOUSA, Rabindranath Valentino Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 106).

²⁷⁹ SZANIAWISKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 70.

²⁸⁰ Este autor elenca ainda que os direitos de personalidade são direitos sem os quais outros direitos subjetivos perderiam interesse ao indivíduo, tendo em vista que dão conteúdo à personalidade humana. Sobre o tema: CUPIS, Adriano de. *I diritti della personalità*. Milano: Giuffrè, 1950, p. 16.

a higidez física, a intimidade, a honra, entre outros.²⁸¹ Nesta esteira, Gustavo Tepedino²⁸², de maneira muito clara, elenca que esses direitos estão ligados à tutela da pessoa humana, essenciais à sua dignidade e integridade, sendo precondição de outros direitos.

É de se referir que as Constituições e as legislações civis infraconstitucionais não possuem intenção de assegurar à pessoa uma proteção exaustiva, que tutele as irradiações da personalidade em todas suas possíveis manifestações²⁸³. Não há, assim, um número fechado de hipóteses tuteladas para os direitos de personalidade²⁸⁴. Nesse sentido Pietro Perlingieri²⁸⁵ leciona que:

[...] A tutela da pessoa não pode ser fracionada em isoladas *fattispecie* concretas, em autônomas hipóteses não comunicáveis entre si, mas deve ser apresentada como problema unitário, dado o seu fundamento representado pela unidade do valor da pessoa.

A personalidade é, portanto, não um direito, mas um *valor* (o valor fundamental do ordenamento) e está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessante mutável exigência de tutela. Tais situações objetivas não assumem necessariamente a forma do direito objetivo e não devem fazer perder de vista a unidade do valor

²⁸¹ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1989, p. 1.

²⁸² TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (org). *Temas de Direito Civil*. 3.^a ed. Rio e Janeiro: Renovar, 2004, p. 24.

²⁸³ Paulo de Tarso Sanseverino destaca que, apesar das zonas de intersecção entre direitos fundamentais e direitos de personalidade, estes não são sinônimos, transitando faixas próprias do Direito Constitucional e do Direito Privado, uma vez que “nem todos os direitos de fundamentais são direitos de personalidade (v.g garantias constitucionais), como nem todos os direitos de personalidade são direitos fundamentais”. (SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Prefácio. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (org). *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012, p. XIV).

²⁸⁴ Diante da necessidade de que o ordenamento jurídico seja dinâmico, não se pode ter uma tutela dos direitos de personalidade estanque, com “*numerus clausus*”. Surge, assim, no direito geral de personalidade um mecanismo para tutelar e promover os diversos aspectos da personalidade humana, além daqueles contidos nas Constituições e nos Códigos Civis e diversas leis infraconstitucionais. Dessa forma, Jorge Miranda, Otavio Luiz Rodrigues Junior e Gustavo Bonato Fruet, aduzem que a existência de um direito geral de personalidade se fundamenta na necessidade de proteção ampla dos indivíduos, por meio de uma espécie de direito-quadro, de caráter aberto, que permite abarcar hipóteses sobre os quais os direitos de personalidade em espécie não regulem, principalmente em face da variedade de tipos de lesões aos direitos de personalidade. Veja: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato. Principais problemas dos direitos da personalidade e estado-da-arte da matéria no direito comparado. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (org). *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 17

²⁸⁵ Veja: PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução Maria Cristina De Cico. 3.^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 156-157.

envolvido. Não existe um número fechado de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa sem limites, salvo aqueles colocados no seu interesse e naqueles de outra pessoa. A elasticidade torna-se instrumento para realizar formas de proteção também atípicas, fundadas no interesse à existência e no livre exercício da vida de relações.

Ante as características de elasticidade e não exaustividade dos direitos de personalidade, aduz-se que a proteção destes direitos pode ocorrer, também, de maneira indireta, por meio de um agir do Estado para tutelar as relações privadas. Isto se observou com o retorno do homem ao eixo-central do ordenamento jurídico, o desenvolvimento de novas tecnologias e os novos meios de produção e circulação de bens e serviços, que impulsionaram mudanças na teoria do direito obrigacional e do direito contratual²⁸⁶.

Durante a modernidade, no final do século XIX e início do século XX²⁸⁷, imperava no pensamento teórico-jurídico o modelo liberal de contrato²⁸⁸, veiculado ao dogma da autonomia da vontade. O direito contratual possuía a função de proteger à vontade criadora de obrigações, assegurando os efeitos almejados pelos contraentes²⁸⁹. Deste modo, Jorge Mosset Iturraspe²⁹⁰ salienta que o paradigma contratual clássico caracterizava o contrato como um negócio

²⁸⁶ Assim, Claudia Lima Marques salienta que a “concepção de contrato, a ideia de relação contratual, sofreu, porém, nos últimos tempos uma evolução sensível, em face da criação de um novo tipo de sociedade, sociedade industrializada, de consumo, massificada, sociedade de informação, e em face, também, da evolução natural do pensamento teórico-jurídico”. MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 57.

²⁸⁷ Sobre o tema, veja: SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 7.ª ed. Porto: Edições Afrontamento, 1999, p. 87-93. Rodrigo Eidelwein do Canto refere que a modernidade passou por dois momentos que delinearão a organização do Estado e do pensamento moderno: a) as revoluções burguesas do século XVIII; b) a revolução industrial do final do século XIX. No primeiro período desenvolveram-se os ideais iluministas que uniam a ciência com a liberdade individual do burguês capitalista para se chegar ao progresso. No segundo período, foram edificados o progresso nas grades fábricas, nas ferrovias, na navegação e na exploração. Neste sentido: CANTO, Rodrigo Eidelwein do. *A vulnerabilidade dos consumidores no comércio eletrônico: reconstrução da confiança na atualização do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 30.

²⁸⁸ TIMM, Luciano Benetti. *Direito contratual brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico*. 2.ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2015, p. 7. Veja, também: NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 3.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 134 e ss.

²⁸⁹ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 58.

²⁹⁰ ITURRASPE, Jorge Mosset. 10 años do CCB: derecho contractual constitucional: libertad, solidaridad y función social. In: LOTUFO, Renan (coord.); NANNI, Giovanni Ettore (coord.); MARTINS, Fernando Rodrigues. *Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil*. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 256-257.

econômico ou patrimonial, produto da autonomia da vontade dos celebrantes, firmado entre pessoas livres e iguais, com similar poder no negócio, calcado em uma visão individualista, devendo ser cumprido integralmente.

Prevalencia aqui uma visão antropocêntrica, individualista e patrimonialista, em que o Estado não intervia na economia e nem nas relações entre os indivíduos,²⁹¹ observando-se sempre a vontade racional do homem e, conseqüentemente a força normativa do contrato, “pacta sunt servanda”, diante da igualdade formal entre as partes contratantes, que assegurava o equilíbrio entre estas.²⁹² Buscava-se, portanto, maximizar a liberdade dos indivíduos, assumindo uma posição de neutralidade frente às desigualdades sociais e relacionais²⁹³.

Entretanto, com o advento da expansão mundial da Revolução Industrial e do conseqüente desenvolvimento do capitalismo no final do século XIX e início do século XX, houve a massificação de produção de bens e da prestação de serviços, não sendo mais suficiente para esta sociedade industrializada, de consumo e estandardizada, a concepção tradicional do contrato²⁹⁴, pois a globalização e a intensificação das relações obrigacionais, sobretudo em razão dos contratos de massa, geraram inúmeras situações desvantajosas e

²⁹¹ Nesse sentido, *vide*: NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 3.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 48-49. Daniel Sarmiento explica que: “doutrina liberal dos direitos humanos consolidou-se em outro sentido, pois foram articulados dois sistemas diferentes para a proteção da liberdade humana. nas relações entre estado e indivíduo valia a Constituição, que limitava os governantes em prol da liberdade individual dos governados, enquanto, no campo privado, o Código Civil desempenhava o papel de constituição da sociedade civil, juridicizando as relações entre particulares de acordo com regras gerais, supostamente imutáveis, porque fundadas nos postulados do racionalismo jusnaturalista, que tinham seu centro gravitacional na idéia de autonomia privada”. (SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 39.

²⁹² GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Contratos: teoria geral*. 7.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 40.

²⁹³ TIMM, Luciano Benetti. *Direito contratual brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico*. 2.^a ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2015, p. 35.

²⁹⁴ Paulo Luiz Netto Lôbo explica que, neste período, a teoria contratual clássica entrou em crise porque seus pressupostos e ideologias de supremacia da autonomia privada em relação ao Estado são conflitantes com a Constituição social e o Estado social, que buscam a promoção de justiça social, pela elevação ao plano constitucional dos sistemas de controle dos poderes privados, mediante a inserção da ordem econômica e social, que servem como anteparo a autonomia contratual. *Vide*: LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: contratos*. 1.^a ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 41

ofensivas aos direitos fundamentais e a bens constitucionalmente protegidos dos contratantes²⁹⁵.

Esta insuficiência teórica se tornou ainda mais evidente com a proliferação e predomínio dos contratos de adesão, em que imperam a uniformização das cláusulas e condições, com a conseqüente despersonalização das partes contratantes. Nesse período, a liberdade contratual, consistente na possibilidade de negociar as cláusulas contratuais, passou a ser unilateral, em decorrência da imposição da parte economicamente mais forte às condições da contratação²⁹⁶.

Assim, a concepção moderna do contrato, ligado ao dogma da autonomia da vontade²⁹⁷, engessou e tornou estático o direito contratual, uma vez que ignorou as diferenças entre as partes contratantes, as particularidades do caso e as experiências sociais. As complexidades do mundo industrializado e massificado foram deixadas de lado, impossibilitando o estímulo da coesão social e a integração social de uma sociedade desintegrada pela revolução industrial²⁹⁸.

²⁹⁵ FERREIRA, Carlos Wagner Dias. *Contratos e eficácia dos direitos fundamentais*. Curitiba: Editora Juruá, 2010, p. 18.

²⁹⁶ PASQUALOTTO, Adalberto. Defesa do consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima (org.); MIRAGEM, Bruno (org.). *Direito do consumidor: fundamentos do direito do consumidor*, v. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 29.

²⁹⁷ Clóvis do Couto e Silva conceitua a autonomia da vontade como: “a *facultas*, a possibilidade, embora não ilimitada, que possuem os particulares para resolver seus conflitos de interesses, criar associações, efetuar o escambo de bens e dinamizar, enfim, a vida em sociedade. Para a realização desses objetivos, as pessoas vinculam-se, e vinculam-se juridicamente, através de sua vontade”. (SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007, p. 24). Por sua vez, Thiago Luis Sombra aponta que a autonomia privada na teoria clássica do contrato revelou-se instrumento de suma importância para o desenvolvimento do capitalismo, uma vez que assegurou a autorregulamentação dos interesses individuais privados, sob o viés da igualdade formal, possibilitando-se assim a ampliação das riquezas, em detrimento da função social dos negócios jurídicos. (SOMBRA, Thiago Luís. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas: identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 44-45 e 51 e ss).

²⁹⁸ TIMM, Luciano Benetti. *Direito contratual brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico*. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2015, p. 85-86. Sobre o tema, Rodrigo Eidelwein do Canto sinala que os ideias totalizantes modernistas se mostraram artificiais e herméticas, pois se negaram a acompanhar as modificações sociais, econômicas e tecnológicas, convertendo-se em verdadeiro leito de Procusto da sociedade. Este autor explica, também, que neste período o Estado passou a se distanciar da sociedade, em decorrência do dever de não intervenção estatal na autonomia privada, passando o direito a fundar-se em valores voluntaristas, em que as partes das relações contratuais eram formalmente iguais e possuíam plena liberdade para contratar e dispor de suas riquezas, sendo o contrato a principal fonte de direitos e obrigações. Assim: CANTO, Rodrigo Eidelwein do. *A vulnerabilidade dos*

Este contexto induziu a uma reflexão e reavaliação da estrutura social constituída e, conseqüentemente, a uma alteração de paradigma. Ronaldo Porto Macedo Júnior²⁹⁹ elenca que as transformações do direito contratual moderno ocorreram em três planos: a) inclusão de novos valores de bem-estar e justiça distributiva; b) mudanças do mercado e das formas de articulação, da produção e da distribuição de bens; c) mudança da racionalidade jurídica dominante, que conferiu sentido às mudanças anteriores.

Assim, buscou-se com a nova teoria contratual a equidade das relações jurídicas entre partes desiguais. Inaugurou-se um período de dirigismo contratual, em que o Estado passa a intervir nas relações privadas, através de “leis que tutelam ou proíbem certos conteúdos contratuais, ou sujeitam a sua conclusão ou sua eficácia a uma autorização do poder público”³⁰⁰. Surgem no plano legislativo brasileiro leis protetivas que tutelam partes mais vulneráveis da relação contratual dinâmica, complexa e massificada, como o Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Planos de Saúde, entre outras, que buscam reequilibrar estas relações jurídicas entre partes desiguais.

Muda-se, portanto, o paradigma do direito contratual, a partir de uma leitura estrutural-sociológica, buscando-se que o pacto atinja a sua função social, neutralizando elementos geradores de insegurança e desconfiança no mercado de consumo. Dessa forma, reconhece-se a parte mais vulnerável, com intuito de recompor a igualdade jurídica³⁰¹, visando-se que o contrato atinja sua função social. Passa-se, assim, a interpretar o Código Civil e, por conseguinte, o contrato, segundo a Constituição e não o contrário³⁰².

A compreensão do contrato pautado na liberdade de pactuar e na sua força obrigatória foi substituída por uma visão social, visando o equilíbrio entre as partes, inaugurando-se o chamado direito pós-moderno³⁰³. Neste sentido,

consumidores no comércio eletrônico: reconstrução da confiança na atualização do Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 30 e 38.

²⁹⁹ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 39.

³⁰⁰ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 9.

³⁰¹ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 45.

³⁰² LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito civil-constitucional. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado (coord.); RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coord.). *Manual de teoria geral do direito civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 36.

³⁰³ Eduardo Carlos Bianca Bittar refere que a pós-modernidade vem sendo construída sobre os escombros da modernidade. Segundo o autor, este período corresponde ao estado reflexivo da

Adalberto Pasqualotto ressalta que a “flagrante desigualdade das partes, estampada, *v.g.*, nos contratos de adesão, levou o Estado a abandonar o seu papel passivo, passando a praticar um intervencionismo crescente, na busca de restaurar o equilíbrio perdido”³⁰⁴. O negócio jurídico passa a ter uma estrutura complexa no que tange ao seu conteúdo “com disposições voluntárias e compulsórias, nas quais a composição dos interesses reflete o antagonismo social entre as categorias a que pertencem os contratantes”³⁰⁵.

É por este motivo que o mestre argentino Ricardo Luis Lorenzetti³⁰⁶ ressalta a importância do fenômeno da constitucionalização do direito privado ao referir que “a Constituição é uma fonte que exerce uma influência, tanto direta, através de normas operativas, quanto indireta, modificando o ‘espírito informador do Direito’, e mudando os princípios gerais”. O referido autor relata que o Direito Privado pós-moderno possui uma “perspectiva constitucional” em diversos graus.

Ingo Wolfgang Sarlet³⁰⁷ ensina que para que ocorra a eficácia “prima facie” dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas, faz-se necessário entender que esta ocorre tanto na relação entre sujeitos privados, denominada de eficácia horizontal dos direitos fundamentais ou eficácia privada, quanto sobre os atos dos entes estatais, designada de eficácia vertical dos direitos fundamentais.

A eficácia horizontal constitui a eficácia da tutela constitucional nas relações entre particulares³⁰⁸, isto é, na incidência da norma constitucional no

sociedade ante “suas próprias mazelas, capaz de gerar um revisionismo de seu *modus actuandi*, especialmente considerada a condição de superação do modelo moderno de organização da vida e da sociedade”. (BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. O direito na pós-modernidade. *Revista Seqüência*, vol. 29, n. 57, p. 131-152, dez. 2008, p. 136-137).

³⁰⁴ PASQUALOTTO, Adalberto. Defesa do consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima (org.); MIRAGEM, Bruno (org.). *Direito do consumidor: fundamentos do direito do consumidor*, Doutrinas Essenciais; 1, v. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 29.

³⁰⁵ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 17.

³⁰⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 252.

³⁰⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Notas sobre a relação entre os direitos fundamentais e o direito privado*. In: ESTEVEZ, André Fernandes (org.); JOBIM, Marcio Felix (org.). Estudos de direito empresarial: homenagem aos 50 anos de docência do Professor Peter Walter Ashton. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 58-60.

³⁰⁸ Sobre o tema o Supremo Tribunal Federal decidiu que mesmo nas relações privadas, devem ser observados os direitos fundamentais: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não

surgimento e desenvolvimento da relação obrigacional criada na seara privada, como pode ser visto nas relações entre operadores dos planos de assistência à saúde e segurados (consumidor), que devem observar e dar efetividade aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana – artigo 1.º, inciso III, da Constituição, do direito fundamental à saúde, artigo 6.º da Constituição, da proteção do consumidor – artigo 5.º, inciso XXXII, da Constituição – e da

ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 201.819. Recorrente: União Brasileira de Compositores; Recorrido: Arthur Rodrigues Villarinho. Relatora: Min. Ellen Gracie, Relator para o Acórdão: Min. Gilmar Mendes, julgado em 11 dez. 2005).

proteção do idoso – artigo 1.º, inciso III, e art. 230, ambos da Carta maior.³⁰⁹ A Constituição atua aqui como garantia e limite do direito privado³¹⁰.

No que tange à eficácia vertical, esta se consubstancia na atuação do Estado para assegurar o respeito e incidência dos direitos fundamentais nas relações entre sujeitos privados, que ocorre tanto com a criação de leis infraconstitucionais, a exemplo da Lei dos Planos de Saúde (Lei n.º 9.656/90), quanto na fiscalização dos operadores de planos e seguro-saúde pela Agência Nacional de Saúde Suplementar e edição de portarias por esta, bem como na atuação do Poder Judiciário na solução de controvérsias na aplicação de direitos fundamentais ao conflito posto em exame.

Neste diapasão, Claudia Lima Marques³¹¹, sob a ótica consumerista, explicitou que na sociedade pós-moderna o contrato não consiste somente em um meio de circulação de riquezas, mas também em um instrumento para a concretização e proteção dos direitos fundamentais daquele que ocupa o papel de consumidor, resultando na interpretação do pacto com intuito de proteger o sujeito de direitos especiais, em consonância com a Constituição. Ainda, a precitada jurista afirma que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas é clara, diante da elevação do consumidor ao patamar de sujeito de direitos fundamentais, conjuntamente com a asseguuração da livre iniciativa de mercado e a possibilidade da “iniciativa privada em atividades antes exercidas pelo Estado, como é o caso da saúde, educação, habitação, previdência”³¹².

No entanto, deve-se observar, conforme aponta Robert Alexy³¹³, que os direitos fundamentais não determinam uma única solução para cada caso, havendo situações no âmbito do direito civil para os quais há mais de uma

³⁰⁹ Veja: PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Cláusulas relativas à cobertura de doenças e tratamentos de urgência e emergência e carência. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.); LOPES, José Reinaldo de Lima (coord.); PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (coord.). *Saúde e responsabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 73-75.

³¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10.ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 376.

³¹¹ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 254-267.

³¹² MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 256.

³¹³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2.ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 541.

solução compatível com estes direitos fundantes³¹⁴. Nestas hipóteses, o direito civil possui suma importância para identificar os valores que estão sendo discutidos e, a partir daí, construir a norma jurídica constitucional.

Repisa-se, novamente, que, por mais que os planos privados de assistência à saúde constituam-se em uma relação obrigacional da esfera privada, deve-se observar que a temática da saúde está inserida na Constituição Federal no título referente à Ordem Social, que possui como objetivo o bem-estar e a justiça social, nos termos do artigo 193 da Carta Maior brasileira.

Desta maneira, a saúde como um direito social constitui um dos elementos essenciais para o desenvolvimento do Estado, em face de sua estreita ligação ao princípio da dignidade humana. Assim, conforme previsto na Constituição da República Federativa do Brasil, deve o Estado promover políticas públicas que visem o desenvolvimento da saúde no Brasil, zelando e fornecendo mecanismos que reduzam riscos de doenças e outros agravos, tanto através do Sistema Único de Saúde, quanto através do desenvolvimento harmônico do mercado de saúde suplementar, observando a proteção do consumidor.

Por este motivo, a relação contratual existente entre sujeitos privados deve ser pautada em consonância aos princípios e regras contidos na Constituição, pois esta é a fonte primária do direito, norma de superior hierarquia formal e axiológica. A sua aplicação se justifica em razão da necessidade da limitação do poder social, como forma de evitar que ocorram arbitrariedades ou ilegalidades entre os sujeitos privados, que ocasionam persistentes desigualdades sociais, culturais e econômicas³¹⁵, as quais resultam em verdadeiras “inconstitucionalidades do direito privado”.

Por esta razão, o sistema privado de saúde suplementar deve ser jungido ao Direito Constitucional³¹⁶, de sorte a promover a efetividade e eficácia

³¹⁴ Sobre o tema veja: SOMBRA, Thiago Luís. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas*: identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 107 e ss.

³¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a relação entre os direitos fundamentais e o direito privado. In: ESTEVEZ, André Fernandes (org.); JOBIM, Marcio Felix (org.). *Estudos de direito empresarial: homenagem aos 50 anos de docência do Professor Peter Walter Ashton*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 76-77.

³¹⁶ Lenio Luiz Streck refere que: “[...] a interpretação conforme a Constituição é mais do que um princípio, é um princípio imanente da Constituição, até porque não há nada mais importante a

aos direitos fundamentais, sobretudo da dignidade da pessoa humano, do direito fundamental à saúde, bem como da proteção dos direitos dos consumidores³¹⁷, todos enxertos na Constituição Federal.³¹⁸

Sem embargo, frisa-se que o direito não é um sistema fechado e de aplicação específica, havendo, sim, a comunicação entre princípios, valores e regras contidos no direito positivo, que possuem como principal foco a proteção da dignidade humana³¹⁹, princípio norteador para aplicação, interpretação e

uma Constituição do que a obrigação de todos os textos normativos do sistema sejam interpretados de acordo com ela”. (STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 443).

³¹⁷ Sobre o tema, Ricardo Luis Lorenzetti aponta que existem esferas no público e no privado que têm um intercâmbio permanente, podendo ser observado, principalmente, quando os juízes fundamentam as suas decisões com base na Constituição. Ainda, refere que esta influência é recíproca, uma vez que ao mesmo tempo que o direito privado recebe normas constitucionais, ele também influencia o direito público por meio da ascensão de temas do direito privado ao texto constitucional. Assim: LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. Trad. Bruno Miragem. 2.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 81.

Sobre a proteção constitucional do consumidor, veja: NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A proteção constitucional do consumidor*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p. 75 e ss; MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo Direito Privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 149 e ss.

³¹⁸ Sobre a matéria em exame, Heloísa Carpena Vieira de Mello aduz que: “A saúde integra, na Constituição Federal, a ordem social (art. 194, CF/1988 e seguintes). É direito fundamental e de caráter universal. Constitui bem jurídico primário, no sentido de antecedente aos demais, prevalente sobre os demais. Sua proteção é corolário do direito à vida, cuja inviolabilidade é assegurada de forma inequivocamente prioritária, conforme dispõe o art. 5º, caput, CF/1988. Ao contratar assistência médica para si e para sua família, o consumidor procura um verdadeiro “parceiro”, aquele com quem estabelecerá relação por um longo período. [...]. Confia o segurado, legitimamente, na manutenção do vínculo. Deseja sentir-se seguro. É precisamente esta expectativa que o fornecedor diz atender e que a lei impõe seja atendida. Ao negar cobertura a determinados tipos de doenças a empresa atenta contra os direitos – absolutos – à saúde e à vida dos segurados e tal disposição será tida por ilícita exatamente porque descumprida está a função do contrato. (MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. *Seguro-saúde e abuso de direito*. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (org.). *Direito do consumidor: fundamentos do direito do consumidor*, v. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 844-845).

³¹⁹ Nesse sentido, veja a decisão do Supremo Tribunal: “MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. SUSPENSÃO DE INCLUSÃO DE NOVOS BENEFICIÁRIOS. OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE. GEAP. ÓBICE AO INGRESSO DE SERVIDOR DO PODER EXECUTIVO CEDIDO À JUSTIÇA FEDERAL, QUE, ACOMETIDO DE DOENÇA GRAVE, RETORNOU AO ÓRGÃO DE ORIGEM PARA APOSENTARIA POR INVALIDEZ. IMPOSSIBILIDADE DE INTERRUPTÃO DO TRATAMENTO DA DOENÇA INICIADO DURANTE PERÍODO DE CESSÃO. VEDAÇÃO ADMINISTRATIVA EXCEPCIONADA PELAS PECULIARIDADES DA ESPÉCIE EM EXAME. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DO DIREITO À SAÚDE. MANDADO DE SEGURANÇA CONCEDIDO. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n.º 33.619 – DF. Impetrante: José Clovis Vilas Boas dos Santos. Impetrado: Presidente do Tribunal de Contas da União. Litisconsorte passivo: União. Rel. Ministra Cármen Lúcia, Brasília, julgado em 23 de ago. 2016).

concretização de todas as normas do ordenamento jurídico³²⁰ e, sobretudo, na interpretação dos contratos de planos privados de planos de saúde.

Destarte, o sistema de saúde suplementar, tutelado pela Lei n.º 9.656/98, deve ser interpretado e aplicado em consonância com os fundamentos constitucionais da cidadania e da dignidade da pessoa humana, previstos na Constituição da República Federativa do Brasil, embasado em valores sociais de livre iniciativa – art. 1.º, II, III, IV³²¹, que perseguem a construção de sociedade livre, justa e solidária, que promovam o bem de todos – art. 3.º, I e IV³²². Do mesmo modo, deve ser assegurado indistintamente o direito à vida, à liberdade e à igualdade – art. 5.º³²³ e preservada a legalidade – art. 5.º, II³²⁴, o livre exercício de atividades lícitas – art. 5.º, XIII ³²⁵, diante de uma ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano e da livre-iniciativa – art. 170³²⁶, no na qual se privilegiam a livre concorrência e a defesa do consumidor – art. 170, IV e V³²⁷, sem que se descuide que a saúde é um dever do Estado e um direito de todos – art. 196³²⁸, constituindo-se em serviço de relevância pública – art. 197³²⁹, mesmo quando prestado pela iniciativa privada – art. 199^{330, 331}.

³²⁰ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 254-258.

³²¹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; [...].

³²² Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; [...] IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

³²³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...].

³²⁴ [...] II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

³²⁵ [...] XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

³²⁶ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...].

³²⁷ IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor;

³²⁸ Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

³²⁹ Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

³³⁰ Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

2.2.2 O reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor nas relações de consumo

O fortalecimento do princípio da dignidade da pessoa humana como valor fundante do Estado Democrático do Direito, além de exigir uma atuação estatal de sorte a respeitar e a proteger o homem, instituiu “a obrigação de promover as condições que viabilizem e removam toda sorte de obstáculos que estejam a impedir as pessoas de viverem com dignidade”³³². O direito privado, portanto, possui uma função social³³³, que ultrapassa os interesses individuais e sobrevém pela proteção daqueles que ocupam uma posição vulnerável na sociedade, sendo este paradigma guiado pela ordem constitucional e, principalmente, pela dignidade da pessoa humana³³⁴.

É neste sentido que se afirma que o direito privado pós-moderno recoloca o homem no centro do ordenamento, despatrimonializando-o³³⁵ e personalizando-o³³⁶. Deste modo, alçar o ser humano ao centro das ciências sociais, como um ser dotado de dignidade, possibilitou o reconhecimento de

³³¹ ESMERALDI, Renata Maria Gil da Silva Lopes; LOPES, José Fernando. *Planos de saúde no Brasil: doutrina e jurisprudência*. 2.^a ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015, p. 15-16.

³³² SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1998*. 9.^a ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2011, p. 134.

³³³ Conforme explica Carlos Maximiliano: “O Direito é um meio para atingir os fins colimados pelo homem em atividade; a sua função é eminentemente social, construtora; logo não mais prevalece o seu papel antigo de entidade cega, indiferente às ruínas que inconsciente ou conscientemente possa espalhar.”. (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20.^a ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p. 136).

³³⁴ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 7-8.

³³⁵ Sobre a expressão despatrimonialização, Pietro Perlingieri refere que: “[...] o termo, certamente não elegante, ‘despatrimonialização’, individua-se uma tendência normativa-cultural; se evidencia que no ordenamento se operou uma opção, que, lentamente, se vai concretizando, entre personalismo (superação do individualismo) e patrimonialismo (superação da patrimonialidade fim a si mesma, do produtivismo, antes, e do consumismo, depois, como valores). [...] Isso induz a repelir a afirmação – tendente a conservar o caráter estático-qualitativo do ordenamento – pela qual não pode ser ‘radicalmente alterada a natureza dos institutos patrimoniais do direito privado’. Estes não são imutáveis: por vezes são atropelados pela sua incompatibilidade com os princípios constitucionais, outras vezes são exautorados ou integrados pela legislação especial e comunitária; são sempre, porém, inclinados a adequar-se aos novos ‘valores’, na passagem de uma jurisprudência civil dos interesses patrimoniais a uma mais atenta aos valores existenciais”. (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 3.^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 33).

³³⁶ Assim: LÓBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: contratos*. 1.^a ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 39.

novos sujeitos de direitos, e, conseqüentemente, a criação de instrumentos normativos que permitiram a sua proteção³³⁷.

Destaca-se que a pós-modernidade expõe um período de crise que influencia a ciência do direito e induz uma mudança de paradigma, sobretudo no direito privado. Este período representa o reconhecimento de que as ciências jurídico-sociais estão relacionadas a uma sociedade altamente plural e complexa, que subjaz através de relações cada vez mais globalizadas, intensas e massificadas, em que se verifica a multiplicidade de culturas e formas, reconhecendo-se a existência do direito à diferença³³⁸ e, principalmente, do reconhecimento de relações sociais e jurídicas entre partes desiguais, que devem respeitar as suas assimetrias. Ser diferente é algo inerente à condição humana.

Neste contexto, Erik Jayme³³⁹ leciona que as relações sociais pós-modernas se caracterizam pela presença dos fenômenos do pluralismo, da comunicação, da narração e do retorno dos sentimentos, que são guiados e orientados pela valorização dos direitos humanos.

Conforme aponta o mestre alemão, o pluralismo corresponde a existência da multiplicidade de fontes legislativas que regulam um mesmo fato³⁴⁰, onde se pode constatar a incidência conjunta e simultânea, por

³³⁷ Eike von Hippel explica que a proteção do mais fraco é correlata à autonomia privada - sem o reconhecimento de ambos os princípios, nem o Estado Social de Direito nem a economia social de mercado seriam possíveis, ao referir que: "Der Schutz des Schwächeren ist das Korrelat zur Privatautonomie - ohne Anerkennung beider prinzipien ist weder der soziale rechtsstaat noch die soziale marktwirtschaft denkbar". (HIPPEL, Eike von. *Kampfplätze der gerechtigkeit: studien zu aktuellen rechtspolitischen problemen*. Berlin: BWV, Berliner Wissenschafts- Verlag, 2009, p. 39)

³³⁸ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 168.

³³⁹ O mestre alemão aduz que: "L'on peut constater, pourtant, que le terme 'postmoderne' est en train d'envahir presque tous les secteurs du droit. En Amérique latine, l'on parle, par exemple, du 'contrat postmoderne' pour caractériser certains nouveaux types de contrats de service. Il se trouve même des auteurs qui ont utilisé ce terme pour décrire certains phénomènes juridiques, et l'on a pu parler, surtout aux Etats-Unis d'Amérique et en Espagne, du 'droit international privé post-moderne'. La culture postmoderne est caractérisée essentiellement par quatre phénomènes : le pluralisme, la communication, la narration et le retour des sentiments. Ces traits typiques postmodernes sont en train de 'influencer le développement du droit y compris les solutions de conflits de lois et de juridictions". (JAYME, Erik. *Identité culturelle et intégration: le droit internationale privé postmoderne*. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, v. 2, Kluwer, Doordrecht, 1995, p. 36).

³⁴⁰ Natalino Irti refere a existência de um fenômeno de descodificação no direito com a criação de leis especiais e novos microssistemas que terminam por esvaziar o papel centralizador de regras totalizantes do Código Civil. Assim, a recodificação do sistema jurídico somente é

exemplo, do Código Civil, do Código de Defesa do Consumidor, da Lei dos Planos de Saúde e do Estatuto do Idoso nos planos privados de assistência à saúde³⁴¹. Por outro lado, verifica-se a pluralidade de sujeitos que devem ser protegidos, como os consumidores, os idosos, as crianças e os analfabetos, bem como a pluralidade de agentes existentes em uma relação jurídica, como na relação contratual dos planos privados médico-hospitalares, em que estão presentes os consumidores, os operadores de planos de saúde, os médicos e os hospitais, envolvidos em relação complexa, dinâmica e duradoura.

A comunicação realiza-se através do “impulso de contato, de informação que invade a filosofia do direito e as próprias normas legais”³⁴², estando associado a valorização do tempo, do direito como instrumento de comunicação e de informação, imbuído do objetivo de proteger os mais fracos. A consequência do fenômeno de comunicação é a narração, que orienta o método de produção de normas legais, os quais passam a narrar objetivos, princípios, finalidades, auxiliando a interpretação e o efeito útil das normas.³⁴³ Por esta razão, Erik Jayme³⁴⁴ aduz que é neste fenômeno que surgem normas narrativas que não obrigam, mas descrevem valores³⁴⁵.

possível através de uma interpretação conjunta dos diversos microssistemas guiados pelos valores e princípios constitucionais. Veja: IRTI, Natalino. Codici di Settore: compimento della decodificazione. *Rivista Diritto e Società*. n. 2. Padova: Cedam 2005. p. 131-135. Por sua vez, Ricardo Luis Lorenzetti denomina este fenômeno como a “era da desordem” em que há um volume muito grande de leis, decretos, tratados que somente é possível reorganizar através da atividade interpretativa do direito, em consonância com as normas que emanam da Constituição. Nesse sentido: LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. Trad. Bruno Miragem. 2.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 41 e ss. Sobre o fenômeno da codificação e da recodificação no direito privado, veja: VIAL, Sophia Martini. O fenômeno da codificação e da recodificação no direito privado. *Revista de direito privado*, vol. 64/2015, p. 13-35, out.-dez./2015. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

³⁴¹ Maria Celina Bodin de Moares explica que: “A proliferação da legislação esparsa sob a forma de estatutos especializados, por vezes tidos como “microssistemas legislativos”, tornou insustentável afirmar a centralidade do Código diante deste verdadeiro polissistema, que encontra, agora, na Constituição sua unidade sistemática e axiológica”. (MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. *Direito, Estado e Sociedade*, v. 9, n. 29, p. 233-258, jul./dez. 2006. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2006, p. 237).

³⁴² MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 170.

³⁴³ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 170.

³⁴⁴ JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit internationale privé postmoderne. *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, v. 2, Kluwer, Dordrecht, 1995, p. 259.

³⁴⁵ É de se referir aqui que o legislador na contemporaneidade passa a recorrer a princípio jurídicos como forma de abrir o sistema, juntamente com a utilização de cláusulas gerais. No

Por fim, o fenômeno do retorno dos sentimentos apresenta-se, segundo Claudia Lima Marques³⁴⁶, no retorno da “emocionalidade” do discurso jurídico e na procura de novos elementos sociais e ideológicos que passam a inspirar a argumentação e as decisões jurídicas, trazendo um componente de imprevisibilidade nas soluções encontradas. Diante destes fatos, busca-se aqui a preservação da identidade cultural ligada a um pluralismo de fontes que busca assegurar a aplicação da legislação adequada aos diversos componentes desta sociedade plural e heterogênea³⁴⁷.

Em face da presença destes fenômenos na sociedade pós-moderna, José Tadeu Neves Xavier explica que é reconhecida a importância social das minorias, ao referir que:

Assim, na transição da modernidade para a pós-modernidade nota-se o crescimento da importância social das minorias, que, através de diversos mecanismos de pressão, buscam a consolidação do respeito aos seus interesses e reconhecimento de seus direitos. Assim tem ganhado fôlego na teoria jusprivativista a ideia de utilização do Direito Privado com a finalidade de implementação de políticas sociais. Este ambiente proporciona, por sua vez, a criação de normas de Direito Privado para proteger a parte mais vulnerável nas relações sociais, num claro comprometimento com o resgate de igualdade material. Tal situação denota claramente ser um braço da pós-modernidade jurídica lançando sobre a teoria dos contratos, centrando suas atenções no sujeito contratual e

que tange as cláusulas gerais, Judith Martins-Costa aponta que: “Considerando do ponto de vista da técnica legislativa, a cláusula geral constitui, portanto, uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente ‘aberta’, ‘fluida’ ou ‘vaga’, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico, a qual é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema; estes elementos, contudo, fundamentarão a decisão, motivo pelo qual, reiterados no tempo os fundamentos da decisão, será viabilizada a ressystematização destes elementos, originariamente extra-sistemáticos no interior do ordenamento jurídico”. (MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *A boa-fé no direito privado: Sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 303).

³⁴⁶ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 171.

³⁴⁷ VIAL, Sophia Martini. O fenômeno da codificação e da recodificação no direito privado. *Revista de direito privado*, vol. 64/2015, p. 13-35, out.-dez./2015. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 19. Sobre o tema, Erik Jayme aponta que a cultura pós-moderna é caracterizada por um pluralismo de estilos e valores previamente desconhecidos que faz surgir um direito à diferença. (JAYME, Erik. *Identité culturelle et intégration: le droit internationale privé postmoderne*. *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, v. 2, Kluwer, Doordrecht, 1995, p. 251.

forçando o reconhecimento de vulnerabilidades especiais, mormente pela criação de *lex specialis ratione personae*³⁴⁸

Neste sentido, surge no direito privado o paradigma protetivo que busca tutelar os vulneráveis, em atenção ao princípio da proteção à pessoa e de sua dignidade, que ocorre a partir de uma visão solidária do direito³⁴⁹, orientada a partir dos princípios e valores que emanam da Constituição³⁵⁰. Este movimento deu origem a instrumentos legais dinâmicos que valorizam as identidades culturais e as diferentes opções de vida da pessoa humana, dotados de natureza multidisciplinar³⁵¹, e conectados por um sistema de princípios que lhes servem de fundamento, como o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto do Idoso, o Código de Defesa do Consumidor³⁵². É por isso que, no direito pós-moderno, o reconhecimento da vulnerabilidade de certos grupos sociais se torna expressão inexorável da relação entre partes desiguais, do qual a sua proteção é o “Leitmotiv” do direito privado atual.³⁵³

³⁴⁸ XAVIER, José Tadeu Neves. *A nova dimensão dos contratos no caminho da pós-modernidade*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006, p. 297.

³⁴⁹ A construção de uma sociedade livre, justa e solidária constitui em um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, prevista no inciso I, artigo 3.º a Constituição Federal. Veja: LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. Trad. Bruno Miragem. 2.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 251 e ss.

³⁵⁰ Adolfo Mamoru Nishiyama refere que a partir da Constituição Federal de 1988 reconheceu-se a necessidade de proteção especial de determinados grupos e categorias de pessoas dentro da sociedade, em razão de sua vulnerabilidade, tais como o trabalhador, a criança e o adolescente, o consumidor, o portador de necessidades especiais, entre outros. Assim: NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; DENSA, Roberta. A proteção dos consumidores hipervulneráveis: os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 19, n. 76, p. 13-45, out./dez. 2010, p. 4.

³⁵¹ Vide: LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. *Revista de informação legislativa*, Brasília: Senado Federal, v. 36, n. 141, p. 99-109, jan./mar. 1999.

³⁵² Abordando as características da atuação do legislador pós-moderno, Antonio Junqueira de Azevedo aponta que: “[...] a hiper-complexidade, que, no mundo jurídico, se revela na multiplicidade de fontes do direito, quer materiais - porque, hoje, são vários os grupos sociais, justapostos uns aos outros, todos dentro da mesma sociedade mas sem valores compartilhados (shared values), e cada um, querendo uma norma ou lei especial para si -, quer formais - com um sem-número de leis, decretos, resoluções, códigos dentológicos, avisos etc. etc. - quebram a permanente tendência à unidade do mundo do direito”. (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito pós-moderno e a codificação. *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*, v. 1, p. 555-563, abr./2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 556).

³⁵³ CANTO, Rodrigo Eidelwein do. *A vulnerabilidade dos consumidores no comércio eletrônico: reconstrução da confiança na atualização do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 55.

Conforme explica Yann Favier³⁵⁴, a noção de vulnerabilidade não é propriamente jurídica, mas é perfeitamente aplicada e observada no direito privado atual, sendo crescente a sua utilização no discurso jurídico³⁵⁵. Neste sentido, o referido autor aponta que, em face da heterogeneidade das matérias tratadas no direito sob este vocábulo, não há uma unidade que defina este termo para a ciência jurídica-social, uma vez que depende do enfoque adotado para análise da vulnerabilidade, podendo estar relacionado, por exemplo, à criança, ao idoso, ao portador de necessidades especiais, ao consumidor, entre outros grupos vulneráveis³⁵⁶.

Essa multiplicidade de enfoques e disciplinas revela que determinados indivíduos ou grupos de indivíduos podem apresentar mais de uma vulnerabilidade em suas relações político-econômica-sociais. Pode-se afirmar, desta feita, que o consumidor idoso e portador de necessidades especiais possui uma tríplice vulnerabilidade que o coloca em uma situação de risco ainda maior quando colocado em comparação com o consumidor “standard”.

Por esta razão, afirma-se que os sistemas jurídicos contemporâneos seguem a orientação de que a sociedade é composta por uma diversidade de grupos, sendo alguns mais fracos do que outros, em razão de existência de circunstâncias intelectuais, de saúde e econômicas, motivo pelo qual não poderiam receber o mesmo tratamento pelo legislador³⁵⁷.³⁵⁸ Assim, a categoria

³⁵⁴ FAVIER, Yann. A inalcançável definição de vulnerabilidade aplicada ao direito: abordagem francesa. Trad. Vinicius Aquini e Káren Rick Danilevicz Bertocello. *Revista de direito do consumidor*, v. 85/2013, p. 15-23, jan./fev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 15.

³⁵⁵ Carlos Nelson Konder aduz que a vulnerabilidade como categoria jurídica diz respeito a um grupo de mecanismos de intervenção reequilibradora do ordenamento, com o objetivo de, para além da igualdade formal, realizar efetivamente uma igualdade substancial. Assim: KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 99/2015, p. 101-123, mai.-jun./2015. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 102.

³⁵⁶ Alerta-se que o presente ponto não busca esgotar os diversos sujeitos e grupos sociais vulneráveis, tecendo considerações sobre aqueles que ocupam um papel de maior repercussão na sociedade brasileira e para o direito privado.

³⁵⁷ Claudia Lima Marques leciona que o futuro do Direito brasileiro deve iniciar pela proteção dos mais fracos, através do diálogo e do respeito às diferenças. Assim: MARQUES, Claudia Lima. Estudo sobre a vulnerabilidade dos analfabetos na sociedade de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 95/2014, p. 99-145, set.-out./2014. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 100.

³⁵⁸ PASQUAL, Cristina Stringari; PASQUAL, Marco Antonio. O estatuto da pessoa com deficiência como instrumento de tutela da vulnerabilidade e o novo regimento da incapacidade civil. *Revista de Direito Imobiliário*, v. 80/2016, p. 273, jan.-jun/2016. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 275.

jurídica da vulnerabilidade é um mecanismo que justifica a intervenção reequilibradora do ordenamento jurídico, com intuito de alcançar a igualdade substancial entre os sujeitos³⁵⁹.

A expressão vulnerabilidade deriva da palavra latina “vulnos”, da qual se extrai o adjetivo vulnerável, que revela um indivíduo que pode ser facilmente atingido³⁶⁰. Outrossim, a vulnerabilidade pode ser compreendida como a incapacidade de o indivíduo proteger os seus próprios interesses, existindo como um espectro que não é nem presente e nem ausente,³⁶¹ mas que é verificável devido a circunstâncias intrínsecas ou relacionais atinentes à pessoa, que a tornam mais fraca³⁶².

Por outras palavras, Claudia Lima Marques e Bruno Miragem salientam que a vulnerabilidade é um estado da pessoa, de risco potencial, podendo ser uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, “que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação”³⁶³, consubstanciado no justo motivo da existência de regras protetivas ou da atuação positiva do Estado para defender o mais fraco³⁶⁴. No que tange a este tema, Maria do Céu Patrão Neves leciona que a vulnerabilidade pode ser vista como um princípio, pois:

³⁵⁹ Vigê aqui a máxima de tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente, na medida de suas desigualdades. Veja: KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 99/2015, p. 101-123, mai.-jun/2015. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 102; MARTIN, Claudia. RODRIGUEZ-PINZÓN, Diego. BROWN, Bethany. *Human rights of older people: universal and regional legal perspectives. (Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice; 45)*. Dordrecht: Springer, 2015, p. 81.

³⁶⁰ Neste sentido: SCHMITT, Cristiano Heineck. *Consumidores hipervulneráveis: a proteção do idoso no mercado de consumo*. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 203.

³⁶¹ ROGERS, Wendy; BALLANTYNE, Angela. Populações especiais: vulnerabilidade e proteção. *RECIIS – Revista Eletrônica de Comunicação, Informação e Inovação em Saúde*, v. 2, p. 31-41, Rio de Janeiro, dez. 2008, p. 31.

³⁶² Eike Von Hippel, em sua obra “De Schutz der Schwächeren”, de 1982, citada por Claudia Lima Marques e Bruno Miragem, considera os mais fracos aqueles que se encontram com parceiros mais fortes, como o consumidor e o trabalhador, ou aqueles que sofrem limitações ou possuem vulnerabilidades em decorrência de fatores naturais, como a idade, as condições de saúde ou as condições mentais, em razão de fatores sociais, de sexo, de raça, analfabetismo, educação, formação ou classe social, e, ainda, em face de fatores econômicos, como o patrimônio, o salário, a falta de moradia ou o poder econômico. (MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 9).

³⁶³ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 117.

³⁶⁴ CANTO, Rodrigo Eidelwein do. *A vulnerabilidade dos consumidores no comércio eletrônico: reconstrução da confiança na atualização do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 53.

[...] obriga, na sua acepção mais comum de característica particular, à proteção adequada dessa fragilidade acrescida, numa ação positiva que varia de acordo com as necessidades específicas; na sua acepção mais ampla de condição universal, obriga ao reconhecimento de que todas as pessoas são, de algum modo, vulneráveis, podendo todas serem “feridas” por outrem, pelo que, todas exigindo respeito no seu modo de ser, numa ação negativa, no distanciamento ou abstenção de qualquer prejuízo, mas também positiva, na exigência do zelo, do cuidado, da solicitude para com a vulnerabilidade.³⁶⁵

Desta forma, a vulnerabilidade se relaciona com a possibilidade de o sujeito ser explorado ou facilmente ferido³⁶⁶, observada a partir de um elemento intrínseco ao indivíduo ou a um grupo de indivíduos, ligado a fatores naturais e a características inerentes a estes, ou a partir de elementos circunstanciais-relacionais, associado a circunstâncias socioeconômicas que levam o indivíduo ou grupo de indivíduos a uma posição suscetível a sofrer danos³⁶⁷. Deve ser referido, neste ponto, que a vulnerabilidade é vislumbrada a partir da característica elementar de sociabilidade do ser humano, que nasce e se desenvolve no seio de uma comunidade, interagindo dentro desta.

A vulnerabilidade pode ser observada a partir de características ou situações intrínsecas ao sujeito frente as suas relações sociais e econômicas, isto é, relacionada a circunstâncias pessoais do sujeito, que são inerentes ao indivíduo desde a sua existência ou surgem no decorrer de sua vida, como a idade reduzida – criança e adolescente, a idade avançada – idoso, a sua situação de deficiente ou portador de necessidades especiais.

Assim, verifica-se a fragilidade ou debilidade da criança e o adolescente em razão de sua condição de pessoa em desenvolvimento³⁶⁸, tendo em vista

³⁶⁵ NEVES, Maria do Céu Patrão. Sentidos da vulnerabilidade: característica, condição, princípio. *Revista Brasileira de Bioética*, v. 2, n. 2. Brasília: Ministério da Saúde, 2006, p. 169.

³⁶⁶ CEZAR, Denise de Oliveira. *Pesquisa com medicamentos: aspectos bioéticos*. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 163.

³⁶⁷ ROGERS, Wendy; BALLANTYNE, Angela. Populações especiais: vulnerabilidade e proteção. *RECIIS – Revista Eletrônica de Comunicação, Informação e Inovação em Saúde*, v. 2, p. 31-41, Rio de Janeiro, dez. 2008, p. 32.

³⁶⁸ O artigo 6.º do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece: “Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento”.

Sobre a condição de pessoa em desenvolvimento do infante-juvenil, Válder Kenji Ishida refere: “A infância e juventude são etapas que devem ser superadas para que se possa atingir com plena conformação física, psíquicas, moral e social o estágio adulto da vida. Esse

que as suas condições físicas, psíquicas, morais e sociais não atingiram a maturidade. Por esses motivos, entende-se que a criança e o adolescente ocupam uma posição na sociedade que potencialmente pode ser atingida, motivo pelo qual devem ser protegidos pela família, sociedade e Estado³⁶⁹.

Tem-se, portanto, um microsistema próprio, denominado de Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n.º 8.069/1990, que busca tutelar indivíduos de determinada faixa etária que estão no início de sua vida em sociedade³⁷⁰ e necessitam de ajuda e cuidados para sobreviver, protegendo-os integralmente³⁷¹. Isto ocorre, conforme explica Cristiano Heineck Schmitt³⁷², pois deixar de fornecer a proteção adequada à criança e ao adolescente significa comprometer o futuro e a existência do ser humano.

O reconhecimento da vulnerabilidade dos deficientes e portadores de necessidades especiais decorre de uma característica limitadora intrínseca ao indivíduo, que limita o exercício de atividades essenciais da vida diária³⁷³. Nos termos do artigo 2.º do Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei n.º 13.146/2015, considera-se pessoa portadora de deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial. Estas limitações podem obstruir as possibilidades de interação e participação plena e efetiva, de acordo com o grau de comprometimento dessas interações e desenvolvimento pessoal, devendo, portanto, ser assegurado e provido, em

desenvolvimento deve ser feito de maneira prospectiva, com visão para o futuro da criança e do adolescente. As crianças necessitam de maiores cuidados, ao passo que os adolescentes ganham paulatinamente maior autonomia". (ISHIDA, Válder Kenji. *Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência*. 16.ª ed. São Paulo: Editora Atlas, p. 19).

³⁶⁹ O artigo 227 da Constituição Federal de 1988 prevê: "Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão".

³⁷⁰ Nos termos do artigo 2.º do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n.º 8.069/1990, considera-se criança, a pessoa até doze anos de idade incompletos e o adolescente o sujeito que possua entre doze e dezoito anos de idade.

³⁷¹ O princípio da proteção integral da criança e do adolescente está previsto no artigo 1.º da Lei n.º 8.069/1990.

³⁷² SCHMITT, Cristiano Heineck. *Consumidores hipervulneráveis: a proteção do idoso no mercado de consumo*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 229.

³⁷³ Veja: MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 139-142.

condições de igualdade, o exercício de direitos e liberdades fundamentais destes sujeitos de direitos, visando a sua inclusão social, cidadania e tutela³⁷⁴.

Outro fator intrínseco à pessoa que revela a necessidade do reconhecimento de sua vulnerabilidade relaciona-se ao idoso, isto é, as pessoas que possuem idade igual ou superior a 60 anos³⁷⁵, objeto do presente estudo. A terceira idade corresponde à última fase do ciclo da vida, ocupando a pessoa, em determinadas situações, uma posição de marginalização em razão da redução de sua capacidade funcional, capacidade laborativa e de resistência, associado à perda de papéis sociais, perdas psicológicas e motoras³⁷⁶. Por este motivo, justifica-se a existência de uma lei protetiva, o Estatuto do Idoso, Lei n.º 10.741/2003, estabelecendo-se, também, a obrigação da família, da sociedade e do Estado em assegurar a efetividade dos direitos de seus direitos³⁷⁷.

³⁷⁴ A Constituição Federal prevê, dentre outros direitos do portador de necessidades especiais: “Art. 7.º [...]XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência”. Prevê, ainda, a reserva de vagas para cargos e empregos públicos por concurso, nos termos do artigo 37, inciso VIII. Estabelece, ainda, que a assistência social possui como objetivos a habilitação e reabilitação de pessoas portadoras de deficiência e promoção de sua integração à vida comunitária, conforme dispõe o artigo 203, inciso IV. O artigo 208, inciso III, por sua vez, assegura o atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência preferencialmente na rede regular de ensino. O artigo 227, § 1.º, II, estabelece: “criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação”.

³⁷⁵ O artigo 1.º do Estatuto do Idoso, Lei n.º 10.741/2003, estabelece: “É instituído o Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.”.

³⁷⁶ Assim: PAPALÉO NETTO, Matheus. Estudo da velhice: histórico, definição do campo e termos básicos. In: FREITAS, Elizabete Viana de; PY, Lígia; GORZONI, Milton Luiz; DOLL, Johannes, CANÇADO, Flávio Aluizio Xavier. 4.ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2016, p. 11; MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo Direito Privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 145.

³⁷⁷ O artigo 230 da Constituição Federal estabelecer: “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.”. No mesmo sentido o artigo 3.º do Estatuto do Idoso prevê: “É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.”. E por fim, o artigo 2.º: “O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.”.

Por sua vez, a vulnerabilidade pode ser constatada dentro de um contexto socioeconômico no qual um indivíduo ou um grupo de indivíduos está inserido, sendo esta vulnerabilidade circunstancial-relacional³⁷⁸. Analisa-se a existência de uma situação de potencialidade de dano e uma situação de desequilíbrio entre determinados indivíduos a partir de relações sociais e econômicas. É nesta circunstância que a vulnerabilidade do consumidor é observada³⁷⁹.

Conforme apontado anteriormente, a partir do final do século XIX, a revolução industrial introduziu um aumento na quantidade de bens e serviços disponíveis no mercado³⁸⁰, trazendo uma nova realidade contratual, plural e massificada³⁸¹. As novas tecnologias e a telemática permitiram um significativo acréscimo na velocidade de produção e distribuição de bens, com a redução de custos e riscos³⁸². Assim, através do gerenciamento e organização do processo produtivo³⁸³, as empresas conseguiram produzir em larga escala produtos padronizados e de baixo custo, se afirmando no mercado de consumo³⁸⁴.

³⁷⁸ Pode-se afirmar que o analfabeto é vulnerável, pois não possui uma habilidade social, que corresponde a habilidade de se expressar e se comunicar através da escrita e entender o que está escrito. Esta aptidão constitui-se em uma das formas mais básicas de comunicação na sociedade. Deste modo, o analfabetismo representa um problema socioeconômico grave que afeta a produtividade, as habilidades sociais, o empreendedorismo, a capacidade de inovação, a saúde e a capacidade de desenvolvimento de um povo. *Vide*: MARQUES, Cláudia Lima. Estudo sobre a vulnerabilidade dos analfabetos na sociedade de consumo: o caso do crédito consignado a consumidores analfabetos. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 95/2014, p. 99-145, set./out. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 102; MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 137.

³⁷⁹ Rodrigo Eidelwein do Canto, com base nas lições de Jean-Pascal Chazal, afirma que a vulnerabilidade do consumidor é uma vulnerabilidade de relação, tendo em vista que esta é observada a partir da relação existente entre o consumidor e fornecedor profissional de bens e serviços. Deste modo, afirma o autor que o consumidor não é vulnerável *per se*, mas sim quando cotejado com o fornecedor. (CANTO, Rodrigo Eidelwein do. *A vulnerabilidade dos consumidores no comércio eletrônico: reconstrução da confiança na atualização do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 55-56).

³⁸⁰ GHERSI, Carlos Alberto. *Contratos civiles y comerciales: partes general y especial*. Tomo I. 4.^a ed. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1998, p. 13.

³⁸¹ Ronaldo Porto Macedo Júnior explica que “a exemplo do que ocorrerá com a economia americana, as demais economias capitalistas dinâmicas, até então fragmentadas na forma de ilhas de mercados locais, passaram a formar mercados nacionais. Tal processo de integração da produção industrial aos mercados nacionais se deu paulatinamente e acompanhou a expansão da oferta dos serviços de correio, estradas de ferro e outros canais de comunicação, sem os quais ela seria inviável”. (MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Globalização e direito do consumidor*. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 32/1999, p. 45-54, out./dez., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 48).

³⁸² Este modelo de produção industrial ficou conhecido na história como fordista, em homenagem à Henry Ford, um dos principais expoentes desta nova estratégia de organização da produção.

³⁸³ Conforme explica Anthony Giddens, o industrialismo pressupõe a organização social regularizada da produção no sentido de coordenar a atividade humana, as máquinas e as

O aumento no número de bens e serviços colocados no mercado de consumo e a conseqüente proliferação de negócios jurídicos fizeram com que as relações contratuais entre consumidores e fornecedores passassem a ser estabelecidas por meio de contratos de massa, isto é, através das cláusulas gerais e dos contratos de adesão³⁸⁵. A massificação dos meios de contratação permitiu a rápida difusão e propagação de produtos e serviços no mercado, forjando o que seria conhecido como sociedade de consumo³⁸⁶.

Deste modo, a sociedade de consumo massificada³⁸⁷ trouxe distorções ao modelo relacional-econômico existente entre consumidores e fornecedores. As novas formas de contratação em massa³⁸⁸, calcadas nas cláusulas gerais e nos contratos de adesão, por um lado possibilitaram a ampla difusão de bens e serviços na sociedade, porém colocaram o consumidor em uma posição de

aplicações e produções de matéria-prima e bens. GIDDENS, Anthony. As conseqüências da modernidade. Trad. Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991, p. 52.

³⁸⁴ Jair Ferreira dos Santos sinala que no fim do século XIX e início do século XX, edificou-se o progresso nas grandes fábricas, nas ferrovias, na navegação e na exploração, o qual foi pautada no desenvolvimento ligado à produção e à máquina. Veja: SANTOS, Jair Ferreira dos. O que é Pós-Moderno. 2.^a ed. São Paulo: Brasiliense, 2004, p. 22.

³⁸⁵ Claudia Lima Marques refere que o fenômeno da pré-elaboração dos contratos de adesão é inerente à sociedade industrializada. Assim: MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 70. Orlando Gomes refere que os contratos de adesão permitem que seu conteúdo seja pré-estabelecido por uma das partes, eliminando a livre negociação sobre o seu conteúdo, que normalmente precede a formação dos contratos. Há, portanto, a imposição da vontade de um dos contratantes à do outro, no qual o consentimento manifesta-se como simples adesão ao conteúdo pre-fixado da relação jurídica. Vide: GOMES, Orlando. *Contratos*. 26.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 128-130.

³⁸⁶ Carlos Alberto Ghersi refere que "o consumo é uma *estrutura* – como localização de cada ator ou agente social, em relação aos recursos e às restrições *socioeconômicas* e *jurídica*, próprias do sistema de economia capitalista, imprescindível à sua existência e à sua reprodução, que exercem sobre o indivíduo e sua vida uma pressão que converte a ele bem como à comunidade em uma forma muito especial, que se convencionou chamar de *sociedade de consumo*". GHERSI, Carlos Alberto. A sociedade de consumo como processo econômico. *Revista do Tribunal Regional Feral da 3.^a Região*, n. 77, p. 21-34, mai./jun. São Paulo: Thomson IOB, 2006, p. 23. Sobre o consumo na sociedade sólido-moderna, veja: BAUMAN, Zygmunt. *A vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*. Trad. Calos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008, p. 37-46.

³⁸⁷ A partir da segunda metade do século XX, período pós-Segunda Guerra Mundial, as inovações tecnológicas nas áreas da indústria, da comunicação e da informática, e a modernização dos meios de transporte de longa distância, impulsionaram ainda mais a produção e distribuição de mercadorias, consolidando a sociedade de consumo massificada. Vide: LIPOVETSKY, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. Trad. Mário Vilela. São Paulo: Editora Barcarolla, 2004, p. 24.

³⁸⁸ Paulo Valério Dal Pai Moraes que a contratação de massa traz novos desafios ao consumidor, uma vez que se utilizam de tecnicismos, de cláusulas complexas e predispostas, por vezes gerais e contraditórias, apresentando, em determinadas situações, cláusulas abusivas, entre outros fatores de riscos. Assim: MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais – interpretação sistemática do direito*. 3.^a ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009, p. 245 e ss.

inferioridade frente ao seu parceiro comercial³⁸⁹, que subjaz o reconhecimento de sua vulnerabilidade e a necessidade de sua proteção³⁹⁰.

O recrudescimento do movimento consumerista atingiu seu ápice em 15 de março de 1962, no discurso do então presidente dos Estados Unidos, John Kennedy³⁹¹, em que asseverou a necessidade de proteção do maior grupo da economia, os consumidores, que não era organizado e frequentemente não ouvido. No referido pronunciamento ao Congresso americano, o Presidente Kennedy elencou quatro direitos básicos desta parcela vulnerável do mercado econômico, que seriam o direito à segurança – “the right to safety”, o direito à informação – “the right to be informed”, o direito de escolha – “the right to choose” – e o direito de ser ouvido – “the right to be heard”, que deveriam ser promovidos por meio de programas governamentais e pela criação de legislação específica para a proteção do consumidor.

Por seu turno, a Organização das Nações Unidas, com a promulgação da Resolução n.º 39/238, de 1985³⁹², ao proclamar o direito do consumidor como um direito humano de nova geração, conclamou que os governos instituíssem políticas consistentes de proteção dos consumidores, a fim de garantir a isonomia de tratamento e proteção destes vulneráveis nas relações jurídicas mantidas com empresários e empresas, como a proteção à saúde e à segurança; fomento e proteção dos interesses econômicos do consumidor; fornecimento de informações adequadas para possibilitar escolhas acertadas; educação do consumidor.³⁹³

³⁸⁹ Jean-Pascal Chazal refere que a vulnerabilidade entre o consumidor e o fornecedor é caracterizada por um desequilíbrio, em que o consumidor ocupa uma posição de inferioridade. Assim: CHAZAL, Jean-Pascal. *Vulnérabilité et droit de la consommation*. In: COHET-CORDEY, Frédérique (org.). *Vulnérabilité et droit: le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*. Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble, 2000, p. 249 e ss.

³⁹⁰ Adolfo Mamoru Nishiyama refere que o consumidor, ao ser atingido pela expansão produtiva, acarretou a busca cada vez maior de satisfação de suas necessidades e de seus desejos de adquirir os novos produtos e serviços lançados no mercado de consumo, o que o tornou cada vez mais frágil. In: NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A proteção constitucional do consumidor*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p. 25.

³⁹¹ KENNEDY, John Fitzgerald. Special Message on Protecting the Consumer Interest. Disponível em: <<http://www.ifklibrary.org/Asset-Viewer/Archives/JFKPOF-037-028.aspx>>. Acesso em: 13 de mar. 2017.

³⁹² Esta resolução está disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/39/a39r248.htm>>. Acesso em: 13 de mar. 2017.

³⁹³ Veja: BESSA, Leonardo Rescoe. *A aplicação do Código de Defesa do Consumidor: análise crítica da relação de consumo*. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2007, p. 31.

No âmbito brasileiro, a elevação do consumidor como sujeito de direitos e garantias fundamentais (direito humano de nova geração) somente ocorreu com a promulgação da Constituição Federal de 1988, nos termos de seus artigos 5.º, XXXII, e 170, V, sendo determinada pelo legislador constituinte a elaboração do Código de Defesa do Consumidor, conforme dispôs o artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. A Carta Maior brasileira incluiu a defesa do consumidor como princípio geral da atividade econômica e, conseqüentemente, do direito privado, devendo o contrato ser interpretado de forma teleológica, protegendo o mais fraco na sociedade de consumo, e em conformidade com a Constituição³⁹⁴.

O legislador constituinte na Carta brasileira de 1988, em observância às preocupações sociais e jurídicas do mundo pós-moderno, instituiu como um dever do Estado a proteção do consumidor.³⁹⁵

Nesse sentido, os consumidores, por mandamento constitucional do artigo 5.º, inciso XXXII, da Carta Magna de 1988³⁹⁶ e do artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias³⁹⁷, foram identificados como agentes fragilizados no mercado de consumo, que deveriam ser necessariamente protegidos de forma especial pelo Estado³⁹⁸ e tutelados por um microsistema próprio, como forma de promover seus direitos. Esta proteção foi materializada com a edição da Lei n.º 8.078/90, denominado de Código de Defesa do Consumidor³⁹⁹. Inaugurou-se, assim, um microsistema, de ordem pública e

³⁹⁴ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 260-261.

³⁹⁵ PASQUALOTTO, Adalberto. Defesa do consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima (org); MIRAGEM, Bruno (org.). *Direito do consumidor: fundamentos do direito do consumidor*, v. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 25.

³⁹⁶ Art. 5.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

³⁹⁷ Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.

³⁹⁸ Veja: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo Direito Privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 153.

³⁹⁹ Antônio Herman Benjamim, Claudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa aduzem que: "O direito do consumidor seria, assim, o conjunto de normas e princípios especiais que visam cumprir com este triplo mandamento constitucional: 1) de promover a defesa dos consumidores (art. 5.º, XXXII, da Constituição Federal de 1988: 'O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor'); 2) de observar e assegurar como princípio geral da atividade econômica, como princípio imperativo da ordem econômica constitucional, a necessária 'defesa' do sujeito de direitos 'consumidor' (art. 170 da Constituição Federal de 1988: 'A ordem

interesse social, nos termos de seu artigo 1.º, composto por normas cogentes, voltado para disciplinar as relações contratuais entre fornecedores e consumidores⁴⁰⁰.

O precitado diploma infraconstitucional, em seu artigo 4.º, trouxe um arcabouço de princípios que regem a Política Nacional das Relações de Consumo, os quais explicam como a lei consumerista pretende atender às necessidades básicas do consumidor de respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria de sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo. Dentre estes princípios, reconheceu-se a desigualdade da relação entre consumidores e fornecedores, através da vulnerabilidade do consumidor, base indispensável para todo o microsistema, possuindo presunção legal absoluta, nos termos do inciso I, do artigo 4.º do CDC⁴⁰¹.

O consumidor é considerado como um agente vulnerável no mercado por não deter o poder de direção da relação de consumo, estando exposto a práticas comerciais do fornecedor que o colocam em situação de ser potencialmente ofendido, seja no sentido físico, psíquico ou econômico do termo⁴⁰². Nesse sentido, Jean-Pascal Chazal⁴⁰³ preceitua que a proteção

econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) V – defesa do consumidor; [...] e 3) de sistematizar e ordenar esta tutela especial infraconstitucionalmente através de um Código (microcodificação), que reúna e organize as normas tutelares, de direito privado e público, com base na idéia de proteção do sujeito de direitos (e não da relação de consumo ou do mercado de consumo), um código de proteção e defesa do ‘consumidor’ (art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988: ‘O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor’).” (BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 2.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 27).

⁴⁰⁰ Conforme as lições de Ronaldo Porto Macedo Júnior: “A proteção do consumidor pode ser vista como um mecanismo para o fortalecimento da segurança nas transações de mercado e fornecer fontes para o desenvolvimento de normas sociais de confiança e certeza”. (MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Globalização e direito do consumidor*. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 32/1999, p. 45-54, out./dez., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 302).

⁴⁰¹ Veja: PASQUALOTTO, Adalberto. *Conceitos fundamentais do Código de Defesa do Consumidor*. *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*, v. 1, p. 63-73, abr. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

⁴⁰² CANTO, Rodrigo Eidelvein do. *A vulnerabilidade dos consumidores no comércio eletrônico: reconstrução da confiança na atualização do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 66.

⁴⁰³ CHAZAL, Jean-Pascal. *Vulnerabilité et droit de la consommation*. In: COHET-CORDEY, Frédérique (org.). *Vulnerabilité et droit: le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*. Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble, 2000, p. 244.

conferida por lei ao consumidor não se deve ao fato de ser sistematicamente ofendido, mas sim por ser suscetível a sê-lo, por se defender mal e por não estar bem armado para fazê-lo frente ao fornecedor.

Deste modo, a inferioridade de poder e de conhecimento do consumidor resulta no desequilíbrio estrutural nas relações entre fornecedores e consumidores, abrindo caminho para abusos e injustiças, que justificam as intervenções corretivas do legislador, que buscam proteger o mais fraco na relação de consumo.⁴⁰⁴ Por esta razão, a vulnerabilidade do consumidor não decorre de sua incapacidade ou semidebilidade para realizar negócios jurídicos⁴⁰⁵, porquanto não está relacionado aos fatores intrínsecos a estes. A sua vulnerabilidade é vislumbrada quando este é confrontado em uma relação contratual/negocial existente com um fornecedor/profissional⁴⁰⁶, resultando em um estado inerente de risco.

Conforme aponta Claudia Lima Marques⁴⁰⁷, a vulnerabilidade do consumidor pode ser compreendida sob quatro aspectos⁴⁰⁸, que facilitam a

⁴⁰⁴ Sobre este ponto Gilles Paisant leciona que: “C’est donc une infériorité de pouvoir et de connaissances, cause d’inaptitude à la négociation contractuelle et source de vulnérabilité, qui explique ce déséquilibre structurel dans la relations professionnel-consommateur. Une telle situation, ouvrant la voie aux abus et aux injustices et, par voie de conséquence, génératrice de résignations, de frustrations, de mécontentements, voire d’exaspérations, ne saurait prospérer sans risques pour la cohésion sociale dans une société de consommation de masse. Elle justifie donc les interventions correctrices spécifiques du législateur ans la mesure où, pas plus que le droit de la concurrence, les règles du droit commun ne seraient de nature à y apporter un remède adéquat. Protéger le consommateur, c’est protéger un faible”. (PAISANT, Gilles. *Défense et illustration du droit de la consommation*. Paris: LexisNexis, 2015, p. 41).

⁴⁰⁵ Veja: LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 141 e ss.

⁴⁰⁶ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 321 e ss.

⁴⁰⁷ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo Direito Privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 154-161.

⁴⁰⁸ Paulo Valério Dal Pai Moraes assina, também, que a vulnerabilidade do consumidor pode ser observada pela vulnerabilidade política ou legislativa, vulnerabilidade biológica ou psíquica e a vulnerabilidade ambiental. A primeira diz respeito a fraqueza do consumidor em ver aprovadas leis favoráveis aos seus interesses frente ao *lobby* dos fornecedores nas casas parlamentares. A segunda revela-se frente às técnicas de sofisticadas de *marketing* dos fornecedores que influenciam de sobremaneira a decisão dos consumidores em adquirir produtos e serviços. A terceira e última está associada aos danos reflexos ao direito à vida, à saúde e segurança do consumidor, em razão da grande quantidade de bens e serviços fornecidos no mercado de consumo que trazem riscos de danos ao meio ambiente. Assim: MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais – interpretação sistemática do direito*. 3.^a ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009, p. 185 e ss. Veja também: SCHMITT, Cristiano Heineck; BARBOSA, Fernanda Nunes. *Cadernos de Direito do Consumidor: parte geral*. Porto Alegre: Escola Superior de Defesa do Consumidor do Estado do Rio Grande do Sul – Procon-RS, 2010, p. 13-14.

verificação desta disparidade relacional entre consumidor-fornecedor, quais sejam: a) vulnerabilidade técnica; b) vulnerabilidade jurídica ou científica; c) vulnerabilidade fática ou socioeconômica; d) vulnerabilidade informacional.

A vulnerabilidade técnica do consumidor corresponde à ausência de conhecimento especializado acerca dos produtos e serviços que está contratando, apresentando apenas uma visão leiga sobre estes⁴⁰⁹. De tal modo, o consumidor está sujeito às informações prestadas pelo fornecedor de produtos e serviços, que se presume e exige-se que possua conhecimentos específicos sobre os bens da vida colocados no mercado de consumo.⁴¹⁰

A vulnerabilidade jurídica ou científica representa a carência de conhecimento jurídico específico, estendendo-se a conhecimentos de contabilidade ou de economia.⁴¹¹ Refere-se que a vulnerabilidade jurídica pode ser observada tanto em um momento pré-processual, em que o consumidor desconhece os direitos e deveres decorrentes da relação de consumo, apenas aderindo a um contrato com cláusulas pré-estabelecidas; quanto durante o conflito perante o judiciário, em que os fornecedores se notabilizam por serem litigantes habituais, uma vez que possuem relações jurídicas plúrimas, possuindo, muitas vezes, setores jurídicos próprios para cuidar das demandas judiciais⁴¹².

Já a vulnerabilidade fática, representa uma espécie ampla, que possibilita o reconhecimento de diversas situações de debilidade do consumidor. Esta vulnerabilidade, comumente, decorre do desequilíbrio socioeconômico na relação fornecedor-consumidor, na qual o primeiro possui um grande poder econômico, impondo-se a sua superioridade em relação ao

⁴⁰⁹ Luiz Antônio Rizzato Nunes aduz que o fornecedor possui o monopólio das informações relacionadas aos meios de produção, tanto no aspecto técnico-administrativo, relacionado à fabricação de produtos e prestação de serviços, mas também é o fornecedor que escolhe o que, quando e de que maneira produzir bens e serviços, estando o consumidor à mercê daquilo que é produzido. Assim: NUNES, Rizzato. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 8.^a ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015, p. 202.

⁴¹⁰ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 129.

⁴¹¹ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo Direito Privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 155.

⁴¹² PASQUALOTTO, Adalberto. *Conceitos fundamentais do Código de Defesa do Consumidor. Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*, v. 1, p. 63-73, abr. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 65.

consumidor, muitas vezes, hipossuficiente, em razão de sua posição de monopólio, fático ou jurídico⁴¹³.

Menciona-se, quanto à vulnerabilidade informacional, que esta decorre do *déficit* informacional que o consumidor apresenta frente ao fornecedor especialista, que manipula e controla toda a informação sobre o produto ou serviço que chegará ao consumidor, fornecendo uma informação direcionada e parcial à parte mais fraca da relação de consumo⁴¹⁴. Entretanto, Claudia Lima Marques e Bruno Miragem⁴¹⁵ apontam que nos tempos atuais a informação não é faltante, mas abundante, sendo fornecida, em muitas situações, de forma desnecessária, o que dificulta o esclarecimento do consumidor.

Destarte, o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor representa um importante mecanismo que possibilita a sua proteção, sendo este paradigma guiado pelos valores, regras e princípios que emanam da ordem constitucional, uma vez que auxiliam a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana⁴¹⁶ e a proteção integral de sua personalidade. Sendo assim, aponta-se que a concepção do contrato de plano privado de assistência à saúde como um contrato de consumo possui extrema relevância social, uma vez que possibilita reequilibrar a relação jurídica entre partes desiguais, diante da vulnerabilidade do consumidor, harmonizando os interesses dos participantes da relação contratual frente aos inúmeros riscos que vigoram na sociedade de consumo.

Há que se ter em mente que, nas relações sociais, os indivíduos podem se enquadrar em mais de um grupo de vulnerabilidade. Refere-se, portanto, que a vulnerabilidade pode ser cumulável, como é o caso do consumidor-idoso,

⁴¹³ Vide: SCHMITT, Cristiano Heineck. *Consumidores hipervulneráveis: a proteção do idoso no mercado de consumo*. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 210-211.

⁴¹⁴ Alain Bazot aponta que o consumidor nada mais tem do que uma percepção individual e parcial sobre um produto ou serviço, uma vez que recebe uma informação direcionada e lacunosa, sendo reduzida a sua capacidade de ação, em um misto de ignorância combinada com impotência. Assim: BAZOT, Alain. *Consommateur si tu savais...* Paris: Plot, 2007, p. 14.

⁴¹⁵ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo Direito Privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 158.

⁴¹⁶ Leonardo Rescoe Bessa refere que: "O consumidor está, sob diversos enfoques, em visível situação de fragilidade – vulnerabilidade – no mercado de consumo, não apenas – ressalte-se – em relação a interesses patrimoniais, mas também, e com maior intensidade, em seus interesses existenciais (decorrentes de sua dignidade)". (BESSA, Leonardo Rescoe. *A aplicação do Código de Defesa do Consumidor: análise crítica da relação de consumo*. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2007, p. 30).

devendo, desta feita, receber um tratamento diferenciado no direito, pois a sua dupla vulnerabilidade agrava a sua condição de risco nas relações de consumo, como se verá no ponto subsequente, principalmente nos planos privados de assistência à saúde.

3 A VULNERABILIDADE AGRAVADA DO CONSUMIDOR-IDOSO E A SUA TUTELA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

O envelhecimento populacional como fenômeno não é algo novo⁴¹⁷. Os povos sempre observaram os efeitos do passar do tempo de seus membros nas mais diversas fases da vida, sendo esta uma consequência do desenvolvimento e, propriamente, da condição humana⁴¹⁸. Contudo, até a primeira metade do século XIX, a denominada velhice e sua representação não ocupavam o imaginário social, uma vez que poucas pessoas conseguiam alcançar a terceira idade, principalmente em razão da carência de estrutura sanitária adequada, a falta de desenvolvimento médico-tecnológico e a existência de condições insalubres. Estes fatores impossibilitavam a longevidade do ser humano. Desta forma, a idade avançada do ser humano era analisada apenas sob o seu aspecto biológico.⁴¹⁹

A partir da segunda metade do XIX, com a consolidação do processo de industrialização dos povos ocidentais e o desenvolvimento do capitalismo, ocorreram inúmeros avanços tecnológicos, especialmente relacionadas as melhorias de condições de vida nas cidades⁴²⁰ e o desenvolvimento de novos medicamentos e vacinas capazes de combater as doenças que dizimavam as populações na época⁴²¹. Despontaram, deste modo, condições básicas e

⁴¹⁷ Ligia Py refere que o envelhecimento e a morte são preocupações do homem desde seus primórdios, no entanto, ganham cada vez mais relevância nos tempos atuais, em que cada vez mais se transgride o padrão vigente da cronologia das idades. Assim: PY, Ligia. *A velhice nos arredores da morte: a interdependência na relação entre idosos e seus familiares*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004, p. 40-41.

⁴¹⁸ Virgílio Garcia Moreira salienta que a preocupação com o envelhecimento pode ser observada na mitologia, principalmente com as histórias relacionadas à fonte da juventude. Na mitologia suméria, entre 2800-2500 AC, conta-se a história de Gilgamesh, um rei sumério, que ao verificar a sua condição de mortalidade, lança-se ao mar em busca de uma planta marítima que lhe conferiria a imortalidade e o retorno à sua tenra idade. Na Grécia antiga, Tithynos se apaixona por Aurora, filha de Zeus. Ao solicitar ao pai de sua amada a imortalidade, Zeus confere este pedido ao Tithynos, que recebe a imortalidade, mas não a juventude eterna, sofrendo com os inúmeros problemas advindos da idade avançada. Veja: MOREIRA, Virgílio Garcia. *Biologia do envelhecimento*. In: FREITAS, Elizabete Viana de; PY, Ligia; GORZONI, Milton Luiz; DOLL, Johannes, CANÇADO, Flávio Aluizio Xavier. *Tratado de geriatria e gerontologia*. 4.ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2016, p. 14.

⁴¹⁹ RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. *Curso de direito do idoso*. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 21-22.

⁴²⁰ Assim: ROCHE, Daniel. *História das coisas banais: nascimento do consumo nas sociedades do século XVII ao XIX*. Trad. Ana Maria Scherer. Rio de Janeiro: Rocco, 2000, p. 208.

⁴²¹ Conforme já referido neste trabalho, a rápida urbanização ocorrida no século XIX trouxe para o debate político a necessidade de proteção da saúde dos trabalhadores. A doença

necessárias para o desenvolvimento biopsicológico e social do ser humano. Estes avanços permitiram o envelhecimento dos indivíduos até idades mais longevas.

Sendo assim, nas últimas décadas, o processo de envelhecimento social tornou-se uma realidade ainda mais presente, consubstanciando-se em uma conquista das sociedades contemporâneas e um novo paradigma demográfico⁴²². O avanço tecnológico, aliado a novas práticas médicas, resultaram no prolongamento da vida⁴²³, na diminuição de doenças e, conseqüentemente, na queda da mortalidade em todas as faixas etárias⁴²⁴. Desta forma, nos tempos atuais o envelhecimento da população é um fenômeno cada vez mais atual, consistente e progressivo⁴²⁵.

Esse processo pode ser observado na mudança da fotografia da população brasileira nas últimas décadas e na sua projeção para o futuro. Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE⁴²⁶, em 2000, o número de indivíduos brasileiros com mais de 60 anos de idade

passou a ser identificada como fator de prejuízo ao capitalismo, tendo em vista que o trabalhador enfermo não conseguia produzir, ou se produzia, o fazia em menor escala. Dessa forma, passou-se cada vez mais a se preocupar e melhorar com as condições de vida dos cidadãos.

⁴²² CARAMANO, Ana Amélia. Política de cuidados para a população idosa: necessidades, contradições e resistências. In: FREITAS, Elizabete Viana de; PY, Ligia; GORZONI, Milton Luiz; DOLL, Johannes, CANÇADO, Flávio Aluizio Xavier. *Tratado de geriatria e gerontologia*. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2016, p.1237.

⁴²³ Norbert Elias salienta que o progresso no conhecimento biológico tornou possível elevar consideravelmente a expectativa de vida dos indivíduos. Todavia, em que pese o ser humano tente prolongar o máximo a vida e aliviar as dores do envelhecimento, este progresso é incapaz de eliminar a morte, que representa a limitação de seu poder do homem sobre a natureza. Assim: ELIAS, Norbert. *A solidão dos moribundos, seguido de, Envelhecer e morrer*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Editora Jorge Zahar, 2001, p. 90.

⁴²⁴ Assim: BORGES, Gabriel Mendes; CAMPOS, Marden Barbosa de; CASTRO E SILVA, Luciano Gonçalves de. Transição da estrutura etária no Brasil: oportunidades e desafios para a sociedade nas próximas décadas. In: ERVATI, Leila Regina (org.); BORGES, Gabriel Mendes (org.); JARDIM, Antonio de Ponte (org.). *Mudança demográfica no Brasil no Início do século XXI: subsídios para as projeções da população*. Rio de Janeiro: Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, 2015, p. 138 e ss.

⁴²⁵ O aumento do número de idosos em todo mundo exerceu uma pressão passiva para o desenvolvimento de uma ciência própria, denominada de Gerontologia (“géron” – velho, ancião – e “logia” – estudo), cujo objetivo é compreender as determinantes das condições de saúde e de vida dos idosos e, também, conhecer os diversos aspectos que envolvem a velhice e o processo de envelhecimento. Sobre a evolução histórica da Gerontologia, veja: PAPALÉO NETTO, Matheus. Estudo da velhice: histórico, definição do campo e termos básicos. In: FREITAS, Elizabete Viana de; PY, Ligia; GORZONI, Milton Luiz; DOLL, Johannes, CANÇADO, Flávio Aluizio Xavier. *Tratado de geriatria e gerontologia*. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2016, p. 3-7.

⁴²⁶ Informações retiradas do site do Instituto de Geografia e Estatística. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/projecao_da_populacao/2013/default_tab.shtm>. Acesso em: 13 de mar. 2017.

correspondia a 14 milhões. Em 2013, a população com mais de 60 anos de idade correspondia a 22 milhões de brasileiros e, segundo projeções deste instituto, em 2060, a população brasileira com mais de 60 anos de idades representará mais de 70 milhões de pessoas.

O envelhecimento populacional analisado como um fenômeno social é compreendido pelo aumento da participação de idosos no número total de indivíduos pertencentes a uma determinada faixa etária da população, sendo acompanhado pelo aumento da idade média desta⁴²⁷. Em termos demográficos, este processo representa o aumento da taxa de crescimento, de forma constante e prolongada, da população idosa em comparação com as da população mais jovem. Logo, este processo difere-se do envelhecimento individual, que corresponde ao aumento de idade do particularmente considerado, representando uma situação irreversível, natural e pessoal.⁴²⁸

O processo de envelhecimento do ser humano pode ser compreendido a partir da metáfora da escada da vida⁴²⁹. Como se sabe, o desenvolvimento humano é único e indivisível⁴³⁰, iniciando-se com a concepção e terminando com a morte. Cada novo ano de sua vida o homem sobe um degrau, galgando anualmente um a um até ultrapassar o marco de sessenta anos e chegar a denominada terceira idade. Entretanto, esta escada não se apresenta igual para todos, possuindo diversas formas, tamanhos e extensões, de acordo com o estilo de vida, a saúde e as características pessoais de cada indivíduo. Por sua vez, a escada dos idosos apresenta-se mais longa que a dos mais jovens,

⁴²⁷ Assinala-se, porém, que o envelhecimento não se reduz à quantidade de velhos existentes nas sociedades atuais. Este fenômeno é muito mais complexo do que uma questão numérica, devendo ser analisado com muita cautela. Veja: RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. *Curso de direito do idoso*. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 21.

⁴²⁸ CARAMANO, Ana Amélia; KANSO, Solange. Envelhecimento da população brasileira: uma contribuição demográfica. In: FREITAS, Elizabete Viana de; PY, Lígia; GORZONI, Milton Luiz; DOLL, Johannes, CANÇADO, Flávio Aluizio Xavier. *Tratado de geriatria e gerontologia*. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2016, p. 53.

⁴²⁹ Esta figura de linguagem é utilizada por: GRINBERG, Abraão; GRINBERG, Bertha. *A arte de envelhecer com sabedoria*. São Paulo: Editora Nobel, 1999, p. 19 e ss.

⁴³⁰ Veja também: CASUCCI, Maria Antonietta. Psicogerontologia: attualità e nuove propettive. In: In: URBANI, Giuliano; BOBBIO, Norberto; CAPUANI, Gian Maria; et. al. *L'anziano attivo: proposte e riflessioni per la terza e la quarta età*. Torino: Edizione dela Fondazione Giovanni Agnelli, 1991, p. 54 e ss.

pelo elevado número de degraus percorridos, revelando-se, por vezes, com degraus irregulares, incômodos e desnivelados, por inúmeros fatores⁴³¹.

Simone de Beauvoir⁴³², em sua obra clássica “A velhice”, refere que o avançar da idade traz inúmeros problemas aos idosos, uma vez que estes apresentam uma fragilidade física e uma deserção da sociedade, que ensejam graves repercussões sobre o seu estado mental, seja diretamente, através da deterioração orgânica que resulta disso, seja indiretamente, por meio de sua situação existencial e sua condição sexual, sendo estes fatores propícios para o desenvolvimento de neuroses e das psicoses.

Aponta-se, todavia, que o envelhecimento deve ser compreendido como um processo natural do ser humano, de continuidade da vida, em que se verificam modificações morfológicas, funcionais, bioquímicas e psicológicas de um indivíduo⁴³³, sendo a velhice a terceira e última etapa da vida, caracterizada comumente pela: a) redução da capacidade funcional; b) calvície; c) embranquecimento dos cabelos; d) redução da capacidade de trabalho e de resistência; e) perda do papel social, f) do desenvolvimento de solidão; g) perdas motoras, psicológicas e afetivas, entre outros fatores⁴³⁴. Deste modo, o velho ou idoso, é o resultado final do processo de envelhecimento, consistindo no indivíduo que ocupa a última fase da vida e, devido à fragilidade inerente a esta, merece ser acolhido e receber tutela específica para que continue a

⁴³¹ Envelhecer é um processo com duas ideias antagônicas e complementares. Se por um lado há a diminuição e o enfraquecimento biofísico do ser humano, por outro lado há o acréscimo e a maturação através do implemento da idade.

⁴³² BEAUVOIR, Simone de. *A velhice*. Trad. Maria Helena Franco Martins. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1990, p. 603-604.

⁴³³ No mesmo sentido, Maria Antonietta Casucci refere que o termo envelhecimento designa o processo que implica na modificação do ser vivo entre o período de sua gestação até a sua morte. Por sua vez, o envelhecimento como sinônimo de senescência indica o complexo de modificações estruturais e funcionais do indivíduo com o progresso da idade. Assim: CASUCCI, Maria Antonietta. Psicogerontologia: attualità e nuove propettive. In: URBANI, Giuliano; BOBBIO, Norberto; CAPUANI, Gian Maria; et. al. *L'anziano attivo: proposte e riflessioni per la terza e la quarta età*. Torino: Edizione dela Fondazione Giovanni Agnelli, 1991, p. 53.

⁴³⁴ Fausto Meloni aponta, ainda, como problemas sociais enfrentados na velhice: “Solitudine, abbandono, indigenza, malattia, rifiuto e altri fattori negativi”. (MELLONI, Fausto. *L'anziano come risorsa sociale: il volontariato dopo la pensione*. In: URBANI, Giuliano; BOBBIO, Norberto; CAPUANI, Gian Maria; et. al. *L'anziano attivo: proposte e riflessioni per la terza e la quarta età*. Torino: Edizione dela Fondazione Giovanni Agnelli, 1991, p. 33).

desenvolver as suas potencialidades, mesmo diante das limitações ocasionadas pelo passar do tempo.⁴³⁵

Segundo Norberto Bobbio⁴³⁶, a velhice pode ser apresentada sob três aspectos: a) cronológico; b) burocrático; e c) psicológico ou subjetivo.

O primeiro constitui critério meramente temporal e formal, em que se determina, social e legalmente, que todos os indivíduos que atingirem uma determinada idade, serão considerados como idosos. Por sua vez, o segundo aspecto corresponde ao momento em que o indivíduo passa a acessar benefícios sociais, como a aposentadoria por idade e a previdência privada, bem como o acesso gratuito ao transporte público, isenções fiscais, entre outros auxílios. Por fim, o terceiro enfoque é representado pelo sentir de cada um, motivo pelo qual possui uma complexidade maior, não dispondo de parâmetros estabelecidos para sua identificação, tendo em vista que cada indivíduo possui uma percepção diferente de sua condição e de seu envelhecimento.

O sociólogo alemão, Norbert Elias⁴³⁷, aponta que, comumente, os grupos de “idade normal” – representados por aqueles que não são velhos, têm dificuldade de se colocar no lugar dos idosos, principalmente porque não vivenciaram os problemas que surgem com o avançar da idade. Isto ocorre em razão da dificuldade de imaginar que o nosso corpo, na plenitude de suas funções, possa ficar vagaroso, cansado e desajeitado. Esta complexidade faz com que os anciões fiquem cada vez mais sozinhos e incompreendidos. Assim, em que pese o fenômeno do envelhecimento seja amplamente estudado, é apenas parcialmente compreendido.

Neste sentido, o processo de envelhecimento traz algumas implicações na vida dos idosos, que os levam, constantemente, a serem marginalizados

⁴³⁵ Matheus Papaléo Netto aponta que as manifestações características da velhice são facilmente verificáveis na plenitude da velhice, entretanto, difíceis de precisar quando começam a ocorrer, para que se possa determinar o início da velhice. *Vide*: PAPALÉO NETTO, Matheus. Estudo da velhice: histórico, definição do campo e termos básicos. In: FREITAS, Elizabete Viana de; PY, Ligia; GORZONI, Milton Luiz; DOLL, Johannes, CANÇADO, Flávio Aluizio Xavier. *Tratado de geriatria e gerontologia*. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2016, p. 11.

⁴³⁶ BOBBIO, Norberto. *O tempo da memória: de senectude e outros escritos autobiográficos*. Trad. Daniela Versiani. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1997, p. 18.

⁴³⁷ ELIAS, Norbert. *A solidão dos moribundos, seguido de, Envelhecer e morrer*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Editora Jorge Zahar, 2001, p. 80.

nas relações sociais e econômicas⁴³⁸. O homem, após deixar a sua atividade laboral, adquire uma nova condição, perdendo espaço e o protagonismo no meio social. Isto ocorre porque para a sociedade a produção laborativa possui extrema relevância, sendo considerada um “status”, de modo que deixar de trabalhar induz a perda de prestígio, pois os idosos deixam de contribuir para a economia e para produção de bens e serviços, dependendo cada vez mais do auxílio da família e de benefícios provenientes do Estado, situações estas que refletem em sua condição humana.⁴³⁹

Assim, se por um lado o aumento da expectativa de vida é uma grande conquista da humanidade, o envelhecimento populacional por vezes é visto por determinados setores da sociedade, do Governo e da economia como um peso para a previdência social e para os serviços de saúde. Contudo, esta visão desprovida de fundamentos e de razoabilidade, tendo em vista que os idosos contribuíram para ter uma renda na velhice e os serviços destinados a este grupo social geram inúmeros empregos e movimentam a economia. Não devemos esquecer que os jovens de hoje, salvo melhor juízo, serão os idosos do amanhã.

Deste modo, estudar e compreender o processo de envelhecimento do ser humano possibilita reconhecer a sua vulnerabilidade social, jurídica e econômica, especialmente no mercado de consumo, algo cada vez mais necessário em uma sociedade altamente desenvolvida e plural, em que as relações são dinâmicas, complexas e, por vezes, duradouras. Antes de analisar

⁴³⁸ Paulo Roberto Barbosa Ramos refere que ao identificar a velhice como um problema social, associou-se este fenômeno a noção de decadência, motivo pelo qual o Estado, a sociedade e a família não foram capazes de tratar esta questão social tão relevante. Assim: RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. *Curso de direito do idoso*. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 25 e ss.

⁴³⁹ Antonio Golini e Agostino Lori lecionam que: “Anziani, come gruppo marginale che ha smesso di contribuire all’economia e alla produzione, che ha perduto molto del suo ruolo sociale, che è diventato dipendente dagli altri e dallo Stato, sono sempre più frequentemente rimessi in discussione da economisti, sociologi, gerontologi per il modo diverso in cui si arriva alla vecchiaia e la si vive (o la si dovrebbe vivere). Essi comunque sono dannosi non solo per l’accettazione dell’anziano come membro a pieno titolo dell’intera comunità, ma anche per una rivalutazione dell’immagine e della considerazione che l’anziano ha di se stesso.”. (GOLINI, Antonio; LORI, Agostino. L’invecchiamento della popolazione italiana. In: URBANI, Giuliano; BOBBIO, Norberto; CAPUANI, Gian Maria; et. al. *L’anziano attivo: proposte e riflessioni per la terza e la quarta età*. Torino: Edizione della Fondazione Giovanni Agnelli, 1991, p. 99). Veja também: CASUCCI, Maria Antonietta. Psicogerontologia: attualità e nuove prospettive. In: URBANI, Giuliano; BOBBIO, Norberto; CAPUANI, Gian Maria; et. al. *L’anziano attivo: proposte e riflessioni per la terza e la quarta età*. Torino: Edizione della Fondazione Giovanni Agnelli, 1991, p. 55)

a tutela do consumidor-idoso no mercado de saúde suplementar, faz-se necessário tecer algumas considerações sobre a vulnerabilidade agravada nas relações jurídico-contratuais e quais são os métodos que devem ser utilizados para a sua proteção no campo dos planos privados de assistência à saúde.

3.1 A CATEGORIA JURÍDICA DO CONSUMIDOR-IDOSO E A SUA VULNERABILIDADE AGRAVADA

Compreender a existência da vulnerabilidade do idoso impõe à família, ao Estado e à sociedade⁴⁴⁰ o dever e a necessidade de tutelar e proteger os seus interesses, reduzindo os riscos que a diminuição de suas funções biopsicológicas podem trazer, assegurando a sua participação e inserção na sociedade. Assim, entender o processo de envelhecimento como algo natural e que traz algumas limitações psicofísicas aos idosos revela a necessidade de atenção e cuidado aos idosos, para que seus processos relacionais sejam mantidos coesos⁴⁴¹.

A família é o ponto de partida da proteção do idoso. É onde os cuidados básicos podem ser providenciados⁴⁴². O carinho, a atenção e o cuidado daqueles que são próximos reduzem os sofrimentos que o avançar da idade podem trazer. Desta feita, prioriza-se o atendimento do idoso por sua família, como forma de efetivar o seu direito à vida, à cidadania, à dignidade e ao respeito, em detrimento do atendimento asilar, nos termos do inciso V do artigo

⁴⁴⁰ Conforme já referido, o artigo 230 da Constituição Federal prevê: “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.”.

⁴⁴¹ Neste sentido é o apontamento feito por Claudia Martin, Diego Rodríguez-Piazón e Bethany Brown: “Aging should be viewed as part of life course, and not as a condition apart from the rest of society”. (MARTIN, Claudia. RODRÍGUEZ-PINZÓN, Diego. BROWN, Bethany. *Human rights of older people: universal and regional legal perspectives. (Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice*; 45). Dordrecht: Springer, 2015, p. 123-124).

⁴⁴² A família é o porto seguro dos idosos. No Brasil, mais de 90% dos indivíduos com mais de 60 anos moram com algum familiar (filhos, netos ou outros parentes) e, em pelo menos, 28% dos lares brasileiros apresentam pelo menos uma pessoa idosa. Nesse sentido: MINAYO, Maria Cecília de Souza. Violência contra a pessoa idosa: castigo do corpo e mortificação do eu. In: FREITAS, Elizabete Viana de; PY, Ligia; GORZONI, Milton Luiz; DOLL, Johannes, CANÇADO, Flávio Aluizio Xavier. *Tratado de geriatria e gerontologia*. 4.ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2016, p. 1329.

3.º do Estatuto do Idoso⁴⁴³. É na família que tudo principia, buscando-se estabelecer uma solidariedade entre gerações⁴⁴⁴, como forma de garantir as condições mínimas dos direitos dos idosos⁴⁴⁵.

Entretanto, esta relação de dependência dos idosos, por vezes trazem transtornos para os seus familiares⁴⁴⁶. Alguns são obrigados a abandonar os seus afazeres para atender o parente que necessita de cuidados. Esta incumbência, quase como uma forma de sacrifício, desequilibra emocionalmente o responsável pelo cuidado, podendo gerar conflitos e, em casos extremos, maus-tratos físicos, abuso psicológico, abandono e desinteresse pela pessoa do idoso.⁴⁴⁷

⁴⁴³ O aludido artigo e inciso preveem: “Art. 3.º É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária. [...] V – priorização do atendimento do idoso por sua própria família, em detrimento do atendimento asilar, exceto dos que não a possuem ou careçam de condições de manutenção da própria sobrevivência.

⁴⁴⁴ Ana Amélia Caramano, Solange Kanso, Juliana Leitão e Mello e Maria Tereza Pasinato destacam que: “família é vista como a fonte de apoio informal mais direta para a população idosa. Em muitos países, aparece como a única alternativa de apoio. Isso tem se verificado tanto pela co-residência como pela transferência de bens e recursos financeiros. Os seus membros se ajudam na busca do alcance do bem-estar coletivo, constituindo um espaço de “conflito cooperativo” onde se cruzam as diferenças por gênero e intergeracionais. Daí surge uma gama variada de arranjos familiares.”. (CARAMANO, Ana Amélia; KANSO, Solange; MELLO, Juliana Leitão e; PASINATO, Maria Tereza. Famílias: espaço de compartilhamento de recursos e vulnerabilidades. In: CARAMANO, Ana Amélia (org.). *Os novos idosos brasileiros: muito além dos 60?* Rio de Janeiro: IPEA, 2004, p. 137). Deve ser apontado, ainda, que a família se constitui em espaço comunitário por excelência para realização de uma existência digna e da vida em comunhão com as outras pessoas, em que devem ser concretizados os interesses de cada pessoa humana, principalmente os mais frágeis – crianças e idosos. Nesse sentido, veja: LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias – de acordo com a Emenda Constitucional n. 66/2010*. 4.ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 60 e 83.

⁴⁴⁵ Assim: FELICIANI, Ana Lúcia Alves. Os velhos e os novos direitos dos idosos. *Revista da Faculdade de Direito: Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, v. 31. Porto Alegre: Editora Sulina, 2013, p. 9-10.

⁴⁴⁶ Conforme números trazidos por Ana Amélia Caramo, em 2013, 2,7 milhões de pessoas com 60 anos ou mais possuíam grandes dificuldades de realizar pelo menos uma das três atividades básicas diárias do ser humano, como comer sozinho. Nesse sentido, *vide*: CARAMANO, Ana Amélia. Política de cuidados para a população idosa: necessidades, contradições e resistências. In: FREITAS, Elizabete Viana de; PY, Ligia; GORZONI, Milton Luiz; DOLL, Johannes, CANÇADO, Flávio Aluizio Xavier. *Tratado de geriatria e gerontologia*. 4.ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2016, p. 1239.

⁴⁴⁷ Maria Cecília de Souza Minayo refere dois terços dos agressores dos idosos são filhos, parentes ou cônjuges. Entre as principais causas estão: choque de gerações, aglomeração de pessoas nas residenciais, falta de condições ou disponibilidade de tempo para cuidar dos idosos. Assim: MINAYO, Maria Cecília de Souza. Violência contra a pessoa idosa: castigo do corpo e mortificação do eu. In: FREITAS, Elizabete Viana de; PY, Ligia; GORZONI, Milton Luiz; DOLL, Johannes, CANÇADO, Flávio Aluizio Xavier. *Tratado de geriatria e gerontologia*. 4.ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2016, p. 1327-1328. Veja também: GRINBERG, Abrahão; GRINBERG, Bertha. *A arte de envelhecer com sabedoria*. São Paulo: Editora Nobel, 1999, p. 37 e ss.

Do mesmo modo, compete ao Estado estabelecer mecanismos que permitam a inclusão do idoso na sociedade, garantindo-lhes que os direitos à vida, à saúde e à sua dignidade sejam respeitados. Esta atuação deve ocorrer na esfera dos três poderes do Estado, seja pela criação de leis que protejam os interesses e os direitos dos idosos; pela criação de políticas públicas que visem melhorar as suas condições de vida e sociais; pelo reconhecimento de sua vulnerabilidade nas relações públicas e privadas pelo Poder Judiciário, conformando a atuação dos outros dois poderes, em atenção, principalmente aos princípios, regras e valores que emergem da Constituição Federal. Deve ser apontado, contudo, que o arsenal legislativo protetivo de nada adianta se não for aplicado em sua integralidade. Igualmente, de nada vale a existência de políticas públicas, como programas sociais e serviços relacionados à saúde fornecida pelo Estado, se não são colocados em prática ou, se o são, forem fornecidos e/ou estabelecidos de forma deficitária.

Por fim, a sociedade também tem papel fundamental na promoção da dignidade humana do idoso e dos valores que dela emergem, devendo cuidar para não excluir esse grupo da sociedade de suas relações econômicas e sociais, respeitar e estabelecer mecanismos que permitam ao idoso manter e afirmar a sua identidade social⁴⁴⁸. A aceitação plena do idoso pela sociedade e de suas limitações é um objetivo que deve ser alcançado pelas sociedades contemporâneas, incluindo-o através de novas oportunidades de integração, tornando-o presente na vida cotidiana. Uma sociedade que consegue aceitar e explorar o potencial desta fase da vida é uma sociedade mais humana, capaz de atender à sua libertação integral.⁴⁴⁹

⁴⁴⁸ Sobre a dependência dos idosos e a necessidade de suporte social, veja: LEMOS, Naira Dutra; MEDEIROS, Sônia Lima. Suporte social ao idoso dependente. In: FREITAS, Elizabete Viana de; PY, Ligia; GORZONI, Milton Luiz; DOLL, Johannes, CANÇADO, Flávio Aluizio Xavier. *Tratado de geriatria e gerontologia*. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2016, p. 1404-1406.

⁴⁴⁹ Nesse sentido são as importantes lições de Gian Maria Capuani e Giannino Piano, que referem: “Quando la senilità è vissuta nel segno di una piena accettazione di sé e nell’orizzonte della speranza del futuro costituisce una forma di ricchezza che deve essere partecipata. L’anziano che sa esprimere questa saggezza è una benedizione per la società. L’aiutarlo a renderla trasparente nel quotidiano, anche attraverso nuove opportunità di inserimento, è un preciso dovere della società. Una società che sa accogliere e valorizzare le potenzialità di questa stagione della vita è una società che diventa più umana e più capace di tendere verso la sua integrale liberazione.”. (CAPUANI, Gian Maria; PIANA, Giannino. L’anziano protagonista in una società che cambia. In: URBANI, Giuliano; BOBBIO, Norberto; CAPUANI, Gian Maria; et.

Cumprer salientar que o aumento da população idosa tem profundas implicações, trazendo novos e importantes desafios para a sociedade atual. Dentre estes desafios, está o aumento das relações de consumo por parte de idosos e, principalmente, das relações contratuais de longa duração, que importam na necessidade de reconhecimento da vulnerabilidade agravada do consumidor idoso, como os contratos de planos privados de assistência à saúde, que se tornam cada vez mais necessários com o avançar da idade e a deterioração da saúde do indivíduo na última fase da sua vida. Desta forma, o presente ponto busca analisar a vulnerabilidade agravada do consumidor-idoso em suas relações neste setor do mercado de consumo.

3.1.1 A vulnerabilidade agravada do idoso frente aos operadores de planos privados de assistência à saúde

A categoria jurídica do consumidor-idoso e o reconhecimento de sua vulnerabilidade agravada nas relações de consumo frente aos operadores de planos privados de assistência à saúde são construídos a partir do diálogo entre as inúmeras ciências humanas, como a medicina, biologia, sociologia e o direito. No mesmo sentido, a vulnerabilidade do idoso envolve mais do que a simples determinação de idade-limite biológica, acima dos 60 anos, e a existência de relações de consumo, mas também dos reflexos que o implemento da idade pode trazer ao indivíduo em suas relações econômicas e sociais⁴⁵⁰.

Elias Norbert⁴⁵¹ salienta que o processo natural de implemento da idade não é bom ou mau para os indivíduos, tendo em vista que a “Natureza” “per se”

al. *L'anziano attivo: proposte e riflessioni per la terza e la quarta età*. Torino: Edizione della Fondazione Giovanni Agnelli, 1991, p. 23).

⁴⁵⁰ Ana Amélia Caramano e Maria Tereza Pasinato explicam que classificar os idosos como um grupo da sociedade, constitui-se em estabelecer regras que permitem agrupar indivíduos a partir de uma ou mais características comuns a todos eles. Assim, os idosos entendidos como um grupo social não suscitam apenas a referência a um conjunto de pessoas com mais de 60 anos idade, mas a pessoas com determinadas características sociais e biológicas. *Vide*: CARAMANO, Ana Amélia; PASINATO, Maria Tereza. Introdução. In: CARAMANO, Ana Amélia (org.). *Os novos idosos brasileiros: muito além dos 60?* Rio de Janeiro: IPEA, 2004, p. 5 e ss.

⁴⁵¹ ELIAS, Norbert. *A solidão dos moribundos, seguido de, Envelhecer e morrer*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Editora Jorge Zahar, 2001, p. 91 e ss.

não possui intenções, objetivos ou propósitos. Contudo, este processo natural influencia as relações dentro de uma sociedade, tendo em vista que o implemento de fatores biopsicológicos colocam os idosos frente a situações em que afloram a sua vulnerabilidade e a necessidade de se assomar no meio social. Assim, afirma-se que os fatos naturais influenciam e promovem uma mudança de comportamento e sentimentos nas pessoas, bem como em suas experiências pessoais e sociais.

Norberto Bobbio⁴⁵² refere, por exemplo, que a vantagem de ser velho é que os mais jovens o respeitam. De igual modo, os idosos, geralmente, possuem tempo livre e flexível para dedicar-se aos seus interesses, principalmente com a aposentadoria, em que se verifica liberdade da escravidão do relógio⁴⁵³. Todavia, o autor ressalta que, em muitos casos, a vida do idoso é pura sobrevivência, principalmente, uma espera pela morte, não sendo tanto um viver, mas um não poder morrer, em razão do declínio de suas funções fisiológicas, psicológicas e sociais.

Isto não quer dizer que a velhice é sinônimo de doença ou de fragilidade⁴⁵⁴, especialmente porque os idosos não representam um grupo societário homogêneo, existindo distintas realidades vividas por aqueles que possuem idade avançada. Entretanto, nos termos dos ensinamentos de Bibiana Graeff⁴⁵⁵, não existem dúvidas de que a velhice, como a última etapa do ciclo vital, representa a proximidade com a morte e, estatisticamente, apresenta uma morbidade maior em pessoas desta faixa etária.

⁴⁵² BOBBIO, Norberto. L'età del tempo libero. In: URBANI, Giuliano; BOBBIO, Norberto; CAPUANI, Gian Maria; et. al. *L'anziano attivo: proposte e riflessioni per la terza e la quarta età*. Torino: Edizione della Fondazione Giovanni Agnelli, 1991, p. 11-12.

⁴⁵³ O autor aponta que quando somos jovens e adultos somos obrigados a cumprir com obrigações que ocupam o nosso dia. Todas as nossas tarefas são realizadas vislumbrando um curto período de tempo para sua realização, o que ele denomina como a escravidão do relógio. Assim: BOBBIO, Norberto. L'età del tempo libero. In: URBANI, Giuliano; BOBBIO, Norberto; CAPUANI, Gian Maria; et. al. *L'anziano attivo: proposte e riflessioni per la terza e la quarta età*. Torino: Edizione della Fondazione Giovanni Agnelli, 1991, p. 12.

⁴⁵⁴ Diante da identificação do termo velhice e velho pelo enfraquecimento físico, pelo medo da morte e da solidão, as sociedades ocidentais buscaram novas terminologias para o processo de envelhecimento de sorte encontrar expressões politicamente corretas, como forma de não estigmatizar uma classe social composta por pessoas com mais idade, tais como a terceira idade, a melhor idade, pessoas idosas. Nesse sentido, veja: RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. *Curso de direito do idoso*. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 36-41.

⁴⁵⁵ GRAEFF, Bibiana. Envelhecimento, velhice e saúde: transformando o invisível em visível. *Revista de Direito Sanitário*, v. 15, n. 1, p. 77-82, mar./jun. São Paulo: LTr, 2014, p. 78.

Neste sentido, afirma-se que na velhice, sob o aspecto fisiológico, há redução metabólica da massa dos tecidos ativos e o aumento metabólico dos tecidos inertes, isto é, de tecidos intersticiais e fibroesclerosados, sendo objeto de uma desidratação e de uma degeneração gordurosa, que resultam na involução dos principais órgãos do ser humano e no enfraquecimento de certas funções⁴⁵⁶. Deste modo, o envelhecimento é caracterizado por alterações previsíveis, progressivas e associadas ao aumento de suscetibilidade de doenças, não sendo um processo uniforme entre as pessoas, tendo em vista que as variações da longevidade dependem de fatores genéticos, estilo de vida e exposições ambientais.⁴⁵⁷

Fisicamente, a aparência do indivíduo muda, os cabelos embranquecem e se tornam rarefeitos; a pele se enrugam em razão da desidratação e da perda da elasticidade do tecido endodérmico; alguns dentes caem, resultando o encolhimento da parte inferior do rosto; engrossam-se as pálpebras superiores e se formam papos sob os olhos; os lábios ficam mais finos; o lóbulo da orelha aumenta; o esqueleto do indivíduo sofre alterações, os discos da coluna vertebral se empilham e os corpos vertebrais se vergam.⁴⁵⁸

Ainda, a força muscular diminui, surgindo problemas como a atrofia muscular e os problemas de locomoção⁴⁵⁹. A circulação cerebral se torna mais

⁴⁵⁶ Sobre o ponto, Maria Antonietta Casucci o resume afirmando que o idoso, do ponto de vista biológico, é menos eficiente, possui menos força muscular, é menos ágil, possui menor capacidade física e uma menor eficiência biológica. Neste sentido: CASUCCI, Maria Antonietta. Psicogerontologia: attualità e nuove propettive. In: URBANI, Giuliano; BOBBIO, Norberto; CAPUANI, Gian Maria; et. al. *L'anziano attivo: proposte e riflessioni per la terza e la quarta età*. Torino: Edizione dela Fondazione Giovanni Agnelli, 1991, p. 55. Por sua vez, Flávio Chaimowicz salienta que em função desta involução dos principais órgãos do ser humano, as principais causas de mortalidade de idosos jovens, pessoas de 60 a 69 anos, são: a) doenças isquêmicas do coração; b) doenças cerebrovasculares; c) doenças cardíacas como insuficiência cardíaca, cardiomiopatas e doença cardíaca hipertensiva, arritmias; d) diabetes melito; e) doenças relacionadas ao tabagismo – neoplasias do trato respiratório, doença pulmonar obstrutiva crônica, entre outras. Veja: CHAIMOWICZ, Flávio. Epidemiologia do envelhecimento no Brasil. In: FREITAS, Elizabete Viana de; PY, Ligia; GORZONI, Milton Luiz; DOLL, Johannes, CANÇADO, Flávio Aluizio Xavier. *Tratado de geriatria e gerontologia*. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2016, p. 70.

⁴⁵⁷ Nesse sentido: PEREIRA, Silvia Regina Mendes. Fisiologia do envelhecimento. In: FREITAS, Elizabete Viana de; PY, Ligia; GORZONI, Milton Luiz; DOLL, Johannes, CANÇADO, Flávio Aluizio Xavier. *Tratado de geriatria e gerontologia*. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2016, p 139-150.

⁴⁵⁸ BEAUVOIR, Simone de. *A velhice*. Trad. Maria Helena Franco Martins. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1990, p. 33-34.

⁴⁵⁹ Os problemas físicos relacionados ao implemento da idade resultam na falta de autonomia dos idosos para lidar com as atividades básicas diárias, sendo esta uma das principais causas de dependência dos idosos. Segundo referem Ana Amélia Caramano e Solange Kanso, em

lenta, as veias do indivíduo perdem a sua elasticidade, a função cardíaca decresce, a rapidez da circulação diminui e a pressão sobe. O cérebro passa a consumir menos oxigênio e a sua caixa torácica torna-se mais rígida, diminuindo a sua capacidade respiratória. O indivíduo se torna mais lento e as suas reações também, principalmente em função da diminuição da atividade dos neurotransmissores. Há involução de órgãos como rins, das glândulas digestivas, do fígado, bem como dos órgãos sensoriais do ser humano, motivo pelo qual a visão, o paladar e o olfato não tem mais a mesma acuidade.⁴⁶⁰

Assim, o processo de envelhecimento resulta uma série de mudanças nos órgãos e sistemas dos indivíduos, em que ocorre a perda de reserva funcional, fazendo com que os indivíduos de mais idade sejam mais vulneráveis a determinados danos. Entretanto, as alterações biológicas não são as únicas mudanças na vida de idosos que os tornam potencialmente suscetíveis a serem feridos. Por este motivo, refere-se que o envelhecimento deve ser abordado de forma multidimensional, a partir de sua condição biológica, psicológica, social, entre outros enfoques, que tecem as condições da própria vida dos idosos.⁴⁶¹

A saúde psíquica do idoso também sofre declínio com o avançar da idade. A decadência biológica do idoso o isola e o torna mais vulnerável para

2013, 26,2% dos idosos brasileiros possuíam problemas de locomoção, representando aproximadamente 7 milhões de pessoas. Ainda, 12,1% das famílias brasileiras possuíam em suas residências idosos com problemas de locomoção. Veja: CARAMANO, Ana Amélia; KANSO, Solange. Envelhecimento da população brasileira: uma contribuição demográfica. In: FREITAS, Elizabete Viana de; PY, Ligia; GORZONI, Milton Luiz; DOLL, Johannes, CANÇADO, Flávio Aluizio Xavier. *Tratado de geriatria e gerontologia*. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2016, p. 63-64. Em sentido próximo, Toshio Chiba e Hazem Ashmawi salientam que o envelhecimento traz consigo morbidades específicas da idade, como a dor, que impossibilita a manutenção de uma vida ativa, independente e saudável, sendo uma das causas mais comuns de procura por tratamento médico, em torno de 80% das reclamações espostas por idosos em consultórios médicos. Assim: CHIBA, Tochio; ASHMAWI, Hazem. Diagnóstico e tratamento da dor. In: FREITAS, Elizabete Viana de; PY, Ligia; GORZONI, Milton Luiz; DOLL, Johannes, CANÇADO, Flávio Aluizio Xavier. *Tratado de geriatria e gerontologia*. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2016, p. 1186.

⁴⁶⁰ BEAUVOIR, Simone de. *A velhice*. Trad. Maria Helena Franco Martins. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1990, p. 34-35.

⁴⁶¹ Neste sentido, veja: DOLL, Johannes; OLIVEIRA, José Francisco P; SÁ, Jeanete Liasch Martins de; HERÉDIA, Vania Beatriz Merlotti. Envelhecimento e interdisciplinariedade. In: FREITAS, Elizabete Viana de; PY, Ligia; GORZONI, Milton Luiz; DOLL, Johannes, CANÇADO, Flávio Aluizio Xavier. *Tratado de geriatria e gerontologia*. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2016, p 107-108 e 112.

lidar com as frustrações da vida.⁴⁶² Norberto Bobbio relata que o “[...] mundo dos velhos, de todos os velhos, é, de modo mais ou menos intenso, o mundo da memória. Dizemos: afinal, somos aquilo que pensamos, amamos, realizamos. E eu acrescentaria: somos aquilo que lembramos”⁴⁶³. Em determinadas situações, a ligação do idoso com a sua história o afasta e o entristece, seja porque as lembranças do passado se chocam com a realidade dos mais jovens, havendo uma colisão cultural, principiológica e valorativa entre gerações, seja porque o saudosismo de seus tenros tempos assombra as suas memórias mais caras que o levam a comparar com a sua condição física, mental e social atual.

Do mesmo modo, a noção da finitude da vida flerta com a proximidade da morte⁴⁶⁴. As perdas afetivas, obtidas durante sua longa existência, se somam com as dificuldades físicas e psíquicas com as quais têm que conviver e fazem parte de sua condição humana. Nesse sentido, Fabiana Barletta⁴⁶⁵ leciona que a vulnerabilidade psicológica dos idosos advém das vicissitudes que o movimento inverso ao da infância podem trazer, seja pela involução, decréscimo ou submersão de suas funções psicofísicas⁴⁶⁶.

⁴⁶² Assim: BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *O direito à saúde da pessoa idosa*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 27.

⁴⁶³ BOBBIO, Norberto. *O tempo da memória*. De senectude e outros escritos autobiográficos. Trad. Daniela Versiani. 7.^a ed. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 1997, p. 30.

⁴⁶⁴ O medo da morte é um dos maiores temores dos idosos, juntamente com o sofrimento físico; envelhecer; doenças; e ficar sozinho. Veja: CAVARUSO, Claudio. La condizione degli anziani in Italia. In: URBANI, Giuliano; BOBBIO, Norberto; CAPUANI, Gian Maria; et. al. *L'anziano attivo: proposte e riflessioni per la terza e la quarta età*. Torino: Edizione della Fondazione Giovanni Agnelli, 1991, p. 210. No mesmo sentido, são as considerações de Ligia Py que salienta que: “À chegada da morte, é a vida dos nossos pacientes velhos que assoma, concentrada no absoluto de uma existência inteira: na perda total da vida, apresentam-se, agigantadas, as perdas parciais, carecendo de um trabalho psíquico que as considere pari passu com a emergência da exaltação realista dos ganhos, para que o gosto do prazer vivido amenize a amargura do adeus à vida”. (PY, Ligia. *A velhice nos arredores da morte: a interdependência na relação entre idosos e seus familiares*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004, p. 39).

⁴⁶⁵ BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *O direito à saúde da pessoa idosa*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 27.

⁴⁶⁶ Simone de Beauvoir relata que: “[...] as doenças mentais são mais frequentes nos velhos do que em qualquer outra faixa etária. [...] Entretanto, sendo a velhice uma ‘anomalia normal’, muitas vezes fica difícil traçar uma fronteira entre as perturbações psíquicas que normalmente acompanham a senescência e as que têm um maior caráter patológico. Algumas mudanças de humor e de comportamento que parecem justificadas pela situação constituem, na verdade, os pródromos de uma doença outras que parecem neurológicas explicam-se pelas circunstâncias. (BEAUVOIR, Simone de. *A velhice*. Trad. Maria Helena Franco Martins. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1990, p. 603-604)

A redução de funções físicas e mentais, a compreensão de que o corpo não possui mais a mesma hígidez de outrora e a nova condição e papel na sociedade trazem novos reflexos psicológicos na vida dos idosos, por vezes negativos, como a depressão⁴⁶⁷, revelando uma fragilidade maior em lidar com situações adversas em suas relações sociais e econômicas. Estas mudanças são implementadas com o passar dos anos, e não ocorrem de uma hora para outra, passando, por vezes, desapercibidas.

Se outrora desempenhar atividades do dia-a-dia era algo comum ou banal, em inúmeras situações, a idade avançada e as condições físicas e mentais dela decorrentes fazem com que os idosos necessitem do auxílio e a atenção de outras pessoas, seja para levantar de uma cadeira, para levar um objeto de um cômodo ao outro ou na necessidade de que alguém o transporte, por não ter mais os mesmos reflexos ou por não enxergar bem para dirigir o próprio veículo. Essa nova relação de dependência, quando vistas em comparação aos tempos de juventude, podem deprimir os idosos, tornando-os mais fragilizados.

De igual modo, os aspectos negativos das alterações ocasionadas pelo avançar da idade e de suas condições existenciais, fazem com que os idosos sejam afastados do convívio social, discriminados ou até mesmo esquecidos, perdendo o seu protagonismo.⁴⁶⁸ As vulnerabilidades fisiológicas e psicológicas refletem-se no meio social do idoso, tanto porque as doenças físicas e mentais limitam a sua atividade diária, quanto porque a aposentadoria retira o idoso do

⁴⁶⁷ Sobre o tema veja: SCORALICK, Francisca Magalhães; PINHEIRO, José Elias Soares; SILVA, Silvana de Araújo; CUNHA, Ulisses Gabriel de Vasconcelos. Depressão e demência: diagnóstico diferencial. In: FREITAS, Elizabete Viana de; PY, Ligia; GORZONI, Milton Luiz; DOLL, Johannes, CANÇADO, Flávio Aluizio Xavier. *Tratado de geriatria e gerontologia*. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2016, p. 321-324.

⁴⁶⁸ Sobre o tema, veja as considerações de Claudio Cavaruso: "La vecchiaia assume, così, un'accezione negativa, come conseguenza diretta alla scarsa considerazione e gratificazione che tale condizione riceve nella nostra società; mentre parallelamente le ragioni del «sentirsi vecchi» avanzate dagli anziani evidenziano, da una parte, i bisogni di relazione, di partecipazione e di protagonismo e, dall'altra, la qualità «insoddisfacente», quando non «decisamente negativa», del rapporto tra giovani e istituzioni in materia sanitaria e residenziale. Vi è inoltre un altro indicatore interessante dei processi di espulsione degli anziani da parte della società ed è quello relativo alle maggiori preoccupazioni espresse dagli ultrasessantacinquenni, come risulta dall'indagine del Labos". (CAVARUSO, Claudio. La condizione degli anziani in Italia. In: URBANI, Giuliano; BOBBIO, Norberto; CAPUANI, Gian Maria; et. al. *L'anziano attivo: proposte e riflessioni per la terza e la quarta età*. Torino: Edizione della Fondazione Giovanni Agnelli, 1991, p. 210).

convívio com os seus colegas de trabalho, no estrito significado de recolher-se aos seus aposentos, tornar-se inativo, ficar subtraído do espaço público.⁴⁶⁹

Dessa forma, a complexidade de situações experimentadas pelos anciões faz com que estes sejam constantemente incompreendidos pela sociedade, sejam apartados de seu convívio e sofram discriminações⁴⁷⁰. É neste sentido que Cristiano Heineck Schmitt afirma, com clareza e sensibilidade, ser necessário compreender que “[...] o envelhecimento populacional faz da velhice um problema social, que deve ser pensado no âmbito global, com fulcro na geração de situações por meio das quais se possa valorizar os que já auxiliaram, de uma forma ou de outra, na construção do arquétipo social”⁴⁷¹.

Em face destas situações que comumente surgem com o avançar da idade e revelam a vulnerabilidade fisiológica, psicológica e social do idoso, é que se faz com que se reconheça a vulnerabilidade do idoso frente ao direito. Sinala-se que, em que pese não existam grupos heterogêneos de idosos, desponta a necessidade de tratamento diferenciado e uma proteção reforçada pelos organismos internacionais, pelos Estados e pela sociedade civil⁴⁷². Deve-se atentar, contudo, que o declínio psicofísico, não apaga ou desconsidera a existência de experiência de vida e a sabedoria que advém com o passar da idade, mas revelam novos fatores que trazem desafios para as ciências sociais

⁴⁶⁹ Veja: RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. *Curso de direito do idoso*. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 31. Ressalte-se que cada vez mais os idosos têm retardado a sua saída do mercado de trabalho após a sua aposentadoria, motivo pelo qual um terço dos idosos continuam trabalhando após a aposentadoria. Isto ocorre por diversos motivos como: a) a necessidade de complementação de sua renda (em 46,9% dos casos); b) a necessidade de ajudar financeiramente familiares (9,1% dos casos); c) a vontade de manter a sua mente ocupada (23,2%); ou d) se sentirem mais produtivos (18,7%). Nesse sentido, veja a matéria veiculada pelo site globo.com, disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/seu-dinheiro/noticia/2016/09/mais-de-um-terco-dos-aposentados-continua-trabalhando-diz-pesquisa.html>>. Acesso em: 13 de mar. 2017.

⁴⁷⁰ Claudia Martin, Diego Rodríguez-Pinzón e Bethany Brown salientam que os idosos constantemente experimentam situações diretas ou indiretas de discriminação na sociedade, de pobreza, de violência e abusos, de exclusão social, de diminuição de participação política e de barreiras para o acesso à justiça, que revelam a sua vulnerabilidade social. Assim: MARTIN, Claudia. RODRÍGUEZ-PINZÓN, Diego. BROWN, Bethany. *Human rights of older people: universal and regional legal perspectives*. (*Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice*; 45). Dordrecht: Springer, 2015, p. 13.

⁴⁷¹ SCHMITT, Cristiano Heineck. *Consumidores hipervulneráveis: a proteção do idoso no mercado de consumo*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 97.

⁴⁷² Sobre o tema, veja: MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 133.

e necessária proteção jurídica do indivíduo para que possa conviver em sociedade com respeito e tratamento digno.

É neste contexto que, em 1982, a Assembleia Mundial sobre o Envelhecimento, convocada, em 1978, através da Resolução n.º 33/52 da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, aprovou o Plano de Ação Internacional de Viena sobre o Envelhecimento. Esse Plano de Ação contém 62 recomendações, consistindo na base da política para a pessoa idosa, no plano internacional, abordando temas como a saúde e nutrição do idoso, a proteção de consumidores idosos, habilitação e meio ambiente, família, bem-estar social, segurança de renda e emprego, educação e coleta e análise de dados de pesquisa⁴⁷³.

Em 1991, a Assembleia da ONU aprovou os Princípios das Nações Unidas em prol das Pessoas Idosas, constantes na Resolução n.º 46/1991. Estes princípios estão divididos em cinco seções, em relação à independência, participação, assistência, realização pessoal e dignidade, enumerando 18 direitos das pessoas idosas⁴⁷⁴.

Por sua vez, em 2002, foi convocada a Segunda Assembleia Mundial das Nações Unidas sobre o Envelhecimento, resultando na elaboração Plano de Ação Internacional sobre Envelhecimento da Organização das Nações Unidas, os quais trazem recomendações para adoção de medidas sobre temas como: a) pessoas idosas e o desenvolvimento social; b) promoção da saúde e bem-estar na velhice; c) criação de ambiente propício e favorável para o desenvolvimento da personalidade do idoso.⁴⁷⁵

⁴⁷³ Veja, por exemplo, a recomendação de n.º 18 que aborda a proteção dos consumidores-idosos e estabelecendo como obrigação dos governos: "(a) Ensure that food and household products, installations and equipment conform to standards of safety that take into account the vulnerability of the aged; (b) Encourage the safe use of medications, household chemicals-, calls and other products by requiring manufacturers to indicate necessary warnings and instructions for use; (c) Facilitate the availability of medications, hearing aids, dentures, glasses and other prosthetics to the elderly so that they can prolong their activities and independence; (d) Restrain the intensive promotion and other marketing techniques primarily aimed at exploiting the meager resources of the elderly. Government bodies should co-operate with non-governmental organizations on consumer education programmes.". Para mais informações, veja: <<http://www.un.org/es/globalissues/ageing/docs/vipaa.pdf>>. Acesso em: 13 de mar. 2017.

⁴⁷⁴ Nesse sentido: <http://direitoshumanos.gddc.pt/3_15/IIIPAG3_15_1.htm>. Acesso em: 13 de mar. 2017.

⁴⁷⁵ Destaca-se, à título exemplificativo, os objetivos deste plano de ação como o: a) Reconhecimento da contribuição social, cultural, econômica e política das pessoas idosas; b) Participação de idosos nos processos de tomada de decisões em todos os níveis; Melhoria das

Mais recentemente, ainda no plano internacional, em 2015 foi aprovada, pelos Estados Membros da Organização dos Estados Americanos (OEA), a Convenção Interamericana de Direitos Humanos das Pessoas Idosas⁴⁷⁶. Essa convenção internacional buscou regulamentar de forma completa e sistemática todos os direitos humanos das pessoas idosas, de sorte a estabelecer a proteção e garantia mínima dos direitos humanos das pessoas idosas. Dessa feita, buscou proteger, dentre outros direitos: a) a igualdade e a não discriminação por razões de idade; b) o direito à vida e à dignidade na velhice; c) o direito à independência e à autonomia; d) o direito à participação e integração comunitária; e) o direito à saúde; f) o direito à educação; g) o direito à acessibilidade e à mobilidade pessoal; entre outros.

No plano de vista interno brasileiro, no que concerne ao reconhecimento da vulnerabilidade do idoso e à sua proteção, conforme referido anteriormente, a Constituição Federal de 1988 buscou assegurar os direitos e deveres fundamentais a todos os seres humanos, destacando o princípio da dignidade humana, em seu artigo 1.º, inciso III, como valor absoluto, que irradia sobre todo o ordenamento jurídico e serve de base para a consolidação do Estado Democrático de Direito. Por sua vez, o artigo 3.º, incisos I e III, estabelece como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil

condições de vida e da infraestrutura das zonas rurais; c) diminuição da marginalização de pessoas idosas nas zonas rurais; d) Igualdade de oportunidades durante toda a vida em matéria de educação permanente, capacitação e reabilitação, assim como de orientação profissional e acesso a serviços de inserção no trabalho; e) Fortalecer a solidariedade mediante a equidade e a reciprocidade entre as gerações; f) Realização de programas que permitam a todos os trabalhadores terem uma proteção social / seguridade social básica que compreenda, quando for o caso, pensões, seguro invalidez e assistência à saúde; g) Igualdade de acesso de pessoas idosas à alimentação, à moradia, à assistência médica e a outros serviços durante e depois de desastres naturais e outras situações de calamidade pública; h) Redução dos efeitos acumulativos dos fatores que aumentam o risco de sofrer doenças e, em consequência, a possível dependência na velhice; i) Eliminação das desigualdades sociais e econômicas por razões de idade ou sexo ou por outros motivos, inclusive as barreiras linguísticas, a fim de garantir que os idosos tenham um acesso universal e em condições de igualdade à assistência à saúde; j) Participação de idosos no desenvolvimento e fortalecimento dos serviços de atenção primária de saúde e atendimento a longo prazo; l) Melhorar a informação e a capacitação de profissionais de saúde e de serviços sociais quanto às necessidades de idosos; m) Manutenção de máxima capacidade funcional durante toda a vida e promoção da plena participação dos idosos portadores de incapacidades; n) Melhorar do projeto ambiental e da moradia para promover a independência de idosos considerando suas necessidades, particularmente dos que apresentam incapacidades, entre outros.

⁴⁷⁶ Salienta-se que o Brasil ainda não ratificou este tratado internacional da OEA. Sobre a importância da ratificação, veja: <<http://www.portaldoenvelhecimento.com.br/pela-ratificacao-da-convencao-interamericana-sobre-protecao-dos-direitos-humanos-da-pessoa-idosa/>>. Acesso em: 17 de set. 2017.

“construir uma sociedade livre e solidária” e “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Estes ditames constitucionais são o ponto de partida para a proteção aos idosos como dever de todos os agentes da sociedade e direito do cidadão.

Estas premissas podem ser observadas quando a Constituição de 1988 consagra o dever especial de amparo daqueles que possuem idade avançada por parte de sua família, do Estado e da sociedade, visando garantir o direito à vida e a defesa da dignidade das pessoas idosas, assegurando, também, a sua participação na vida comunitária, nos termos do artigo 230 da Carta Magna brasileira. Ainda com relação à proteção e à promoção da dignidade humana dos idosos, o texto constitucional, nos parágrafos 2.º e 3.º do artigo 230 refere que os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares, garantido, ainda, o seu direito de locomoção e integração social ao prever a gratuidade dos transportes públicos urbanos aos maiores de sessenta e cinco anos.⁴⁷⁷

Neste contexto, buscando a efetividade dos princípios constitucionais, foi implementada no Brasil a Lei n.º 8.842/1994, que dispõe sobre a Política Nacional do Idoso, cujo objetivo é assegurar os direitos sociais do idoso, criando condições para promover a sua autonomia, integração e participação ativa e efetiva na sociedade brasileira⁴⁷⁸. Esta lei, em seu artigo 2.º, definiu o idoso como a pessoa com idade igual ou superior a sessenta anos, seguindo as orientações da Organização Mundial da Saúde quanto à idade que os

⁴⁷⁷ Sobre o tema, veja: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 656.

⁴⁷⁸ O artigo 4.º da Política Nacional do Idoso estabelece as suas diretrizes: “I - viabilização de formas alternativas de participação, ocupação e convívio do idoso, que proporcionem sua integração às demais gerações; II - participação do idoso, através de suas organizações representativas, na formulação, implementação e avaliação das políticas, planos, programas e projetos a serem desenvolvidos; III - priorização do atendimento ao idoso através de suas próprias famílias, em detrimento do atendimento asilar, à exceção dos idosos que não possuam condições que garantam sua própria sobrevivência; IV - descentralização político-administrativa; V - capacitação e reciclagem dos recursos humanos nas áreas de geriatria e gerontologia e na prestação de serviços; VI - implementação de sistema de informações que permita a divulgação da política, dos serviços oferecidos, dos planos, programas e projetos em cada nível de governo; VII - estabelecimento de mecanismos que favoreçam a divulgação de informações de caráter educativo sobre os aspectos biopsicossociais do envelhecimento; VIII - priorização do atendimento ao idoso em órgãos públicos e privados prestadores de serviços, quando desabrigados e sem família; IX - apoio a estudos e pesquisas sobre as questões relativas ao envelhecimento.”.

países em desenvolvimento deveriam considerar uma pessoa como idosa.⁴⁷⁹ Buscou-se proteger os idosos de qualquer tipo de discriminação, principalmente por meio da difusão de conhecimentos sobre o processo de envelhecimento para a população brasileira. Dentre os princípios basilares desta lei estão o dever da família, do Estado e da sociedade em assegurar as pessoas com idade avançada os direitos da cidadania, garantindo a sua inclusão social, defendendo a sua dignidade, bem-estar e o direito à vida.

Por sua vez, o Estatuto do Idoso, Lei n.º 10.741/2003, demonstra uma preocupação da sociedade brasileira com o seu perfil demográfico, contribuindo para o fortalecimento dos direitos fundamentais da pessoa idosa. Essa lei também acolheu um critério temporal para qualificar o idoso no âmbito nacional⁴⁸⁰, e, assim como previsto na Política Nacional do Idoso, inseriu nessa categoria as pessoas com idade igual ou superior a 60 anos. Esse diploma legal busca contemplar os diversos aspectos da vida do idoso, inspirados por princípios, valores e regras constitucionais, assegurando os direitos à saúde, à alimentação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar da população idosa.

De igual forma, entre os principais temas abordados no Estatuto do Idoso, estão as medidas de proteção ao idoso em estado de risco pessoal, a política de atendimento por meio da regulação e do controle das entidades de atendimento ao idoso, o acesso à justiça com prioridade ao idoso e a atribuição de competência ao Ministério Público para intervir na sua defesa, ressaltando os direitos fundamentais previstos na Carta Magna, como, por exemplo, os direitos à vida, à liberdade, ao respeito e à dignidade, bem como aos alimentos, à saúde, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, ao

⁴⁷⁹ Nesse sentido, veja os comentários sobre a Política Nacional do Idoso: RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. *Curso de direito do idoso*. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 158-159.

⁴⁸⁰ Fabiana Barletta salienta que a necessidade de estabelecer um critério temporal e legal para “considerar uma pessoa sujeita a gozar de direitos especiais afasta os tortuosos caminhos da avaliação física e psíquica de suas capacidades, que poderia gerar injustiças de toda ordem. Até porque, não são apenas os contingentes psicofísicos que tornam uma pessoa idosa. Também o sexo, a classe social, a educação, a personalidade, as vivências passadas, o contexto socioeconômico, entre outros fatores, influenciam no processo de envelhecimento, de forma que se revela impossível uma resposta definitiva de quando se inicia a chamada terceira idade para pessoas individualmente consideradas.”. Assim, conclui a autora que o critério etário é o mais invariável possível dentro de um espectro muito maior onde se encontram as discussões a respeito de quando se iniciaria a velhice, conferindo segurança jurídica a este grupo social que demanda tutela e proteção específicas. Veja: BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *O direito à saúde da pessoa idosa*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 30-33.

trabalho, à previdência social, à assistência social, à habilitação e ao transporte.

Refere-se que o artigo 8.º do Estatuto do Idoso prevê que o “envelhecimento é um direito personalíssimo”, compreendido no conjunto de características e atributos do indivíduo, de sua parte mais intrínseca, isto é, no primeiro bem pertencente à pessoa humana. Por este motivo, afirma-se que proteger a personalidade do idoso significa efetivar de forma integral o princípio da dignidade humana. Outrossim, o artigo 9.º do referido microsistema estabelece a obrigação do Estado de “garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade”.

Cristiano Heineck Schmitt⁴⁸¹ salienta que o Direito Positivo transcrito na Lei n.º 10.741/03 deve corresponder às necessidades sociais atuais, expressadas nos cuidados com as pessoas idosas⁴⁸². Portanto, esse diploma legal constitui importante mecanismo para adequação da sociedade, que precisa reconhecer o idoso como um membro socialmente ativo e capaz, como um autêntico sujeito de direitos.

Entretanto, a proteção do idoso não deve ficar adstrita apenas a legislação constitucional e infraconstitucional vista de forma isolada e autônoma, como se fossem pequenas ilhas que não se comunicam. Pelo contrário, o reconhecimento de sua vulnerabilidade, e consequente necessidade de proteção, deve ser a mais ampla possível, utilizando-se dos diplomas legais de forma conjunta, com intuito de se chegar ao resultado final almejada por toda sociedade, que é a proteção integral da pessoa idosa.

Neste sentido, nos tempos atuais, em que cada vez mais os idosos se inserem no mercado de consumo⁴⁸³, notadamente nos planos privados de

⁴⁸¹ SCHMITT, Cristiano Heineck. *Consumidores hipervulneráveis: a proteção do idoso no mercado de consumo*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 132.

⁴⁸² Pontua-se as recentes alterações no Estatuto do Idoso, através da Lei n.º 13.466, de 12 de julho de 2017, que estabeleceram a prioridade para idosos octogenários, frente aos demais idosos, nas filas preferenciais em estabelecimentos públicos e privados, nos atendimentos de saúde, exceto nos casos de emergência, bem como a prioridade na tramitação de seus processos, dentre os processos de idosos. *Vide* o §2.º, do artigo 2.º; o §7.º do artigo 3.º; §5.º, do artigo 71, todos do Estatuto do Idoso.

⁴⁸³ Norberto Bobbio refere que: “In una società dove tutto è mercato, anche la vecchiaia può diventare una merce come tutte le altre”. BOBBIO, Norberto. *L’età del tempo libero*. In:

assistência de saúde em que os idosos já representam 12,86% do total de beneficiários⁴⁸⁴, revela-se a necessidade de uma atenção especial a esse grupo especial de sujeitos. É nesse contexto que a doutrina⁴⁸⁵ e a jurisprudência⁴⁸⁶ apontam a necessidade do reconhecimento e a existência da vulnerabilidade agravada do consumidor-idoso.

URBANI, Giuliano; BOBBIO, Norberto; CAPUANI, Gian Maria; et. al. *L'anziano attivo: proposte e riflessioni per la terza e la quarta età*. Torino: Edizione della Fondazione Giovanni Agnelli, 1991, p. 11. Sobre a inserção do idoso no mercado de consumo, Johannes Doll e Caroline Stumpf Baues salientam que “Os idosos foram até agora pouco visto como consumidores, principalmente por causa do seu suposto reduzido poder econômico e sua pequena representatividade na estrutura populacional brasileira. Mas, esta situação sofreu algumas transformações na contemporaneidade. [...] Vivemos em uma sociedade em que consumir é um imperativo que interpela, com cada vez mais intensidade, os sujeitos a buscarem a satisfação de desejos. [...] O mercado alicerçado no consumo, para manter-se equilibrado, necessita “descobrir” constantemente novas fatias de consumidores. Essa transformação anima a economia e desperta o interesse para o surgimento de negócios voltados a atender as demandas de diversos segmentos”. (DOLL, Johannes; BUAES, Caroline Stumpf. *A Inserção Mercadológica de Novos Consumidores: os velhos entram em cena*. In: *IV Encontro Nacional de Estudos do Consumo: novos rumos da sociedade de consumo?* Rio de Janeiro. Anais. Rio de Janeiro, 2008.

⁴⁸⁴ Até dezembro de 2016, 6.163.567 de beneficiários de planos privados de assistência à saúde possuíam mais de 60 anos de idade, estando assim divididos: a) 60 a 64 anos – 1.882.080; b) 65 a 69 – 1.414.843; c) 70 a 74 anos – 1.024.307; d) 75 a 79 – 768.933; e) 80 anos ou mais – 1.073.404. Para mais informações veja: <http://www.ans.gov.br/anstabnet/cgi-bin/tabnet?dados/tabnet_br.def>. Acesso em: 13 de mar. 2017.

⁴⁸⁵ Antônio Herman Benjamin, Adolfo Mamoru Nishiyama e Cristiano Heineck Schmitt utilizam a expressão “hipervulnerabilidade” para referir aos indivíduos que possuem mais de uma vulnerabilidade em suas relações econômicas e sociais. Claudia Lima Marques e Bruno Miragem apontam que esta expressão foi cunhada, no Brasil, por Antônio Herman V. Benjamin, em 08.09.2005, na cidade de Gramado/RS, no Congresso Internacional “15 anos de CDC: balanço, efetividade e perspectivas”, organizado pelo Brasilcon e pelas Escolas Superiores da Magistratura e do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Veja: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *O novo Direito Privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 159. Adolfo Mamoru Nishiyama e Roberta Densa afirmam que: “O prefixo hiper (do grego *hypér*), designativo de alto grau ou aquilo que excede a medida normal, acrescido da palavra vulnerável, quer significar que alguns consumidores possuem vulnerabilidade maior do que a medida normal, em razão de certas características pessoais. Os hipervulneráveis possuem tratamento especial, tendo como fonte direta a Constituição Federal”. (NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; DENSA, Roberta. *A proteção dos consumidores hipervulneráveis: os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes*. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 19, n. 76, p. 13-45, out./dez. 2010, p. 17). Veja também: SCHMITT, Cristiano Heineck. *Consumidores hipervulneráveis: a proteção do idoso no mercado de consumo*. São Paulo: Atlas, 2014. Assinala-se que no presente trabalho, optou-se por utilizar a nomenclatura vulnerabilidade agravada cunhada e referida por Bruno Miragem, *in*: MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 131 e ss.

⁴⁸⁶ Veja-se, a este respeito, a decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul acerca do reconhecimento da vulnerabilidade agravada do consumidor-idoso: “APELAÇÃO CÍVEL. CARTÃO DE CRÉDITO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE DE USO EM VIAGEM INTERNACIONAL. CONSUMIDOR HIPERVULNERÁVEL. IDOSO. DEVER DE INFORMAÇÃO. DANOS MORAIS. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO CONFIGURADA. Determinados “grupos” de consumidores, por sua idade ou condição, são identificados como hipervulneráveis ou de vulnerabilidade agravada. No caso concreto, diante da extrema vulnerabilidade da apelante, pessoa idosa e de pouca instrução educacional, merecia tratamento diferenciado, o qual a toda evidência não lhe foi proporcionado. A instituição

Reconhece-se, assim, que a vulnerabilidade do consumidor, técnica, jurídica, informacional e fática, quando somada às suas características e vulnerabilidades pessoais e intrínsecas decorrentes da idade avançada, resulta em uma vulnerabilidade maior do que a medida normal e, conseqüentemente, em uma situação maior de potencialidade de dano e de desequilíbrio entre determinados indivíduos a partir de relações sociais e econômicas, que impõe um tratamento diferenciado pelo Direito, sendo este o caso consumidor-idoso.

Salienta-se que o regime jurídico especial aplicável à categoria jurídica do consumidor-idoso não é facilmente identificável e não está previsto e concentrado em apenas um diploma legislativo brasileiro, sendo composto por

financeira deixou de prestar as devidas informações sobre a restrição do serviço contratado, inobservando o dever como fornecedora, de esclarecer os pormenores da negociação, em especial no plano técnico - no qual a consumidora não tem conhecimentos sobre operação de cartão de crédito ou débito. DANO MORAL. Evidente o dano sofrido pela apelante, que passou por situação de extremo constrangimento ao ter seu cartão negado durante cruzeiro internacional, tendo que depender financeiramente da ajuda de conhecidos para custear a suas despesas durante todo o período da viagem, o que acarretou abalos em seu estado emocional. Sofrimento, que poderia ter sido evitado se o banco tivesse considerado a condição de hipervulnerabilidade da autora e respeitado os deveres de informação ditados pelo CDC, fornecendo-lhe corretamente o cartão de créditos, ao invés de débito, por ela solicitado. Impositivo o reconhecimento do dano moral, que está in re ipsa, e que é gerador da correlata responsabilidade do Banco em indenizá-lo. DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. De acordo com abalizada doutrina, o quantum indenizatório deve ser arbitrado a partir de um sistema bifásico, em que primeiramente fixa-se o valor básico ou inicial da indenização, considerando-se o interesse jurídico atingido, em conformidade com os precedentes jurisprudenciais acerca da matéria (grupo de casos). Em um segundo momento, deve-se considerar as características do caso concreto, levando em conta suas peculiaridades. Caso dos autos em que arbitrada a indenização em R\$ 10.000,00, levando em conta referidos parâmetros e as particularidades do caso concreto. RECURSO DE APELAÇÃO PROVIDO". (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 70066551318, Apelante: Vilma Lain. Apelado: Banco do Brasil S/A. Relator: Ana Paula Dalbosco, Porto Alegre, 24 de nov. 2015). No mesmo sentido: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. BLOQUEIO DE LINHA TELEFÔNICA. CLONAGEM. DANOS MORAIS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO CONSUMERISTA. VULNERABILIDADE AGRAVADA DO CONSUMIDOR IDOSO. Tendo o bloqueio ocorrido pela clonagem da linha telefônica, não há como negar que o procedimento adotado pela ré, ao suspender os serviços, era medida necessária, uma vez que visava evitar maiores danos ao próprio consumidor. Contudo, era dever da ré comunicar previamente o consumidor sobre tal medida, bem como resolver a situação da maneira mais rápida possível, o que não ocorreu. O cliente, idoso, ficou por período considerável sem poder utilizar a linha telefônica, sendo que durante este período não lograva obter qualquer informação coerente sobre o andamento do caso. Ademais, era dever da empresa disponibilizar outro aparelho ou linha enquanto não fosse resolvido o problema, o que também não ocorreu. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. QUANTUM. CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO. MANUTENÇÃO. VINCULAÇÃO DA CONDENAÇÃO AO SALÁRIO MÍNIMO. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL. VALOR EXPLICITADO. AJUSTAMENTO DO TERMO INICIAL DA CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS. DATA DA DECISÃO. CONSEQUENTE REDUÇÃO DO VALOR INDENIZATÓRIO. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 70028870632. Apelante: Brasil Telecom S/A. Apelado Alcides Bastos de Mello. Relator: Marilene Bonzanini, Porto Alegre, 27 de mai. 2009).

normas esparsas, previstas em diversos dispositivos normativos⁴⁸⁷. Desse modo, a tutela diferenciada deste consumidor em situação de vulnerabilidade agravada depende de um método interpretativo sistemático e coerente das normas que compõem o ordenamento jurídico brasileiro, orientado por princípios e regras que emanam da Constituição Federal de 1988, denominado de diálogo das fontes⁴⁸⁸.

Ressalte-se que o pluralismo pode ser considerado uma das características mais proeminentes da pós-modernidade. Dentre as formas de manifestação, destaca-se o pluralismo de fontes legislativas⁴⁸⁹, onde diversas normas regulam e incidem sobre uma mesma situação jurídica posta em análise, fazendo-se necessário a coordenação e coexistência destas no ordenamento jurídico, com intuito de que este seja coerente, eficiente e justo⁴⁹⁰, evitando a existência de antinomias, incompatibilidades e incongruências, sob égide da norma constitucional unificadora⁴⁹¹.

Alicerçada neste contexto, em que imperam desafios de aplicação das diversas normas que estruturam o tecido do direito privado contemporâneo, Claudia Lima Marques⁴⁹² aponta que a interpretação do sistema jurídico deve ocorrer através da teoria do diálogo das fontes, que permite conciliar valores de

⁴⁸⁷ GRAEFF, Bibiana. Direito do consumidor idoso no Brasil. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 86, p. 65-74, mar.-abr., 2013, p. 2-3.

⁴⁸⁸ Essa expressão é de Erik Jayme em referência às normas de direito internacional privado. Para mais informações, vide: JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit internationale privé postmoderne. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, Kluwer, Doordrecht, 1995. vol. 2, p 37 e ss.

⁴⁸⁹ Sobre a crise da pós-modernidade, Claudia Lima Marques afirma que o atual cenário em que a sociedade pós-moderna se encontra, impera nas relações o consumo massificado e dinâmico, um período de mudanças sociais, políticas e legislativas, decorrentes de um fenômeno pluralista e relativista cultural. Ainda, a jurista gaúcha afirma que “a pós-modernidade é uma crise de insegurança, crise das bases científicas que podiam aqui fazer generalizações sobre a revogação ou derrogação de uma norma. A fluidez, a narração, o campo de aplicação plural, o uso de conceitos indeterminados e de cláusulas gerais, de códigos duplos (*double coding*) e os valores antinômicos são típicas manifestações pós-modernas.”. (MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 163-180 e 613).

⁴⁹⁰ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 2.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 89-90.

⁴⁹¹ Assim: BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 8.^a ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 241-242.

⁴⁹² Vide: MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 17-66.

diferentes normas, buscando-se o efeito útil destas ao caso concreto, ou seja, de efetiva e completa defesa dos mais fracos na sociedade de consumo.

Este método inclusive é utilizado para conceituação do consumidor-idoso. Bibiana Graeff⁴⁹³ afirma que, em que pese nenhum texto normativo defina expressamente este indivíduo em situação de vulnerabilidade agravada, a sua conceituação se dá através do diálogo de dois microssistemas: o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto do Idoso.

De acordo com o artigo 2.º do Código de Defesa do Consumidor, considera-se consumidor “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.⁴⁹⁴ Conforme o artigo 1.º do Estatuto do Idoso, idoso é a pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos. Dessa forma, o consumidor-idoso é o indivíduo com idade igual ou superior a 60 anos que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Deve ser apontado, contudo, que Gilles Paisant⁴⁹⁵ critica o reconhecimento da vulnerabilidade agravada nas relações de consumo, especificamente ao falar sobre a experiência brasileira, o autor refere que não há uma definição precisa no ordenamento jurídico interno, dependendo da discricionariedade do juiz ao analisar os casos concretos. Dessa forma, o mestre francês salienta que um conceito como esse, onde os benefícios para as pessoas abrangidas permanecem incertos, resulta em uma fonte de insegurança jurídica, ainda mais por já existirem mecanismos jurídicos capazes de garantir a segurança e proteção jurídica daqueles que se encontram em situação de vulnerabilidade agravada. E conclui o autor ser desnecessário e

⁴⁹³ GRAEFF, Bibiana. Direitos do consumidor idoso no Brasil. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 86, p. 65-74, março-abril 2013, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 68-69.

⁴⁹⁴ O conceito de consumidor compreende, também, a coletividade que haja intervindo nas relações de consumo, determinável ou não, sujeita a tutela protetiva, diante da massificação da sociedade e da conseqüente potencialização dos danos, bem como, por um critério de equiparação, as vítimas desta relação jurídica, nos termos do art. 17 do CDC. O legislador infraconstitucional impôs a proteção especial aos sujeitos de direitos em situações análogas de vulnerabilidade, nos termos dos artigos precitados do Código de Defesa do Consumidor. Sobre o tema, veja: PASQUALOTTO, Adalberto. Conceitos fundamentais do Código de Defesa do Consumidor. *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*, v. 1, p. 63-73, abr. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 68.

⁴⁹⁵ O autor questiona: Também devem ser clarificadas as conseqüências legais que atribuem ao reconhecimento dessa vulnerabilidade simples ou especial: há direitos adicionais ou alternativos subjetivos ao conceito de "consumidor médio"? Assim: PAISANT, Gilles. *Défense et illustration du droit de la consommation*. Paris: LexisNexis, 2015, p. 244-245.

prejudicial estabelecer diferenças entre os consumidores com base em seu grau real ou suposto de vulnerabilidade.⁴⁹⁶

Entretanto, discorda-se do posicionamento do mestre francês, tendo em vista o reconhecimento de que a vulnerabilidade do consumidor-idoso decorre da necessidade de proteção integral da pessoa humana, de valores e princípios que emergem da Constituição Federal. Para isso, utiliza-se do diálogo das fontes para construção e interpretação de um arsenal legislativo que busque o reconhecimento daqueles que possuem uma vulnerabilidade maior do que o consumidor médio.

É oportuno destacar que não se trata, conforme aponta Gilles Paisant, de desnecessária redundância que cria uma insegurança jurídica e amplia demasiadamente o leque de sujeitos em situação de vulnerabilidade agravada, mas sim de uma interpretação sistêmica das normas constitucionais e infraconstitucionais do direito brasileiro, que entoam a proteção daqueles que possuem uma potencialidade maior de dano, em razão de características intrínsecas e de situações circunstanciais-relacionais. Portanto, não se ventila uma criação desarrazoada ou sem fundamento jurídico. Trata-se, em verdade, do acúmulo de vulnerabilidades existentes e reconhecidas pelo texto normativo, pela doutrina e pela jurisprudência, que revelam a necessidade de proteção de sujeitos mais frágeis quando comparados com consumidores “comuns”.

Dessa forma, a interpretação e aplicação conjunta do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto do Idoso aos negócios jurídicos de planos privados médico-assistenciais⁴⁹⁷ busca a proteção do sujeito que possui uma vulnerabilidade exacerbada nas relações de consumo, através do reconhecimento da existência de uma natural fragilidade maior deste em

⁴⁹⁶ PAISANT, Gilles. *Défense et illustration du droit de la consommation*. Paris: LexisNexis, 2015, p. 245.

⁴⁹⁷ Sinala-se que o Código de Defesa do consumidor estabelece no parágrafo 2.º, do seu art. 3.º um rol exemplificativo do objetivo de relação jurídica de consumo, conceituando como serviço, “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”. Aliás, a parte final deste parágrafo foi objeto de Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n. 2.591 cujo objetivo era combater a caracterização de bancos ou instituições financeiras como fornecedor de serviço no mercado de consumo, no entanto, esta foi julgada improcedente no Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a constitucionalidade da presente regra, que deve ser interpretada à luz dos ditames da Constituição Federal de proteção dos consumidores.

relação aos consumidores “standard” e frente ao seu parceiro negocial, com intuito de conferir instrumentos necessários para sua defesa e, conseqüentemente, efetivação de seus direitos.

Refere-se que o reconhecimento dessa relação jurídica desigual permite que se criem regras positivas e negativas que impõe ao fornecedor o dever de compensar os fatores de risco na sociedade de consumo, decorrentes da sua situação de superioridade. Conforme explica Bruno Miragem, a vulnerabilidade agravada do consumidor-idoso decorre 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”⁴⁹⁸. No mesmo sentido, Cristiano Heineck Schmitt acentua que é elemento denunciador da fraqueza e da vulnerabilidade agravada do consumidor-idoso a relação de dependência “acerca de determinados produtos e serviços, especialmente aqueles ligados à preservação da saúde já enfraquecida pelo avanço da idade”⁴⁹⁹.

Desse modo, diante dos fatores que agravam a situação do idoso no mercado de consumo, a legislação especial consumerista considera, em seu artigo 39, inciso IV, prática abusiva o fornecimento de produto ou serviço em que o fornecedor se prevaleça da fraqueza ou ignorância do consumidor em decorrência de sua idade. Ainda, o Estatuto do Idoso em seu artigo 10, §2º, assegura a inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral do idoso⁵⁰⁰. De igual modo, o artigo 14 da Lei dos Planos de Saúde⁵⁰¹ veda a discriminação de acesso a planos e seguros privados de assistência à saúde em razão da idade do consumidor.

⁴⁹⁸ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 134.

⁴⁹⁹ Veja: SCHMITT, Cristiano Heineck. Consumidores hipervulneráveis: a proteção do idoso no mercado de consumo. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 234.

⁵⁰⁰ Veja os importantes comentários formulados sobre a vulnerabilidade agravada do consumidor idoso por Rodrigo Eidelwein do Canto. In: Rodrigo Eidelwein do. *A vulnerabilidade dos consumidores no comércio eletrônico: reconstrução da confiança na atualização do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 72-74.

⁵⁰¹ O precitado artigo está assim disposto: “Art. 14. Em razão da idade do consumidor, ou da condição de pessoa portadora de deficiência, ninguém pode ser impedido de participar de planos privados de assistência à saúde.”

Assinala-se que a necessidade do reconhecimento da vulnerabilidade agravada dos consumidores-idosos frente aos planos privados de assistência à saúde se dá, conforme já apontado, em razão da potencialidade de dano maior em face da descontinuidade do fornecimento dos serviços relacionados à preservação da saúde. Aponta-se, novamente, os percentuais referidos por Ana Amélia Caramano, Solange Kanso e Juliana Leitão e Mello⁵⁰² de que 40% do tempo vivido pelos idosos brasileiros são sem saúde. Este contexto expõe, portanto, a necessidade de catividade dos serviços relacionados à assistência médico-hospitalar, pois eventuais descumprimentos do contrato causam danos maiores a esta parcela da população.

Claudia Lima Marques explica que os contratos cativos de longa duração⁵⁰³ são aqueles em que há uma relação de dependência dos consumidores com os fornecedores, na qual os serviços prestados no mercado asseguram ou prometem ao consumidor e a sua família, “*status*, ‘segurança’, ‘crédito renovado’, ‘escola ou formação universitária certa e qualificada’, ‘moradia assegurada’ ou mesmo ‘saúde’ no futuro”⁵⁰⁴. Há, dessa feita, uma relação de dependência do consumidor-idoso com o operador de plano privado de assistência à saúde, que busca a segurança de que no momento que necessitar, estará coberto contratualmente, em face da existência de um evento futuro e incerto relacionado à sua saúde.

Assim, em razão dos problemas de saúde frequentemente enfrentados pelos idosos, estes têm o direito de contar com o pleno acesso à assistência médico-assistencial privada como forma à promoção da saúde e prevenção das doenças ao longo da vida, centrando-se na manutenção da independência

⁵⁰² Assim: CARAMANO, Ana Amélia; KANSO, Solange; MELLO, Juliana Leitão e. Quão além dos 60 poderão viver os idosos brasileiros. In: CARAMANO, Ana Amélia (org.). *Os novos idosos brasileiros: muito além dos 60?* Rio de Janeiro: IPEA, 2004, p. 103.

⁵⁰³ As transformações econômico-sociais ensejaram mudanças na teoria do direito contratual, uma vez que o contrato não pode mais ser analisado como uma fotografia estática, sendo, portanto, necessário fornecer novas respostas equitativas e práticas a estas novas questões jurídicas, em que imperam relações duradouras. Esta expressão é utilizada por Ricardo Luis Lorenzetti. O referido autor destaca: “Hoy en día se comienzan con contactos sociales, tratativas, ofertas, consentimiento, ejecución extensa, deberes poscontractuales, todo en una secuencia en la que resulta difícil separar etapas; su estudio se parece más a una película capaz de captar el dinamismo. La duración de las relaciones jurídicas es un fenómeno difundido en la actualidad”. (LORENZETTI, Ricardo Luis. Esquema de una teoría sistémica del contrato. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 33/2000, p. 51-77, jan./mar. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 57).

⁵⁰⁴ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 96.

para melhoria da qualidade de vida, de acordo com os serviços contratualmente assegurados, respeitando-se a sua vulnerabilidade agravada.

Conclui-se este ponto afirmando que os mandamentos constitucionais e infraconstitucionais surgem em decorrência da imanente vulnerabilidade do idoso, que enseja cuidados especiais com intuito de, na medida do possível, resguardar esse grupo fragilizado pelo advento da idade avançada⁵⁰⁵, sobretudo em uma sociedade de consumo e de relações jurídicas massificadas. Desse modo, é de salutar importância o reconhecimento de um tratamento diferenciado na ciência jurídica para este consumidor em vulnerabilidade agravada.

3.1.2 A proteção da confiança do consumidor-idoso nos planos privados de assistência à saúde

Os elementos da vulnerabilidade sedimentados na figura do consumidor-idoso são catalisados pela complexidade de uma sociedade pós-moderna pautada na eficiência econômica e muitas vezes alheia às consequências danosas que determinadas práticas podem trazer para terceiros. O resultado disso, como leciona Claudia Lima Marques, é uma crise de confiança, a qual reflete no direito consumerista com a transformação do contrato de massa em “um estranho campo de batalha de formas e cláusulas, um instrumento hipercomplexo no seu conteúdo, extenso, plural, formal e de execução hiper-regulada, seja por quem o redige de forma unilateral e para um número indeterminado de consumidores, seja pelo direito que regula essas relações entre parceiros desiguais, em informação e em formação profissional”⁵⁰⁶.

Instaura-se um estado de suspeita generalizada responsável por vínculos “precários, duvidosos, semelhantes a armadilhas e emboscadas – até prova em contrário”⁵⁰⁷. Como refere com propriedade Zygmunt Bauman, “sem confiança, a rede de compromissos humanos se desfaz, tornando o mundo um

⁵⁰⁵ Estas conclusões extraídas de: BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *O direito à saúde da pessoa idosa*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 35.

⁵⁰⁶ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 183.

⁵⁰⁷ BAUMAN, Zygmunt. *Vidas desperdiçadas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2005, p. 115

lugar ainda mais perigoso e assustador”⁵⁰⁸. Essa confrontação abrupta do idoso fragilizado, seja no aspecto fisiológico ou no psíquico, com um mundo hipercomplexo, demanda o fortalecimento da confiança, caso contrário, o medo paralisante o inviabilizaria de levantar-se a cada manhã.

Considerando o papel da confiança como elemento redutor da complexidade e ampliador dos meios de ação, Niklas Luhmann afirma que:

Where there is trust there are increased possibilities for experience and action, there is an increase in the complexity of the social system and also in the number of possibilities which can be reconciled with its structure, because trust constitutes a more affective form of complexity reduction.⁵⁰⁹

Confiar nos atos de terceiros é um importante instrumento de progresso para a sociedade, porquanto permite que o indivíduo empreenda menos esforços, por não precisar medir e pesar todas as possíveis consequências de suas escolhas, e disponha de mais tempo para empreender outras atividades⁵¹⁰. Daí resulta a importância de que o consumidor-idoso se sinta seguro em contratar determinado plano ou seguro de saúde, tendo a confiança de que as obrigações assumidas para a assistência de sua saúde serão atendidas e cumpridas pelo plano ou seguradora de saúde.

Refere-se que o Direito, portanto, possui o papel de outorgar segurança ao facilitar as relações entre indivíduos, ou seja, ele “não substitui a confiança que os indivíduos depositam nas relações intersubjetivas, mas permite identificar que expectativas possuem respaldo social e quais não”⁵¹¹. Dessa feita, as disposições legais oferecem garantias especiais a determinadas expectativas, inclusive prevendo sanções àquele que não as observa, e são a base indispensável dos negócios jurídicos.

O consumidor-idoso, por exemplo, ao aderir a um plano privado de assistência à saúde, além de confiar que o fornecedor honrará com o contrato entabulado, conta com a coerência e a segurança do sistema jurídico, que

⁵⁰⁸ BAUMAN, Zygmunt. *Vidas desperdiçadas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2005, p. 115

⁵⁰⁹ LUHMANN, Niklas. *Trust and power*. New York: John Willey & Sons, 1979, p. 8.

⁵¹⁰ WEINGARTEN, Celia. *La confianza en el sistema jurídico: contratos y derecho de daños*. Mendoza: Jurídicas Cuyo, 2002, p. 47.

⁵¹¹ CANTO, Rodrigo Eidelwein do. *A vulnerabilidade dos consumidores no comércio eletrônico: reconstrução da confiança na atualização do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 100.

limitará os riscos dessa confiança depositada, conforme expressa com precisão Celia Weingarten⁵¹²:

La confianza personal ha pasado a ser confianza en el sistema, una confianza que no se otorga tanto a individuos sino a sistemas abstractos, y que hoy ha absorbido gran parte de las funciones y atributos de la familiaridad del trato personal. El contratante cuenta con la seguridad interna del sistema, y especialmente cuenta con la coherencia y seguridad del Estado, de sus funcionarios públicos, confía en que el sistema funcionará como debe funcionar – porque además existen organismos que la controlan adecuadamente – como también confía en la continuidad de las condiciones económicas en que opera.

Destaca-se que diante da proliferação e predominância dos contratos de adesão, com a limitação da liberdade contratual e a imposição de condições pela parte economicamente mais forte, a necessidade de limitação de riscos torna-se ainda mais premente. Isto, inclusive, que acarretou a alteração da racionalidade jurídica fundada no dogma da autonomia da vontade, no âmbito do direito do consumidor contemporâneo. Dessa forma, a necessidade de fortalecimento da confiança contratual resultou no desenvolvimento de uma teoria voltada para a proteção das expectativas legítimas do consumidor e para o aumento do grau de certeza acerca do comportamento das partes em todas as etapas do contrato, denominada de teoria da confiança. Sobre o tema, importante trazer a lição de Claudia Lima Marques:

A teoria da confiança, como já mencionamos anteriormente, pretende proteger prioritariamente as expectativas legítimas que nasceram no outro contratante, que confiou na postura, nas obrigações assumidas e no vínculo criado através da declaração do parceiro. Protegem-se, assim, a boa-fé e a confiança que o parceiro depositou na declaração do outro contratante. A vontade declarada, porém, não prevalecerá se o outro contratante souber ou puder saber razoavelmente que aquela não era a vontade interna de seu parceiro. [...] A teoria da vontade concentrava-se no indivíduo, aquele que emite erroneamente sua vontade, concentrava-se no momento da *criação* do contrato; a teoria da confiança concentra-se também em um indivíduo, o que recebe a declaração de vontade, em sua boa-fé ou má-fé, mas tem como fim proteger os *efeitos* do

⁵¹² WEINGARTEN, Celia. *La confianza en el sistema jurídico: contratos y derecho de daños*. Mendoza: Jurídicas Cuyo, 2002, p. 52.

contrato e assegurar, através da ação do direito, a proteção dos legítimos interesses e a segurança das relações.⁵¹³

A aplicação da teoria da confiança no âmbito do contrato de plano privado de assistência à saúde busca mitigar os riscos à saúde e à segurança do consumidor, de sorte a reestruturar este setor econômico em que há uma disparidade na relação entre consumidor e fornecedor, agravada pela posição de dependência do primeiro em relação ao segundo⁵¹⁴, operacionalizando e concretizando os direitos fundamentais subjacentes a esta espécie de contrato de seguro, não sendo possível analisar este somente pelo aspecto mercantil-econômico. Nesse sentido, Claudia Lima Marques e Cristiano Heineck Schmitt lecionam que:

O surgimento de perspectivas voltadas para o campo do social deram margem a um processo de restauração da vontade legítima do consumidor prejudicado por eventual desequilíbrio contratual ou afetado por serviços inadequados e ineficientes comparados à sua expectativa quando da contratação, bem quanto à imagem de um negócio seguro e eficiente a consagrar o “princípio da manutenção do contrato”, sem a presença da cláusula abusiva, com fundamento na função social desempenhada pelo contrato dentro da sociedade, orientando a relação obrigacional, realizando a distribuição equitativa dos direitos e deveres das partes contratantes.⁵¹⁵

Essa tutela da confiança⁵¹⁶ é operacionalizada pela função social do contrato, pelo princípio da boa-fé objetiva e pelos deveres anexos de lealdade,

⁵¹³ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 281-282.

⁵¹⁴ Sobre esta dependência, Claudia Lima Marques ressalta que: “Esta posição de dependência ou, como aqui estamos denominando, de ‘catividade’ só pode ser entendida no exame do contexto das relações atuais, onde determinados serviços prestados no mercado asseguram (ou prometem), ao consumidor e sua família, *status*, ‘segurança’, ‘crédito renovado’, ‘escola ou formação universitária certa e qualificada’, ‘moradia assegurada’ ou mesmo ‘saúde’ no futuro. A catividade há de ser entendida no contexto do mundo atual, de indução ao consumo de bens materiais e imateriais, de publicidade massiva e métodos agressivos de *marketing*, de graves e renovados riscos na vida em sociedade e de grande insegurança no futuro.” (MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 96.).

⁵¹⁵ MARQUES, Claudia Lima; SCHMITT, Cristiano Heineck. Visões sobre os planos de saúde privada e o Código de Defesa do Consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.); SCHMITT, Cristiano Heineck (coord.); LOPES, José Reinaldo de Lima (coord.); PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (coord.). *Saúde e responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde*. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 74

⁵¹⁶ Claudia Lima Marques salienta que a proteção da confiança do consumidor pode ser distinguida em duas categorias, a confiança no vínculo contratual e a confiança na prestação contratual, *in verbis*: “O CDC institui no Brasil o princípio da confiança do consumidor. Este

informação, transparência, esclarecimento, veracidade, honestidade e probidade, demandando que o fornecedor observe os interesses legítimos despertados no consumidor. Salienta-se que a incidência desses contributos do direito consumerista no mercado de saúde suplementar, que envolvem contratos de longa duração, demandam uma diligência ainda maior no cumprimento da atividade assumida e uma observância dos deveres de cooperação e solidariedade.

Neste sentido, Linneu Rodrigues de Carvalho Sobrinho⁵¹⁷ ensina que a aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao pacto médico-assistencial constitui um método eficaz de interferir nos contratos que buscam o lucro em detrimento do objeto entabulado entre as partes, contribuindo para o reestabelecimento da proporcionalidade do pacto, bem como o equilíbrio entre as partes, levando em consideração principalmente os efeitos deste na sociedade. Portanto, o contrato de plano privado de assistência à saúde é redigido e interpretado pelas normas infraconstitucionais (Código Civil, Código de Defesa do Consumidor, Estatuto do Idoso e Lei dos Planos de Saúde), cabendo à Constituição Federal indicar como se dará o diálogo entre essas.

Outrossim, o pacto relacionado à saúde suplementar, em face da sua dimensão social, mesmo sendo tutelado pela Lei n.º 9.656/98, é fortemente influenciado pelas cláusulas gerais da boa-fé do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor⁵¹⁸, os quais estabelecem um diálogo sistemático de coerência, de complementariedade e de coordenação com a Lei dos Planos de Saúde. Refere-se que se presume a boa-fé subjetiva dos consumidores e impõe-se a boa-fé objetiva dos fornecedores. Sobre a definição da boa-fé subjetiva e objetiva, imperioso trazer os ensinamentos de Judith Martins-Costa:

princípio abrange dois aspectos: 1) a proteção da confiança no vínculo contratual, que dará origem às normas cogentes do CDC, que procuram assegurar o equilíbrio do contrato de consumo, isto é, o equilíbrio das obrigações e deveres de cada parte, através da proibição do uso de cláusulas abusivas e de uma interpretação sempre pró-consumidor; 2) a proteção da confiança na prestação contratual, que dará origem às normas cogentes do CDC, que procuram garantir ao consumidor a adequação do produto ou serviço adquirido, assim como evitar riscos e prejuízos oriundos destes produtos e serviços". (MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 282).

⁵¹⁷ CARVALHO SOBRINHO, Linneu Rodrigues de. *Seguros e planos de saúde: comentários, orientações do Ministério da Saúde, glossário, jurisprudência, danos morais decorrentes e legislação*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 4.

⁵¹⁸ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 497-498.

A expressão “boa-fé subjetiva” denota “estado de consciência”, ou convencimento individual de obrar [a parte] em conformidade ao direito [sendo] aplicável, em regra, ao campo dos direitos reais, especialmente em matéria possessória. Diz-se “subjetiva” justamente porque, para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito na relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Antitética à boa-fé subjetiva está a má-fé, também vista subjetivamente como a intenção de lesar outrem. Já a “boa-fé objetiva” se quer significar – segundo a conotação que adveio da interpretação conferida ao § 242 do Código Civil alemão, de larga força expansionista em outros ordenamentos, e, bem assim, daquela que lhe é atribuída nos países da *common law* – modelo de conduta social, arquétipo ou *standart* jurídico, segundo o qual “cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade”. Por este modelo objetivo de conduta levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como o *status* pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do *standart*, de tipo meramente subsuntivo.⁵¹⁹

Em consonância com as definições precitadas, o beneficiário do plano de assistência à saúde tem o dever de prestar informações necessárias (boa-fé subjetiva) ao fornecedor do produto ou serviço, como por exemplo, sobre a existência de doenças preexistentes no momento da contratação para a avaliação do risco e, conseqüentemente, para o cálculo do prêmio devido. Destaca-se que a má-fé subjetiva do consumidor deverá ser comprovada por aquele que a alegar⁵²⁰. Por sua vez, a operadora do plano não poderá impor cláusulas limitativas do tempo de internação⁵²¹, excluir do procedimento cirúrgico coberto materiais essenciais à sua realização, excluir o consumidor-idoso de sua carteira de usuários em razão de sua faixa etária, bem como deverá prestar informações claras e precisas sobre o produto/serviço oferecido no mercado de consumo (boa-fé objetiva).

Assevera-se que o contrato do plano privado assistencial-médico se forma com base no princípio da boa-fé entre o segurado e o segurador, caracterizado pela sinceridade e lealdade nas informações prestadas pelas

⁵¹⁹ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 411.

⁵²⁰ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 501.

⁵²¹ Veja Súmula 302 do Superior Tribunal de Justiça: “É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado”.

partes e no cumprimento das obrigações avençadas. Sobre o tema, Claudia Lima Marques⁵²² refere que “a formação e a execução desses contratos conforme as exigências da boa-fé objetiva, evitando abusos e reequilibrando os parceiros contratuais tão desiguais, é a grande preocupação da doutrina, legislação e jurisprudência”. No mesmo sentido, Bruno Miragem⁵²³ ressalta que:

De um lado a boa-fé, tal qual percebida em nosso direito, aparece como um princípio cuja aplicação ao direito dos contratos traduz-se por três funções básicas, quais sejam: a) como princípio de interpretação e integração dos negócios jurídicos; b) como limite ao exercício de direitos subjetivos, e c) como fonte autônoma de deveres jurídicos. Vê-se, portanto, que a boa-fé atua fundamentalmente através de uma função criadora de deveres e ao mesmo tempo com uma função limitadora do exercício de direitos subjetivos, a par da terceira função de natureza interpretativa. Ou seja, atua na formação de efeitos dentre os contratantes, mas além do que estabelecido expressamente no pacto.

Cumprir destacar que o contrato assistencial-médico, por se tratar de um contrato típico de seguro, consiste basicamente em um acordo de transferência de titularidade dos prejuízos econômicos decorrentes de um sinistro. Dessa forma, há um dever de mutualidade entre as partes, ou seja, a existência de segurança a ambas as partes no que se refere ao cumprimento do pactuado, em que a seguradora/operadora toma a posição de garantidor, obrigando-se a cobrir as despesas médico-assistenciais na ocorrência de um sinistro, mediante o pagamento da contraprestação (mensalidade) pelo segurado/consumidor, de acordo com o previsto contrato.

Nesse ponto é oportuno salientar que as condições psicofísicas do idoso no momento da contratação exigem redobrado cuidado por parte dos planos ou das seguradoras de saúde, bem como atenção com os deveres de probidade e lealdade para com aquele, em especial no sentido de prestar informações claras e precisas, de forma a não gerar qualquer dúvida quanto à interpretação de determinada cláusula. Esse comportamento adequado e justo por parte das operadoras de planos médico-assistenciais tem como contrapartida gerar uma

⁵²² MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 504.

⁵²³ MIRAGEM, Bruno. Diretrizes interpretativas da função social do contrato. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (org.). *Direito do consumidor: fundamentos do direito do consumidor*, v. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 142-143.

expectativa de lealdade no cumprimento das obrigações pactuadas e com isso aumentar a confiança do idoso, cuja vulnerabilidade agravada deve ser atentada e levada em conta pela parte econômica, técnica, fática e juridicamente mais preparada.

Dessa forma, deve ser apontado que quanto maior for a confiança entre os contraentes, maior será a sua cooperação e, conseqüentemente, melhor será a eficiência econômica do negócio jurídico, atingindo a sua função social. Conforme ensina Claudia Lima Marques⁵²⁴, o contrato de plano e seguro de saúde, além de exigir um dever mútuo, demanda a solidariedade entre as partes, que está ligada à ideia de confiança e cooperação, por sua vez, regidos pelo princípio da boa-fé. Portanto, observa a jurista gaúcha⁵²⁵ serem deveres do fornecedor para com o consumidor: a) de cooperação para manutenção dos vínculos e do sistema de saúde suplementar; b) de possibilitar o acesso ao sistema; c) de contratar um plano; d) de organizar esse sistema para que o serviço e o produto colocados no mercado atinjam a finalidade que o consumidor dele espera, mediante equilíbrio entre as partes contratantes, com especial atenção ao mais fraco na relação de consumo.

Por sua vez, há basicamente dois deveres a serem observados pelo consumidor, quais sejam: a) o primeiro diz respeito ao dever de prestar as informações corretas em relação ao risco (existência ou não de doença preexistente); b) o segundo está relacionado ao pagamento da mensalidade na forma ajustada no pacto⁵²⁶. Estas obrigações são impostas em observância ao princípio da boa-fé, bem como aos deveres de mutualidade, solidariedade e cooperação entre as partes contratantes. A ideia central do plano assistencial-médico está ligada à transferência do risco de doença para o sistema de saúde suplementar, em que os consumidores são solidários no pagamento do produto ou serviço, ou seja, é suportado por todos, e a operadora atua como gestora dos recursos e organizadora da cadeia de consumo⁵²⁷.

⁵²⁴ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 520-521.

⁵²⁵ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 520-521.

⁵²⁶ MIRAGEM, Bruno. O contrato de seguro e os direitos do consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (org.). *Direito do consumidor: contratos de consumo*, v. IV. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 583.

⁵²⁷ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 522.

Ainda no que se refere aos deveres do fornecedor de produtos e serviços ligados à saúde suplementar, estes estão divididos entre obrigações pré-contratuais e contratuais⁵²⁸.

Com relação as obrigações pré-contratuais, a operadora do plano deverá prestar informações e esclarecimentos claros e objetivos, nos termos dos artigos 6.º, III, 31 e 46, todos do Código de Defesa do Consumidor⁵²⁹, sobre as condições gerais do contrato – o preço e as formas de pagamento da mensalidade, os planos oferecidos (o que está coberto em cada um destes), a área de abrangência, entre outras –, em atenção ao princípio da transparência⁵³⁰ enaltecido no artigo 4.º, “caput”, do diploma consumerista⁵³¹. Sinala-se que todas as manifestações (publicidade) ou informações prestadas pelo fornecedor com intuito de atrair o consumidor para a relação contratual, objetivando que este contrate os serviços ou produtos fornecidos no mercado de consumo, obrigam o fornecedor, integrando o contrato que vier a ser celebrado, conforme dispõe o artigo 30 do Código de Defesa do Consumidor⁵³².

⁵²⁸ MIRAGEM, Bruno. O contrato de seguro e os direitos do consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (org.). *Direito do consumidor: contratos de consumo*, v. IV. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 584.

⁵²⁹ O artigo 6.º estabelece como direito básico do consumidor: “III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem”. Por sua vez o artigo 31 do mesmo diploma legal refere: “Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores”. Já o artigo 46 estabelece: “Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance”.

⁵³⁰ Claudia Lima Marques aduz que: “[...] transparência significa informação clara e correta sobre o produto a ser vendido, sobre o contrato a ser firmado, significa lealdade e respeito nas relações entre fornecedor e consumidor, mesmo na fase pré-contratual, isto é, na fase negocial dos contratos de consumo. (MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 745.).

⁵³¹ O artigo 4.º está assim disposto: “Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo [...]”.

⁵³² O aludido artigo prevê: “Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado”.

No que tange às obrigações contratuais, a operadora tem o dever de fornecer uma cópia do pacto entabulado entre as partes, conforme o artigo 16 da Lei dos Planos de Saúde⁵³³, disponibilizar meios de pagamento acessíveis, fornecer os produtos e prestar os serviços em caso de sinistro envolvendo a saúde, nos termos do pactuado, prestando as informações necessárias e claras para o cumprimento deste. Salieta-se, também, a obrigação das operadoras em incluir na cobertura todas as doenças previstas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde (CID), sendo defesa a exclusão de patologias previstas nesta, bem como a limitação de procedimentos médicos, hospitalares ou odontológicos⁵³⁴, conforme dispõe o artigo 10 da Lei n.º 9.656/98⁵³⁵.

Conforme relatado no decorrer deste trabalho, a Carta Maior brasileira de 1988 incluiu a defesa do consumidor como princípio geral da atividade econômica e, conseqüentemente, do direito privado, devendo o contrato ser interpretado de forma teleológica, isto é, protegendo o mais fraco na sociedade de consumo, denotando-se uma publicização do direito privado. De igual modo confere a proteção diferenciada do idoso pela família, Estado e sociedade.

Outrossim, como forma de estabelecer garantias mínimas e direitos básicos dos consumidores, o legislador infraconstitucional redigiu o artigo 6.º do Código de Defesa do Consumidor, dando um importante passo para a concretização da defesa e da proteção dos direitos dos consumidores previsto no artigo 5.º, XXXII, da Constituição Federal. Refere-se que esses direitos foram edificados a partir daqueles elencados por John Fitzgerald Kennedy⁵³⁶ (direito à segurança, direito à informação, direito de escolha e direito de ser

⁵³³ Segundo este artigo, os contratos de planos privados de assistência à saúde devem indicar com clareza: "I - as condições de admissão; II - o início da vigência; III - os períodos de carência para consultas, internações, procedimentos e exames; IV - as faixas etárias e os percentuais a que alude o caput do art. 15; V - as condições de perda da qualidade de beneficiário; VI - os eventos cobertos e excluídos; VII - o regime, ou tipo de contratação;

⁵³⁴ GREGORI, Maria Stella. *Planos de Saúde: a ótica da proteção do consumidor*. 3.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 183.

⁵³⁵ Assim dispõe o referido artigo: "Art. 10. É instituído o plano-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermagem, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei".

⁵³⁶ KENNEDY, John Fitzgerald. Special Message on Protecting The Consumer Interest. Disponível em: <<http://www.jfklibrary.org/Asset-Viewer/Archives/JFKPOF-037-028.aspx>>. Acesso em: 13 mar. 2017.

ouvido) no discurso referente a necessidade de atenção e proteção do consumidor, proferido ao Congresso Americano, em 1962.

O primeiro direito básico do consumidor consiste na proteção à vida, saúde e segurança da parte mais frágil na relação de consumo, nos termos do artigo 6.º, I, do Código de Defesa do Consumidor. O direito à vida é compreendido como direito essencial da personalidade⁵³⁷, direito fundamental previsto no artigo 5.º, “caput”, da Constituição Federal. Sobre outro aspecto, este é entendido como a proteção individual da vida do consumidor considerado em relação contratual específica, consistente em assegurar a integridade física e moral⁵³⁸.

A proteção da saúde e o direito à segurança estão vinculados à garantia do direito à vida, tanto no aspecto coletivo (direito fundamental), quanto no individual (relação específica de consumo). Nesse sentido, a proteção deste direito consiste na necessidade de garantia e segurança ao consumidor de que os produtos e serviços colocados no mercado de consumo atendam as condições necessárias à preservação da integridade física e psíquica, bem como a exigência de qualidade-adequação e qualidade-segurança dos produtos e serviços prestados pelo fornecedor, conforme seu uso esperado⁵³⁹.

Assim, é importante que o consumidor-idoso tenha resguardada a devida assistência médico-hospitalar privada, de sorte que possa gozar de uma convivência na relação interpessoal segura e plena, sem temer que a contratação à assistência a saúde seja mais uma expectativa frustrada no curso da sua vida. Esta garantia, possui relevância para o direito à saúde e, em última análise, a própria garantia à vida do consumidor-idoso, sendo ampliada e protegida a proteção na parte final de sua existência humana.

Releva ponderar que a inobservância da proteção à vida, à saúde e à segurança por parte do fornecedor resultará na responsabilidade pelo fato do produto ou serviço, em decorrência de vícios de qualidade por insegurança,

⁵³⁷ Sobre o tema, veja: SOUSA, Rabindranath Valentino Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra, 1995; SZANIAWISKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005; TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3.ª ed. Rio e Janeiro: Renovar, 2004;

⁵³⁸ Assim: MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 211.

⁵³⁹ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 2.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 55-56.

nos termos dos artigos 12 a 17, ambos previstos no diploma consumerista; ou ainda na responsabilidade por vício do produto ou serviço (vícios de qualidade por inadequação), conforme dispõe o art. 18 e seguintes do CDC⁵⁴⁰. Sobre esse ponto, no que tange ao mercado de consumo ligado à saúde suplementar, cita-se como exemplo a responsabilidade civil solidária da operadora de plano assistencial-médico (responsabilidade objetiva) com o médico cooperativado (responsabilidade subjetiva) em face da ocorrência de um erro médico, diante do dever daquele de fiscalizar os produtos e serviços fornecidos no mercado de consumo da saúde suplementar⁵⁴¹.

O inciso II do artigo 6.º do Código de Defesa do Consumidor prevê o direito de escolha e de igualdade na contratação⁵⁴². Este direito básico do consumidor está ligado, principalmente a fase pré-contratual, em que o consumidor tem o direito de receber informações claras e precisas sobre o pacto, inclusive no que tange à propaganda, para que possa exercer o direito racional de escolha, em face de sua vulnerabilidade técnico-jurídica sobre as cláusulas contratuais. Sobre o assunto, são as lições de Claudia Lima Marques, Antônio Herman Benjamin e Bruno Miragem⁵⁴³:

A nova teoria contratual, impregnada por uma visão total da relação e conforme a boa-fé, passa também a valorizar o tempo como elemento relevante. Na formação do vínculo, o

⁵⁴⁰ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 175.

⁵⁴¹ “RECURSOS ESPECIAIS. ERRO MÉDICO. CONSUMIDOR. HOSPITAL E ADMINISTRADORA DE PLANO DE SAÚDE. RESPONSABILIZAÇÃO SOLIDÁRIA. PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE ENTRE OS INTEGRANTES DA CADEIA DE FORNECIMENTO. MÉDICOS EXTERNOS AO CORPO CLÍNICO DO HOSPITAL. IMPORTÂNCIA NA AÇÃO DE REGRESSO. VALOR DA INDENIZAÇÃO. RAZOABILIDADE. 1. Erro médico consistente em perfuração de intestino durante cirurgia de laparotomia realizada por médicos credenciados, com a utilização das instalações de hospital também credenciado à mesma administradora de plano de saúde. 2. Responsabilização solidária pelo acórdão recorrido dos réus (hospital e administradora de plano de saúde), com fundamento no princípio da solidariedade entre os fornecedores de uma mesma cadeia de fornecimento de produto ou serviço perante o consumidor, ressalvada a ação de regresso. 3. A circunstância de os médicos que realizaram a cirurgia não integrarem o corpo clínico do hospital terá relevância para eventual ação de regresso entre os fornecedores. 4. Razoabilidade do valor da indenização por danos morais fixada em 200 salários mínimos. 5. RECURSOS ESPECIAIS NÃO PROVIDOS”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1359156/SP. Recorrente: Hospital Aviccena S/A. Recorrido: Flávia Santos da Silva Batista. Relator Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília: 26 de mar. 2015).

⁵⁴² BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 2.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 58.

⁵⁴³ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 175-176.

tempo será considerado como aliado da racionalidade e reflexão na decisão dos consumidores. O Código de Defesa do Consumidor reconhece a importância das novas técnicas de venda, muitas delas agressivas, do marketing e do contrato como forma de informação do consumidor, protegendo o seu direito de escolha e sua autonomia racional, através do reconhecimento de um direito mais forte de informação (art. 30, 31, 33, 34, 46, 48 e 54 do CDC) e um direito de reflexão (art. 49 do CDC). A necessidade de proteção da liberdade do contratante mais fraco leva a impor novos riscos profissionais aos fornecedores, que não poderão ser transferidos aos consumidores por nenhuma manifestação válida de vontade, a redefinir o abuso.

Desse modo, no plano privado de assistência à saúde, o consumidor tem o direito de receber as informações sobre as condições gerais do contrato, preço e formas de pagamento da mensalidade, os planos oferecidos (o que está coberto em cada um destes), área de abrangência, para que possa escolher, observando a sua autonomia racional, àquele que melhor supra suas necessidades.

De igual maneira, o consumidor tem o direito básico à informação, nos termos do inciso III do artigo 6.º do Código de Defesa do Consumidor. Ressalte-se que esse direito provém da existência de um déficit informacional do consumidor, vulnerável e leigo, decorrente do fato do fornecedor deter o conhecimento específico sobre a produção de produtos e fornecimento de serviços, gerando uma desigualdade informacional entre as partes⁵⁴⁴. Para que esse seja concretizado, não basta que o fornecedor simplesmente transmita as informações ao consumidor, sendo necessário que essas sejam prestadas de forma adequada e eficaz, de modo que o consumidor-idoso tenha a exata compreensão do que está contratando, como será prestado este serviço e em que condições⁵⁴⁵.

O dever de informar não ocorre apenas no momento pré-contratual – relacionado à publicidade, práticas comerciais e oferta, conforme as disposições contidas nos artigos 30, 31, 34, 35, 40 e 52, todos do

⁵⁴⁴ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 215.

⁵⁴⁵ Sobre o tema, Bruno Miragem destacada que: “O direito básico à informação do consumidor constitui-se em uma das bases da proteção normativa do consumidor no direito brasileiro, uma vez que sua garantia tem por finalidade promover o equilíbrio de poder de fato nas relações entre consumidores e fornecedores, ao assegurar a existência de uma equidade informacional das partes”. (MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 216).

microssistema consumerista –, mas também após ter sido firmado o pacto através do instrumento contratual, nos termos dos artigos 46, 48, 52 e 54, todos do Código de Defesa do Consumidor, bem como durante a execução do pacto, conforme se pode observar nos incisos I, IV, e XIII do artigo 51, do diploma legal consumerista, e para a cobrança de dívidas, nos termos do parágrafo único do artigo 44 do Código de Defesa do Consumidor⁵⁴⁶.

Portanto, conforme já apontado anteriormente, no plano privado de assistência à saúde a operadora tem o dever de, além de fornecer cópia do contrato, regulamento ou condições gerais dos produtos e serviços, disponibilizar material explicativo, em linguagem simples e precisa, todas as características do contrato, e direitos e obrigações das partes contratantes, devendo informar o conjunto de estabelecimentos credenciados junto à operadora que podem oferecer os cuidados relacionados à saúde do consumidor, bem como sobre eventual descredenciamento desses⁵⁴⁷.

No inciso IV do artigo 6.º do Código de Defesa do Consumidor há a previsão da vedação do abuso de direito, impondo, desta forma, a transparência e boa-fé nas práticas comerciais, na publicidade e no contrato⁵⁴⁸.

⁵⁴⁶ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 178-179.

⁵⁴⁷ Nesse sentido, é a decisão da Ministra Nancy Andrighi, a seguir ementada: “CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. REDE CONVENIADA. ALTERAÇÃO. DEVER DE INFORMAÇÃO ADEQUADA. COMUNICAÇÃO INDIVIDUAL DE CADA ASSOCIADO. NECESSIDADE. 1. Os arts. 6º, III, e 46 do CDC instituem o dever de informação e consagram o princípio da transparência, que alcança o negócio em sua essência, na medida em que a informação repassada ao consumidor integra o próprio conteúdo do contrato. Trata-se de dever intrínseco ao negócio e que deve estar presente não apenas na formação do contrato, mas também durante toda a sua execução. 2. O direito à informação visa a assegurar ao consumidor uma escolha consciente, permitindo que suas expectativas em relação ao produto ou serviço sejam de fato atingidas, manifestando o que vem sendo denominado de consentimento informado ou vontade qualificada. Diante disso, o comando do art. 6º, III, do CDC, somente estará sendo efetivamente cumprido quando a informação for prestada ao consumidor de forma adequada, assim entendida como aquela que se apresenta simultaneamente completa, gratuita e útil, vedada, neste último caso, a diluição da comunicação efetivamente relevante pelo uso de informações soltas, redundantes ou destituídas de qualquer serventia para o consumidor. 3. A rede conveniada constitui informação primordial na relação do associado frente à operadora do plano de saúde, mostrando-se determinante na decisão quanto à contratação e futura manutenção do vínculo contratual. 4. Tendo em vista a importância que a rede conveniada assume para a continuidade do contrato, a operadora somente cumprirá o dever de informação se comunicar individualmente cada associado sobre o descredenciamento de médicos e hospitais. 5. Recurso especial provido”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.144.840/SP. Recorrente: Isabel Martins Favero e outro. Recorrido: Associação Auxiliadora das Classes Laboriosas. Relator: Min. Nancy Andrighi. Brasília: 20 de mar. 2012.).

⁵⁴⁸ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 2.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 59.

Neste sentido, é defesa a publicidade enganosa (artigo 37, CDC), métodos comerciais coercitivos ou desleais como práticas (artigo 39, CDC) e cláusulas abusivas (artigo 51, CDC) impostas no fornecimento do produto ou serviço. Portanto, no campo da saúde suplementar, é vedada a limitação de prazo, de valor máximo e de quantidade de coberturas de internações hospitalares, nos termos do disposto no artigo 12, II, *a*, da Lei n.º 9.656/98, bem como a suspensão ou rescisão unilateral do contrato durante a ocorrência de internação hospitalar, *vide* artigo 13, II, da Lei dos Planos de Saúde, sob pena de limitar o uso da assistência à saúde contratada, em especial, ao consumidor idoso que mais necessita deste tipo de serviço.

Já o inciso V do artigo 6.º do diploma legal consumerista estabelece a proteção contratual, prevendo a modificação de cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais, ou sua revisão em decorrência de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas, de sorte a reestabelecer o equilíbrio do pacto. No âmbito do contrato relacionado à saúde suplementar, refere-se à possibilidade de revisão das cláusulas que preveem o aumento da mensalidade em razão do beneficiário completar 60 ou 70 anos. Em determinadas situações, quando verificada um aumento abusivo e desproporcional, sem indicar critérios técnicos, a cláusula de reajuste da faixa etária é considerada nula, nos termos do artigo 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor, principalmente em face da vedação de discriminação do idoso nos planos de saúde na cobrança de valores diferenciados em razão da idade, em consonância ao disposto no artigo 15, §3.º, do Estatuto do Idoso⁵⁴⁹.

⁵⁴⁹ Sobre o ponto são as decisões do TJRS: “APELAÇÃO CÍVEL. SEGUROS. AÇÃO REVISIONAL. PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE DA MENSALIDADE. FAIXA ETÁRIA. PLANO COLETIVO. ABUSIVIDADE. DEVOLUÇÃO DE VALORES. 1. Pedido de suspensão do processo rejeitado, tendo em vista decisão proferida no REsp 1.568.224-RJ - Tema 952, limitando a afetação aos planos individuais e familiares, hipótese diversa dos autos. 2. Conforme jurisprudência pacífica desta Corte e do e. STJ, a previsão de reajuste em razão da faixa etária é abusiva, devendo ser declarada nula. Aplicação do Estatuto do Idoso e do CDC. Descabe o reajuste das mensalidades por modificação de faixa etária em qualquer percentual, porque também seria autorizar o aumento diferenciado ao idoso. Afastado limite de reajuste. 3. A Lei n.º 9.656/98 é aplicável à hipótese dos autos, independentemente de ter havido a adequação do contrato firmado entre as partes a esta legislação. 4. Uma vez reconhecida a abusividade da cláusula que prevê o aumento da mensalidade exclusivamente em razão da faixa etária, impõe-se a restituição dos valores pagos a maior, na forma simples, sob pena de enriquecimento sem causa. 5. Sucumbência recursal. Honorários advocatícios majorados, nos termos do art. 85, § 11, do CPC. APELAÇÃO DESPROVIDA. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 70074651563. Apelante: Círculo Operária Caxiense. Apelado: Diva Maria Bianchin Gelain. Relatora: Isabel Dias Almeida. Porto Alegre: 30 de ago. 2017).”. No mesmo sentido: “APELAÇÃO CÍVEL. SEGUROS. PLANO DE SAÚDE.

O consumidor tem o direito à efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais e coletivos, conforme disposto no inciso VI do artigo 6.º do Código de Defesa do Consumidor.

A prevenção de danos consiste, conforme aponta Bruno Miragem⁵⁵⁰, na “eliminação ou redução dos riscos de danos causados aos consumidores, em razão da realidade do mercado de consumo”. Destaca-se, deste modo, a importância da atuação da Agência Nacional de Saúde Suplementar no sentido de fiscalizar, regulamentar e normatizar o mercado da saúde suplementar, principalmente no que tange à elaboração de critérios essenciais para o registro de produtos; elaboração do rol de procedimentos e eventos em saúde que constituirão o plano-referência; normatização dos conceitos de doença e lesões preexistentes; controle e aferição da qualidade dos serviços oferecidos pelas operadoras de planos de assistência à saúde; fiscalização das atividades das operadoras em suas operações, bem como em relação aos serviços e

REAJUSTE DA MENSALIDADE. FAIXA ETÁRIA. ABUSIVIDADE. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E ESTATUTO DO IDOSO. REPETIÇÃO SIMPLES DOS VALORES INDEVIDAMENTE SATISFEITOS. 1. Trata-se de decisão recorrida publicada após a data de 18/03/2016, quando entrou em vigor o Código de Processo Civil de 2015, de modo que há a imediata incidência no caso dos autos da legislação vigente, na forma do artigo 1.046 do diploma processual precitado. 2. Os planos ou seguros de saúde estão submetidos às disposições do Código de Defesa do Consumidor, enquanto relação de consumo atinente ao mercado de prestação de serviços médicos, nos termos do artigo 35-G da Lei 9.656/98 e da súmula nº. 469 do STJ. 3. A cláusula contratual que determina o acréscimo na mensalidade em razão da mudança de faixa etária não indica os critérios utilizados para determinar o reajuste em valor tão expressivo, rompendo com o equilíbrio contratual, princípio elementar das relações de consumo, a teor do que estabelece o artigo 4º, inciso III, do CDC. 4. A previsão de cobrança superior pelo implemento da faixa etária dos 59 anos evidencia o propósito de burlar o Estatuto do Idoso, com a imposição do aumento um ano antes da idade a partir da qual este seria vedado, de acordo com o artigo 15, §3º daquela lei. Nessa seara, com base no artigo 51, incisos IV, X e XV, § 1º, do CDC, reconhece-se a impropriedade do aumento da mensalidade por implemento de idade. 5. Destarte, o consumidor tem o direito de prever qual será a amplitude do aumentados preços do contrato a que está submetido, que deve ser realizado de forma equitativa entre os contraentes, em especial nos contratos de prestações sucessivas, como é o caso dos autos. 6. Aplicabilidade da lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), norma de ordem pública e de incidência imediata, devendo o contrato ser adequado a esse regramento jurídico. 7. É consequência da declaração de nulidade da cláusula a sua exclusão do contrato e não a substituição por outra cunhada judicialmente a qual não faz parte do pacto e nem tem a manifestação de vontade das partes para produzir o efeito desejado. Além disso, a limitação do índice a ser aplicado importa também em autorizar o aumento, em evidente violação às normas citadas anteriormente. 8. Hipótese de repetição simples dos valores indevidamente satisfeitos. 9. Os honorários advocatícios deverão ser majorados quando a parte recorrente não lograr êxito neste grau de jurisdição, independente de pedido a esse respeito, devido ao trabalho adicional nesta instância, de acordo com os limites fixados em lei. Inteligência do art. 85 e seus parágrafos do novel CPC. Negado provimento ao apelo. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 70073441867. Apelante: Unimed Nordeste Rs - Soc Coop Serv Medicos Ltda. Apelado: Claudete Canudo Sonego. Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto. Porto Alegre: 30 de ago. 2017).”

⁵⁵⁰ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 216, p. 226.

produtos disponibilizados, com a finalidade de promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde.

Desse modo, a standardização dos contratos com conceitos claros e precisos, especificação adequada dos serviços disponíveis e forma de execução delimitada serve para garantir que assistência à saúde do idoso seja feita de acordo com o pactuado, sem margem para discussões judiciais infundáveis que venham em prejuízo deste tipo de consumidor. Por sua vez, quanto ao direito à reparação de prejuízos, este constitui na efetiva indenização, consagrado no princípio da reparação integral dos danos⁵⁵¹, tanto patrimoniais, como extrapatrimoniais, individuais, coletivos ou difusos⁵⁵². Para tanto, Sergio Cavalieri Filho⁵⁵³ acentua que o Código de Defesa do Consumidor transferiu os riscos do consumo ao fornecedor, estabelecendo a responsabilidade civil objetiva nos casos de acidente de consumo, previstos nos artigos 12 e 14, ambos do Código consumerista.

Por conseguinte, aplica-se ao fornecedor do serviço de plano privado de assistência à saúde que protelar ou descumprir o pactuado, a responsabilidade civil pelo vício do serviço, o qual constitui na responsabilização do fornecedor em face de uma violação do dever de adequação⁵⁵⁴, isto é, o serviço colocado no mercado não atinge a finalidade que o consumidor dele espera.

A operadora do plano ou seguro de saúde incorre em grave violação do direito social à saúde ao descumprir a obrigação inerente ao contrato ligado à saúde, não se podendo afirmar que o inadimplemento do pacto pela seguradora constitui mero dissabor contratual, uma vez que a vida é o bem maior a ser tutelado, presumindo-se a existência de dano extrapatrimonial ao segurado que se vê desamparado. Sobre o tema, são os ensinamentos contidos nas decisões de Jorge Luiz Lopes do Canto:

⁵⁵¹ Sobre o tema, Bruno Miragem ressalta que: “O direito à efetiva reparação, neste particular, consagra em direito do consumidor o *princípio da reparação integral dos danos*. Ou seja, de que deve ser reparadas todos os danos causados, sejam prejuízos diretamente causados pelo fato, assim como aqueles que sejam sua consequência direta”. (MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 216, p. 227-228).

⁵⁵² Refere-se a possibilidade de cumulação das indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato, conforme a Súmula n.º 37 do Superior Tribunal de Justiça, que prevê: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”.

⁵⁵³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 7.^a ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 459.

⁵⁵⁴ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 216, p. 668 e ss.

Assim, na hipótese discutida no presente feito não se trata apenas de mero descumprimento contratual, mas de desatendimento a obrigação assumida que gera profunda dor psíquica, diante da incerteza de ter recuperada a própria saúde ou a de ente querido beneficiário do plano, em função de que a ré que estava obrigada a prover os recursos necessários para o tratamento médico devido e se omite neste momento delicado. Dessa forma, é fato notório o abalo psicológico que sofre o usuário de plano de saúde réu ante ao descumprimento da obrigação de arcar com as despesas médicas por parte deste, situação que afeta o equilíbrio psicológico do indivíduo e caracteriza o dever de indenizar, pois ultrapassado o mero dissabor no trato das relações sociais, importando em desrespeito ao princípio da dignidade humana e, como tal, atingindo os direitos à personalidade do qual integra este.⁵⁵⁵

O consumidor possui o direito de acesso à justiça e aos órgãos administrativos, bem como a facilitação da defesa de seus direitos em juízo, mediante utilização do instituto jurídico da inversão do ônus da prova, como forma de prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, conforme os incisos VII e VIII do artigo 6.º do Código de Defesa do Consumidor.

O direito ao acesso à justiça consiste na possibilidade real de defesa do consumidor para reparação ou prevenção de um dano patrimonial ou moral, por intermédio dos Órgãos da Administração Pública e do Poder Judiciário, uma vez que o simples “reconhecimento dos direitos subjetivos do direito do consumidor, por si só, não assegura a atividade de proteção jurídica conferida em lei”⁵⁵⁶. Antônio Herman Benjamin, Claudia Lima Marques e Leonardo Bessa Roscoe ressaltam que se inclui nesse direito a proteção jurídica e administrativa aos necessitados, realizadas pelas defensorias públicas dos Estados e da União, bem como se encontra no inciso VII previsão de retirada de produtos ou serviços do mercado de consumo e, também, o sistema do “recall”⁵⁵⁷.

A facilitação da defesa dos direitos do consumidor em juízo, inclusive com a inversão do ônus da prova a seu favor, a critério do juiz, quando

⁵⁵⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 70044435089. Apelante/Apelado: Unimed Paulistana. Apelado/Apelante: Vanessa Cristiane Szreider de Souza. Relator: Des. Jorge Luiz Lopes do Canto. Porto Alegre: 30 de set. 2011.

⁵⁵⁶ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 216, p. 230

⁵⁵⁷ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 2.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 63.

preenchidos seus requisitos (verossimilhança da alegação ou hipossuficiência do consumidor), constitui um direito básico de grande repercussão prática nos tribunais pátrios. A inversão do ônus da prova decorre da dificuldade do consumidor, vulnerável e leigo, em demonstrar os elementos fáticos que embasam a sua pretensão. Ressalte-se que em nenhuma hipótese são permitidas as cláusulas contratuais que invertam o ônus da prova em prejuízo do consumidor, conforme o art. 51, VI, do CDC.

Importante destacar, por fim, que os direitos previstos no Código de Defesa do Consumidor, não excluem outros previstos em leis ordinárias, tratados ou convenções internacionais, regulamentos expedidos por autoridades administrativas, bem como de princípios gerais e costumes, conforme dispõe o artigo 7.º do Código de Defesa do Consumidor. Esta previsão de abertura do microsistema consumerista, permeável e não exaustivo, se dá pelo fato da prioridade da defesa e proteção do consumidor, garantido constitucionalmente no art. 5.º, XXXII, da Constituição Federal, independentemente de que esta se encontre no código consumerista, lei geral ou especial⁵⁵⁸.

Portanto, afirma-se que sobre o contrato de plano de saúde incidem, basicamente, três sistemas distintos e complementares, quais sejam o Código Civil, Código de Defesa do Consumidor, Estatuto do Idoso e a Lei dos Planos de Saúde, como forma de assegurar os direitos e de dar proteção ao sujeito mais frágil da relação contratual, o consumidor. Diante da vulnerabilidade do consumidor, bem como do desequilíbrio estrutural do mercado, Adalberto Pasqualotto⁵⁵⁹ afirma que se exige uma interpretação sistemática das regras jurídicas protetoras das relações de consumo. Nesse sentido, as cláusulas contratuais devem ser interpretadas de forma mais favorável ao consumidor, conforme o artigo 47 do Código de Defesa do Consumidor.

⁵⁵⁸ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 220-221.

⁵⁵⁹ PASQUALOTTO, Adalberto. A regulamentação dos planos e seguros de assistência à saúde: uma interpretação construtiva. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.); LOPES, Jose Reinaldo de Lima (coord.); PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (coord.). *Saúde e responsabilidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 53.

Percebe-se, assim, que o Código de Defesa do Consumidor⁵⁶⁰ não tem o escopo de tutelar os direitos dos consumidores exaustivamente, como se fosse um sistema fechado de normas. Pelo contrário, a promoção dos direitos do consumidor deve ser dada por intermédio de um diálogo harmônico e sistemático das normas que compõem o ordenamento jurídico brasileiro⁵⁶¹, visando sempre a defesa dos direitos fundamentais e dos valores contidos na Constituição Federal.

Sinala-se, por fim, que a atenção, proteção e promoção dos direitos básicos do consumidor e, também, do consumidor idoso, constituem importantes mecanismo para a promulgação dos valores, princípios e regras constitucionais. Dessa forma, a integralização desses direitos, a partir do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor e da vulnerabilidade do consumidor-idoso, permitem um desenvolvimento social no campo da saúde suplementar, com vistas ao interesse útil do consumidor e do consumidor-idoso a proteção de sua confiança, trazendo aspectos positivos para a relação contratual de consumo e reduzindo suas incertezas.

3.2 REFLEXOS DO REGIME JURÍDICO DOS PLANOS E SEGUROS DE SAÚDE NA DEFESA DO CONSUMIDOR-IDOSO

Conforme se viu no decorrer deste trabalho, os pactos de planos privados de assistência à saúde possuem objeto distinto dos demais bens e

⁵⁶⁰ Sobre o tema, a Ministra Nancy Andrighi aduz que o CDC é principiológico, estando contidos nele os princípios fundamentais básicos como: a harmonia entre consumidor e fornecedor; a boa-fé e o equilíbrio nas relações negociais; a responsabilidade civil objetiva; a interpretação mais favorável dos contratos ao consumidor. (ANDRIGHI, Fátima Nancy. Os planos de saúde privados e o código do consumidor: principais questões geradoras de conflito entre planos de saúde e consumidores. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da. *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 65.

⁵⁶¹ Conforme abordado no decorrer deste trabalho, a harmonização e coordenação de normas jurídicas (diálogo das fontes) em um sistema infraconstitucional tem por base o direito constitucional como princípio norteador e regulador, diante de seu caráter estruturante para a atuação do legislador e dos operadores do direito. Nestes termos, as relações privadas devem ser pautadas em consonância aos direitos fundamentais erigidos na Carta Magna e as normas infraconstitucionais devem confluir para que estes direitos absolutos se concretizem. Sobre o tema, veja: MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 691 e ss; LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 254-256.

serviços colocados no mercado de consumo, uma vez que servem como meio de promoção e preservação da saúde e vida do consumidor. De igual forma, por se tratar de um pacto privado, vigoram interesses antagônicos na relação contratual, quais sejam: a) a necessidade de equilíbrio atuarial e o lucro esperado pelas operadoras de planos e seguros de saúde; b) o interesse útil do consumidor de que o pacto seja cumprido e a sua saúde seja restabelecida e preservada.

Ressalta-se que, em decorrência da existência de interesses, por vezes, conflitantes, bem como em face do grande número de usuários nos planos privados de assistência à saúde, em determinadas situações ocorrem distorções ao modelo relacional-econômico existente entre os consumidores e fornecedores, resultando o surgimento de conflitos neste setor⁵⁶², especialmente decorrentes de práticas e cláusulas abusivas em relação a consumidores-idosos⁵⁶³.

Entretanto, não se deve esquecer que, com o avançar da idade, os serviços médico-ambulatoriais se tornam cada vez mais necessários⁵⁶⁴, motivo pelo qual eventual descumprimento em face de consumidores-idosos trazem prejuízos maiores a estes. Dessa forma, no presente ponto buscar-se-á analisar a tutela dos consumidores em situação de vulnerabilidade agravada através do controle judicial de cláusulas e práticas reputadas como abusivas nos planos de assistência à saúde, bem como a necessidade de ações afirmativas que busquem alternativas à judicialização da saúde e

⁵⁶² Nos termos da notícia veiculada no site da ANS, esta agência reguladora recebeu em seus canais de atendimento, apenas no período de 01 de outubro de 2016 a 31 de dezembro de 2016, mais de 16 mil reclamações de natureza assistencial, dos quais 12 mil queixas foram consideradas para análise do Programa de Monitoramento da Garantia de Atendimento da ANS. Para mais informações, veja: <<http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/consumidor/3782-garantia-de-atendimento-ans-suspende-venda-de-35-planos-de-saude>>. Acesso em: 13 de mar. 2017.

⁵⁶³ Salienta-se que os idosos já representam 12% do número total de usuários de planos privados de assistência à saúde, motivo pelo, também, se verifica um aumento no número de conflitos entre este consumidor em situação de vulnerabilidade agravada e os operadores de planos e seguros saúde. Sobre o tema, veja: <http://www.ans.gov.br/anstabnet/cgi-bin/tabnet?dados/tabnet_br.def>. Acesso em: 13 de mar. 2017.

⁵⁶⁴ Veja: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 145-147; MARTIN, Claudia. RODRÍGUEZ-PINZÓN, Diego. BROWN, Bethany. *Human rights of older people: universal and regional legal perspectives*. (Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice; 45). Dordrecht: Springer, 2015, p. 74-75).

operacionalização dos direitos do consumidor-idoso, como forma de dar um tratamento diferenciado a este no campo da saúde suplementar.

3.2.1 A judicialização da saúde suplementar: o controle de cláusulas e práticas abusivas

A Constituição Federal de 1988 estabelece como garantia do cidadão a facilitação ao acesso à Justiça, norma esta insculpida no artigo 5.^o, inciso XXXV, de nossa carta magna, consubstanciando o princípio da inafastabilidade da jurisdição. Sobre o tema, Adolfo Mamoru Nishiyama ressalta que o Poder Judiciário está vinculado ao princípio democrático da independência dos poderes, sendo a principal garantia dos direitos fundamentais do consumidor, especialmente ao referir que:

Os consumidores possuem vários instrumentos para que os direitos consagrados na Constituição Federal possam ter eficácia. Dentre esses instrumentos podemos citar as medidas processuais que estão à disposição de qualquer pessoa, como as ações declaratórias, constitutivas e condenatórias. Assim, os consumidores em geral poderão pleitear em Juízo a reparação de uma lesão ou se prevenir contra a ameaça de um direito pela chamada via de exceção, alegando inclusive a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.⁵⁶⁵

A promoção do acesso à justiça é um dever do Estado⁵⁶⁶ e um direito fundamental básico do ser humano, uma vez que, se não houvesse mecanismos para efetiva reivindicação de direitos, a sua titularidade seria destituída de sentido⁵⁶⁷. Logo, a efetividade do acesso à justiça constitui requisito fundamental para construção de um sistema jurídico moderno e

⁵⁶⁵ NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A proteção constitucional do consumidor*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p. 178

⁵⁶⁶ Ingo Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Francisco Mitidiero ressaltam que: “Ao proibir a justiça de mão própria e afirmar que a ‘lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito’ (art. 5.^o, XXXV, da CF), nossa Constituição admite a existência de *direito à tutela jurisdicional adequada e efetiva*. Obviamente, a proibição de autotutela só pode acarretar o dever do Estado Constitucional de prestar tutela jurisdicional idônea aos direitos.”. Assim, os referidos autores apontam que o direito constitucional à tutela jurisdicional se concretiza em três perspectivas: a) do acesso à justiça; b) da adequação da tutela; e, c) da efetividade da tutela”. (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 4.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 741).

⁵⁶⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 12.

igualitário que almeje, minimamente, proteger os direitos de todas as pessoas e conferir efetividade à tutela jurisdicional, e não apenas proclamar direitos⁵⁶⁸.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth⁵⁶⁹ apontam que a expressão “acesso à justiça” é reconhecidamente difícil de ser definida, no entanto, serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico. A primeira está ligada à ideia de que o sistema jurídico deve ser acessível a todos; a segunda relaciona-se à necessidade de o sistema jurídico produzir resultados que sejam individualmente e socialmente justos⁵⁷⁰.

Francesco Carnelutti⁵⁷¹ salienta que os dramas jurídicos nascem da discórdia. Tanto a concórdia, quanto a discórdia provém de “corde” (coração). Por este motivo, os corações dos homens se unem ou se separam, sendo a concórdia ou a discórdia o embrião da paz ou da guerra. Nesse sentido, o jurista italiano ressalta que o processo é, antes de mais nada, o sub-rogar da guerra, motivo pelo qual “o direito nasce para que a guerra morra”⁵⁷².

Com a facilitação do acesso à prestação jurisdicional e com a criação de estatutos legais de defesa do consumidor e do idoso⁵⁷³, a fim de garantir a isonomia de tratamento frente às corporações atinentes à saúde

⁵⁶⁸ Nesse sentido, Ricardo Perlingeiro aponta que: “O acesso à justiça só é razoavelmente admitido enquanto houver necessidade e utilidade à prestação jurisdicional. Não é permitido invocar a atividade estatal jurisdicional se esta for inócua à solução da lide [...]”. (PERLINGEIRO, Ricardo. *Eficácia da Jurisdição Externa*. Niterói: Editora da UFF, 2014, p. 12).

⁵⁶⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 7-8.

⁵⁷⁰ Nos termos dos ensinamentos de Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco: “Acesso à justiça não se identifica, pois, com a mera *admissão ao processo*, ou possibilidade de ingresso em juízo. Como se verá no texto, para que haja o efetivo acesso à justiça é indispensável que o maior número possível de pessoas seja admitido a demandar e a defender-se adequadamente (inclusive em processo criminal), sendo também condenáveis as restrições quanto a determinadas causas (pequeno valor, interesses difusos); mas, para a integralidade do acesso à justiça, é preciso muito mais. A ordem jurídico-positivo (Constituição e leis ordinárias) e o labor dos processualistas modernos têm posto em destaque uma série de princípios e garantias que, somados e interpretados harmoniosamente, constituem o traçado do caminho que conduz às partes à ordem jurídica justa. O acesso à justiça é, pois, a idéia central que converge toda a oferta constitucional e legal desses princípios e garantias”. (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 39-40). Veja também: THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 141 e ss.

⁵⁷¹ CARNELUTTI, Francesco. *Como se faz um processo*. Leme: CL Edijur, 2012, p. 31.

⁵⁷² CARNELUTTI, Francesco. *Como se faz um processo*. Leme: CL Edijur, 2012, p. 31.

⁵⁷³ Destaca-se o artigo 71 do Estatuto do Idoso que assegura a prioridade de tramitação dos processos e procedimentos e na execução dos atos e diligências judiciais em que figure como parte ou interveniente pessoa com idade igual ou superior a 60 anos, em qualquer instância.

complementar, o Poder Judiciário passou a dirimir um volume crescente de demandas contratuais, apreciando questões referentes às denominadas cláusulas e práticas abusivas⁵⁷⁴.

Assim, o setor atinente à saúde suplementar encontra-se atualmente em um momento delicado, em que os atores sociais desta parcela do mercado apresentam forte ponto de tensão. De um lado, situam-se os consumidores que, constantemente, reclamam da má prestação do serviço médico-assistencial. Do outro lado, as operadoras de planos de saúde que afirmam que a judicialização da temática referente à saúde suplementar está causando um desequilíbrio atuarial, pois estão sendo impelidos a custear tratamentos ou cirurgias não previstas contratualmente, bem como a não realizar aumento de mensalidade expressamente autorizados⁵⁷⁵.

⁵⁷⁴ Bruno Miragem explica que: “A utilização da expressão ‘cláusulas abusivas’ pressupõe a identificação de um novo regime das relações contratuais, em que a liberdade de contratar não mais se coloca de modo absoluto, senão que se deva considerar a imposição de novos limites ao seu exercício, reconhecido como espécie de intervenção do Estado na esfera de atuação do particular. A rigor, as cláusulas abusivas são classificadas deste modo basicamente em razão do conteúdo que encerram, a forma como são introduzidas no contrato, ou da falta de reconhecimento do consumidor sobre as mesmas, quanto à sua existência ou consequências”. De igual modo o autor refere a abusividade de atos praticados pelos fornecedores decorrem, normalmente, justamente pelo fato deste sujeito contratual se prevalecer em determinadas situações da vulnerabilidade do consumidor. Assim: MIRAGEM, Bruno. *Abuso do direito: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no Direito Privado*. 2.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013p. 231-243.

⁵⁷⁵ Nesse sentido, são os julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, os quais exemplificam os principais problemas enfrentados pelos consumidores deste setor, bem como a linha de defesa das operadoras de planos de saúde: RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 70064968696. Apelante: Unimed Planalto Médio Cooperativa de Serviços Médicos Ltda. Apelado: Francis Canfield de Souza. Relator: Des. Isabel Dias Almeida. Porto Alegre: 29 de jul. 2015; RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 70065508517. Apelante: GEAP – Autogestão em Saúde. Apelado: Cláudio Gilberto Nogueira. Relator: Des. Isabel Dias Almeida. Porto Alegre: 29 de jul. 2015; RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 70064088735. Apelante/Recorrido Adesivo: Bradesco Saúde S.A. Recorrente adesivo/Apelado: Manoel Luiz Dias. Relator: Des. Jorge Luiz Lopes do Canto. Porto Alegre: 29 de jul. 2015; RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 70064183189. Apelante: Trust Net Ltda. Apelado: Golden Cross Assistência Internacional de Saúde Ltda. Relator: Des. Jorge Luiz Lopes do Canto. Porto Alegre: 29 de jul. 2015; RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento n.º 70065892291. Agravante: Unimed Porto Alegre – Cooperativa Médica Ltda. Agravado: Theresinha Pacheco da Cunha. Relator: Des. Léo Romi Pilau Júnior. Porto Alegre: 30 de jul. 2015; RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 70064894074. Apelante: Unimed Porto Alegre – Sociedade Cooperativa de Trabalho Médico Ltda. Apelado: Círio Carvalho Rocha. Relator: Des. Ney Wiedemann Neto. Porto Alegre: 29 de jul. 2015; RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 70064954647. Apelante: Unimed Porto Alegre – Sociedade Cooperativa de Trabalho Médico Ltda. Apelado: Ana Nelstein. Relator: Des. Ney Wiedemann Neto. Porto Alegre: 25 de jun. 2015.

Segundo a Agência Nacional de Saúde Suplementar⁵⁷⁶, somente no período de outubro de 2013 a outubro de 2014, foram recebidas 105 mil reclamações⁵⁷⁷ de usuários de serviços ligados à saúde, das quais: 32,4% se referiam à rede credenciada/prestadora (dificuldade de agendamento de consulta/agendamento, falta de prestadores, mau atendimento, descredenciamento de rede); 22,4% à questões administrativas (relação comercial entre operadora e consumidor, corretores, carteirinhas, contratos); 17,7% à questões financeiras (reajuste, boletos, cobranças, reembolso); 14,1% a assuntos pertinentes à cobertura assistencial (autorização, negativa de cobertura/atendimento, demora na liberação de material); e 13,4% ao Serviço de Atendimento ao Consumidor.

De igual maneira, sobe a cada ano o número de demandas judiciais em face de operadoras de planos de saúde⁵⁷⁸, nas quais se busca o efetivo cumprimento das obrigações entabuladas no pacto, bem como a concretização de direitos dos consumidores⁵⁷⁹. Sobre o assunto, Angélica Carlini⁵⁸⁰ aponta que o fenômeno da judicialização dos problemas envolvendo a saúde suplementar no Brasil se deve ao fato de que a sociedade pós-Constituição Federal de 1988 começou a acreditar que o Poder Judiciário seria a instância para solução de uma enorme gama de problemas do cotidiano⁵⁸¹.

⁵⁷⁶ BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Ouvidorias da ANS: relatório estatístico e analítico do atendimento das ouvidorias REA-Ouvidorias – ano base 2014*. Rio de Janeiro: ANS, 2015, p. 32 e 34. A ANS aponta, ainda, que 94% das reclamações são feitas por consumidores, 2,4% por gestores de contrato coletivo, 1% por prestadores de serviço, 0,3% por corretores e 1,9% corresponde a outros.

⁵⁷⁷ Sobre o tema, é a reportagem do Jornal Hoje exibida no dia 23/07/2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/jornal-hoje/noticia/2015/07/planos-de-saude-registram-mais-de-100-mil-reclamacoes-em-um-ano.html>. Acesso em: 13 de mar. 2017. Refere-se que a partir de fevereiro de 2015, a Agência Nacional de Saúde Suplementar suspendeu a divulgação do índice das reclamações em seu site.

⁵⁷⁸ Segundo dados fornecidos pelo Superior Tribunal de Justiça, em 2014, ingressaram no Egrégio Tribunal superior mais de quatro mil demandas envolvendo contratos de planos privados de assistência à saúde, estando a temática situada entre os vinte assuntos mais demandados no STJ. Para mais informações, *vide*: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2015: ano-base 2014*. Brasília: CNJ, 2015, p. 450.

⁵⁷⁹ Veja ANDRIGHI, Fátima Nancy. Os planos de saúde privados e o Código do Consumidor: principais questões geradoras de conflito entre planos de saúde e consumidores. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da. *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 63-79, p. 63.

⁵⁸⁰ CARLINI, Angélica. *Judicialização da saúde pública e privada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 133.

⁵⁸¹ No mesmo sentido, Luis Roberto Barroso elenca que a primeira grande causa da judicialização foi a redemocratização do país, que teve ponto culminante a promulgação da Constituições de 1988. BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e*

Todavia, isso não quer dizer que a causa do aumento no número de demandas propostas em face de operadores de planos privados de assistência à saúde se dê por responsabilidade dos consumidores. Ao contrário, este acréscimo ocorre justamente porque sistematicamente há uma quebra da justa expectativa do consumidor, em especial o idoso, e um descumprimento contratual reiterado em face daquele que ocupa a posição vulnerável nesta relação de consumo. Dessa forma, recorrer ao Poder Judiciário passou a ser uma alternativa para conseguir respostas rápidas para violações de direitos do consumidor, que não pode esperar uma autorização administrativa ou a intervenção da ANS para resolução de um conflito na área privada de saúde, principalmente em ocasiões em que a sua saúde está fragilizada.

Por este motivo, faz-se cada vez mais necessário a especialização do Tribunais pátrios para que a prestação da tutela jurisdicional seja eficaz e eficiente na resolução de conflitos ocorridos no setor de saúde suplementar. Desta forma, é oportuno destacar a importância da criação de câmaras técnicas que atuem junto aos Tribunais, a fim de fornecer subsídios para elaboração das decisões judiciais, com intuito de qualificar a prestação jurisdicional e melhor elucidar as questões atinentes à área da saúde. Isto também pode ser feito mediante a utilização dos Departamentos Médicos Judiciais existentes nas próprias Cortes do país, de sorte a fornecer parecer quanto ao objeto da demanda e a viabilidade científica da pretensão deduzida, inclusive se existe alternativa com melhor custo-benefício do que o tratamento ou medicamento pedido.⁵⁸²

Salienta-se que quando as situações de vulnerabilidade agravada são reconhecidas pelo Poder Judiciário, pode-se afirmar que este atua no sentido de promover políticas públicas, dando efetividade ao princípio da igualdade material e alcançando a justiça social. Deste modo, é razoável e imprescindível que os consumidores-idosos sejam colocados em condições ideais de igualdade em relação aos mais jovens para obterem o acesso igualitário e

legitimidade democrática. *Revista Eletrônica OAB*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 13 de mar. 2017.

⁵⁸² Estas práticas estão de acordo com a Recomendação nº. 31 de 30/03/2010 do CNJ que prevê: “recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde”.

eficaz à saúde suplementar, consoante os valores que emergem da Constituição Federal.⁵⁸³

Deve-se preservar o melhor interesse do consumidor-idoso neste setor do mercado de consumo, solidarizando-se com as dificuldades que esta etapa da vida traz, a partir da tutela de sua saúde e através da prestação integral dos serviços previstos e contidos no pacto, garantidos, inclusive, por meio de provimentos judiciais.⁵⁸⁴ Isso ocorre, principalmente, com o reconhecimento da chamada “constitucionalização” das questões da saúde suplementar⁵⁸⁵, em que se verifica a necessidade de amparar o idoso, devido a sua natural debilidade físico-psicológica-social, garantindo a preservação de sua dignidade como ser humano no atendimento privado de sua saúde, dentro dos limites impostos pelo ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional.

Nesse sentido, Bruno Miragem⁵⁸⁶ lembra que os contratos de planos ou de seguro saúde possuem a finalidade de minimizar os riscos relacionados à saúde, garantindo o pagamento dos custos com o tratamento médico-hospitalar ou procedimentos de prevenção. Por este motivo, devem ser afastadas pelo Poder Judiciário, através da interpretação sistemática das regras contidas na Constituição Federal, na Lei dos Planos de Saúde, no Código de Defesa do Consumidor e no Estatuto do Idoso, as cláusulas e práticas abusivas que restrinjam ou obstaculizem a realização de procedimentos médicos e a obtenção de medicamentos a fim de restabelecer ou melhorar o estado de saúde do contratante daqueles serviços, visando à satisfação do interesse útil do consumidor na manutenção e preservação de saúde.

Refere-se que os casos jurisprudenciais narrados neste ponto não estão relacionados exclusivamente aos consumidores-idosos. Entretanto, sinala-se que, com o avançar da idade, os serviços médico-ambulatoriais se tornam cada

⁵⁸³ BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *O direito à saúde da pessoa idosa*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 286-288.

⁵⁸⁴ Cita-se, por exemplo, a maior incidência de doenças, a limitação financeira após a aposentadoria, em que o aumento excessivo da mensalidade praticamente expulsaria o idoso do plano de saúde.

⁵⁸⁵ BOTTESINI, Maury Ângelo; MACHADO, Mauro Conti. *Lei dos planos e seguros de saúde comentada: artigo por artigo*. 3.^a ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, p. 123.

⁵⁸⁶ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 473-474.

vez mais necessários, motivo pelo qual as situações narradas aqui ocorrem com maior intensidade em face de consumidores-idosos.

Merece destaque no âmbito da jurisprudência pátria o reconhecimento da necessidade de atendimento da recomendação do tratamento indicado pelo médico de confiança do consumidor-idoso, cujo entendimento se encontra pacificado tanto no Egrégio Superior Tribunal de Justiça como nas demais Cortes do país. A hermenêutica utilizada tanto no Superior Tribunal de Justiça⁵⁸⁷ quanto nas Cortes Regionais⁵⁸⁸ diz respeito à necessidade de

⁵⁸⁷ “RECURSOS ESPECIAIS - AÇÃO INDENIZATÓRIA - PRETENSÃO DE CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS EM VIRTUDE DA NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE CIRURGIA PLÁSTICA REPARADORA DE MAMOPLASTIA, COM A COLOCAÇÃO DE PRÓTESES DE SILICONE, NÃO AUTORIZADA PELO PLANO DE SAÚDE, SOB A ALEGAÇÃO DE TRATAR-SE DE PROCEDIMENTO MERAMENTE ESTÉTICO - BENEFICIÁRIA PORTADORA DE OBESIDADE MÓRBIDA - INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS QUE JULGARAM PARCIALMENTE PROCEDENTE O PEDIDO VEICULADO NA DEMANDA, A FIM DE DETERMINAR O REEMBOLSO DAS DESPESAS EFETUADAS NOS LIMITES DO CONTRATO ENTABULADO ENTRE A USUÁRIA E A OPERADORA DO PLANO. INSURGÊNCIA DE AMBAS AS PARTES. Hipótese: Possibilidade de determinação jurisdicional de ressarcimento, nos limites do contrato, da quantia despendida com a realização de cirurgia plástica reparadora de mamoplastia, com a colocação de próteses de silicone, diante da recusa do plano de saúde em autorizar o referido procedimento, sob a alegação de ser meramente estético, mesmo tendo este sido expressamente indicado por médicos especialistas, após cirurgia bariátrica (redução de estômago), por ser a paciente portadora de obesidade mórbida. 1. Recurso Especial da ré. Violação aos artigos 104, 421, 425 e 884 do Código Civil de 2002. 1.1 A existência de cobertura contratual para a doença apresentada pelo usuário conduz, necessariamente, ao custeio do tratamento proposto pelos médicos especialistas, revelando-se abusiva qualquer cláusula limitativa do meio adequado ao restabelecimento da saúde e do bem-estar do consumidor. Precedentes. 1.2 Havendo expressa indicação médica, alusiva à necessidade da cirurgia reparadora, decorrente do quadro de obesidade mórbida da consumidora, não pode prevalecer a negativa de custeio da intervenção cirúrgica indicada - mamoplastia, inclusive com a colocação de próteses de silicone -, sob a alegação de estar abarcada por previsão contratual excludente (“de cobertura de tratamentos clínicos ou cirúrgicos, e próteses, meramente para fins estéticos”); pois, na hipótese, o referido procedimento deixa de ser meramente estético para constituir-se como terapêutico e indispensável. Precedentes. 1.3 Nesse contexto, o instrumento pactuado em questão não exclui a cobertura da doença, muito menos o tratamento, motivo pelo qual a recusa em autorizar a realização da cirurgia, com o consequente reembolso das despesas, consubstancia-se em nítido descumprimento contratual. 2. Recursos Especial da autora. 2.1 Violação ao artigo 535 do Código de Processo Civil de 1973. Ausência de quaisquer dos vícios elencados no artigo 535 do Código de Processo Civil de 1973, pois o acórdão que julgou os primeiros embargos de declaração enfrentou a questão atinente à limitação do reembolso à previsão contratual de modo expresse e fundamentado, nos limites em que lhe foi submetida. 2.2 Ofensa ao artigo 884 do Código Civil de 2002. A autora não pode receber, a título de indenização por dano material, mais do que teria recebido caso a operadora do plano de saúde tivesse autorizado a intervenção cirúrgica e, espontaneamente, pago as despesas para a sua realização, sob pena de caracterizar-se o seu enriquecimento sem causa, devendo-se respeitar os limites contratados. 3. Recursos especiais DESPROVIDOS, mantendo-se na íntegra o acórdão recorrido”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.442.236/RJ. Recorrente: Rose Mery Pyl dos Santos Bento. Recorrente: Telos Fundação Embratel de Seguridade Social. Recorrido: Pame – Associação de Assistência Plena em Saúde. Relator: Min. Marco Buzzi. Brasília: 28 de nov. 2016).

atender a terapêutica recomendada pelo médico que presta serviço ao consumidor, bem como a realização dos procedimentos, fornecimento das

⁵⁸⁸ “AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PLANO DE SAÚDE. ESTENOSE AÓRTICA GRAVE E CARDIOPATIA ESQUÊMICA. IMPLANTE PERCUTÂNEO DE VÁLVULA AÓRTICA. PRÓTESE. MATERIAL INDICADO PELO MÉDICO-ASSISTENTE. NEGATIVA DE COBERTURA. DESCABIMENTO. I. No caso, o autor é portador de estenose aórtica grave e cardiopatia esquêmica, sendo prescrito pelo médico-assistente o procedimento cirúrgico de implante percutâneo de válvula aórtica, da marca/modelo "CoreValve 29", cuja cobertura foi negada pela operadora de plano de saúde. II. Entretanto, os contratos de planos de saúde estão submetidos às normas do Código de Defesa do Consumidor, na forma da Súmula 469, do STJ, devendo ser interpretados de maneira mais favorável à parte mais fraca nesta relação. De outro lado, os planos de saúde apenas podem estabelecer para quais moléstias oferecerão cobertura, não lhes cabendo limitar o tipo de tratamento que será prescrito, incumbência essa que pertence ao profissional da medicina que assiste o paciente. Além do mais, deve ser priorizado o direito à saúde e à vida em relação ao direito contratual. Incidência dos arts. 47 e 51, IV, § 1º, II, do CDC. III. Com efeito, de acordo com o art. 10, VIII, da Lei nº 9.656/98, somente não é obrigatório o fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios quando não ligados ao ato cirúrgico, não sendo este o caso dos autos. Aliás, a operadora do plano de saúde sequer comprovou a existência de material nacional com as mesmas características e qualidades daquele indicado pelo médico do autor. IV. Outrossim, o referido tratamento não está previsto nas hipóteses de exclusão do art. 10, da Lei nº 9.656/98, a qual dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Da mesma forma, a realização de valvoplastia percutânea por via arterial ou venosa é prevista como procedimento de cobertura obrigatória pelos planos de saúde, conforme Resolução Normativa da ANS que atualizou o rol de procedimentos e eventos em saúde - RN nº 338, de 21 de outubro de 2013 - Anexo I. V. Ainda, o demandante viu-se compelido a assinar o Termo para SRP (Serviços Realmente Prestados), uma vez que o procedimento em questão dependia, impreterivelmente, do material cirúrgico indicado pela junta médica, sendo abusiva tal obrigação, considerando o estado de saúde do beneficiário. Por conseguinte, a requerida deve arcar com o tratamento indicado à parte autora. VI. De acordo com o art. 85, § 11, do CPC, ao julgar recurso, o Tribunal deve majorar os honorários fixados anteriormente ao advogado vencedor, levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observados os limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento. APELAÇÃO DESPROVIDA”. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 70070664917. Apelante: Unimed Porto Alegre – Cooperativa Médica Ltda. Apelado: Aristides Gonçalves dos Santos. Relator: Des. Jorge André Pereira Gailhard. Porto Alegre: 30 de nov. 2016). “APELAÇÃO CÍVEL. PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA DE CUSTEAMENTO. MEDICAMENTO. COBERTURA SECURITÁRIA DEVIDA. SENTENÇA REFORMADA. CASO CONCRETO. 1. A atividade dos planos de saúde, objeto dos autos, está abrangida pelo Código de Defesa do Consumidor, consoante disposição do artigo 3º, § 2º, devendo suas cláusulas obedecer às regras dispostas na legislação consumerista, modo a evitar eventuais desequilíbrios entre as partes, especialmente em virtude da hipossuficiência do consumidor em relação ao fornecedor. 2. Destarte, estando os contratos de planos de saúde submetidos as regras do Código de Defesa do Consumidor, aplica-se ao caso o art. 47 do CDC, o qual prevê: "As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor". Neste norte, considera-se abusiva a cláusula contratual que coloque o consumidor em desvantagem exagerada, face a previsão do art. 51, IV do CDC. 3. No caso concreto a parte autora necessita do uso do medicamento com urgência conforme atestado médico, com risco de piora considerável. 4. Ademais, ninguém melhor que o profissional da medicina, em contato com a requerente, para indicar qual o melhor tratamento a ser realizado pelo seu paciente, de forma a curá-lo e/ou diminuir os efeitos colaterais decorrentes da doença, conforme dispõe o art. 21 do Código de Ética Médica, que é direito do médico "indicar o procedimento adequado ao paciente, observadas as práticas reconhecidamente aceitas e respeitando as normas legais vigentes no País". 5. Gize-se que o tratamento postulado pelo autor não está previsto no rol de hipóteses de exclusão de cobertura do art. 10 da Lei 9.656/98. APELAÇÃO PROVIDA”. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 70071769665. Apelante: Edson Galbarino Benevides Sales. Apelado: Unimed Porto Alegre – Cooperativa Médica Ltda. Relator: Des. Léo Romi Pilau Júnior. Porto Alegre: 19 de dez. 2016).

próteses e medicamentos necessários ao pronto restabelecimento da sua saúde indicados pelo profissional da saúde, a fim de preservar a vida, bem maior garantido constitucionalmente.

Outra questão de trato recorrente que tem sido objeto de reiteradas ações e decisões judiciais, em especial no Superior Tribunal de Justiça⁵⁸⁹, é a que diz respeito ao fornecimento dos materiais essenciais a realização do ato cirúrgico, mesmo que aqueles sejam importados, desde que comprovada a melhor qualidade e adequação ao tratamento médico a ser utilizado, levando em conta aqui também a prescrição do profissional da área da saúde contratado pelo consumidor-idoso.

Nesta questão a interpretação teleológica dada visa coibir a incidência de cláusulas abusivas, que objetivam limitar até mesmo a realização de determinada cirurgia prevista tanto no contrato quanto nas resoluções da ANS impossibilitando a utilização de material essencial à realização do ato médico, sendo necessária a tutela jurisdicional para possibilitar a adequada execução

⁵⁸⁹ “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL DECORRENTE DA RECUSA INDEVIDA DE COBERTURA FINANCEIRA DE MATERIAL NECESSÁRIO À REALIZAÇÃO DE "CIRURGIA DA COLUNA VERTEBRAL TORÁCICA" (INCLUSIVE IMPLANTE) - DECISÃO MONOCRÁTICA DANDO PROVIMENTO AO RECLAMO DA BENEFICIÁRIA, RESTABELECENDO O *QUANTUM* INDENIZATÓRIO ARBITRADO NA SENTENÇA. IRRESIGNAÇÃO DA OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE. 1. Embora as disposições da Lei 9.656/98, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, não retroajam para atingir contratos celebrados antes de sua vigência (quando não adaptados ao novel regime), a eventual abusividade das cláusulas pode ser aferida à luz do Código de Defesa do Consumidor. Isto porque "o contrato de seguro de saúde é obrigação de trato sucessivo, que se renova ao longo do tempo e, portanto, se submete às normas supervenientes, especialmente às de ordem pública, a exemplo do CDC, o que não significa ofensa ao ato jurídico perfeito" (AgRg no Ag 1.341.183/PB, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 10.04.2012, DJe 20.04.2012). Precedentes. 2. Recusa indevida, pela operadora de plano de saúde, da cobertura financeira do procedimento e do material cirúrgico do tratamento médico do beneficiário. Ainda que admitida a possibilidade de previsão de cláusulas limitativas dos direitos do consumidor (desde que escritas com destaque, permitindo imediata e fácil compreensão), revela-se abusivo o preceito do contrato de plano de saúde excludente do custeio dos meios e materiais necessários ao melhor desempenho do tratamento clínico ou do procedimento cirúrgico coberto ou de internação hospitalar. Precedentes. 3. Nos termos em que delineado no acórdão recorrido, a hipótese em tela não traduziu mero dissabor pelo inadimplemento contratual, tendo em vista que a recusa na negativa de cobertura do procedimento cirúrgico e fornecimento de materiais, causou aborrecimento e sofrimento que superam os do cotidiano, passíveis de reparação. 4. No que se refere ao termo inicial para incidência dos juros moratórios, e da correção monetária, verifica-se a falta de interesse recursal no ponto, porquanto ao restabelecer os termos da sentença, a matéria foi decidida de acordo com o pleito, a fim inclusive de evitar a *reformatio in pejus*. 5. Agravo regimental desprovido”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 1533684/SP. Recorrente: Clelia Raimundo. Recorrido: Golden Cross Assistência Internacional de Saúde Ltda. Relator: Min. Marco Buzzi. Brasília: 21 de fev. 2017).

contratual. Estas questões têm sido consideradas reiteradamente abusivas na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio do Sul⁵⁹⁰.

⁵⁹⁰ “APELAÇÃO CÍVEL. SEGUROS. PLANO DE SAÚDE. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PROCEDIMENTO CIRÚRGICO. COLOCAÇÃO DE STENT. MATERIAIS ESSENCIAIS AO PROCEDIMENTO. COBERTURA DEVIDA. DANOS MORAIS. INOCORRÊNCIA. Da norma processual aplicada ao feito 1. No caso em exame, trata-se de decisão recorrida publicada até 17 de março de 2016. Assim, segundo os enunciados do Superior Tribunal de Justiça sobre a aplicação do novel Código de Processo Civil, há a incidência da legislação anterior, de acordo o posicionamento jurídico uniforme daquela Egrégia Corte que tem a competência para regular a forma de aplicação da lei federal. 2. A interpretação precitada coaduna com os princípios conformadores da atual legislação processual civil, que dizem respeito a não ocasionar prejuízo à parte ou gerar surpresa a esta com a modificação do procedimento em relação aos atos já efetivados, consoante estabelece o art. 9º, caput, e art. 10, ambos do novel Código Processo Civil. Mérito dos recursos em exame 3. O contrato em análise foi avençado entre as partes com o objetivo de garantir o pagamento das despesas médicas e hospitalares para a hipótese de ocorrer a condição suspensiva prevista naquele pacto, consubstanciada no evento danoso à saúde. Outro elemento essencial desta espécie contratual é a boa-fé, na forma do art. 422 do Código Civil, caracterizada pela lealdade e clareza das informações prestadas pelas partes. 4. Os planos ou seguros de saúde estão submetidos às disposições do Código de Defesa do Consumidor, enquanto relação de consumo atinente ao mercado de prestação de serviços médicos. Isto é o que se extrai da interpretação literal do art. 35 da Lei 9.656/98. Súmula n. 469 do STJ. 5. Caso em que busca a parte autora a condenação da demandada a arcar com as despesas médico-hospitalares relativas ao procedimento cardíaco com colocação de stent realizado pelo autor, bem como indenização por danos morais pela negativa de cobertura aos materiais necessários ao procedimento cirúrgico. 6. A exclusão de material de qualquer espécie essencial ao procedimento clínico previsto no contrato firmado entre as partes é abusiva, conforme definido no art. 10 da Lei n.º 9.656/98, violando o disposto no inciso IV do art. 51 do CDC. 7. A interpretação mais adequada ao referido pacto, sob o ponto de vista teleológico, deve levar em conta a natureza do procedimento clínico realizado e a essencialidade do material empregado neste, a fim de ser preservada a vida, valor maior a ser resguardado. 8. Em se tratando de prejuízo imaterial, somente os fatos e acontecimentos capazes de abalar o equilíbrio psicológico do indivíduo são considerados para fins de indenização por danos morais, sob pena de banalizar este instituto, atribuindo reparação a meros incômodos do cotidiano, em especial quando se trata de responsabilidade contratual, cujo descumprimento deve ocorrer sem justa causa, ao menos aparente, a fim de seja autorizada a reparação pretendida apelo”. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 70070002159. Apelante: Eduardo Py Gomes da Silveira. Apelado: Unimed Porto Alegre – Sociedade Cooperativa de Trabalho Médico Ltda. Relator: Des. Jorge Luiz Lopes do Canto. Porto Alegre: 30 de nov. 2016). “APELAÇÃO CÍVEL. PLANO DE SAÚDE. AÇÃO DE NULIDADE DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. MATERIAL PARA PROCEDIMENTO CIRÚRGICO. MARCAPASSO. COBERTURA DEVIDA. DANOS MORAIS INOCORRENTES. Preliminar - Necessário adequar o exame do pedido à causa de pedir da parte. Contudo, a fundamentação do magistrado não está adstrita aos argumentos da parte. Nulidade que não se reconhece, mas o exame deve ser adequado à causa de pedir. 1. Não há como o plano de assistência à saúde negar cobertura da prótese/órtese utilizada para a realização do procedimento cirúrgico, porque o art. 10 da Lei nº 9.656/98 não exclui da cobertura do contrato de plano de saúde o fornecimento de materiais essenciais à realização de cirurgia. Cabe ao médico definir qual é o melhor tratamento para o segurado bem como qual espécie de material melhor atende à finalidade esperada. 2. De outro lado, embora a contratação original tenha sido anterior à entrada em vigor da Lei nº 9.656/98, tal diploma legal é perfeitamente aplicável à situação dos autos, haja vista que o contrato de plano de saúde, por ser de trato sucessivo, renova-se anual e automaticamente. 3. O descumprimento contratual, por si só, não dá ensejo ao reconhecimento de danos extrapatrimoniais. Constitui dano moral apenas a dor, o vexame, o sofrimento ou a humilhação que, exorbitando a normalidade, afetem profundamente o comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, desequilíbrio e angústia, situação inocorrente nos autos. PRELIMINAR DESACOLHIDA E RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO”. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal

Conforme explicitado ao longo deste trabalho, é evidente que a pessoa humana, com o passar do tempo, sofre um crescente decaimento no seu estado de saúde, por vezes com enfermidades degenerativas e incapacitantes. Em determinadas situações, faz-se necessário que o atendimento do consumidor-idoso seja permanente, realizado por profissionais capacitados e ocorra no âmbito do próprio lar.

A questão tratada aqui diz respeito ao denominado atendimento domiciliar ou “home care”, ou seja, o serviço prestado na própria residência do beneficiário do seguro ou plano de saúde, sendo constantemente objeto de negativa de cobertura por parte das operadoras dos planos privados de assistência à saúde, o que importa em abusividade, uma vez que deixam de atentar ao requisito objetivo que pressupõe a sua concessão, qual seja, um quadro clínico que indique ser este tratamento essencial para a manutenção da vida do idoso com dignidade, conforme orienta o Superior Tribunal de Justiça⁵⁹¹.

de Justiça. Apelação Cível n. 70071616825. Apelante: Círculo Operário Caxiense. Apelado: Cassandra de Souza Fachini. Relator: Des. Isabel Dias Almeida. Porto Alegre: 19 de dez. 2016).

⁵⁹¹ “AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. “HOME CARE”. RESIDÊNCIA. INSTITUTO DE IDOSOS. POSSIBILIDADE. CASO CONCRETO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. DECISÃO MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. O acórdão recorrido assentou que o serviço “home care” para o quadro clínico do agravado é de suma importância, pois é o único meio que o paciente possui para uma sobrevida com mais qualidade, uma vez que há nos autos recomendação médica para a referida modalidade de tratamento subscrita por relatório médico demonstrando a real necessidade de tratamento. 2. Nesse contexto, ressaltou-se a ideia de que o atendimento domiciliar, no caso dos autos, não se limita necessariamente à circunstância de estar o paciente residindo na casa de um familiar. 3. A inversão da conclusão a que chegou o Tribunal de origem, no sentido de que ficou provada a necessidade de prestação do serviço de “home care”, demandaria, necessariamente, novo exame do acervo fático-probatório dos autos, providência que encontra óbice na Súmula 7/STJ. 4. Agravo interno não provido”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n.º 873.948/DF. Agravante: Fundação Assistencial dos Servidores do Ministério da Fazenda – ASSEFAZ. Agravado: José Ribamar de Alencar. Relator Min. Raul Araújo. Brasília: 02 de jun. 2016). “RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. SERVIÇO DE HOME CARE. COBERTURA PELO PLANO DE SAÚDE. DANO MORAL. 1 - Polêmica em torno da cobertura por plano de saúde do serviço de “home care” para paciente portador de doença pulmonar obstrutiva crônica. 2 - O serviço de “home care” (tratamento domiciliar) constitui desdobramento do tratamento hospitalar contratualmente previsto que não pode ser limitado pela operadora do plano de saúde. 3- Na dúvida, a interpretação das cláusulas dos contratos de adesão deve ser feita da forma mais favorável ao consumidor. Inteligência do enunciado normativo do art. 47 do CDC. Doutrina e jurisprudência do STJ acerca do tema. 4- Ressalva no sentido de que, nos contratos de plano de saúde sem contratação específica, o serviço de internação domiciliar (home care) pode ser utilizado em substituição à internação hospitalar, desde que observados certos requisitos como a indicação do médico assistente, a concordância do paciente e a não afetação do equilíbrio contratual nas hipóteses em que o custo do atendimento domiciliar por

É oportuno destacar que a Corte Superior de Justiça firmou entendimento no sentido de que o tratamento domiciliar constitui desdobramento do hospitalar, não podendo sofrer limitação, devendo ser prestado desde que atendidos aos seguintes requisitos: a) haja indicação pelo médico que atende o beneficiário; b) haja concordância do paciente ou do familiar responsável por este; e c) seja mantido o equilíbrio econômico-financeiro contratual, isto é, o custo-benefício deste tipo de terapêutica não seja superior aquela praticada em ambiente hospitalar.

Nesse tipo de tratamento os planos de saúde tentam se eximir de suas obrigações com base em cláusulas abusivas de exclusão deste tipo de atendimento, que são afastadas diante da interpretação mais benéfica e favorável ao consumidor de condições contratuais expressas sem a devida clareza e precisão quanto à informação restritiva dada⁵⁹², em especial no caso do idoso, que tem reconhecida a sua vulnerabilidade agravada.

A última abordagem que se pretende fazer no âmbito jurisprudencial diz respeito à possibilidade jurídica de manutenção do idoso no contrato coletivo empresarial após a sua aposentadoria, de acordo com o disposto no artigo 31 da Lei n. 9.656/98. Em que pese a lei preveja a possibilidade de manutenção

dia supera o custo diário em hospital. 5 - Dano moral reconhecido pelas instâncias de origem. Súmula 07/STJ. 6 - RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO". (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.378.707/RJ. Recorrente: Omint Serviços de Saúde Ltda. Recorrido: Octávio Franzim Stipp. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília: 26 de mai. 2015).

⁵⁹² "APELAÇÃO CÍVEL. PLANO DE SAÚDE. AÇÃO DE INTERNAÇÃO DOMICILIAR. COBERTURA. CUSTEIO DAS DESPESAS. 1. Os contratos de planos de saúde estão submetidos ao Código de Defesa do Consumidor, nos termos do artigo 35 da Lei 9.656/98, pois envolvem típica relação de consumo. Súmula 469 do STJ. Assim, incide, na espécie, o artigo 47 do CDC, que determina a interpretação das cláusulas contratuais de maneira mais favorável ao consumidor. Além disso, segundo o previsto no art. 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor, a operadora de plano de saúde não pode impor obrigações abusivas que coloquem o consumidor em manifesta desvantagem. 2. Necessidade de custeio das despesas com a internação domiciliar no sistema home care. RECURSO DESPROVIDO". (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 70068926948. Apelante: Unimed Seguros Saúde S.A. Apelado: Terezinha de Jesus Gehlen. Relator: Des. Isabel Dias Almeida. Porto Alegre: 25 de mai. 2016). "Apelação cível. Seguros. Plano de saúde. Ação de obrigação de fazer. Preliminar. Nulidade da sentença não caracterizada. Ausência de cerceamento de defesa. Inovação da ré no pleito de produção de prova. Mérito. AVC. Negativa de cobertura de tratamento domiciliar. Home care. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de seguro. Necessidade pelo autor de utilização dos serviços domiciliares sob pena de restar indefinidamente no hospital. Previsão contratual no sentido da cobertura para a moléstia que acometeu o autor - AVC. Preliminar rejeitada e apelo não provido". (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 70071104491. Apelante: Bradesco Saúde S.A. Apelado: Nelson da Silva Porto. Relator: Des. Ney Wiedemann Neto. Porto Alegre: 27 de out. 2016).

do consumidor-idoso no plano após a sua aposentadoria, constantemente as operadoras de planos e seguros de saúde não oferecem essa opção aos beneficiários e os excluem de seus planos, principalmente porque o avanço da idade corresponde ao aumento dos custos operacionais do fornecedor destes serviços.

Nestes casos, o enfoque hermenêutico dado pela jurisprudência pátria, em especial o Superior Tribunal de Justiça⁵⁹³, tem entendido que para a manutenção do beneficiário no plano privado de assistência à saúde é necessário que: a) tenha findado o vínculo empregatício mantido com a sociedade empresária contratante do plano; b) tenha contribuído, ainda que indiretamente, pelo período mínimo de dez anos; c) assuma a contribuição integral do plano, ou seja, o somatório do que era pago pelo empregador e eventual contribuição satisfeita diretamente pelo beneficiário do plano de saúde.

Por fim, importante notar que o Tribunal gaúcho⁵⁹⁴ tem admitido a restituição de valores pagos a maior em razão da migração para outro contrato,

⁵⁹³ “AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE COLETIVO. APOSENTADO. ART. 31. DA LEI 9.656/1998. MANUTENÇÃO NO PLANO. CONDIÇÕES SEMELHANTES QUANDO DA VIGÊNCIA DO CONTRATO DE TRABALHO. CONTRIBUIÇÃO INDIRETA. SÚMULA 83/STJ. 1. A decisão recorrida foi publicada antes da entrada em vigor da Lei n. 13.105 de 2015, estando o recurso sujeito aos requisitos de admissibilidade do Código de Processo Civil de 1973, conforme Enunciado Administrativo 2/2016 desta Corte. 2. A jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que o aposentado possui o direito de permanecer como beneficiário de contrato de plano de saúde formalizado em decorrência de vínculo empregatício, nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava antes da aposentadoria, desde que tenha contribuído, ainda que indiretamente, por no mínimo dez anos e assuma o pagamento integral da contribuição. Precedentes. 3. O entendimento da Corte local encontra-se em consonância com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, de modo que incide o óbice da Súmula 83 do STJ. 4. Agravo interno a que se nega provimento. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial n.º 1.594.023/SP. Recorrente: Bradesco Saúde S.A. Recorrido: Adilson de Barros. Relator: Min. Maria Isabel Gallotti. Brasília: 04 de nov. 2016).

⁵⁹⁴ APELAÇÃO CÍVEL. SEGUROS. PLANO DE SAÚDE. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. CONTRATO FIRMADO POR EMPREGADOR. APOSENTADORIA. MANUTENÇÃO DE CONTRATO. POSSIBILIDADE. RESTITUIÇÃO DE VALORES. VERBA HONORÁRIA MANTIDA. Da norma processual aplicada ao feito 1. No caso em exame, trata-se de decisão recorrida publicada até 17 de março de 2016. Assim, segundo os enunciados do Superior Tribunal de Justiça sobre a aplicação do novel Código de Processo Civil, há a incidência da legislação anterior, de acordo o posicionamento jurídico uniforme daquela Egrégia Corte que tem a competência para regular a forma de aplicação da lei federal. 2. A interpretação precitada coaduna com os princípios conformadores da atual legislação processual civil, que dizem respeito a não ocasionar prejuízo à parte ou gerar surpresa a esta com a modificação do procedimento em relação aos atos já efetivados, consoante estabelece o art. 9º, caput, e art. 10, ambos do novel Código Processo Civil. Mérito dos recursos em exame 3. O contrato em análise foi avençado entre as partes com o objetivo de garantir o pagamento das despesas médicas e hospitalares para a hipótese de ocorrer a condição suspensiva prevista naquele

mais oneroso, diante da exclusão do beneficiário idoso do pacto firmado pelo seu ex-empregador, em descumprimento ao previsto na Lei nº. 9.656/98. Desse modo, embora a norma legal precitada estabeleça requisitos objetivos para manutenção do consumidor idoso no plano coletivo em decorrência de aposentadoria, a sua interpretação deve ser mais benéfica àquele que goza de vulnerabilidade agravada em razão da idade, a fim de igualar as partes na relação contratual mantida.

Interessantes, também, os temas referentes à saúde suplementar sumulados pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, que revelam uma

pacto, consubstanciada no evento danoso à saúde. Outro elemento essencial desta espécie contratual é a boa-fé, na forma do art. 422 do Código Civil, caracterizada pela lealdade e clareza das informações prestadas pelas partes. 4. Os planos ou seguros de saúde estão submetidos às disposições do Código de Defesa do Consumidor, enquanto relação de consumo atinente ao mercado de prestação de serviços médicos. Isto é o que se extrai da interpretação literal do art. 35 da Lei 9.656/98. Súmula n. 469 do STJ. 5. Caso em que busca a parte autora a aplicação do art. 31 da Lei nº. 9.656/98 ao caso, sustentando a ré que somente passou a oferecer assistência à saúde aos seus empregados em 2007, de modo que o demandante não teria atendido o prazo mínimo de dez anos exigido para manutenção do plano. 6. Verifica-se, entretanto, pelos documentos carreados aos autos, que o autor é beneficiário de contrato de plano de saúde desde 1994, por intermédio da Fundação Ruben Berta, que manteve vínculo com a demandada para atender à Norma Regulamentadora 07 do Ministério do Trabalho. 7. Dessa forma, como o autor contribuiu para o plano de saúde coletivo por mais de dez anos, tem, assim como seus dependentes, o direito de ser incluído como beneficiário do contrato atualmente vigente, firmado pela ré em benefício de seus empregados, ficando responsável pelo pagamento integral da mensalidade do plano de saúde ao qual foi reintegrado. 8. Por fim, como a adesão a outro plano de saúde decorreu da injusta negativa de manutenção do pacto anterior, a ré deve ser condenada a restituição dos valores decorrentes da diferença entre a mensalidade paga na nova contratação e aquela que seria devida se a autora houvesse permanecido como beneficiária do contrato rescindido a natureza da causa e o trabalho desenvolvido pelo procurador que atuou no feito, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, com equivalência no art. 85, § 8º da novel legislação processual. Dado parcial provimento ao apelo. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 70069708071. Apelante: TAP Manutenção e Engenharia do Brasil S.A. Apelado: Alvear João Caron. Relator: Des. Jorge Luiz Lopes do Canto. Porto Alegre: 30 de nov. 2016). “AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER E RESTITUIÇÃO DE VALORES. PLANO DE SAÚDE. APOSENTADORIA. DIREITO À MANUTENÇÃO NO PLANO CONTRATADO PELO EX-EMPREGADOR. QUESTÃO INCONTROVERSA. NECESSIDADE DE MIGRAÇÃO PARA PLANO INDIVIDUAL MAIS ONEROSO. RESTITUIÇÃO SIMPLES DOS VALORES. POSSIBILIDADE. I. Na hipótese dos autos, é incontroverso que a autora foi indevidamente excluída do plano de saúde coletivo pela ré, uma vez que preenchia os requisitos do art. 31, da Lei nº 9.656/98, necessitando migrar para o plano individual, com mensalidades mais elevadas, para não ficar desassistida. Contudo, era dever da operadora do plano de saúde ter cumprido aquilo que previsto na legislação que regula a matéria. II. Assim, é devida a restituição simples dos valores pagos a maior em razão da migração ao plano individual e mais oneroso. Descabida a devolução em dobro, pois não comprovada a má-fé. Os valores deverão ser corrigidos monetariamente pelo IGP-M, desde cada desembolso, e acrescidos dos juros de mora de 1% ao mês, desde a citação, por se tratar de relação contratual. III. Consequentemente, deve ser redimensionada a sucumbência preconizada na sentença, considerando-se maior o decaimento da ré em suas pretensões. Observância dos arts. 85, §§ 2º e 14, e 86, do CPC. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA”. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 70071615785. Apelante: Maria Christina Horn Pezzi. Apelado: Unimed Nordeste RS – Sociedade Cooperativa de Serviços Médicos Ltda. Relator: Des. Jorge André Pereira Gailhard. Porto Alegre: 30 de nov. 2016).

hermenêutica adequada na proteção dos consumidores neste setor essencial à manutenção e preservação da saúde dos usuários e auxiliam a construção de uma jurisprudência concreta e uniforme. Estas súmulas se mostram importantes para a proteção e efetivação de direitos do consumidor-idoso, principalmente porque o avançar da idade representa um aumento maior dos problemas relacionados à saúde e uma necessidade maior de utilização do plano.

Cita-se, por exemplo, a Súmula 100⁵⁹⁵, que prevê que o contrato aqui analisado submete-se aos ditames do Código de Defesa do Consumidor e da Lei nº. 9.656/98, mesmo que o pacto tenha sido celebrado antes da vigência desses diplomas legais. Ainda, as súmulas 90⁵⁹⁶, 95⁵⁹⁷, 96⁵⁹⁸ e 102⁵⁹⁹ preveem que, havendo expressa indicação médica, não deve prevalecer a negativa de cobertura de atendimento domiciliar, fornecimento de medicamentos associados a tratamento quimioterápico, realização de exames associados a enfermidade coberta pelo contrato e de tratamentos sob o argumento de que possuem caráter experimental ou de que não estão previstos no rol de procedimentos da ANS. Da mesma forma, é considerada abusiva, nos termos da Súmula 103⁶⁰⁰, a negativa de atendimento de urgência ou emergência sob o fundamento de que deve ser cumprido período de carência, a não ser que esteja relacionado ao período de prazo de 24 horas estabelecido na Lei nº. 9.656/98.

Cristiano Schmitt aponta, ainda, condutas insidiosas, merecedoras de censura, por parte das operadoras de planos privados de assistência à saúde, especialmente em face das constantes tentativas de exclusão de

⁵⁹⁵ Súmula 100, TJSP: O contrato de plano/seguro saúde submete-se aos ditames do Código de Defesa do Consumidor e da Lei n. 9.656/98 ainda que a avença tenha sido celebrada antes da vigência desses diplomas legais.

⁵⁹⁶ Súmula 90, TJSP: Havendo expressa indicação médica para a utilização dos serviços de "home care", revela-se abusiva a cláusula de exclusão inserida na avença, que não pode prevalecer.

⁵⁹⁷ Súmula 95, TJSP: Havendo expressa indicação médica, não prevalece a negativa de cobertura do custeio ou fornecimento de medicamentos associados a tratamento quimioterápico.

⁵⁹⁸ Súmula 96, TJSP: Havendo expressa indicação médica de exames associados a enfermidade coberta pelo contrato, não prevalece a negativa de cobertura do procedimento.

⁵⁹⁹ Súmula 102, TJSP: Havendo expressa indicação médica, é abusiva a negativa de cobertura de custeio de tratamento sob o argumento da sua natureza experimental ou por não estar previsto no rol de procedimentos da ANS.

⁶⁰⁰ Súmula 103, TJSP: É abusiva a negativa de cobertura em atendimento de urgência e/ou emergência a pretexto de que está em curso período de carência que não seja o prazo de 24 horas estabelecido na Lei n. 9.656/98.

consumidores-idoso de suas carteiras de clientes. O referido autor cita os casos em que há a omissão por parte do plano de saúde em enviar o boleto de pagamento, impedindo o pagamento normal da mensalidade, gerando de forma propositada a inadimplência do consumidor-idoso e, conseqüentemente, a sua exclusão do plano, evitando, através de uma conduta de má-fé, os gastos que o avançar da idade trazem aos planos e seguros de saúde.⁶⁰¹ Importante ressaltar, no ponto, que é vedada a rescisão do contato em razão da alta sinistralidade caracterizada pela idade avançada⁶⁰².

Assim, verifica-se ser importante e adequada a hermenêutica jurídica adotada pelos Tribunais pátrios no reconhecimento de práticas e cláusulas abusivas nos planos privados de assistência à saúde em face de consumidores-idosos, interpretando os contratos de acordo com os valores, regras e princípios que emanam da Constituição, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto do Idoso. Refere-se que esta interpretação somente é possível através do reconhecimento da vulnerabilidade agravada dos idosos nas relações de consumo, o que possibilita a tutela adequada e eficaz frente a estes sujeitos especiais de direitos.

3.2.2 Ações afirmativas no campo da saúde suplementar

A concretização dos direitos dos idosos e a sua afirmação no meio econômico-social não pode ficar adstrita ao Poder Judiciário, em que pese seja louvável sua atuação na interpretação do contrato de acordo com os ditames

⁶⁰¹ SCHMITT, Cristiano Heineck. *Consumidores hipervulneráveis: a proteção do idoso no mercado de consumo*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 242.

⁶⁰² “DIREITO DO CONSUMIDOR. ESTATUTO DO IDOSO. PLANOS DE SAÚDE. RESCISÃO DE PLANO DE SAÚDE EM RAZÃO DA ALTA SINISTRALIDADE DO CONTRATO, CARACTERIZADA PELA IDADE AVANÇADA DOS SEGURADOS. VEDAÇÃO. 1. Nos contrato de seguro em grupo, o estipulante é mandatário dos segurados, sendo parte ilegítima para figurar no polo passivo da ação de cobrança. Precedentes. 2. Veda-se a discriminação do idoso em razão da idade, nos termos do art. 15, § 3º, do Estatuto do Idoso, o que impede especificamente o reajuste das mensalidades dos planos de saúde sob alegação de alta sinistralidade do grupo, decorrente da maior concentração dos segurados nas faixas etárias mais avançadas; essa vedação não envolve, todavia, os demais reajustes permitidos em lei, os quais ficam garantidos às empresas prestadoras de planos de saúde, sempre ressalvada a abusividade. 3. Recurso especial conhecido e provido”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.106.557/SP. Recorrente: Vinício Paride Conte e Outros. Recorrido: Associação Paulista de Medicina. Relator: Min. Nancy Andrighi. Brasília: 16 de set. 2010).

constitucionais, a Lei dos Planos de Saúde, Estatuto do Idoso e o Código de Defesa do Consumidor, como forma de tutelar a parte mais vulnerável na relação contratual, o consumidor-idoso. Observa-se que as decisões judiciais, na maioria dos casos, têm impacto apenas individual, sem a necessária repercussão no desenvolvimento do sistema privado⁶⁰³. É por isso que os direitos dos idosos devem ser reconhecidos e resguardados por todos os agentes da sociedade, e não somente pelo Poder Judiciário, quando verificado um conflito de interesses submetido a esta instância.

Dessa forma, para que haja uma efetiva melhora desta parcela do mercado de consumo, faz-se necessário o diálogo entre os diversos componentes e partes interessadas⁶⁰⁴, pois, conforme aponta Hanna Arendt⁶⁰⁵, nada melhor do que a ação política, um dos pressupostos para uma vida ativa, para que se encontre uma meta comum que sirva como elemento aglutinador capaz de apaziguar os diversos conflitos de interesses inerentes de uma sociedade⁶⁰⁶. Esta ação política somente ocorrerá através do diálogo⁶⁰⁷.

Nesse sentido, para que o sistema de saúde suplementar se desenvolva na sociedade brasileira e atinja a sua função social para os consumidores-

⁶⁰³ CARLINI, Angélica. *Judicialização da saúde pública e privada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 138.

⁶⁰⁴ Refere-se que quando se verifica a ausência do diálogo, da interação, do agir em sociedade, pratica-se, de alguma forma, uma violência contra aqueles afetos a esse sistema, principalmente porque não há uma atuação coordenada para o atendimento de um bem comum, mas sim uma atuação desregulada com margem para arbitrariedades. Conforme aponta Hannah Arendt: “Resumindo: politicamente falando, é insuficiente dizer não serem o poder e a violência a mesma coisa. O poder e a violência se opõe: onde um domina de forma absoluta, o outro está ausente. A violência aparece onde o poder esteja em perigo, mas se se deixar que percorra o seu curso natural, o resultado será o desaparecimento do poder”. (ARENDR, Hannah. *Da violência*. Trad. Maria Claudia Drummond Trindade. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985, p. 35).

⁶⁰⁵ Nesse sentido a autora destaca que: “A ação, única atividade que se exerce diretamente entre os homens sem a mediação das coisas ou da matéria, corresponde à condição humana da pluralidade, ao fato de que homens, e não o Homem, vivem na Terra e habitam o mundo. Todos os aspectos da condição humana têm alguma relação com a política; mas esta pluralidade é especificamente a condição – não apenas a *conditio sine qua non*, mas a *conditio per quam* - de toda vida política”. (ARENDR, Hannah. *A condição humana*. Trad. Roberto Raposo. 10.^a ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 15).

⁶⁰⁶ Sobre o tema, veja: BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. 2.^a ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2002, p. 375-376.

⁶⁰⁷ Nesse sentido de resolução de conflitos sociais através do diálogo, é a recente manifestação da Associação de Juízes do Rio Grande do Sul (AJURIS) de 03 de agosto de 2015, no qual a Associação externa a preocupação com a falta do diálogo do Governo com a sociedade para solução da crise financeira do Estado, que configuraria numa gestação de postura intransigente no relacionamento com os Poderes, instituições e sociedade. Nota pública disponível em: < <http://www.ajuris.org.br/2015/08/03/nota-publica-parcelamento-dos-salarios-dos-servidores-publicos/>>. Acesso em: 13 mar. 2017.

idosos, é preciso que as operadoras de planos privados de assistência à saúde se atentem aos problemas que a idade avançada pode trazer, permitindo, assim, corrigir as distorções que o mercado pode apresentar, minimizar os conflitos que podem surgir e encontrar alternativas à crescente judicialização. Isso somente será possível através do reconhecimento de que os idosos, como protagonistas da sociedade de consumo que são, merecem uma proteção e um cuidado maior que os consumidores “normais”.

É neste contexto que se verifica a necessidade de ações afirmativas no campo da saúde suplementar, isto é, do tratamento diferenciado dos consumidores-idosos no âmbito de suas relações contratuais nos planos e seguros de saúde, permitindo alcançar uma situação de igualdade substancial nos planos privados de assistência à saúde, combatendo à discriminação e práticas abusivas em face de idosos⁶⁰⁸, visando sempre à preservação e o restabelecimento integral de sua saúde. Para tanto, a análise completa da senilidade e sua inserção na sociedade deve passar por uma ação política que permite inserir espaços de participação e presença dos idosos, onde eles podem se afirmar e ser protegidos no meio social, respeitando as suas limitações e as suas vulnerabilidades.⁶⁰⁹

⁶⁰⁸ Sobre o tema, Bibiana Graeff refere: “O respeito à igualdade, para a população idosa, em aspectos relacionados ao direito à saúde, deve passar tanto pelo combate a algumas formas de discriminação (vide os aumentos abusivos em planos de saúde em função da idade) quanto pela adoção de medidas promocionais de inclusão (e aí entram ações afirmativas necessárias para a busca de igualdade substantiva, material)”. (GRAEFF, Bibiana. Envelhecimento, velhice e saúde: transformando o invisível em visível. *Revista de Direito Sanitário*, v. 15, n. 1, p. 77-82, mar./jun. São Paulo: LTr, 2014, p. 78). No mesmo sentido, Claudia Lima Marques e Bruno Miragem elencam que o pluralismo de fontes legislativos na pós-modernidade faz surgir um novo direito privado mais social e solidário, buscando a proteção do mais fraco e a igualdade substancial e o combate à discriminação. Assim: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 181-182.

⁶⁰⁹ Sobre a valorização dos idosos como um valor essencial da sociedade, Gia Maria Capuani e Giannino Piana salientam que: “La valorizzazione dell’anziano diviene dunque una condizione essenziale per arricchire la società con quel patrimonio di valori, che deve essere attinto dalle più profonde radici culturali, valori senza i quali ogni progresso rischia di essere effimero e persino di ritorcersi contro l’uomo. [...] La valorizzazione piena della senilità passa infatti anche attraverso l’attuazione di un’azione politica che sappia inventare creativamente spazi di partecipazione e di presenza per gli anziani, nei quali essi possano proficuamente dispiegare la propria attività in uno spirito di reale servizio verso tutti”. (CAPUANI, Gian Maria; PIANA, Giannino. L’anziano protagonista in una società che cambia. In: URBANI, Giuliano; BOBBIO, Norberto; CAPUANI, Gian Maria; et. al. *L’anziano attivo: proposte e riflessioni per la terza e la quarta età*. Torino: Edizione della Fondazione Giovanni Agnelli, 1991, p. 22-23)

Conforme explica Fabiana Barletta⁶¹⁰, em face de todas as vicissitudes que a terceira idade proporciona, faz-se necessário compreender, através de valores como a experiência, a sabedoria e a certeza de que não é possível competir com o processo de envelhecimento, que a sua inserção ativa na sociedade deve acontecer através do oferecimento de uma tutela diferenciada e concreta, com a devida atenção de sua vulnerabilidade agravada no mercado de consumo.

Dessa forma, para que o setor da saúde suplementar encontre equilíbrio no Brasil, é necessário que os atores sociais deste mercado essencial à sociedade dialoguem entre si para que sejam tomadas ações afirmativas que levem em conta os interesses antagônicos: a) a operação econômica, na qual o equilíbrio atuarial do plano deve ser observado; e b) o interesse do consumidor de que sua saúde seja preservada⁶¹¹. Nas sociedades pós-modernas, em que há o pluralismo de agentes, não há a concepção de bem ou de políticas prontas que possam ser partilhadas e buscadas na Constituição por intérpretes. Há, em verdade, um desacordo permanente na sociedade que somente é estabilizado pelo Direito, quando este for produzido em ambiente de ampla participação política⁶¹².

Entretanto, este ambiente comunicacional deverá partir da premissa de que o consumidor-idoso se encontra em situação de desigualdade frente aos operadores de planos de saúde, em decorrência de sua vulnerabilidade agravada, que resulta em uma potencialidade de dano maior a este agente mais fraco. Por este motivo, os interesses dos consumidores-idosos deverão ser tutelados e interpretados de acordo com os princípios e normas que

⁶¹⁰ BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *O direito à saúde da pessoa idosa*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 286-287.

⁶¹¹ Mostra-se importante as consultas públicas, em que a ANS busca subsídios para o processo de tomada de decisão, tornando as ações governamentais mais democráticas e transparentes, e audiências públicas da ANS com intuito de ouvir a opinião da sociedade e dos agentes regulados sobre assuntos importantes para a regulação dos planos de saúde. Para mais informações, veja: <<http://www.ans.gov.br/participacao-da-sociedade/consultas-e-participacoes-publicas>> e <<http://www.ans.gov.br/participacao-da-sociedade/audiencias-publicas>>. Acesso em 13 de mar. 2017.

⁶¹² Sobre o tema, veja: MACHADO, Joana de Souza. *Ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal*. 2008. 120 páginas. Dissertação – Programa de Teoria do Estado e Direito Constitucional da Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008, p. 108.

emanam do Constituição Federal, do Estatuto do Idoso e do Código de Defesa do Consumidor. Sobre o tema, Claudia Lima Marques⁶¹³ aduz que:

A complexidade das relações contratuais atuais, sua continuidade no tempo, sua catividade, seu pluralismo de agentes, com a presença de uma cadeia de serviços, e seu objeto diferenciado, a envolver valores essenciais como a vida, a saúde e a morte do consumidor, não devem ser motivo nem para a sacralização dos fornecedores, nem a diminuição na qualidade, na segurança e na previsibilidade destas prestações. No novo sistema do Direito e na sua aplicação diária, há que prevalecer uma ética reconstrutiva, uma dogmática renovada e uma interpretação protetiva e útil para este agente econômico vulnerável, o consumidor, de modo a tornar eficaz o CDC, o Direito do Consumidor e a proteção dos mais fracos na sociedade civil.

Desta feita, este diálogo deverá ocorrer como forma de desenvolver a confiança dos consumidores-idosos na utilização dos planos privados de assistência à saúde, bem como para buscar uma expansão social harmônica e crescimento equilibrado deste setor, devendo, portanto, ser intermediado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar⁶¹⁴. Para isso, devem ser adotadas medidas que visem um tratamento diferenciado para os consumidores-idosos, ocorrendo tanto antes da formação do contrato, quanto durante a sua execução, para que se possam produzir melhores resultados assistenciais, garantindo a qualidade dos serviços prestados, com objetivo de resguardar as expectativas legítimas dos consumidores-idosos.

⁶¹³ MARQUES, Claudia Lima. Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de “ações afirmativas” em contratos de plano de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2.^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 189.

⁶¹⁴ Saliente-se que, nos termos do artigo 3.^o da lei n. 9.961/2000, a Agência Nacional de Saúde Suplementar tem por finalidade institucional promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País. Por sua vez, o artigo 4.^o da precitada lei estabelece como funções da referida agência reguladora: I - propor políticas e diretrizes gerais ao Conselho Nacional de Saúde Suplementar - Consu para a regulação do setor de saúde suplementar; XXIII - fiscalizar as atividades das operadoras de planos privados de assistência à saúde e zelar pelo cumprimento das normas atinentes ao seu funcionamento; XXIV - exercer o controle e a avaliação dos aspectos concernentes à garantia de acesso, manutenção e qualidade dos serviços prestados, direta ou indiretamente, pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde; XXXVI - 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 no 8.078, de 11 de setembro de 1990; XXXVII - zelar pela qualidade dos serviços de assistência à saúde no âmbito da assistência à saúde suplementar, entre outras.

Diante da possibilidade de que alguns idosos tenham problemas de visão, dificuldade comum nesta fase da vida, os fornecedores dos serviços de saúde devem fornecer contratos que possuam letras maiores ou que facilitem a sua leitura e compreensão, sendo esta uma forma de tratamento diferenciado que produz resultados positivos na confiança do consumidor, bem como no entendimento das cláusulas contratuais, trazendo reflexos positivos para a relação contratual de consumo.

Antes da formação do contrato⁶¹⁵, revela-se importante que os fornecedores de serviços ligados à assistência médica, ambulatorial e/ou hospitalar possuam funcionários especializados e capacitados a disposição para o atendimento da população idosa para esclarecer o conteúdo dos contratos para os consumidores-idosos, levando em consideração as limitações psicofísicas que a idade avançada pode trazer. As informações prestadas devem ser claras e precisas, abordando, especialmente, a abrangência de cobertura de cada modalidade contratual, as hipóteses de exclusão de cobertura ou eventual carência contratual, bem como as hipóteses de reajuste de mensalidade, adotando-se critérios transparentes que facilitem o entendimento do consumidor-idoso.

Tanto antes, quanto depois da formação do pacto de plano privado de assistência à saúde, mostra-se necessário que as operadoras de plano privado de assistência à saúde disponibilizem métodos diferenciados para o atendimento da população idosa, com locais para o atendimento prioritário do idoso, levando em consideração a debilidade/fragilidade de suas funções psicofísicas e possibilidade de desgaste ao enfrentar um atendimento

⁶¹⁵ Claudia Lima Marques explica que formar o contrato é dar forma, sendo, portanto, uma atividade de “in-formar”. Desta forma, em uma sociedade em que há o incremento da vida contratual, com a massificação das relações de consumo, em que os pactos passaram a ser redigidos unilateralmente pelas empresas, levando a um desequilíbrio marcante e estrutural nas relações, exige-se uma ação protetora por parte do Estado para com os parceiros contratuais mais fracos e vulneráveis. Assim, a formação do pacto deve ser orientada pelo princípio da transparência, que possibilita a aproximação das partes contratantes e a existência de uma relação contratual mais sincera e menos danosa entre consumidores e fornecedores, e o princípio da boa-fé ou lealdade. Veja as disposições do Código de Defesa do Consumidor sobre oferta e publicidade, disposto no artigo 30, os deveres de prestar informações corretas, claras e precisas, prevista no artigo 31, e, ainda, o dever de oportunizar a informação sobre o conteúdo do contrato, referida no artigo 46, todos referidos no microssistema consumerista. Sobre o tema, MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 739-825.

demorado ou longas filas para o seu atendimento⁶¹⁶. De igual modo, é adequado que se estabeleçam condições que facilitem o acesso dos idosos aos locais de atendimento, com rampas e elevadores, quando estes estiverem situados em local de difícil acesso ou em andares superiores, em atenção às dificuldades de locomoção que esta parcela da sociedade comumente experimenta. Há necessidade, aqui, de compreender que as limitações físicas dos consumidores-idosos não podem criar barreiras para o seu atendimento em locais físicos onde os fornecedores destes serviços operam suas atividades⁶¹⁷.

Monica Rodrigues Perracini⁶¹⁸ refere que o envelhecimento biológico traz uma série de alterações na vida do idoso, interferindo na capacidade destes em responder e interagir com o ambiente. A restrição no desempenho de atividades do cotidiano do idoso pode ser agravada ou amenizada pelos atributos do ambiente, intervindo na qualidade de vida ou no bem-estar na velhice. Sobre este ponto a autora refere, por exemplo, que a diminuição da acuidade visual do idoso, faz com que passem despercebidos degraus, objetos no chão, fios de telefone. Ainda, a diminuição do sistema cardiopulmonar faz com que os idosos sintam fadiga em atividades que consomem energia, como subir rampas e escadas, de modo que estas devem ter patamares intermediários que possibilitem a existência de áreas de descanso para idosos. Dessa forma, as operadoras devem se preocupar com a docibilidade do ambiente para melhor atender os consumidores-idosos.

De igual maneira, durante a vigência do contrato, faz-se necessário criar mecanismos que facilitem a comunicação entre consumidores-idosos e operadores, permitindo a solução rápida das solicitações feitas. Nesse sentido,

⁶¹⁶ Cita-se, por exemplo, a criação de planos privados de assistência à saúde voltados especificamente ao atendimento da população idosa.

⁶¹⁷ Nesse sentido, Alexandre Kalache refere que: "O ambiente apresenta fatores de risco e de proteção para a resiliência em todas as etapas da vida. Particularmente em relação à velhice, é necessário ajustar o ambiente para compensar o declínio da capacidade funcional no intuito de democratizar a participação e o bem-estar. O ambiente deve promover a atividade física individual e reduzir riscos de lesão, ao mesmo tempo que encoraja o envolvimento, as redes sociais e a independência." (KALACHE, Alexandre. *Envelhecimento ativo: um marco político em resposta à revolução da longevidade*. 1.^a ed. Rio de Janeiro: Centro Internacional de Longevidade Brasil, 2015, p. 66).

⁶¹⁸ PERRACINI, Monica Rodrigues. Planejamento e adaptação do ambiente para pessoas idosas. In: FREITAS, Elizabete Viana de; PY, Ligia; GORZONI, Milton Luiz; DOLL, Johannes; CANÇADO, Flávio Aluizio Xavier. *Tratado de geriatria e gerontologia*. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2016, p. 1318-1321.

é importante referir o esforço da ANS em tentar reconstruir as trilhas do diálogo entre consumidores e fornecedores do serviço privado ligado à assistência à saúde, com a edição da Resolução Normativa n.º 323, de abril de 2013⁶¹⁹.

A precitada resolução obrigou as operadoras a instituírem uma unidade organizacional de ouvidoria, para acolher as manifestações dos beneficiários, tais como elogios, sugestões, consultas e reclamações, de modo a tentar resolver conflitos que surjam no atendimento ao público, e subsidiar o aperfeiçoamento dos processos de trabalho das operadoras, tentando sanar eventuais deficiências ou falhas no funcionamento⁶²⁰. Deste modo, as ouvidorias são um importante mecanismo para aproximação dos operadores de planos privados médico-assistenciais e os consumidores-idosos, que permitem o diálogo direto para soluções de questões relacionadas ao serviço prestado, devendo ser disponibilizados canais eletrônicos, como e-mail ou site, contato telefônico, com ou sem 0800, correspondência escrita e/ou atendimento

⁶¹⁹ O artigo 2.º da Resolução Normativa 323, de 2013 estabelece: “Art. 2º A fim de garantir efetividade da Ouvidoria, a operadora deve: I - dar ampla divulgação sobre a existência da unidade organizacional específica de Ouvidoria, bem como fornecer informações completas sobre sua finalidade, competência, atribuições, prazos para resposta às demandas apresentadas, forma de utilização e canais de acesso para registro e acompanhamento das demandas; II - garantir o acesso dos beneficiários ao atendimento da Ouvidoria de forma ágil e eficaz; e III - oferecer atendimento, no mínimo, em dias úteis, e em horário comercial.”. Quanto à estruturação da unidade organizacional de Ouvidoria, o artigo 3.º desta resolução prevê os seguintes requisitos: “I - vinculação ao representante legal da operadora, respeitada a estrutura organizacional de cada operadora; II - designação de pessoa para exercício da atividade de ouvidor, não cumulável com a atividade de gestão do atendimento ao beneficiário da operadora, ressalvada a hipótese do art. 8º. III - constituição de equipe de trabalho, capaz de atender o fluxo de demandas, com dedicação exclusiva para exercício na unidade; IV - instituição de canal ou de canais específicos para atendimento; V - instituição de protocolo específico para registro do atendimento realizado pela Ouvidoria; VI - fixação de prazo máximo não superior a 7 (sete) dias úteis para resposta conclusiva às demandas dos beneficiários, sendo admitida a pactuação junto ao beneficiário de prazo maior, não superior a 30 (trinta) dias úteis, nos casos excepcionais ou de maior complexidade, devidamente justificados; e VII - garantia de acesso pela Ouvidoria às informações de quaisquer áreas técnico-operacional da operadora

⁶²⁰ Destaca-se, também, a importância da Resolução Normativa n.º 395, de 2016, da ANS, que prevê que as operadoras de planos e seguros saúde deverão fornecer informações sobre procedimentos e serviços assistenciais solicitados, de forma imediata, quando requeridos pelos beneficiários, esclarecendo se há cobertura prevista no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS ou no contrato. De igual forma, as empresas de grande porte que atuam neste setor, devem oferecer atendimento telefônico ao consumidor durante 24 horas, sete dias por semana, enquanto que as operadoras de médio e pequeno porte, deverão ter um canal telefônico para atendimento em horário comercial nos dias úteis. Salienta-se, ainda, que para os casos de urgência e emergência, todas as operadoras deverão disponibilizar atendimento telefônico 24 horas, todos os dias da semana.

presencial, cabendo ao consumidor escolher o canal que melhor lhe aprouver, de acordo com as suas necessidades e limitações⁶²¹.

Ainda, revela-se importante a criação de medidas alternativas para resolução de conflitos extrajudiciais. Cita-se aqui, que a Agência Nacional de Saúde Suplementar, em 2016, revisou e estabeleceu procedimentos administrativos internos voltados para estruturação e realização de ações fiscalizatórias, estabelecendo uma fase pré-processual ao processo administrativo sancionador da ANS, através da Resolução Extrajudicial de Conflitos da ANS, iniciadas a partir da Notificação de Intermediação Preliminar – NIP a ser promovida pelo consumidor ou pelo Procedimento Administrativo Preparatório, este último de caráter residual, ocorrendo sempre que houver a ciência por parte da ANS, por meio de solicitação de providências ou petição assemelhada, que apontem indícios suficientes de violação da lei ou ato infracional cometido pela operadora de plano ou seguro saúde. Este procedimento foi consolidado na Resolução Normativa n.º 388, de 2015⁶²², que buscou dar celeridade e solução para os conflitos envolvendo consumidores e operadores de planos de saúde, promovendo a reparação voluntária e eficaz do fornecedor do serviço.⁶²³

⁶²¹ Assim, caso o consumidor-idoso tenha problemas auditivos, ele poderá realizar consultas, reclamações ou sugestões em locais físicos ou virtuais, se tiver problemas para se locomover, poderão ser utilizados os canais telefônicos ou virtuais. Cria-se, desta maneira, alternativas que permitem o diálogo direto entre o consumidor-idoso e os operadores de planos e seguros de saúde.

⁶²² Este procedimento foi regulamento inicialmente pela Resolução Normativa n.º 226, de 5 de agosto de 2010, sendo alterada posteriormente pela Resolução Normativa n.º 434, de 17 de dezembro de 2013 e consolidada Resolução Normativa n.º 388, de 2015, atualizada, posteriormente pela Resolução Normativa 414, de 11 de novembro de 2016.

⁶²³ Refere-se que a Resolução Extrajudicial de Conflitos da ANS busca a solução consensual entre consumidores e operadores, possuindo como principais objetivos, resolver extrajudicialmente conflitos entre operadoras e consumidores, redefinir o processo de trabalho da fiscalização da ANS, incrementar a eficiência, implementar uma nova metodologias de análise das demandas de reclamação de consumidores, zelar pela proporcionalidade regulatória e conferir maior legitimidade e transparência à ação regulatória. Assevera-se que paralelamente à tramitação das demandas de reclamação dos consumidores já na vigência do rito previsto pela RN n.º 388/2015, vem sendo, também, dado tratamento ao passivo processual formado na Diretoria de Fiscalização da ANS ao longo dos últimos 15 anos de atuação da ANS. Este passivo representava, em maio de 2014, data em que a nova diretoria assumiu a gestão da Diretoria de Fiscalização, 50.263 processos. O qual, em abril de 2016, já havia sido reduzido para com 27.925 demandas em andamento. Sobre o tema, veja: BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Diretoria de Fiscalização. *Relatório de resultados da Diretoria de Fiscalização da ANS: 1.º semestre de 2016 – impactos da implementação da Resolução Normativa n.º 388, de 2015*. Rio de Janeiro: Agência Nacional de Saúde Suplementar, 2016, p. 9 e 15.

Neste procedimento, o consumidor, por meio de um formulário eletrônico, atendimento pessoal ou telefônico, poderá formular uma reclamação à ANS através da Notificação de Intermediação Preliminar⁶²⁴. Após o seu protocolo, a reclamação será encaminhada automaticamente à operadora de plano ou seguro saúde, através da página oficial da ANS (“Espaço da Operadora”), devendo ser adotadas as medidas necessárias para a solução da demanda no prazo de cinco dias úteis ou responder a respondida a reclamação no prazo de dez dias úteis junto ao site da ANS, informando a solução da demanda ou a sua improcedência, juntando todos os documentos necessários para sua análise, conforme os artigos 10 e 11 da resolução abordada.

Transcorrido o prazo de resposta da operadora de plano de saúde, o consumidor tem o prazo de dez dias para informar se o conflito foi solucionado pela operadora ou não, sob pena de presunção de resolução do conflito. Decorridos os prazos, será realizada uma análise fiscalizatória pela ANS, de acordo com as informações prestadas e os documentos juntados, podendo concluir, nos termos do artigo 14 da resolução que: a) a demanda é improcedente; b) a demanda foi resolvida através de reparação voluntária e eficaz; c) a demanda não foi resolvida⁶²⁵. Caso não haja solução através da mediação, encaminha-se para os núcleos de atendimento da agência reguladora, para abertura de processo administrativo sancionador, por meio de um auto de infração, devidamente instruídos, permitindo-se o monitoramento mais efetivo das práticas do mercado⁶²⁶.

⁶²⁴ O parágrafo único, do artigo 5.º classifica a NIP em assistenciais ou não assistenciais. A primeira ocorrerá quando a Notificação estiver relacionada a toda e qualquer restrição de acesso à cobertura assistencial. A segunda, terá como referência outros temas que não a cobertura assistencial, desde que o beneficiário seja diretamente afetado pela conduta e a situação seja passível de intermediação.

⁶²⁵ Sinala-se, conforme informações contidas no Relatório produzido pela ANS, que, nos primeiros cinco meses do ano de 2016, a composição ativa de conflitos apresentou índices de resolutividade das demandas propostas por consumidores de 90,43%. Veja: BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Diretoria de Fiscalização. *Relatório de resultados da Diretoria de Fiscalização da ANS: 1.º semestre de 2016 – impactos da implementação da Resolução Normativa n.º 388, de 2015*. Rio de Janeiro: Agência Nacional de Saúde Suplementar, 2016, p. 12.

⁶²⁶ Conforme informação contida no Relatório de resultados da Diretoria de Fiscalização da ANS, no ano de 2016, sob a égide da Resolução Normativa n.º 388/2015, apenas no primeiro semestre de 2016 foram emitidos 9.638 autos de infração. Estimou, neste relatório que, pela quantidade de autos emitidos no primeiro semestre de 2016, e considerando o aumento após a publicação da RN no 388, no final de 2016 os Núcleos provavelmente teriam emitido em torno de 20.000 autos de infração. Para análise completa dos números, veja: BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Diretoria de Fiscalização. *Relatório de resultados da Diretoria*

Estes procedimentos auxiliam, também, a resolução de conflitos existentes entre consumidores-idosos e operadores de planos de saúde, dirimindo conflitos na esfera extrajudicial e reduzindo o crescente litígio na saúde suplementar na esfera judicial. Contudo, em determinadas situações, o consumidor em situação de vulnerabilidade agravada (idoso e, por vezes, doente), não poderá esperar a tramitação do procedimento disciplinar na ANS, necessitando, assim, uma intervenção rápida do Poder Judiciário para o restabelecimento de sua saúde e cumprimento das obrigações estabelecidas no contrato e na lei.

Do mesmo modo, é necessário que se criem ambientes propícios para debates, que busquem o desenvolvimento do setor, especialmente com a tutela e orientação da Agência Nacional de Saúde Suplementar. Nesse sentido, a precitada agência reguladora criou o Laboratório de Desenvolvimento, Sustentabilidade e Inovação Setorial (LAB-DIDES), instituído a partir da Portaria DIDES n.º 03, de 11 de março de 2015, com intuito de promover discussões de temas e proposições de ações que contribuam para o aperfeiçoamento do setor, com a participação de todos os agentes sociais envolvidos nesta parcela do mercado⁶²⁷. Um dos assuntos mais recorrentes destas reuniões diz respeito aos desafios que o envelhecimento populacional traz para os planos privados de assistência à saúde e para o desenvolvimento sustentável deste importante setor do mercado de consumo, através de dados integrados, para mapeamento do setor, projetos que promovam cuidados preventivos de saúde do idoso, como forma de reduzir e prevenir riscos e doenças, possibilitando a redução de custos relacionados ao restabelecimento da saúde do beneficiário⁶²⁸.

de Fiscalização da ANS: 1.º semestre de 2016 – impactos da implementação da Resolução Normativa n.º 388, de 2015. Rio de Janeiro: Agência Nacional de Saúde Suplementar, 2016, p. 14 e ss.

⁶²⁷ Sobre as reuniões do LAB-DIDES é a notícia veiculada no site ANS, disponível em: <<http://www.ans.gov.br/participacao-da-sociedade/camaras-e-grupos-tecnicos/grupo-tecnico-lab-dides-laboratorio-de-desenvolvimento-sustentabilidade-e-inovacao-setorial>>. Acesso em: 13 mar. 2017.

⁶²⁸ Na 7ª Reunião do LAB-DIDES, ocorrida no dia 13 de junho de 2016, a diretora de desenvolvimento setorial da ANS, Martha Oliveira, referiu como principais iniciativas de indução da qualidade setorial da ANS a criação de programas de acreditação de operadoras, programas de qualificação de operadoras, programas de qualificação de prestadores de serviços de saúde, projeto específicos para determinados setores de consumidores, como o projeto parto adequado, projeto idoso bem cuidado, projeto cuidado integral em oncologia,

Refere-se, por exemplo, a criação de programas para a Promoção do Envelhecimento Ativo ao Longo do Curso da Vida, regulada pela Resolução Normativa n.º 264, de 19 de agosto de 2011, da ANS e a concessão bonificações⁶²⁹, estipulada na Resolução Normativa n.º 265, de 19 de agosto de 2011, da ANS, aos beneficiários que aderirem, voluntariamente a esses programas. Nos termos do inciso I, do artigo 3.º da RN 264/2011 da ANS, o Programa para Promoção do Envelhecimento Ativo ao Longo do Curso da Vida consiste em um processo de otimização das oportunidades de saúde, participação e segurança, com o objetivo de melhorar a qualidade de vida à medida que as pessoas ficam mais velhas⁶³⁰. Dessa forma, o referido programa, constitui-se em um conjunto de estratégias orientadas para a manutenção da capacidade funcional e da autonomia dos indivíduos ao longo do curso da vida, incorporando ações para a Promoção da Saúde e Prevenção de Riscos e Doenças, desde o pré-natal até as idades mais avançadas.

salientando, ainda, a necessidade de divulgação de dados integrados da qualidade setorial e a identificação de perfil de utilização de serviços do setor. Assim: OLIVEIRA, Martha. *Modelos de remuneração e qualidade: desafios e perspectivas*. 2016. 17 lâminas. Apresentação em PowerPoint, lâmina 16.

⁶²⁹ Conforme o inciso I, do art. 2.º da resolução precitada, a bonificação consiste: “[...] em vantagem pecuniária, representada pela aplicação de desconto no pagamento da contraprestação pecuniária, concedida pela operadora ao beneficiário de plano privado de assistência à saúde como incentivo à sua participação em programa para Promoção do Envelhecimento Ativo ao Longo do Curso da Vida, definido no art. 3º da RN nº 264, de 2011”.

⁶³⁰ Este foi cunhado pela OMS e desenvolvido com maestria por Alexandre Kalache. Conforme destaca Alexandre Kalache: “Os indivíduos que estão envelhecendo ativamente aproveitam as oportunidades que surgem ao longo da vida para alcançar e manter a saúde, uma ocupação rica em significado, relações sociais, novas habilidades, conhecimento e necessidades materiais. [...]. O Envelhecimento Ativo pode ser definido de acordo com a atual perspectiva teórica de resiliência - ter acesso às reservas necessárias a se adaptar, suportar, e aprender com os desafios enfrentados ao longo da vida (123). Saúde, engajamento, redes, segurança material, conhecimentos e habilidades constituem as reservas para alcançar a adaptação e o crescimento pessoal que, por sua vez, levam ao bem-estar e à qualidade de vida. O Envelhecimento Ativo depende de vários fatores para construir as reservas para a resiliência. Esses fatores são parcialmente individuais, mas também refletem o contexto ambiental e social no qual a pessoa vive e envelhece. Uma sociedade genuinamente resiliente promove o desenvolvimento de uma verdadeira resiliência individual, o Envelhecimento Ativo, ao longo do curso de vida. No que diz respeito à perspectiva das políticas públicas, os componentes da saúde, da aprendizagem ao longo da vida, da participação e da segurança são “pilares” políticos ou áreas chave para ação estratégica. O Envelhecimento Ativo constitui um arcabouço amplo e integrativo para que todas as instituições sociais apoiem e possibilitem que as pessoas aproveitem as oportunidades ao longo da vida para alcançar o bem-estar na velhice. As instituições parceiras do Envelhecimento Ativo incluem todos os níveis de governo e todos os setores de políticas governamentais, bem como a sociedade civil e o setor privado.”. (KALACHE, Alexandre. *Envelhecimento ativo: um marco político em resposta à revolução da longevidade*. 1.ª ed. Rio de Janeiro: Centro Internacional de Longevidade Brasil, 2015, p. 44-45).

Cita-se, por fim, entre as medidas imprescindíveis relacionadas aos consumidores-idosos, a necessidade de criação de grupos de trabalho voltados ao estudo e ao tratamento diferenciado desta parcela do mercado de consumo. Foi com este intuito que, em 2016, a Agência Nacional de Saúde Suplementar lançou o projeto “Idoso Bem Cuidado”⁶³¹. Este projeto expõe a preocupação com a qualidade da assistência à saúde dos idosos, sem que isso represente a perda do controle de custos para manter os tratamentos necessários, levando em consideração a fragilidade desta parcela da sociedade de consumo⁶³².

Esta preocupação permite que se criem ferramentas para o rastreio de fragilidades e perda de capacidades funcionais dos consumidores-idosos, permitindo a identificação precoce daqueles que são mais frágeis e direcionando uma atuação geriátrica. Dessa forma, possibilita-se a prevenção de agravos relacionados ao avançar da idade, diminuindo as internações repetidas, aumentando a qualidade de vida e, até mesmo, evitando a morte precoce, reduzindo os custos com a saúde suplementar, impactando no desenvolvimento harmônico e sustentável deste mercado essencial à sociedade brasileira.

Para que isto seja possível, foram propostos cinco níveis de atuação que permitem o reconhecimento precoce de riscos e tratamento adequado aos consumidores-idosos, quais sejam: a) acolhimento, b) núcleo integrado de

⁶³¹ Sobre o tema, veja: SILVEIRA, Daniele Pinto da; ARAUJO, Denizar Vianna; GOMES, Germana Hunes Grassi; LIMA, Kenio Costa; ESTRELLA, Kylza; OLIVEIRA, Martha; VERAS, Renato; NEVES, Rosana Vieira das; ASSALIM, Vanessa Moraes. *Idoso na saúde suplementar: uma urgência para a saúde da sociedade e para sustentabilidade do setor*. Rio de Janeiro: Agência Nacional de Saúde Suplementar, 2016.

⁶³² Ressalta-se que a fragilidade se constitui em um novo paradigma sob o qual a atenção da assistência à saúde deve ser basear. Este paradigma aponta a existência de uma síndrome geriátrica de múltiplas causas do idosos, caracterizada pela perda de força e resistência e diminuição da função fisiológicas, as quais aumentam a vulnerabilidade individual dos idosos. Nesse sentido: SILVEIRA, Daniele Pinto da; ARAUJO, Denizar Vianna; GOMES, Germana Hunes Grassi; LIMA, Kenio Costa; ESTRELLA, Kylza; OLIVEIRA, Martha; VERAS, Renato; NEVES, Rosana Vieira das; ASSALIM, Vanessa Moraes. *Idoso na saúde suplementar: uma urgência para a saúde da sociedade e para sustentabilidade do setor*. Rio de Janeiro: Agência Nacional de Saúde Suplementar, 2016, p. 14 e ss; DUARTE, Yeda Aparecida de Oliveira; LEBRÃO, Maria Lúcia. Fragilidade e envelhecimento. In: FREITAS, Elizabete Viana de; PY, Lígia; GORZONI, Milton Luiz; DOLL, Johannes, CANÇADO, Flávio Aluizio Xavier. *Tratado de geriatria e gerontologia*. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2016, P. 1287-1295.

cuidado, c) ambulatório geriátrico, d) cuidados complexos de curta duração e e) cuidados de longa duração.⁶³³

O primeiro nível de proteção e promoção do consumidor-idoso ocorre no acolhimento nos planos e seguros de saúde, momento no qual será possível estabelecer a empatia e a confiança, necessários para o atendimento e fidelização da confiança deste. O objeto dessa proposta é aprimorar o modelo de hierarquização da atenção à saúde dos consumidores-idosos, através de processos de monitoramento e avaliação da estrutura, que privilegiam a atuação multidisciplinar dos operadores com ênfase na prevenção de doenças e outros agravos relacionados ao avançar da idade. Muda-se o foco de atuação centrado apenas nas doenças, estabelecendo parâmetros de prevenção, a partir do contato com profissionais de saúde. Busca-se com isso criar ações voltadas à educação, promoção de saúde, prevenção de doenças evitáveis, postergação de moléstias, cuidado precoce e reabilitação de agravos, não necessitando que os idosos cheguem para o atendimento médico quando a doença ou agravo esteja em estágio muito avançado.⁶³⁴

O segundo nível representa o local em que as várias ações de educação, promoção e prevenção da saúde do idoso devem ocorrer, isto é, no ambulatório médico, com profissionais especializados para idosos com baixo risco de saúde e agravos; em centros de convivência e conveniência; nos serviços de reabilitação; bem como através de serviços de apoio ao cuidado, ao autocuidado e à família. Por meio destes locais, é possível fazer uma avaliação funcional dos idosos, estabelecendo parâmetros para o acompanhamento do plano terapêutico no ingresso em diferentes pontos da

⁶³³ Informações retiradas de: SILVEIRA, Daniele Pinto da; ARAUJO, Denizar Vianna; GOMES, Germana Hunes Grassi; LIMA, Kenio Costa; ESTRELLA, Kylza; OLIVEIRA; Martha; VERAS, Renato; NEVES, Rosana Vieira das; ASSALIM, Vanessa Moraes. *Idoso na saúde suplementar: uma urgência para a saúde da sociedade e para sustentabilidade do setor*. Rio de Janeiro: Agência Nacional de Saúde Suplementar, 2016, p. 45 e ss.

⁶³⁴ SILVEIRA, Daniele Pinto da; ARAUJO, Denizar Vianna; GOMES, Germana Hunes Grassi; LIMA, Kenio Costa; ESTRELLA, Kylza; OLIVEIRA; Martha; VERAS, Renato; NEVES, Rosana Vieira das; ASSALIM, Vanessa Moraes. *Idoso na saúde suplementar: uma urgência para a saúde da sociedade e para sustentabilidade do setor*. Rio de Janeiro: Agência Nacional de Saúde Suplementar, 2016, p. 47.

rede de saúde suplementar, melhorando a qualidade de vida dos consumidores nesta fase avançada da vida.⁶³⁵

Por sua vez, o terceiro nível corresponde à necessidade de atuação conjunta e multidisciplinar de equipes formadas por médicos, enfermeiros e assistentes sociais, que façam a avaliação geriátrica de forma multidimensional, permitindo intervenções específicas quando necessárias. Deste modo, esta atuação conjunta pressupõe que a busca pela eficácia e efetividade deve ser permanente, ultrapassando os conhecimentos das ciências biológicas, devendo haver a comunicação com as ciências sociais e econômicas, como forma de realizar práticas inovadoras, resolutivas, de qualidade superior, que permitam a inclusão e a redução de riscos dos idosos⁶³⁶.

Os últimos dois níveis dizem respeito à atenção e ao cuidado a partir do momento em que doenças e agravos surjam para os idosos, havendo o atendimento especializado e voltado para esta parcela do mercado de consumo, como atenção domiciliar, atendimento em emergências, unidades de internação e internação hospitalar para tratamento de doenças e agravos agudos, e no cuidado do idoso em Instituições de Longa Permanência (ILPI), em residências assistidas e em unidades de reabilitação, estes representando o quarto e o quinto níveis de atuação, respectivamente.

⁶³⁵ Refere-se que estas ações englobam os conceitos de linha de cuidado e projeto terapêutico, a avaliação do beneficiário desde sua entrada no sistema, com a estratificação do seu risco/estado funcional e a definição da melhor linha de cuidado a ser seguida, como o caminho a ser percorrido a partir de então. Esse caminho inclui procedimentos necessários, hierarquização de rede, programas de promoção da saúde e prevenção dos riscos e doenças adequados e integrados aos cuidados. Assim, busca-se uma linha de cuidado ao idoso especializada que apresente uma eficácia e eficiência maior, através de uma rede articulada, referenciada e com um sistema de informação desenhado para tanto. Assim: SILVEIRA, Daniele Pinto da; ARAUJO, Denizar Vianna; GOMES, Germana Hunes Grassi; LIMA, Kenio Costa; ESTRELLA, Kylza; OLIVEIRA; Martha; VERAS, Renato; NEVES, Rosana Vieira das; ASSALIM, Vanessa Moraes. *Idoso na saúde suplementar: uma urgência para a saúde da sociedade e para sustentabilidade do setor*. Rio de Janeiro: Agência Nacional de Saúde Suplementar, 2016, p. 50. Sobre a qualidade dos cuidados ao idoso e o que as instituições devem proporcionar para a manutenção e proteção da saúde do idoso, veja: BORN, Tomiko; BOECHAT, Norberto Seródio. Qualidade dos cuidados ao idoso institucionalizado. In: FREITAS, Elizabete Viana de; PY, Ligia; GORZONI, Milton Luiz; DOLL, Johannes, CANÇADO, Flávio Aluizio Xavier. *Tratado de geriatria e gerontologia*. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2016, P. 1287-1302.

⁶³⁶ SILVEIRA, Daniele Pinto da; ARAUJO, Denizar Vianna; GOMES, Germana Hunes Grassi; LIMA, Kenio Costa; ESTRELLA, Kylza; OLIVEIRA; Martha; VERAS, Renato; NEVES, Rosana Vieira das; ASSALIM, Vanessa Moraes. *Idoso na saúde suplementar: uma urgência para a saúde da sociedade e para sustentabilidade do setor*. Rio de Janeiro: Agência Nacional de Saúde Suplementar, 2016, p. 50.

Este modelo de atuação prioriza a identificação de riscos e prevenção de doenças e agravos, como forma de promover a saúde do idoso e reduzir custos das operações nos planos privados de assistência à saúde, possibilitando um desenvolvimento sustentável deste mercado. Após, a ocorrência de evento futuro e incerto relacionado à assistência, busca-se o tratamento necessário para a recomposição da saúde do idoso, de acordo com a cobertura prevista em contrato e com as práticas médicas necessárias a esta população com idade avançada.

Refere-se, por fim, que, em que pese ações afirmativas em face de idosos estejam sendo tomadas no campo da saúde suplementar, especialmente através da atuação da Agência Nacional de Saúde Suplementar ao intermediar o diálogo democrático plural entre os atores sociais desta parcela do mercado, através de iniciativas inovadoras e essenciais que visam à regulamentação, equilíbrio e proteção da parte mais vulnerável deste mercado, há um longo caminho a ser percorrido para a composição dos interesses das partes envolvidas, principalmente em função das inúmeras demandas que ainda tramitam no Poder Judiciário brasileiro. Por este motivo, o diálogo entre as instituições, públicas e privadas, e a sociedade civil deve ocorrer constantemente como forma de desenvolver este setor essencial à população brasileira, em atenção àqueles que ocupam uma posição de vulnerabilidade agravada, como é o caso dos consumidores-idosos.

Conforme enuncia Hannah Arendt⁶³⁷: “Quando as promessas perdem seu caráter de pequenas ilhas de certeza num oceano de incertezas, ou seja, quando se abusa dessa faculdade para abarcar todo o futuro e traçar caminhos seguros em todas as direções, as promessas perdem seu caráter de obrigatoriedade e todo o empreendimento torna-se contraproducente”. Isto é, para que o mercado de saúde suplementar continue a se desenvolver no Brasil, faz-se necessário que a confiança entre os parceiros contratuais seja fortalecida, e, no caso de eventuais desvios e falhas na prestação de serviços, sejam reconhecidos os direitos daqueles que ocupam uma situação de

⁶³⁷ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Trad. Roberto Raposo. 10.^a ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 256.

vulnerabilidade. Caso isso não ocorra, o mercado de saúde suplementar entrará em colapso e se tornará contraproducente.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os avanços tecnológicos decorrentes da Revolução Industrial da segunda metade do século XX ensejaram profundas transformações nas características quantitativas e qualitativas nas relações interpessoais, trazendo novos desafios e riscos à sociedade. As transformações demográficas, sociais e econômicas pelas quais os indivíduos passaram nesse período impactaram nas condições de vida e saúde da população.

Diante do anseio do ser humano e da sociedade de controlar os riscos advindos da modernidade, desenvolveu-se uma preocupação cada vez maior com as questões envolvendo a prevenção, promoção e a manutenção da saúde dos indivíduos. No entanto, em face da impossibilidade de o Estado fornecer serviços de saúde à toda população, surgiram nos seguros e planos de saúde uma forma de suplementar a atuação deficitária do setor público, através do sistema privado, com intuito de garantir a cobertura de eventos futuros e incertos relacionados à saúde de seus beneficiários.

Este modelo de negócio se difundiu rapidamente no mercado de consumo em razão da utilização das cláusulas gerais e dos contratos de adesão. Sendo o contrato de plano privado de assistência à saúde fornecido pelo setor privado, dois valores antagônicos, e por vezes colidentes, estão presentes. De um lado as operadoras de planos privados de assistência à saúde possuem o interesse na preservação da operação econômica de seu negócio e na obtenção de lucro, de outro, os consumidores possuem o interesse de que sua saúde seja preservada.

Deve ser referido que o pacto de plano privado de assistência à saúde é singular, pois o serviço oferecido está estritamente ligado ao corpo e à vida do consumidor, servindo como meio para promoção e preservação de sua vida e de sua saúde. Nesse sentido, esse tipo de negócio jurídico deve ser interpretado de forma adequada para que os interesses os agentes desse mercado sejam compatibilizados, sem que hajam distorções que inviabilizem que o negócio jurídico atinja a sua função social.

A presente pesquisa iniciou através de dois questionamentos: a) em que medida há um agravamento da vulnerabilidade dos consumidores em razão de sua idade nos planos privados de assistência à saúde; e b) como salvaguardar a confiança e o direito à saúde dos consumidores-idosos nesta parcela do mercado de consumo.

Nesse sentido, o trabalho buscou analisar a imprescindibilidade de uma hermenêutica jurídica adequada à proteção dos idosos nos contratos de planos privados de assistência à saúde, através dos princípios e normas que emanam da Constituição da República Federativa do Brasil, que prioriza a garantia do direito fundamental à saúde, à proteção do consumidor e do idoso, contribuindo para um desenvolvimento social harmônico e um crescimento econômico equilibrado desta parcela do mercado de consumo.

Assim, a interpretação dos contratos de planos privados de assistência à saúde deve ser guiada sob a influência e eficácia dos direitos fundamentais nas relações contratuais interprivadas, que valorizam o ser humano e salvagam a sua dignidade. Deste modo, o sistema privado de saúde suplementar deve ser interpretado e jungido ao Direito Constitucional, de sorte a promover a efetividade e eficácia dos direitos fundamentais, sobretudo da dignidade da pessoa humana, limitando o poder social, como forma de evitar que sejam praticadas arbitrariedades ou ilegalidades pelos sujeitos privados.

Igualmente, alçar o ser humano ao centro das ciências sociais possibilitou o reconhecimento de novos sujeitos de direitos, e, conseqüentemente, a criação de instrumentos normativos que permitiram a sua proteção. Desta forma, os sistemas jurídicos contemporâneos seguiram a orientação de que a sociedade é composta por uma diversidade de grupos, sendo alguns mais fracos do que outros, em face da existência de questões intelectuais, sanitárias e econômicas, motivo pelo qual estes grupos sociais não poderiam receber o mesmo tratamento pelo direito para que se pudesse concretizar a proteção e promoção de sua dignidade humana.

De tal modo, o direito privado possui uma função social que ultrapassa os interesses individuais e sobrevém pela proteção daqueles que ocupam uma posição vulnerável na sociedade, sendo este paradigma guiado pela ordem constitucional e, principalmente, pela dignidade da pessoa humana. Este

movimento deu origem a instrumentos legais dinâmicos que valorizam as identidades culturais e das diferentes opções de vida da pessoa humana, dotados de natureza multidisciplinar, e conectados por um sistema de princípios que lhes servem de fundamento, como o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto do Idoso e o Código de Defesa do Consumidor.

Neste sentido, o reconhecimento da existência da vulnerabilidade de certos grupos consistiu em mecanismos de intervenção reequilibradora do ordenamento jurídico, com intuito de alcançar a igualdade substancial entre os sujeitos, em especial no que diz respeito ao idoso.

Conforme se viu no desenvolvimento deste trabalho, a expressão vulnerabilidade deriva da palavra latina “vulnos” da qual se extrai o adjetivo vulnerável, que traduz um indivíduo que pode ser facilmente atingido. Portanto, a vulnerabilidade deve ser compreendida como a incapacidade de o indivíduo proteger os seus próprios interesses, tornando-o potencialmente sujeito a ser ferido em razão de circunstâncias intrínsecas (criança, deficiente, idoso) ou circunstanciais-relacionais (relação de consumo).

Com relação à vulnerabilidade do consumidor, aponta-se que esse é considerado como um agente vulnerável no mercado por não deter o poder de direção da relação de consumo, estando exposto às práticas comerciais do fornecedor que o coloca em situação de ser potencialmente ofendido, seja no sentido físico, psíquico ou econômico do termo. A vulnerabilidade deste sujeito de direitos pode ser observada sob quatro enfoques, em razão de sua vulnerabilidade técnica; jurídica ou científica; fática ou socioeconômica; e informacional, que o coloca em uma posição de desvantagem e de potencialidade de dano em face do fornecedor de bens e serviços.

Sendo assim, a concepção do contrato de plano privado de assistência à saúde como um contrato de consumo possui extrema relevância social, pois possibilita reequilibrar a relação jurídica entre partes desiguais, harmonizando os interesses dos participantes da relação contratual frente aos inúmeros riscos que vigoram na sociedade de consumo.

Por outro lado, destaca-se que em determinadas situações a vulnerabilidade do consumidor é somada às suas características pessoais,

resultando em uma vulnerabilidade maior do que a medida normal, demandando uma proteção maior a grupos específicos de consumidores. Assim, reconheceu-se que a vulnerabilidade do consumidor quando somada às suas características e vulnerabilidades pessoais decorrentes da idade avançada, resultam em uma vulnerabilidade maior do que a medida normal e, conseqüentemente, em uma situação maior de potencialidade de dano e de desequilíbrio entre determinados indivíduos a partir de relações sociais e econômicas, que impõe um tratamento diferenciado pelo Direito, sendo este o caso do consumidor-idoso.

A proteção do idoso não deve ficar adstrita apenas a legislação constitucional e infraconstitucional vista de forma isolada e autônoma, como se fossem pequenas ilhas que não se comunicam. Pelo contrário, o reconhecimento de sua vulnerabilidade, e conseqüente necessidade de proteção, deve ser a mais ampla possível, utilizando-se dos diplomas legais de forma conjunta, com intuito de se chegar ao resultado final almejada por toda sociedade, que é a proteção integral da pessoa idosa.

Salienta-se que a vulnerabilidade do consumidor-idoso decorre do acúmulo de vulnerabilidades existentes e reconhecidas pelo texto normativo, pela doutrina e pela jurisprudência, que revelam a necessidade de proteção de sujeitos mais frágeis quando comparados com consumidores “comuns”. Para isso, utiliza-se do diálogo das fontes para construção e interpretação de um arsenal legislativo que busque o reconhecimento daqueles que possuem uma vulnerabilidade maior do que o consumidor médio.

A necessidade do reconhecimento da vulnerabilidade agravada dos consumidores-idosos frente aos planos privados de assistência à saúde se dá em razão da potencialidade de dano maior diante da descontinuidade do fornecimento dos serviços relacionados à preservação da saúde. Esse dado ganha uma importância ainda maior quando se verifica que 40% do tempo vivido pelos idosos brasileiros são sem saúde.

Este contexto expõe, portanto, a catividade dos idosos dos serviços relacionados à assistência privada à saúde, tendo em vista que eventuais descumprimentos do contrato causam danos maiores a esta parcela da população, principalmente em função de sua situação física, psicológica e

espiritual mais fragilizada. Portanto, a vulnerabilidade agravada do consumidor-idoso decorre tanto da diminuição ou perda de determinadas aptidões psicofísicas e intelectuais, que o tornam mais débil em relação ao seu parceiro negocial, quanto da necessidade e catividade em relação a determinados produtos e serviços, como é o caso dos planos privados de assistência à saúde.

Outrossim, o reconhecimento da vulnerabilidade agravada do consumidor-idoso enseja cuidados especiais com intuito de, na medida do possível, resguardar esse grupo fragilizado pelo advento da idade avançada, sobretudo em uma sociedade de consumo e de relações jurídicas massificadas. Desse modo, é de salutar importância o reconhecimento de um tratamento diferenciado na ciência jurídica para este consumidor em vulnerabilidade.

De igual maneira, os elementos da vulnerabilidade sedimentados na figura do consumidor-idoso são catalisados pela complexidade de uma sociedade pós-moderna pautada na eficiência econômica, resultando na crise de sua confiança. Por este motivo, a confrontação abrupta do idoso fragilizado, seja no aspecto fisiológico ou no psíquico, com um mundo hipercomplexo, demanda o fortalecimento da confiança, caso contrário, o medo paralisante o inviabilizaria de levantar-se a cada manhã ou, até mesmo, o levaria a desistir de viver.

É nesse sentido que se destacou o importante papel que o Direito exerce na outorga de segurança ao facilitar as relações interprivadas. Contudo, asseverou-se que o Direito não substitui a confiança das partes contratantes em suas relações, mas oferece garantias especiais a determinadas expectativas, inclusive prevendo sanções àquele que não as observa, sendo a base indispensável dos negócios jurídicos.

Sobre o tema, salienta-se que a aplicação da teoria da confiança no âmbito do contrato de plano privado de assistência à saúde busca mitigar os riscos à saúde e à segurança do consumidor, de sorte a reestruturar este setor econômico em que há uma disparidade na relação entre consumidor e fornecedor, agravada pela posição de dependência do primeiro em relação ao segundo, operacionalizando e concretizando os direitos fundamentais

subjacentes a esta espécie de contrato de seguro, não sendo possível analisar este somente pelo aspecto mercantil-econômico.

Observa-se a necessidade de atenção dos direitos básicos do consumidor e das cláusulas gerais do direito civil para a integralização dos direitos do consumidor-idoso e da proteção de sua confiança, que permitem um desenvolvimento social harmônico no campo da saúde suplementar, com vistas ao interesse útil do consumidor-idoso, trazendo aspectos positivos para a relação contratual de consumo e reduzindo suas incertezas para que o pacto atinja a sua função social.

Elenca-se que a tutela da confiança dos consumidores-idosos ocorre através: a) do controle judicial de cláusulas e práticas reputadas como abusivas nos planos de assistência à saúde; b) da prática de ações afirmativas que busquem alternativas à judicialização da saúde e operacionalização dos direitos do consumidor-idoso, como forma de dar um tratamento diferenciado a este no campo da saúde suplementar.

Sobre o primeiro aspecto, em decorrência da existência de interesses, por vezes, conflitantes nos planos privados de assistência à saúde, bem como em face do grande número de usuários deste serviço, em determinadas situações ocorrem distorções ao modelo relacional-econômico existente entre os consumidores e fornecedores, surgindo conflitos neste mercado essencial à sociedade brasileira, especialmente decorrentes de práticas e cláusulas abusivas em relação a consumidores-idosos.

Dessa forma, destacou-se a importância da atuação do Poder Judiciário em dar respostas rápidas aos problemas enfrentados pelos consumidores e, em especial, pelos consumidores-idosos, solidarizando-se com as dificuldades que esta etapa da vida traz, a partir da tutela de sua saúde e através da prestação integral dos serviços previstos e contidos no pacto, garantidos por meio de provimentos judiciais.

Assim, menciona-se a importância da hermenêutica jurídica adequada adotada pelos Tribunais pátrios para o reconhecimento de práticas e cláusulas abusivas nos planos privados de assistência à saúde em face de consumidores-idosos, interpretando os contratos de acordo com os valores, regras e princípios que emanam da Constituição, do Código de Defesa do

Consumidor e do Estatuto do Idoso. Essa hermenêutica somente é possível através do reconhecimento da vulnerabilidade agravada dos idosos nas relações de consumo, o que possibilita a tutela adequada e eficaz frente a estes sujeitos especiais de direitos.

Contudo, a concretização dos direitos dos idosos e a sua afirmação no meio econômico-social não pode ficar adstrita ao Poder Judiciário. Deste modo, para que haja uma efetiva melhora desta parcela do mercado de consumo, faz-se necessário o diálogo entre os diversos componentes e partes interessadas, como forma de desenvolver a confiança dos consumidores-idosos, bem como buscar a expansão social e harmônica deste setor.

Foi neste contexto que se identificou a necessidade de ações afirmativas no campo da saúde suplementar, isto é, do tratamento diferenciado dos consumidores idosos no âmbito de suas relações contratuais nos planos e seguros de saúde, permitindo, assim, alcançar uma situação de igualdade substancial nos planos privados de assistência à saúde, combatendo à discriminação e práticas abusivas em face de idosos.

Estas ações diferenciadas devem ocorrer tanto antes da formação do contrato, através de métodos voltados especificamente para o atendimento da população idosa, que facilitam o acesso aos planos, bem como ao entendimento do conteúdo do contrato; como também durante a execução do contrato, através da criação de ouvidorias para reconstruir as trilhas do diálogo entre consumidores e fornecedores destes serviços. Desse modo, elencou-se a importância da criação de medidas alternativas de resolução extrajudicial de conflitos, através da Agência Nacional, bem como a criação de projetos específicos para o atendimento de consumidores-idosos, como é o caso do Programa de Promoção do Envelhecimento Ativo ao Longo do Curso da Vida e o Projeto “Idoso Bem Cuidado”.

Em que pese ações afirmativas em face de idosos estejam sendo tomadas no campo da saúde suplementar, especialmente através da atuação da Agência Nacional de Saúde Suplementar, há um longo caminho a ser percorrido para a composição dos interesses das partes envolvidas, principalmente em função das inúmeras demandas que ainda tramitam no Poder Judiciário brasileiro. Por este motivo, o diálogo entre as instituições,

públicas e privadas, e a sociedade civil deve ocorrer constantemente como forma de desenvolver este setor essencial à população brasileira, em atenção àqueles que ocupam uma posição de vulnerabilidade agravada, como é o caso dos consumidores-idosos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2.^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 4.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. Os planos de saúde privados e o Código do Consumidor: principais questões geradoras de conflito entre planos de saúde e consumidores. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da. *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

ARAÚJO, Nádia de. A importância da Cooperação Jurídica Internacional para a atuação do Estado Brasileiro no plano interno e internacional. In: BRASIL. Secretaria Nacional de Justiça. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI). *Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos: cooperação em matéria civil*. 4.^a ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2014.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Trad. Roberto Raposo. 10.^a ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

ARENDT, Hannah. *Da violência*. Trad. Maria Claudia Drummond Trindade. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985.

AKERMAN, Marco; RIGHI, Liane Beatriz; PASCHE, Dário Frederico; TRUFELLI, Damila; LOPES, Paula Ribeiro. Saúde e desenvolvimento: que conexões? In: CAMPOS, Gastão Wagner de Sousa (org.); MINAYO, Maria Cecília de Souza (org.); AKERMAN, Marco (org.); DRUMOND Júnior, Marcos (org.); CARVALHO, Yara Maria de (org.). *Tratado de saúde coletiva*. Rio de Janeiro: Hucitec e Fiocruz, 2006.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito pós-moderno e a codificação. *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*, v. 1, p. 555-563, abr./2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

BAGGIO, Andrezza Cristina. *O direito do consumidor brasileiro e a teoria da confiança*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

BAHIA, Ligia; VIANA, Ana Luiza. Introdução. In: BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Regulação & Saúde: estrutura, evolução e perspectivas da assistência médica suplementar*. Rio de Janeiro, ANS, 2002.

BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *O direito à saúde da pessoa idosa*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Direito intertemporal, competências funcionais e regime jurídico dos planos e seguros de saúde. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira Carneiro (coord.). *Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Revista Eletrônica OAB. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 13 de mar. 2017.

BAUMAN, Zygmunt. *Vidas desperdiçadas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2005.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008.

BAZOT, Alain. *Consommateur si tu savais...* Paris: Plot, 2007.

BEAUVOIR, Simone de. *A velhice*. Trad. Maria Helena Franco Martins. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1990.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 2.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BERTOLLI FILHO, Claudio. *História da saúde pública no Brasil*. 11.^a ed. São Paulo: Ática, 2008.

BESSA, Leonardo Rescoe. *A aplicação do Código de Defesa do Consumidor: análise crítica da relação de consumo*. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2007.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1989.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *O direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. 2.^a ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2002.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política*. 14.^a ed. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1987.

BOBBIO, Norberto. *O tempo da memória*. De senectude e outros escritos autobiográficos. Trad. Daniela Versiani. 7.^a ed. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 1997.

BOBBIO, Norberto. L'età del tempo libero. In: URBANI, Giuliano; BOBBIO, Norberto; CAPUANI, Gian Maria; et. al. *L'anziano attivo: proposte e riflessioni per la terza e la quarta età*. Torino: Edizione della Fondazione Giovanni Agnelli, 1991.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Ari Marcelo Solon. São Paulo: EDIPRO, 2011.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 8.^a ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BORN, Tomiko; BOECHAT, Norberto Seródio. Qualidade dos cuidados ao idoso institucionalizado. In: FREITAS, Elizabete Viana de; PY, Ligia; GORZONI, Milton Luiz; DOLL, Johannes, CANÇADO, Flávio Aluizio Xavier. *Tratado de geriatria e gerontologia*. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2016.

BOTTESINI, Maury Ângelo. Contratos de planos e seguros privados de assistência à saúde – princípios básicos da atividade – suporte jurídico-legal e constitucional. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira Carneiro (coord.). *Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012.

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

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função social dos contratos: interpretação à luz do Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Diretoria de Fiscalização. *Relatório de resultados da Diretoria de Fiscalização da ANS: 1.^o semestre de 2016 – impactos da implementação da Resolução Normativa n.º 388, de 2015*. Rio de Janeiro: Agência Nacional de Saúde Suplementar, 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2015: ano-base 2014*. Brasília: CNJ, 2015.

BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Regulação & Saúde: estrutura, evolução e perspectivas da assistência médica suplementar*. Rio de Janeiro, ANS, 2002.

BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Ouidorias da ANS: relatório estatístico e analítico do atendimento das ouvidorias REA-Ouidorias – ano base 2014. Rio de Janeiro: ANS, 2015.

BRASIL. Secretaria Nacional de Justiça. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI). *Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos: cooperação em matéria civil*. 4.^a ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n.º 873.948/DF. Agravante: Fundação Assistencial dos Servidores do Ministério da Fazenda – ASSEFAZ. Agravado: José Ribamar de Alencar. Relator Min. Raul Araújo. Brasília: 02 de jun. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial n.º 1.594.023/SP. Recorrente: Bradesco Saúde S.A. Recorrido: Adilson de Barros. Relator: Min. Maria Isabel Gallotti. Brasília: 04 de nov. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 1.533.684/SP. Recorrente: Clelia Raimundo. Recorrido: Golden Cross Assistência Internacional de Saúde Ltda. Relator: Min. Marco Buzzi. Brasília: 21 de fev. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n.º 813.590 - RJ. Agravante: Furnas-Centrals Elétricas S/A. Agravado: Ramon Almeida Pigliasco Filho. Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Brasília, julgado em 04 ago. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.102.848/SP. Recorrente Agente BR Sociedade Corretora de Câmbio LTDA. Recorrido: Unibanco AIG Seguros S/A. Relatora Ministra Nancy Andrichi. Brasília: 25 de out. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.269.757 - MG. Recorrente: UNIMED/BH Cooperativa de Trabalho Médico LTDA. Recorrido: Maria Laura Vidigal e outros. Relator Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 03 mai. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.286.133/MG. Recorrente: Ricardo Queiroz Guimarães e outro. Recorrido: Unimed Belo Horizonte Cooperativa de Trabalho Médico. Relator Min. Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 05 abr. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.378.707/RJ. Recorrente: Omint Serviços de Saúde Ltda. Recorrido: Octávio Franzim Stipp. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília: 26 de mai. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.442.236/RJ. Recorrente: Rose Mery Pyl dos Santos Bento. Recorrente: Telos Fundação Embratel de Seguridade Social. Recorrido: Pame – Associação de Assistência Plena em Saúde. Relator: Min. Marco Buzzi. Brasília: 28 de nov. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.554.448 – PE. Recorrente: Sul América Seguro Saúde S/A. Recorrido: Ministério Público do

Estado de Pernambuco. Relator Min. João Otávio de Noronha. Brasília, 26 de fev. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.537.301 - RJ. Recorrente: Amil Assistência Médica Internacional S/A. Recorrido: Maria José Ribeiro da Silva. Relator Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 23 de out. 2015.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n.º 33.619 – DF. Impetrante: José Clovis Vilas Boas dos Santos. Impetrado: Presidente do Tribunal de Contas da União. Litisconsorte passivo: União. Rel. Ministra Cármen Lúcia, Brasília, julgado em 23 ago. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.931-8. Requerente: Confederação Nacional de Saúde. Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Maurício Corrêa. Brasília, 28 de mai. 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 201.819. Recorrente: União Brasileira de Compositores; Recorrido: Arthur Rodrigues Villarinho. Relatora: Min. Ellen Gracie, Relator para o Acórdão: Min. Gilmar Mendes, julgado em 11 dez. 2005.

CAMPOS, Gastão Wagner de Sousa (org.); MINAYO, Maria Cecília de Souza (org.); AKERMAN, Marco (org.); DRUMOND Júnior, Marcos (org.); CARVALHO, Yara Maria de (org.). *Tratado de saúde coletiva*. Rio de Janeiro: Hucitec e Fiocruz, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional: e teoria da Constituição*. 3.ª ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

CANTO, Jorge Luiz Lopes. *Entre o público e o privado: a regulação dos juros bancários e a sua aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

CANTO, Rodrigo Eidelwein do. *A vulnerabilidade dos consumidores no comércio eletrônico: reconstrução da confiança na atualização do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto. Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

CAPUANI, Gian Maria; PIANA, Giannino. *L'anziano protagonista in una società che cambia*. In: URBANI, Giuliano; BOBBIO, Norberto; CAPUANI, Gian Maria; et. al. *L'anziano attivo: proposte e riflessioni per la terza e la quarta età*. Torino: Edizione della Fondazione Giovanni Agnelli, 1991

CARAMANO, Ana Amélia (org.). *Os novos idosos brasileiros: muito além dos 60?* Rio de Janeiro: IPEA, 2004.

CARAMANO, Ana Amélia. Política de cuidados para a população idosa: necessidades, contradições e resistências. In: FREITAS, Elizabete Viana de; PY, Ligia; GORZONI, Milton Luiz; DOLL, Johannes, CANÇADO, Flávio Aluizio Xavier. *Tratado de geriatria e gerontologia*. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2016.

CARAMANO, Ana Amélia; KANSO, Solange. Envelhecimento da população brasileira: uma contribuição demográfica. In: FREITAS, Elizabete Viana de; PY, Ligia; GORZONI, Milton Luiz; DOLL, Johannes, CANÇADO, Flávio Aluizio Xavier. *Tratado de geriatria e gerontologia*. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2016.

CARAMANO, Ana Amélia; KANSO, Solange; MELLO, Juliana Leitão e. Quão além dos 60 poderão viver os idosos brasileiros. In: CARAMANO, Ana Amélia (org.). *Os novos idosos brasileiros: muito além dos 60?* Rio de Janeiro: IPEA, 2004.

CARAMANO, Ana Amélia; KANSO, Solange; MELLO, Juliana Leitão e; PASINATO, Maria Tereza. Famílias: espaço de compartilhamento de recursos e vulnerabilidades. In: CARAMANO, Ana Amélia (org.). *Os novos idosos brasileiros: muito além dos 60?* Rio de Janeiro: IPEA, 2004.

CARAMANO, Ana Amélia; PASINATO, Maria Tereza. Introdução. In: CARAMANO, Ana Amélia (org.). *Os novos idosos brasileiros: muito além dos 60?* Rio de Janeiro: IPEA, 2004.

CARLINI, Angélica; FARIA, Maria da Glória. Fundamentos jurídicos e técnicos dos contratos de seguro: o dever de proteção da mutualidade. In: MIRAGEM, Bruno (org.); CARLINI, Angélica (org.). *Direito dos seguros: fundamentos de direito civil, direito empresarial e direito do consumidor*. 1.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

CARLINI, Angélica. *Judicialização da saúde pública e privada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira Carneiro (coord.). *Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012.

CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira. Princípios básicos de seguros e planos de saúde. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira Carneiro (coord.). *Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012.

CARNELUTTI, Francesco. *Como se faz um processo*. Leme: CL Edijur, 2012.

CARVALHO, Eurípedes Balsanufu; CECÍLIO, Luiz Carlos de Oliveira. *A regulamentação do setor da saúde suplementar no Brasil: a reconstrução de*

uma história de disputas. *Caderno de Saúde Pública*, v. 23, n. 9, p. 2167-2177, Rio de Janeiro, 2007.

CASUCCI, Maria Antonietta. Psicogerontologia: attualità e nuove propettive. In: In: URBANI, Giuliano; BOBBIO, Norberto; CAPUANI, Gian Maria; et. al. *L'anziano attivo: proposte e riflessioni per la terza e la quarta età*. Torino: Edizione dela Fondazione Giovanni Agnelli, 1991.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10.^a ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

CAVARUSO, Claudio. La condizione degli anziani in Italia. In: URBANI, Giuliano; BOBBIO, Norberto; CAPUANI, Gian Maria; et. al. *L'anziano attivo: proposte e riflessioni per la terza e la quarta età*. Torino: Edizione dela Fondazione Giovanni Agnelli, 1991.

CEZAR, Denise de Oliveira. *Pesquisa com medicamentos: aspectos bioéticos*. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

CHAIMOWICZ, Flávio. Epidemiologia do envelhecimento no Brasil. In: FREITAS, Elizabete Viana de; PY, Ligia; GORZONI, Milton Luiz; DOLL, Johannes, CANÇADO, Flávio Aluizio Xavier. *Tratado de geriatria e gerontologia*. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2016.

CHAZAL, Jean-Pascal. Vulnérabilité et droit de la consommation. In: COHET-CORDEY, Frédérique (org.). *Vulnérabilité et droit: le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*. Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble, 2000.

CHIBA, Tochio; ASHMAWI, Hazem. Diagnóstico e tratamento da dor. In: FREITAS, Elizabete Viana de; PY, Ligia; GORZONI, Milton Luiz; DOLL, Johannes, CANÇADO, Flávio Aluizio Xavier. *Tratado de geriatria e gerontologia*. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2016.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 26^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 12.^a ed. Coimbra: Almedina, 2011.

CORDEIRO, António Menezes. Introdução à edição portuguesa. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. António Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

CUPIS, Adriano de. *I diritti della personalità*. Milano: Giuffrè, 1950.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27.^a ed. São Paulo: Editora Atlas S/A, 2014.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes (cood.); TRINDADE, Antônio Augusto Cançado (cood.); PEREIRA, Antônio Celso Alves (cood.). *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Celso D. Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

DOLL, Johannes; BUAES, Caroline Stumpf. A Inserção Mercadológica de Novos Consumidores: os velhos entram em cena. In: *IV Encontro Nacional de Estudos do Consumo: novos rumos da sociedade de consumo?* Rio de Janeiro. Anais. Rio de Janeiro, 2008.

DOLL, Johannes; OLIVEIRA, José Francisco P; SÁ. Jeanete Liasch Martins de; HERÉDIA, Vania Beatriz Merlotti. Envelhecimento e interdisciplinariedade. In: FREITAS, Elizabete Viana de; PY, Ligia; GORZONI, Milton Luiz; DOLL, Johannes, CANÇADO, Flávio Aluizio Xavier. *Tratado de geriatria e gerontologia*. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2016.

DUARTE, Yeda Aparecida de Oliveira; LEBRÃO, Maria Lúcia. Fragilidade e envelhecimento. In: FREITAS, Elizabete Viana de; PY, Ligia; GORZONI, Milton Luiz; DOLL, Johannes, CANÇADO, Flávio Aluizio Xavier. *Tratado de geriatria e gerontologia*. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2016.

EINSTEIN, Albert. *Como vejo o mundo*. Trad. H. P. de Andrade. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1981.

ELIAS, Norbert. *A solidão dos moribundos, seguido de, Envelhecer e morrer*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Editora Jorge Zahar, 2001.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado. 8.^a ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

ERVATI, Leila Regina (org.); BORGES, Gabriel Mendes (org.); JARDIM, Antonio de Ponte (org.). *Mudança demográfica no Brasil no Início do século XXI: subsídios para as projeções da população*. Rio de Janeiro: Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, 2015.

ESMERALDI, Renata Maria Gil da Silva Lopes; LOPES, José Fernando. *Planos de saúde no Brasil: doutrina e jurisprudência*. 2.^a ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2.^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. Análise crítica, construtiva e de índole constitucional da disciplina dos direitos da personalidade no Código Civil brasileiro: fundamentos, limites e transmissibilidade. *Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária*. Porto Alegre: Notadez, ano 55, n. 362, p. 43-60, dez. 2007.

FACHIN, Luiz Edson. Análise crítica, construtiva e de índole constitucional da disciplina dos direitos da personalidade no Código Civil brasileiro: fundamentos, limites e transmissibilidade. *Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária*. Porto Alegre: Notadez, ano 55, n. 362, p. 43-60, dez. 2007.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2015.

FAVIER, Yann. A inalcançável definição de vulnerabilidade aplicada ao direito: abordagem francesa. Trad. Vinicius Aquini e Káren Rick Danilevicz Bertoncello. *Revista de direito do consumidor*, v. 85/2013, p. 15-23, jan./fev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

FELICIANI, Ana Lúcia Alves. Os velhos e os novos direitos dos idosos. *Revista da Faculdade de Direito: Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, v. 31. Porto Alegre: Editora Sulina, 2013.

FERNANDES NETO, Antonio Joaquim. *Plano de saúde e direito do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 3.^a ed. Curitiba: Editora Positivo, 2004.

FERREIRA, Carlos Wagner Dias. *Contratos e eficácia dos direitos fundamentais*. Curitiba: Editora Juruá, 2010.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de direito de saúde suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012.

FOCAULT, Michel. *O nascimento da clínica*. Trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Editora Forense-Universitária, 1977.

FOCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Trad. Roberto Machado. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1984.

FOX, Peter David; KONGSTVEDT, Peter Reid. A history of managed health care and health insurance in the United States. In: KONGSTVEDT, Peter Reid (org.). *Essentials of managed health care*. 6th ed. Burlington: Jones & Bartlett, 2012.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Hermenêutica jurídica*. 2.^a ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1988.

FREITAS, Elizabete Viana de; PY, Ligia; GORZONI, Milton Luiz; DOLL, Johannes, CANÇADO, Flávio Aluizio Xavier. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2016.

FURLANELTO, Felipe Carnelossi. Direito à saúde e a iniciativa privada: dever estatal e a limitação dos contratos de planos de saúde. *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos*, v. 3, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ago. 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Contratos: teoria geral*. 7.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011

GASSET, José Ortega y. *A Rebelião das Massas*. Tradução de Herrera Filho. 3.^a ed. Rio de Janeiro: Livro Ibero-americano, 1971.

GERCHMANN, Suzane Rahde; CATALAN, Marcos Jorge. Duzentos anos de historicidade na ressignificação da ideia de contrato. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 21, n. 90, p. 191-194, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, nov./dez., 2013.

GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. Trad. Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

GHERSI, Carlos Alberto. A sociedade de consumo como processo econômico. *Revista do Tribunal Regional Feral da 3.^a Região*, n. 77, p. 21-34, mai./jun. São Paulo: Thomson IOB, 2006.

GHERSI, Carlos Alberto. *Contratos civiles y comerciales: partes general y especial*. Tomo I. 4.^a ed. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1998.

GHERSI, Carlos Alberto. Introducción: la persona humana. In: GHERSI, Carlos A (org.). *Derechos fundamentales de la persona humana*. Buenos Aires: La Ley, 2004.

GOLINI, Antonio; LORI, Agostino. L'invecchiamento della popolazione italiana. In: URBANI, Giuliano; BOBBIO, Norberto; CAPUANI, Gian Maria; et. al. *L'anziano attivo: proposte e riflessioni per la terza e la quarta età*. Torino: Edizione dela Fondazione Giovanni Agnelli, 1991.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2.^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

GRAEFF, Bibiana. Direito do consumidor idoso no Brasil. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 86, p. 65-74, mar.-abr., 2013

GRAEFF, Bibiana. Envelhecimento, velhice e saúde: transformando o invisível em visível. *Revista de Direito Sanitário*, v. 15, n. 1, p. 77-82, mar./jun. São Paulo: LTr, 2014.

GREGORI, Maria Stella. O processo de normatização do mercado de saúde suplementar no Brasil. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.); SCHMITT, Cristiano Heineck (coord.); LOPES, José Reinaldo de Lima (coord.); PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (coord.). *Saúde e responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde*. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2008.

GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor*. 3.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GRINBERG, Abrahão; GRINBERG, Bertha. *A arte de envelhecer com sabedoria*. São Paulo: Editora Nobel, 1999.

GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

HIPPEL, Eike von. *Kampfplätze der gerechtigkeit: studien zu aktuellen rechtspolitischen problemen*. Berlin: BWV, Berliner Wissenschafts- Verlag, 2009.

HOBSBAWM, Eric. *Globalização, democracia e terrorismo*. Trad. José Viegas. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

HORN, Norbert. *Introdução à ciência do direito e à filosofia jurídica: Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie*. Trad. Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

IRTI, Natalino. Codici di Settore: compimento della decodificazione. *Rivista Diritto e Società*. n. 2. Padova: Cedam 2005.

ISHIDA, Válter Kenji. *Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência*. 16.^a ed. São Paulo: Editora Atlas.

ITURRASPE, Jorge Mosset. 10 años do CCB: derecho contractual constitucional: libertad, solidaridad y función social. In: LOTUFO, Renan (coord.); NANNI, Giovanni Ettore (coord.); MARTINS, Fernando Rodrigues. *Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil*. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

ITURRASPE, Jorge Mosset. 10 años do CCB: derecho contractual constitucional: libertad, solidaridad y función social. In: LOTUFO, Renan (coord.); NANNI, Giovanni Ettore (coord.); MARTINS, Fernando Rodrigues. *Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil*. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

JAYME, Erik. Direito internacional privado do novo milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS*. vol. I. n. 1. p. 85-97. Porto Alegre: UFRGS, mar. 2003.

JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit internationale privé postmoderne. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, v. 2, Kluwer, Doordrecht, 1995.

JOURDAN, Maria Leonor Baptista. Dos contratos de seguro-saúde no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, v. 30, n.º 118, p. 415-426, Brasília: abr./jun. de 1993.

KALACHE, Alexandre. *Envelhecimento ativo: um marco político em resposta à revolução da longevidade*. 1.ª ed. Rio de Janeiro: Centro Internacional de Longevidade Brasil, 2015.

KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 99/2015, p. 101-123, mai.-jun/2015. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamago. 3.ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEMOS, Naira Dutra; MEDEIROS, Sônia Lima. Suporte social ao idoso dependente. In: FREITAS, Elizabete Viana de; PY, Ligia; GORZONI, Milton Luiz; DOLL, Johannes, CANÇADO, Flávio Aluizio Xavier. *Tratado de geriatria e gerontologia*. 4.ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2016.

LIMA, Fernando Rister de Souza (coord.); PORT, Otávio Henrique Martins (coord.); OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. *Poder judiciário, direitos sociais e racionalidade jurídica*. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2011.

LIPOVETSKY, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. Trad. Mário Vilela. São Paulo: Editora Barcarolla, 2004.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: contratos*. 1.ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias – de acordo com a Emenda Constitucional n. 66/2010*. 4.ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito civil-constitucional. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado (coord.); RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coord.). *Manual de teoria geral do direito civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Consumidores de seguros e planos de saúde (ou, doente também tem direitos). In: MARQUES, Claudia Lima (coord.); LOPES, José Reinaldo de Lima (coord.); PFEIFFER, Roberto Augusto

Castellanos (coord.). *Saúde e responsabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Esquema de una teoria sistematica del contrato. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 33/2000, p. 51-77, jan./mar. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. Trad. Bruno Miragem. 2.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

LUCE, John M.; BINDMAN, Andrew B.; LEE, Philip R. A brief history of health care quality assessment and improvement in the United States. *The Western Journal of Medicine*, v. 160, p. 263-268, Orange, 1994.

LUHMANN, Niklas. *Trust and power*. New York: John Willey & Sons, 1979.

LUZ, Madel Therezinha. *As instituições médicas no Brasil*. 2.^a ed. Porto Alegre: Editora Rede UNIDA, 2014.

LYOTARD, Jean-François. *O pós-moderno*. Trad. Ricardo Corrêa Barbosa. 3.^a ed. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1988.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Globalização e direito do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 32/1999, p. 45-54, out./dez., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

MACHADO, Joana de Souza. *Ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal*. 2008. 120 páginas. Dissertação – Programa de Teoria do Estado e Direito Constitucional da Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, Claudia Lima. Ensaio para uma introdução ao direito internacional privado. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes (coord.); TRINDADE, Antônio Augusto Cançado (coord.); PEREIRA, Antônio Celso Alves (coord.). *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Celso D. Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MARQUES, Claudia Lima. Estudo sobre a vulnerabilidade dos analfabetos na sociedade de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 95/2014, p. 99-145, set.-out./2014. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MARQUES, Claudia Lima. Expectativas legítimas dos consumidores nos planos e seguros privados de saúde e os atuais projetos de lei. *Revista de Direito do Consumidor*, n.º 20, p. 71-87. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

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

MARQUES, Claudia Lima. Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de “ações afirmativas” em contratos de plano de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2.ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MARQUES, Claudia Lima (coord.); LOPES, José Reinaldo de Lima (coord.); PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (coord.). *Saúde e responsabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. Seguros e planos de assistência à saúde: risco, solidariedade e os direitos do consumidor. In: MIRAGEM, Bruno (org.); CARLINI, Angélica (org.). *Direito dos seguros: fundamentos de direito civil, direito empresarial e direito do consumidor*. 1.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MARQUES, Claudia Lima (coord.); SCHMITT, Cristiano Heineck (coord.); LOPES, José Reinaldo de Lima (coord.); PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (coord.). *Saúde e responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde*. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MARTIN, Claudia. RODRÍGUEZ-PINZÓN, Diego. BROWN, Bethany. *Human rights of older people: universal and regional legal perspectives*. (*Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice*; 45). Dordrecht: Springer, 2015.

MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *A boa-fé no direito privado: Sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20.ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

MCLUHAN, Marshall. *Os meios de comunicação como extensões do homem*. 17.ª ed. São Paulo: Editora Cultrix, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 30.ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013.

MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. Seguro-saúde e abuso de direito. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (org.). *Direito do consumidor: fundamentos do direito do consumidor*, v. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MELLO, Marco Aurélio. Saúde suplementar, segurança jurídica e equilíbrio econômico-financeiro. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira Carneiro (coord.). *Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012.

MELLONI, Fausto. L'anziano come risorsa sociale: il volontariato dopo la pensione. In: URBANI, Giuliano; BOBBIO, Norberto; CAPUANI, Gian Maria; et. al. *L'anziano attivo: proposte e riflessioni per la terza e la quarta età*. Torino: Edizione della Fondazione Giovanni Agnelli, 1991.

MENICUCCI, Telma Maria Gonçalves. *Público e privado na política de assistência à saúde no Brasil: atores, processos e trajetórias*. 2003. 402 páginas. Tese de Doutorado – Curso de Doutorado em Ciências Humanas – Sociologia e Política. Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003.

MERHY, Emerson Elias. *Capitalismo e a saúde pública: a emergência das práticas sanitárias no Estado de São Paulo*. 2.^a ed. Porto Alegre: Editora Rede UNIDA, 2014.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. Violência contra a pessoa idosa: castigo do corpo e mortificação do eu. In: FREITAS, Elizabete Viana de; PY, Ligia; GORZONI, Milton Luiz; DOLL, Johannes, CANÇADO, Flávio Aluizio Xavier. *Tratado de geriatria e gerontologia*. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2016.

MIRAGEM, Bruno. *Abuso do direito: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no Direito Privado*. 2.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MIRAGEM, Bruno. Diretrizes interpretativas da função social do contrato. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (org.). *Direito do consumidor: fundamentos do direito do consumidor*, v. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MIRAGEM, Bruno. O contrato de seguro e os direitos do consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (org.). *Direito do consumidor: contratos de consumo*, v. IV. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011

MIRAGEM, Bruno (org.); CARLINI, Angélica (org.). *Direito dos seguros: fundamentos de direito civil, direito empresarial e direito do consumidor*. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (org). *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012.

MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato. Principais problemas dos direitos da personalidade e estado-da-arte da matéria no direito comparado. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (org). *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 17.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 30.ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. *Direito, Estado e Sociedade*, v. 9, n. 29, p. 233-258, jul./dez. 2006. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2006.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais – interpretação sistemática do direito*. 3.ª ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009.

MOREIRA, Virgílio Garcia. Biologia do envelhecimento. In: FREITAS, Elizabete Viana de; PY, Ligia; GORZONI, Milton Luiz; DOLL, Johannes, CANÇADO, Flávio Aluizio Xavier. *Tratado de geriatria e gerontologia*. 4.ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2016

NEVES, Maria do Céu Patrão. Sentidos da vulnerabilidade: característica, condição, princípio. *Revista Brasileira de Bioética*, v. 2, n. 2. Brasília: Ministério da Saúde, 2006

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A proteção constitucional do consumidor*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; DENSA, Roberta. A proteção dos consumidores hipervulneráveis: os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 19, n. 76, p. 13-45, out./dez. 2010.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 3.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NUNES, Rizzato. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 8.ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *Comentários à lei de plano privado de assistência à saúde*. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

OCKÉ-REIS, Carlos Octávio. Challenges in the regulation of brazilian private health insurance. *Public Finance & Management.*, v.5, iss.4, pp.597-624, dec. 2005.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>> . Acesso em: 13 mar. 2017.

PAISANT, Gilles. *Défense et illustration du droit de la consommation*. Paris: LexisNexis, 2015.

PAPALÉO NETTO, Matheus. Estudo da velhice: histórico, definição do campo e termos básicos. In: FREITAS, Elizabete Viana de; PY, Ligia; GORZONI, Milton Luiz; DOLL, Johannes, CANÇADO, Flávio Aluizio Xavier. *Tratado de geriatria e gerontologia*. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2016.

PASQUAL, Cristina Stringari; PASQUAL, Marco Antonio. O estatuto da pessoa com deficiência como instrumento de tutela da vulnerabilidade e o novo regramento da incapacidade civil. *Revista de Direito Imobiliário*, v. 80/2016, p. 273, jan.-jun/2016. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

PASQUALOTTO, Adalberto. A regulamentação dos planos e seguros de assistência à saúde: uma interpretação construtiva. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.); LOPES, José Reinaldo de Lima (coord.); PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (coord.). *Saúde e responsabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PASQUALOTTO, Adalberto. Conceitos fundamentais do Código de Defesa do Consumidor. *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*, v. 1, p. 63-73, abr. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PASQUALOTTO, Adalberto. *Contratos nominados III: seguro, constituição de renda, jogo e aposta, fiança, transação, compromisso*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

PASQUALOTTO, Adalberto. Defesa do consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima (org); MIRAGEM, Bruno (org.). *Direito do consumidor: fundamentos do direito do consumidor*, v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. Concretização de direitos fundamentais sociais. In: LIMA, Fernando Rister de Souza (coord.); PORT, Otávio Henrique Martins (coord.); OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. *Poder judiciário, direitos sociais e racionalidade jurídica*. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2011.

PEREIRA, Silvia Regina Mendes. Fisiologia do envelhecimento. In: FREITAS, Elizabete Viana de; PY, Ligia; GORZONI, Milton Luiz; DOLL, Johannes,

CANÇADO, Flávio Aluizio Xavier. *Tratado de geriatria e gerontologia*. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2016.

PEREIRA FILHO, Luiz Tavares. Iniciativa privada e saúde. *Revista Estudos Avançados*, v. 13, n. 35. jan./abr., p. 109-116, São Paulo: Instituto de Estudos Avançados (IEA) da Universidade de São Paulo (USP), 1999.

PERLINGEIRO, Ricardo. *Eficácia da Jurisdição Externa*. Niterói: Editora da UFF, 2014.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3.^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PERRACINI, Monica Rodrigues. Planejamento e adaptação do ambiente para pessoas idosas. In: FREITAS, Elizabete Viana de; PY, Ligia; GORZONI, Milton Luiz; DOLL, Johannes, CANÇADO, Flávio Aluizio Xavier. *Tratado de geriatria e gerontologia*. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2016.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Cláusulas relativas à cobertura de doenças e tratamentos de urgência e emergência e carência. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.); LOPES, José Reinaldo de Lima (coord.); PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (coord.). *Saúde e responsabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

POLAKOFF, David; SMOLKIN, Audrey. Breaking down health care insurance from HMO to PPO and beyond. In: SETHI, M. K. (ed.); FRIST, W. H. (ed.). *An introduction to health policy: a primer for physicians and medical students*. New York: Springer, 2013.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte especial*. Tomo VII. 3.^a ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971.

PRATA, Ana. *Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais: anotação ao decreto-lei n.º 446/85, de 25 de outubro*. Lisboa: Almedina, 2010.

PY, Ligia. *A velhice nos arredores da morte: a interdependência na relação entre idosos e seus familiares*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. *Curso de direito do idoso*. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REALE, Miguel. *O direito como experiência: introdução à epistemologia jurídica*. 2.^a ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1992.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento n.º 70065892291. Agravante: Unimed Porto Alegre – Cooperativa Médica Ltda. Agravado: Theresinha Pacheco da Cunha. Relator: Des. Léo Romi Pilau Júnior. Porto Alegre: 30 de jul. 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 595177395. Apelante: GB Assistência de Saúde. Apelado: Fernando D'Avila Camargo. Relator Des. José Maria Rosa Tesheiner. Porto Alegre, 20 out. 1995.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 596029728. Apelante: Bradesco Seguros S/A. Apelado: Adriana Pasquali. Relator Des. Jorge Alcebíades Perrone de Oliveira. Porto Alegre, 25 de jun. 1996.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 596093625. Apelante: Golden Cross Assistência Internacional de Saúde. Apelado: Jovino de Campos. Relator: Des. Decio Antonio Erpen. Porto Alegre, 25 de jun. 1996.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 70028870632. Apelante: Brasil Telecom S/A. Apelado Alcides Bastos de Mello. Relator: Marilene Bonzanini, Porto Alegre, 27 de mai. 2009.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 70064088735. Apelante/Recorrido Adesivo: Bradesco Saúde S.A. Recorrente adesivo/Apelado: Manoel Luiz Dias. Relator: Des. Jorge Luiz Lopes do Canto. Porto Alegre: 29 de jul. 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 70064183189. Apelante: Trust Net Ltda. Apelado: Golden Cross Assistência Internacional de Saúde Ltda. Relator: Des. Jorge Luiz Lopes do Canto. Porto Alegre: 29 de jul. 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 70064894074. Apelante: Unimed Porto Alegre – Sociedade Cooperativa de Trabalho Médico Ltda. Apelado: Círio Carvalho Rocha. Relator: Des. Ney Wiedemann Neto. Porto Alegre: 29 de jul. 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 70064954647. Apelante: Unimed Porto Alegre – Sociedade Cooperativa de Trabalho Médico Ltda. Apelado: Ana Nelstein. Relator: Des. Ney Wiedemann Neto. Porto Alegre: 25 de jun. 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 70064968696. Apelante: Unimed Planalto Médio Cooperativa de Serviços Médicos Ltda. Apelado: Francis Canfield de Souza. Relator: Des. Isabel Dias Almeida. Porto Alegre: 29 de jul. 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 70065508517. Apelante: GEAP – Autogestão em Saúde. Apelado: Cláudio Gilberto Nogueira. Relator: Des. Isabel Dias Almeida. Porto Alegre: 29 de jul. 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 70066551318, Apelante: Vilma Lain. Apelado: Banco do Brasil S/A. Relator: Ana Paula Dalbosco, Porto Alegre, 24 de nov. 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 70068926948. Apelante: Unimed Seguros Saúde S.A. Apelado: Terezinha de Jesus Gehlen. Relator: Des. Isabel Dias Almeida. Porto Alegre: 25 de mai. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 70069708071. Apelante: TAP Manutenção e Engenharia do Brasil S.A. Apelado: Alvear João Caron. Relator: Des. Jorge Luiz Lopes do Canto. Porto Alegre: 30 de nov. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 70070002159. Apelante: Eduardo Py Gomes da Silveira. Apelado: Unimed Porto Alegre – Sociedade Cooperativa de Trabalho Médico Ltda. Relator: Des. Jorge Luiz Lopes do Canto. Porto Alegre: 30 de nov. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 70070664917. Apelante: Unimed Porto Alegre – Cooperativa Médica Ltda. Apelado: Aristides Gonçalves dos Santos. Relator: Des. Jorge André Pereira Gailhard. Porto Alegre: 30 de nov. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 70071104491. Apelante: Bradesco Saúde S.A. Apelado: Nelson da Silva Porto. Relator: Des. Ney Wiedemann Neto. Porto Alegre: 27 de out. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 70071615785. Apelante: Maria Christina Horn Pezzi. Apelado: Unimed Nordeste RS – Sociedade Cooperativa de Serviços Médicos Ltda. Relator: Des. Jorge André Pereira Gailhard. Porto Alegre: 30 de nov. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 70071616825. Apelante: Círculo Operário Caxiense. Apelado: Cassandra de Souza Fachini. Relator: Des. Isabel Dias Almeida. Porto Alegre: 19 de dez. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 70071769665. Apelante: Edson Galbarino Benevides Sales. Apelado: Unimed Porto Alegre – Cooperativa Médica Ltda. Relator: Des. Léo Romi Pilau Júnior. Porto Alegre: 19 de dez. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 70073441867. Apelante: Unimed Nordeste Rs - Soc Coop Serv Medicos Ltda. Apelado: Claudete Canudo Sonogo. Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto. Porto Alegre: 30 de ago. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 70074651563. Apelante: Círculo Operária Caxiense. Apelado: Diva Maria Bianchin Gelain. Relatora: Isabel Dias Almeida. Porto Alegre: 30 de ago. 2017

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 3.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ROCHE, Daniel. *História das coisas banais: nascimento do consumo nas sociedades do século XVII ao XIX*. Trad. Ana Maria Scherer. Rio de Janeiro: Rocco, 2000.

RODRIGUES; Paulo Henrique; SANTOS, Isabela Soares. *Saúde e cidadania: uma visão histórica e comparada do SUS*. São Paulo: Editora Ateneu, 2009.

ROGERS, Wendy; BALLANTYNE, Angela. Populações especiais: vulnerabilidade e proteção. *RECIIS – Revista Eletrônica de Comunicação, Informação e Inovação em Saúde*, v. 2, p. 31-41, Rio de Janeiro, dez. 2008.

ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Prefácio. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (org). *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 7.ª ed. Porto: Edições Afrontamento, 1999.

SANTOS, Jair Ferreira dos. *O que é pós-moderno*. 2.ª ed. São Paulo: Brasiliense, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1998*. 9.ª ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10.ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a relação entre os direitos fundamentais e o direito privado. In: ESTEVEZ, André Fernandes (org.); JOBIM, Marcio Felix (org.). *Estudos de direito empresarial: homenagem aos 50 anos de docência do Professor Peter Walter Ashton*. São Paulo: Saraiva, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos*, v. 3, p. 775-829, ago/2011, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 4.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

SARRUBO, Mariângela. A saúde na Constituição Federal e o contexto para recepção da Lei 9.656/98. In: MARQUES, Claudia Lima (org.); LOPES, José Reinaldo (org.); PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (org.). *Saúde e responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde*. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 1999.

SCAFF, Fernando Campos. *Direito à saúde no âmbito privado: contratos de adesão, planos de saúde e seguro-saúde*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

SCHMITT, Cristiano Heineck. *Consumidores hipervulneráveis: a proteção do idoso no mercado de consumo*. São Paulo: Atlas, 2014.

SCHMITT, Cristiano Heineck. Cláusulas abusivas em contratos de planos e de seguros de assistência privada à saúde. In: MARQUES, Claudia Lima (org.); MIRAGEM, Bruno (org.). *Direito do consumidor: contratos de consumo*, v. IV. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SCHMITT, Cristiano Heineck; BARBOSA, Fernanda Nunes. *Cadernos de Direito do Consumidor*. parte geral. Porto Alegre: Escola Superior de Defesa do Consumidor do Estado do Rio Grande do Sul – Procon-RS, 2010.

SCHMITT, Cristiano Heineck; MARQUES, Claudia Lima. Visões sobre os planos de saúde privado e o Código de Defesa do Consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima; SCHMITT, Cristiano Heineck; LOPES, José Reinaldo de Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto (coord.). *Saúde e responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

SCLIAR, Moacyr. *Do mágico ao social: trajetória da saúde pública*. São Paulo: Editora SENAC São Paulo, 2002.

SCLIAR, Moacyr. História do conceito de saúde. *Physis: Revista de Saúde Coletiva*, v. 17, n. 1, p. 29-41, Rio de Janeiro, 2007.

SCORALICK, Francisca Magalhães; PINHEIRO, José Elias Soares; SILVA, Silvana de Araújo; CUNHA, Ulisses Gabriel de Vasconcelos. Depressão e demência: diagnóstico diferencial. In: FREITAS, Elizabete Viana de; PY, Ligia; GORZONI, Milton Luiz; DOLL, Johannes, CANÇADO, Flávio Aluizio Xavier. *Tratado de geriatria e gerontologia*. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2016.

SETHI, M. K. (ed.); FRIST, W. H. (ed.). *An introduction to health policy: a primer for physicians and medical students*. New York: Springer, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, José Luiz Toro da. *Comentários à lei dos planos de saúde*. 2.^a ed. Porto Alegre, Síntese, 1998.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo Código Civil e a sua conexão com a solidariedade social. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

SILVEIRA, Daniele Pinto da; ARAUJO, Denizar Vianna; GOMES, Germana Hunes Grassi; LIMA, Kenio Costa; ESTRELLA, Kylza; OLIVEIRA; Martha; VERAS, Renato; NEVES, Rosana Vieira das; ASSALIM, Vanessa Moraes. *Idoso na saúde suplementar: uma urgência para a saúde da sociedade e para sustentabilidade do setor*. Rio de Janeiro: Agência Nacional de Saúde Suplementar, 2016.

SILVEIRA, Karyna Rocha Mendes da. *Doença preexistente nos planos de saúde*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

SOMBRA, Thiago Luís. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas: identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

SOUSA, Rabindranath Valentino Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra, 1995.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 1.^a ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SZANIAWISKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3.^a ed. Rio e Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: BARROSO, Luis Roberto. *Revista de direito do estado*, n.º 2, abr/jun, 2006. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TIMM, Luciano Benetti. *Direito contratual brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico*. 2.^a ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2015.

TIMM, Luciano Benetti. Função social do direito contratual no Código Civil brasileiro: justiça distributiva vs. eficiência econômica. *Revista dos Tribunais*, v. 876/2008, p. 11-28, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, out. 2009.

URBANI, Giuliano; BOBBIO, Norberto; CAPUANI, Gian Maria; et. al. *L'anziano attivo: proposte e riflessioni per la terza e la quarta età*. Torino: Edizione della Fondazione Giovanni Agnelli, 1991.

VARELLA, Drauzio; CESCHIN, Mauricio. *A saúde dos planos de saúde*. São Paulo: Editora Paralela, 2014.

VENTURA, Deisy. *Direito e saúde global: o caso da pandemia de gripe A (H1N1)*. São Paulo: Outras Expressões/Dobra Editorial, 2013.

VIAL, Sophia Martini. O fenômeno da codificação e da recodificação no direito privado. *Revista de direito privado*, vol. 64/2015, p. 13-35, out.-dez./2015. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

VIEIRA, Marcelo Milano Falcão; VILARINHO, Paulo Ferreira. O campo da Saúde Suplementar no Brasil. *Revista Ciências da Administração - RCA*, v.6, n. 11, p. 09-34. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina – Centro Socioeconômico/Departamento de Ciências da Administração, jan./jul, 2004.

WEINGARTEN, Celia. *La confianza en el sistema jurídico: contratos y derecho de daños*. Mendoza: Jurídicas Cuyo, 2002.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Trad. A. M. Botelho Hespanha. 2.^a ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1980.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *The Preamble of the Constitution of the World Health Organization*. Disponível em: <<http://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd47/EN/constitution-en.pdf>> Acesso em: 30 set. 2016.

XAVIER, José Tadeu Neves. *A nova dimensão dos contratos no caminho da pós-modernidade*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006.

ZAVASCKI, Teori Albino. Cooperação jurídica internacional e a concessão de exequatur. *Doutrinas Essenciais de Direito Internacional*, vol. 4, p. 1393-1407, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, fev./2012.