



Série Aperfeiçoamento de Magistrados 6

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE
PARTE I

Saúde Suplementar no Direito Brasileiro



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Série Aperfeiçoamento de Magistrados 6

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE
PARTE I**

Saúde Suplementar no Direito Brasileiro

**CURSO DE DIREITO EM SAÚDE SUPLEMENTAR
RIO DE JANEIRO, 15, 22 E 29 DE JULHO E 5 DE AGOSTO DE 2011**

**Rio de Janeiro
EMERJ
2012**

© 2012 EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - TJERJ

Trabalhos de magistrados participantes do Curso de Direito em Saúde Suplementar, realizado em 15, 22, 29 de julho e 5 agosto de 2011, como parte do Programa de Atualização de Magistrados e Inserção Social da EMERJ, em cumprimento a exigência da ENFAM.

Produção Gráfico-Editorial: Divisão de Publicações da EMERJ.

Editor: Irapuá Araújo (MTb MA00124JP); **Programação Visual:** Geórgia Kitsos;
Assistente de editoração eletrônica: Rafaelle Neves; **Revisão Ortográfica:** Suely Lima, Ana Paula Maradei e Sergio Silves.

CURSO DE DIREITO EM SAÚDE SUPLEMENTAR, 2011, Rio de Janeiro.
Judicialização da saúde, Parte I: saúde suplementar no direito brasileiro. Rio de Janeiro:
EMERJ, 2011.

512 p. (Série Aperfeiçoamento de Magistrados, 6)

ISBN 978-85-99559-08-6

1. Judicialização da saúde. 2. Plano de saúde. I. EMERJ.
II. Série. III. Título.

CDD 342.264

Os conceitos e opiniões expressos nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores. É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta obra, desde que citada a fonte.

Todos os direitos reservados à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Rua Dom Manoel, 25 - Rio de Janeiro/RJ CEP: 20010-090

Telefones: (21) 3133-3400 / 3133-3365

www.emerj.tjrj.jus.br - emerjpublicacoes@tjrj.jus.br

Diretoria da **EMERJ**

◆ DIRETORA-GERAL

Des^a. Leila Maria Carrilo Cavalcante Ribeiro Mariano

◆ CONSELHO CONSULTIVO

Des^a. Maria Augusta Vaz Monteiro de Figueiredo

Des. Milton Fernandes de Souza

Des. Jessé Torres Pereira Júnior

Des. Geraldo Luiz Mascarenhas Prado

Des. Ricardo Couto de Castro

Des. Elton Martinez Carvalho Leme

◆ PRESIDENTE DA COMISSÃO ACADÊMICA

Des. Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho

◆ COMISSÃO DE INICIAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS

Des. Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho

Des^a. Elisabete Filizzola Assunção

Des. Heleno Ribeiro Pereira Nunes

Des. Wagner Cinelli de Paula Freitas

Des. Claudio Brandão de Oliveira

Des. Claudio Luis Braga Dell'Orto

Des. Paulo de Oliveira Lanzellotti Baldez

◆ COORDENADOR DE ESTÁGIO DA EMERJ

Des. Edson Aguiar de Vasconcelos

◆ SECRETÁRIA-GERAL DE ENSINO

Rosângela Pereira Nunes Maldonado de Carvalho

◆ ASSESSORA DA DIRETORA-GERAL

Donatila Arruda Câmara do Vale



EMERJ

Sumário

Apresentação	11
Saúde Suplementar	
<i>Adriana Costa dos Santos</i>	13
Reflexões sobre Saúde Suplementar	
<i>Alessandra Ferreira Mattos Aleixo</i>	18
Saúde Complementar. Empresas de Seguro Saúde. Responsabilidade Civil. Algumas Considerações Relevantes	
<i>Alexandre Guimarães Gavião Pinto</i>	25
Assistência Suplementar à Saúde	
<i>Alexandre José da Silva Barbosa</i>	33
Direito Contratual, Direito do Consumidor na Saúde Suplementar e suas Coberturas	
<i>Ana Carolina Fucks Anderson Palheiro</i>	43
Envelhecimento e Reajuste por Faixa Etária	
<i>André Fernandes Arruda</i>	53
Saúde: Dever do Estado - Caráter suplementar da iniciativa privada	
<i>Andréia Magalhães Araújo</i>	60
Saúde: Conceitos Fundamentais e Assistência no Direito Brasileiro	
<i>Bianca Ferreira do Amaral Machado Nigri</i>	66
Sistema de Saúde Suplementar (Algumas Considerações)	
<i>Camila Novaes Lopes</i>	81
Mudança de Faixa Etária e Reajuste de Mensalidade	
<i>Carlos Sérgio dos Santos Saraiva</i>	89
Direito em Saúde Suplementar	
<i>Celso Silva Filho</i>	97
Direito em Saúde Suplementar	
<i>Cezar Augusto Rodrigues Costa</i>	104

Considerações sobre Saúde Suplementar no Brasil e a incidência da Lei 9.656/98 diante dos princípios do Código de Defesa do Consumidor	
<i>Daniella Alvarez Prado</i>	111
Considerações sobre Saúde Suplementar	
<i>Eduarda Monteiro de Castro Souza Campos</i>	118
Considerações sobre Saúde Suplementar	
<i>Eduardo de Azevedo Paiva</i>	126
A Saúde Suplementar e sua Interação com o Direito	
<i>Elisa Pino da Luz Paes</i>	133
Envelhecimento e Reajuste por Faixa Etária: Impacto da Lei 9.656 e do Estatuto do Idoso	
<i>Eunice Bitencourt Haddad</i>	140
Saúde Suplementar	
<i>Fernando Antonio de Souza e Silva</i>	145
Saúde Suplementar - Uma Abordagem dos Sistemas	
<i>Gilberto Clóvis Farias Matos</i>	152
Direito Contratual e Direito do Consumidor na Saúde Suplementar	
<i>Grace Mussalem Calil</i>	162
A saúde como direito de todos	
<i>Juliana Grillo El-Jaick</i>	170
Direito em Saúde Suplementar	
<i>Jussara Maria de Abreu Guimarães</i>	177
Saúde Suplementar - Envelhecimento e Reajuste por Faixa Etária	
<i>Larissa Pinheiro Schueler</i>	184
Fundamentos econômicos e atuariais de seguros e planos de saúde	
<i>Lúcia Helena do Passo</i>	192
ANS – Papel Institucional e Competência do Rol de Procedimentos	
<i>Luciana Gomes de Paiva</i>	201

Plano e Contrato de Saúde	
<i>Luciano Silva Barreto</i>	208
Direito em Saúde Suplementar: Desafios e Possibilidades	
<i>Luiz Alberto C. Alves</i>	237
Contrato de Plano de Saúde Particular	
<i>Luiz Alfredo Carvalho Junior</i>	245
Algumas Considerações sobre Assistência à Saúde	
<i>Luiz Eduardo de Castro Neves</i>	254
Saúde Suplementar e Direito do Consumidor	
<i>Luiz Márcio Victor Alves Pereira</i>	261
Planos de Saúde como Agentes de Saúde Suplementar	
<i>Márcia Andrea Rodriguez Lema</i>	286
Contratos de Planos de Saúde: Princípios Básicos da Atividade	
<i>Marcia Cristina Cardoso de Barros</i>	290
Sistema de Saúde Suplementar	
<i>Marcia Cunha S. A. de Carvalho</i>	300
Contratos de Planos de Saúde: Princípios Básicos da Atividade	
<i>Márcio Olmo Cardoso</i>	305
Saúde Suplementar e o Consumidor Idoso: Judicialização e Conflito de Leis	
<i>Marcus da Costa Ferreira</i>	312
Saúde Suplementar	
<i>Marcos Borba Caruggi</i>	323
Direito em Saúde Suplementar	
<i>Maria da Penha Nobre Mauro</i>	337
Direito Contratual na Saúde Complementar sob a Perspectiva na Jurisprudência	
<i>Margaret de Oliveira Valle dos Santos</i>	351

O Aumento por Faixa Etária após o Estatuto do Idoso	
<i>Marisa Simões Mattos Passos</i>	367
A Saúde como Direito Social	
<i>Myriam Medeiros da Fonseca Costa</i>	374
Plano de Saúde - O Envelhecimento e o Reajuste por Faixa Etária – Impacto da Lei 9.656 e o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003)	
<i>Nadia Maria de Souza</i>	393
Esboço sobre a Saúde Suplementar no Brasil	
<i>Patricia Rodriguez Whately</i>	399
Envelhecimento e Reajuste por Faixa Etária: Impacto da Lei 9.656 e do Estatuto do Idoso	
<i>Paulo Roberto Campos Fragoso</i>	409
Da Possibilidade de Reajuste de Contrato de Plano de Saúde Anterior à Vigência do Estatuto do Idoso	
<i>Rafael Estrela Nobrega</i>	420
Reajuste da mensalidade em função da mudança de faixa etária	
<i>Raquel de Andrade Teixeira Cardoso</i>	428
Saúde Suplementar: Algumas Reflexões	
<i>Renata Vale Pacheco Medeiros</i>	436
Saúde Suplementar e Direitos do Consumidor	
<i>Renata de Lima Machado Amaral</i>	443
O Direito Intertemporal e o Reajuste de Prestação de Planos de Assistência à Saúde Suplementar em Razão da Faixa Etária – A Aplicabilidade da Lei 10.741/03 (Estatuto do Idoso) aos Contratos em Vigor nos Termos da Lei 9.656/98 (Planos e Seguros Privados de Assistência à Saúde)	
<i>Ricardo Alberto Pereira</i>	454

Mutualismo, Boa-fé e Arbitragem no Âmbito da Resolução 1.956/2010 do CFM, especialmente nos Casos Referentes a Órteses, Próteses e Materiais Especiais	
<i>Rose Marie Pimentel Martins</i>	462
Planos de Saúde - Aspectos Controvertidos - Contrato Coletivo	
<i>Sonia Maria Monteiro</i>	471
Envelhecimento e Reajuste por Faixa Etária: Impacto da Lei 9.656 e do Estatuto do Idoso	
<i>Veleda Suzete Saldanha Carvalho</i>	480
Contratos de Planos e Seguros Privados de Assistência à Saúde sob a Ótica do Direito do Consumidor	
<i>Werson Régio</i>	488
Anexo 1	499
Anexo 2	503



EMERJ

Apresentação

Em prosseguimento ao Programa de Aperfeiçoamento dos Magistrados, a Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro promoveu, em julho e agosto de 2011, o “**Curso de Direito em Saúde Suplementar**”, contando com a participação de vários especialistas na área do direito.

Os temas abordados foram os seguintes:

- “Contratos de Planos de Saúde: princípios básicos da atividade”
- “Envelhecimento e Reajuste por Faixa Etária: Impacto da Lei nº 9.656/98 - Estatuto do Idoso”
- “ANS - Papel Institucional e Competência: Rol de procedimentos, Limitações dos Seguros Saúde, Risco Segurável, Carência”
- Direito Contratual e Direito do Consumidor na Saúde Suplementar.

No intuito de socializar o conhecimento produzido pelos participantes do curso e enriquecer os debates sobre o Direito à Saúde publicamos seus trabalhos, nos quais, além do enfoque doutrinário, relatam suas experiências no exercício da judicatura.

Desembargadora Leila Mariano

Diretora-Geral da EMERJ



EMERJ

Saúde Suplementar

Adriana Costa dos Santos¹

As leis sempre retratam ou pelo menos, buscam retratar a realidade da sociedade. Assistimos a muitas alterações legislativas, ao longo dos anos, buscando, sempre, uma resposta ao momento vivido pela sociedade.

No tocante à lei civil não é diferente. O antigo código civil retratava uma sociedade muito mais individualista, na qual o *pacta sunt servanda* era aplicado com rigor. Hoje, os princípios que regem as relações contratuais, ainda que não na seara consumerista, busca o interesse da coletividade. Não basta o que as partes pactuam, mas o que isso representa para a coletividade. Hoje vivemos regidos pela boa-fé objetiva, a transparência, a função social das relações contratuais etc.

O código civil, calcado nos princípios da efetividade, da eticidade, da transparência, exige a relativização de determinados dogmas que defendiam o individual em prol do coletivo. Isso já é passado!

A vinda do Código de Defesa do Consumidor, anterior ao Código Civil, posterior ao anteprojeto do último, traz princípios que mudaram radicalmente a visão individualista das relações de consumo. Há até os que citam o exagero do legislador, alegando a edição de uma verdadeira “ditadura do consumidor”.

Discordo de tal posicionamento. A hipossuficiência tanto técnica, quanto econômica do consumidor exigiu a elaboração de uma lei que equilibrasse as relações de consumo. Nada mais representa do que tratar de forma desigual os desiguais para se atingir o equilíbrio da relação. Mas sempre menciono que a boa-fé deve ser observada por todos os integrantes da relação contratual: “é uma via de mão dupla”, devendo o magistrado agir com pulso firme também quando esse consumidor não está de boa-fé, aplicando, inclusive, a penalidade da litigância de má-fé.

1 Juíza de Direito da 21ª Vara Cível - Capital.

Com relação à saúde não é diferente. A vida, a saúde, são direitos da personalidade, direitos esses protegidos pela Constituição da República. Com tal característica, são definidos como absolutos, irrenunciáveis, inalienáveis, imprescritíveis etc.

Quando nos deparamos com as famosas “ações de planos de saúde”, estamos diante do mais valioso dos bens, a saúde e por que não a vida?

Tem o Estado o dever de prover as necessidades básicas e, dentre elas, temos o serviço de saúde. Não é novidade que, mesmo com o passar dos anos, o atendimento nas redes públicas de saúde, seja em que esfera de Poder for, é sempre um desafio. Hospitais lotados, falta de vagas, falta de equipamentos, médicos, remédios, enfim, o Poder público não dá conta de prover tal necessidade da sociedade.

Assim, para os que possuem uma condição financeira um pouco melhor, resta a solução da contratação de um plano privado. Tal contratação tem o condão de dar um alento, uma segurança para o consumidor. Acreditam que será o amparo sempre que precisarem.

Existem várias questões sérias pertinentes ao tema. O preço do plano ou seguro de saúde, a possibilidade de pagamento por parte do consumidor e a consciência de que para uma melhor assistência é preciso pagar mais.

É regra básica que um plano com uma cobertura melhor é mais caro. É a velha regra de matemática: “dois mais dois serão sempre quatro, nunca cinco ou seis”. A cobertura é reflexo do preço da contratação.

O valor pago mensalmente reflete vários cálculos que são feitos levando-se em conta o risco, os chamados cálculos atuariais. Assim, o erro no cálculo põe em risco não só um consumidor, mas todos que integram o plano. Daí o óbvio motivo da diferença de preço diante do aumento do risco, da faixa etária ou ainda da qualidade da cobertura. É comum que pessoas mais idosas paguem mais porque provavelmente usarão mais, levando-se em conta a data em que esse idoso aderiu ao plano.

Ocorre que quando estamos diante de uma relação desta natureza ou de um seguro de automóvel, por exemplo, vemos, em muitas situações, o consumidor pensar que contratou um risco integral.

Apesar de os contratos serem de adesão, salvo as cláusulas abusivas, as demais, pactuadas, devem ser cumpridas sob pena de se pôr em risco todos os contratantes, evitando a “quebra do sistema”.

É comum que o consumidor acredite na máxima de que a seguradora vai sempre tentar descumprir o pactuado, não pagando a indenização, negar a internação, o exame, o procedimento.

De fato, vemos muitas arbitrariedades praticadas, no dia a dia dos Tribunais, necessitando o consumidor buscar amparo junto ao Poder Judiciário para o cumprimento do pactuado em contrato celebrado. Mas a outra vertente também é comum: o consumidor quer receber mais do que pactuou e, nos casos dos planos de saúde, vemos muitos quererem uma assistência integral de saúde sem ter contratado tal integralidade. Buscam aquilo que deveria ser dado pelo Poder Público.

A deficiência do Poder Público coloca nas mãos dos particulares a sua obrigação: de prestar a assistência integral à saúde.

As liminares em massa que são deferidas na rotina dos Tribunais não são tão somente reflexo do descumprimento do contrato pelas seguradoras, planos de saúde, mas, também, da deficiência do Poder Público, que “não dá conta do recado”.

Os juízes se deparam, cotidianamente, com as petições iniciais narrando doenças, sequelas, dores, pedidos de procedimentos, e têm que decidir, na solidão de seus gabinetes, e acompanhados apenas pela sua consciência.

É uma tarefa difícil, tanto quanto a do médico que tem o conhecimento para salvar a vida, mas se vê impedido pela falta de equipamentos, de recursos, de medicamentos e por que não a tão comum falta de vaga nos hospitais? É quase que decidir quem vai morrer.

O juiz, quando se depara com o risco do bem mais precioso, a vida, não hesita; defere a tutela, e não pode ser diferente. Às vezes, não tem conhecimento da doença ou do procedimento e decide com base no laudo médico anexado, já que, na maioria das vezes, não se pode esperar, sob pena de posterior juntada do atestado de óbito do autor. Acredito que seja uma das mais angustiantes situações da árdua tarefa de julgar!

Ocorre que conceder direitos não pactuados e obrigar as seguradoras a arcar com riscos não assumidos e sem previsão legal importa em pôr em risco todo o grupo, ou seja, colocar em risco o direito dos demais a receber a assistência contratada. O seguro não é contratado e calculado individualmente, mas coletivamente. Isso porque o risco é assumido diante da realidade do grupo, levando-se em conta as características do mesmo: idade, doenças pré-existentes, número de integrantes. Qualquer risco que fuja do calculado põe em risco todo o grupo.

Por isso que um bom trabalho de auditoria é fundamental. Saber se o procedimento é necessário, se o valor cobrado está dentro da realidade, se o material utilizado era necessário e se foi pago o justo valor, ou seja, administrar os gastos para que todos possam utilizar o serviço quando necessário. A fraude é maléfica e deve ser combatida a todo custo!

É por isso que acredito que a confiança mútua é o grande sonho a ser perseguido. Tanto segurador quanto segurado, agindo dentro dos princípios que regem as relações contratuais consumeristas, praticando a boa-fé objetiva, a transparência, a função social do contrato, a ética.

A ideia de que o seguro foi feito para ser usado deve ser descartada, ao contrário, o seguro deve ser feito para não ser usado ou não com tanta frequência, ou apenas em situações de prevenção. No caso de quem contrata um seguro de carro pensando em receber e desejando receber a indenização, não pode estar agindo de boa-fé. É por isso que os bônus são uma ótima forma de incentivar o cuidado do condutor, diminuindo o número de sinistros e as fraudes.

No caso dos planos de saúde e a ideia é a mesma. Ninguém contrata um plano desejando ficar doente. A doença é possível, mas não desejada. Ninguém quer se submeter a um tratamento de câncer só para usar o plano! Os pacientes desejam a cobertura, a segurança, mas, na realidade, só desejam utilizar o seguro em situações, consultas rotineiras ou para check-up, nunca para se submeter a um tratamento sério, com risco de vida.

Em que pese muitos ainda não terem essa visão, os check-ups são uma forma de economia para os planos e seguros de saúde e estão cada vez mais em uso, como forma de prevenção.

Toda doença descoberta no início tem um tratamento com um custo muito menor e o custo desses exames acabam por representar uma economia para todo o grupo. Palestras de incentivo a uma vida saudável têm a mesma função. Cuidando da saúde, com hábitos saudáveis, praticando esportes, tendo uma vida mais tranquila, automaticamente se está protegendo o fundo do plano de saúde, já que os atendimentos tendem a diminuir e as internações também.

Enfim, as relações contratuais relativas aos planos de saúde têm as suas peculiaridades. Em um país onde ainda não se encontrou maneira de obter a proteção à saúde apenas pela via estatal, a única saída para aqueles que ainda têm uma alternativa financeira é a dos planos/seguros de saúde. Muitos preferem deixar de usufruir de outras vantagens, “apertam os cintos”, mas não deixam de pagar o seguro, pois sabem da dificuldade futura de se conseguir um atendimento digno na rede pública. ♦

Reflexões sobre Saúde Suplementar

Alessandra Ferreira Mattos Aleixo ¹

Neste estudo, tem-se o objetivo de analisar temas debatidos no decorrer do curso sobre direitos relacionados à Saúde Suplementar. No primeiro encontro, tratou-se dos fundamentos econômicos e atuariais de seguros e planos de saúde. A primeira palestra foi ministrada pelo Prof. Luiz Augusto Carneiro, que dissertou sobre como se financia um contrato de seguro, a existência do mutualismo, com o compartilhamento de riscos, o conceito de risco e a necessidade de aplicar-se o mutualismo dentro de grupos homogêneos. O palestrante demonstrou igualmente que o risco deve ser “segurável”; ou seja, economicamente viável, o que interfere diretamente na composição do prêmio.

A segunda palestra do primeiro encontro foi ministrada por Maury Ângelo Bottesine, que tratou dos contratos de planos e seguros privados de assistência à saúde, dos princípios da atividade, do regime associativo na prestação de serviços médicos e hospitalares, do cooperativismo empresarial e do SUS como modelo de assistência oficial.

Uma importante diferenciação feita diz respeito aos planos de saúde e seguros, pois as seguradoras ficam sujeitas à regulamentação tanto da ANS quanto da SUSEP.

A terceira palestra do primeiro encontro foi ministrada por Denys Zimmermann e versou sobre a evolução do seguro saúde, os avanços tecnológicos, o aumento da expectativa de vida, as decisões médicas e sua supremacia, a obrigação de garantia, a forma do questionário da seguradora, que não pode conter investigação sobre sintomas, o problema das lesões preexistentes e a solução para a sua cobertura, bem como o problema do

¹ Juíza de Direito da 5ª Vara Cível - Capital.

risco moral; ou seja, a tendência de o segurado ter menos cuidado com sua saúde ao contratar um seguro.

O segundo encontro ocorreu no dia 22 de julho, tendo por tema a Federação Nacional de Saúde Suplementar, o envelhecimento e reajuste por faixa etária, que desperta significativo interesse por parte dos magistrados, já que grande parte das ações ajuizadas referem-se basicamente aos reajustes por faixa etária, que tanto oneram o idoso.

O grande impasse consiste na diminuição da renda com a idade e o conseqüente aumento da necessidade de utilização do plano de saúde pelos idosos, uma equação difícil de ser resolvida.

Outro problema refere-se à mudança da pirâmide etária com o decorrer dos anos, com a diminuição de jovens e aumento dos idosos, sendo inevitável o aumento de doenças crônicas, mas há também aumento gradual da qualidade de vida, decorrente do incremento tecnológico.

O avanço da tecnologia trouxe mais despesas, com exames e técnicas menos invasivas, aumento da renda da população que gera maior utilização de serviços médicos, transição epidemiológica entre as doenças contagiosas, menos presentes, e as doenças crônicas.

No Brasil, para resolver-se o problema do idoso, todos custeiam os riscos, não podendo o preço cobrado do idoso ser maior que seis vezes o custo da menor faixa etária. Daqui a alguns anos, esse sistema começará a evidenciar problemas, uma vez que haverá poucos jovens para subsidiar futuros idosos.

Outro problema discutido foi a controvérsia entre a vigência do CDC até a Lei 9.656, período em que não havia diploma legal que regulamentasse a faixa etária. No entanto, entre a Lei 9.656 e a entrada em vigor do Estatuto do Idoso, poderia haver modificação da faixa etária até os 70 anos. A partir do Estatuto do Idoso, a última faixa para a qual se admite majoração é aos 59 anos.

O terceiro encontro teve como tema o que a sociedade espera da ANS, interfaces com a gestão do SUS e do MS, a inclusão de novas coberturas e equilíbrio financeiro do sistema. Foi salientada a mudança de relacionamento entre médico e paciente, com intensa procura por prontos-

socorros, medida mais resolutiva para o paciente, que se submete eventuais exames necessários.

A diferenciação entre beneficiário, prestador de serviço e operadora foi explicitada e, na segunda palestra, tratou-se da regulação: o que é, para que serve, o rol de procedimentos, o seu aumento gradual, o problema da portabilidade da carência, dentre outros.

Os temas abordados em todas as palestras e explicações são atuais e enfrentados todos os dias pelos juízes, sendo a maior parte da demanda consumerista, especialmente em casos de antecipação de tutela, referentes à planos de saúde, com ênfase na negativa de realização de procedimentos, sob a alegação de carência, no reajuste desarrazoado e em desacordo com o determinado pela ANS, bem como a negativa de exames pela não previsão contratual.

Sobre o tema abordado no curso, em especial a norma que regulamenta os planos de saúde coletivos e a continuidade de prestação do serviço e manutenção da condição de segurado após sua aposentadoria, transcreve-se a sentença a seguir proferida pela signatária junto ao Juízo da 5ª Cível de Jacarepaguá no ano de 2011:

RRM, devidamente qualificado na inicial, propõe ação de conhecimento pelo rito sumário em face de GCAIS, igualmente qualificado, alegando, em síntese, ser empregado da EBTS, aposentado por invalidez desde junho de 2009. Aduz ser oferecido pela empresa plano coletivo de saúde, desfrutado pelo autor até 04/02/2011, quando foi surpreendido com a informação de não manutenção do plano por não mais pertencer aos quadros da empresa.

Foi oferecido pela ré plano individual de valor muito elevado, entendendo o autor que, com a aposentadoria, não teve o contrato extinto, mas suspenso, devendo ser mantido o pla-

no de saúde. Pelo que a concessão de antecipação de tutela para restabelecimento do serviço e, ao final, a confirmação da tutela concedida e a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais.

A inicial veio acompanhada de documentos de fls. 11/79.

Deferimento da antecipação de tutela às fls. 81.

Devidamente citada, a ré apresentou contestação, conforme fls. 87/101.

Arguiu a ilegitimidade ativa do autor, por ser o contrato coletivo e ele apenas o beneficiário.

No mérito, afirma que aplica-se ao caso do autor o disposto no artigo 31 da lei que rege os planos de saúde, uma vez que o autor ostenta a condição de aposentado, mantido o contrato após a aposentadoria à razão de um ano para cada ano de contribuição, o que foi respeitado pela ré, inexistindo danos a serem indenizados.

É o relatório.

O presente feito deve ser julgado antecipadamente, na forma do artigo 330, inciso I, do CPC, tendo em vista que a questão de mérito é unicamente de direito.

Trata-se de relação de consumo, devendo aplicar-se os princípios e regras consumeristas no presente caso.

Quanto à preliminar de ilegitimidade ativa, deve ser rejeitada, por ser o autor beneficiário e usuário do plano coletivo e, portanto, consumidor dos serviços da ré.

No mérito, a controvérsia incide na existência dos danos alegados e na efetiva condição do autor, se aplicável a seu caso o dispositivo relativo à aposentadoria prevista no artigo 31 da Lei 9656 ou não.

Para análise da questão, inicialmente deve-se analisar se a aposentadoria por invalidez extingue ou não o contrato de trabalho, sendo que, segundo o disposto no artigo 475 da CLT,

bem como em enunciado do TST de número 160, a aposentadoria por invalidez não tem o condão de extinguir o contrato de trabalho, mas apenas de suspendê-lo, não importando o prazo que perdure, mantida a condição de empregado do autor, haja vista que, na hipótese de restabelecimento das suas funções físicas, poderá retornar ao trabalho, o que foi reconhecido pela empregadora do autor ao retificar sua carteira de trabalho, não procedendo a anotação de baixa na mesma.

A ré argumenta que há dispositivo legal atinente ao caso, o artigo 31 da Lei 9656, que prevê caso de aposentadoria do empregado, mas este dispositivo não prevê o caso específico da aposentadoria por invalidez, mas aposentadoria por tempo de serviço ou contribuição, caso em que não subsiste o contrato de trabalho, não aplicável, portanto, o dispositivo citado ao caso dos autos.

Neste sentido a seguinte decisão:

0006036-79.2005.8.19.0066 (2007.001.03091) – APELAÇÃO DES. PEDRO FREIRE RAGUENET - Julgamento: 20/03/2007 - DÉCIMA OITAVA CÂMARA CÍVEL

Cível. Empregado aposentado por invalidez. Cessaç o do plano de sa de. Demanda proposta em face da empregadora e da seguradora. Senten a que julga improcedente a demanda em face daquela e a extingue, sem aprecia o do m rito, em face desta. Apelo. Reflexo do art. 475 da CLT. A aposentadoria por invalidez n o quebra o contrato de trabalho, sen o o suspende. Precedentes do STJ e deste Tribunal, reconhecendo corre o da pretens o autoral ao fornecimento do seguro, em face   onerosidade da rela o trabalhista e   vincula o  s suas cl usulas negociais. Obrigac o decorrente do Edital de privatiza o da CSN. Configura o de les o moral, em virtude da rescis o unilateral da obriga o contratual e suas conseq u ncias em rela o ao autor. Provimento parcial do apelo para

reconhecer a obrigação da primeira recorrida e manutenção da sentença em relação à segunda recorrida.

Considerando a subsistência do contrato de trabalho e não aplicação do artigo 31, mantida a condição de empregado do autor, deve ser mantida a sua condição de beneficiário do plano de saúde, não obstante a cláusula do contrato coletivo que prevê a não cobertura quando afastado o empregado por doença, uma vez que totalmente abusiva e em desacordo com o Princípio Constitucional da isonomia, já que o empregado, quando doente, precisará do plano de saúde.

Resta analisar-se o pedido de condenação ao pagamento de indenização por danos morais. Entendo que os danos não ficaram caracterizados no presente caso, uma vez que, embora tenha havido inadimplemento contratual pela ré, pode a mesma inicialmente ter sido levada a erro, já que o empregador deu baixa da Carteira de Trabalho do autor, o que daria ensejo a perda da condição de beneficiário, sendo informado pela Defensoria Pública que a própria alertou o empregador para o erro, não comprovada nenhuma ofensa a honra ou dor intensa sofrida em virtude da negativa de forma a dar ensejo ao dever de indenizar.

Pelo exposto, JULGO PROCEDENTE EM PARTE o pedido formulado na inicial, para tornar definitiva a tutela deferida e JULGO IMPROCEDENTE O PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS.

Considerando a sucumbência recíproca, cada parte arcará com o pagamento de honorários advocatícios dos seus patronos, fixados em 10% sobre o valor da causa e com o pagamento de metade das custas processuais, observada a gratuidade justiça deferida ao autor.

Certificado o trânsito em julgado, dê-se baixa e arquivem-se os autos.

P.R.I.”

Para o julgamento do caso, foi necessária a análise do disposto na Lei 9.656, bem como da interpretação de conceitos de direito do trabalho, relativos à extinção do contrato de trabalho e sua aplicabilidade à aposentadoria por invalidez.

Concluí que, na aposentadoria por invalidez, diferentemente da aposentadoria por tempo de serviço, não há extinção do contrato de trabalho, mas apenas suspensão, não perdendo o empregado sua condição, possuindo, portanto direito a permanecer como beneficiário do plano de saúde da empresa.

Uma questão que não foi objeto de discussão pela parte, mas que pode trazer discussões futuras, diz respeito ao pagamento dos custos mensais com o plano de saúde pelo aposentado por invalidez. No caso por mim julgado, o próprio beneficiário requereu o pagamento por ele dos valores mensais, mas existe a possibilidade de, interpretando as normas vigentes, bem como considerando a suspensão do contrato de trabalho e a manutenção da condição de empregado, entender-se pela obrigatoriedade de a empresa continuar arcando com os custos mensais.

Destarte, após todas as explanações, conclui-se pela importância da legislação, da regulamentação, da fiscalização da agência reguladora, de forma a tentar equilibrar os interesses sempre conflitantes e diminuir o litígio, desafogando a Justiça e evitando o ajuizamento de milhares de ações judiciais. ♦

Saúde Complementar. Empresas de Seguro Saúde. Responsabilidade Civil. Algumas Considerações Relevantes

Alexandre Guimarães Gavião Pinto¹

É de fácil constatação que, atualmente, a responsabilidade civil das empresas de seguro saúde desperta interesse cada vez maior da sociedade, em decorrência, não só da grande importância das atividades exercidas, que se relacionam diretamente com a manutenção de vidas humanas, mas também do aumento considerável de reprováveis falhas e defeitos na execução dos serviços de saúde complementar prestados, o que preocupa sobremaneira os usuários e as autoridades públicas, causando profundos impactos na vida de milhares de consumidores e notórias repercussões no mercado de consumo.

Antes do exame pormenorizado do tema, é indispensável uma preliminar compreensão sobre a natureza jurídica das empresas de seguro saúde.

Tais empresas privadas prestam assistência suplementar aos serviços públicos de saúde e vêm definidas na Lei nº 9.656/98; sendo certo, ainda, que possuem íntimo relacionamento com os profissionais médicos que prestam serviços aos seus usuários, o que implica diversas consequências jurídicas, quando os aludidos pacientes suportam dano no atendimento médico-hospitalar.

Na realidade, tais empresas privadas, operadoras de planos de saúde, integram o sistema brasileiro de atendimento à saúde. Isto porque, a Lei Maior adotou um sistema misto, tendo em vista que, ao mesmo tempo

¹ Juiz de Direito da Vara de Família, Infância, Juventude e do Idoso da Comarca de Itaguaí.

em que determinou que a saúde é um direito de todos e dever do Estado, estabeleceu que a iniciativa privada poderá atuar em tal área, inserindo as operadoras privadas de planos de saúde, portanto, no contexto constitucional da assistência à saúde no Brasil.

É preciso ter presente que o seguro saúde é caracterizado pelo regime da livre escolha de médicos e hospitais e reembolso das despesas médico-hospitalares nos limites da apólice contratada, o que revela que a responsabilidade em tela é contratual e objetiva.

Mister se faz ressaltar que a responsabilidade das empresas de seguro saúde não afasta a responsabilidade solidária de outras entidades pelos atos médicos realizados nas dependências dos hospitais conveniados, lembrando-se de que a finalidade da solidariedade passiva é justamente a de assegurar a solvência, reforçando o vínculo, já que o credor passa a uma situação de maior garantia, pelo simples fato de poder exigir de qualquer devedor o cumprimento de toda a obrigação.

A responsabilidade das empresas de seguro saúde, levando-se em conta, inclusive, o princípio da função social dos contratos, é objetiva, diante da aplicação inafastável da norma prevista no artigo 14, *caput*, da Lei nº 8078/90, já que as aludidas empresas enquadram-se como fornecedoras de serviços; seguindo, por isso, as normas e princípios insculpidos na Lei Consumerista.

Sabe-se que a obrigação dos hospitais conveniados, para com o paciente, é de meio e não de resultado, o que implica o reconhecimento de que o hospital não tem a obrigação de promover a cura do paciente. Entretanto, a assistência prestada deve ser a mais adequada e eficiente possível, diligente e cautelosa, já que o hospital assume o dever de prestar o melhor serviço disponível, de acordo com as técnicas mais modernas e apropriadas ao correito exercício de seu mister, restando, ainda, configurada a solidariedade existente entre as operadoras de planos de saúde com os hospitais contratados para o atendimento integral aos seus usuários.

A cláusula de incolumidade, que se observa, de forma contundente, nas relações contratuais em foco, emerge da ampla obrigação de atuar com prudência, zelo e diligência rotineira, mantendo o paciente incólume, até

porque, não pode o mesmo sair da instituição hospitalar, conveniada a empresa de seguro saúde, por ato atribuível ao próprio hospital e sua equipe profissional, com a saúde mais debilitada e deficiente, do que quando ingressou para tratamento.

É dever do hospital, conveniado com as empresas de seguro saúde, selecionar bem a sua equipe de trabalho, o que engloba, desde a classe médica, todos aqueles que, de alguma forma, ainda que em caráter eventual, desempenham, na referida instituição, suas atividades, devendo vigiar, com rigor, o trabalho de seus prepostos, sejam médicos ou não.

Nessa esteira de raciocínio, deve ser responsabilizado, não só o nosocômio, como também de forma solidária, a empresa de seguro saúde, que, ao contratar com o referido hospital seus serviços, disponibiliza-os a seus consumidores, gerando, destarte, confiança de bom atendimento, que, com suas falhas e deslizes reprováveis, cause prejuízo aos seus pacientes, que se amoldam, inquestionavelmente, na condição de consumidores. Vale lembrar o dever exigível de incolumidade do paciente, que decorre do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição da República, bem como dos direitos e garantias fundamentais assegurados no artigo 5º do texto constitucional, entre eles o direito à saúde e à vida humana.

Sabe-se que o conjunto de direitos e garantias fundamentais tem por escopo o respeito à dignidade humana, através de sua proteção incondicional contra o arbítrio de quem quer que seja, poder estatal, ou mesmo pessoas jurídicas públicas ou privadas, o que engloba, obviamente, as instituições hospitalares e as empresas operadoras de planos de saúde.

No que tange a erros médicos, que comumente ocorrem no interior de instituições hospitalares contratadas pelas empresas de seguro saúde, e pelas últimas ofertadas, em larga escala, à sua extensa carteira de consumidores, algumas considerações se fazem necessárias.

O melhor posicionamento sobre o tema é aquele que prega que a responsabilidade médica/hospitalar é objetiva, fundada no Código de Defesa do Consumidor, vislumbrando-se, em tais hipóteses, a existência de

efetiva relação de consumo, o que enquadra o paciente na condição de consumidor, e a instituição hospitalar, bem como a empresa de seguro saúde, a qual é conveniada, na posição de fornecedoras de serviços.

O Código de Defesa do Consumidor adotou a teoria do risco do empreendimento, o que significa que todo aquele que desenvolve atividade no mercado de consumo tem o ônus de responder pelos eventuais vícios e defeitos dos bens e serviços postos à disposição do consumidor, sem a aferição de culpa, o que demonstra que o fornecedor passou a ser o garantidor dos produtos e serviços disponibilizados no mercado, respondendo pela qualidade e segurança dos mesmos.

Os artigos 12 e 14, ambos da Lei nº 8078/90, estabeleceram a responsabilidade objetiva dos fornecedores, o que implica o reconhecimento de que o consumidor tem somente que comprovar o dano e o nexo causal, para obter a indenização de eventuais danos suportados.

É atribuída ao fornecedor a garantia de que o serviço será fornecido ao consumidor sem falhas, ressaltando-se que, uma vez ocorrido o acidente de consumo, não se pode discutir conduta culposa, sendo irrelevante saber se o fornecedor tinha ou não conhecimento do defeito concretizado, bem como se esse defeito era previsível ou evitável, até porque os riscos do empreendimento não podem ser transferidos injustamente ao consumidor, parte mais vulnerável na relação de consumo, a quem a própria Carta Magna deferiu especial proteção, e que não pode suportar injustos prejuízos, arcando, indevidamente, com ônus que são exigíveis apenas daqueles que auferem, no mercado, lucros consideráveis com suas atividades.

Não se pode perder de perspectiva que não se trata de uma responsabilidade por risco integral, e sim objetiva, o que faz com que o artigo 14, § 3º do Código de Defesa do Consumidor enumere causas excludentes do dever de indenizar, que podem ser legitimamente suscitadas.

Configuram excludentes do dever de indenizar: a inexistência de defeito; o fato exclusivo do consumidor ou de terceiro, e o fortuito externo, que é o fato que não guarda qualquer relação com a atividade do fornecedor, sendo totalmente estranho ao produto ou serviço. O fortuito interno, que nada mais é do que o fato imprevisível e inevitável, ocorrido no mo-

mento da fabricação do produto ou da realização do serviço, não afasta o dever de indenizar do fornecedor, já que, por ser parte integrante de sua atividade, liga-se aos riscos do empreendimento de maneira íntima.

Na hipótese, por exemplo, de infecções hospitalares, o ônus da prova é único e exclusivo do fornecedor do serviço, que é quem deve, efetivamente, comprovar a eventual ausência denexo causal entre a alegada conduta danosa e os danos concretizados.

Por outro lado, como a própria e elucidativa expressão “infecção hospitalar” indica, trata-se de uma falha no procedimento médico/hospitalar, eis que a aludida infecção é contraída nas dependências do hospital conveniado pela empresa de seguro saúde, gerando lamentáveis problemas de saúde nos consumidores atingidos, não havendo que se falar, em hipótese alguma, em evento imprevisível e inevitável, não só pelo fato de que infecção hospitalar constitui algo manifestamente previsível e evitável, cuja nefasta ocorrência pode ser rechaçada, desde que adotadas todas as cautelas indispensáveis e controles permanentes, como também pelo fato de que, ainda que se esteja diante de um evento imprevisível e inevitável, a situação em tela configura fortuito interno, que, por ligar-se intimamente aos riscos do empreendimento, não afasta o dever de reparação das instituições hospitalares, nem mesmo das empresas de seguro saúde, que possuem, como visto anteriormente, responsabilidade solidária com todas as empresas que contratam para a execução dos serviços ofertados a seus consumidores, angariando clientela e vencendo acirradas disputas com seus concorrentes na captação de usuários, que, muitas vezes, contratam certo plano de saúde, em razão da notoriedade e número de hospitais e clínicas conveniados.

O fornecedor do serviço somente se exonerará do dever de reparação se demonstrar que o defeito não existiu; que ocorreu por fato exclusivo da vítima ou de terceiro, ou mesmo por conta de um fortuito externo.

Além das lamentáveis hipóteses de infecção hospitalar, outros marcantes exemplos de graves falhas na prestação do serviço disponibilizado pelas empresas de planos de saúde podem ser apontadas, eis que, rotineiramente, são enfrentadas pela jurisprudência pátria.

Em muitos casos concretos, vislumbra-se, por exemplo, a transmis-

são da AIDS por bancos de sangue, laboratórios e empresas hospitalares conveniadas as operadoras de planos de saúde, muitas vezes por fornecerem sangue contaminado para transfusão em hemofílicos e outros doentes, e pela utilização, manifestamente inadequada, de seringas não descartáveis.

Nessas hipóteses, a responsabilidade também é obviamente contratual e objetiva, salientando-se que a correta aferição do sangue a ser transfundido é obrigatória, já que quem promove a transfusão não pode se eximir de responder pelos danos que o ato realizado possa vir a causar, com a contaminação de pacientes com quaisquer doenças transmissíveis pelo sangue.

Destarte, responde objetivamente a instituição hospitalar que, por não ter realizado, de forma adequada e eficiente, o teste anti-AIDS no sangue utilizado na transfusão, propicia, com o seu reprovável atuar, a contaminação de inocentes consumidores, verificando-se, outrossim, a responsabilidade objetiva e solidária da empresa de seguro saúde que, ao escolher indevidamente e de forma negligente o hospital credenciado, o disponibilizou a seus consumidores, contribuindo para a ocorrência do evento danoso.

Na hipótese de ocorrência de erro perpetrado por médico empregado da instituição hospitalar, conveniada a empresa de seguro saúde, forçoso convir que a responsabilidade também é objetiva. Isto porque, além da inegável aplicação da Lei Consumerista, nessas hipóteses, o próprio Código Civil, em seu artigo 933, já responsabiliza objetivamente os empregadores, por atos de seus empregados e prepostos, impondo o dever de indenizar, portanto, independentemente da análise de culpa; ressaltando-se, outrossim, que o artigo 34 da Lei nº 8078/90 prevê que o fornecedor de produto ou serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos, tal como o empregador ou comitente responde pelos atos de seus prepostos.

Já no que se refere à responsabilidade civil por danos causados por remédios indicados ou ministrados na instituição hospitalar, conveniada a empresa de seguro saúde, insta salientar que a responsabilidade do fornecedor de medicamentos enquadra-se na responsabilidade por fato do

produto, prevista no artigo 12 da Lei Consumerista, destacando-se que a obrigação de indenizar decorre da violação do dever de não receitar ou fornecer remédios, cujos defeitos acarretem riscos à integridade física e psíquica dos consumidores. Configurado o dano, o dever de reparação se impõe, independentemente da aferição de conduta culposa, devendo o fornecedor comprovar, à saciedade, qualquer das excludentes do dever de indenizar já mencionadas anteriormente, a fim de se liberar do ônus indenizatório.

A atividade das empresas de seguro saúde relaciona-se intimamente com a teoria do risco, que se ocupa em garantir maior proteção às vítimas, facilitando, com a não exigência de comprovação de culpa, o ressarcimento dos prejuízos sofridos, devendo, assim, suportar os inevitáveis encargos do exercício da atividade desenvolvida, posto que auferem vultosos lucros com o exercício de seu mister, não podendo transferir injustamente para os consumidores os riscos do seu empreendimento, sob pena de vulneração flagrante de todos os princípios e normas consumeristas e consagração odiosa do enriquecimento sem causa.

A responsabilidade objetiva de tais empresas é consequência lógica do princípio da equidade, tendo em vista que, de acordo com os mais comезinhos princípios gerais de direito, aquele que lucra com uma situação deve responder pelo risco ou pelas desvantagens resultantes.

Nessas hipóteses, o dever de reparação exsurge do simples exercício da atividade que o agente desenvolve em seu interesse e sob o seu controle, em decorrência do perigo que dela decorre para terceiros, motivo pelo qual, uma vez afastada a tese da inexistência de responsabilidade, e comprovada a falha na prestação do serviço, bem como o dano e o nexo de causalidade entre ambos, devem ser analisadas as verbas eventualmente devidas em razão da responsabilidade caracterizada, que podem ser de natureza patrimonial e/ou moral.

A justa indenização nas hipóteses de defeito na prestação do serviço pelas empresas de seguro saúde tem fundamento no princípio da proteção da confiança do consumidor, amparando a legítima expectativa despertada, com vistas a assegurar o equilíbrio das obrigações e deveres de cada parte, garantindo ao consumidor a adequação do produto ou do serviço ofertado.

Frise-se que, no sistema consumerista, é albergada a confiança que o consumidor depositou no pacto, na sua adequação ao fim razoavelmente esperado, bem como na segurança do produto ou do serviço.

Ao fornecedor, a lei impõe um dever de qualidade dos produtos e serviços que presta, sendo que, descumprido este dever, surge o ônus de suportar os efeitos da garantia e de reparar os danos causados.

Somente o fortuito externo exclui a responsabilidade do fornecedor, já que o fortuito interno não afasta o dever de indenizar, porque previsível e ligado à sua atividade.

Deixando de efetivar a segurança legitimamente esperada, a empresa de seguro de saúde, com a sua desidiosa conduta, autoriza o dever de ressarcimento. Isto porque, jamais podem tais empresas, que auferem vultosos lucros com a exploração de suas atividades, deixar de adotar todas as cautelas necessárias para o atendimento de excelência das necessidades de seus consumidores.

Por tudo que acima foi dito, uma conclusão é inevitável, merecendo destaque, a de que, na iminência de completar seus vinte anos, o Código de Defesa do Consumidor, lei de marcante função social, se aplica, inquestionavelmente, às empresas de seguro saúde, devendo ser comemorado, com efusivo entusiasmo, posto que representa uma brilhante vitória do povo brasileiro, na transformação de uma dura realidade social, consistente em conduzir a sociedade a um novo patamar de harmonia, respeito e equilíbrio nas relações de consumo. ♦

Assistência Suplementar à Saúde

Alexandre José da Silva Barbosa¹

A Constituição da República dispõe, no artigo 196, que a saúde é direito de todos e dever do Estado. Estabelece, mais adiante, um Sistema Único de Saúde, que deve observar as diretrizes e atribuições ali traçadas. Prevê no artigo 199 a possibilidade de participação da iniciativa privada de forma complementar a esse sistema devendo, entretanto, ser observadas suas regras mediante contrato de direito público.

Diante disso, foi criada especificamente a Lei 9.656/98 para regulamentar a atuação dos planos de saúde e, posteriormente, uma agência reguladora (ANS), para fiscalizar essa participação privada, já que a Lei 8.078/90 já protegia o consumidor do “apetite financeiro insaciável desses planos” e de suas cláusulas leoninas.

Inúmeros contratos dessa natureza são celebrados, em razão da caótica situação do SUS. Alguns especialistas creditam essa situação aos problemas herdados e existentes anteriormente à Constituição de 1988, a qual não teria sido capaz de solucioná-los. Outros creem na falta de financiamento público suficiente ou nos desvios e corrupções governamentais.

Independentemente dos motivos, o plano de saúde utiliza-se de propagandas voltadas ao consumidor, prometendo tranquilidade e conforto no momento mais delicado de suas vidas e, portanto, torna-se irresistível. Tal apelo, embora legítimo, atrai pessoas despreparadas ou desesperadas a celebrarem esses contratos sem a possibilidade de analisar o que está “comprando”.

Apesar da forte adesão a esse mercado e a alta lucratividade, os planos de saúde insistem em reclamar, perante a ANS e o Poder Judiciário, o equilíbrio econômico financeiro do contrato. Tentam convencer a todos, por meio de seminários, palestras, propagandas, encontros e outras formas

¹ Juiz Titular da 2ª Vara de Família de Bangu.

de comunicação que as normas traçadas pelo Poder Público colocam em risco o sistema privado.

Ocorre que não levam em consideração uma série de fatores que contribuem para aumentar sua lucratividade. Com efeito, tentar convencer os destinatários dessas propagandas de que as operadoras trabalham sob pequena margem em razão da socialização do prêmio chega a ser irônico.

Inicialmente, porque não se falou que há alguns anos vem ocorrendo uma concentração desse mercado. Algumas poucas empresas vêm obtendo cada vez mais um maior número de segurados, que lhes permite fixar preços maiores, o que não ocorreria se houvesse maior concorrência.

Além disso, se é certo que cada vez mais pessoas migram do SUS para a saúde privada complementar, também é certo que algumas vezes o SUS é referência em tratamento de algumas doenças, fazendo com que os usuários do plano de saúde procurem esse Sistema para se tratar. É o que ocorre normalmente com os portadores de HIV de hemodiálise crônica ou dos excluídos do plano de saúde, por não atenderem a suas demandas.

Problema que vem se colocando nos Tribunais diz respeito ao reajuste em razão de mudança de faixa etária. Segundo artigo publicado pela Coordenadoria de Editoria e Imprensa do STJ em 16/06/2011 - 07h54 relata que:

“DECISÃO

Reajustes de plano de saúde com base em mudança de faixa etária devem ser vistos caso a caso

Os reajustes implementados pelos planos de saúde em razão da mudança de faixa etária, por si sós, não constituem ilegalidade e devem ser apreciados com respeito às singularidades de cada caso, de modo a não ferir os direitos do idoso nem desequilibrar as contas das seguradoras. A decisão é da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que julgou improcedente uma ação coletiva ajuizada pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec) em favor de seus associados. O recurso foi interposto

pelo Bradesco Saúde S.A. após decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) julgando procedente a demanda.

A maioria dos ministros da Quarta Turma do STJ considerou que não se pode extrair das normas que disciplinam o regulamento da matéria que todo e qualquer reajuste que se baseie em mudança de faixa etária seja considerado ilegal. Somente aquele reajuste desarrazoado e discriminante, que, em concreto, traduza verdadeiro fator de discriminação do idoso, de forma a dificultar ou impedir sua permanência no plano, pode ser assim considerado. Segundo o ministro Raul Araújo, cujo entendimento prevaleceu no julgamento, é preciso encontrar um ponto de equilíbrio entre as normas relativas a seguro, de forma a chegar a uma solução justa para os interesses em conflito.

A Lei Federal n. 9.656/98, no artigo 35-E, permite o reajuste em razão da faixa etária, com algumas restrições. Segundo o ministro Raul Araújo, deve-se admitir o reajuste desde que atendidas algumas condições, como a previsão contratual, respeito aos limites e demais requisitos estabelecidos em lei e observância da boa-fé objetiva, que veda índices de reajustes desarrazoados ou aleatórios que onerem em demasia o segurado. A decretação de nulidade das cláusulas que preveem a majoração da mensalidade, além de afrontar a legislação, segundo a Quarta Turma, contraria a lógica atuarial do sistema.

O Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec) pediu na ação que, caso não fosse declarada a ilegalidade das cláusulas, o magistrado fixasse um percentual mínimo de aumento, a ser apurado na fase de instrução. Segundo o ministro Raul Araújo, se não se reconhece a ilegalidade da cláusula contratual, improcedente é o pedido de o julgador fixar um percentual

tual determinado para o aumento das mensalidades, de forma prospectiva e rígida, sem levar em conta que o contrato possa ser afetado por mudanças no quadro fático que envolve a relação jurídica de direito material a ser regulada pela decisão.

Caso o consumidor segurado perceba abuso no aumento de sua mensalidade, em razão de mudança de faixa etária, aí sim se pode cogitar ilegalidade, cujo reconhecimento autorizará o julgador a revisar o índice aplicado, seja em ação individual, seja ação coletiva, concluiu o magistrado.

Voto vencido.

Para o ministro Luis Felipe Salomão – relator do recurso, que ficou vencido no julgamento –, a Justiça de São Paulo agiu corretamente ao barrar um reajuste respaldado de forma exclusiva na variação de idade do segurado. No caso, a prestação do plano havia subido 78,03% de uma vez.

Salomão classificou como “predatória e abusiva” a conduta da seguradora que cobra menos dos jovens – “porque, como raramente adoecem, quase não se utilizam do serviço” –, ao mesmo tempo em que “torna inacessível o seu uso àqueles que, por serem de mais idade, dele com certeza irão se valer com mais frequência”.

“A conclusão é de que o que se pretende é ganhar ao máximo, prestando-se o mínimo”, disse o ministro, ao votar contra o recurso do Bradesco Saúde. Ele citou decisões anteriores do STJ em favor dos segurados e disse que, nesses casos de prestações continuadas, de longo período, a discriminação do idoso no momento em que mais necessita da cobertura – e apenas em razão da própria idade – vai contra os princípios que devem reger as relações contratuais.”

Outras questões que são freqüentemente tratadas e são objeto diário de questionamento, sobretudo nos plantões, diz respeito às exclusões de tratamentos em emergência. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro nesses casos vem decidindo:

0020113-87.2011.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO

1ª Ementa DES. HORACIO S RIBEIRO NETO - Julgamento: 09/08/2011 - DÉCIMA QUINTA CÂMARA CÍVEL

Processo Civil. Agravo de Instrumento. Tutela antecipada. Recurso desprovido. 1. Estando o consumidor em situação de emergência, com grave risco de morte, deve a operadora custear-lhe o tratamento. 2. Para tanto, pouco importa se o plano é apenas ambulatorial, porquanto o art. 35-C L. 9.656/98 não faz qualquer distinção quanto ao tipo de contrato. 3. Ademais, o plano da agravada chama-se “Saúde Total”, o que lhe traz a expectativa de estar devidamente protegida dos infortúnios da vida, não estando ainda em destaque as cláusulas que indicam que o plano é apenas de caráter ambulatorial. 4. Agravo de Instrumento a que se nega provimento.

Quanto à proteção ao idoso o STJ tem decidido da seguinte forma:

INTEIRO TEOR

Íntegra do Acórdão - Data de Julgamento: 09/08/2011

Processo

AgRg nos EDcl nos EDcl no Ag 819369 / RJ

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS

DE DECLARAÇÃO

AGRAVO DE INSTRUMENTO

2006/0224883-5

Relator(a)

Ministro SIDNEI BENETI (1137)

Órgão Julgador

T3 - TERCEIRA TURMA

Data do Julgamento

26/04/2011

Data da Publicação/Fonte

DJe 06/05/2011

Ementa

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE EM DECORRÊNCIA DE MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. ESTATUTO DO IDOSO. VEDADA A DISCRIMINAÇÃO EM RAZÃO DA IDADE

I. O art. 15 da Lei n.º 9.656/98 faculta a variação das contraprestações pecuniárias estabelecidas nos contratos de planos de saúde em razão da idade do consumidor, desde que estejam previstas no contrato inicial as faixas etárias e os percentuais de reajuste incidentes em cada uma delas, conforme normas expedidas pela ANS. No entanto, o próprio parágrafo único do aludido dispositivo legal veda tal variação para consumidores com idade superior a 60 anos. - E mesmo para os contratos celebrados anteriormente à vigência da Lei n.º 9.656/98, qualquer variação na contraprestação pecuniária para consumidores com mais de 60 anos de idade está sujeita à autorização prévia da ANS (art. 35-E da Lei n.º 9.656/98).

II. A Agravante não trouxe qualquer argumento capaz de modificar a conclusão alvitrada, a qual se mantém por seus próprios fundamentos.

Agravo Regimental improvido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), Nancy Andrichi e Massami Uyeda (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Referência Legislativa

LEG:FED LEI:009656 ANO:1998

ART:00015 ART:00035E

LEG:FED LEI:005869 ANO:1973

***** CPC-73 CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973

ART:00544 PAR:00003

LEG:FED LEI:010741 ANO:2003

***** EIDO-2003 ESTATUTO DO IDOSO

ART:00015 PAR:00003

Veja

STJ - REsp 809329-RJ, EDcl no REsp 809329-RJ

0020113-87.2011.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO

1ª Ementa DES. HORACIO S RIBEIRO NETO - Julgamento: 09/08/2011 - DÉCIMA QUINTA CÂMARA CÍVEL

Processo Civil. Agravo de Instrumento. Tutela antecipada. Recurso desprovido. 1. Estando o consumidor em situação de

emergência, com grave risco de morte, deve a operadora custear-lhe o tratamento.2. Para tanto, pouco importa se o plano é apenas ambulatorial, porquanto o art. 35-C L. 9.656/98 não faz qualquer distinção quanto ao tipo de contrato.3. Ademais, o plano da agravada chama-se “Saúde Total”, o que lhe traz a expectativa de estar devidamente protegida dos infortúnios da vida, não estando ainda em destaque as cláusulas que indicam que o plano é apenas de caráter ambulatorial.4. Agravo de Instrumento a que se nega provimento.

INTEIRO TEOR

Íntegra do Acórdão - Data de Julgamento: 09/08/2011

Dessa forma, verifica-se que as questões envolvendo as relações do consumidor com as empresas de plano de saúde revelam-se bastante atuais, pelo que o Poder Judiciário deve contribuir efetivamente para pacificação desses conflitos.

As soluções normalmente são apresentadas caso a caso e abarrotam os Juizados Especiais Cíveis e as Varas Cíveis. São demandas que envolvem obrigação de fazer e indenizações por danos morais, em razão da costumeira opção do plano de saúde de negar cobertura a alguns procedimentos e tratamentos. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro tem se posicionado da seguinte forma:

0020142-72.2004.8.19.0004 - APELAÇÃO

2ª Ementa DES. SERGIO JERONIMO A. SILVEIRA - Julgamento: 03/08/2011 - QUARTA CÂMARA CÍVEL AGRAVO INTERNO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL INTERPOSTO PELO ORA AGRAVANTE, NA FORMA DO ARTIGO 557, *CAPUT*, DO CPC. OS ARGUMENTOS

DO AGRAVANTE NÃO SÃO CAPAZES DE INFIRMAR A DECISÃO AGRAVADA. PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA DE TRATAMENTO MÉDICO DE FONOAUDIOLOGIA. URGÊNCIA NO ATENDIMENTO EM RAZÃO DE PROBLEMAS NEUROLÓGICOS. MESMO APÓS A CONCESSÃO DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA, O TRATAMENTO SÓ FOI AUTORIZADO PELA RÉ 4 (QUATRO) ANOS APÓS A PROPOSTURA DA AÇÃO, DEMORA ESTA QUE AGRAVOU O ESTADO DE SAÚDE DO MENOR. SENTENÇA JULGOU PROCEDENTE O PEDIDO AUTURAL CONFIRMANDO A TUTELA ANTECIPADA E CONDENANDO A RÉ A PAGAR A AUTORA A QUANTIA DE R\$ 30.000,00 (TRINTA MIL REAIS) A TÍTULO DE DANO MORAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. APLICAÇÃO DO CDC. RECURSO DA RÉ PELA IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO OU REDUÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO. RECURSO ADESIVO DA AUTORA PELA MAJORAÇÃO DO QUANTUM FIXADO A TÍTULO DE DANO MORAL E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CLAUSÚLAS RESTRIATIVAS DEVEM SER INTERPRETADAS DE FORMA MAIS FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR (ART. 47, DO CDC). PROTEÇÃO À VIDA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (ART. 1º, III e 5º, DA CF/88). CLAUSULA ABUSIVA, NOS TERMOS DO ARTIGO 51, IV, DO CDC. CONDUTA ABUSIVA E ILÍCITA DA OPERADORA DO PLANO DE SAÚDE. DANO MORAL CONFIGURADO. PRECEDENTES DO STJ E TJRJ. QUANTUM INDENIZATÓRIO DEIXOU DE OBSERVAR OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE, DEVENDO SER REDUZIDO PARA R\$ 10.000,00 (DEZ MIL REAIS). DECISÃO DO

RELATOR PARCIALMENTE REFORMADA. RECURSO A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO.

INTEIRO TEOR

Decisão Monocrática: 12/07/2011

Íntegra do Acórdão - Data de Julgamento: 03/08/2011

Os problemas que envolvem os planos de saúde dizem respeito também aos médicos. É normal encontrar esses profissionais se descredenciando dos planos. Os motivos podem variar de problemas que envolvem recusa no pagamento de consultas a alguns procedimentos realizados:

Caixa de Assistência dos Funcionários do Banco do Brasil (Cassi) e a Amil são os piores planos de saúde do Brasil na opinião dos médicos. Para os 2.184 profissionais entrevistados em uma pesquisa Datafolha divulgada na quarta-feira, o principal problema das operadoras é a recusa de pagamento de consultas e procedimentos realizados, que foi destacado por 78% deles. Também foram citadas a pressão para reduzir o número de exames (por 75%) e as restrições a doenças pré-existentes (70%).

Assim sendo, parece que a melhor proposta é a racionalização; ou seja, em vez de os advogados, a diretoria e os presidentes dos planos de saúde gastarem dinheiro tentando convencer o Poder Judiciário de que agem de acordo com o interesse público e, por isso, suas condutas se legitimam, deveriam buscar a conciliação. Trata-se de conciliar interesses particulares com a ganância em prejuízo do interesse coletivo. Devem ganhar, mas não tão depressa e à custa das prementes necessidades do usuário.

É claro que tudo isso é uma utopia. É óbvio que isso de uma hora para a outra não partirá de seus diretores ou presidentes; decorre daí a importância de um posicionamento de equilíbrio do Poder Judiciário, impondo sérias consequências pelo seu descumprimento. ◆

Direito Contratual, Direito do Consumidor na Saúde Suplementar e suas Coberturas

Ana Carolina Fucks Anderson Palheiro¹

A saúde, como sabido por todos, é direito constitucionalmente garantido, consagrado no artigo 196 da CR/88: “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.”

O texto constitucional esclarece que a saúde é um direito correspondente ao dever de o Estado provê-la. Não obstante, a Carta Maior não fixa a atividade monopolizada, tanto que, em texto adiante, encerra a regra da “livre iniciativa privada” no âmbito de assistência à saúde, ao dispor no artigo 199 da CR/88: “A assistência à saúde é livre à iniciativa privada”. Convivemos, assim, com um sistema de assistência à saúde alternativo; vale dizer, público e privado, consoante a escolha do cidadão e obedecidos os requisitos de acesso a cada um deles.

Os “Planos de Saúde” enquadram-se na moldura acima da livre iniciativa, oferecendo aos que a ele aderem a oportunidade de usufruir de excelentes serviços médico-hospitalares, sem o dispêndio imediato de vultosa quantia, compensada pelo pagamento paulatino das mensalidades.

No tocante às responsabilidades impostas ao empresário, por ser um contrato de tamanha repercussão social, ele é eminentemente formal, exigindo instrumento escrito no qual se consagrem as vantagens do segurador e os riscos assumidos. Em contrapartida, a natureza bilateral do vínculo e o

¹ Juíza de Direito da 1ª Vara Criminal - Barra Mansa.

influxo dos princípios da ética e da boa-fé que antecedem o da força obrigatória dos contratos, implicam em não se poder agravar os riscos, tampouco segurá-los depois de ocorridos, exigindo-se do beneficiário a mais escorreita exação no momento em que engendra as suas declarações acerca do bem segurado.

Entretanto, a experiência judiciária tem revelado controvérsia entre as partes quanto aos limites exigíveis em decorrência do vínculo, desaguardo no Poder Judiciário, por meio de pedidos, muitas vezes, tutelas jurisdicionais de urgência, questões das mais intrincadas, a exigir uma resposta judicial justa e célere.

Segundo informações obtidas no site *Jus Navigandi*, através do artigo redigido pelo Dr. Luciano Correia Bueno Brandão - “Planos de Saúde devem cobrir órteses e próteses vinculados a procedimentos cirúrgicos”, o sanitarista Mário Scheffer, da Faculdade de Medicina da USP (FMUSP), apresentou tema de dissertação de mestrado sob o tema “*Os planos de saúde nos tribunais: uma análise das ações judiciais movidas por clientes de planos de saúde, relacionadas à negação de coberturas assistenciais no Estado de São Paulo*”. O estudo consistiu na análise de 735 decisões judiciais relacionadas a exclusões de coberturas e negações de atendimento por parte dos planos de saúde, julgadas em segunda instância pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo entre janeiro de 1999 e dezembro de 2004.

Da análise realizada, verificou-se que, em pelo menos 67 casos (9,2% dos julgados analisados), a cobertura de órteses e próteses pelos planos de saúde e de seguro-saúde foram objeto de disputa judicial.

Entre os materiais objeto de embates entre consumidores e planos de saúde, mencionam-se os *stents*, marca-passos e cateteres. Também é comum a negativa de cobertura de próteses utilizadas em artroplastias. Via de regra, as sociedades empresariais de planos e de seguro saúde sustentam que não têm o dever de cobrir tais materiais.

Geralmente, suas defesas são lastreadas em dois argumentos: a um, a função meramente estética; logo, a inexistência do dever de cobertura; a dois, a exclusão contratual no fornecimento de órteses e próteses, por não dispor do assunto.

Quanto aos procedimentos de natureza eminentemente estética, de fato, não há previsão legal que imponha o dever de cobertura pelos planos de saúde. Ao contrário, a Lei 9.656/98 (que regula os planos de saúde), dispensa expressamente em seu artigo 10, inciso II, a cobertura de “*procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, bem como órteses e próteses para o mesmo fim*”.

No tocante ao argumento da dita “exclusão contratual de cobertura de órteses e próteses”, o mesmo gerou acaloradas discussões e posicionamentos interessantes.

Com efeito, existem julgados em que as Cortes acolheram os argumentos de observância ao princípio do “*pacta sunt servanda*”, admitindo a tese de que, se há exclusão contratual de cobertura, impossível ao Poder Judiciário interferir em sentido contrário.

Não obstante a existência de tais precedentes, o posicionamento mais recente dos tribunais tem priorizado a noção da boa-fé objetiva e da função social do contrato em detrimento do positivismo contratual. Nesse sentido, assentou o E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Relatoria Des. Antonio Saldanha Palheiro, por ocasião do julgamento do Recurso de Apelação nº 0305824.78.2008.8.19.0001:

“APELAÇÃO CÍVEL. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS E HOSPITALARES. PLANO DE SEGURO-SAÚDE. CONTRATO ANTIGO. LEI 8.078/90. EFEITO IMEDIATO DA NOVA LEI.

A DESPEITO DE CUIDAR-SE DE CONTRATO ANTIGO, PORQUANTO CELEBRADO HÁ MAIS DE 15 ANOS, INCIDEM, NO CASO, AS NORMAS DA LEI 8.078/90 E 9656/98, POR EFEITO IMEDIATO DA NOVA LEI.

PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA C/C O DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR NO MERCADO DE CONSUMO.

CONTRATO QUE EXCLUI A COBERTURA DE PRÓ-

TESE. CARÁTER DE ADESÃO DO PACTO ENTRE CONSUMIDOR E FORNECEDOR. DESCUMPRIMENTO PELO FORNECEDOR DAS REGRAS DO CODECON RELATIVAS AOS CONTRATOS DE ADESÃO - ART. 54, §3º E 4º.

NECESSIDADE DE GRIFO OSTENSIVO DAS CLÁUSULAS LIMITATIVAS DE DIREITOS DOS CONSUMIDORES. CONDIÇÃO NÃO CUMPRIDA.

EXCLUSÃO QUE NÃO ATINGE O CONSUMIDOR. INTELIGÊNCIA DO DISPOSTO NO ART. 46 DO CODECON.

NECESSIDADE SUPLEMENTAR DE QUE O CONTRATO ESCLAREÇA AO CONSUMIDOR O CONCEITO DE PRÓTESE QUE, SE NÃO ESPECIFICADO, DEVE SER CONSIDERADO DE MANEIRA MAIS FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR - ART. 47.

EXCLUSÃO QUE SE CONSIDERA VÁLIDA TÃO SÓ NO QUE TANGE ÀS PRÓTESES EMBELEZADORAS E VOLUNTÁRIAS. COLOCAÇÃO DA PRÓTESE QUE DETERMINA O PRÓPRIO PROCESSO DA CIRURGIA.

DANO MORAL INCIDENTE. ENUNCIADO APROVADO NESTA CORTE ESTADUAL, VEICULADO ATRAVÉS DO AVISO Nº 55/2009 DO TJ/RJ.

NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **Apelação Cível nº 0305824.78.2008.8.19.0001**, originários da 46ª Vara Cível da Comarca da Capital, em que é apelante X e é apelado Y

Acordam os Desembargadores que compõem a Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça, por unanimidade de votos, em **negar provimento ao recurso, mantendo-se a íntegra da sentença.**

VOTO

Trata-se de ação de rito ordinário, na qual a autora pleiteia seja o réu compelido a custear a cirurgia de catarata, incluindo as lentes intra-oculares, bem como a compensação pelos danos morais daí advindos.

Nada obstante cuidar-se de contrato antigo, porquanto celebrado há mais de quinze anos, incidem, no caso, as normas da Lei 8078/90, a partir de cada vigência, por efeito imediato da nova lei, evidenciando a abusividade da cláusula limitativa, onde estaria excluída da cobertura material indispensável ao êxito cirúrgico, por ser incompatível com a boa-fé objetiva e não constar em destaque tal exclusão.

Tal situação não se confunde com violação de ato jurídico, visto tratar-se de negócio jurídico de prestações continuadas recíprocas, evidenciando renovações sucessivas, a épocas de reajustes de preços.

Este é o entendimento deste Tribunal, *in verbis*:

PLANO DE SEGURO-SAÚDE. CONTRATO ANTIGO. LEI 8.078/90. EFEITO IMEDIATO DA NOVA LEI. (...). A despeito de cuidar-se de contrato antigo, porquanto celebrado em 17.09.1984, incidem, no caso, as normas da lei 8.078/90 e 9656/98, a partir de cada vigência, por efeito imediato da nova lei, evidenciando a abusividade da cláusula 3 q, por ser incompatível com a boa-fé objetiva e não constar em destaque a cláusula de exclusão relativa a hemodiálises (arts. 51, IV e 54, p. 4º. da lei consumerista). Tal situação não se confunde com violação de ato jurídico, visto tratar-se de negócio jurídico prestações continuadas recíprocas, evidenciando renovações sucessivas, às épocas de reajustes de preços. (...).

2006.001.60195 - APELAÇÃO CÍVEL - DES. ROBERTO DE ABREU E SILVA - Julgamento: 08/05/2007 - NONA CÂMARA CÍVEL

Ademais, no caso, a autora mantém plano de saúde com o réu há mais de 15 anos e sendo acometido de doença ocular, necessitou da implantação de prótese para a manutenção de sua regular saúde.

Dessa forma, a fornecedora que vem recebendo o bônus durante 15 anos, em prestação mensal, deve assumir o ônus, prestando o serviço de tutela à saúde e à própria vida do consumidor. Dessa forma, correta a sentença de primeiro grau, que julgou procedentes os pedidos.

Por ser o Código de Defesa do Consumidor norma cogente de ordem pública e interesse social (art.1º), não pode o Juiz afastá-lo em nítido prejuízo ao consumidor, considerando a parte mais vulnerável da relação de consumo - art. 4º, I do CDC.

Aponte-se que o contrato firmado entre as partes não obedeceu às disposições legais relativas aos contratos de adesão, conforme expresso no art. 54 da Lei, mormente aquelas constantes dos §3º e § 4º que estipulam:

“Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor”.

“As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão”.

O recorrente alega não estar obrigado a custear todo e qualquer tratamento, já que o contrato firmado entre as partes exclui a cobertura dos custos de prótese.

Não merece prosperar a linha de defesa da sociedade empresarial, já que a cláusula que exclui a prótese é inaplicável, uma vez que o contrato não qualifica, explicita ou conceitua, o que seja “prótese”.

O consumidor, leigo em medicina, ao ler a exclusão, bem como a maioria dos Juízes que têm analisado questões semelhantes, estaria inclinado a entender que prótese é aquele artifício mecânico utilizado voluntariamente pelo consumidor em hipóteses cirúrgicas embelezadoras.

Entretanto, dentro dos padrões do homem médio, jamais se consideraria a exclusão (não cobertura) de seu plano de saúde de uma prótese absolutamente necessária ao próprio sucesso da cirurgia.

Tal interpretação é diabólica e fere a finalidade do contrato entre as partes, que encerra inquestionável relação de consumo.

Desse modo é que, caso a cláusula pudesse ser considerada válida, a interpretação teria que ser a mais favorável ao consumidor, em conformidade com o art. 47 do CDC.

O reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor na relação de consumo - art. 4º, I do CDC, impõe um proceder do fornecedor baseado na boa-fé objetiva - art. 4º, III do CDC. Preleciona a respeito do dispositivo legal em destaque, Nelson Nery Júnior:

“Os princípios da teoria da interpretação contratual se aplicam aos contratos de consumo, com a ressalva do maior favor ao consumidor, por ser a parte débil da relação de consumo. Podemos extrair os seguintes princípios específicos da interpretação dos contratos de consumo: a) a interpretação é sempre mais favorável ao consumidor; b) deve-se atender mais à intenção das partes do que à literalidade da manifestação de vontade (art. 85 do Código Civil); c) a cláusula geral de boa-fé reputa-se ínsita em toda relação jurídica de consumo, ainda que não conste expressamente do instrumento do contrato (arts. 4º, *caput* e III e 51, IV do CDC); d) havendo cláusula negociada individualmente, prevalecerá sobre as cláusulas estipuladas unilateralmente pelo fornecedor; e) nos contratos de adesão, as cláusulas ambíguas ou contraditórias se fazem *contra stipulatorem*, em favor do aderente (consumidor); f) sempre que possível, interpreta-se o contrato de consumo de modo a fazer com que suas cláusulas tenham aplicação, extraíndo-se delas um máximo de utilidade (princípio da conservação)”. (in “Código Brasileiro de Defesa do Consumidor”, Forense Universitária, 6ª ed., págs. 476/477).

Por conseguinte, deve ser interpretado o dispositivo contratual em benefício do consumidor, pois tal é a interpretação mais consentânea com suas legítimas expectativas na formulação, celebração e execução do contrato.

A negativa da sociedade empresarial gerou angústia e apreensão, ofendendo a dignidade do autor. Qualquer pessoa honesta, em situação como esta, se vê atingida em seu íntimo e na sua honra, o que configura dano moral, a ser compensado.

Ademais, foi aprovado recentemente o enunciado veiculado através do Aviso nº 55/2009 do TJ/RJ, no sentido de que: “Indevida recusa de internação hospitalar pelo plano de seguro saúde, obtida posteriormente mediante providência judicial, configura dano moral.”

Portanto, cabível a reparação do dano moral, em virtude da atitude da ré, que poderia ter sido evitado se, simplesmente, cumprisse com as obrigações contratuais, que no caso é relacionada à saúde do consumidor.

A quantificação do dano moral é questão tormentosa que deve ser avaliada com sapiência pelo magistrado, conforme as circunstâncias de cada caso.

Deve ser fixada de forma razoável, visando a promover uma compensação capaz de amenizar o constrangimento experimentado, sendo certo que o seu valor não deve ensejar um enriquecimento sem causa.

Em razão da ampla discricionariedade que o magistrado possui abstratamente sobre o tema, é comum, visando a promover o princípio da segurança jurídica, que se estabeleçam parâmetros para a quantificação através da utilização de precedentes jurisprudenciais. Ademais, a discricionariedade pode ser restringida diante do caso concreto através da aplicação do postulado da razoabilidade. E, conforme assentam diversos autores, a razoabilidade pode ser auferida, ao menos, dentro de uma zona de certeza negativa, ou seja, existirão situações em que, evidentemente, haverá fixação da reparação fora da razoabilidade.

Então, tutelando o princípio da dignidade da pessoa humana e, observando o postulado da razoabilidade e da proporcion-

lidade, entendo que o valor de R\$ 9.300,00 fixados na sentença está adequado.

Por todo o exposto, voto no sentido de **negar provimento ao recurso, mantendo-se a íntegra da sentença.**”

Diante do exposto, em atendimento aos princípios da boa-fé objetiva ou da função social do contrato, verificamos que não têm prevalecido as teses que buscam justificar a exclusão de cobertura de órteses e próteses diretamente relacionadas a procedimentos cirúrgicos e que integrem e/ou viabilizem o tratamento a que se submetem os consumidores, sendo este o posicionamento majoritário do nosso Tribunal. ♦

Envelhecimento e Reajuste por Faixa Etária

André Fernandes Arruda¹

I – Introdução

O presente trabalho pretende abordar o tema, bastante corriqueiro nas demandas judiciais, relativo ao reajuste dos planos de saúde em razão da mudança de faixa etária, contemplando mudanças na jurisprudência e na legislação ao longo do tempo até o posicionamento atual dos órgãos jurisdicionais.

II – Envelhecimento e reajuste

Inicialmente, é importante comentar o envelhecimento da população brasileira, eis que, com o surgimento de novas tecnologias e a notória melhora na qualidade de vida da maioria dos cidadãos brasileiros, a população torna-se cada vez mais envelhecida, o que traz evidentes reflexos nos contratos de seguro e plano de saúde.

Uma das principais características desses contratos é o mutualismo; ou seja, o valor da contribuição individual deve corresponder ao custo operacional das operadoras com os gastos de saúde e lucros. O modelo de gestão dos planos de saúde baseia-se, principalmente, no custeio dos mais idosos pelos mais jovens; a base da pirâmide mais populosa e com menos gastos com saúde irá subsidiar o valor da mensalidade dos mais velhos, em menor quantidade e com mais gastos em saúde. Por esse sistema, em algum tempo, em razão do envelhecimento da população, os jovens não

¹Juiz de Direito da 7ª Vara Cível - Méier.

serão suficientes para subsidiar as faixas etárias mais idosas.

Essa é a justificativa das operadoras de saúde para o aumento da mensalidade dos mais idosos que reside, justamente, no mutualismo imanente aos contratos sob comento. A ruptura do mutualismo acabará por ferir de morte as operadoras de saúde suplementar, o que não deve ser permitido.

Esse é o grande dilema da legislação e dos operadores do direito: como compatibilizar o mutualismo, com a impossibilidade de custeio do plano pelos mais idosos, em razão do aumento das mensalidades?

III – Legislação

Acerca da matéria, merece relevo a Lei 9.656/98, o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) e o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/03).

O Código de Defesa do Consumidor não prevê a impossibilidade de variação entre faixas etárias, mas veda qualquer diferenciação em razão da idade. Já a Lei 9.656/98 previu a possibilidade de estabelecimento de sete faixas etárias, com diferenciação de preço entre elas.

Em seguida, o Estatuto do Idoso vedou a possibilidade de aumento, em razão da faixa etária depois dos sessenta anos. Após essa lei, foi editada a Resolução Normativa nº 63, determinando que os contratos novos passassem a prever dez faixas etárias, com diferenciação de preço, sendo que a última necessariamente deveria ocorrer aos cinquenta e nove anos de idade.

Saliente-se, por oportuno, que todas essas disposições legais coexistem e devem ser interpretadas de acordo com os princípios gerais do Código de Defesa do Consumidor. Dessa forma, os contratos devem prever claramente a informação acerca dos percentuais de aumento e em que as faixas deverão ocorrer, em obediência aos princípios da transparência e da informação, além de trazer, em letras destacadas, qualquer restrição ao direito do consumidor usuário do plano.

A compatibilização dessas legislações com os contratos celebrados em período anterior às suas vigências é o grande tormento da jurisprudência.

dência, que vem oscilando ao longo do tempo, conforme bem explanou o Desembargador Carlos Augusto.

IV – Jurisprudência

Como assinalado, a jurisprudência vem se mostrando bastante oscilante ao longo tempo. Inicialmente, nos contratos celebrados antes das Leis 9.656/98 e o Estatuto do Idoso, a jurisprudência majoritária se firmou no sentido de que o Estatuto do Idoso se aplica imediatamente aos referidos contratos, pois estes são de trato sucessivo e a norma cogente tem aplicação imediata. Mas ainda havia posicionamento no sentido de que o Estatuto do Idoso não se aplicaria, pois o índice de variação já estava disposto no contrato, que deveria ser considerado ato jurídico perfeito e não poderia ser alterado pelas legislações posteriores.

O primeiro posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, espaldado pela Ministra Nancy Andrighi, seguiu a linha de que o Estatuto do Idoso tem aplicação imediata e que o ato jurídico perfeito só estaria implementado quando do implemento da idade de 60 anos. Destaca-se do voto o seguinte trecho:

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

Neste julgamento, houve dois votos vencidos, um do Ministro Castro Filho e outro do Ministro Gomes de Barros, ambos no sentido da não aplicação imediata do Estatuto do Idoso aos contratos preexistentes, aplicando-se o entendimento de que a situação jurídica naqueles casos já estaria consolidada e não poderia ser afetada pela nova Lei.

Posteriormente, a própria Ministra Nancy adotou nova justificati-

va para a aplicação imediata do Estatuto do Idoso, afirmando que a lei nova se aplica aos contratos anteriores, por se tratar de contratos de trato sucessivo. No entanto, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça vai de encontro ao preconizado pelo Supremo Tribunal Federal em outro julgamento acerca da aplicação da TR. Neste julgamento, o E. Supremo Tribunal Federal adotou posicionamento no sentido de que a lei nova não poderá atingir os efeitos futuros do contrato, sob pena de retroagir indevidamente para modificar o ato jurídico perfeito.

Em razão dessas posições conflitantes, o douto palestrante chegou à conclusão de que hoje há um clima de completa insegurança jurídica, pois a retroação do Estatuto do Idoso acabou por atingir diretamente o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro adota o entendimento de que o Estatuto do Idoso aplica-se imediatamente aos contratos de plano de saúde, sendo vedado o aumento decorrente da ultrapassagem da faixa etária de 60 anos.

Vale transcrever os seguintes arestos:

“APELAÇÃO CÍVEL. PLANO DE SAÚDE. AUMENTO DECORRENTE DE MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. MAIOR DE 60 ANOS. INCIDÊNCIA DO ESTATUTO DO IDOSO. PROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS PARA AFASTAR A APLICAÇÃO DO AUMENTO E PARA CONDENAR A RÉ À RESTITUIÇÃO DAS QUANTIAS COBRADAS A MAIOR EM DOBRO. Recurso da Ré, buscando a improcedência dos pedidos autorais. Manutenção da condenação quanto à nulidade da cláusula que previa o aumento por faixa etária, ante os termos do artigo 15, § 3º da Lei nº 10.741/03 (Estatuto do Idoso). Reforma da sentença para excluir a condenação ao reembolso em dobro, eis não se vislumbra má-fé na conduta da Ré, que efetuou as cobranças com base no contrato firmado. Quanto à alegação de que não cabe a aplicação da multa, a Apelante, regularmente in-

timada da decisão concessiva da tutela antecipada, deixou de cumpri-la imediatamente, como se verifica de fls. 103/108 em cotejo com a planilha de fl. 112, visto que os valores cobrados antes e após a concessão da tutela antecipada eram os mesmos, dando azo à incidência de multa. Demora de cerca de dois meses para a correção das faturas, equivalente à emissão de dois boletos de pagamento. Necessidade de adequação do valor da multa. Decisão monocrática com fundamento no artigo 557, § 1º-A do C.P.C. **PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO** (DES. LEILA ALBUQUERQUE - Julgamento: 10/08/2011 - DÉCIMA OITAVA CÂMARA CÍVEL - **0190196-70.2010.8.19.0001** – APELAÇÃO).

“APELAÇÃO CÍVEL. PLANO DE SAÚDE. RELAÇÃO DE CONSUMO. INDENIZAÇÃO C/C REVISÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL. PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PEDIDO PARA DETERMINAR QUE A RÉ SE ABSTENHA DE PROCEDER A AUMENTO DA MENSALIDADE EM RAZÃO DE MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. RECURSO DA RÉ PRETENDENDO A IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. REAJUSTE EM RAZÃO DE MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. VEDAÇÃO PREVISTA NO ESTATUTO DO IDOSO. §5.º, DO ART. 15. “É vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade”. INCIDÊNCIA DO ART. 51, DA LEI N.º 8.078/90. **DESPROVIMENTO DO RECURSO**” (DES. NORMA SUELY - Julgamento: 10/08/2011 - OITAVA CÂMARA CÍVEL - **0038145-74.2010.8.19.0001** – APELAÇÃO).

O que se extrai dessas posições é que se aplica a lei diretamente ao caso, mas, na grande maioria dos casos, não há como avaliar o impacto da decisão ao mutualismo contratual, pois, quando se impede o reajuste pela

faixa etária, se desequilibra a balança do contrato e o prejuízo é absorvido apenas pela prestadora do serviço.

No entanto, a necessidade de decisões cada vez mais céleres impede a produção de uma prova atuarial em cada caso concreto analisado. Quando o consumidor ajuíza sua demanda individual, não pode aguardar a produção de tal prova, sob pena de não conseguir custear seu plano de saúde até o final da lide, e as operadoras de saúde não se interessam sequer em pagar peritos especializados para a realização dessas perícias.

Resta ao Magistrado a aplicação da Lei aos elementos constantes dos autos e, nesse ponto, a jurisprudência inclina-se fortemente no sentido de que o Estatuto do Idoso se aplica de forma imediata, e a vedação ao reajuste por faixa etária deve ser aplicada inclusive aos contratos celebrados antes de sua vigência.

V- Conclusão

O que se extrai da legislação atual e da jurisprudência é que, uma vez mais, as decisões do Poder Judiciário influenciaram diretamente a legislação e as resoluções administrativas, reguladoras das relações entre os planos de saúde e os consumidores.

Tanto é assim que, atualmente, os novos contratos de plano de saúde são redigidos de acordo com a Resolução Normativa (RN 63/03), que estabelece a possibilidade de mudança de preço por faixa etária em 10 níveis, sendo o último aos 59 anos, em obediência estrita aos ditames do Estatuto do Idoso e às decisões judiciais adotadas para os contratos anteriores.

No entanto, não há dúvida de que a necessidade de manutenção do mutualismo contratual trará dificuldades às operadoras de planos de saúde e aos consumidores, pois, provavelmente, em futuro próximo, os novos planos de saúde estarão com preços altos para os níveis iniciais de idade, o que não será atrativo para os jovens e acabará por esvaziar a base da pirâmide que, como dito anteriormente, financia os níveis mais idosos.

Em minhas decisões, venho aplicando o Estatuto do Idoso a todos os contratos submetidos a meu julgamento. No entanto, saliento que nun-

ca tive a oportunidade de realizar a prova pericial atuarial para subsidiar a sentença com base também no mutualismo contratual.

Certamente, tal prova poderia trazer maior segurança jurídica, pois aumentaria a possibilidade de se harmonizar todos os interesses envolvidos no contrato.

O papel do judiciário, nessa turbulenta briga pelo equilíbrio, deve ser o de se preservar o contrato, impedindo a falência do Sistema de Saúde Suplementar, porém permitindo que os consumidores tenham acesso aos planos de saúde e de seguro de saúde, com respeito aos ditames do sistema do Código de Defesa do Consumidor, impedindo abusos e coibindo as ilicitudes perpetradas, sempre no escopo maior da pacificação dos conflitos e da estabilidade social. ♦

Saúde: Dever do Estado - Caráter suplementar da iniciativa privada

Andréia Magalhães Araújo ¹

As palestras do curso foram ministradas, em sua maioria, por operadores dos serviços privados de saúde; na oportunidade, pode-se refletir sobre as visões de atuários, administradores, médicos, advogados. Creio que faltou dar importância ao aspecto social desse tipo de contrato: onde estavam os promotores de justiça e os defensores públicos para que pudessem apresentar, além do aspecto individual, as iniciativas nas tutelas coletivas? E o representante da ANS?

Daí que entendo pertinente apresentar trabalho que não se limite a colacionar casos concretos por mim apreciados, até porque nada examinei além do que se discute diariamente no Tribunal a esse respeito. A questão é séria e deve ser discutida em seu aspecto macrosocial.

A Constituição da República, em seu art. 6º, dispõe que a saúde é direito de natureza social; está lá no Capítulo II, do Título II; vale dizer, é direito e garantia fundamental da sociedade brasileira. Antes disso, porém, no art. 1º, inciso III, está a dignidade da pessoa humana como Princípio Fundamental.

Digno é aquele merecedor de respeito. São vários os direitos que devem ser respeitados para que a pessoa se sinta plena. Devem ser providas suas necessidades, para que possa realizar suas vontades, seus desejos. Esta é a ordem que se deve ter em mente: direito à vida, direito à saúde, direito à liberdade.

Do Título II, vamos ao Título VIII, Capítulo II, Seção II e continuamos na chamada *ordem social*. O objetivo é prover o bem-estar e a justiça

¹Juíza de Direito da 4ª Vara Cível - Regional Madureira.

social. Aqui se fala da saúde mais detalhadamente: *é direito de todos e dever do Estado*. Contudo, a execução desse serviço não é exclusiva do Estado; pessoa física ou jurídica de direito privado também o podem executar.

Obviamente, esse serviço há de ser prestado onerosamente. Até porque a nossa Constituição contém valores do chamado Estado Social e do Estado Liberal. Todavia, aquela pessoa jurídica de direito privado que tenha por MISSÃO o desenvolvimento de atividade empresária para execução de serviços de saúde, não pode ter como VISÃO única a obtenção do lucro. Aqui, mais do que em qualquer outro segmento, o contrato está impregnado de caráter social. Esse prestador de serviços de saúde deve ter, por VALORES, a ética, a transparência, o comprometimento, o foco no cliente, dentre outros não menos importantes.

Ao contrário do que podem pensar algumas operadoras de serviços de saúde, a jurisprudência fluminense zela pelos princípios que norteiam contratos dessa natureza, como se pode ver das seguintes ementas:

Embargos de Declaração. Seguro Saúde. Regularidade da limitação contratual à tabela de honorários médicos para reembolso de gastos hospitalares com cirurgia cardíaca, inclusive em relação aos honorários de instrumentação cirúrgica, pois em que pese tratar-se de contrato de adesão regido pelo CDC, a seguradora somente é obrigada a reembolsar o segurado nos limites do que fora estabelecido na apólice, sendo que os honorários do instrumentador cirúrgico não estão previstos na Tabela de Honorários Médicos. Cláusula restritiva válida. Inteligência do art. 12, VI, da Lei 9.656/98 e art. 757 do CC. Princípio do mutualismo. Ausência de ilicitude por parte do réu. Inocorrência dos danos morais. Improcedência dos pedidos autorais. Inversão do ônus sucumbenciais. Acolhimento parcial dos embargos tão-somente para fins de explicitação do julgado em relação ao descabimento de reembolso das despesas com instrumentação cirúrgica. Proviamento parcial do recurso para fins de explicitação. (TJRJ. 16ª Câmara Cível. Apelação 2009.001.15280. Relator Des. Marco

Aurélio Bezerra de Melo. Julgado em 10/11/09).

Apelação Cível. Decisão monocrática. Ação indenizatória. Seguro saúde. Reembolso. Condições gerais da apólice que dispõem ser devido o reembolso de despesas médicas e hospitalares de acordo com o plano de seguro contratado. Pretensão de ressarcimento integral dos custos médico-hospitalares. Impossibilidade. Garantia de reembolso nos limites das obrigações contratuais. Lei 9.656/98. Princípio do mutualismo. Contexto probatório que não conduz à efetiva recusa da ré em reembolsar os valores sob a rubrica serviço médico não especificado. Insuficiência de documentação. Necessidade de conhecimento técnico específico que não se confunde com ilegalidade ou abusividade de cláusulas contratuais. Dano moral não configurado. Observância do Verbete nº 75 da Súmula TJRJ. Recurso a que se nega seguimento, na forma do artigo 557, caput, do CPC. (TJRJ. 12ª Câmara Cível. Apelação 0168354-34.2010.8.19.0001. Relator Des. Mário Guimarães Neto. Julgado em 11/07/11).

Não se pode fechar os olhos para o fato de o Estado, ao longo do tempo, vir promulgando mais e mais leis que interferem diretamente no conteúdo dos contratos de saúde suplementar. A Lei 9.656/98, por exemplo, em seu artigo 10, estabelece o plano-referência de assistência à saúde. Dispõe, ainda, de vigência mínima contratual, impossibilidade de suspensão ou rescisão unilateral de contrato, salvo por fraude ou falta de pagamento pelo período que menciona. A majoração de valor de mensalidade em razão de mudança de faixa etária também encontra limite no ordenamento jurídico. E assim vai...

Tais questões sempre deságuam no Judiciário, como se pode ver do Informativo nº 476, publicado pelo STJ em junho de 2011:

Trata-se, na origem, de ação interposta por instituto de defesa do consumidor contra sociedade empresária de plano de saúde na qual

se discute a validade de cláusula fixada em contrato de serviço médico-hospitalar que reajusta o valor da prestação em razão de mudança de faixa etária. A Turma, ao prosseguir o julgamento, por maioria, entendeu que não há como considerar violador do princípio da isonomia o reajuste autorizado por lei em razão de mudança de faixa etária, uma vez que há um incremento natural do risco que justifica a diferenciação, ademais quando já idoso o segurado. Conforme o disposto no art. 15, § 3º, da Lei n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) e no art. 14 da Lei n. 9.656/1998, não é possível, por afrontar o princípio da igualdade, que as seguradoras, em flagrante abuso do exercício de tal direito e divorciadas da boa-fé contratual, aumentem sobremaneira a mensalidade dos planos de saúde, aplicando percentuais desarrazoados, que constituem verdadeira barreira à permanência do idoso no plano. Se assim fizessem as seguradoras, criariam fator de discriminação do idoso com o objetivo escuso e ilegal de usar a majoração para desencorajar o segurado a permanecer no plano, o que não pode ser tolerado. Para a validade dos reajustes em razão de mudança da faixa etária, devem ser atendidas as seguintes condições: previsão no instrumento negocial, respeito aos limites e demais requisitos estabelecidos na Lei n. 9.656/1998 e observância do princípio da boa-fé objetiva, que veda reajustes absurdos e aleatórios que onerem em demasia o segurado. Caso algum consumidor perceba abuso no aumento de sua mensalidade em razão de mudança de faixa etária, aí sim se poderá cogitar de ilegalidade, cujo reconhecimento autorizará o julgador a revisar o índice aplicado, seja em ação individual ou coletiva. Com esses fundamentos, a Turma, por maioria, deu provimento ao recurso. REsp 866.840-SP, Rel. originário Min. Luis Felipe Salomão, Rel. para acórdão Min. Raul Araújo, julgado em 7/6/2011.

Ocorre que o Estado que tem o DEVER, por força da Constituição, de prestar o serviço de saúde, também vem, ao longo do tempo, diminuindo a quantidade e a qualidade de postos de saúde e de hospitais; faltam

médicos, equipamentos, medicamentos. Não é segredo que a saúde pública está sucateada, infelizmente, nas três esferas da República Federativa.

Nasce um novo cenário. O Estado vem deixando de prover saúde, embora tenha o dever de fazê-lo. Por outro lado, o mesmo Estado, por meio de seu Poder Legislativo, amplia a cobertura dos contratos privados. A ingerência estatal deixa pouco a se estipular no momento da celebração do contrato.

O aumento de cobertura por força de lei, obviamente, traz benefícios aos usuários, que passam a contar com um número maior de serviços e vantagens. Por outro lado, isso também acaba encarecendo o serviço.

Já o serviço público de saúde, por estar cada vez mais ineficiente, faz com que aumente a massa de consumidores que aderem aos planos privados. Todavia, nem todos os interessados podem efetivamente arcar com os custos, até porque esse serviço vem sofrendo aumento de preços ao longo do tempo.

Isso gera uma distorção. O Poder Público, com sua omissão nas políticas públicas de saúde, acaba gerando frustração perante a sociedade, que tenta se socorrer dos planos de saúde privados. O Estado “empurra” seu dever de prestar serviço de saúde para a iniciativa privada, por meio de leis que, por exemplo, alargam o chamado *plano-referência*, onerando o contrato.

Por outro lado, a perspectiva de vida do brasileiro vem aumentando ao longo dos anos, ao contrário da taxa de natalidade, o que diminui a base da pirâmide atuarial, já que o número de jovens que aderem a esse tipo de contrato não é proporcional ao aumento do número de idosos contratantes. Portanto, não tem saída... O serviço tende a encarecer cada vez mais.

Pergunta-se: o que acontece com aquela massa de pessoas que não consegue custear o serviço privado e também não é assistida pelo Poder Público? Chegará a hora em que nem mesmo a “judicialização” da política e das relações sociais dará solução a um “sistema misto de saúde” colapsado.

Não se trata de pessimismo. Até mesmo as grandes potências econômicas vêm tendo sérias questões para solucionar nesta área. Ninguém está

imune a problemas. Por isso faz-se importante um diálogo da sociedade como um todo. Não se pode esperar que todas as soluções venham do Estado. A saúde, como assinalado reiteradas vezes, é questão de cunho social. Aliás, a Lei 8.080/90, em seu art. 2º, §2º, dispõe que “*O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade*”.

Também se percebe na sociedade brasileira que falta uma educação preventiva. O Estado não atua de forma contundente nesse tipo de orientação; tão pouco os planos privados de saúde prestigiam a profilaxia. Ouve-se sim, muita reclamação a respeito do encarecimento dos exames (feitos com equipamentos cada vez mais modernos), assim como o dos medicamentos. O acompanhamento de um nutricionista certamente será menos oneroso, ao longo do tempo, do que uma cirurgia de redução de estômago, às vezes, seguida de cirurgia plástica, além daquelas doenças crônicas que acabam se desenvolvendo por causa de mau hábito alimentar no curso da vida.

Deriva daí a importância de se debater a questão, em Audiências Públicas, com a participação de todos os segmentos da sociedade. ♦

Saúde: Conceitos Fundamentais e Assistência no Direito Brasileiro

Bianca Ferreira do Amaral Machado Nigri ¹

Em todos os tempos de nossa existência, o ser humano busca constantemente saúde, lazer e bem-estar. Mas o que significa ter saúde?

A Organização Mundial de Saúde preconiza que saúde é a **“situação de perfeito bem-estar físico, mental e social”** da pessoa, considerada ultrapassada, primeiramente, por visar a uma perfeição inatingível, atentando-se as próprias características da personalidade. Menciona-se como principal sustentação dessa ideia, a renúncia necessária à parte da liberdade pulsional do homem, em troca da menor insegurança propiciada pelo convívio social. Discute-se a validade da distinção entre soma, psique e sociedade, esposando o conceito de homem “integrado”, e registrando situações em que a interação entre os três aspectos citados é absolutamente cristalina. É revista a noção de qualidade de vida sob um vértice antipositivista. Essa priorização e proposta de resgate do subjetivismo reverte a um questionamento da atual definição de saúde, toda ela embasada em avaliações externas, “objetivas”, dessa situação.

Dentro dessa ideia, constata-se que o homem médio procura obter a sua satisfação física e mental, através de mecanismos oferecidos em larga escala pela sociedade, quais sejam, planos de saúde colocados à disposição de diversas formas ao consumidor.

Ressalte-se que, embora a saúde seja direito de todos, como dever do Estado nos termos do artigo 196 da CF/88, o cidadão é forçado a contratar planos de saúde privados, com o objetivo de suprir a deficiência dos serviços prestados pelo Estado.

¹ Juíza de Direito da 5ª Vara Cível - Barra da Tijuca.

Efetivamente, buscou o Estado, ao longo de vários anos, estabelecer um regime igualitário na saúde para atendimento de todos, criando o Sistema Único de Saúde em 1990, cujos princípios consistem em universalidade, equidade e integralidade.

Em sentido complementar e não substitutivo, o setor privado submete-se a normas específicas para tratamento das questões relacionadas à saúde, através da Lei 9.656/98, a qual veio inovar neste campo, pois, antes dela, não havia regra alguma para as operadoras, as quais agiam de forma livre.

Esses princípios e regras deverão observar os ditames estabelecidos pela ANS - Agência Nacional de Saúde, cuja natureza jurídica é de autarquia e regula a atividade das operadoras de saúde, para que afrontem direitos dos consumidores, a ponto de influenciar negativamente no direito de todos à saúde.

A Agência tem por finalidade restringir e regular a atividade privada, seja no sentido de qualidade de serviços, ou no controle de preço/tarifa com atributos e poderes de editar normas, assegurar a sua aplicação e punir pelo seu descumprimento. Na verdade, exerce uma **TUTELA DE MEDIAÇÃO**.

Por outro lado, para que a agência exerça o poder de Regulação, faz-se necessária a autonomia, que se manifesta no âmbito administrativo, financeiro, patrimonial e técnico (este último é autônomo, desde que não interfira no aspecto da legalidade, pois, se isto ocorrer, o Poder Judiciário poderá intervir para controlar).

Desta forma, a Lei 9.656/98, embora encerre questões acerca da saúde, deverá estar de acordo com as normas editadas pela ANS, bem como ao Conselho Nacional Suplementar que, na prática, não existe.

Este aspecto é verificado, atualmente, nos problemas existentes quanto ao aumento decorrente de faixa etária. Esse aumento decorre não só do envelhecimento, da idade, mas também da saúde, pois começam a surgir os problemas de doenças crônicas, como coluna, câncer, diabetes, hipertensão e coração, entre outras que acometem as pessoas mais idosas, as quais utilizam mais serviços e serviços mais complexos em razão dessas patologias.

No entanto, ainda que se agrave a saúde do consumidor com o passar do tempo, não poderão as operadoras de saúde ilimitadamente aumentar os preços, sob pena de violação aos Princípios Constitucionais, de forma a retirar do cidadão o direito à saúde plena.

Em razão disso, é evidente que poderá haver aumento do valor respectivo, como forma de garantir o mutualismo, porém nas bases e diretrizes estabelecidas pelas normas legais e processuais. A precificação ocorre com base no **MUTUALISMO** (risco), no qual um grupo solidário se cotiza, para pagamento de um fundo, que, no caso, é de saúde. A contribuição individual custeia as despesas do próprio indivíduo e as de todas as pessoas do grupo, quando necessário.

Dentro desse contexto, com vistas a minorar e a regular a situação dos idosos, que são aqueles que “sobrecarregam” esse aspecto do mutualismo, foi criada a Lei 10.741/2003. Não há que se falar que a lei não permite a diferenciação em razão da idade, mas estabelece que essa diversidade deverá situar-se dentro de parâmetros legais.

Anteriormente, o reajuste por faixa etária não poderia ser feito a partir dos 70 anos do cidadão. Com a criação da Lei, aos 60 anos não poderá haver reajuste por faixa etária, pois o limite é de 59 anos.

O Estatuto do Idoso define dez faixas etárias, sendo que o preço da última faixa etária não poderá ser maior do que seis vezes o valor da primeira, sob pena de se configurar excesso e abuso. Contudo, é de conhecimento geral que este parâmetro não é observado, razão pela qual se faz adequada a análise do dispositivo abaixo:

O artigo 15, parágrafo terceiro, do Estatuto do Idoso veda a cobrança diferenciada em razão da idade: **“Art. 15: (...): § 3º É vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade”**.

No entanto, hodiernamente, os Tribunais de Justiça de todos os Estados vêm sendo assolados por demandas ajuizadas, sob o fundamento de reajuste ilegal por faixa etária, sendo certo que tal comportamento deverá ser coibido pelos aplicadores do Direito, sob pena de inviabilizar o propósito da saúde suplementar.

Para melhor ilustrar a questão, transcrevo sentença proferida por esta Magistrada acerca do caso proposto:

“JUÍZO DE DIREITO DA 4ª VARA CÍVEL DA BARRA DA TIJUCA. Processo nº 2009.209.027057-0 SENTENÇA: ANGELA CRISTINA GONZALEZ GONZAGA promoveu a presente ação ordinária com pedido de tutela antecipada, em face de **AMIL ASSISTÊNCIA MÉDICA INTERNACIONAL LTDA**, objetivando a aplicação igualitária dos reajustes, bem como declaração de nulidade de cláusulas contratuais dispostas em aditivos não anuídos e a restituição em dobro dos valores pagos a título de reajuste por faixa etária taxa de co-participação. Alega que é beneficiária do plano de saúde na modalidade individual desde 1990 e que a ré vem impondo aumentos abusivos, o que está acarretando prejuízos em sua vida financeira. Acompanharam a inicial os documentos de fls.21/217. Deferimento da gratuidade de justiça às fls. 219. Devidamente citada, a ré apresentou contestação às fls. 223/242, com documentos de fls. 243/371, argüindo, preliminarmente, a prescrição, eis que a ação somente fora ajuizada em outubro de 2009, bem como ilegitimidade ativa da autora, pois ela é mera beneficiária do contrato e a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar o feito. No mérito, sustenta que a aplicação do reajuste no plano de assistência médica se deu em obediência ao contrato e ao que determinou a Agência Nacional de Saúde Suplementar; afirma que as condições contratuais foram claramente estabelecidas e que a autora está sujeita ao pagamento de uma mensalidade plenamente identificada com o plano contratado. Informa que o preço é apurado com base em dados atuariais, considerando, dentre outros fatores, os efetivos custos de assistência médica e faixa etária do usuário. Outrossim, sustenta que a fixação do preço da mensalidade tem total

amparo legal e contratual, decorrendo de ajuste anual, bem como da mudança de faixa etária da autora, cobrança de taxa de co-participação e mudança de vencimentos, e que, em razão disso, não há que se falar em devolução em dobro e invalidez. Requer a improcedência dos pedidos autorais. Réplica de fls. 374/382. Às fls. 167, fora deferida a antecipação dos efeitos da tutela. Audiência de Conciliação realizada às fls. 386, na qual não fora obtido acordo. A parte autora, às fls. 389/390, protesta por prova documental superveniente, a qual fora anexada aos autos. **É o relatório. Passo a decidir.** A causa encontra-se madura para julgamento, na forma do art. 330, I do CPC, pois se trata de matéria de direito, não sendo necessárias mais provas além daquelas carreadas aos autos. **Rejeita-se, a preliminar de ilegitimidade ativa, na medida em que a autora é consumidora na definição do artigo 2º do CDC e beneficiária do plano de saúde, sendo, portanto, consumidora por equiparação, nos termos do artigo 17 do mesmo diploma legal, podendo questionar a aplicação e validade de quaisquer de suas cláusulas. Desta forma, em conseqüência, como se discute a relação de consumo entre a autora e ré, competente é a Justiça Comum para dirimir a lide neste sentido, conforme Jurisprudência abaixo transcrita:** “0006504-31.2007.8.19.0209 (2009.001.42698) - APELAÇÃO - 1ª Ementa DES. JOSE GERALDO ANTONIO - Julgamento: 19/08/2009 - SÉTIMA CÂMARA CÍVEL SUMÁRIO - PLANO DE SAÚDE - LEGITIMIDADE ATIVA DA SEGURADA - PRESCRIÇÃO INOCORRENTE - REAJUSTE DAS MENSALIDADES - MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA E SINISTRALIDADE - ABUSIVIDADE - ESTATUTO DO IDOSO E CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (§ 3º, do Art. 15, da Lei nº 10.741/03 e Art. 51, X, da Lei nº 8.078/90) Ainda que derivado de contrato coletivo de plano de saúde, o vínculo da associada aposentada é

de adesão e está inquestionavelmente enquadrado no conceito de destinatária final do artigo 2º do CDC, uma vez que, ao se desligar da empresa contratante e exercitar a faculdade de permanecer no plano de saúde prevista no contrato, tornou-se associada da operadora do plano de saúde na qualidade de pessoa física. Nas relações jurídicas de trato sucessivo, não há que se cogitar da prescrição do fundo do direito, consoante Súmula 85 do Superior Tribunal de Justiça. A variação de preço da mensalidade de plano de saúde, em decorrência da mudança de faixa etária, viola o disposto no § 3º, do artigo 15, da Lei nº 10.741/03 (Estatuto do Idoso), que veda expressamente a discriminação do idoso, pela cobrança de reajustes diferenciados em razão idade. Os princípios estabelecidos nas normas da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) asseguram os direitos do consumidor, sendo nula a cláusula contratual que autoriza aumento unilateral e injustificado de mensalidade de plano de saúde, por violar os princípios da boa-fé e da confiança, consoante estabelece o artigo 51, X, do referido estatuto do consumidor. Recurso improvido. “0098598-74.2006.8.19.0001 (2009.001.07728) - APELACAO - 1ª Ementa DES. MARIO ASSIS GONCALVES - Julgamento: 04/06/2009 - TERCEIRA CAMARA CIVEL Consumidor. Plano de saúde coletivo. Reajuste da mensalidade. Consumidora aposentada. Estipulante. LIGHT. Plano de saúde. BRADESCO. Índice apontado pela ANS (Agência Nacional de Saúde). Sinistralidade. Faixa etária. Limites. A questão traduz evidente relação consumerista. Consumidora que figura como segurada em contrato coletivo de plano ou seguro de saúde tem interesse e legitimidade para vir a juízo discutir a validade e o conteúdo de cláusulas do contrato. Controvérsia sobre a legalidade dos reajustes efetuados nas mensalidades pagas pela autora para o custeio de seguro-saúde, a partir daquela vencida em agosto de 2006, bem como da alteração empreendida no contrato em que figura como estipulante a LIGHT (sua ex-empregadora) e como operadora o

BRADERCO SAÚDE. Inegável a legitimidade da seguradora para figurar no pólo passivo da presente ação. Fatores. Sinistralidade. Faixa etária. A autora está protegida pela Lei nº. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), pelo que a cláusula de reajuste tão só em razão da idade não mais prevalece. O fato de o contrato objeto da lide ser coletivo não afasta a incidência do CDC, uma vez que a seguradora está abrangida no conceito de fornecedor de serviços (CDC, art. 3º), e os beneficiários no conceito de consumidor (CDC, art. 2º). O desacerto empresarial entre operadora do plano de saúde e a estipulante não pode afetar o direito do consumidor. Solidariedade. Inteligência dos arts. 7º, parágrafo único e 25, § 1º, do CDC. A documentação carreada aos autos demonstra ostentar a segunda apelante condição de estipulante do contrato de seguro de saúde coletivo disponibilizado aos seus funcionários. As rés não trouxeram aos autos cálculo atuarial apto a justificar o reajuste do contrato do autor, de aproximadamente 70%, vigente a partir da mensalidade vencida em agosto de 2006, percentual muito superior àquele autorizado pela ANS (11,75%). Precedentes dos E. STJ e TJERJ. Recurso a que se nega seguimento”. No que tange á prejudicial de mérito da prescrição, assiste razão á parte ré quanto aos valores, cuja restituição se pretende, anteriormente a outubro de 2004, tendo em vista o prazo prescricional de cinco anos, nos termos da Jurisprudência:

“0272474-36.2007.8.19.0001 - APELAÇÃO - 1ª Ementa DES. JORGE LUIZ HABIB - Julgamento: 21/05/2010 - DÉCIMA OITAVA CÂMARA CÍVEL APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR. CONTRATO DE SEGURO SAÚDE. PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE POR MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. ABUSIVIDADE. ONEROSIDADE EXCESSIVA. VEDAÇÃO LEGAL EXPRESSA NO ESTATUTO DO IDOSO E NA LEI 9.656/98. NULDADE DA CLÁUSULA CONTRATUAL. REPETIÇÃO DE FORMA SIMPLES DOS VALORES PAGOS A MAIOR

EM DECORRÊNCIA DO REAJUSTE INDEVIDO. CONTRATO DE TRATO SUCESSIVO AMPARADO PELAS NORMAS DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. RECURSO ADESIVO NÃO CONHECIDO POR FALTA DE PREPARO. Cinge-se a controvérsia à análise da legalidade da cláusula do contrato de seguro de saúde mantido entre as partes que prevê o reajuste das mensalidades do plano de acordo com a faixa etária do usuário. A relação jurídica mantida entre as partes tem natureza consumerista, enquadrando-se o autor no conceito de consumidor previsto no art. 2º da Lei n.º 8.078/90, e a ré, no de fornecedor de serviços, conforme estabelecido pelo art. 3º da mesma Lei, razão pela qual a presente hipótese se subsume às regras protetivas do Código de Defesa do Consumidor. Essa relatoria esclarece que a jurisprudência deste Tribunal já consolidou o entendimento que, nesses casos, aplica-se a regra da prescrição quinquenal, determinada pelo art. 27 do CPDC. Com o advento do Estatuto do Idoso, norma posterior e específica sobre a matéria ora em debate, houve alteração na disciplina da matéria, passando a ser vedado o reajuste dos planos de saúde dos idosos em virtude de mudança de faixa etária. APELAÇÃO CONHECIDA E DESPROVIDA, na forma do parágrafo 1º-A do artigo 557, do CPC. RECURSO ADESIVO NÃO CONHECIDO. “0016054-89.2007.8.19.0002 - APELACAO - 1ª Ementa DES. ROBERTO FELINTO - Julgamento: 11/05/2010 - DECIMA OITAVA CAMARA CIVEL APELAÇÃO CÍVEL. Plano de saúde. Reajuste anual e por faixa etária. Código de Defesa do Consumidor. Estatuto do Idoso. Admissibilidade. Aplicação da penalidade do artigo 195, do CPC. Descabimento. Preliminar. Alegação de julgamento extra petita. Inocorrência. Sentença que respeita as balizas estabelecidas na petição inicial.

Artigo 460 do CPC. Não violação. Atendimento do princípio da correlação. Prejudicial de mérito. Prescrição. Reconhecimento parcial. Reajuste anual. Aplicação do prazo quinquenal estabelecido no artigo 27, do Código de Defesa do Consumidor. Prescrição relativa ao reclamo autoral quanto aos anos de 1996 a 2001. Reajuste por faixa etária. Estatuto do Idoso. Abusividade do reajuste. Precedentes deste Tribunal e do E. STJ. Sentença de procedência parcial. Reforma. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO TÃO SOMENTE PARA DECLARAR A PRESCRIÇÃO QUANTO ÀS DIFERENÇAS RELATIVAS AOS REAJUSTES ANUAIS OPERADOS NOS ANOS DE 1996 E 2001. 1-96.2008.8.19.0209 (2009.001.65510) - APELAÇÃO - 1ª Ementa DES. CUSTODIO TOSTES - Julgamento: 10/02/2010 - DÉCIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL DIREITO DO CONSUMIDOR E DO IDOSO. PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE POR FAIXA DE IDADE. LEGITIMIDADE PASSIVA DA SEGURADORA, PORQUE OSTENTA QUALIDADE DE FORNECEDORA DE SERVIÇO, RECEBENDO DO AUTOR, DIRETAMENTE, SUA PRESTAÇÃO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO TRABALHISTA QUE SE AFASTA, POR NÃO HAVER DISCUSSÃO DE MATÉRIA INERENTE A RELAÇÃO LABORAL. REAJUSTE REPUTADO DISCRIMINATÓRIO, EM RELAÇÃO À IDADE DO CONSUMIDOR. ABUSIVIDADE, À LUZ DO CDC E DO ART. 15, § 3º DO ESTATUTO DO IDOSO. COBRANÇA A MAIOR, SEM ENGANO JUSTIFICÁVEL. PRESENÇA DO PREJUÍZO, APTO A ENSEJAR A DEVOLUÇÃO EM DOBRO, NOS MOLDES DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 42 DO CDC. DESNECESSÁRIA A CARACTERIZAÇÃO DA MÁ-FÉ. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL, NA FORMA DO ART. 27 DO CDC. VERBA HONORÁRIA. FIXAÇÃO EM 10% SOBRE

O VALOR DA CAUSA. NÃO CABIMENTO. ARBITRAMENTO DOS HONORÁRIOS EM 10% SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO, HAJA VISTA QUE MESMO A OBRIGAÇÃO DE FAZER POSSUI CONTEÚDO ECONÔMICO. PARCIAL PROVIMENTO DO PRIMEIRO RECURSO E PROVIMENTO DO SEGUNDO". A ação fora ajuizada em outubro de 2009 e se pretende a análise do período de agosto e setembro de 2004 em diante, donde se conclui a existência da prescrição. Ultrapassadas as preliminares, passo ao exame do mérito, pois presentes se encontram os pressupostos processuais e as condições para o legítimo exercício do direito de ação. Trata-se de Ação ordinária com pedido de Tutela Antecipada, na qual a parte autora pleiteia a equiparação dos reajustes na forma dos servidores da ativa, como pactuado, bem como a restituição dos valores pagos em excesso em dobro a partir de agosto/setembro de 2004, em razão de cobrança ilegal de taxa de co-participação e reajuste por faixa etária. No mérito, cumpre salientar que é indubitável a aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao caso em questão por se tratar de evidente relação de consumo, sendo aplicáveis, portanto, os princípios inerentes a esse ramo do Direito, como a boa-fé objetiva, e a interpretação dos contratos de forma mais favorável ao consumidor. A matéria trazida ao Judiciário revela determinadas peculiaridades concernentes a presente relação jurídica contratual. Isso pode ser justificado pelo fato de que a natureza jurídica desse contrato de assistência médica é de contrato de adesão, cujas cláusulas contratuais em hipótese alguma podem restringir os direitos do beneficiário, sob pena de se ferir a função social do contrato. Todavia, é importante frisar que as empresas prestadoras de serviço de assistência médica têm direito a majorar a mensalidade desses contratos celebrados com os seus beneficiários, o que não configura nenhuma ilegalidade. Entretanto, conforme pactu-

ado, originariamente, a parte ré dispôs nas cláusulas 3.1 e 3.4 que os reajustes se darão na forma igualitária aos servidores da ativa, independentemente de faixa etária, o que incorreu. Ainda que a fixação do preço da mensalidade tenha amparo contratual, os aumentos decorrentes de reajustes impostos pela parte ré, em desconformidade com o avençado são abusivos e desequilibram a relação contratual firmada entre as partes litigantes, incompatível com o preceituado no art. 51, IV e X do Código de Defesa do Consumidor, eis que a parte autora demonstra escassos recursos financeiros e corre o risco de tornar-se inadimplente por conta do elevado valor do contrato em questão, mormente quando se aplicam as Leis 9656/98 e 9961/00 aos contratos anteriores a sua vigência. Neste ponto, a Jurisprudência majoritária, conforme trechos a seguir: ***“2009.001.34042 - APELAÇÃO - 2ª Ementa DES. GILBERTO DUTRA MOREIRA - Julgamento: 09/09/2009 - DÉCIMA CÂMARA CÍVEL. Apelação Cível. Ação de indenização. Plano médico. Obesidade Mórbida. Contrato de prestação de serviços médicos e hospitalares. Relação de consumo típica a impor a interpretação de suas cláusulas de forma mais benéfica ao consumidor. Cláusulas limitativas de riscos que devem ser redigidas em destaque para ciência inequívoca do contratante. Adesão ao plano de saúde em data anterior à Lei n.º 9.656/98. Irrelevância. Cláusula contratual manifestamente abusiva. Precedentes jurisprudenciais desta Câmara Cível e deste Tribunal neste sentido. Danos morais não caracterizados. Inexistência, até mesmo, de inadimplemento contratual, posto que agiu a seguradora de acordo com o contrato que entendia válido. Desprovisionamento de ambos os recursos. 2009.001.18168 - APELAÇÃO - 1ª Ementa DES. CAETANO FONSECA COSTA - Julgamento: 26/08/2009 - SÉTIMA CÂMARA CÍVEL PLANO DE SAÚDE - CONTRA-***

TO DE ADESAO - REAJUSTE - PERCENTUAL ABUSIVO - ONEROSIDADE EXCESSIVA NULIDADE. - Ação de anulação de cláusula contratual com pedido de tutela antecipada cumulada com obrigação de fazer, objetivando a autora a anulação da cláusula contratual referente ao reajuste decorrente de mudança de faixa etária (164,91%), para que a ré continue a cobrar a quantia paga até o mês anterior ao reajuste, requerendo, tutela antecipada para tal fim.- O percentual de reajuste aplicado nas prestações da Autora foi no patamar de 164,91% (cento e sessenta e quatro vírgula noventa e um por cento), imposto unilateralmente pela operadora, em desacordo ao disposto no art. 15, § 3º da Lei 10.741/03.- Aplicação do Código de Defesa do Consumidor para invalidação de cláusulas que causem desequilíbrio contratual entre as partes, com notório prejuízo ao consumidor.- Evidente e excessiva onerosidade do contrato, em afronta ao art. 51, IV e § 1º, II do Código de Defesa do Consumidor.- Indevido aumento cobrado em virtude de mudança para faixa etária acima de 60 (sessenta) anos de idade. - Sentença mantida. - Recurso improvido.

“Portanto, retroagindo as leis atingindo os contratos firmados anteriormente às suas edições, ainda assim, o aumento por faixa etária e implementação da taxa de co-participação seria abusivo, sendo afastados os valores cobrados a este título. Considerando que os aditivos 17 e 21 foram avençados posteriormente ao contrato originário, devem observar o mesmo tratamento a todos os beneficiários, sejam eles ativos ou inativos. Nesta linha de raciocínio, também é indevido falar-se em taxa de co-participação ante a nulidade das cláusulas que criaram aditivos após anos de sua vigência e de forma unilateral. Isto porque a ANS, órgão do Ministério da Saúde responsável pela regulamentação do setor de saúde suplementar, foi criada por Medida Provisória posteriormente convertida em lei fede-

ral, com observância dos preceitos constitucionais vigentes e em consonância com o artigo 174 da Constituição Federal de 1988, que atribui ao Estado o caráter de agente normativo e regulador da atividade econômica. É regulada pelo Decreto nº 3327/00 que em seu artigo 1º § 4º a conceitua como órgão de regulamentação, normatização, controle e fiscalização de atividades que garantam a assistência suplementar à saúde. Em seu artigo 2º menciona o referido decreto as suas finalidades, sendo a mais relevante a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde e dentro de sua área de competência está prevista a autorização de reajustes e revisões das contraprestações pecuniárias dos planos privados de assistência à saúde (art. 3º, inciso XVII do Dec. 3.327/00). O que existe, portanto, é uma regulamentação, por parte do Estado, de seu funcionamento, editando regras que pautam o proceder dos planos de saúde. Claro está que, se assim não fosse, teriam plena liberdade para agirem como bem lhes aprouvesse, praticando abusos e desrespeitando os interesses de seus associados, cooperados e consumidores em geral. Assim, a lei 9.961/00 que cria a ANS, bem como a Resolução nº 29 por esta editada não padecem de vício quanto à constitucionalidade, principalmente se levarmos em consideração o disposto no artigo 170, parágrafo único in fine da Constituição Federal. A lei 9.654/98 condiciona qualquer variação nas prestações devidas pelo consumidor, no que se refere aos planos de saúde, à autorização prévia da ANS que é, reconhecidamente, o órgão competente. E tanto é competente o órgão quanto constitucional a lei que o regula que a própria ré a menciona, em sua tese defensiva, ainda que em parte mínima, que agiu dentro da legalidade e em observância a disposições ali contidas. No caso destes autos restou sobejamente comprovado, em consonância com as provas documentais, que o reajuste praticado pela ré o foi sem obediência às normas da agência

reguladora realizado por faixa etária a partir de agosto de 2001. A par das discussões acerca dos critérios de reajuste de preços a serem utilizados pelos planos de saúde, deve-se ter em mente, neste caso, somente a existência ou não de autorização da ANS para a efetivação do reajuste, no percentual que fora praticado pela ré. E da análise dos documentos acostados aos autos é possível depreender-se que o percentual efetivamente adotado para o reajuste, ou seja, 6,76%, foi realmente superior àquele autorizado pela ANS, que é de 5,42%. Contudo, a autora é beneficiária do plano desde 90, ou seja, há mais de 20 anos, fazendo com que o valor de sua mensalidade somente sofra o acréscimo relativo à atualização monetária anual, mantendo-se a base pelo valor contratado. Por fim, no que diz respeito à restituição em dobro prevista no art. 42, do Código do Consumidor, entendo que a mesma também merece ser acolhida. É visível que toda relação jurídica contratual deve se pautar no princípio do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, o que restou afastado quando a parte ré repassou ao autor determinados reajustes não aplicáveis aos servidores da ativa e diversamente do pactuado. Logo, sendo a cobrança indevida, deve ser restituída em dobro ao consumidor. Isto posto, **JULGO PROCEDENTES** os pedidos na forma do art. 269, inciso I do Código de Processo Civil, para: a) conceder e tornar definitiva a tutela antecipada e declarar nulas as cláusulas contratuais e seus respectivos aditivos para determinar a manutenção das cláusulas originárias do contrato, tanto em relação à inexistência de cobrança de taxa de co-participação como a data de vencimento no último dia útil de cada mês, bem como para que seja praticado somente o reajuste monetário anual, mantendo-se a mensalidade pelo valor pago por beneficiário conforme contrato original; b) condenar a ré a devolver à autora, em dobro, o valor pago em excesso, a partir de outubro de 2004, título de au-

mento por faixa etária e taxa de co-participação, devidamente acrescidos dos juros legais de 1% ao mês a partir da citação e corrigidos monetariamente desde a data de cada pagamento; **JULGO EXTINTO O FEITO** na forma do artigo 269, IV, quanto aos valores cobrados anteriormente a outubro de 2004. Considerando a sucumbência mínima por parte da autora, condeno, ainda, a ré ao pagamento das custas e honorários advocatícios fixados em 20% (dez por cento) sobre o valor da condenação. Certificado o trânsito em julgado, dê-se baixa e arquivem-se. P.R.I. Rio de Janeiro, 14 de julho de 2010. BIANCA FERREIRA DO AMARAL M. NIGRI. Juíza de Direito”.

CONCLUSÃO:

Diante do exposto, percebe-se que o ordenamento jurídico busca a tutela dos interesses dos cidadãos, baseado nos Princípios da Dignidade da Pessoa Humana, da Boa-fé e da Equidade, na medida em que é conhecedor de que o sistema de saúde é deficiente e de que necessita do aparato da Saúde Suplementar para supri-la e atender o interesse de todos, direito esse consagrado constitucionalmente. ◆

Sistema de Saúde Suplementar (Algumas Considerações)

Camila Novaes Lopes¹

O sistema de Saúde Suplementar revela a existência de um contrato de seguro em que imperam os seus elementos essenciais, quais sejam: o risco (possibilidade de ocorrência do sinistro), a mutualidade (contribuição plúrima de todos os segurados) e, naturalmente, a boa-fé.

Historicamente, eram os contratos de plano de saúde tratados e regulamentados como contratos de seguro puro e simples. Em tempos mais atuais, diante do reconhecimento da relevância social das relações estabelecidas a partir de tal vínculo, cuidou o Poder Público de regulamentar e fiscalizar diretamente o setor, com a edição da Lei 9.656/98 e da criação da Agência Nacional de Saúde.

Infelizmente, não é possível a transição imediata de um sistema que permitia a livre estipulação das cláusulas entre os contratantes, com inegável prejuízo para aquele que, mais fraco e desprovido de poder econômico, limitava-se a aderir ao contrato e suportar o pagamento dos valores impostos, e o sistema atual, de vedação aos lucros exorbitantes e de controle na proporcionalidade das vantagens auferidas por ambas as partes contratantes.

São aplicáveis, pois, na regulamentação do setor, a lei civil e o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90).

Hoje, a Saúde Suplementar constitui setor responsável por complementar o Sistema Único de Saúde, composto por operadoras de planos privados de assistência à saúde.

Ao longo do tempo, discutiu-se se o direito à saúde, previsto na Constituição da República de 1988 em seus artigos 196 a 200 consubstan-

¹ Juíza de Direito da II Juizado Especial Cível - Capital.

cia um direito público subjetivo, como norma constitucional fundamental de aplicabilidade imediata e eficácia positiva.

Os óbices levantados ao reconhecimento da eficácia positiva desse direito sempre foram a escassez dos recursos e o que se convencionou chamar de “a reserva do possível”, a acarretar a necessidade de o gestor público fazer escolhas alocativas, segundo critérios discricionários.

No entanto, a prerrogativa da Administração no gerenciamento dos recursos públicos é limitada, pois deve otimizar sua aplicação na promoção da saúde, distribuindo recursos mediante a adoção de medidas que levem em consideração a necessidade da população no tempo e no espaço.

Essa escolha do administrador, ao criar uma política pública de saúde, gerindo recursos sempre escassos frente às necessidades da população, levou o Ministro Gilmar Mendes a afirmar, citando Stephen Holmes, que a partir da perspectiva das finanças públicas, “levar a sério os direitos significa levar a sério a escassez”.

A partir do reconhecimento de que os direitos fundamentais, dentre os quais o direito à saúde, expressam um postulado de proteção, admitiu-se a eficácia positiva do direito à saúde.

Com a complexidade da vida social, o que se tem hoje é uma demanda cada vez maior da população por medidas de prestação de saúde. A regulamentação do setor reconheceu a necessidade da intervenção da iniciativa privada, como medida complementar ao Sistema de Saúde, fazendo-se por meio da edição da Lei 9.656/98 e da Lei 9.961/2000, ao criar a Agência Nacional de Saúde Suplementar.

Abriu-se ao particular a possibilidade de prestar serviços de saúde, de forma complementar à atividade prestada diretamente pela Administração Pública, conservando, no entanto, a prerrogativa de regulamentar o setor e interferir na atividade privada, de modo a assegurar o respeito aos princípios constitucionais que assegurem o respeito ao direito à saúde como garantia fundamental da pessoa humana.

Conforme divulgado pelo Instituto de Estudos de Saúde Suplementar – IESS, o setor de Saúde Suplementar reúne hoje 1.420 operadoras de plano de saúde, para atender a 60,1 milhões de beneficiários, sendo 45,6

milhões vinculados aos planos de assistência médica e 14,6 milhões vinculados aos planos exclusivamente odontológicos.

Segundo dados da ANS, 23,9% da população brasileira é coberta por planos de assistência médica.

Neste setor, merece especial atenção a faixa da população com maior faixa etária. O aumento da proporção de idosos, a partir da transição demográfica, acarreta crescimento na fração do PIB gasto com saúde. Isso porque, com o avanço da idade, as pessoas ficam mais propensas ao desenvolvimento de doenças crônicas e à necessidade de cuidados continuados de longo prazo. Portanto, quanto mais idosa a pessoa, maiores tendem a ser os riscos relacionados à sua saúde, aumentando os custos de assistência, diretamente ligados ao aumento da expectativa de vida, da queda da mortalidade e da taxa de fecundidade.

No sistema de saúde suplementar, o financiamento é baseado no mutualismo e no regime financeiro de repartição simples, que funciona como em outros seguros: as receitas oriundas das mensalidades do plano de saúde de um grupo de pessoas são utilizadas para financiar o pagamento de toda a assistência de saúde que ocorreu nesse mesmo período.

Portanto, os membros do grupo que não utilizaram esses serviços terão contribuído para usufruir da segurança de cobertura e suas mensalidades terão financiado a assistência à saúde daqueles que dela necessitaram.

O custo assistencial da saúde varia, pois, de acordo com fatores, tais como idade, sexo e perfil de saúde das pessoas. Esse sistema de diferenciação e enquadramento dos riscos no cálculo das mensalidades é regulamentado pela Agência Nacional de Saúde.

Essa regulamentação tem exercido importante papel no desenvolvimento das atividades exploradas pelas operadoras de saúde. Dessa forma, pode-se definir o plano de saúde como um contrato de direito privado de prestação de serviços, ou cobertura de custos assistenciais, por prazo indeterminado e caráter continuado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde por profissionais de uma rede credenciada ou referenciada ou, ainda, serviços de saúde livremente escolhidos mediante pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor.

Os seus contratantes podem ser pessoas físicas ou jurídicas. O beneficiário é a pessoa física, titular ou dependente, que usufrui dos serviços estabelecidos no contrato do plano ou seguro de saúde assinado com a operadora, com direitos e deveres definidos em legislação ou contrato.

A operadora de plano de saúde, por sua vez, é a pessoa jurídica que opera ou comercializa planos privados de assistência à saúde, que deve ter, obrigatoriamente, seu registro junto à Agência nacional de Saúde Suplementar.

O rol de procedimentos e eventos em saúde estabelecido pela ANS lista os procedimentos e eventos de cobertura mínima obrigatória, respeitando a segmentação contratada e diretrizes de atenção à saúde. Essa lista é revisada a cada dois anos, em função da evolução da prática médica. Essa revisão é desenvolvida por Câmaras Técnicas formadas por representantes das entidades que compõem o setor.

Como exposto, tratando-se de um contrato de seguro em que imperam os seus elementos essenciais, quais sejam, o risco (possibilidade de ocorrência do sinistro), a mutualidade (contribuição plúrima de todos os segurados) e, naturalmente, a boa-fé, pode-se definir a carência como o período durante o qual o contratante paga as mensalidades, mas não tem acesso a determinadas coberturas.

Na ordem positiva brasileira, os planos de saúde não podem negar cobertura de risco. Portanto, a cobertura parcial temporária – também denominada de CPT – existe pelo mesmo fundamento da carência comum.

A legislação, porém, destacando a relevância social do bem constitucionalmente protegido, excepciona algumas regras relativas à carência, dentre as quais se destaca aquela que prevê que atendimentos de urgência, assim caracterizado por atestação por profissional habilitado.

Dispõe o artigo 35-C da Lei 9.656/98, *in verbis*:

“Art. 35-C - É obrigatória a cobertura do atendimento nos casos: (...) I - de emergência, como tal definidos os que implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, caracterizado em declaração do médico assistente”.

Dessa forma, evidenciada a situação de emergência do paciente,

revela-se ilegal qualquer tentativa de exclusão da cobertura contratual, ou mesmo de fixação de prazo máximo para o período de internação, pois, neste ponto em particular, o artigo 12, II, da Lei 9.656/98 veda a limitação de prazo para a cobertura de internações hospitalares.

Ressalto, nesse passo, ser inaplicável à questão o disposto na Resolução nº 13 do CONSU, segundo a qual a cobertura cessa em prazos superiores a 12 horas, ainda que nos casos de urgência e emergência. Ora, somente a lei em sentido formal pode inovar o ordenamento jurídico, criando direitos e obrigações para as partes (artigo 5º, II da CRFB/88).

Não pode uma Resolução - como ato normativo derivado - a despeito de regulamentar o dispositivo legal consubstanciado no artigo 35 da Lei 9.656/98, inovar o sistema jurídico. Assim, se a lei ordinária não estabeleceu prazo para que o associado ficasse internado, não poderia - por óbvio - uma Resolução fazê-lo.

Outra característica dos contratos de plano de saúde é a abrangência geográfica da cobertura. Significa dizer que o contrato deve estabelecer a abrangência geográfica do atendimento oferecido que pode ser municipal, regional, estadual ou nacional. Divide-se, ainda, por segmentação do atendimento, podendo ser definido como ambulatorial, hospitalar, cobertura obstétrica e odontológica.

Os valores das mensalidades, por sua vez, podem apresentar reajuste anual para reposição da variação dos custos assistenciais e o reajuste por mudança de faixa etária. Este último é aplicado no mês subsequente ao aniversário do beneficiário, em razão de mudança de faixa etária.

Em recentíssimo julgado, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu que, de fato, a mudança de faixa etária acarreta incremento do risco inerente ao contrato, porém tal reajuste deve se dar nos estritos limites aprovados pela Agência Nacional de Saúde, de modo que a previsão constante do Estatuto do Idoso repudia tão somente aumentos desarrazoados e injustificados, fora dos parâmetros estabelecidos pela Agência Reguladora.

Veja-se, a respeito, o acórdão de lavra do Exmo. Min. Luis Felipe Salomão, *in verbis*:

“DIREITO CIVIL. CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CLÁUSULA DE REAJUSTE POR MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. INCREMENTO DO RISCO SUBJETIVO. SEGURADO IDOSO. DISCRIMINAÇÃO. ABUSO A SER AFERIDO CASO A CASO. CONDIÇÕES QUE DEVEM SER OBSERVADAS PARA VALIDADE DO REAJUSTE.

1. Nos contratos de seguro de saúde, de trato sucessivo, os valores cobrados a título de prêmio ou mensalidade guardam relação de proporcionalidade com o grau de probabilidade de ocorrência do evento risco coberto. Maior o risco, maior o valor do prêmio.

2. É de natural constatação que quanto mais avançada a idade da pessoa, independentemente de estar ou não ela enquadrada legalmente como idosa, maior é a probabilidade de contrair problema que afete sua saúde. Há uma relação direta entre incremento de faixa etária e aumento de risco de a pessoa vir a necessitar de serviços de assistência médica.

3. Atento a tal circunstância, veio o legislador a editar a Lei Federal nº 9.656/98, rompendo o silêncio que até então mantinha acerca do tema, preservando a possibilidade de reajuste da mensalidade de plano ou seguro de saúde em razão da mudança de faixa etária do segurado, estabelecendo, contudo, algumas restrições e limites a tais reajustes.

4. Não se deve ignorar que o Estatuto do Idoso, em seu art. 15, § 3º, veda “a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade”. Entretanto, a incidência de tal preceito não autoriza uma interpretação literal que determine, abstratamente, que se repute abusivo todo e

qualquer reajuste baseado em mudança de faixa etária do idoso. Somente o reajuste desarrazoado, injustificado, que, em concreto, vise de forma perceptível a dificultar ou impedir a permanência do segurado idoso no plano de saúde implica na vedada discriminação, violadora da garantia da isonomia.

5. Nesse contexto, deve-se admitir a validade de reajustes em razão da mudança de faixa etária, desde que atendidas certas condições, quais sejam: a) previsão no instrumento negocial; b) respeito aos limites e demais requisitos estabelecidos na Lei Federal nº 9.656/98; e c) observância ao princípio da boa-fé objetiva, que veda índices de reajuste desarrazoados ou aleatórios, que onerem em demasia o segurado.

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

7. Recurso especial provido.”

(REsp 866.840/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 07/06/2011, DJe 17/08/2011)

Significa dizer, pois, que, para a validade dos reajustes em razão de mudança da faixa etária, devem ser atendidas as seguintes condições: previsão no instrumento negocial, respeito aos limites e demais requisitos estabelecidos na Lei n. 9.656/1998 e observância do princípio da boa-fé objetiva, que veda reajustes absurdos e aleatórios que onerem em demasia o segurado. Segundo o Superior Tribunal de Justiça, caso algum consumidor perceba abuso no aumento de sua mensalidade em razão de mudança de faixa etária, aí sim se poderá cogitar de ilegalidade, cujo reconhecimento autorizará o julgador a

revisar o índice aplicado, seja em ação individual ou coletiva.

Sem a pretensão de esgotar o tema, essas eram as considerações que me cabiam, destacando a enorme relevância da saúde suplementar como forma de integrar de forma ampla a rede de saúde, instrumento de realização e promoção desta garantia fundamental da pessoa humana. ♦

Mudança de Faixa Etária e Reajuste de Mensalidade

Carlos Sérgio dos Santos Saraiva ¹

ASPECTOS CONSTITUCIONAIS

A saúde, como bem de extraordinária relevância à vida, foi elevada pela Constituição Federal à condição de direito fundamental do homem, manifestando o legislador constituinte a intenção de garantir a todos uma existência digna, consoante os ditames da justiça social, o que se mostra evidente, ao interpretar conjuntamente os artigos 170 e 193 do referido Diploma Legal, dispondo, ainda, em seus artigos 196, 197 e 199, respectivamente, que:

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

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;

A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

O teor de tais normas legais reforça a intenção do constituinte de assegurar a todo cidadão, independentemente de condição econômica e

¹ Juiz de Direito da 4ª Vara Cível - Regional Campo Grande.

social, o direito à saúde, impondo, para tanto, ao Estado, o dever constitucional de desenvolver, por meio de políticas sociais e econômicas, ações que concedam a todos o acesso à assistência médica, permitindo-se que a assistência à saúde também seja prestada através da livre iniciativa, ressalvando que tais serviços assumam o *status* de relevância para o poder público. Porém, fica preservado o dever de fiscalizá-los e controlá-los, do que se depreende que o particular, prestando os serviços médicos e de saúde, possui os mesmos deveres do Estado, consistentes no fornecimento de assistência médica integral aos aderentes dos respectivos serviços.

Assim sendo, verifica-se que o fato de a assistência à saúde afigurar-se livre à iniciativa privada não garante aos particulares a prerrogativa de se desobrigarem de dar ao conveniado assistência integral, por não se constituir como absoluta a liberdade econômica, devendo ser dada ênfase às suas limitações em favor da justiça social. É imperioso que o Julgador, em qualquer decisão, tenha parâmetros voltados para a realidade, nunca se esquecendo de que decide sobre fatos reais, devendo, por isso, ter ciência de que o direito é dinâmico, não estático, compatível com os fatos sociais contemporâneos, que evoluem de forma célere e, quase sempre, de maneira surpreendente, nem sempre coadunando com o aparato jurídico que pertence ao passado.

APLICAÇÃO DO CDC

De acordo com o eminente jurista Sergio Cavalieri Filho², o contrato de seguro de saúde é uma modalidade de seguro de pessoas “operado por companhia de seguro mediante regime de livre escolha de médicos e hospitais e reembolso das despesas médico-hospitalares nos limites da apólice”.

Todo e qualquer plano ou seguro de saúde está submetido às disposições do Código de Defesa do Consumidor, enquanto relação de consumo atinente ao mercado de prestação de serviços médicos. Isso é o que se

² Programa de Responsabilidade Civil, 7ª edição, Editora Jurídico-Atlas, p. 411.

extrai da interpretação literal do art. 35 da Lei 9.656/1998, ao dispor que: *aplicam-se as regras desta Lei a todos os contratos celebrados a partir de sua vigência (...)*.

Os instrumentos contratuais, cujo objeto é atinente aos planos de saúde, foram responsáveis por significativa evolução no ordenamento jurídico pátrio, no sentido de se conscientizar da premência de um direito contratual mais socializado e comprometido com a equidade e menos influenciado pelo dogma da autonomia da vontade.

O artigo 3º, § 2º, do CDC incluiu expressamente a atividade securitária no conceito de serviços, incidindo, na espécie, o Código de Defesa do Consumidor. Ademais, tal entendimento encontra-se consubstanciado no texto da Súmula 469 do STJ, que assim disciplina: “Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde”.

O equilíbrio da relação contratual é direito do consumidor, inclusive mediante a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais, ou sua revisão em razão de fatos supervenientes (artigo 6º, V, do CDC).

REAJUSTE DA MENSALIDADE POR FAIXA ETÁRIA

O valor da mensalidade é calculado por beneficiário do plano de saúde, sendo legal o aumento da contribuição em face da mudança da faixa etária, por ser notório que são mais agravados os riscos de saúde.

O artigo 15 da Lei 9.656/1998 faculta a variação das contraprestações pecuniárias em razão da idade do consumidor. De outro lado, a Agência Nacional de Saúde Suplementar estabeleceu, através da Resolução CONSU - Conselho de Saúde Suplementar nº 6, alterada pela nº 15 de 29.03.99, que:

Art. 1º - Para efeito do disposto no artigo 15 da Lei 9.656/98, as variações das contraprestações pecuniárias em razão da idade do usuário e de seus dependentes, obrigatoriamente, deverão ser estabelecidas nos contratos de planos ou seguros privados a

assistência à saúde, observando-se as 07 (sete) faixas etárias discriminadas abaixo:

I - 0 (zero) a 17 (dezesete) anos de idade;

II - 18 (dezoito) a 29 (vinte e nove) anos de idade;

III - 30 (trinta) a 39 (trinta e nove) anos de idade;

IV - 40 a 49 (quarenta e nove) anos de idade;

V - 50 a 59 (cinquenta e nove) anos de idade;

VI - 60 a 69 (sessenta e nove) anos de idade;

VII- 70 (setenta) anos de idade ou mais.

Art. 2º - As operadoras de planos e seguros privados de assistência à saúde poderão adotar por critérios próprios os valores e fatores de acréscimos das contraprestações entre as faixas etárias, desde que o valor fixado para a última faixa etária, não seja superior a seis vezes o valor da primeira faixa etária, obedecidos os parâmetros definidos no Art. 1º desta Resolução.

Cumpra salientar que o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03), em seu artigo 15, § 3º, proíbe “a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade”, tornando o reajuste irregular.

Por conseguinte, em decorrência do Estatuto do Idoso e para garantir a proteção do mesmo, a Agência Nacional de Saúde editou a Resolução Normativa n.º 63, que limitou os reajustes de preços por faixa etária, inexistindo previsão de troca de faixa etária no alçar dos 70 anos, como se deriva do transcrito a seguir:

RN n.º 63/2003-ANS

Art. 2º Deverão ser adotadas dez faixas etárias, observando-se a seguinte tabela:

I - 0 (zero) a 18 (dezoito) anos;

II - 19 (dezenove) a 23 (vinte e três) anos;

III - 24 (vinte e quatro) a 28 (vinte e oito) anos;

- IV - 29 (vinte e nove) a 33 (trinta e três) anos;*
V - 34 (trinta e quatro) a 38 (trinta e oito) anos;
VI - 39 (trinta e nove) a 43 (quarenta e três) anos;
VII - 44 (quarenta e quatro) a 48 (quarenta e oito) anos;
VIII - 49 (quarenta e nove) a 53 (cinquenta e três) anos;
IX - 54 (cinquenta e quatro) a 58 (cinquenta e oito) anos;
X - 59 (cinquenta e nove) anos ou mais.

Até 1998, o contrato de seguro saúde poderia estipular várias faixas etárias. Entre 1999 e 2003, prevaleceu a Resolução 06/1998. Após 2003, a última faixa etária é aquela composta por pessoas com mais de 59 anos de idade.

CONCLUSÃO

Diante dos riscos de saúde em idades mais avançadas, é razoável que a operadora de plano de saúde estipule contratualmente reajuste de mensalidade em razão da mudança de faixa etária. A alteração no risco opera modificação no valor do prêmio, sob pena de se inviabilizar o contrato de seguro-saúde.

A majoração da mensalidade em razão de reajuste anual e da mudança de faixa etária do consumidor é possível, desde que atenda ao requisito normativo e não seja abusiva, em consonância com as prescrições do Código de Defesa do Consumidor.

Consoante lição de Cláudia Lima Marques, em “Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.” Ed. Livraria do Advogado:

Os contratos de plano de assistência à saúde são contratos de cooperação [...] onde a solidariedade deve estar presente, não só enquanto mutualidade [...], mas enquanto cooperação com os mais velhos [...] enquanto cooperação para a manutenção dos vínculos e do sistema suplementar de saúde. [...] Os contratos de planos de saúde são contratos cativos de longa duração, pois envolvem por

muitos anos um fornecedor e um consumidor, com uma finalidade em comum, assegurar para o consumidor o tratamento e ajudá-lo a suportar os riscos futuros envolvendo a saúde [...].

E prossegue a pensadora supramencionada:

[...] o legislador consciente que este tipo contratual é novo, dura no tempo, que os consumidores todos são cativos e que alguns consumidores, os idosos, são mais vulneráveis do que os outros, impõe a solidariedade na doença e na idade e regula de forma especial as relações contratuais e as práticas comerciais dos fornecedores, rivalizando com uma ação afirmativa a evitar e compensar uma discriminação existente no mercado em relação a estes consumidores” (p. 206). [...] A consequência desta vulnerabilidade especial criada pela catividade, pela longa duração e pela necessária divisão de prestações de saúde na cadeia de fornecimento organizada neste tipo contratual, é o fato de a legislação determinar a abusividade de cláusulas de fim de vínculo, de aumentos arbitrários face à faixa etária (p. 209).

O consumidor tem o direito de receber o serviço contratado e de obter a prestação jurisdicional devida, diante de condutas abusivas praticadas pelo fornecedor de serviços. Entretanto, deve o consumidor assumir sua obrigação de adimplir com as prestações devidas e proporcionais aos serviços a serem prestados.

Por conseguinte, a abusividade do reajuste oriundo de alteração de faixa etária deve ser analisada à luz do contrato existente entre consumidor e fornecedor, bem como aos limites previstos na legislação e consoante os termos da ANS.

DIREITO CIVIL. CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CLÁUSULA DE REAJUSTE POR MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. INCREMENTO DO RIS-

CO SUBJETIVO. SEGURADO IDOSO. DISCRIMINAÇÃO. ABUSO A SER AFERIDO CASO A CASO. CONDIÇÕES QUE DEVEM SER OBSERVADAS PARA VALIDADE DO REAJUSTE.

- 1. Nos contratos de seguro de saúde, de trato sucessivo, os valores cobrados a título de prêmio ou mensalidade guardam relação de proporcionalidade com o grau de probabilidade de ocorrência do evento risco coberto. Maior o risco, maior o valor do prêmio.*
- 2. É de natural constatação que quanto mais avançada a idade da pessoa, independentemente de estar ou não ela enquadrada legalmente como idosa, maior é a probabilidade de contrair problema que afete sua saúde. Há uma relação direta entre incremento de faixa etária e aumento de risco de a pessoa vir a necessitar de serviços de assistência médica.*
- 3. Atento a tal circunstância, veio o legislador a editar a Lei Federal nº 9.656/98, rompendo o silêncio que até então mantinha acerca do tema, preservando a possibilidade de reajuste da mensalidade de plano ou seguro de saúde em razão da mudança de faixa etária do segurado, estabelecendo, contudo, algumas restrições e limites a tais reajustes.*
- 4. Não se deve ignorar que o Estatuto do Idoso, em seu art. 15, § 3º, veda “a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade”. Entretanto, a incidência de tal preceito não autoriza uma interpretação literal que determine, abstratamente, que se repute abusivo todo e qualquer reajuste baseado em mudança de faixa etária do idoso. Somente o reajuste desarrazoado, injustificado, que, em concreto, vise de forma perceptível a dificultar ou impedir a permanência do segurado idoso no plano de saúde implica na vedada discriminação, violadora da garantia da isonomia.*
- 5. Nesse contexto, deve-se admitir a validade de reajustes em razão da mudança de faixa etária, desde que atendidas certas condições, quais sejam: a) previsão no instrumento negocial; b)*

respeito aos limites e demais requisitos estabelecidos na Lei Federal nº 9.656/98; e c) observância ao princípio da boa-fé objetiva, que veda índices de reajuste desarrazoados ou aleatórios, que onerem em demasia o segurado.

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

7. Recurso especial provido.

(REsp 866.840/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 07/06/2011, DJe 17/08/2011). ♦

Direito em Saúde Suplementar

Celso Silva Filho ¹

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo comentar os reflexos do conteúdo programático do **Curso sobre Direito em Saúde Suplementar** sobre a atuação do magistrado, com apresentação de estudo de caso, no qual o conteúdo programático tenha sido aplicado, exercendo influência no julgamento.

Serão abordados os conteúdos expostos pelo palestrante DR. LUIZ AUGUSTO CARNEIRO, em palestra ministrada no dia 15/07/2011.

CONSIDERAÇÕES SOBRE OS FUNDAMENTOS ECONÔMICOS E ATUARIAS DE SEGUROS E PLANOS DE SAÚDE

Esclareceu o professor LUIZ AUGUSTO CARNEIRO que os planos de saúde, de um modo geral, funcionam sob o sistema de mutualismo, partilha dos riscos ou “*risk pooling*”.

Destacou o referido professor que o *risco* pode ser definido, na esteira de Frank Knight², como um evento aleatório, cuja probabilidade e distribuição é possível identificar e mensurar, como, p. ex., o número que sairá do lançamento de um dado. Sabe-se que a probabilidade de sair qualquer um dos números é de 1/6.

Já a *incerteza*, como definida por Frank Knight, é um evento aleatório em relação ao qual desconhecemos a distribuição de probabilidade. A incerteza é uma medida para a nossa ignorância em relação ao evento aleatório.

¹ Juiz de Direito da 5ª Vara Cível de Volta Redonda.

² (*apud* prof. Luiz Augusto Carneiro, palestra ministrada no dia 15/07/2011, na EMERJ).

Frank Knight exemplifica esses conceitos com os seguintes casos:

Evento determinístico

– Data e hora de um eclipse.

Risco

– Número medido de consultas nos próximos 12 meses para pessoas entre 30 e 34 anos

Incerteza

– Número médio de consultas num período de 12 meses, daqui a 10 anos, para pessoas entre 30 e 34 anos.

No mutualismo, todos os segurados de determinada classe de risco pagam um mesmo valor de prêmio. O valor total desses prêmios será utilizado para pagar os sinistros do respectivo grupo de segurados, durante a vigência da apólice. Ex.: seguro de vida em grupo; classe de risco: sexo: homem, idade: 35 anos.

Estabeleceu o professor LUIZ AUGUSTO CARNEIRO as diferenças entre os regimes financeiros de repartição simples e de capitalização nos seguintes termos:

Regime financeiro de repartição simples

Mutualismo entre grupos homogêneos ao risco, dentro de um período de 1 ano.

Toda a receita de prêmio de um ano é utilizada para cobrir exatamente os sinistros ocorridos no período, como ocorre, p. ex., nos contratos de seguro saúde, seguro de vida em grupo, seguro de automóvel, seguro residencial, etc.

Regime financeiro de capitalização

Mutualismo entre grupos homogêneos ao risco, dentro de um período de mais de 1 ano.

APLICAÇÃO DA BASE CONCEITUAL ACIMA EXPOSTA AO CASO DO AUMENTO DA MENSALIDADE DE PLANO DE SAÚDE POR MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA

O Estatuto do Idoso proíbe a cobrança majorada de mensalidade de plano de saúde por mudança de faixa etária. Essa cobrança, sob a óptica

das operadoras de saúde, é necessária, dentre outros motivos, porque os idosos integram um grupo de risco diferente, por ser aquele que potencialmente mais usa os serviços cobertos.

Antes do curso, nosso entendimento era favorável às operadoras, mas apenas com base na força do contrato, sem fundamento no conhecimento das questões específicas sobre o funcionamento do seguro.

Atualmente, podemos afirmar que as decisões judiciais que vedam a majoração por faixa etária, apenas por questões jurídicas, em nada contribuem para o aperfeiçoamento do sistema.

Essas decisões, modestamente acreditamos, passam a influenciar a formação do seguro não como um *risco*, no sentido de “*um evento aleatório, ao qual é possível identificar e mensurar a sua distribuição de probabilidade*”, mas sim como uma *incerteza*, no sentido de “*um evento aleatório em relação ao qual desconhecemos a distribuição de probabilidade*”, o que não nos parece salutar, pois a incerteza força a elevação do prêmio.

Adaptando os exemplos acima ao caso dos idosos, podemos afirmar que o valor do prêmio é estabelecido considerando o número de consultas nos próximos doze meses, para pessoas entre 60 e 65 anos de idade, o que é razoável, surgindo o desequilíbrio quando uma decisão judicial impede a majoração pelo ingresso em um novo grupo de risco.

Esse tipo de decisão possui um efeito que não vem sendo considerado, discutido, que é o de provocar o aumento do valor do prêmio para aqueles que ingressam no sistema, como forma de atenuar os efeitos daquela situação de incerteza; ou seja, o novo participante acaba pagando mais do que o necessário, como forma de cobrir os custos de indenizações e coberturas decorrentes de decisões judiciais.

As regras do Estatuto do Idoso devem ser respeitadas, o que não significa que sua aplicação deva ser literal. Por isso, consideramos salutar a mudança na orientação jurisprudencial do STJ, que passou a admitir a majoração das mensalidades dos planos de saúde por mudança de faixa etária, desde que comprovada a necessidade em cada caso.

A nova orientação permite ao judiciário mediar os interesses individuais dos idosos e os do grupo no qual ele está inserido, visando à proteção

do interesse maior, que é o da manutenção da viabilidade econômica do plano de saúde por eles integrado, por não interessar a ninguém eventual quebra do operador, como já ocorreu em vários casos, ficando os segurados em situação preocupante.

O CASO CONCRETO

Os conceitos acima expostos passaram a sustentar julgamentos de ações individuais nas quais a majoração da mensalidade por mudança de faixa etária constitui a causa de pedir, como pode ser visto na sentença prolatada no processo nº 0018834-96.2010.8.19.0066:

“**J. A. L.** ajuizou ação em face de **UNIMED - COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO e ASSOCIAÇÃO DOS APOSENTADOS E PENSIONISTAS DE VOLTA REDONDA**, alegando que é usuário de plano de saúde empresarial, e que, ao longo dos anos, os requeridos têm praticado aumentos abusivos e ilegais, acarretando que a mensalidade está com excesso de R\$ 277,02. Formula os seguintes pedidos: 1) declaração de abusividade dos reajustes do plano de saúde; 2) restituição da quantia de R\$ 52.126,74; 3) indenização a título de dano morais na quantia de R\$ 10.000,00, vindo com a inicial os documentos de fls. 05/31. (...)A pretensão do autor não merece acolhida. Demonstrou a ré UNIMED que o autor era integrante de plano de saúde coletivo, não regulamentado pela Lei nº 9.656/98, motivo pelo qual os reajustes acompanham índices inflacionários e mudança de faixa etária. Esclarece a UNIMED que os reajustes foram aplicados após negociações com a estipulante, a ré Associação dos Aposentados e Pensionistas de Volta Redonda (fl. 81). Nos contratos coletivos, ao contrário do que ocorre nos individuais, os reajustes são livremente negociados entre a operadora do plano de saúde e a pessoa jurídica contratante, como

reclamado pela ré UNIMED à fl. 82, e confirmado pela ANS, como se vê às fls. 170/172. As negociações entre a UNIMED e a AAPVR, que levaram aos reajustes das mensalidades, estão documentados, por exemplo, às fls. 129/130, comprovando que foram observados os trâmites necessários para os reajustes. Não há que se invocar a proteção do Estatuto do Idoso (fl. 145), principalmente por se tratar de plano coletivo, e também porque o próprio S.T.J. mudou sua orientação jurisprudencial, passando a admitir reajustes por mudança de faixa etária, tornando superados os paradigmas aos quais se reporta o autor (fls. 145/148). A nova orientação do S.T.J., que possui inteira aplicação no presente caso, pois a ré UNIMED comprovou que promoveu reajustes após demonstração de necessidade perante a estipulante, a Associação de Aposentados e Pensionistas de Volta Redonda, pode ser vista na seguinte ementa:

“PLANO. SAÚDE. AUMENTO. MENSALIDADE. MUDANÇA. FAIXA ETÁRIA Trata-se, na origem, de ação interposta por instituto de defesa do consumidor contra sociedade empresária de plano de saúde na qual se discute a validade de cláusula fixada em contrato de serviço médico-hospitalar que reajusta o valor da prestação em razão de mudança de faixa etária. A Turma, ao prosseguir o julgamento, por maioria, entendeu que não há como considerar violador do princípio da isonomia o reajuste autorizado por lei em razão de mudança de faixa etária, uma vez que há um incremento natural do risco que justifica a diferenciação, ademais quando já idoso o segurado (grifei). Conforme o disposto no art. 15, § 3º, da Lei n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) e no art. 14 da Lei n. 9.656/1998, não é possível, por afrontar o princípio da igualdade, que as seguradoras, em flagrante abuso do exercício de tal direito e divorciadas da boa-fé contratual, aumentem

sobremaneira a mensalidade dos planos de saúde, aplicando percentuais desarrazoados, que constituem verdadeira barreira à permanência do idoso no plano. Se assim fizessem as seguradoras, criariam fator de discriminação do idoso com o objetivo escuso e ilegal de usar a majoração para desencorajar o segurado a permanecer no plano, o que não pode ser tolerado. Para a validade dos reajustes em razão de mudança da faixa etária, devem ser atendidas as seguintes condições: previsão no instrumento negocial, respeito aos limites e demais requisitos estabelecidos na Lei n. 9.656/1998 e observância do princípio da boa-fé objetiva, que veda reajustes absurdos e aleatórios que onerem em demasia o segurado. (grifei). Caso algum consumidor perceba abuso no aumento de sua mensalidade em razão de mudança de faixa etária, aí sim se poderá cogitar de ilegalidade, cujo reconhecimento autorizará o julgador a revisar o índice aplicado, seja em ação individual ou coletiva. Com esses fundamentos, a Turma, por maioria, deu provimento ao recurso. REsp 866.840-SP, Rel. originário Min. Luis Felipe Salomão, Rel. para acórdão Min. Raul Araújo, julgado em 7/6/2011. (Informativo STJ nº 476, 06 a 10 de junho de 2011). No presente caso, estão presentes os requisitos para o reajuste por mudança por faixa etária estabelecidos pela jurisprudência do STJ acima referida, pois: **1)** há previsão contratual para os reajustes por mudança de faixa etária; **2)** o contrato é anterior e compatível com os ditames da Lei 9.656/98; **3)** houve respeito ao princípio da boa-fé objetiva, pois os reajustes não foram absurdos nem aleatórios, inexistindo nos autos prova de que os reajustes, p. ex., não sejam compatíveis com os praticados por outras operadoras em situação semelhante. Assim, regular o procedimento dos réus, o que afasta a possibilidade de configuração de danos morais. Por tais razões, **JULGO IMPROCEDENTES TODOS OS PEDIDOS**, condenando o requerente a arcar com as cus-

tas e despesas processuais, e a pagar honorários advocatícios, os quais, na forma do art. 20, § 4º, do CPC, fixo em R\$ 1.000,00 para cada réu, respeitadas, em ambas as hipóteses, as disposições atinentes à gratuidade de justiça (fl. 33).”

CONCLUSÃO

Com a apresentação de sentença por nós prolatada em ação na qual a questão de mérito é a possibilidade ou não de majoração de mensalidade de plano de saúde por mudança de faixa etária, demonstramos a aplicação do conteúdo programático do Curso, em caso concreto.

O formato do curso, por não ser exclusivamente jurídico, causa certa dificuldade de compreensão, mas retrata a realidade e a necessidade de nós, juízes, alargarmos o campo de conhecimento, para abranger assuntos específicos de outros campos do saber humano, pois nossas decisões influenciam diversas atividades, além da esfera meramente jurídica. ♦

Direito em Saúde Suplementar

Cezar Augusto Rodrigues Costa¹

O seminário “DIREITO EM SAÚDE SUPLEMENTAR” tratou de tema de intenso relevo por envolver o direito à saúde, que, nos termos dos artigos 196 a 200 da Constituição Federal, é destinado a todos, além de ser dever do Estado, posto que inserido no princípio da dignidade, fundamento republicano que se encontra no artigo 1º, III, da Carta Política. Entretanto, desses mesmos dispositivos constitucionais se extrai ser livre a iniciativa privada nessa matéria, todavia, em caráter complementar, e que, na prática, é realizada através das operadoras de plano de assistência à saúde.

A definição de operadora de plano de assistência à saúde, por sua vez, se encontra na norma infraconstitucional - Lei 9.656/1998 -, que a tem de modo bastante complexo, entendendo-a como a pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de 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 à 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.

Embora de caráter complementar, trata-se de atividade regulada pelo Estado, que o faz, especialmente, através da **Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS**, instituição criada pela Lei 9.961, de 28 de janeiro

¹ Juiz de Direito na 2ª Turma Recursal Criminal.

de 2000, sob o regime de autarquia especial, vinculada ao Ministério da Saúde e cuja missão é 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, desse modo, para o desenvolvimento das ações de saúde no país.

Entre suas competências, destacam-se: *(i)* a proposição de políticas e diretrizes gerais ao Conselho Nacional de Saúde Suplementar - CONSU para a regulação do setor de saúde suplementar; *(ii)* o estabelecimento de parâmetros e indicadores de qualidade e de cobertura em assistência à saúde para os serviços próprios e de terceiros, oferecidos pelas operadoras; *(iii)* o estabelecimento de normas para ressarcimento ao Sistema Único de Saúde; *(iv)* a normatização dos conceitos de doença e lesão preexistentes; *(v)* a definição, para fins de aplicação da Lei 9.656, de 1998, da segmentação das operadoras e administradoras de planos privados de assistência à saúde, observando as suas peculiaridades; *(vi)* a decisão sobre o estabelecimento de subsegmentações aos tipos de planos definidos nos incisos I a IV do art. 12 da Lei 9.656, de 1998; *(vii)* a autorização de reajustes e revisões das contraprestações pecuniárias dos planos privados de assistência à saúde, de acordo com parâmetros e diretrizes gerais fixados conjuntamente pelos Ministérios da Fazenda e da Saúde; *(viii)* a expedição de normas e padrões para o envio de informações de natureza econômico-financeira pelas operadoras, com vistas à homologação de reajustes e revisões; *(ix)* a fiscalização das atividades das operadoras de planos privados de assistência à saúde e zelo pelo cumprimento das normas atinentes ao seu funcionamento e *(x)* a articulação com os órgãos de defesa do consumidor, visando à eficácia da proteção e defesa do consumidor de serviços privados de assistência à saúde, observado o disposto na Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990.

A Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, por sua vez, através da RDC nº 39 de 2000, classificou as operadoras nas seguintes modalidades: *(i)* administradora: empresas que administram exclusivamente planos de assistência à saúde, financiados pelo contratante e que não possuem risco decorrente da operação desses planos, nem possuem rede própria, credenciada ou referenciada de serviços médico-hospitalares ou

odontológicos; **(ii)** cooperativa médica: sociedade de pessoas sem fins lucrativos, constituídas conforme o disposto na Lei 5.764/1971 (Lei geral do cooperativismo), que operam planos privados de assistência à saúde; **(iii)** cooperativa odontológica: sociedade de pessoas, sem fins lucrativos, constituídas conforme o disposto na Lei 5.764/1971 (Lei geral do cooperativismo), que operam exclusivamente planos odontológicos; **(iv)** autogestão: entidades que operam serviços de assistência à saúde, ou empresas que, por intermédio de seu departamento de recursos humanos, responsabilizam-se pelo plano privado de assistência à saúde de seus empregados ativos, aposentados, pensionistas e ex-empregados e respectivos grupos familiares, ou ainda a participantes e dependentes de associações de pessoas físicas ou jurídicas, fundações, sindicatos, entidades de classes profissionais ou assemelhados; **(v)** filantropia: entidades sem fins lucrativos, que operam planos privados de assistência à saúde e tenham obtido certificado de entidade filantrópica junto ao Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS) e declaração de utilidade pública federal, estadual ou municipal junto aos órgãos competentes; **(vi)** medicina de grupo: empresas ou entidades que operam planos privados de assistência à saúde, excetuando aquelas classificadas nas modalidades anteriores; e **(vii)** odontologia de grupo: empresas ou entidades que operam exclusivamente planos odontológicos, excetuando-se aquelas classificadas nas modalidades anteriores.

Posteriormente, em 2001, a Lei 10.185 exigiu que as seguradoras atuantes no segmento do seguro saúde se transformassem em seguradoras especializadas, equiparando-as às operadoras e subordinando-as a uma nova estrutura de regulação e fiscalização vinculada ao Ministério da Saúde, juntamente com as outras modalidades de operadoras de planos de saúde privados.

Toda essa arquitetura organizacional de prestação de serviço de saúde, controle e fiscalização do mesmo, todavia, não tem conseguido pacificar a relação entre usuários dos planos, administradoras e médicos, aí incluídas as clínicas e hospitais. A esse respeito, basta realizar simples pesquisa no site do Tribunal e se constatará o expressivo número de ações individuais e coletivas em curso no Judiciário envolvendo esse

tema, como se destacará adiante.

A tônica das palestras foi o exame da saúde suplementar com enfoque especial para as operadoras de planos de saúde, que insistiram na questão do mutualismo para justificar uma série de condutas que acabam por tornar mais caro e muitas vezes inacessível esse modelo de oferta de serviços médicos, especialmente para aqueles cuja faixa etária é superior aos 49 (quarenta e nove) anos. A exceção a essa visão ficou por conta do último dia do seminário, quando participaram a representante da Agência Nacional de Saúde, Dr^a Maria Stella Gregori, e a Professora Angélica Lúcia Carlini.

A palestra da Professora Angélica Lúcia Carlini, no entanto, além de clara e elucidativa, colocou a questão em bons termos, quando, logo no início, ao estabelecer o cenário legislativo que trata do tema e que foi, de certo modo, descrito nos primeiros parágrafos deste relatório, incluiu nesse arcabouço não só o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, mas, também, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto do Idoso, a Lei Maria da Penha e outras leis especiais.

A referida professora contextualizou a questão da saúde, não só no projeto político que decorre da Constituição Federal, como, ainda, no projeto econômico iniciado em 1994, com a reforma do Estado - neoliberal, como se passou a denominar. Desse modo, vislumbrou a professora uma contradição que envolve o bem-estar social, de um lado, e o neoliberalismo globalizado, de outro.

Sobre o primeiro, sustentou que o bem-estar social não foi implantado, diante do expressivo número de excluídos dos serviços elementares, dos baixos índices sociais, da injusta distribuição de renda e da violência social em todos os níveis, o que tem levado, via de regra, à judicialização dessas demandas, cujo objeto é a efetivação dos direitos sociais, o que acaba por acomodar necessária e mais eficiente participação política e social dos cidadãos em busca da consolidação dos direitos básicos.

A professora reforçou a ideia de prevalência dos princípios sobre o direito positivo e do papel do Judiciário como guardião das promessas contidas na Constituição Federal, o que se coaduna com trabalho do De-

sembargador e Professor Jessé Torres Pereira Júnior², no sentido de que recusar o exame e o julgamento dessas questões não significaria manter o Judiciário afastado das controvérsias da política e da administração, mas recusar-se a cumprir a missão institucional que lhe destina a Constituição. Isso porque a CR cria obrigações cujo descumprimento gera responsabilidades, e incumbe ao judiciário, provocado pelos interessados, o conhecimento e julgamento dessas ações, definindo a extensão de seus efeitos e consequências na ordem jurídica, a cada caso concreto.

Lembrou o professor que, por ora, ainda é o Judiciário o escoadouro, embora não exclusivo, da grande massa de demandas da população, apontando que, em 2010, esses segmentos estiveram distribuídos no TJRJ, englobadas as quase 100 comarcas do Estado, da seguinte forma: 28% de demandas cíveis (relações obrigacionais entre particulares); 23% de demandas fazendárias.

Realçou que o tema “saúde”, excluídas as ações que pretendem reparação de danos decorrentes de erro médico, desdobra-se em dois daqueles segmentos de ações judiciais: 28% de demandas cíveis e 16% de demandas fazendárias; ou seja, se está a examinar tema inserido no âmbito de 44% dos segmentos de conflitos que ocupam os órgãos judicantes do TJRJ a cada ano; ou seja, tema de grande frequência no dia a dia da Justiça de Estado emblemático como o do Rio de Janeiro (Lopes, 2010).

O professor transformou aqueles percentuais em números absolutos, indicando que, em 2010, ingressaram nos órgãos judiciários 1.218.984 novos processos, num acervo global de cerca de oito milhões de processos em tramitação. Desses 1.218.984 novos processos, 11.872 constituíram demandas fazendárias dirigidas ao Estado e municípios, postulando a prestação de atendimento pelo SUS, ou seja, 0,9% do total dos processos novos distribuídos no exercício e 10.697 veicularam demandas cíveis dirigidas a empresas administradoras de planos de saúde privados, ou seja, 0,8% do total de processos novos distribuídos no exercício.

2 PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *O formato jurídico da Gestão da Saúde Pública: a Opção da Ministério Público nº 520/10 por Modelo Empresarial, sob a Perspectiva Jurisprudencial.*

Demonstrou, ainda, que, no ranking dos temas geradores de conflitos mais assiduamente submetidos ao TJRJ, o da alegada recusa de atendimento à saúde, seja pelo SUS, ou por planos privados de saúde, ocupa a 5ª colocação, atrás apenas dos temas relacionados a litígios entre: (1ª) usuários e concessionárias de serviços públicos; (2ª) clientes e bancos e suas subsidiárias de cartões de crédito; (3ª) beneficiários e empresas de seguros; e (4ª) consumidores e empresas de varejo comercial.

Nesse ponto, seja na análise da jurisprudência ou dos enunciados³ existentes sobre o tema, a resposta do Judiciário tem considerado que a legítima expectativa de equilíbrio e o lucro dessas empresas não podem sobrepor-se às garantias que a Constituição e as leis prometem aos cidadãos. São valores que demandam que as empresas façam adequada previsão dos custos da cobertura que contratam com sua clientela. Frise-se que a jurisprudência dos tribunais, em especial deste Estado, tem levado em conta, na interpretação normativa, o contexto socioeconômico do sujeito de direito destinatário do direito à saúde.

Ademais, ainda que num plano eminentemente positivista, sem considerar qualquer outro contexto senão aquele decorrente da norma infraconstitucional, cumpre frisar que o Código Civil, fonte fundamental na interpretação dos contratos, norteia-se de maneira muito clara e especial pelos princípios da função social e da boa-fé objetiva, de modo que, se estamos diante de contrato de seguro, a despeito da ideia de mutualismo que parece justificar uma visão não social do contrato, não há como interpretá-lo senão entendendo o papel de cada uma das partes envolvidas no contra-

3 São enunciados da jurisprudência predominante do TJRJ, atinentes a demandas dirigidas a empresas operadoras de planos/seguros de saúde:

“22. Enseja dano moral a indevida recusa de internação ou serviços hospitalares, inclusive *home care*, por parte do seguro-saúde somente obtidos mediante decisão judicial”.

“23. Para o deferimento da antecipação da tutela contra seguro-saúde, com vista a autorizar internação, procedimento cirúrgico ou tratamento, permitidos pelo contrato, basta indicação médica, por escrito, de sua necessidade”.

“24. Havendo divergência entre o seguro-saúde contratado e o profissional responsável pelo procedimento cirúrgico, quanto à técnica e ao material a serem empregados, a escolha cabe ao médico incumbido de sua realização”.

to de prestação de serviços de saúde.

Nesse último aspecto foi muito feliz a Professora Angélica Lúcia Carlini, quando realçou que o artigo 421 do Código Civil estabelece que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, o que relativiza o conceito privatista para privilegiar o interesse social, que, segundo a referida professora, de forma lapidar, estabelece um equilíbrio entre as partes, que acaba por substituir o conceito de igualdade.

Na sua palestra, foi trazida lição do Professor Orlando Gomes, anterior à própria edição do Código Civil em vigor, que se mostra atual e deve ser sempre lembrada quando da interpretação da regras contratuais, no sentido de que:

“ao princípio da boa-fé empresta-se ainda um outro significado. Para traduzir o interesse social de segurança das relações jurídicas, diz-se, como está expresso no Código Civil alemão, que as partes devem agir com lealdade e confiança recíprocos. Indo mais adiante, aventa-se a ideia de que entre o credor e o devedor é necessária a colaboração, um ajudando o outro na execução do contrato”.

Conclui-se o relatório com a certeza de que o tema longe está de ser pacificado, especialmente porque impregnado por considerável interesse econômico; contudo, a posição jurisprudencial dominante, além de enfrentar com qualidade o tema, preocupa-se de modo mais veemente com o princípio da dignidade que, como realçado, informa a República, que, em matéria de saúde pública, não pode ser jamais desprezado. ♦

Considerações sobre Saúde Suplementar no Brasil e a incidência da Lei 9.656/98 diante dos princípios do Código de Defesa do Consumidor

Daniella Alvarez Prado ¹

INTRODUÇÃO

A Constituição, como corpo de leis e princípios obrigatórios de valor supremo, serve de paradigma hierárquico de todo o sistema normativo vigente. Ao longo da História, essa visão pôde ser verificada, inclusive, na Grécia Antiga por Aristóteles². Entretanto, a valorização dessa ideia só foi efetivamente percebida no século XVIII, na Europa Ocidental após as Revoluções Americana e Francesa, respectivamente. Nesse sentido, ensina José Alfredo de Oliveira Baracho, citado por Alexandre de Moraes, que, “*até o movimento que produziu, no século XVIII, a Revolução Americana e a Revolução Francesa, o constitucionalismo dos diversos Estados da Europa, era, principalmente, determinado pelos costumes*”³.

Com a necessidade de maior rigidez, as Constituições que vieram após as citadas Revoluções se destacaram pela limitação do poder estatal,

1 Juíza de Direito do 18º Juizado Especial Criminal - Campo Grande.

2 Manoel Gonçalves Ferreira Filho, citado por Alexandre de Moraes, recorda que na obra aristotélica *A política*, resta clara a distinção entre leis constitucionais e leis outras, comuns e ordinárias. MORAES, Alexandre. *Constituição do Brasil Interpretada*. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 74.

3 Idem, 2003, p. 77.

por meio da previsão de direitos e garantias fundamentais.

O movimento do constitucionalismo moderno trouxe a lume as ideias de liberdade e igualdade e a necessidade de se garantir, por meio de um corpo escrito e soberano de normas, os direitos fundamentais, com o escopo de limitar todo o Poder Estatal. Nas palavras de Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

“é a constituição que se propõe a garantir direitos fundamentais contra o Poder e sua natural inclinação para o abuso. Para tanto, estabelece uma organização limitativa do poder, por meio de técnicas como a divisão de poderes e a consagração de direitos e garantias intocáveis. Segue, portanto, o modelo consagrado no art.16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789”⁴.

A Constituição Federal de 1988, mantendo a tradição das constituições anteriores quanto à relevância das garantias fundamentais, prevê, em seu art.1º, como princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana, sendo a vida e, por conseguinte, a saúde, corolários lógicos desse princípio maior.

A saúde - pressuposto de uma vida digna - tem, pois, suas fontes não só como direito social, mas antes, como direito individual (art. 5º) e princípio fundamental (art.1º). Como comenta Alexandre de Moraes, os direitos sociais:

“são direitos fundamentais do homem, que se caracterizam 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, e são consagrados como fundamento do Estado democrático, pelo art.1º, IV da Constituição Federal”.

A Constituição Federal consagra o Sistema Único de Saúde (SUS) como responsável pelas ações e serviços públicos de saúde (art. 198), mas

⁴ Idem, 2003, p. 78.

possibilita a assistência à iniciativa privada (art. 199). Assim, o sistema de saúde vigente é híbrido, com a interação entre o serviço público e o privado. Nesse sentido, o usuário do sistema público se utiliza do SUS que é fiscalizado pelo Ministério da Saúde. Já quem se utiliza do sistema privado não é usuário; mas, consumidor, e esse serviço é prestado diretamente, ou pela intermediação dos planos de saúde, e constitui, pois, o Sistema de Saúde Suplementar.

REGULAMENTAÇÃO NORMATIVA E FUNCIONAMENTO DA SAÚDE SUPLEMENTAR NO BRASIL

A saúde suplementar é de livre iniciativa e possui, diante das normas constitucionais, caráter complementar, sendo fiscalizada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar. A ANS, criada pela Lei 9.961/00, possui natureza jurídica de uma Autarquia com regime especial e é vinculada ao Ministério da Saúde. A lei que a instituiu deu autonomia à entidade, que age como “órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde” (art. 1º).

A consequência dessa independência é a autonomia administrativa e financeira. Nesse sentido, a ANS pode propor diretrizes para regular o setor de saúde suplementar por meio de atos normativos.

Revela-se importante ainda ressaltar que o art. 3º da citada lei conferiu a finalidade institucional da ANS de “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”.

Nesse sentido e observando-se o rol de atribuições da entidade (art.4º), conclui-se não ser papel da agência reguladora a defesa dos interesses dos consumidores, mas servir como instrumento de equilíbrio, com atuação imparcial, entre as operadoras e os destinatários finais, coibindo naturalmente o abuso de direito.

A INCIDÊNCIA DAS NORMAS E PRINCÍPIOS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NAS RELAÇÕES ADVINDAS DA PRESTAÇÃO DE SAÚDE SUPLEMENTAR

O Código Civil, em seu art. 757, dispõe que “*pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou coisa, contra riscos predeterminados*”. Cavalieri esclarece que, “*numa linguagem figurada, é possível dizer que seguro é uma espécie de rede jurídico-econômica que nos protege dos riscos a que estamos expostos*”. E prossegue o citado mestre: “*através do seguro, consegue-se socializar o dano, repartindo entre todos (ou muitos), de sorte a torná-lo suportável, por maior que ele seja*”⁵.

Como espécie de contrato de seguro, o seguro de saúde tem como característica principal, nas palavras do professor Sergio Cavalieri, “*o fato de ser operado por companhia de seguro mediante regime de livre escolha de médico e hospitais e reembolso das despesas médico-hospitalares nos limites da apólice*”⁶.

Além dessa característica, é importante destacar o princípio da boa-fé, que possui expressiva aplicação nessa espécie de seguro. Como leciona o professor Cavalieri “*a boa-fé é um dos elementos essenciais do seguro, se é a sua própria alma, sem a qual não existirá, então nenhum contrato prestigia mais o princípio da boa-fé que o de seguro*”⁷. Prossegue o douto jurista, ao lembrar que a boa-fé referida é a de natureza objetiva e que esta “*é o comportamento ético, padrão de comportamento, tomado como paradigma o homem honrado. Indica conduta real e respeitosa que deve pautar as relações de consumo, fonte de deveres anexos ao contrato, além daqueles expressamente pactuados*”⁸.

Por fim, a mutualidade é também elemento essencial a esses contra-

5 CAVALIERI, Sergio. 2003. Atlas. *Programa de Direito do Consumidor*, p. 195.

6 Idem, p. 201.

7 Idem, 2003, p. 204.

8 Idem, p. 204.

tos, sendo econômica sua base. Assim, determinado número de pessoas, expostas a risco comum, formam um fundo financeiro, que deve ser capaz de cobrir prejuízos que alguns possam vir a sofrer.

É importante esclarecer, como premissa maior, a relação de natureza consumerista que se estabelece entre o usuário e o prestador de saúde complementar. Com efeito, considerando-se que as normas de consumo, pela primeira vez na história de nosso país, foram elencadas à categoria constitucional. O art. 5º, XXXII, da Carta Maior confere ao Estado a possibilidade de ingerência nas relações particulares, como forma de promover a defesa do consumidor. Nesse caminhar, com o advento da Lei 8.078/90, regulamentou-se o preceito constitucional, e hoje, qualquer interpretação deve obrigatoriamente partir da hermenêutica diferenciada do CDC.

Nesse sentido, a Lei 9.656/98, que regulamenta os contratos de saúde, apesar de ser norma de hierarquia ordinária, tanto quanto o CDC, a ele se submete, em razão da raiz constitucional deste último.

Claudia Lima Marques ressalta a relevância constitucional do Código, quando assevera que *“O direito privado sofre hoje uma influência direta da Constituição, da nova ordem pública por ela imposta, e muitas relações particulares, antes deixadas ao arbítrio da vontade das partes, obtêm uma relevância jurídica nova e um conseqüente controle estatal”*.⁹

Destarte, um aparente conflito pode e deve ser resolvido aplicando-se o princípio do diálogo das fontes. Tal expressão foi criada por Erik Jayme e significa a aplicação simultânea e coerente das diversas fontes legislativas (leis especiais, e gerais com campos diferentes e convergentes de atuação e incidência). Claudia Lima Marques nos diz que: *“há diálogo, porque há influências recíprocas, diálogo porque há aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção pela fonte prevalente ou mesmo permitindo uma opção por uma das leis em conflito abstrato*. Prossegue a citada professora ao comentar sobre Jayme:

9 MARQUES, Claudia Lima. *Comentários ao CDC*. RT. 3ª Ed., 2010, p. 67.

“...o grande mestre de Heidelberg propõe então a coordenação destas fontes. Uma coordenação flexível e útil das normas em conflito no sistema a fim de restabelecer a sua coerência, isto é, uma mudança de paradigma: da retirada simples (revogação) de uma das normas em conflito do sistema jurídico (ou do monólogo de uma só norma passível de comunicar a solução justa), à convivência destas normas, ao diálogo das normas para alcançar a sua ratio, à finalidade “narrada” ou “comunicada” em ambas”¹⁰.

Destarte, tendo em vista a superioridade hierárquica das normas consumeristas e a necessária relação desta natureza que se estabelece entre o usuário dos planos de saúde e os prestadores (seguradoras), questões problematizadas serão resolvidas partindo do paradigma do CDC, sem, no entanto esquecer a Lei 9.656/98, que regula as atividades dos planos de saúde.

CONCLUSÃO

Após a segunda metade do século XX, principalmente no pós-guerra, percebeu-se um fenômeno comum aos países ocidentais quanto à promulgação de Cartas Fundamentais, com destaques à incidência de normas com a finalidade de limitação do Poder Estatal.

A Constituição do Brasil de 1988 não fugiu à regra geral e traçou diversas diretrizes e normas de caráter programático como, por exemplo, o direito fundamental à saúde. Considerando que a saúde é prestada pela iniciativa privada de forma suplementar, cabe ao Estado, em todas as suas esferas, a concretização desse preceito fundamental. Nesse sentido, ao Legislativo impõe-se a elaboração de leis que garantam acesso igualitário ao sistema único e um equilíbrio nas relações de atinentes ao sistema complementar. Ao executivo, através da ANS, impõe-se a fiscalização e, por fim, ao Judiciário cabe, quando provocado, a resolução dos conflitos, com observância do princípio maior da dignidade da pessoa humana e relevância constitucional da Lei 8.078/90.♦

¹⁰ Idem, 2010, p. 69.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luis Roberto: **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos sociais em Espécie**: coordenado por Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto. Lumen Juris. 2010.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. Atlas. 2008.

MARQUES, Claudia Lima. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. RT. 2010.

MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil Interpretada**. Atlas. 2003.

Considerações sobre Saúde Suplementar

Eduarda Monteiro de Castro Souza Campos¹

A Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro promoveu o “**Curso de Direito em Saúde Suplementar**”, cujos palestrantes foram vários especialistas na área do Direito. Entre outros assuntos, debateu-se a temática sobre “Contratos de Planos de Saúde: princípios básicos da atividade”, sob liderança do Dr. Luiz Augusto Carneiro - Superintendente Executivo do IESS. Estiveram presentes também o Des. Maury Ângelo Bottesini – Desembargador do Tribunal de Justiça de S.P., o Dr. Dennys Zimmerman - Advogado, Mestre em Direito Civil/UERJ e o Procurador do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. Como presidente de mesa, a Desembargadora Gilda Maria Dias Carrapatoso – TJ/RJ.

O Dr. Luiz Augusto Carneiro, um dos poucos especialistas em Cálculo Atuarial, esclareceu que o plano de saúde no Brasil funciona em regime de mutualismo; ou seja, os riscos são partilhados, entendendo-se como risco o evento aleatório.

Seguros são definidos como estruturas financeiras, criadas com o objetivo de indenizar os segurados e seus beneficiários, no caso de ocorrência de determinados eventos imprevisíveis que tenham impacto negativo em relação a seus interesses. Para tanto, formaliza-se de um contrato de seguro entre segurado e seguradora, no qual são estabelecidos os riscos cobertos pelo seguro, os limites de cada cobertura, o prêmio a ser pago por cobertura e o prazo de vigência da contratação.

Existem várias definições e usos para o termo risco. Frank H. Knight, em sua dissertação *Risk, Uncertainty and Profit* [Knight, 1921], definiu risco como a exposição a eventos incertos com probabilidades conhecidas. No di-

¹ Juíza de Direito da 4ª Turma do Juizado Especial Cível.

cionário Houaiss [Houaiss, 2001], o termo é definido como: “probabilidade de perigo”. Por seu turno, o dicionário Webster’s [Websters 1993] elucida que: “risco é a probabilidade de perda, injúria, desvantagem ou destruição”.

Este evento aleatório é identificável e sua probabilidade pode ser medida. É diverso da incerteza, que indica evento aleatório, sendo desconhecida a distribuição da probabilidade. A incerteza é uma medida para a nossa ignorância em relação ao evento aleatório.

Segundo o palestrante, o risco depende do tempo, como se pode depreender do exemplo do número de internações por faixa etária, ou por sexo, cuja previsibilidade torna-se mais difícil quando alongamos a análise no tempo. Várias causas alteram esses dados, como por exemplo, avanços da medicina e o aumento da longevidade. Nos planos previdenciários, o cálculo leva em conta o aumento da expectativa de vida.

No Brasil, a saúde suplementar se divide em planos de saúde e seguro-saúde, o que não ocorre em outros países, como a Austrália, em que não há tal distinção.

Prêmio constitui contraprestação pecuniária, ao passo que sinistro se configura quando ocorre o evento danoso; ou seja, quando o risco efetivamente se materializa, denomina-se sinistro.

Quanto à precificação, o palestrante mencionou que os Planos de saúde seguem, em seus aspectos técnicos, atuariais e financeiros, os mesmos princípios que os demais tipos de seguros.

As operadoras de planos de saúde estão submetidas à regulação e fiscalização pelo Poder Público, que tem por objetivos, dentre outros, garantir a solvência das operadoras (capacidade de honrar a qualquer tempo os compromissos perante os consumidores).

As mensalidades e prêmios adequados ao risco que o segurado representa são essenciais para a solvência da operadora de plano de saúde. Como a categorização dos indivíduos em grupos de risco homogêneos é essencial para a correta precificação dos seguros e é justa para o consumidor, todos os indivíduos situados naquela categoria pagarão prêmios iguais, que corresponderão adequadamente aos riscos que cada um gera ao grupo segurado.

Segundo o palestrante, o único fator permitido pela legislação brasileira para a categorização dos consumidores de planos de saúde é a idade. É o que se denomina *community rating* modificado, pois são vedados outros fatores de diferenciação que influenciam o risco (p.ex. gênero, local de residência, hábitos de vida, ocupação profissional).

Os custos de assistência à saúde aumentam conforme avança a idade dos beneficiários do plano de saúde. Dados empíricos (inclusive do Brasil) mostram que o custo de assistência à saúde de idosos é sete vezes, ou mais, em comparação com o custo cobrado de pessoas da primeira faixa etária.

A legislação brasileira vigente estabelece faixas etárias para a variação dos preços dos planos e limita o valor cobrado na última faixa (acima de 59 anos) a 6 vezes o valor da primeira faixa (até 17 anos). Contratos celebrados até 31.12.2003 seguem faixas etárias diferentes e contratos celebrados até 31.12.1998 (anteriores à Lei nº 9.656/98) seguem as faixas e percentuais de variação previstos nos respectivos instrumentos. Para indivíduos acima de 59 anos de idade, há o chamado *community rating* puro - todos os indivíduos segurados pagam o mesmo prêmio, independentemente do risco que eles geram ao plano de saúde.

Essas limitações criam um mecanismo de subsídio cruzado entre os consumidores: os de menor risco (jovens) pagam mensalidades proporcionalmente mais elevadas que os de maior risco (idosos). Isso gera seleção adversa: indivíduos de baixo risco (jovens) tenderão a não contratar o plano ou a deixá-lo, enquanto indivíduos de alto risco (idosos) terão incentivos a contratá-lo. Isso altera o perfil de risco do grupo segurado, aumentando o custo do plano e, assim, afastando ainda mais os consumidores de menor risco da contratação. No extremo, esse mecanismo pode levar à extinção do mercado.

A experiência de oito estados dos EUA demonstra esse efeito. Evidências empíricas confirmam que a imposição de *community rating* aumenta o preço dos produtos, reduz a oferta de seguros e reduz o universo de segurados.

Para o seguro funcionar, cumpre estabelecer a reunião em grupos homogêneos em relação ao risco. O palestrante citou como exemplo de

classe de risco, o sexo do segurado, sua idade. Conforme exposto, no Brasil, os grupos homogêneos são divididos pela idade.

Como a ocorrência dos riscos é aleatória e homogênea dentro de um determinado grupo, não se sabe de antemão qual dos indivíduos será afetado pelo risco: todos têm a mesma probabilidade. O que é certo é que só alguns o serão e receberão a indenização cujo valor é substancialmente maior que o valor do prêmio pago. Os demais membros do grupo segurado, para os quais o risco não se materializou, terão feito o pagamento do prêmio para usufruir da segurança e não receberão valor algum ao final da vigência da cobertura.

Conforme se deduz dos conceitos apresentados, planos e seguros de saúde seguem os mesmos princípios dos demais seguros no que se refere aos aspectos técnicos, econômico-financeiros e atuariais.

A essência dos planos de saúde é a proteção dos riscos associados a doenças e acidentes pessoais que afetem a saúde do consumidor, que, como sublinhado, são eventos de natureza aleatória, imprevisíveis e indesejados pelo consumidor.

Tem-se, assim, a caracterização do risco protegido: a doença ou o acidente pessoal. Trata-se de eventos incertos em sua grande maioria; ou certos, porém de data e magnitude incertas, e cuja ocorrência independe da vontade das partes. Ninguém gosta de ficar doente, ninguém tem em seus planos tornar-se portador de uma doença crônica ou acidentarse propositadamente. É fácil notar que a ocorrência dos sinistros é aleatória e imprevista.

Segundo o palestrante, face à estrutura adotada atualmente no Brasil, há riscos compreendidos nos planos de saúde que não têm o caráter de aleatoriedade. Consultas médicas são programadas e voluntariamente realizadas pelos consumidores, como no caso de ginecologia, pediatria, oftalmologia e outras; exames são realizados rotineiramente como parte de check-ups preventivos. Há, certamente, alguns sinistros de ocorrência certa; porém, ainda assim, o elemento aleatório prevalece, 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), ou pela incerteza quanto aos desdobramentos futuros de cada procedimento de saúde (uma simples consulta de rotina pode identificar a existência de doença grave).

Outra característica é que o segurado não pode intencionalmente impactar a probabilidade de ocorrência do sinistro. No caso de planos de saúde, somos levados a supor que esse requisito é satisfeito, pois a natureza humana é inerentemente voltada à conservação da vida e da saúde. Todos buscam vida longa e saudável. Ainda que alguns indivíduos adotem hábitos de vida considerados não saudáveis, como o fumo, álcool, drogas, obesidade e sedentarismo, isso não invalida a afirmativa de que, como regra geral, os segurados não agravam propositadamente os riscos segurados.

Antes citamos importante característica dos riscos segurados, que é a homogeneidade dentre o grupo segurado, de forma que cada qual, supostamente, tem a mesma probabilidade de incorrer no risco que os demais. No âmbito dos planos de saúde no Brasil, a única segregação possível dos indivíduos em grupos é com base na idade do consumidor.

Conforme será apresentado adiante, criaram-se categorias – faixas etárias - em que o valor dos prêmios cobrados deve ser uniforme, sob o pressuposto de que, dentro de cada faixa, a probabilidade de cada indivíduo ser afetado pelo risco é igual à dos demais, justificando assim o pagamento do mesmo valor pelos segurados da respectiva faixa.

Ainda que a idade seja indicador bastante relevante da probabilidade de ocorrência no risco, não é o único. Sexo, local de residência, atividade profissional, condição de saúde e a existência de determinadas doenças são outros fatores que, teoricamente, poderiam ser empregados para compor grupos homogêneos de segurados, os quais teriam a mesma chance de incorrer no risco e, portanto, pagariam o mesmo preço pela cobertura do seguro. A legislação e regulamentação atualmente vigentes no Brasil não permitem a organização de grupos diferenciados com base nesses fatores.

Para os indivíduos, é financeiramente mais vantajoso contratar um seguro do que constituir individualmente reserva monetária para ser usada no caso da ocorrência de dano financeiro imprevisto. Por exemplo, na hi-

pótese de inexistência de seguros de automóveis, as pessoas que pretendessem se proteger do risco financeiro do possível roubo de seus automóveis teriam que, elas mesmas, compor reserva monetária equivalente ao valor desse bem, o que, na maioria das vezes, não só é inviável, como irracional do ponto de vista econômico, pois os recursos alocados a essa reserva poderiam ser melhor utilizados pelo indivíduo em outras finalidades.

Já do ponto de vista da seguradora, com base na teoria estatística denominada “Lei dos Grandes Números”, o mútuo de um grande número de riscos homogêneos faz com que o valor médio dos sinistros a ser pago tenda a seu valor médio teórico. Quanto maior o número de segurados, maior a probabilidade de acerto nesse cálculo; ou seja, o mútuo de riscos é uma estrutura financeira viável. Assim, quanto menos segurados, mais difícil é o lucro da seguradora.

Há várias condições para um risco segurável:

1. evento segurado (evento coberto) deve ser acidental e inesperado (aleatório);
2. deve estar definida a indenização advinda da ocorrência do evento segurado;
3. o seguro não pode ter o poder de contratar a ocorrência do evento segurado;
4. deve haver grande número de segurados expostos ao risco segurado;
5. o evento segurado não deve ocorrer com todos os segurados simultaneamente;
6. o valor da indenização deve ser calculável e o
7. custo do seguro para o segurado deve ser viável.

Para fazer a precificação do seguro, a primeira etapa é analisar se o risco é admitido como segurável. Na segunda etapa, o risco segurável é precificado de acordo com o perfil do consumidor, como o seguro de vida em grupo. Conforme o palestrante, no Brasil, todas as pessoas devem ser aceitas no plano de saúde, mesmo com a presença de doenças pré-existentes. A

precificação leva em conta o período de exposição; tempo de carência não é computado como período de exposição. O cálculo atuarial é feito com base no período de cobertura; ou seja, descontado o prazo de carência.

Como ressaltado, a organização do mercado de seguros pressupõe que se possam segregar os consumidores em grupos de riscos semelhantes, de forma que todos os indivíduos do mesmo grupo tenham a mesma probabilidade de incorrer no risco segurado e, portanto, paguem prêmios do mesmo valor.

Outro ponto a mencionar é que o envelhecimento é processo natural, que faz com que, a partir de certa idade (ao redor dos trinta anos), a saúde comece lentamente a se deteriorar, processo que se agrava significativamente a partir dos sessenta anos de idade. Há certamente variações entre indivíduos, que podem ser explicadas por fatores diversos, como hábitos de vida, predisposição genética, etc., mas o efeito do envelhecimento sobre as condições gerais de saúde é universal.

Quanto mais idosa a pessoa, maiores tendem a ser os riscos relacionados à sua saúde. Isso implica que os custos de assistência à saúde aumentem conforme aumenta a idade dos beneficiários.

Por fim, o palestrante chamou a atenção para os grandes desafios à sustentabilidade econômico-financeira do setor de seguro-saúde:

1. variação do custo da saúde acima da inflação;
2. consolidação do mercado de operadoras;
3. envelhecimento populacional.

Dessa forma, verificamos que são grandes os desafios sobre o tema, levando em consideração, conforme relatado pelo palestrante que, quando se fica mais idoso, precisa-se mais do seguro-saúde, quando o valor da mensalidade aumenta, mas não há aumento da renda; muito pelo contrário, há sua redução. ♦

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

HOUAISS - **Dicionário da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Editora Objetiva: 2001.

KNIGHT, F. H. Risk, **Uncertainty and Profit**. Houghton Mifflin, Boston: 1921, p. 22-24.

WEBSTER'S THIRD NEW INTERNATIONAL DICTIONARY. Merriam-Webster, Incorporated. Konemann: 1993.

Considerações sobre Saúde Suplementar

Eduardo de Azevedo Paiva ¹

Versa o presente relatório sobre temas discutidos no Curso “Direito em Saúde Suplementar” promovido pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro nos dias 15, 22 e 29 de julho e 05 de agosto do corrente, sob a coordenação da Desembargadora Leila Mariano.

CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE. PRINCÍPIOS BÁSICOS DA ATIVIDADE

A saúde é direito de todos e dever do Estado, compondo o rol dos direitos sociais básicos insculpidos no art 6º da CRFB/88, conforme bem ressaltado pelo Ilustre palestrante Dr. Maury Ângelo Bottesini.

Reza o art. 199 do mesmo diploma que sua prestação é livre à iniciativa privada. Dessa forma, podemos visualizar no Brasil a coexistência de dois segmentos de assistência à saúde: o público e o privado. A prestação do serviço público de assistência à saúde é realizado através do SUS (Sistema Único de Saúde), de responsabilidade das três esferas federativas (União, Estados-membros e municípios), tendo como principal fonte de custeio a receita proveniente do pagamento de impostos.

Resta indiscutível que o Poder Público, ao exercer seu dever constitucional, fraqueja e o faz de maneira ineficiente e precária, com visível baixa de qualidade, o que impulsiona grande parcela da população a se socorrer da medicina privada, aderindo a contratos como os de seguro ou

¹ Juiz de Direito de Vara da Infância, Juventudo e Idoso - Niterói-RJ.

plano de saúde, gerenciados por sociedades empresárias, cooperativas ou associações que fornecem o que intitulamos “Saúde Suplementar”, foco das presentes considerações.

Segundo as preciosas lições do ilustre economista Luiz Augusto Carneiro, a contratação de seguros ou planos de saúde é realizada com base no mutualismo; ou seja, na socialização dos riscos. Isto significa que a soma das contribuições que, em regra, se realizam através do pagamento de prêmios mensais, reverterá para a cobertura dos sinistros preestabelecidos contratualmente. Tal fenômeno retrata repartição de risco, pois o contratante que contribuiu e não foi submetido ao evento indenizável estará financiando o risco de outro contratante. Seria como um vínculo entre as pessoas que repartem entre si o preço da proteção à vida, diante da impossibilidade de se prever os custos individuais dos infortúnios a que cada um estará sujeito.

Insta salientar que o valor do prêmio, contraprestação paga em dinheiro pelo contratante, é preestabelecido com base em rígidos critérios utilizados pela ciência atuária², que, através de minuciosos cálculos, realiza previsões acerca da quantidade de ocorrência dos eventos a serem “cobertos” ou “indenizados”, de tal forma que a receita total oriunda do somatório dos prêmios seja suficiente para que a entidade arque com todas as indenizações dos segurados, com as suas despesas administrativas e ainda aprofite lucro.

Assim é que, na consideração de alguns juristas, e entre eles Denny Zimmerman, o contrato de seguro se reveste da característica da comutatividade e não da aleatoriedade, pois a atuária possibilita a previsão, com baixa margem de erro, das despesas a serem realizadas com sinistros ou eventos indenizáveis que acontecerão dentro de certo lapso temporal.

² Atuária – Parte da estatística ligada a problemas relacionados com a teoria e o cálculo de seguros – *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa* – Ed Objetiva. 1ª Ed. RJ/2001.

ENVELHECIMENTO E REAJUSTE POR FAIXA ETÁRIA: IMPACTO DA LEI 9.656/98 E DO ESTATUTO DO IDOSO

À medida que o homem envelhece, seus gastos com a saúde tendem a aumentar. Este fenômeno é observável em todos os países. Assim sendo, a Lei 9.656/98, em seu artigo 15, facultou às operadoras de planos e seguros de saúde o reajuste das contraprestações pecuniárias utilizando-se do critério “faixa etária”.

Em consonância com a orientação acima, foi editada a Resolução Normativa nº 06/98, do Conselho Nacional de Saúde Suplementar – CONSU, prevendo sete faixas de intervalos de idade, que autorizavam a majoração na precificação, valendo lembrar que o último reajuste permitido seria efetuado aos setenta anos do contratante.

Entretanto, com o advento do Estatuto do Idoso, Lei 10.741/2003, portanto, cinco anos após, houve uma mudança no panorama geral, eis que a mencionada lei, que trouxe grandes avanços na proteção aos maiores de sessenta anos, estabeleceu em seu art. 15, § 3º, a vedação de discriminação do idoso nos planos de saúde, pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade.

Objetivando conferir a adequada regulamentação ao novel mandamento de caráter cogente trazido pelo Estatuto do Idoso, sobreveio a Resolução Normativa nº 63/2003, editada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, fixando nova tabela para o reajuste das contraprestações por faixa etária, prevendo que o último reajuste dar-se-ia aos cinquenta e nove anos de idade (e não mais aos setenta). Vale ressaltar que a indigitada resolução trouxe ainda como previsão a obrigação de que o valor da última faixa (59 anos ou mais) não extrapolasse o total de seis vezes o da primeira (0 a 18 anos); ou seja, a nova regra limitativa impedia que as operadoras exorbitassem no último reajuste permitido, o que fatalmente aconteceria.

Foi assim que, procurando readaptação de ordem financeira, as operadoras de planos e seguros de saúde repassaram maior reajuste para os usuários mais jovens, o que fez surgir outro problema, qual seja, o aumento no número de debandada dos contratantes das faixas etárias intermediárias.

Insta ressaltar que, ao surgirem as regras específicas de proteção ao idoso, o que se deu com a edição do Estatuto próprio (Lei 10.741/2003), importantes questionamentos de direito intertemporal vieram à tona no mundo jurídico. As novas regras de proibição de reajuste após os 60 anos de idade abarcariam os planos contratados antes da vigência da lei? Abarcariam os usuários de idades superiores a sessenta anos à época da vigência da lei ?

Após intensas discussões, o entendimento majoritário firmou-se no sentido de que o Estatuto do Idoso aplicar-se-ia aos contratos antigos; ou seja, mesmo àqueles firmados anteriormente a sua vigência, aplicam-se também aos contratantes que já tivessem atingido os sessenta anos antes de sua vigência. Os argumentos que preponderaram eram os de que, sendo os contratos de trato sucessivo, a nova lei deveria incidir obrigatoriamente e, ademais, as novas normas, por serem de ordem pública e de caráter cogente, exigiam inafastável aplicação imediata em prol da dignidade da pessoa humana.

ANS – PAPEL INSTITUCIONAL E COMPETÊNCIA

A partir do momento em que o Estado transfere e autoriza aos particulares a prestação de serviços de extrema relevância, como é o caso dos serviços relacionados à saúde, surge a necessidade de assunção do controle destas atividades por parte da Administração Pública, com vistas à eficiência do mercado.

É nesse contexto que surgem as agências reguladoras, e, entre elas, a ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar. A ANS, autarquia especial criada por intermédio da Lei 9.961/2000, goza de autonomia administrativa e financeira e tem como atribuições precípuas a regulação, a normatização, o controle e a fiscalização dos serviços oferecidos pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde.

Cumprido ressaltar que, valendo-se do Poder de Polícia que lhe é atribuído legalmente, possui a agência a prerrogativa de aplicar sanções às operadoras em caso de descumprimento de suas normas. Estas sanções vão

desde a aplicação de multas até a suspensão do exercício da atividade ou liquidação do ente privado.

No desempenho de suas funções, exerce a ANS importante papel no que tange ao controle de preços, de investimentos, de qualidade de serviços, na especificação de técnicas e na padronização de produtos. Entretanto, ao regular a atividade de saúde suplementar não lhe é permitido exorbitar os limites da lei e da Constituição, que lhe são superiores, não podendo inovar na ordem jurídica, cabendo ao Poder Judiciário, quando provocado, o controle da legalidade e constitucionalidade de seus atos.

DIREITO CONTRATUAL E DIREITO DO CONSUMIDOR NA SAÚDE SUPLEMENTAR

Dúvidas não mais persistem quanto a estarem os contratos de planos de saúde inseridos na categoria de contratos de consumo. Este é inclusive o teor do verbete sumular nº 469 do STJ.

Segundo as preciosas lições das Dras. Maria Stella Gregori e Angélica Carlini, na relação jurídica que envolve contratação de planos de saúde podem ser visualizados com nitidez os três elementos essenciais para a caracterização da relação de consumo, quais sejam, o consumidor (que utiliza os serviços como destinatário final), o fornecedor (que desenvolve a atividade da prestação do serviço) e o objeto do contrato (serviço fornecido no mercado de consumo mediante remuneração).

Partindo dessa premissa, pode-se afirmar que incidem sobre as citadas relações as regras do Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90.

Vale ressaltar que o Código em referência é um diploma principiológico, que possui raízes constitucionais (art. 5º, inc XXXII da CRFB/88), tendo por escopo a promoção da defesa do consumidor.

Dentre as normas protetivas que vieram à tona com a elaboração do Diploma Consumerista, algumas se sobressaem, dentre elas, as que proíbem cláusulas abusivas (art. 51), a que determina a interpretação mais favorável ao consumidor (art. 47), a proibição de utilização de meios vexatórios para a cobrança de débitos (art. 42), a obrigação de conter o con-

trato de adesão caracteres ostensivos e termos claros de modo a facilitar a compreensão pelo aderente (art. 54, § 3º) e o reconhecimento da vulnerabilidade do contratante do serviço (art. 4º, I).

Muito embora a lei tenha por finalidade a proteção do consumidor, parte vulnerável da relação, não tem o escopo de tratar especificamente de nenhum contrato consumerista. Limitou-se a estabelecer princípios gerais e novos paradigmas que abarcam todas as avenças. E, por conter um espectro muito amplo, revelou-se insuficiente para a eficiente regulamentação do setor de Saúde Suplementar.

Após a constatação da necessidade de uma lei específica que regulamentasse minuciosamente as relações que envolviam a contratação de planos ou seguros de saúde, surgiu a Lei 9.656, de 03 de junho de 1998, na tentativa de pormenorizar a matéria e suprir as lacunas até então existentes.

Nesse contexto, as normas do Código de Defesa do Consumidor passaram a ser utilizadas de maneira subsidiária aos contratos específicos que envolviam saúde suplementar. Foi o que estabeleceu o art 35-G do novel diploma.

Dentre as principais conquistas advindas da Lei 9.656/98 estão: a obrigação de cobertura de todas as doenças previstas na Classificação estatística Internacional da OMS; a proibição de limitação a consultas, exames, internação hospitalar, inclusive em leitos de alta tecnologia; a delimitação do prazo máximo de carência para 180 dias, sendo de 24 horas para os casos de urgência e emergência; estipulação de critérios de reajuste e revisão das contraprestações pecuniárias; vedação às operadoras da possibilidade de suspensão do contrato e a rescisão unilateral dos contratos individuais, salvo por fraude do consumidor ou por inadimplência por período superior a 60 dias; a proibição de recusa de contratação em função da idade do consumidor ou de seu estado de saúde; garantia ao consumidor de planos coletivos com vínculo empregatício do direito de permanecer no plano em caso de demissão ou exoneração sem justa causa ou de aposentadoria, conquanto que assuma o pagamento integral da mensalidade; e a obrigação de manter a operadora a rede hospitalar credenciada, ao longo da vigência do contrato, somente podendo substituir o prestador hospitalar por outro

equivalente e devendo comunicar ao consumidor e à ANS.

A regulamentação do setor foi de extrema relevância social, uma vez que, com o crescimento desordenado das contratações, surgiu a necessidade de conter os abusos que, não raro, aconteciam em detrimento do consumidor e em prol do lucro capitalista, fato que reclamava maior controle por parte do Poder Público, e foi conquistado em parte com a edição das referidas leis e com a criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar.

Foram estes os pontos que, em apertada síntese, reputei relevantes para destacar neste relatório de conclusão de participação no segundo Curso de Direito em Saúde Suplementar.

Finalizando, parabenizo a EMERJ pela realização do evento, bem como pela escolha dos palestrantes. ♦

A Saúde Suplementar e sua Interação com o Direito

Elisa Pino da Luz Paes ¹

Cuida-se de trabalho de encerramento do Curso de Aperfeiçoamento credenciado pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM -, “Direito em Saúde Suplementar”, realizado na Escola da Magistratura do Rio de Janeiro – EMERJ entre os dias 15 de julho de 2011 a 5 de agosto do mesmo ano.

Durante as palestras, os expoentes, com formações de naturezas diversas, analisaram as principais características do sistema de saúde suplementar vigente no país e a interação com o Direito e com o Poder Judiciário: princípios básicos e aspectos mais importantes dos contratos de Planos de Saúde; reajustes das contraprestações em decorrência da mudança de faixa etária; papel institucional da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS); contratos e Direito do Consumidor.

Foram tecidos comentários sobre o sistema público de saúde e o sistema privado, durante os quais foram trazidos a lume diversos aspectos que integram o subconsciente dos agentes de Direito, mas que, por vezes, precisam ser verbalizados para que sejam efetivamente considerados, quando da abordagem jurídica das demandas envolvendo pessoas naturais e pretensões resistidas, de modo que sejam prolatadas decisões coerentes com a complexidade do tema.

O Curso teve como pedra de toque o conceito de saúde e a sua interação com o Direito, sob o pressuposto de que o conceito de saúde é oriundo da ciência médica, mas possui várias acepções e não encerra concepção imutável: ao revés, evoluiu ao longo do tempo.

Diversos conceitos já foram apresentados para definir saúde. Inicial-

¹Juíza de Direito do Juizado Especial Cível - Barra do Pirai.

mente, saúde era definida como conceito naturalístico, que significava, tão somente, ausência de doença². Posteriormente, Leon Kass definiu saúde como o bom funcionamento do organismo como um todo, de acordo com suas excelências específicas³. Não satisfeito com os conceitos já apresentados, em 2001, Lennart Nordenfelt propôs saúde como um estado físico e mental, em que é possível alcançar todas as metas vitais, dadas as circunstâncias⁴. Já a Organização Mundial da Saúde entende por saúde o estado dinâmico de completo bem estar físico, mental, espiritual e social, e não, simplesmente, ausência de doença ou enfermidade⁵.

Dada a complexidade do tema, é forçoso concluir que a saúde é multidisciplinar, sendo direta e imediatamente afetada por determinantes gerais: biologia humana, estilo de vida, ambiente e assistência médica.

Esse último determinante foi amplamente debatido no Curso em comento, em que se propôs a discutir aspectos jurídicos dos chamados planos e seguros de saúde.

De um lado, é certo que a Constituição da República instituiu o Estado de Bem-Estar Social, positivando várias normas para que o Estado interceda diretamente na vida dos cidadãos, de modo a melhorá-la em vários aspectos, promovendo a dignidade da pessoa humana como uma de suas finalidades.

De outro ângulo, experimentamos diariamente a realidade de nação em desenvolvimento, em que os direitos sociais positivados no texto fundamental ainda não “saíram do papel”, não foram implementados nem minimamente próximos do conceito ideal: os índices sociais do Brasil são precários, existem mais excluídos do que o aceitável, há injusta distribuição de renda, a corrupção e a ineficiência assolam as mais variadas escalas

2 Christopher Boorse, in <http://pt.wikipedia.org/wiki/Sa%C3%BAde>, consultado em 12 de agosto de 2011.

3 *Ibidem*.

4 *Ibidem*.

5 http://www.almamix.pt/index.php?option=com_content&view=article&id=118:oms-saude-2010&catid=21:saude&Itemid=97, consultado em 12 de agosto de 2011.

públicas, a violência social se faz presente em todos os extratos sociais, inexistente formação do cidadão.

Por consequência, a efetivação dos direitos sociais – como a saúde – se judicializa, ao invés de se converterem em políticas públicas. E isso tudo ocorre mesmo tendo a Constituição definido a promoção da saúde como dever de todos os entes federativos.

Não raro, as normas são interpretadas como programáticas, servindo de baliza e inspiração para as decisões políticas a serem tomadas pelos poderes do Estado, nem sempre com o potencial de implantação imediata.

O texto constitucional elevou a saúde ao *status* de direito fundamental social desde a redação originária do art. 6º, posteriormente ampliada com as Emendas Constitucionais de n. 26/2000 e 64/2010. Note-se que o constituinte originário dedicou uma seção inteira do título “Da Ordem Social” ao tema (a partir do art. 196), reconhecendo que “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”.

E, para alcançar a pretensão de promoção, proteção e recuperação da saúde, instituiu um sistema único, com rede descentralizada, regionalizada e hierarquizada, com participação da comunidade na tomada de decisões, e com atendimento integral (assim compreendido como direito de todos e dever do Estado atender a todas as necessidades de saúde, em seu conceito mais abrangente).

Diante desse cenário, por demais complexo, reconheça-se, a Carta de 1988 admite que a saúde seja prestada pelo Estado e demais agentes privados, sem os quais, dada a realidade nacional, a consecução do estado dinâmico de completo bem-estar físico, mental, espiritual e social, jamais seria alcançado.

A Saúde Suplementar, então, tem o exercício franqueado à livre iniciativa, mas supervisionado pelo Poder Público, que criou agência reguladora para tal finalidade – a Agência Nacional de Saúde Suplementar, que possui vinculação, sem subordinação, com o Ministério a que o tema diz

respeito, *in casu*, o da Saúde. Ostenta autonomia técnica e se presta a regular a atividade de assistência médica; vale dizer, exerce regulação imparcial, regendo todos os segmentos envolvidos nas relações de saúde suplementar: o paciente, o operador do plano e do seguro saúde, o prestador do serviço médico, os fornecedores de materiais para os procedimentos médicos, sejam próteses, órteses ou medicamentos *lato sensu*. Não se presta a defender ou a tutelar os interesses de qualquer um dos envolvidos.

Registre-se que a saúde suplementar no Brasil compreende operadores de duas naturezas: planos de saúde e seguros saúde, que desempenham atividades médicas e de odontologia. Estatísticas apresentadas no painel, cuja fonte foi atribuída à agência reguladora, dão conta de que há quarenta e seis milhões de usuários, seja em planos de saúde médica, seja em planos odontológicos ou em ambos, sendo prestados um bilhão de atendimentos por ano (como, por exemplo, consultas médicas, internações, exames, tratamentos de várias sortes e naturezas, ambulatoriais ou não).

Diante desses dados, é de se questionar: deve a lei ser tão genérica e abstrata, alheia às peculiaridades de cada grupo social e aos direitos e garantias individuais? E mais: deve o Poder Judiciário analisar as demandas postas com foco exclusivo no caso concreto, sem preocupações com o restante da sociedade e com os impactos da decisão nas relações sociais?

Os questionamentos têm lugar porque, em última análise, as demandas por saúde são integrais e universais: cada indivíduo pretende a satisfação de todas suas necessidades de promoção, restabelecimento e proteção de sua saúde (física, emocional, psicológica e social). De outra banda, os operadores de saúde suplementar dispõem de recursos finitos e limitados.

A evolução tecnológica é capaz, virtualmente, de estender a sobrevivência de qualquer paciente que disponha de recursos para tanto. Daí o questionamento: a que custo? Há vantagens reais na aplicação de todos esses recursos dedicada apenas a um indivíduo? No caso, não haveria detrimento dos demais integrantes do plano de saúde?

Aparentemente, sim: se houver uso desmedido dos recursos comuns. Em verdade, como os planos de saúde nada mais são que seguros cuja fonte

de capital é o mutualismo dos segurados, tal caso, a princípio, importaria ônus excessivo ao grupo. Ocorre que, verdadeiramente, não: nos contratos de plano de saúde, o risco existe apenas para o segurado. A operadora do plano desempenha atividade empresarial, de forma profissional, logo, o risco do segurado encerra sua atividade fim, e a ocorrência de sinistro – na hipótese, a doença e a necessidade de determinado tratamento – não deve comprometer a higidez e a saúde financeira do operador, por se tratar de risco do negócio a ser aferido pelos atuários designados para a fixação do preço do serviço.

Entretanto, é de se ter em mente que o operador do plano de saúde, ao desempenhar sua atividade-fim, gerir os recursos oriundos do mutualismo, deve fazê-lo com zelo e profissionalismo, de modo a afastar possíveis fraudes em detrimento do corpo de mutualistas que concorrem para custear as despesas necessárias de alguns dos segurados.

Neste momento é que, geralmente, surgem os impasses: por vezes, o operador do plano “não autoriza” determinado procedimento. Essa recusa é que, em regra, é deduzida em juízo e compõe a carteira judicial do setor que, curiosamente, é pouco judicializado. Foi apontado pelo palestrante Dr. Carlos Ernesto Henningsen que há cerca de seis demandas judiciais para cada um mil clientes, sendo que a maioria das discussões não é propriamente acerca de atendimentos – recusa ou precariedade –, mas sobre reembolsos, valor de mensalidades, reajustes por alteração da faixa etária, isto é, questões meramente patrimoniais.

Em razão disso, surgem as polêmicas: o ato médico é incontestável?

É de se ter em mente que a Medicina não é ciência exata. Uma mesma patologia apresenta sintomas diferenciados em cada paciente que, dadas as peculiaridades do corpo humano, responde diferentemente a cada tratamento. Então: a quem cabe a decisão final sobre o tratamento mais adequado ao problema de saúde apresentado por aquela pessoa? A toda evidência, cada indivíduo pretende, para si e para os entes queridos, longevidade com qualidade de vida. Em razão da existência de diferentes protocolos de tratamentos para idênticas doenças, e ante a necessidade de se afastar prática de eventual fraude, é facultado ao operador do plano de

saúde suscitar divergência médica.

A divergência médica, assim compreendida como debate técnico sobre a pertinência e adequação da prescrição médica, é admitida pelo Conselho Federal de Medicina, justamente porque a literatura médica encontra vários tratamentos para uma doença e várias doenças que se tratam de idêntica maneira.

Assim, o assunto foi disciplinado por meio da Resolução de n. 1.614/2001, de sorte que, havendo divergência, as partes devem ser assessoradas por auditor médico que terá amplo acesso a todas as fontes de informação sobre o caso e exará seu parecer imparcial ao interesse das partes em debate.

Ocorre que, dadas as peculiaridades do assunto, e tendo em conta que é o médico do paciente o profissional de confiança deste e, possuindo a terapia por ele prescrita amparo na técnica médica para a situação em apreço, a jurisprudência procura prestigiar a opinião do profissional. Nesse sentido, trago à colação enunciado de súmula oriundo do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

Nº. 211 “Havendo divergência entre o seguro saúde contratado e o profissional responsável pelo procedimento cirúrgico, quanto à técnica e ao material a serem empregados, a escolha cabe ao médico incumbido de sua realização.”

Nº. 210 “Para o deferimento da antecipação da tutela contra seguro saúde, com vistas a autorizar internação, procedimento cirúrgico ou tratamento, permitidos pelo contrato, basta indicação médica, por escrito, de sua necessidade.”

Pessoalmente, esta magistrada já teve oportunidade de decidir causa em que se discutia a correção e/ou adequação do procedimento prescrito para o paciente, discussão alegada como fator determinante para que o plano de saúde recusasse o tratamento prescrito, e sua realização objeto de demanda judicial.

Naqueles autos, de n. 2008.006.006943-5, tive de enfrentar a *quaestio* e acompanhei a tese segundo a qual cabe ao profissional escolhido pelo paciente a prescrição do tratamento que entendia mais adequado à solução do problema de saúde da parte autora da demanda, mesmo porque aquele profissional acompanhava o caso há algum tempo e dispunha de melhores condições para avaliar a adequação do tratamento:

(...) “O ponto nodal da lide repousa sobre a regularidade da recusa da ré em custear o exame.

Com efeito, o profissional habilitado a prescrever o exame mais adequado ao paciente é o médico.

Em que pese não haver provas robustas da prescrição do exame, ela se extrai do documento de fl. 22, que é a nota fiscal pelo custeio dele.

Não se pode presumir que o autor ou a esposa dele tenham ido a um catálogo escolher aquele dado exame para realizarem sem prévia orientação médica.

Tampouco se poderia se admitir a ilação de que teriam pago R\$ 3.600,00 por exame desnecessário à adequada análise do caso clínico, assim considerado pelo médico que estava a acompanhar o caso. (...)”

No mesmo sentido de prestígio ao profissional eleito pelo consumidor, sem que o plano de saúde tivesse demonstrado qualquer irregularidade na prescrição, julguei demanda tombada sob o n. 305-15.2010.8.19.0006 nos seguintes termos:

(...) “Note-se que os documentos juntados pela própria ré indicam que os requerimentos cirúrgicos foram formulados em formulários da ré, não havendo qualquer indício de que tenha havido qualquer discrepância acerca da congruência do tratamento com a patologia apresentada ou acerca da ausência de vinculação do médico com a ré. (...)” ♦

Envelhecimento e Reajuste por Faixa Etária: Impacto da Lei 9.656 e do Estatuto do Idoso

Eunice Bitencourt Haddad ¹

O aumento do número de idosos, que se revela em verdadeiro bônus demográfico, acarreta, em consequência, aumento dos gastos com saúde, eis que as pessoas nessa faixa ficam mais sujeitas ao desenvolvimento de doenças crônicas e à necessidade de tratamentos de longo prazo. Em outras palavras: quanto mais idosa a pessoa, maiores tendem a ser os riscos relacionados à sua saúde. Isso implica que os custos de assistência à saúde aumentam, conforme avança a idade dos beneficiários de planos de saúde.

A população brasileira envelhece em ritmo acelerado. Atualmente, cerca de 10% de brasileiros são maiores de 60 anos e a expectativa é de que eles representem 30% da população em 2050. Ademais, o aumento da população na faixa etária superior a 60 anos é muito maior do que nas outras faixas, representando 232,2%. Tal fato se dá em razão do aumento da expectativa de vida, da queda da mortalidade e da queda da taxa de fecundidade, de onde se conclui que, a partir de 2030, a população brasileira vai parar de crescer.

Esse fenômeno influi diretamente na precificação da mensalidade do plano de saúde. Os valores pagos pelos beneficiários de planos de saúde têm como base a despesa com saúde *per capita* em cada faixa etária, acrescentando-se certa margem para cobrir despesas administrativas, de comercialização, tributos e lucro.

A precificação é baseada essencialmente no mutualismo e no regime

¹ Juíza de Direito da 5ª Vara Cível de Niterói.

financeiro de repartição simples. Não é possível se resguardar individualmente sobre possível problema de saúde; deve haver um grupo solidário, em que as contribuições são revertidas para um fundo comum. Tal contribuição serve para custear as despesas do próprio indivíduo e de todas as pessoas do grupo.

Sabe-se de antemão que alguns utilizarão serviços de assistência à saúde e outros não. Os membros do grupo que não utilizaram esses serviços terão contribuído para usufruir da segurança de cobertura e suas mensalidades terão financiado a assistência à saúde daqueles que dela necessitaram.

O custo assistencial da saúde varia de acordo com fatores, tais como a idade, sexo e perfil de saúde das pessoas. Contudo, no Brasil, as operadoras só podem fazer diferenciação de preços por faixas etárias estabelecidas pela regulamentação.

Diante das especificidades de cada faixa etária, houve a necessidade de se fixarem grupos, em razão da idade máxima e mínima de seus integrantes, de modo que cada grupo etário seja solidário entre si.

Apesar de a regulação definir a relação de seis, entre o valor da mensalidade da última e da primeira faixa etária, os custos médios da assistência à saúde dos idosos geralmente superam em mais de seis vezes os custos médios para os mais jovens. Desse modo, para manter o equilíbrio econômico-financeiro, as empresas comercializam planos para os mais jovens com preços mais elevados do que o seu efetivo custo assistencial, de forma a manter a relação hum para seis, estabelecida pela legislação. Assim, os mais jovens pagam quantia maior do que o seu custo, para que os mais idosos contribuam com montante menor do que o respectivo custo. É o que se chama de pacto intergeracional entre as faixas etárias.

E, quanto mais se avança na faixa etária e se muda de grupo, as questões vão surgindo, na medida em que as operadoras de plano de saúde aplicam altos reajustes, sob o argumento de que os riscos aumentam na mesma proporção, terminando por inviabilizar a prestação dos serviços aos idosos.

Antes da entrada em vigor da Lei 9656/98, não havia regulamentação e tais grupos eram fixados em contrato. O reajuste decorria dos termos

do contrato pactuado entre a operadora de plano de saúde e o beneficiário.

A partir do diploma legal mencionado e até a vigência do Estatuto do Idoso; ou seja, nos contratos firmados entre 01/01/1999 e 31/12/2003, os reajustes eram feitos na forma contratada, com divisão em sete faixas etárias; o detalhe era de que havia vedação de reajuste por implemento da idade de 60 anos, se o usuário participasse do plano há mais de 10 anos.

Por fim, no que toca aos contratos firmados após a vigência do Estatuto do Idoso – precisamente, a partir de 01/01/2004 – os reajustes são, também, previstos no contrato, porém divididos em dez faixas etárias; sendo que a variação acumulada entre a 7ª e a 10ª faixas não pode ser superior à variação acumulada entre a 1ª e a 7ª. Esta regra se traduz em verdadeira solidariedade entre gerações. Contudo, a questão não é tão singela quanto parece, diante das várias questões relativas ao conflito aparente de normas, por se tratar de contrato de cunho sucessivo.

A questão pertinente pode ser assim formulada: Que legislação aplicar ao contrato ajustado antes da vigência do Estatuto do Idoso, principalmente em relação ao reajuste por implemento de idade, já que tal diploma legal – Lei 10.741/2003 - que tem por precípua finalidade resguardar os direitos e interesses dos idosos - é expresso no artigo 15, § 3º, no sentido de que é vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade?

O entendimento doutrinário e jurisprudencial majoritário sobre o tema segue a orientação de que se aplica o Estatuto do Idoso, que tem incidência imediata e alcança diretamente os contratos de plano de saúde firmados antes da sua vigência, já que estes se caracterizam como de longa duração, comportando prestações de trato sucessivo.

Há, inclusive, Enunciado neste Egrégio Tribunal de Justiça sobre o tema, retratado no verbete sumular 214: *“A vedação do reajuste de seguro saúde, em razão de alteração de faixa etária, aplica-se aos contratos anteriores ao Estatuto do Idoso.”* REFERÊNCIA: Processo Administrativo nº. 0013657-24.2011.8.19.0000 - Julgamento em 22/11/2010 - Relator: Desembargadora Leila Mariano. Votação unânime.

O Eminentíssimo Desembargador Maurício Caldas Lopes, em Acórdão

sobre o tema, assinala distinção feita por Roubier entre efeito retroativo e efeito imediato da lei nova nos seguintes termos: “os efeitos produzidos na vigência da lei anterior são intocáveis pela lei nova (irretroatividade); já os efeitos que ocorrerão na vigência da nova lei, são por ela regulados (efeito imediato da lei).”

Diante de tal definição, o ínclito julgador conclui acerca da cláusula de reajuste por idade que:

“Tal cláusula, contratada para evento futuro e incerto, qual do implemento dessa idade, ao ser acionada encontrou obstáculo decorrente da lei então em vigor que, expressamente, vedava o aumento do preço pelo implemento da condição de idoso e, a meu aviso, sem os empecos da cláusula constitucional da irretroatividade das leis, na medida em que o evento de que dependia a eficácia da cláusula, situado no futuro, ocorreria sob vigência de nova situação jurídica, que a inviabilizava...” (Apelação Cível 23272/2004)

Por outro lado, alguns pensadores entendem que, quando da vigência do Estatuto do Idoso, o ato jurídico já estava perfeito e acabado, razão pela qual se aplica o índice de reajuste previsto no contrato.

Comungo do entendimento de que se aplica o Estatuto do Idoso aos contratos firmados antes de sua vigência; sob pena de se inviabilizar a prestação do serviço aos idosos.

Deve-se também ressaltar que, além do reajuste por mudança de faixa etária, há o reajuste anual para reposição da variação dos custos assistenciais, cujo índice é fixado pela Agência Nacional de Saúde.

Enfim, diante da natureza do serviço prestado pelas operadoras de plano de saúde, não é demais ressaltar que, na ponderação entre a dignidade da pessoa humana, na sua expressão direito à vida, em detrimento do risco securitário, deve prevalecer a dignidade da pessoa humana, mormente porque a Constituição Federal, em seu artigo 1º., inciso III, erigiu-a a fundamento da República Federativa do Brasil. Dizendo melhor: a nature-

za do serviço prestado deve sobrepor-se à vontade de auferir lucros.

O gestor da operadora deve ter ciência da importância do serviço que presta; do contrário, haverá capitalização excessiva da prestação de um serviço assistencial por natureza. ◆

Saúde Suplementar

Fernando Antonio de Souza e Silva ¹

Uma das maiores preocupações do homem diz respeito à sua saúde. Sem saúde extingue-se a vida, impossibilitando todo o resto. Deriva daí a enorme importância conferida ao tema pela Constituição Federal de 1988, que afirma ser a saúde um direito de todos e um dever do Estado (art. 196, *caput*), sendo livre à iniciativa privada atuar em caráter assistencial e suplementar (art. 199).

Nesse passo, o Estado é o principal promitente da prestação relativa à saúde, cabendo à iniciativa privada atuação secundária, sendo todos os cidadãos credores do primeiro, por força da lei (*lato sensu*) e da segunda, por força do contrato.

O Estado, embora seja o promitente-mor da saúde no Brasil, modificou sua atuação através dos tempos, adaptando-se a cada época, com suas circunstâncias específicas. De um modo geral, pode-se dizer que o Estado brasileiro, que, em um primeiro momento, era agente único ou, pelo menos, principal, vem deixando de ser protagonista, para passar a ser regulador ou normatizador, seguindo os exemplos do modelo europeu e do norte-americano de criação de agências reguladoras independentes, em cada setor da economia que ele deixa de protagonizar.

Especificamente em relação ao setor de saúde, em 1998, foi promulgada a Lei Federal nº 9.961/98, que criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, responsável pela regulação, normatização, controle e fiscalização da saúde suplementar. A independência efetiva das agências reguladoras vem sendo intensamente discutida, devido às constantes tentativas de politizar as indicações de seus integrantes, retirando-lhes a necessária independência.

¹ Juiz de Direito da 3ª Vara de Família de Duque de Caxias.

Todavia, embora o texto constitucional atual demonstre a importância excepcional do direito à saúde, a atenção da sociedade em relação ao tema e a consequente normatização são bem anteriores, representando a Constituição de 1988 e seu regramento posterior o resultado de um processo histórico.

Realizando um breve esboço histórico, verifica-se que, em 1923, a Lei Eloi Chaves, instituiu a Caixa de Aposentadoria e Pensões dos Ferroviários. Nas décadas de 1930/1940, foram criados vários institutos de amparo a categorias profissionais, como o IAP, o IAPB, o IPASE, o IAMPSE e o IASERJ. Em 1960, surge o INPS, seguido pelo INSS e pelo INAMPS, em 1974. O SUDS, gerido pelo INAMPS, é criado em 1987 e, finalmente, a Constituição Federal de 1988 criou o SUS, regulamentado em 1990 pelas Leis 8.080 e 8.142. Seguindo a necessária regulamentação constitucional, foram editadas as Leis 9.656/98 (planos e seguros de saúde), 9.961/00 (Agência Nacional de Saúde) e 10.192/01 (disciplinando reajustes, revisões, dentre outras disposições).

Em termos conceituais, o setor privado de saúde demonstra ter-se aperfeiçoado com o passar do tempo, desenvolvendo modelos cada vez mais eficientes, de modo a satisfazer à crescente demanda social por mais e melhor acesso aos também sempre novos e melhores medicamentos e tratamentos.

Na década de 1930, o sistema dominante era a autogestão. Em 1956, teve origem a medicina de grupo. A primeira cooperativa médica foi implantada em 1967. Os planos de saúde apareceram em 1971, com a Golden Cross. Em 1980, criou-se o seguro saúde.

Estes dois sistemas, um público ou semi-público e outro privado, trabalham sob óticas diferentes. No sistema público ou semi-público do SUS, os hospitais têm sua remuneração fixa, baseada na doença que se está tratando, enquanto que, no sistema privado da saúde suplementar, a remuneração dos hospitais é variável, baseada nos procedimentos realizados e no material gasto.

Essa intensa contradição gera constantes distorções e perplexidades, ainda por merecer solução adequada, que harmonize os dois sistemas que se justapõem.

Uma grande dificuldade é o enorme aumento da demanda por assistência à saúde. O surgimento de novas tecnologias, a ineficiência do serviço público, o envelhecimento da população e o desejo de corpo e mente sempre saudáveis pressionam o sistema privado a oferecer cada vez mais e melhores serviços.

Como ilustração, verifica-se que, no Brasil, desde 1980, os gastos *per capita* com saúde cresceram 669%, enquanto a inflação, no mesmo período, cresceu 186%. Resultado disto é o significativo aumento do setor de saúde como um todo. Estima-se que ele represente, hoje, 8,4 % do PIB nacional, empregando 4,2 milhões de pessoas no Brasil.

Outro desafio a ser superado na administração do sistema de saúde suplementar é o visível aumento dos preços, fenômeno conhecido como inflação médica, muito superior à inflação de outros setores da economia. Tome-se como exemplo dados referentes aos Estados Unidos: entre 2002 e 2004, a inflação médica foi de 48,1%, enquanto a inflação geral (índice de preços ao consumidor) foi de 7,8%. Uma tentativa plausível de explicar a alta inflação médica decorre da constatação de que os três agentes principais (médicos, operadora e paciente) atuam sem controle recíproco: quem decide (médico) não paga, nem usa; quem paga (operadora) não decide, nem usa; quem usa (paciente) não decide, nem paga. Assim, a dinâmica que, em outros setores econômicos gera eficiência e baixa de custos, pois, em regra, o usuário decide, paga e usufrui do bem ou serviço, não ocorre no setor de saúde suplementar, onerando o desempenho de todos os envolvidos.

A relação médico-paciente-seguradora também vem sofrendo transformações, com o passar do tempo. Passou-se de uma época em que havia controle absoluto do médico sobre os procedimentos e medicamentos aplicáveis ao caso, para um tempo em que surgem questionamentos dos outros agentes envolvidos. Do ato médico inquestionável, chegou-se a métodos de controle, como: a auditoria médica, o direito à divergência médica e o direito à indicação de mais de um fabricante de medicamento ou aparelho.

Com isto, aumentam-se a transparência e a eficiência do sistema. Por outro lado, aumentam as controvérsias, comumente desaguando no

Poder Judiciário, dada a complexidade dos problemas.

Dentro do universo dos contratos, o seguro de saúde é certamente o mais complexo, em razão das inúmeras variáveis, cujo equacionamento é necessário e também devido à elevada emotividade sob a qual é discutido, dentro ou fora dos tribunais.

O contrato de seguro, embora tenha raízes na Antiguidade, desenvolveu-se de maneira mais intensa em época relativamente recente, após o aparecimento da teoria das probabilidades. Isto ocorreu porque o contrato de seguro envolve, em suma, a partilha igualitária dos riscos, dentro de um grupo homogêneo. E o cálculo do risco, dentro do grupo, para possibilitar a partilha igualitária, depende da ciência atuarial, que atua com base em dados estatísticos, saberes humanos que se desenvolveram de maneira mais acentuada em passado apenas recente.

A partilha dos riscos só funciona de maneira igualitária, proporcionando verdadeiro mutualismo no contrato de seguro, quando os grupos de segurados são realmente homogêneos em relação ao risco. Se os grupos são heterogêneos, o risco é desigual em relação aos segurados, ocorrendo partilha desigual, que descaracteriza o mutualismo.

O mutualismo aumenta sua exatidão de acordo com a lei dos grandes números, a qual demonstra que, aumentando-se o número de segurados, consegue-se medir, de maneira mais próxima da exatidão, o valor médio do sinistro, permitindo um planejamento mais eficiente, com menores gastos, beneficiando o próprio grupo.

A eficiência do mercado de seguros poderia ser muito maior, garantindo coberturas a um número mais elevado de cidadãos, se não houvesse excessiva regulação estatal, com limitações ao resseguro e à formação de grupos homogêneos para cálculo de sinistralidade, como os diferenciados por hábitos, por sexo e similares.

Há vários exemplos aplicáveis a este raciocínio. Hoje, a ANS estabeleceu 10 faixas etárias e determinou que o preço cobrado da faixa etária mais idosa não pode ser superior a 06 vezes o preço cobrado da faixa etária mais jovem. Esta limitação faz com que as operadoras cobrem preços mais elevados dos usuários mais jovens, para garantir que

os mais idosos tenham seus gastos cobertos.

Outro exemplo é a proibição de fixação de preços diferenciados para pessoas que têm determinados hábitos, como os fumantes. Caso não existisse esta proibição, a seguradora poderia cobrar mais do fumante, que se expõe a mais riscos e onera o sistema e cobrar menos de uma pessoa com hábitos saudáveis, que corre menos riscos e não sobrecarrega o sistema.

A excessiva regulação estatal inviabiliza o sucesso das pequenas seguradoras, que terminam encerrando suas atividades, ou sendo compradas por grandes seguradoras, concentrando-se o mercado, então, em poucas grandes empresas. Isto diminui a concorrência e retira do usuário o poder de barganha e escolha, já que há poucas e caras opções disponíveis.

Um aspecto do mercado de seguros de saúde que tem grande potencial de crescimento é o resseguro. Entende-se o resseguro como o seguro das seguradoras. É especialmente útil no caso de aumento excessivo de sinistralidade, quando a sua utilização contribui para a diluição dos riscos e a garantia do pagamento das indenizações. A falta de um resseguro abrangente e eficiente, como referência internacional e especialização, prejudica o mercado brasileiro, que fica limitado à perspectiva comercial e interna das seguradoras.

O monopólio do IRB – Instituto de Resseguros do Brasil, ainda existente de fato, apesar da abertura teórica do mercado, impede a livre concorrência e prejudica o usuário final.

Recentemente, houve tentativa de permitir o resseguro de planos de saúde, através de iniciativa legislativa (PLS 259/10, de autoria do senador Demóstenes Torres, do DEM/GO), mas o projeto está ainda sob trâmite legislativo, para que se pronunciem a ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar e a SUSEP – Superintendência de Seguros Privados.

Outro componente importante na dinâmica do mercado de saúde suplementar é a crescente judicialização das questões surgidas entre o usuário, o prestador de serviço e a operadora. A judicialização é fenômeno generalizado na sociedade brasileira e na maior parte do mundo ocidental. Demonstra abandono das soluções negociadas e coletivas, buscando-se uma solução impositiva e individualizada. Deixa-se de tentar uma com-

posição autônoma e pede-se imposição heterônoma. Traz em si a prova de que o grau de desconfiança, em nossa sociedade, é altíssimo, gerando descrédito em relação aos compromissos. Também sinaliza sentimento de aversão à negociação, a qual implica sempre alguma renúncia.

Embora compreensível do ponto de vista do usuário, é mais um elemento de intervenção estatal em um mercado privado, devendo o Poder Judiciário agir com cautela ao interferir na seara particular, sem descuidar de sua missão constitucional.

Sob o prisma dos juízes, as situações apresentam-se, quase sempre, sob forma de dilema, principalmente quando se trata de tutela de urgência. As petições são apresentadas com a narrativa de um caso grave, com a negativa aparentemente injustificável da operadora em garantir a cobertura. É sempre necessário verificar o que é mera alegação sem fundamento, o que tem plausibilidade, qual o verdadeiro grau de urgência, dentre outros aspectos.

Por ser um momento reconhecidamente difícil para o julgador, houve recente e importante inovação do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ao criar órgãos de assessoria técnica especializada, para garantir aos juízes dados técnicos fidedignos, proporcionando condições para uma decisão judicial mais próxima da ideal.

A judicialização, embora seja constante fonte de reclamações das seguradoras, responde por apenas 0,6 % do universo de usuários (seis ações judiciais para cada 1000 usuários). Não é um percentual alto; todavia, no universo dos tribunais, o percentual de ações discutindo questões ligadas à saúde suplementar, se comparadas ao universo das demais ações, é certamente maior. Prova disto é o expressivo número de entendimentos sumulados relativos ao tema, o que demonstra a quantidade, importância e repetição dos problemas sobre saúde suplementar trazidos ao Poder Judiciário.

Finalmente, conclui-se que, reconhecida a importância do direito à saúde e a imensa participação do setor privado suplementar na sua prestação à sociedade brasileira, deve-se ampliar o diálogo entre

os numerosos envolvidos – operadoras, usuários, médicos, hospitais, fabricantes, juízes, legisladores e administradores -, de modo a permitir que se acomodem os variados interesses de maneira equilibrada e eficaz, proporcionando a todos maior aproximação com esta última utopia: a saúde como direito de todos. ♦

Saúde Suplementar - Uma Abordagem dos Sistemas

Gilberto Clóvis Farias Matos ¹

Segundo a atual lei de planos de saúde, os contratos individuais não podem ser rescindidos unilateralmente pelas seguradoras, mas somente na hipótese de fraude comprovada ou inadimplência de mais de sessenta dias e, mesmo assim, se houver notificação no quinquagésimo dia sobre o término do prazo de rescisão.

Havia necessidade de instituição de regras de rescisão contratual de seguros de saúde porque as operadoras o faziam de forma discricionária, em casos de indivíduos com sinistralidade alta.

A regulação em sinistro significa a gestão do atendimento e está regulada na lei, não significando que se pretenda limitar os procedimentos médicos a serem adotados, mas se trata de uma garantia para aquele beneficiário e para todo o sistema de saúde, porque vai evitar a fraude e o aumento indevido do preço das mensalidades.

Qualquer aumento indevido de preço também prejudica o bom funcionamento dos planos de saúde, que precisam de um grande número de beneficiários para reduzir a margem de erro dos sinistros, pois, quanto maior o número de clientes, maior a previsibilidade dos atendimentos no cálculo atuarial.

Está previsto na lei o ressarcimento pelo SUS, pois todos os cidadãos têm direito assegurado de serem atendidos pelo Estado, de modo que os preços dos planos de saúde vão aumentar se todos utilizarem os seus serviços, o que implica desoneração do SUS pelo setor privado.

O CONSU - Conselho de Saúde Suplementar - foi criado por lei

¹ Juiz de Direito da 8ª Vara de Órfãos e Sucessões - Capital.

para regulamentar o tratamento do assunto. A Agência Nacional de Saúde foi criada em 2000 com a finalidade de prover a defesa do interesse público, devendo observar a visão sistêmica do interesse do beneficiário, do cidadão, como também das operadoras, dos hospitais e médicos, fornecedores de serviços.

Esse equilíbrio é muito complexo, porque os interesses são conflitantes e precisa existir um órgão com imparcialidade para julgar as demandas de uma forma técnica, mas também social.

O sistema funciona a partir das doenças relacionadas no Código Internacional das Doenças (CID); para tratá-las, existem os procedimentos que servem para tratar as várias patologias, de modo que o sistema privado adotou o critério do procedimento e não o do diagnóstico.

Isso cria alguns problemas, porque a remuneração do SUS é feita por doença, mas a saúde suplementar adota o critério do procedimento, o que implica que, na saúde suplementar, o volume de procedimentos adotados será ressarcido, estimulando o excesso de procedimentos, enquanto que, no SUS, ocorre o inverso, com a precariedade de procedimentos a serem feitos pelos médicos e hospitais.

A remuneração fixa por doença implica a subutilização de procedimentos para não onerar o SUS e os resultados acabam sendo falhos para os beneficiários do Sistema, em virtude da baixa remuneração para os médicos e os hospitais, fornecedores de serviços.

No mundo inteiro, ainda se não encontrou solução para esse problema, pois as distorções acontecem em ambos os sistemas de procedimentos.

A ANS define uma forma para que as operadoras possam incluir ou excluir na rede de prestadores, porque, se você compra um produto de uma ampla rede de hospitais e quando precisa desses hospitais, os mesmos foram excluídos, caracteriza-se uma discrepância contratual.

Mas o problema é que, com essa regulação, as regras criam um desequilíbrio entre as operadoras e os fornecedores de serviços, os quais poderão aumentar exageradamente o preço de seus serviços e as operadoras terão que assumir esses prejuízos.

Esse fato se agrava ainda mais fora dos grandes centros, no interior, onde apenas existe um prestador e a operadora fica refém dessa regra, o que redundará no aumento da mensalidade do plano de saúde muito acima da inflação normal.

Em virtude de os prontos-socorros estarem sempre lotados, surgiu a necessidade de regulamentação da ANS a respeito do tempo necessário para a marcação de consulta médica. Tal fato alterou a relação de atendimento médico. Como exemplo, menciona-se que foi criada uma rede de clínicas nos EUA chamada *minute clinic*, para suprir a demanda, na qual há atendimento por paramédicos que fazem triagem e tratam de alergias e patologias tidas como relativamente simples.

Atualmente, os próprios médicos especialistas recomendam que seus pacientes procurem um pronto-socorro, em casos de não se sentirem bem de saúde, de modo que mudou o relacionamento médico-cliente, o que tende a superlotar os prontos-socorros.

Um assunto a merecer atenção decorre de que as contas médicas somente serão contabilizadas nas operadoras de planos de saúde no segundo ou terceiro mês a partir da contratação, em virtude da burocracia do pagamento dos hospitais e médicos. Dessa forma, esses dois meses de contrato são tempo em que ocorre receita sem despesas. Esse recurso não pertence à operadora, mas é relacionado ao respectivo contrato, em cujo final restarão dois meses de despesas sem receita. Há obrigatoriedade de garantia financeira para esse período, sob pena de inadimplência da operadora com relação àquele contrato.

A segmentação dos planos de saúde é ambulatorial, hospitalar, com e sem obstetria, e odontológica e a subsegmentação, que é polêmica, porque ainda não há regulamentação da ANS.

A definição de critérios para autorizar reajustes deve ser muito bem fundamentada, para se tornar justa aos atores que integram a relação contratual: os prestadores de serviços e materiais hospitalares, principalmente nos planos individuais; e há autorização legal na Lei n.º 10.192 para reajustes anuais e revisões contratuais.

O idoso custa mais aos planos de saúde, porque a inflação da medi-

cina do idoso é cada vez maior em comparação com a inflação médica dos jovens que, por sua vez, é bem maior do que a inflação oficial.

Os investimentos médicos tendem à ampliação, para atender às necessidades das pessoas com mais de cinquenta anos. Há quem sugira o planejamento específico para a terceira idade, mas a legislação não permite essa discriminação e há uma consulta pública para prever a bonificação de pessoas que ingressem em planos de vida saudável.

A ANS somente funciona para regulamentar as operadoras, embora haja o tripé entre prestadores de serviço e beneficiários, de modo que a gestão e cobrança de planilhas dos hospitais representam obrigação da operadora em prol do beneficiário, embora não seja vista sob esse prisma.

A ANS criou a obrigação de previsão de seis faixas etárias para os planos de saúde, o que implicou que a faixa etária mais velha deve ser custeada pelas mais novas, mas o problema é que a inflação dos mais velhos se acelera mais do que a dos mais novos. Além disso, a proporção dos mais velhos aumenta, pela evolução dos tratamentos de saúde, cuidados com alimentação, entre outras medidas preventivas. Nesse processo, também merece referência a diminuição da natalidade.

Porém, não se pode exigir que o jovem financie o mais velho eternamente, porque vai haver um limite a partir do qual o jovem vai parar de pagar...

Por outro lado, a cada ano são feitas inclusões pela ANS de doenças no rol de cobertura dos planos de saúde, o que faz aumentar o custo e não contrapartida imediata para aquelas inclusões, de modo que, quando chega o momento do reajuste, há necessidade de compensar o prejuízo anterior para manter o equilíbrio econômico financeiro do operador.

Também deve ser considerado o lobby das indústrias no aumento dos custos dos planos de saúde, como fator de desequilíbrio do sistema, pois tal lobby pressiona os médicos para receitar aqueles produtos de determinadas marcas, o que acaba por distorcer as despesas. O prestador de serviço tende a decidir a demanda das operadoras, porque ele define a despesa e, quanto mais serviços executa, mais recebe, de modo que se estabelece um verdadeiro conflito de interesses.

Antigamente, havia consenso sobre a supremacia da decisão médica; ou seja, o médico decidia e aquilo deveria ser cumprido, mas, com a introdução de novas tecnologias, passou a haver questionamentos quanto à necessidade médica do atendimento ou quanto ao fato de aquele tratamento ser ou não recomendável para aquele paciente.

O médico tem uma perspectiva do tratamento que não inclui o custo, ao passo que a seguradora tem outra perspectiva, que contempla o custo, porque deve observar a diluição daquele custo em um fundo de segurados, o que implica diversos ângulos de análise, inclusive o da ética.

Por exemplo, um médico receitou um *stent* no valor de vinte e cinco mil dólares, enquanto existe um de seis mil reais no Brasil, mas um Juiz que se depara com uma situação de urgência/emergência e tem que decidir de pronto, no intento da preservação do bem maior, que é a vida do paciente, e o médico fez a indicação daquele material adequado.

A responsabilidade ética é do profissional médico que pode influenciar no custo da seguradora, e a questão positiva para os operadores é a de subsidiar o magistrado com informações sobre um cadastro de fornecedores, por exemplo, para se fugir de conluíus dos médicos representantes comerciais de indústrias e fornecedores.

A medicina defensiva acaba também por aumentar os custos, porque o médico determina a realização de múltiplos exames, para se proteger quanto à possibilidade de diagnóstico errado, pois o profissional com padrão de qualidade atualmente é muito difícil.

Na visão das operadoras de saúde, a interferência do Poder Judiciário representa a alteração das regras pactuadas, tais como na determinação de procedimentos não previstos e na vedação de aumento nas mudanças de faixas etárias, o que não deixa de ser fator não previsto no cálculo atuarial.

O risco é a probabilidade de ocorrência de resultado diferente do que foi desejado. O risco pode ser coberto quando se contrata o seguro e, nesse caso, será mensurada a possibilidade de sua ocorrência, para um mapeamento a ser utilizado pelas operadoras de saúde.

Já a incerteza é a medida da nossa ignorância em relação a leis proba-

bilistas de determinados eventos. Nesse campo, vislumbra-se o desenvolvimento do trabalho no campo do seguro saúde, porque existe a capacidade de previsão da possibilidade de os eventos ocorrerem, de modo que as operadoras trabalham com um risco estatístico e vai haver cobertura.

Existe a ideia de que, no contrato de seguro, o contratante transfere o risco para o segurador, mas o que a seguradora faz é um negócio, para diluir ou desintegrar esse risco, transformando-o de risco individual em coletivo. Então, as decisões das seguradoras refletem o cuidado de analisar se aquele risco será suportado pelo indivíduo, ou se será alocado para uma coletividade de segurados, tais como acontece em procedimentos estéticos ou tratamentos experimentais.

O seguro funciona com o mutualismo, que é o compartilhamento de riscos e se fundamenta em um tripé, também composto pelo risco e pela boa-fé. O êxito da seguradora também depende da capacidade para estimar com precisão as despesas para aproximá-las das despesas atuais e efetivas, além de sua distribuí-las pela massa de segurados.

No momento em que a seguradora dilui o risco, encontra o prêmio puro ou estatístico, sobre o qual agrega desvios, margem de segurança, despesas administrativas, lucro, tributos e valor de corretagem, para chegar ao valor de contribuição final. Então, essa gama de fatores faz com que o seguro não seja um contrato aleatório, mas comutativo por excelência.

As seguradoras ainda têm a obrigação de administrar os recursos para garantir a solvabilidade dos sinistros. A seleção adversa de risco é fenômeno comportamental relativo a indivíduos mais propensos a contratar seguros do que outros, o que precisa ser atenuado pelas seguradoras, sob pena de inviabilizar o empreendimento no longo prazo.

Existe uma regra utilizada em estatística que se chama Lei dos Grandes Números, que consiste em usar um número de usuários relativamente expressivo, com perfis de risco parecidos, para possibilitar a previsão com elevado grau de certeza da média do número de consultas, cirurgias e exames anuais. Esta é uma forma de proteção dos riscos.

Do ponto de vista do consumidor, é muito mais prático fazer um seguro do que poupar dinheiro para tentar enfrentar risco futuro, pois uma

simples internação hospitalar durante um período relativamente alongado consumirá aquela poupança de uma só vez, se ela for suficiente.

Isso representa que um pequeno operador de plano de saúde pode não ter problema durante muito tempo, mas um único caso de internação, com intercorrência longa, pode quebrar essa operadora de uma só vez. Um caso análogo recentemente consumiu uma boa parcela da poupança da Mútua dos Magistrados do Estado do Rio de Janeiro, mas houve previsão daquele risco e o preparo para suportar a demanda.

O resseguro, que é o seguro das seguradoras, é uma ótima opção de enfrentamento dos riscos, pois existe limitação do que se consegue prever com um nível razoável de segurança.

Entretanto, as operadoras de planos de saúde no Brasil ainda não podem contratar resseguros, mas somente as seguradoras. No interior do país, não se tem ofertas de planos de saúde consistentes e há grande necessidade de contratar o resseguro.

Não pode ocorrer o sinistro simultâneo para um número muito grande de segurados, motivo pelo qual não pode haver cobertura de seguro para o risco catastrófico ou de terrorismo.

Ademais, tudo fica muito difícil de prever, quando se alonga no tempo, haja vista que o tempo é fator altamente determinante na previsão de riscos. Fenômenos que alteram o perfil epidemiológico estão minados de incertezas, tais como o envelhecimento da população, a longevidade e os avanços tecnológicos da medicina, entre outros.

No Brasil, decidiu-se separar planos de saúde de seguros saúde, enquanto que, em outros países, esse fato não acontece, mas é certo que se trata de contratos que compartilham a mesma base técnico-científica, não obstante possuírem regulamentação específica e órgãos próprios de controle.

A composição dos grupos, para efeito de cálculo dos riscos, deve ser o mais homogênea possível, razão pela qual a própria lei prevê as faixas etárias para efeito de tarifação das operadoras de planos de saúde. Quanto mais heterogêneo e menor o grupo, mais difícil será a previsão dos riscos.

O preço dos planos de saúde deve ser viável, porque não adianta

cobrar um preço que as pessoas não possam pagar. Existe um problema futuro na faixa etária acima de cinquenta e nove anos de idade, porque não se sabe qual vai ser a equação viável, em decorrência do impacto envelhecimento da população paralelamente à baixa taxa de natalidade.

O acesso à saúde é direito fundamental, previsto na Constituição da República, não obstante deva-se observar as nuances do sistema dos planos de saúde, que trabalham com margem limitada de lucro, de acordo com os dados colhidos na própria Agência Nacional de Saúde.

O seguro saúde encontra-se envolvido por exigência de justiça distributiva e sobre o método apropriado de se prover os subsídios necessários para assegurar cobertura necessária àqueles que não dispõem de condições de pagar um plano de saúde.

Durante muito tempo, houve previsibilidade quanto aos custos das seguradoras de saúde, porque os custos não tinham variação significativa, até que houve explosão inflacionária e tecnológica, que provocou aumento da expectativa de vida e envelhecimento das pessoas seguradas. Tudo isso provocou desequilíbrio do sistema tradicional; daí, passou-se daquela dinâmica do *fee for service* para um sistema no qual as seguradoras deveriam ter o maior controle possível de custos, e até procedimentais, pois, quando se trabalha com rede operacional, reduz-se o valor das atividades administrativas que vão compor aproximadamente 18% do valor do prêmio do seguro pago pelo beneficiário.

Por fim, verifica-se que se trata de um sistema complexo e delicado, no qual somente resta a solução da gestão e da regulação do Estado, através do moderno sistema das agências reguladoras, haja vista que o sistema estatal do SUS se mostra inviável, no que tange ao atendimento das demandas da sociedade, em virtude dos imensos desvios de dinheiro público, frequentemente trazidos ao conhecimento do público.

O direito passou a ser visto, no Estado Social, como meio de desenvolvimento, instrumento de desenvolvimento de políticas públicas e garantidor do limite de atuação do Estado, para fornecer o espaço de ação da cidadania.

Essa intervenção no contexto institucional foi pouco desenvolvida

no nosso país e é o caminho da regulação, no qual existem muitos órgãos com atribuição concorrente para exercer essa atribuição regulatória. A regulação melhora a qualidade da ação do Estado. Trata-se da garantia da sociedade brasileira, para que seja assegurada a aplicação dos princípios constitucionais da transparência, da legalidade e da publicidade.

No que tange à relação entre as agências e o governo, relacionada à agenda de impacto regulatório, pode-se enumerar a vantagem de melhor equalização entre implementação, planejamento, regulação e monitoramento de determinada política pública, com regras bem estabelecidas. Tudo isso legitima o regulador na sua ação e o qualifica na intervenção.

Por mais que as agências reguladoras tenham que mediar os interesses do consumidor, das políticas públicas e das empresas do setor, o objetivo final é o de garantir o bem-estar do consumidor e da sociedade, embora algumas vezes se tenha que observar que tal benefício possa vir a médio ou longo prazo.

O professor Marcos Juruena Vilela Souto afirmou no livro *Os Direitos das Concessões* que a modernização do papel do Estado, a partir da década de 1990, deveu-se, em grande parte, ao ressurgimento das concessões e à entrada em vigor da modelagem de um Estado regulador, que se preocupa com eficiência, com universalização, com prestação de serviços adequados à sociedade, sem que o Estado seja o prestador, o executor dessas atividades.

Quanto maior o papel que se defira a essas estruturas institucionais, maior a necessidade da *accountability*, tendo por destinatários os segmentos interessados nas atividades, tais como o mercado, a sociedade e os órgãos de controle estatais; ou seja, um universo grande de atores envolvidos como beneficiários desta *accountability*.

O gestor público não pode faltar aos comandos da Constituição e das políticas públicas inseridas em seu contexto, muito menos alegar falta de verba por falta de previsão orçamentária, posto que a Lei Orçamentária Anual não pode descumprir a Constituição da República. Nesse contexto, primeiro cumpre respeitar a Constituição e depois verificar as outras prioridades.

As normas programáticas inseridas na Constituição possuem eficácia e cogência das normas jurídicas e devem ser providas, pois todo princípio é norma jurídica provida de cogência. Decorre daí que devem as autoridades dizer os motivos que as levaram a agir deste ou daquele modo, fazer as opções, as escolhas e explicitar com clareza as justificativas. O motivo é o conjunto de razões de fato e de direito que justifica e legitima o ato; elas devem ser idôneas e comprováveis.

Nesse contexto, deve prestigiar, no limite máximo, o direito à saúde e à vida, resguardando-se as linhas tênues do equilíbrio contratual e da gestão das empresas operadoras do sistema privado de saúde, sob o comando regulatório da Agência Nacional de Saúde. Esse é o desafio com que se deparam cidadãos e magistrados. ♦

Direito Contratual e Direito do Consumidor na Saúde Suplementar

Grace Mussalem Calil ¹

INTRODUÇÃO

A assistência médica constitui serviço público delegado pelo Estado à iniciativa particular, nos termos dos arts. 197 e 199 da Constituição da República. O Estado exerce o seu poder de polícia para limitar as escolhas dos agentes econômicos, em busca do equilíbrio. O art. 170 da Constituição da República deixa claro que a liberdade é a regra, sendo a regulação a exceção. O nosso Estado tem como princípios a Livre Iniciativa, a Dignidade da Pessoa Humana, a Legalidade, a Moralidade e a Proporcionalidade. A reforma do Estado tem como propósito deixar este de ser o prestador dos serviços para ser o regulador.

A Lei 9.961/00 criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, autarquia vinculada ao Ministério da Saúde, para regulação e fiscalização das atividades que garantam assistência suplementar à saúde.

A Lei 9.656/98 veio para regular legalmente as questões que envolvem os planos privados de assistência à saúde, submetendo-se às disposições da lei todas as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde (art. 1º). Existem lacunas na referida lei, havendo integração entre as normas do CDC e as do Código Civil para regular o tema. A Lei 8.078/90 possui aplicação subsidiária, conforme disposição expressa do art. 35- G da Lei 9.656/98.

¹ Juíza de Direito da 4ª Vara Cível de Bangu.

Características do contrato de plano de saúde

Trata-se de um **contrato de consumo** que tem como objeto a **prestação de serviços** com predominância de uma obrigação de fazer.

Os contratos podem ser individuais ou coletivos (oferecidos pelas empresas ou instituições aos seus empregados ou servidores). Sob o ângulo do rol de procedimentos, as coberturas são ilimitadas (art. 10, parágrafo 4º da Lei 9.656/98), eis que abrangem todas as doenças reconhecidas pela Organização Mundial de Saúde. As operadoras têm um pacote mínimo para cobrir, além e não aquém do estabelecido. A Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) dispõe sobre o rol de procedimentos cobertos.

Os contratos são **atípicos**, mas sempre incluem atividades de caráter financeiro (administração de capital) e prestação de serviços de assistência à saúde, através de rede própria ou credenciada. Os contratos são celebrados através de **adesão** da parte consumidora às cláusulas e condições estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor, de forma semelhante à maior parte dos contratos de consumo.

Ademais, os contratos se revestem de **onerosidade**, pois o consumidor efetua o pagamento pelos serviços prestados. Deve ser ressaltado que a onerosidade tem reflexo na interpretação, eis que os contratos onerosos comportam interpretação extensiva e, como contratos de consumo, devem ser interpretados de forma mais benéfica para o consumidor.

O contrato também é **bilateral** ou **sinagmático**. O consumidor tem obrigação de pagar mensalmente as prestações pecuniárias e a operadora do plano possui obrigação de prover assistência à saúde nos termos contratados. Trata-se de contrato solene, escrito, para segurança das partes, tendo o legislador optado pela **forma especial**, ao fixar algumas cláusulas e condições que devem ser inseridas nos instrumentos (art. 16 da Lei 9.656/98).

O contrato é de **trato sucessivo** ou de **execução continuada**, havendo interesse em que a relação contratual dure muitos anos. As administradoras de planos de assistência à saúde estão obrigadas a firmar contratos por prazo indeterminado, pois a lei garante ao consumidor a renovação au-

tomática a partir do vencimento do prazo inicial de vigência (art. 13). Os contratos também são **aleatórios**, devido à incerteza quanto à necessidade da prestação, isto é, quando deve ser prestada a obrigação.

Outra característica dos contratos de assistência à saúde é a **catividade**, identificada por Cláudia Lima Marques, quando ocorre relação de dependência dos consumidores em face da empresa operadora de planos de saúde, não sendo fácil a troca de plano sem sofrer prejuízos.

Muitos contratos de plano de saúde organizam-se sob a **forma de rede**, pois a operadora não presta diretamente os serviços de assistência à saúde, adquirindo-os de terceiros, para satisfazer as necessidades do consumidor.

Direito do consumidor

A Lei 8.078/90 possui aplicação subsidiária, conforme disposição expressa do art. 35- G da Lei 9.656/98, como assinalado, tendo sido editada a Súmula 469 do Superior Tribunal de Justiça nesse sentido.

O contrato insere-se entre aqueles de prestação de serviços, podendo ser identificados o fornecedor e o consumidor (art. 3º e seu parágrafo 2º do CDC), sendo de adesão (art. 54 do CDC), como sublinhado, havendo um rol no art. 51 da Lei 8.078/90 de cláusulas proibidas (normas de ordem pública); ou seja, o Estado intervém nos contratos privados restringindo a liberdade contratual, com o objetivo de equilibrar a posição das partes.

O art. 22 do Código do Consumidor obriga os órgãos públicos a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e quanto aos essenciais, contínuos. Uma das mais importantes mudanças impostas pela lei às empresas que operam planos de saúde foram os novos **deveres de informação**, visando a concretizar o Princípio da Transparência, previsto no art. 4º, *caput*, da Lei 8.078/90. Assim, afastou-se a privacidade em relação às informações financeiras das empresas, com publicidade de suas contas, além de determinar que sejam fornecidas ao Ministério da Saúde todas as informações e estatísticas referentes às suas atividades (art. 22 da Lei 9.656/98).

O art. 16 da Lei 9.656/98 trata do direito à informação, sendo ne-

cessário que os instrumentos sejam redigidos de forma que o consumidor possa conhecer e compreender o conteúdo do contrato. É importante observar que a regra já existia de forma genérica no CDC (arts. 4º, IV e 6º, III), tendo o legislador detalhado as informações que devem ser prestadas ao consumidor de plano de saúde.

As operadoras de planos de saúde que oferecem planos por meio de mensagens publicitárias não podem se recusar a contratar com os consumidores, pois a Lei 9.656/98 no seu art. 14 veda a discriminação em razão de idade ou doença, sendo que a Lei 8.078/90 atribui força executiva às obrigações assumidas por intermédio de mensagens publicitárias (arts. 6º, IV, 30 e 35, I).

O dever de informar deriva do **Princípio da Boa-Fé Objetiva** imposto às partes durante todas as fases do contrato, como previsto no art. 4º, III do Código do Consumidor. Desse modo, é importante mencionar que o consumidor também possui o dever de informação. Assim, no que diz respeito às chamadas doenças preexistentes, há o dever do consumidor de informar o fornecedor. Entretanto, doença preexistente não é aquela que o consumidor possui antes da contratação, vez que se refere àquela de que a pessoa tem conhecimento, antes da assinatura do contrato (art. 11 da Lei 9.656/98).

A **responsabilidade civil**, esta prevista nos artigos 7º, 14, 20, 24 e 25 da Lei 8.078/90. Há obrigação de meio ou de resultado, conforme o caso, vinculando o consumidor, o executor direto dos serviços, como os médicos, anestesistas e enfermeiros e o fornecedor indireto dos serviços, como o hospital, consultório médico e empresa seguradora, a qual contratou com o consumidor e organizou a cadeia de fornecedores. Portanto, a responsabilidade por eventuais defeitos, quando da prestação de serviços nos hospitais e clínicas conveniadas, é solidária entre o organizador da rede e o prestador dos serviços médicos, nos termos do art. 7º do referido diploma legal.

Outra questão relevante diz respeito ao **atraso no pagamento do prêmio** pelo consumidor, sendo que o STJ tem-se posicionado no sentido de que o plano de saúde não pode suspender a cobertura, quando o atraso

no pagamento é de uma única mensalidade. A inadimplência somente fica caracterizada após o vencimento da prestação seguinte.

Com relação à **demora na prestação do serviço médico**, como por exemplo, retardo na autorização para realização de cirurgia, se isto constituir defeito na prestação de serviços, a jurisprudência vem entendendo pelo cabimento de indenização por danos morais, consoante a Súmula 209 do TJRJ.

A **limitação temporal de internação hospitalar do segurado** e a exclusão dos exames que, nesse tempo, se fizerem necessários, têm sido reconhecidas como cláusula abusiva, nos termos do art. 51, IV da Lei 8.078/90, pois o longo período de internação constitui risco do negócio.

No tocante à **exigência de cheque caução** no momento da internação, quando o hospital não é conveniado, ou mesmo conveniado, o procedimento solicitado não é autorizado, vez que tal prática é abusiva, nos termos do art. 39 do CDC. O hospital que prestar o atendimento pode depois exercer a ação regressiva em face do usuário ou do SUS, eis que este pode se ressarcir perante o plano de saúde do atendimento prestado, nos termos do art. 32 da Lei 9.656/98.

O direito ao **reembolso** é exercido nos limites das obrigações contratuais, devendo ser analisado o contrato; porém sem deixar de lado o disposto no art. 47 do CDC, que prevê que as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais benéfica ao consumidor.

Em relação ao **reajuste das mensalidades**, o art. 10, III da Lei 9.961/00 atribui à ANS fixar os índices de reajuste, que são determinados pelo período de referência; ou seja, o período de doze meses, ao longo do qual serão reajustados os contratos nas suas datas de aniversário.

ANÁLISE ACERCA DE UM CASO CONCRETO

Ao longo da carreira na área cível, julguei vários processos que envolviam o direito à saúde, mas, recentemente, na 4ª Vara Cível de Bangu, onde assumi a titularidade em fevereiro de 2011, proferi sentença em um processo peculiar, no qual o réu interpôs recurso de apelação (ainda não

ulgado), em que a Autora era uma senhora idosa com 82 anos de idade, cuja pretensão era a condenação do réu (empresa seguradora de saúde) ao fornecimento de um neuroestimulador (espécie de marcapasso do sistema nervoso), em razão de dor crônica na coluna, além de indenização por danos morais, sob o fundamento de já ter experimentado todos os tratamentos e realizado cinco cirurgias, sem obter sucesso no alívio da dor, sendo a colocação do aparelho reivindicado uma esperança no alívio da dor. O Réu contestava alegando que não se recusava a fornecer o aparelho, mas que havia outras marcas com custo menor do que o reivindicado pelo médico da autora.

Na sentença, julguei procedente o pedido, condenando o Réu a fornecer o material solicitado pelo médico que assistia a Autora e ao pagamento de indenização por danos morais, sob o fundamento de que o médico da Autora era especialista em dor crônica, o aparelho indicado pelo mesmo tinha cerca de 20 anos de mercado e, se precisasse de revisão, essa seria realizada no Rio de Janeiro, ao passo que as empresas autorizadas para manutenção dos aparelhos oferecidos pelo Réu eram localizadas em São Paulo. Com esses fundamentos, entendi não ser razoável exigir o deslocamento de uma senhora idosa a outro estado, para fazer a manutenção do neuroestimulador, invocando-se ainda, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Estatuto do Idoso.

Desse modo, apesar de haver outros produtos no mercado, a meu ver, a consumidora tinha direito àquele indicado por seu médico assistente para melhor atender às suas necessidades, eis que possui idade avançada, sendo razoável privilegiar a análise e prescrição do médico que acompanha a paciente e a conhece, em lugar de substituí-la pela de outro médico da seguradora. Neste sentido, orienta o CDC, eis que o serviço prestado deve oferecer segurança ao consumidor, tendo sido editada a Súmula 211 do TJRJ a este respeito.

CONCLUSÃO

A demanda dos consumidores ao Poder Judiciário para prevenção

ou reparação de danos em relação à saúde aumenta a cada ano. As questões mais frequentes com que nos deparamos nos processos é a tentativa das empresas que operam seguro de saúde de isentar-se de responsabilidade pelos serviços prestados.

Como consequência dessa demanda, o Poder Judiciário através de seus tribunais, vem editando súmulas que demonstram o entendimento acerca dos temas:

Súmula 302 do STJ: *“É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado.”*

Súmula 469 do STJ: *“Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde.”*

Súmula 112 do TJRJ: *“É nula, por abusiva, a cláusula que exclui de cobertura a órtese que integre, necessariamente, cirurgia ou procedimento coberto por plano ou seguro de saúde, tais como stent e marcapasso.”*

Súmula 209 do TJRJ: *“Enseja dano moral a indevida recusa de internação ou serviços hospitalares, inclusive home care, por parte do seguro saúde somente obtidos mediante decisão judicial.”*

Súmula 211 do TJRJ: *“Havendo divergência entre o seguro saúde contratado e o profissional responsável pelo procedimento cirúrgico, quanto à técnica e ao material a serem empregados, a escolha cabe ao médico incumbido de sua realização.”* ◆

BIBLIOGRAFIA

FERNANDES NETO, Antonio Joaquim. **Plano de Saúde e Direito do Consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SEGUIM, Elida. **Plano de Saúde**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

A saúde como direito de todos

Juliana Grillo El-Jaick¹

A Constituição da República de 1988 garante a todos os cidadãos o direito à saúde, elencando-a em vários dispositivos constitucionais, nos quais se prescreve que a saúde é um direito de todos e dever do Estado. Em se tratando de normas constitucionais protetivas e efetivadoras do direito à saúde, o Título VIII, da Constituição Federal de 1988, intitulado Da Ordem Social, o qual, em seu capítulo II, Seção II, trata de forma específica da saúde, iniciando-se com o art. 196, o qual dispõe: *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.*

Entretanto, após todo o tempo decorrido da promulgação da CF, a saúde padece de enfermidades profundas, eis que esse direito fundamental ainda não alcançou a total efetivação prevista nos ditames constitucionais. Em outras palavras: não obstante o direito à saúde ser previsto constitucionalmente, as estatísticas referentes ao tema mostram a omissão e ineficiência do poder público.

A esse respeito, não se pode esquecer que, na esfera jurídica, o direito à saúde se consubstancia como forma indispensável no âmbito dos direitos fundamentais sociais, demonstrando-se, por conta disto, a absoluta imposição constitucional de o Estado garantir a todos – e, portanto, a qualquer um indiscriminadamente – o acesso a tudo que se encontra relacionado à saúde, de modo a não poder abster-se de forma alguma a cumprir tal mister.

Ademais, deve-se ter em mente que, conforme impõe o art. 5º, §

¹ Juíza de Direito da 10ª Vara Cível de Niterói.

1º, da nossa Magna Carta, as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, afastada qualquer aplicação reducionista de tal direito fundamental.

O fato é de que o Estado deve atuar positivamente na consecução de políticas que visem à efetivação do direito à saúde; no entanto, há uma gama de barreiras burocráticas, econômicas e políticas que emperram a efetiva aplicação do referido direito. Neste aspecto, insta ressaltar que acaso não seja o referido direito implementado pelos Poderes Executivo e Legislativo, caberá ao Poder Judiciário fazê-lo, sempre que provocado, sem que isso implique ofensa ao princípio da harmonia dos poderes, vez que o texto constitucional garantiu expressamente em seu artigo 2º, o princípio dos freios e contrapesos, de modo que tal atitude não demonstra intervenção de um Poder em outro, mas fortalecimento da democracia, através da implementação de um direito constitucionalmente assegurado.

Por derradeiro, para que o Poder Judiciário possa implementar tais direitos, cabe-lhe lançar mão de meios processuais adequados, dentre os quais se pode destacar a multa, pelo não cumprimento de suas decisões ou pelo seu cumprimento tardio, bem como o bloqueio de verbas públicas, de modo a assegurar, de forma contundente, a Supremacia da Constituição.

O USUÁRIO DE PLANO DE SAÚDE COMO CONSUMIDOR

É inegável que o usuário de plano de saúde é um consumidor, titular dos direitos previstos no Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990). Isso decorre da combinação dos artigos 2º e 3º do CDC, posto que o usuário é pessoa física que adquire e utiliza serviço como destinatário final (art. 2º do CDC), e o plano de saúde é pessoa jurídica de direito privado, que desenvolve atividade de comercialização e de prestação de serviço (art. 3º do CDC).

A própria legislação específica em relação à saúde suplementar prevê a aplicação do CDC aos contratos de plano de saúde, de forma subsidiária. Aliás, a própria Lei 9.656/98 indica no art. 35-G que se aplicam subsidiariamente aos contratos entre usuários e operadoras de planos privados

de saúde as disposições do Código de Defesa do Consumidor. Por se tratarem de normas protetivas do consumidor, a subsidiariedade consiste na agregação dos direitos garantidos pelo CDC aos já previstos na legislação específica.

Pelo direito à informação, que decorre do inciso III do art. 6º do CDC, o usuário do plano de saúde tem direito, quando da contratação, a todas as informações sobre seus direitos e deveres, o que deve compreender, dentre outros, os procedimentos cobertos, a forma para solicitar procedimentos e consultas e a forma para reclamar seus direitos perante a própria empresa.

Ainda, a Resolução 08/1998 do Conselho Nacional de Saúde Suplementar – CONSU, através do art. 4º, impôs às operadoras de planos de saúde o dever de “fornecer ao consumidor laudo circunstanciado, quando solicitado, bem como cópia de toda a documentação relativa às questões de impasse que possam surgir no curso do contrato (...)”.

Por meio da Lei 9.961/2000, foi criada a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, entidade autárquica, cuja função é regulamentar e fiscalizar o desenvolvimento das atividades do setor.

*“Essa intervenção se fez necessária porque a maioria dos contratos celebrados na área de saúde são de consumo e o consumidor estava desprotegido, pois era obrigado a contratar por ser tratar de serviço de natureza pública e essencial, submetendo-se, em muitos casos, à imposição de cláusulas abusivas impostas em seu desfavor, dificultando-lhe a prestação dos serviços contratados (...)”.*²

A ANS mantém postos em praticamente todos os Estados, para atender às demandas dos consumidores dos planos de saúde e fiscalizar a atividade das operadoras, inclusive aplicando sanções, quando necessário. Quando o direito do consumidor dos planos de saúde não é respeitado,

2 ANDRADE, Ronaldo Alves de. *Curso de direito do consumidor*. Barueri: Manole, 2006, p. 424.

nem solucionado administrativamente, o mais comum é propor ação para o cumprimento do contrato, pleiteando que o juiz determine a autorização que foi negada.

Entre as características dos empreendimentos tipicamente mutualistas podem ser mencionadas: a retenção do risco, a homogeneidade das coberturas, mecanismos de financiamento mais solidários para o pagamento dos prêmios e coberturas mais amplas. A utilização da lógica atuarial para o cálculo das prestações dos planos e uma seleção de riscos mais rigorosa, por sua vez, são atributos inerentes ao subsegmento securitário.

Sob a ótica dos técnicos de gestão de riscos, a autogestão é recomendada apenas para estabelecimentos empresariais de grande porte. De acordo com a lei dos grandes números, as variações no risco de despesas assistenciais são menos intensas para um determinado patamar de pessoas cobertas.

Contudo, as estratégias de determinados segmentos socioocupacionais, especialmente do setor público, para obtenção de acesso a uma assistência diferenciada subvertem o receituário econômico-atuarial.

O subsegmento comercial está integrado por aproximadamente 1.200 empresas – 800 empresas de medicina de grupo, 360 cooperativas médicas e 30 seguradoras – e responde pela cobertura de 2/3 do total de clientes do mercado de planos de saúde.

As Unimed's possuem 25% dos clientes de planos de saúde e se organizaram a partir da iniciativa de médicos, em oposição às ameaças de perda da autonomia da prática médica e mercantilização da medicina, que optaram por se associar a entidades mais afeitas a preservação dos cânones liberais.

Todas as operadoras de grande porte do segmento comercial disponibilizam ao mercado um elenco CE planos coletivos e individuais, de tipo executivo, intermediário e básico. Contudo apenas três medicinas de grupo, três cooperativas e quatro seguradoras possuem acima de 300.000 clientes. A grande maioria das medicinas de grupo e Unimed's têm pequeno porte e propiciam coberturas contratualmente homogêneas, através de redes de serviços bastante diferenciadas e localizadas. Mais que 60% dos planos de saúde registrados pela ANS restringem as coberturas para um único município (11%) ou a um grupo de cidades vizinhas (51%).

OS IDOSOS E OS PLANOS DE SAÚDE

Os idosos, entendidos como pessoas que têm mais de sessenta anos de idade, são os consumidores mais prejudicados por uma série de fatores. Primeiro porque, em regra, precisam utilizar mais o plano, sendo que os problemas costumam surgir quando a necessidade se manifesta. Segundo, porque têm eles muitas dificuldades em trocar de plano, em razão da idade, o que lhes retira parcela significativa da liberdade de escolha. Terceiro, porque, não raro, são portadores de doenças crônicas que, por serem consideradas preexistentes, acabam sendo abrangidas por carências e justificando a não cobertura de gastos.

Em função dessas “dificuldades extras” os consumidores idosos têm também a proteção extra do Estatuto do Idoso, Lei nº 10741, de 1º de outubro de 2003, que, reconhecendo a hipossuficiência do idoso, trouxe algumas consequências aos planos de assistência à saúde, dentre elas a mudança de faixas etárias estabelecidas nos contratos de prestação de serviços com operadoras de planos de saúde e vedações de reajuste das mensalidades de planos de assistência à saúde quando o beneficiário possuir 60 (sessenta) anos ou mais.

As operadoras de planos de saúde, como já disposto, são reguladas e fiscalizadas pela ANS – Agência Nacional de Saúde, autarquia especial da União, por meio de suas resoluções e instrumentos competentes. Referidas resoluções são direcionadas pela Lei nº 9.656/98, que dispõe sobre os planos de saúde, e de forma subsidiária, pelo Código de Defesa do Consumidor, conforme estabelece o artigo 35G da mesma lei.

Importante ressaltar que, atualmente, a Lei nº 9.656/98, bem como as resoluções publicadas pela ANS regulamentam tão somente os contratos de planos de saúde firmados a partir de 01 de janeiro de 1999, data da vigência da lei ou contratos adaptados à essa lei.

Os contratos firmados antes da vigência da Lei nº 9.656/98 (01.01.99) eram regulados pela ANS, conforme previsão do artigo 35 E:

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

I - qualquer variação na contraprestação pecuniária para consumidores com mais de sessenta anos de idade estará sujeita à autorização prévia da ANS;

II - a alegação de doença ou lesão preexistente estará sujeita à prévia regulamentação da matéria pela ANS;

III - é vedada a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato individual ou familiar de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei por parte da operadora, salvo o disposto no inciso II do parágrafo único do art. 13 desta Lei;

Tal dispositivo traz inovações no âmbito da assistência à saúde, confrontando-se com a Lei nº 9.656/98 (Lei dos Planos de Saúde) e suas normas complementares, que autoriza os planos de saúde a cobrar mensalidades distintas, em função da idade distribuída em 7 (sete) faixas, correspondendo o valor da última faixa em até 6 (seis) vezes o valor da primeira.

O Supremo Tribunal Federal definiu pela não retroatividade da Lei 9.656/98, o que anula os benefícios previstos no parágrafo 3º do artigo 15 do Estatuto do Idoso para aquelas pessoas que sejam beneficiárias de planos antigos. Ainda assim, a irretroatividade apreciada pelo STF foi quanto à Lei 9.656/98, e não quanto ao Estatuto do Idoso.

O teto de cobrança em até seis vezes da mensalidade da última faixa, em relação à primeira, foi uma conquista do consumidor, para impedir os abusos que as operadoras de plano de saúde cometiam, assim como a garantia legal de um plano-referência, sem limites de consultas, exames ou internações. São benefícios que protegem a vida do hipossuficiente na relação consumerista.

O mesmo pensamento se aplica ao impedimento de reajuste das mensalidades por mudança de faixa para aqueles usuários que completam 60 (sessenta) anos, com mais de 10 (dez) anos no plano de saúde. Este direito se fulcra, principalmente, na compensação do montante pago pelo consumidor (mínimo de 120 mensalidades), que estabelece o equilíbrio contratual em qualquer cálculo atuarial realizado pela operadora de plano de saúde.

Em ações judiciais, como é comum às leis de proteção ao hipossuficiente nas diversas relações jurídicas (ECA, CDC, CLT, EI, etc), as normas deverão ser interpretadas de forma que beneficie o lado mais fraco da relação. Reforce-se que a aplicação do Estatuto do Idoso não é apenas uma questão legal, mas também moral. As mensalidades cobradas na última faixa (acima de 70 anos), em regra, são extremamente altas. Alegam os planos de saúde, com certa razão, que reduzir os preços dos idosos poderia representar aumento para as faixas mais jovens, uma vez que os custos médico-hospitalares permaneceriam os mesmos. Aliás, esse anelante equilíbrio contratual é discussão antiga das operadoras, que suportam o ônus da desinformação dos usuários e da ambição de alguns profissionais de saúde.

Entretanto, existem alternativas que podem viabilizar o direito do idoso, sem onerar em demasia o contrato. Exemplos, até praticados por alguns planos de saúde, são a adoção de uma rede referenciada, negociando os valores da prestação de serviços; acompanhamento eficaz do consumo do usuário; investimento em sensibilização e motivação do usuário, conscientizando-o da importância de uma utilização responsável; cobrança ao Estado de órteses e próteses cobertas pelos planos de saúde em função da gratuidade insculpida no § 2º do artigo 15 do EI, entre outras medidas que mitigam, em médio e longo prazo, o impacto nas contas.

Por certo, outras alternativas serão propostas para se concilie o direito à prática, garantindo perenidade para as operadoras e uma assistência à saúde digna e viável para os maiores idosos. ♦

Direito em Saúde Suplementar

Jussara Maria de Abreu Guimarães¹

Inicialmente, no decorrer do Curso sobre Saúde Suplementar, foram tratados os princípios básicos da atividade, notadamente, sobre os fundamentos econômicos e atuariais de seguros e planos de saúde. Sob esse enfoque, o funcionamento do seguro se apoia no mutualismo; ou seja, no compartilhamento do risco (*risk pooling*), sendo certo que apenas após a criação da Teoria da Probabilidade, no século XVIII, criou-se o fundamento que daria base ao seguro.

Acerca da palavra risco, pontua-se que possui diversos conceitos próximos, mas diferenciados, tais como:

- ◆ Probabilidade: qual o risco disto acontecer?
- ◆ Evento: o seguro indeniza o segurado em caso de ocorrência do risco coberto.
- ◆ Risco X Incerteza (Frank Knight)

Risco, na visão de Frank Knight, seria um evento aleatório, possível de identificar e mensurar a probabilidade de ocorrência, enquanto na incerteza haveria o desconhecimento da distribuição da probabilidade. Exemplificando, em tal acepção, o risco relaciona-se à conhecida probabilidade de 1/6 de sair qualquer dos lados de um dado lançado.

O resseguro consiste no repasse de um risco grande para uma resseguradora.

Exemplos na visão de Frank Knight:

¹ Juíza de Direito do Juizado Especial Cível de Itaboraí.

- ◆ Evento determinístico. Ex.: Data e hora de eclipse.
- ◆ Risco. Ex. número médio de consultas nos próximos doze meses para pessoas entre 30 e 34 anos.
- ◆ Incerteza. Ex. número médio de consultas num intervalo de doze meses daqui a dez anos para pessoas entre 30 a 34 anos. Não é possível saber a prevalência de doenças, mesmo com conhecimento estatístico.

A seguinte citação esclarece a diferença entre os termos citados, *litteris*: *O tempo é o fator predominante do jogo. O risco e o tempo são faces opostas da mesma moeda, pois sem amanhã não haveria risco. O tempo transforma o risco e a natureza do risco é moldada pelo horizonte do tempo: o futuro é o campo do jogo* (“Desafio aos Deuses - A fascinante história do risco”, de Peter L. Bernstein).

Retornando ao tema inicial, o funcionamento do seguro depende do mutualismo, dentro de grupos homogêneos em relação ao mesmo perfil de risco. Todos os segurados de determinada classe de risco pagam o mesmo valor de prêmio (contraprestação). O valor total dos prêmios será utilizado para pagar os sinistros deste grupo de segurados, durante a vigência da apólice, tal como ocorre no seguro de vida em grupo.

Merece destaque a ponderação acerca da saúde, interpretada de produto a direito à assistência. O seguro saúde tem sido envolvido no debate de distribuição de justiça e método de prover subsidiários para assegurar a cobertura.

A evolução do direito à saúde passou da fase do ressarcimento financeiro (SES) à prestação do serviço por rede própria ou referenciada (OPS). Por muito tempo, o sistema de ressarcimento se manteve, mas houve crescimento de tecnologia e inflação. Nesse contexto, buscou-se um sistema em que as operadoras possuiriam maior controle de custos, através da rede referenciada, estabelecendo procedimentos médicos e administrativos.

Antigamente, havia consenso da supremacia da decisão médica; mas, com o tempo, passou-se a avaliar se o tratamento eleito pelo médico responsável era o adequado ao caso; são perspectivas diferentes, pois o mé-

dico responsável não analisa o custo, enquanto a empresa o faz.

Os contratos de planos de saúde são contratos de seguro?

Independente de considerá-los atípicos ou variações/subtipos dos contratos de seguro, eles partilham a mesma base técnica-econômica. Assim sendo, ambos se fundam no mutualismo, consistente na desintegração econômica do risco, ou sua transformação de individual para coletivo. O segurado transfere o risco para o segurador, que pratica um negócio empresarial, no qual dilui o risco, transformando o risco individual em coletivo. Por isso, o seguro somente pode ser analisado segundo a perspectiva do coletivo.

O segurador estima despesas com a maior precisão possível e dilui em uma massa grande de segurados, encontrando o prêmio puro, no qual insere a margem de risco, as despesas de administração, os tributos e a corretagem.

A obrigação do segurador nasce no momento da contratação, consistindo na garantia de que, caso ocorra o sinistro, o segurado estará coberto. A prestação primária do segurador consiste em garantir que gerenciará os recursos obtidos, para que possa fazer frente às despesas. O segurador possui obrigação de constituir recursos mínimos e provisões técnicas adequadas e suficientes à cobertura dos riscos cobertos no contrato, bem como de administrar os recursos e provisões de modo a assegurar a solvabilidade da empresa.

Nesse sentido, merecem relevo implicações do mutualismo: a boa-fé; a assimetria de informações; a seleção adversa de riscos.

A seleção adversa de riscos significa situação na qual a maior ou menor contratação do seguro é correlacionada à maior ou menor possibilidade de sua fruição (maior ou menor risco) e o segurador não está capacitado a precificá-la. Exemplificando, citamos os fumantes, propensos a contratar seguro diante de sua condição.

A seleção adversa é atenuada:

- ◆ pela maior ou menos propensão dos indivíduos a riscos;
- ◆ pela adoção de *statutory mandates*;
- ◆ pela adoção de critérios de classificação de riscos, separando segu-

rados em sub-grupos específicos e promovendo justiça tarifária.

A exclusão/limitação de doença preexistente se inclui como método de combate à seleção adversa, ou meio neutro de identificar perdas que não deflagram a cobertura conferida pelo contrato? A doença preexistente tem que ser conferida. Caso o segurado possua conhecimento da doença, praticou seleção adversa, razão pela qual, contratualmente, não faz jus à cobertura. As carências também se destinam a combater a seleção adversa, razão pela qual estão excluídas nos procedimentos de urgência e emergência.

Nos planos coletivos, não há seleção adversa, realizada pelo empregador, havendo benefícios, tais como, a ausência de despesas comerciais e administrativas.

O risco moral qualifica-se como o comportamento do segurado após o contrato, tendendo a ser menos cuidadoso e incentivando a ocorrência do sinistro, seja para maior utilização do seguro, seja para utilização de serviços mais sofisticados.

Posteriormente, no curso restou exposta a evolução do seguro saúde, destacando-se o histórico legislativo do setor público e o do setor privado. Primeiro, cuidando do setor público, descreveu-se a seguinte linha temporal:

1. 1923 – Lei n.º 46782 (Lei Eloi Chaves);
2. 1930/1940 – Int. de Aposentaria e Pensão.
Ex.: IAP, Iaserj;
3. 1960 – Lei n.º 3.807 – Lei Orgânica da
Previdência Social e Convênio Empresarial;
4. 1966 – INPS – Unificação dos IAPs;
5. 1974 – INPS – Desmembramento em INSS e INAMPS;
6. 1987 – Criação do Sistema Unificado e Descentralizado
de Saúde (SUDs), gerido pelo INAMPS;
7. 1988 – art. 196 da Constituição da República –
Criação do SUS;
8. 1990 – Leis n.º 8080 e 8142 – Efetivação e
Regulação do SUS.

São princípios doutrinários do SUS a universalidade (todos os cidadãos terão direito a atendimento), a equidade (atendimento igualitário) e a integralidade (atendimento às necessidades de condições).

Segundo, em se tratando do setor privado, foram elencados:

1. 1930 – Autogestão;
2. 1956 – Medicina de Grupo;
3. 1967 – Cooperativa Médica;
4. 1980 – Seguro Saúde;
5. 1990 – Unidas.

A legislação aplicável consiste na Lei n.º 9.656/98, na Lei n.º 9.961/00 e na Lei n.º 10.192/01.

Cuidando-se especificamente do tema Direito Contratual em Saúde Suplementar, foram destacados os princípios da quantificação e previsão do risco e que os serviços efetuam-se de forma plurilateral: operadoras; hospitais; laboratórios; médicos; fornecedores; e institutos de pesquisa.

Segundo as pesquisas realizadas pelo Setor, os usuários se encontram satisfeitos, havendo um percentual de demandas judiciais de 0,6%; ou seja, de 06 ações para cada 1.000 clientes.

Hoje o rol de procedimentos da ANS está baseado na lista de doenças especificada pela OMS, atualizada a cada dois anos. O rol de procedimentos ostenta previsão no art. 10, § 4º, da Lei de Regência, a ser regulamentado pela ANS, assim como as limitações (art. 1º, da Lei n.º 9.961/00). Ex.: Res. Normativa n.º 211.

No caso de doenças preexistentes, a cobertura é parcial, pois são excluídos os procedimentos e internações no período de carência (24 meses). A carência objetiva limitar comportamentos oportunistas, que violam o mutualismo.

A segmentação dos planos acha-se prevista nos arts. 10 a 12 da Lei de Regência, sendo os planos de referência: a) Ambulatorial – em que há cobertura de consultas e exames, mas não de internação; b) Hospitalar – em que há cobertura de internação; c) Hospitalar com Obstetrícia; d) Odontológico. Ressalve-se que a grande maioria dos planos consiste em uma combinação entre as modalidades descritas.

As exclusões, previstas na Lei de Regência, em seu art. 10º contemplam: I) medicamentos, produtos e técnicas classificados como experimentais pelo CFM; II) procedimento estético; III) inseminação artificial; IV) emagrecimento estético; V) produtos e/ou medicamentos não nacionalizados (importados e sem registro na ANVISA); VI) medicamento para tratamento domiciliar, salvo internação domiciliar (que não se confunde com *home care*); VII) medicamento com efetividade reprovada; VIII) prótese ou órtese não ligada ao ato cirúrgico; IX) tratamentos reputados ilícitos; X) em caso de guerras e etc.; XI) acolhimento de idosos.

A partir de 2009, a pessoa tinha a prerrogativa de transferir-se para outra operadora, podendo para tanto portar a carência. Antes da Res. n.º 254 da ANS, a portabilidade somente era possível aos planos novos e individuais, possuindo como requisitos: a adimplência do cliente; e o período de dois anos de manutenção no plano para a primeira portabilidade e de um ano, para a segunda. Após a mencionada resolução, a norma foi estendida para os planos coletivos por adesão (entidade representativa de classe contratou o plano e o indivíduo a ele adere).

Indagou-se acerca dos limites para a prática do ato médico, quando foi noticiado que o CFM reconhece o procedimento de auditoria médica e disciplina a prescrição das OPME's, e arbitragem de especialistas, quando houver conflito (Res. n.º 1614/01 e 1956/10).

O CFM veda ao médico assistente a exigência de fornecedor ou marca comercial exclusiva; ele poderá recusar produto inapropriado, devendo oferecer, pelo menos, três marcas de produtos, de diferentes fornecedores, aprovados pela ANVISA.

A medicina pública e privada está vinculada a protocolos médicos em todo mundo, regulamentados pelos órgãos competentes. Esses protocolos devem ser observados, uma vez que a operadora de plano de saúde consiste em gestora de recurso de terceiros, devendo fazê-lo de forma eficiente. O procedimento de divergência médica qualifica-se como ferramenta importante para impedir fraude relacionada a preço e quantidade de prótese ou medicamento.

No tema Direito Contratual e do Consumidor, merece ser frisado

que a Constituição da República de 1988 significou um marco da Democracia e dos Direitos Humanos, prevendo, dentre os direitos extrapatrimoniais, a dignidade da pessoa humana. O art. 6º da Constituição da República preconizou dentre os direitos sociais, o direito à saúde.

A Defesa do Consumidor viu-se exposta na Constituição da República, assumindo *status* de microsistema, ou seja, de um subsistema do Direito protetivo a esse sujeito vulnerável. A saúde foi tratada como direito de todos e dever do Estado, possibilitando a Constituição da República que a saúde fosse livre à iniciativa privada.

O subsistema de saúde privado encontra-se regulado e fiscalizado pela ANS, conceituando-se o usuário como consumidor. A legislação aplicável consiste no Código de Defesa do Consumidor, na Lei n.º 9.656/98 e nos Regulamentos específicos.

O Código de Defesa do Consumidor possui fincas na Constituição da República, razão pela qual todas as leis que tratam de relação de consumo a ele se subordinam. Apesar do texto do art. 35-G da Lei de Regência, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor não é subsidiária, mas sim complementar à lei específica, devendo ambos os estatutos se orientar pelos mesmos princípios.

Os contratos, na concepção clássica e liberal, consagravam a autonomia da vontade, considerando-se que todos eram livres para celebrar o contrato e manifestar a sua vontade. Na concepção contemporânea, o Estado passou a interferir na manifestação da vontade de contratar, para proteger determinados interesses sociais, o que é nomeado de dirigismo contratual.

Os contratos anteriores à Lei de Regência são regidos pelo Código de Defesa do Consumidor e pelo Dec. N.º 73/66, enquanto os contratos posteriores e os adaptados são regidos pela Lei n.º 8.078/90, pela Lei n.º 9.565/98 e pelos Regulamentos da ANS. Consistem em formas de contratar, individual e coletivo, esse empresarial e por adesão.

O estudo ora procedido revelou a importância dos temas abarcados pelo curso “Direito em Saúde Suplementar” para o exercício da atividade judicante, conferindo instrumental prático ao Magistrado e conduzindo ao debate acerca de matéria, de extrema relevância no cenário jurídico atual. ♦

Saúde Suplementar - Envelhecimento e Reajuste por Faixa Etária

Larissa Pinheiro Schueler ¹

A saúde suplementar se caracteriza pelo atendimento privado de saúde, através de planos ou seguradoras de saúde, regulados pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, criada pela Lei nº 9.961/00, que definiu suas finalidades, estruturas, atribuições, receita e a vinculação ao Ministério da Saúde.

Indaga-se se os reajustes em razão de mudança na faixa etária devem ser efetuados de acordo com o previsto contratualmente, desde que tal previsão esteja de acordo com as normas vigentes à época da assinatura do contrato, ou se há que se aplicar a Lei nº 10.741/03 (Estatuto do Idoso) aos contratos anteriores à sua vigência.

Nos contratos firmados antes da vigência da Lei nº 9.656/98; ou seja, antes de 1º de janeiro de 1999, e que não tenham sido a ela adaptados, os reajustes por mudança de faixa etária devem estar expressamente previstos em cláusula contratual. Isto porque, até o advento da Lei nº 9.656/98, não havia regulação sobre faixas etárias e reajustes a elas vinculados; porém os contratos poderiam prever a diferenciação de mensalidades por faixa etária.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento de liminar na ADI nº 1931-DF, suspendeu a eficácia do art. 35-G da Lei nº 9.656/98, hoje renumerado como art. 35-E pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 24 de agosto de 2001, que tem por objeto os contratos celebrados anteriormente à vigência da lei, por violação ao art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal.

¹ Juíza de Direito da 4ª Vara Cível de São Gonçalo.

Entendeu o relator Ministro Maurício Corrêa que o dispositivo interfere na órbita do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, visto que cria regras completamente distintas daquelas que foram objeto da contratação. Em seu voto, concluiu que a retroatividade determinada pelo art. 35-G faz incidir regras da legislação nova sobre cláusulas contratuais preexistentes, firmadas sob a égide do regime legal anterior, que afrontam o direito consolidado das partes, de tal modo que viola o princípio consagrado no inciso XXXVI do art. 5º da Constituição Federal e põe-se em contraste com a jurisprudência do STF.

Em voto vista, o Ministro Nelson Jobim lembra que, nos casos concretos, as situações previstas no art. 35-E - reconhecido como inconstitucional -, poderão ser tratadas, validamente, a partir de outras normas eventualmente aplicáveis, como o Código de Defesa do Consumidor, por exemplo.

A Lei nº 9.656/98 veda a discriminação de pessoas para contratação e precificação das mensalidades, exceto pela idade, permitindo preços diferenciados por faixa etária.

O art. 35-A criou o Conselho de Saúde Suplementar – CONSU, que tem, dentre suas atribuições, estabelecer e supervisionar a execução de políticas e diretrizes gerais do setor de saúde suplementar.

A Resolução nº 06/98 do CONSU, que dispõe sobre critérios e parâmetros de variação das faixas etárias dos consumidores para efeito de cobrança diferenciada, bem como de limite máximo de variação de valores entre as faixas etárias definidas para planos e seguros de assistência à saúde, estabeleceu no artigo 1º sete faixas etárias a seguir discriminadas: de 0 a 17 anos, de 18 a 29 anos, de 30 a 39 anos, de 40 a 49 anos, de 50 a 59 anos, de 60 a 69 anos e de 70 anos ou mais.

Todavia, muito se discute acerca da legalidade do reajuste das mensalidades dos segurados que atingem a idade de 60 anos, na qual passa a ser considerado idoso pela Lei nº 10.741/03.

O Superior Tribunal de Justiça julgou improcedente ação coletiva proposta pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC) que objetivava a declaração de nulidade de cláusulas contratuais constantes dos

contratos celebrados entre a empresa Bradesco Saúde S/A e os consumidores associados do IDEC, as quais estabeleciam reajustes das mensalidades baseados exclusivamente na mudança de faixa etária do segurado (REsp 866.840 – 4ª Turma).

O voto vencedor da lavra do Ministro Raul Araújo destacou que “quanto mais avançada a idade do segurado, independentemente de ser ele enquadrado ou não como idoso, nos termos do respectivo Estatuto, maior será seu risco subjetivo, pois, normalmente, é provável que a pessoa de mais idade necessite de serviços de assistência médica com maior frequência do que a pessoa que se encontre numa menor faixa etária”.

Visando a encontrar um ponto de equilíbrio entre o que dispõe a Lei nº 9.656/98 quanto aos reajustes por mudança de faixa etária e o Estatuto do Idoso, que veda a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade (Lei nº 10.741/03, art.15, § 3º), é que o Egrégio Superior Tribunal de Justiça entendeu que este dispositivo legal deve ser interpretado com base no princípio da boa-fé objetiva, no sentido de que não se reputa abusivo todo e qualquer reajuste que se baseie em mudança de faixa etária, mas tão somente o reajuste discriminante, desarrazoado, que, em concreto, traduza verdadeiro fator de discriminação do idoso, justamente por visar, dificultar ou impedir sua permanência no plano.

“A cláusula contratual que preveja aumento de mensalidade com base exclusivamente em mudança de idade, visando forçar a saída do segurado idoso do plano, é que deve ser afastada. Esse vício se percebe pela ausência de justificativa para o nível do aumento aplicado, o que se torna perceptível sobretudo pela demasia da majoração do valor da mensalidade do contrato de seguro de vida do idoso, comparada com os percentuais de reajustes anteriormente postos durante a vigência do pacto. Isso é que compromete a validade da norma contratual, por ser ilegal, discriminatória. (omissis). Nesse contexto, deve-se admitir a validade de reajustes em razão da mudança de faixa etária, que, como visto, se jus-

tifica em razão do aumento do risco subjetivo, desde que atendidas certas condições, quais sejam: a) previsão no instrumento negocial; b) respeito aos limites e demais requisitos estabelecidos na Lei Federal nº 9.656/98; e c) observância do princípio da boa-fé objetiva, que veda índices de reajuste desarrazoados ou aleatórios, que onerem em demasia o segurado.” (REsp 866.840/SP, Voto vencedor Min. Raul Araújo, j.07/06/2011).

Portanto, os reajustes implementados pelos planos de saúde em razão de mudança de faixa etária não se revestem de ilegalidade, devendo ser apreciados com respeito às singularidades de cada caso, de modo a não ferir os direitos do idoso nem desequilibrar as contas das seguradoras.

O relator do recurso, Ministro Luis Felipe Salomão, que ficou vencido no julgamento, entendeu ilegal o reajuste de 78,03% das mensalidades do plano de saúde, classificando como “predatória e abusiva” a conduta da seguradora que cobra menos dos jovens, que raramente adoecem e usam o serviço, ao mesmo tempo em que “torna inacessível o seu uso àqueles que, por serem de mais idade, dele com certeza irão se valer com mais frequência”.

Na interpretação do Ministro Luis Felipe Salomão, o art.15, § 3º, do Estatuto do Idoso contrapõe-se aos reajustes escalonados em razão da faixa etária autorizados pela Lei 9.656/98, e veio a pôr fim a quaisquer dúvidas acerca a impossibilidade de discriminação do idoso.

O voto vencido menciona, ainda, o posicionamento do STJ em julgamento anterior da relatoria da Ministra Nancy Andrighi (Resp 989.380-RN), quando da discussão sobre a aplicação do Estatuto do Idoso aos contratos celebrados anteriormente à sua edição e à da Lei 9.656/98, levando-se em conta que o único motivo utilizado pela seguradora para majoração do valor das mensalidades, por faixa etária, era a condição jurídica de idoso. A doutra Ministra Nancy Andrighi explicitou em seu voto que

“o surgimento de norma cogente (impositiva e de ordem pública), posterior à celebração do contrato de trato sucessivo, como acontece com o Estatuto do Idoso, impõe-lhe aplicação imediata,

devendo incidir sobre todas as relações que, em execução contratual, realizarem-se a partir da sua vigência, abarcando os planos de saúde, ainda que firmados anteriormente à vigência do Estatuto do Idoso”.

Ressalte-se que o julgamento do Recurso Especial nº 989.380 ocorreu em 06/11/2008 e, anteriormente, houve o julgamento do Recurso Especial nº 809.329 (em 25/03/2008), no qual a também relatora Ministra Nancy Andrighi, entendeu que “se o implemento da idade, que confere à pessoa a condição jurídica de idosa, realizou-se sob a égide da Lei nova, não estará o consumidor usuário do plano de saúde sujeito ao reajuste estipulado no contrato e permitido pela lei antiga. Estará amparado, portanto, pela Lei nova”.

Cumpra-se notar que esta não prejudica o ato jurídico perfeito ou o direito adquirido, haja vista que, enquanto o contratante não atinge o patamar etário predeterminado, os efeitos da cláusula permanecem condicionados a evento futuro e incerto, não se caracterizando o ato jurídico perfeito, tampouco se configurando o direito adquirido da empresa seguradora, qual seja, de receber os valores de acordo com o reajuste predefinido.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro já consolidou o entendimento de que “A vedação do reajuste de seguro saúde, em razão de alteração de faixa etária, aplica-se aos contratos anteriores ao Estatuto do Idoso” (Súmula TJRJ nº 214, publicada em 09/05/2011).

É uníssona a jurisprudência deste Estado, no sentido de que o Estatuto do Idoso é aplicável aos contratos de trato sucessivo, assim considerados aos planos de saúde, ainda que firmados anteriormente à sua vigência, sendo abusiva e ilegal a majoração das mensalidades em razão da idade, posto que configura discriminação ao idoso, vedada expressamente pelo artigo 15, § 3º, da Lei nº 10.741/03 (Estatuto do Idoso).

Funda-se tal entendimento no fato de que, a partir do momento em que o segurado completa 60 anos, fica imune ao reajuste da mensalidade com base, exclusivamente, no implemento da idade, aplicando-se a partir daí o Estatuto do Idoso.

Veja-se esclarecedor Acórdão da lavra do Des. Rogério de Oliveira Souza, da 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

Os reajustes decorrentes de mera atualização monetária, evidentemente, por não guardarem aumento em si, não estão vedados, pois visam tão somente manter o padrão monetário atual do valor da moeda. O que pretendem os planos de saúde, no entanto, é coisa diversa. Atribuir novo valor de mensalidade (e não mero reajuste) quando o consumidor atinge determinada faixa etária é afrontar não apenas a Constituição, como o próprio Estatuto do Idoso, porquanto representa discriminação odiosa tão somente em função da idade. Não se diga que as pessoas mais velhas carecem de maiores cuidados, porquanto tal regra não pode ser aplicada na generalidade das pessoas; ainda que o fosse, empregando-se o mesmo raciocínio, as pessoas mais jovens necessitariam de , o que compensaria, em termos atuariais, a massa de contribuintes do plano. A seu turno, tendo o contrato da Apelada continuado a vigor após o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003), é evidente que suas disposições têm pronta aplicação ao mesmo. Ainda que se pretenda reduzir sua incidência, o direito da Apelada estaria protegido anteriormente pelo Código de Defesa do Consumidor, pois os aumentos pretendidos estariam em completa afronta aos dispositivos protetivos do Código. Com efeito, o contrato de plano de saúde foi celebrado em agosto de 1997, na vigência do Código do Consumidor, contando a consumidora hoje com de 73 anos de idade. A natureza da relação jurídica mantida entre as partes, como já dito, é de consumo, nos termos definidos pelo artigo 2º e 3º da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor). Mais recentemente, esta relação recebeu atenção especial do legislador no que diz respeito ao consumidor idoso, com o advento da Lei 10.741, de 01/10/2003, conhecida como Estatuto do Idoso. Para os fins da Lei, é considerado idoso “as pessoas com idade igual a superior a 60 (sessenta) anos”, conforme dispõe seu artigo 1º. A

proteção especial garantida pelo Estatuto não inibe qualquer outra situação protetiva estabelecida em outras leis que tenham por objeto a atuação do idoso em sociedade. No caso dos autos, verifica-se evidente afronta do Apelante em face da legislação protetiva, uma vez que a mesma tem aplicação imediata aos contratos em que figure o idoso, mormente aqueles de trato sucessivo e prestações continuadas, como é o caso dos planos de saúde. É evidente que as cláusulas dos contratos que prevêem reajuste das mensalidades em razão do ingresso em nova faixa etária não podem mais ser consideradas válidas em face do Estatuto, porquanto o mesmo estabelece no § 3º do artigo 15 que “é vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade”. Não cabe, portanto, qualquer majoração de valor como consequência imediata do avanço do consumidor em novo ciclo etário de sua vida, porquanto tal aumento de preço do serviço prestado pelo plano de saúde ofenderia sua própria dignidade de ser humano. A idade, por si, não mais pode servir como fundamento para a fixação de preço diferenciado de serviço; a se entender de forma diversa, haveria discriminação em desfavor do idoso (Agravo Inominado na Apelação Cível nº 0030958-78.2011.8.19.0001, j. 26/07/2011).

O voto acima ainda faz referência ao voto da Ministra Nancy Andrighi, prolatado no julgamento do Reurso Especial nº 989.380-RN, sobre ao qual já nos referimos neste trabalho.

Conclui-se, portanto, que o entendimento jurisprudencial atual e majoritário neste Tribunal de Justiça acompanha o entendimento exposto pela Ministra Nancy Andrighi no julgamento do Recurso Especial nº 98.380-RN, sendo aplicável o art.15, § 3º do Estatuto do Idoso aos contratos de plano de saúde firmados anteriormente à sua vigência, haja vista se tratar de contrato de trato sucessivo.

Fica, assim, vedado o reajuste de mensalidades por mudança de faixa etária, sem comprovação do aumento dos custos operacionais das segura-

doras de saúde; isto é, sem prova de desequilíbrio contratual que justifique a majoração das prestações periódicas pagas pelos segurados. Ausente esta prova, deve-se considerar como limite máximo para os reajustes anuais das mensalidades dos planos de saúde aqueles expressamente autorizados pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS. ♦

Fundamentos econômicos e atuariais de seguros e planos de saúde

Lucia Helena do Passo ¹

No início, o Prof. Dr Luiz Augusto Carneiro discorreu sobre a precificação do seguro saúde, noticiando que a composição do prêmio (ou mensalidade) compreende os seguintes itens: despesas comerciais, despesas administrativas, carregamento de risco, prêmio de risco, lucros e tributos. Acrescentou que a precificação leva em conta: 1- Período de exposição (observando que os períodos de carência não são computados como períodos de exposição) 2 - Precificação por idade (7 faixas etárias ou 10 faixas etárias). Na conclusão, o palestrante mencionou que o grande desafio à sustentabilidade econômico-financeira do setor é vencer o impacto do envelhecimento da população.

Em continuidade, o Des. Mauri Gomes Bottesini teceu considerações sobre os Princípios Constitucionais que garantem o direito à saúde (arts. 6º, 196, 197, 198, 199, 200 e 170 da CF) e traçou um histórico da assistência à saúde no Brasil.

Segundo o expositor, o sistema de saúde suplementar surgiu, em nosso país, com a promulgação da Lei Eloi Chaves de 1923:

As políticas sociais, intervenções estatais voltadas para modificar as condições materiais e culturais de reprodução da classe trabalhadora, só começaram a se estruturar de forma sistemática e contínua no Brasil, a partir de 1923, com a Lei Eloi Chaves

¹ Juíza de Direito da 2ª Vara de Família de São João de Meriti.

*que regulamentou as caixas de aposentadoria e pensão dos trabalhadores dos setores econômicos mais importantes. Era o início do sistema previdenciário e de assistência médica de âmbito nacional.*²

Sublinhou que, a partir da década de 1930, a assistência médica foi adotada pelos empregadores como benefício patronal concedido a determinados grupos de trabalhadores brasileiros. Adicionalmente, lembrou que somente em 1966 foi editado o Decreto-lei 73, que regulamentou os seguros de saúde sob uma concepção geral de seguro, não havendo, à época, norma específica para regulamentar os planos de saúde, de forma a abranger todos os figurantes envolvidos - operadora de planos de saúde, prestador e usuário.

Os Conselhos de Medicina e outras entidades de classe, desde a década de 1960, lutaram em defesa da autonomia profissional e contra a intermediação do trabalho médico - assim, em 1987, o Conselho Regional de Medicina do Rio de Janeiro (CREMERJ) aprovou a Resolução nº. 19/1987 dirigida às operadoras de medicina de grupo do Estado do Rio de Janeiro, pela qual buscava assegurar a autonomia do profissional médico, além de pretender preservar a liberdade do paciente na escolha do médico, assim como fixar justa remuneração da consulta médica.

Posteriormente, o Conselho Federal de Medicina (CFM) elaborou a Resolução 1.401/1993 dirigida a todas as operadoras de planos de saúde em atuação no território nacional. No entanto, a mencionada Resolução teve sua vigência sustada por uma liminar concedida à Confederação das Misericórdias.

Em razão do clamor e da pressão popular, foram apresentados no Congresso Nacional mais de dez projetos sobre o tema e a regulamentação dos planos de saúde foi colocada como prioridade na agenda política nacional. Essas foram as razões políticas e sociais, relacionadas com a estrutu-

² VASCONCELOS, Eymard Mourão. "A priorização da família nas políticas de saúde". *Revista Saúde em Debate - CE-BES*. Rio de Janeiro, v. 23, n. 53, p. 6-19, set./dez. 1999.

ra do mercado dos planos de saúde que ensejaram sua regulamentação.

Com a promulgação da Constituição Federal em 1988, após intensa mobilização popular, o direito universal à saúde foi erigido à categoria de norma constitucional, como um dos direitos sociais, sendo criado o Sistema Único de Saúde (SUS) para operacionalizar a norma constitucional.

Contudo, esta inserção na ordem constitucional ocorreu na contra-mão da história e em momento em que existia uma conjuntura internacional nitidamente neoliberal, que consagra o Estado mínimo e a contenção dos direitos sociais, de forma que, por tal ótica, o direito à saúde deveria ser tratado como bem de consumo, ou negociado entre patrões e empregados como benefício trabalhista.

A criação do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS) em 1966 (substituindo os antigos institutos de aposentadoria e pensão organizados por diversas categorias profissionais) e do Sistema Único de Saúde (SUS) em 1988, não diminuiu, contudo, a fragmentação das políticas sociais.

Somente na década de 1990, aconteceu a efetiva regulamentação dos planos de saúde que culminou na aprovação da Lei nº. 9.656/98.

O sistema de saúde no Brasil foi concebido à luz da Constituição Federal de 1988 que define a saúde como um direito, cabendo ao Estado não só manter a assistência pública, como também promover a edição de normas de proteção à saúde e da prestação de assistência médica e hospitalar.

O sistema de saúde é dividido em dois subsistemas: o público e o privado. O subsistema público é composto pelo Sistema Único de Saúde (SUS), universal de assistência, com financiamento público e a participação das três esferas da federação (União, Estados e Municípios), gestão pública, única, com integração e articulação entre as diferentes esferas e a prestação de assistência, através de serviços de rede própria (municipal, estadual e federal), de serviços públicos, de outras áreas de governo e de serviços privados, contratados ou conveniados.

A implantação do SUS representou a extensão de assistência médico-sanitária a expressivos contingentes de brasileiros. No entanto, a consolidação do sistema e a legitimação social do SUS ainda estão longe de acontecer e existe longo caminho a trilhar, até que toda a população usufrua dos

serviços de saúde de maneira integral. Ainda segundo o autor, embora haja gratuidade no acesso e utilização dos serviços do SUS, o desembolso ocorre de forma indireta, através do pagamento dos impostos.

“O subsistema privado é dividido em dois subsetores: o subsetor saúde suplementar e o subsetor liberal clássico. O liberal clássico é o composto por serviços particulares autônomos, caracterizados por clientela própria, captada por processos informais, em que os profissionais da saúde estabelecem diretamente as condições de tratamento e de sua remuneração. A saúde suplementar é composta pelos serviços financiados pelos planos e seguros de saúde, sendo predominante neste subsistema. Este possui um financiamento privado, mas com subsídios públicos, gestão privada regulada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar. Os prestadores de assistência são privados, credenciados pelos planos e seguros de saúde ou pelas cooperativas médicas, serviços próprios dos planos e seguros de saúde, serviços conveniados ou contratados pelo subsistema público, que são contratados pelas empresas de planos e seguros de saúde que fazem parte de sua rede credenciada (BRASIL, 2007).

O setor de planos de saúde é definido como suplementar, no Brasil, devido à opção de se pagar um seguro privado para ter acesso à assistência médica, a despeito da manutenção da contribuição compulsória para a seguridade social, que inclui o direito ao acesso ao serviço público (BAHIA, 2001). “Por outro lado, poderia ser classificado de complementar, e por vezes o é, quando supõe a existência e a limitação do sistema de saúde público - neste caso, o sistema privado complementa a cobertura de determinados serviços”.³

3 PIETROBON, Louise; DO PRADO, Martha Lenise; CAETANO, João Carlos. “Saúde Suplementar no Brasil: o papel da Agência Nacional de Saúde Suplementar na regulação do setor”. *Physis Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, 767-783. 2008.

A regulação é realizada através de intervenção do governo, por meio de regras, leis e normas, no mercado de prestação de serviços de saúde ou no sistema de saúde. A função regulatória pode ter várias formas, como a definição de arcabouço legal, a regulação da competitividade, os parâmetros mínimos de excelência e, em particular, as várias formas de incentivo financeiro.

A regulação ocorre quando o governo controla, ou deliberadamente influencia determinada atividade, pela manipulação de variáveis como preço, quantidade e qualidade. Dessa forma, é necessário ter em mente o significado da regulação; manter foco no objetivo de assegurar o desempenho do sistema de saúde; ou seja, prestar assistência eficiente e equitativa no atendimento às necessidades de saúde da população.

O modelo de regulação do setor de saúde suplementar brasileiro é diferente do encontrado internacionalmente, pois, na maioria dos países, a regulação desenvolve-se a partir da atividade econômica em si, com atuação dos governos sobre a atividade das empresas do setor, para controle e garantia de suas condições de solvência e competitividade do mercado.

No Brasil, a opção foi por regular fortemente a assistência à saúde, com a proibição da seleção de risco e do rompimento unilateral dos contratos. A regulação do setor de saúde suplementar surgiu após mais de 30 anos de operação das empresas sem controle do governo. A partir de 1998, os consumidores passaram a ter a proteção do Código de Defesa do Consumidor, que deve nortear as relações de consumo.

Destaca-se ainda a atuação nos Procons estaduais e municipais, no atendimento das demandas da população, o que beneficiou os consumidores nos conflitos com as operadoras de planos de saúde. No entanto, a atuação dos Procons mostrou-se insuficiente para regular as relações entre consumidores e operadoras, havendo a necessidade de intervenção estatal, para corrigir as falhas do mercado, como as exclusões de atendimento e as mensalidades abusivas.

Neste momento, constata-se uma multiplicidade de padrões de qualidade do setor, além de fragmentação e descontinuidade do atendimento que comprometem a eficiência do sistema, atingindo todas as redes de

cuidados básicos, especializados e hospitalares à disposição da clientela de planos de saúde.

A criação da ANS possibilitou maior conhecimento do setor e a definição de critérios para a atuação das empresas neste mercado, fixando regras de funcionamento e promovendo acompanhamento econômico-financeiro das operadoras de planos e seguros de saúde. Esta fiscalização tem ainda o escopo de impedir que as operadoras neguem direitos dos usuários e obtenham vantagens ilícitas sobre estes.

Em prosseguimento, o Dr Denys Zimmermann esclareceu que o seguro saúde evoluiu do ressarcimento financeiro (SES) à prestação de serviços por rede própria, ou rede referenciada. O palestrante sublinhou que, anteriormente, havia consenso social em favor do controle absoluto do médico sobre o tratamento do segurado, que se contrapõe aos questionamentos pelas SES e OPS acerca do julgamento médico (“medical necessity provisions”). Esses fatores sofreram significativas alterações, em razão da falência dos serviços públicos de saúde, do surgimento de novas tecnologias e do aumento da expectativa de vida da população.

Os contratos de planos de saúde e de seguro partilham da mesma base técnico-econômica, tendo como característica especial o mutualismo, com desintegração econômica do risco, ou sua transformação de risco individual em coletivo.

O contrato de seguro é um mecanismo de colocação ou distribuição de riscos no interior da coletividade de segurados - onde há a contraposição da comutatividade com a aleatoriedade. Existe a obrigação das SES e OPS de elaboração e de apresentação de nota técnica atuarial, além de constituição de recursos próprios mínimos e provisões técnicas adequadas e suficientes à cobertura dos riscos cobertos pelos contratos, assim como de promover uma administração dos recursos e provisões, de modo a assegurar a solvabilidade dos contratos.

O mutualismo tem outras implicações, assim, a boa-fé, a assimetria de informações e a seleção adversa de riscos criam uma situação na qual a maior ou menor contratação do seguro é condicionada proporcionalmente à possibilidade de sua fruição (isto é, ao maior ou menor risco) e o segura-

dor não está capacitado a precificá-la.

A seleção adversa pode ser alterada para mais ou para menos, de acordo com a propensão de determinados grupos ou indivíduos a riscos, pela adoção de *statutory mandates*, pela adoção de critérios de classificação de riscos que separem os segurados em subgrupos específicos (*risk classifications*) segundo variáveis que, atendendo a determinados padrões, promovam maior “justiça tarifária”.

A exclusão ou limitação - a DLP - é um método para o combate à seleção adversa, ou um meio neutro de se identificarem perdas (isto é despesas hospitalares) que não deflagram a cobertura conferida pelo contrato.

Qual é a razão de ser das carências? É a proteção do mercado contra a seleção adversa.

A seleção adversa nos planos coletivos contém menores despesas com propaganda, com administração e quem protege contra seleção de riscos é o empregador.

Risco moral - ocorre quando o comportamento de um segurado se modifica de modo a importar aumento de custos para o segurador, em razão de o segurado transferi-los para o plano. A diluição de riscos pela via da contratação do seguro cria um incentivo a que o segurado utilize mais, ou requeira serviços sofisticados que, de outro modo, não seriam tecnicamente necessários.

Por seu turno, o Dr José Cechin abordou envelhecimento e reajuste pela faixa etária, mais precisamente, o impacto da Lei 9.656/98 e do Estatuto do Idoso.

Sob esse enfoque, o envelhecimento da população permite uma previsão da pirâmide invertida em 2050 - hoje estamos na faixa de ouro, aquela em que a proporção da força de trabalho ativo aumenta.

As razões do crescimento das despesas são: incorporação da tecnologia, aumento da renda da população (há número maior de pessoas dispostas a gastar mais dinheiro e mais renda para cuidar da saúde), envelhecimento da população, transição epidemiológica - foram erradicadas as doenças infecto-contagiosas, mas essa erradicação incrementou as doenças crônicas

(próprias da longevidade).

A precificação segue o princípio do seguro - é baseado no mutualismo - um determinado grupo de indivíduos contribui com recursos para um fundo comum, destinado a custear as despesas do próprio indivíduo e a de todas as pessoas do grupo que necessitarem.

A Lei 9.656/98 - lei dos planos de saúde - veda discriminação de preços entre pessoas-exceto por idade - permite diferenciar mensalidades por idade e a Resolução Consu/98 define 7 faixas etárias, a última com 70 anos.

A Lei 10.741/2003 - Estatuto do Idoso (art.15) veda a discriminação do idoso nos planos de saúde, em razão da idade. Com o Estatuto do Idoso, a Resolução ANS 63/2003 definiu 10 faixas etárias.

Cada grupo é solidário entre si, como o risco dos idosos é mais alto e a renda mais baixa, o regulamento definiu a solidariedade entre as faixas etárias (pacto de gerações). Os menores de 59 financiam os maiores de 60 - e a solidariedade é mais acentuada nas faixas anteriores à última.

Conclui o palestrante com a proposta de formação de um capital acumulado - com a criação de um fundo na vida ativa, para financiar o plano de saúde após a inatividade.

Tratando da regulação do setor, o Dr Luiz Celso Dias Lopes atribuiu ênfase à Lei 9.656/98, que, em conjunto com a criação da ANS pela Lei 9.961/2000, unificaram a atividade reguladora dos planos de saúde em um único órgão - a ANS.

O controle da ANS é feito de três formas 1 - pelo Executivo, através do Ministério da Saúde, 2 - pelo Legislativo, através do Tribunal de Contas e 3 - pelo Judiciário.

No que se refere ao reajuste pela variação pela faixa etária, observou o palestrante que a Lei 9.656/98 no art. 15, *caput*, parágrafo único previu este reajuste - conforme normas expedidas pela ANS - e veda a variação, para maiores e 60 anos participantes há mais de 10 anos.

O palestrante Des. Carlos Augusto Guimarães comentou as recentes decisões dos tribunais sobre o tema, concluindo que podem trazer consequências nefastas para a ordem jurídica, como a relativização do ato jurídico perfeito e do direito adquirido - relativização que pode vir a se estender

a qualquer tipo de contrato, resultando em insegurança jurídica.

Conclusão:

O Desembargador Jessé Torres, após feliz exibição de um bem escolhido filme sobre o tema, lembra a todos que as questões jurídicas devem ser julgadas de acordo com as normas e princípios vigentes, mas que os julgadores não devem se esquecer de vislumbrar o valor maior que se busca proteger - a dignidade da pessoa humana. ♦

ANS – Papel Institucional e Competência do Rol de Procedimentos

Luciana Gomes de Paiva ¹

Da palestra do Dr. Franklin Padrão, de início, destacam-se os princípios doutrinários de universalidade, equidade e integralidade, os quais dão fundamento para todos os cidadãos demandarem acesso aos procedimentos e cuidados adequados a suas necessidades biopsicossociais.

O mutualismo, que apesar de ter possibilitado o acesso aos planos, não conseguiu resolver a velocidade do crescimento dos custos, ante a elevação da expectativa de vida. O preço deve ser seletivo, competitivo, acessível ao consumidor e garantidor da solvência da empresa. O disposto nos artigos 30 e 31 da Lei 9.656/98 deve ser objeto de profunda discussão entre a sociedade e os planos de saúde.

Apresentando uma cronologia da evolução do setor privado, apontou o que segue:

- 1930- Autogestão
- 1956- Medicina de Grupo
- 1967 – Cooperativa Médica
- 1971 – Planos de saúde – intermediação do serviço
- 1980- Seguro saúde
- 1990- Unidas

Mais adiante, apresentou visão esquemática da regulamentação do setor, destaque à Lei 9.656 de 03/07/98:

¹ Juíza de Direito do I Juizado Especial Cível de Alcântara - São Gonçalo.

- Define operadoras e planos de saúde
- Subordina à ANS qualquer modalidade de produto que garanta cobertura financeira de riscos à assistência técnica, hospitalar ou odontológica
- Estabelece segmentações, coberturas e procedimentos excluídos
- Cria regras de rescisão para planos individuais
- Define mecanismos de regulação, carências, coberturas parcial temporária (CPT) coparticipação e franquia
- Estabelece benefícios para demitidos e aposentados
- Cria o Conselho de Saúde Suplementar – CONSU, então composto pelos Ministérios da Justiça, Fazenda e Saúde e Planejamento. No entanto, este Conselho não publica normativos desde 04/2002.

Quando tratou da criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar Lei 9.961 de 28/01/00, fez referência às seguintes competências da ANS:

- Promover a defesa do interesse público, fixar normas para constituição, organização, funcionamento e fiscalização das operadoras
- Elaborar o rol de procedimentos (RN211/10) A Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) publica nesta terça-feira, 02/08/2011, a Resolução Normativa 262 que atualiza o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, garantindo e tornando pública a cobertura assistencial mínima obrigatória. O rol constitui a referência básica para cobertura assistencial nos planos privados de assistência à saúde, contratados a partir de 1º de janeiro de 1999 e é revisado a cada dois anos. Nesta atualização será incluída a cobertura para cerca de 60 novos procedimentos, que entrará em vigor a partir do dia 01/01/2012.

Criar critérios para movimentação de prestadores (RN 85 e IN 23 ambas com as suas alteração)

Estabelecer normas de disponibilidade e acesso aos serviços de saúde (RN 259/11)

Garantias financeiras (RDC 77/01)

Estabelecer sub-segmentações de planos (não normatizados pela ANS)

Definir critérios e autorizar reajustes (RN 121/08) e revisões (não há normativo).

Quanto aos valores e reajustes dos planos, cabe registrar que o De-

sembargador Carlos Augusto trouxe à discussão a aplicação no tempo do artigo 15 da Lei 10741/03, demonstrando as fundamentações das decisões dos ministros que integram os tribunais superiores. Muitos se baseiam no entendimento de que os contratos seriam de trato sucessivo, a aplicação seria imediata da lei, por se tratar de norma cogente. Interessante para o tema é a ADIN 493-0 do DF, de relatoria do Ministro Moreira Alves.

A discussão se fez interessante. É preciso maior estudo sobre o tema, notadamente considerando que aqueles que celebram os contratos a partir de 2003, já com a vigência do Estatuto do Idoso, deverão ser protegidos, em respeito à Constituição, não sendo possível supor que, mesmo com a alteração da legislação, o Judiciário deixará de respeitar a lei então vigente, resguardando a vedação ao aumento dos preços, quando eles alcançarem 60 anos. Em outras palavras: mesmo que eventual futura lei altere tal entendimento e o legislador opte por autorizar os aumentos, esses consumidores, por óbvio, terão garantidos os direitos de aplicação da lei vigente, quando da contratação do plano. O mesmo raciocínio deveria ser aplicado aos que contrataram antes da lei e aos que vierem a contratar, sob a vigência de outra lei, no futuro.

O entendimento do nosso Tribunal de Justiça, porém, é o da imediata aplicação do Estatuto, mesmo aos contratos celebrados antes da sua vigência. A cláusula de reajuste das mensalidades de planos de saúde, com base na mudança de faixa etária do consumidor idoso, seria tida por ilícita, já que o art. 15, § 3º, do Estatuto do Idoso impede a discriminação do idoso pela cobrança diferenciada de mensalidades. Conquanto o usuário ou consumidor tenha celebrado o contrato antes da vigência da Lei nº 10.741/03, não há que se falar em ofensa ao ato jurídico perfeito, por se tratar de relação jurídica de trato sucessivo. O referido diploma legal tem aplicação imediata, alcançando, inclusive, contratos firmados anteriormente à sua vigência.

Por seu turno, a Lei 10.192 de 14/02/01 dispõe sobre medidas complementares ao Plano Real e reconhece a licitude de reajustes anuais (inflação) e de revisões contratuais (sinistralidade), definindo periodicidade e forma de cálculo.

Quanto aos eixos temáticos alusivos à ANS (2011/2012), o modelo de financiamento do setor representa aperfeiçoamento de modelo atual de reajuste de preços de planos individuais.

Outro ponto de destaque é a garantia de acesso e qualidade assistencial, que preconiza estabelecimento de parâmetros de tempo máximo, para agendamento e quantidade de serviços por beneficiários e modelo de pagamento a prestadores, bem como assistência farmacêutica, no intuito de ampliar o oferecimento de planos com assistência nesse campo.

O incentivo à concorrência visa a fomentar a oferta de planos, oferecendo informação capaz de aumentar o poder de escolha do consumidor. Nesse sentido, consumidores de planos de saúde individuais ou familiares e coletivos já contam com as normas previstas na Resolução Normativa nº 252, que ampliam as regras de portabilidade de carências.

A resolução da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) foi publicada no Diário Oficial da União de 29 de abril deste ano, concedendo um prazo de 90 dias para adaptação das operadoras. A norma atinge cerca de 13,1 milhões beneficiários, que passam a ter direito a mudar de plano de saúde, sem cumprimento de novos prazos de carência. *“A medida aumenta o poder de decisão do consumidor, faz crescer a concorrência no mercado e, em consequência, gera melhoria do atendimento prestado ao beneficiário de plano de saúde”*, ressalta o diretor-presidente da ANS, Mauricio Ceschin. A possibilidade de mudar de plano de saúde, levando consigo os períodos de carência já cumpridos, é uma realidade desde abril de 2009, para os beneficiários de planos contratados a partir de 2 de janeiro de 1999, após a regulamentação do setor. Entre os principais ganhos para o consumidor com a nova resolução, estão: a extensão do direito para os beneficiários de planos coletivos por adesão e a instituição da portabilidade especial para clientes de operadoras extintas.

Quanto à garantia de acesso à informação, no caso de contratos antigos – estimula-se a adaptação ou migração do contrato antigo, para que passem a ter acesso aos direitos e garantias da Lei 9.656-98. A Resolução Normativa nº 254 da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), que dispõe sobre a adaptação e migração de contratos individuais/fami-

liares e coletivos antigos, passou a vigorar em 04 de agosto, beneficiando cerca de nove milhões de usuários de planos de saúde, não regulamentados pela ANS, pois foram firmados antes de janeiro de 1999, quando entrou em vigor a Lei nº 9.656/98, que regula o setor de planos de saúde. Busca-se incentivar os beneficiários a alterar seus contratos, para que tenham a segurança e garantias trazidas pela regulamentação do setor, tais como regras de reajuste, garantia às coberturas mínimas obrigatórias listadas no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde e, posteriormente, utilizar a Portabilidade de Carências.

Assistência ao idoso – serão propostas iniciativas na atenção à saúde ao idoso, tendo em vista criar e estimular a venda de planos específicos para a terceira idade.

No que concerne à integração da saúde suplementar com o SUS, preconiza-se a aproximação entre o setor público e o privado.

Segundo o professor Marçal Justen Filho, a definição da agência reguladora seria: *“Agência reguladora independente é uma autarquia especial, sujeita a regime jurídico que assegure sua autonomia em face da Administração direta e investida de competência para a regulação setorial.”* (JUTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo, 2ª. Edição, 2.006, Editora Saraiva, página 475).

Tratando da composição do sistema, foram sublinhados os seguintes aspectos:

BENEFICIÁRIO – contrata os serviços

OPERADORA – gestora dos recursos. Regulação

PRESTADOR DE SAÚDE – presta o atendimento ao beneficiário e recebe da operadora conforme tabela acordada entre as partes

A ANS determina que alterações na rede sejam submetidas à sua apreciação e que a efetivação seja condicionada ao seu aceite.

Como os prestadores não estão sujeitos às penalidades da RN124, por vezes não comunicam à operadora a suspensão do atendimento ou não aguardam o término da análise por parte da ANS, observando estritamente o prazo de rescisão estabelecido no contrato. A Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), através da Súmula Normativa 19, dispõe sobre a comercialização de planos de saúde. Segundo esta súmula, a comercialização de planos privados de assistência à saúde por parte das operadoras, tanto na venda direta, quanto na mediada por terceiros, não pode desestimular, impedir ou dificultar o acesso ou ingresso de beneficiários em razão da idade, condição de saúde ou por portar deficiência, inclusive com a adoção de práticas ou políticas de comercialização restritivas direcionadas a estes consumidores. As operadoras que adotarem a prática estarão em desacordo com as regras que regem o Estatuto do Idoso quanto com a Resolução Normativa 124 da ANS, publicada em março/2006, que dispõe sobre a aplicação de penalidades para as infrações à legislação dos planos privados de assistência à saúde. A penalidade prevista é de multa de cinquenta mil reais, por impedir ou restringir a participação de consumidor em plano privado de assistência à saúde.

Tratando de dados anuais do Sistema Privado de Planos de Saúde, foram destacadas as seguintes informações:

Receita – 71.737.732.174

Despesas Assistenciais – 58.996.709.013

Operadoras Ativas 1.628

Quanto mais concentrado o mercado, mais se faz necessária a intervenção do regulador.

Quanto ao Risco Regulável, conferiu-se ênfase a:

Índice combinado

Despesas assistenciais – 75%

Despesas Administrativas – 12%

Despesas Comerciais – 6%

Taxas (impostos) – 5%

Subtotal – 98%

Margem (lucro/prejuízo) 25

TOTAL – 100%

EVOLUÇÃO DAS DESPESAS

DESPESA ASSISTENCIAL - evolui de acordo com a inflação médica e de forma mais acelerada que a inflação oficial

DESPESA COMERCIAL – É um percentual da receita que cresce na proporção de 75% da inflação médica e 25% da inflação oficial

DESPESA ADMINISTRATIVA – evolui de forma próxima à inflação oficial.

EQUILÍBRIO DO SISTEMA – OUTROS FATORES

Lobby das indústrias, pressionando pela incorporação de novos materiais.

Incentivo à realização de procedimento.

Prestador é o demandante pelo serviço – há o conflito de interesse.

Medicina defensiva.

Risco moral – “pago, logo tenho de utilizar”.

Aumento dos casos de fraude.

LIMITAÇÃO DE COBERTURA

- Medicina baseada em evidências – no intuito de racionalizar o uso dos recursos.

-Medicina experimental – excluída por força da Lei 9656/98; exclusão justificada pelo elevadíssimo custo e pelo baixo índice de assertividade. ◆

Plano e Contrato de Saúde

Luciano Silva Barreto ¹

INTRODUÇÃO

O presente estudo aborda o direito à saúde complementar e a sua função social, tomando por inspiração os temas expostos, discutidos e debatidos durante o “Curso de Direito em Saúde Complementar”, ministrado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), nos dias 15, 22, 29/07 e 02/08.

O sistema de Saúde Suplementar é composto pelas inúmeras operadoras de planos privados de assistência à saúde, disciplinadas Lei nº 9.656/98 e sob o controle da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), criada pela Lei nº 9.961/09.

É de sabença comum que o Estado não possui condições de arcar com as despesas para o pleno atendimento médico à população e os seus serviços não são suficientes para o suprimento da crescente demanda.

A estimativa de gastos com a saúde, na esteira do estudo realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), corresponde a cerca de 5% do total das despesas das famílias brasileiras, cujo percentual reflete a média nacional. Contudo, não leva em consideração a renda, a localização e não inclui as pessoas que utilizam o sistema público de saúde, cujas despesas com atendimento médico são diminutas.

Assim, pode ser bem mais elevado o gasto efetivo com a saúde de uma família que opta pela utilização do sistema privado, aliando-se a necessidade cada vez mais premente de contratar um plano ou seguro saúde; sobretudo, diante da má qualidade dos serviços médicos prestados pelo setor público.

¹ Juiz de Direito da 9ª Vara Criminal - Capital.

Alguns dos palestrantes procuraram fazer a distinção entre plano e seguro saúde, podendo-se observar que é de natureza meramente operacional; ou seja, no último, o usuário tem liberdade de escolha, podendo consultar médicos e hospitais não conveniados com a operadora, permitindo maior flexibilidade, mas apresenta o inconveniente, dependendo do tipo de seguro contratado, de o valor reembolsado vir a ser muito aquém do preço da consulta. Já o primeiro, é mais vantajoso por proporcionar ao usuário a opção por médicos conveniados, pois o reembolso é total. Outra diferença significativa é que as seguradoras não podem administrar diretamente hospitais ou clínicas médicas.

O direito à saúde foi reconhecido internacionalmente em 1948, quando da aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos pela Organização das Nações Unidas (ONU). No Brasil, esse direito é assegurado pela Constituição Federal de 1988 que, em seu artigo 196, preceitua: “[...] 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 a sua promoção, proteção e recuperação [...]”.

No texto constitucional, a saúde passou a integrar o Sistema de Seguridade Social. Instituiu-se o Sistema Único de Saúde (SUS), alternativa de atenção e cuidados que não consegue ser suficiente para a efetivação do direito à saúde a toda a população. Assim, milhões de brasileiros buscam os serviços de planos e seguros de saúde, para poder obter o “verdadeiro” acesso a essa garantia constitucional, a um custo compatível com o nível de renda de cada um.

A PREVIDÊNCIA SOCIAL NO BRASIL E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A proteção dos direitos sociais no âmbito legislativo é relativamente recente na evolução histórica da humanidade. A preocupação do Estado

com a proteção social² de seus cidadãos em sua acepção mais ampla faz parte da grande evolução ocorrida no século passado.

Rebuscar o curso evolutivo da previdência social no decorrer dos tempos é importante para confrontar os seus institutos vigentes no presente com o passado e aprimorar suas bases para o futuro, sem descartar as boas iniciativas que frutificaram e como forma de prevenção do insucesso.

Nessa linha de compreensão, é o posicionamento do magistrado e doutrinador Sérgio Pinto Martins, ao citar a lição de Waldemar Ferreira, de que “[...] nenhum jurista pode dispensar o contingente do passado a fim de bem compreender as instituições jurídicas dos dias atuais [...]”.³

O olhar investigativo para o passado, inequivocamente, pode trazer subsídios inestimáveis para uma interpretação mais consentânea com a realidade, mesmo que se tenha constituído uma nova ordem jurídica, consoante verbera Wagner Balera, *in verbis*:

*O estudo da seguridade social, assentado num tempo determinado – o presente – não inibe o nosso interesse acerca da história constitucional que, embora seja disciplina não-jurídica (no entender de Santi Romano), nos fornece válidos critérios de interpretação da nova ordem constitucional.*⁴

Releva enfatizar o papel dos mecanismos adotados pelos Estados, inclusive, alguns deles com status de direitos e garantias fundamentais, consagrados como direitos subjetivos dos indivíduos, a exemplo do nosso ordenamento jurídico constitucional, que qualifica os direitos e garantias fundamentais como cláusulas imutáveis, incluindo expressamente entre eles, os direitos sociais (artigo 60, § 4º, IV, da Constituição Federal).

2 LEITE, Celso Barroso. *Apud* BALERA, Wagner. **A Seguridade Social na Constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 16. Proteção social consiste no “conjunto de medidas através das quais a sociedade assegura a seus membros um nível mínimo de condições de vida.”

3 *Apud* por MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 28

4 BALERA, Wagner. **A Seguridade Social na Constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 15.

Os direitos sociais, integrando os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, carecem de prestações positivas dos entes federativos e demandam cada vez mais recursos disponíveis para seu atendimento, que não podem deixar de efetivá-los, sob o argumento simplório da inexistência de recursos públicos suficientes, sob pena de incorrerem em ofensa aos direitos protegidos.

A evolução da proteção social no Brasil não seguiu caminho diferente de outros países, observando-se que, inicialmente, foi exercida pela simples caridade e inspirada no sentimento cristão (a exemplo da fundação das Santas Casas de Misericórdia no século XVI, pelo Padre José de Anchieta. Ruy Carlos Machado Alvim nos dá conta da fundação da Santa Casa de Misericórdia de Santos, por Brás Cubas, em 1543, e da Santa Casa de Misericórdia do Rio de Janeiro de 1584, cuja finalidade era a de prestar atendimento hospitalar aos pobres.⁵), seguido pelo mutualismo (de caráter privado e facultativo), depois (pelo seguro social) e, na atualidade, procura-se implementar o sistema de seguridade social, como consagrado na Constituição de 1988.

O processo de transição no Brasil da simples beneficência (que tinha por inspiração apenas deveres meramente morais e religiosos), para a assistência pública foi muito lento, perdurando quase três séculos e a primeira normatização sobre assistência social, veio a lume pela Constituição de 1824.

A Constituição Imperial de 1824

Caracteriza-se como inovadora, por ter sido a primeira manifestação legislativa brasileira sobre assistência social, sobretudo, por ser elevada a nível normativo constitucional:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Cívicos, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do

⁵ ALVIM, Ruy Carlos Machado. **Uma história crítica da legislação previdenciária brasileira**. RDT 18/12.

Império, pela maneira seguinte.

[...]

XXXI. A Constituição também garante os socorros públicos.

Demonstra alentada preocupação com as liberdades públicas, com nítido escopo de proteção dos indivíduos contra as investidas do Estado. Na sua concepção liberal, inaugura a assistência social pública, mas de forma insipiente, uma vez que nada de concreto assegurava aos cidadãos, desbordando de outros países mais antigos, inclusive da Europa, que já asseguravam, ao menos em nível normativo, algum benefício, a exemplo da lei dos pobres, londrina, do século XVII.

Afigura-se oportuno, sobre o tema em foco, trazer à baila o comentário de Ruy Carlos Machado Alvim, quando ressalta que “não teve maiores conseqüências práticas, sendo apenas um reflexo do preceito semelhante contido na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1793, a qual, o artigo 23, qualificava estes “socorros públicos” como “dívida sagrada”.⁶

Contudo, não pode deixar de ser reconhecida a sua importância histórica e pioneira, por ter incluído no seu seio a garantia de proteção social de um dos direitos humanos, inobstante não ter criado os mecanismos jurídicos necessários para a sua concreção efetiva.

É que o Brasil, à época, seguia fiel à linha dos demais países liberais e os direitos fundamentais eram restritos às liberdades públicas, sem a exigência efetiva de prestações positivas, bem como não havia instrumentos que pudessem ser empregados para tornar concretos tais direitos.

Nessa trilha evolutiva, foi editada a Lei nº 3.397, de 24 de novembro de 1888, a primeira de conteúdo previdenciário, prevendo a criação de uma Caixa de Socorros para os trabalhadores das estradas de ferro de propriedade do Estado. No ano seguinte, foram elaboradas outras normas instituindo seguros sociais obrigatórios para os empregados dos Correios, das oficinas da Imprensa Régia e o montepio dos empregados do Ministério da Fazenda.

⁶ Idem. *Ibidem*. P. 12

A Constituição de 1891 (Primeira Republicana)

Timidamente, dispensou apenas dois artigos nas suas disposições constitucionais acerca da proteção social, a saber:

Art 5º - Incumbe a cada Estado prover, a expensas próprias, as necessidades de seu Governo e administração; a União, porém, prestará socorros ao Estado que, em caso de calamidade pública, os solicitar.

Art 75 - A aposentadoria só poderá ser dada aos funcionários públicos em caso de invalidez no serviço da Nação.

A Carta Magna Republicana inaugurou a proteção social dos funcionários públicos, passando a lhes assegurar a aposentadoria, o que constitui um dos principais direitos da previdência social até os dias atuais. Malgrado uma boa parte da doutrina negue a existência de alguma regra de Previdência Social no texto republicano e apenas enalteça o seu valor histórico ao instituir a possibilidade de aposentadoria para os funcionários públicos, custodiada integralmente pelo Estado e sem a exigência de contribuição para a sua concessão.

No tocante à disciplina da matéria proteção social, a Carta da República deixou-a ao encargo do legislador infraconstitucional, que foi realçada por sua Emenda de 1.926, ao conferir competência ao Congresso Nacional para legislar sobre aposentadoria e reformas.

Durante sua vigência, foi propalada a legislação previdenciária, que repercutiu para evolução dos regimes de previdência social existentes no Brasil. A legislação sobre previdência era elaborada de forma esparsa e visava atender, quando possível, a setores predeterminados e como observa Ruy Carlos Machado Alvim⁷: prevalecia o favorecimento à classe dos servidores públicos que constituíam a grande massa de trabalhadores. E o Brasil vivenciava uma sociedade essencialmente agrícola. A única exceção dizia

7 Idem. Ibidem. P. 14.

respeito aos ferroviários, em razão do seu poder de organização, podendo deflagrar greves e pelo fato de exercerem uma atividade de suma relevância para a economia.

Nesse período, foram editadas diversas normas pelo Poder Legislativo, criando seguros sociais para várias categorias de servidores públicos, quando igualmente teve início o processo de industrialização das grandes cidades, sobretudo, São Paulo e Rio de Janeiro, o que propiciou a ocorrência de inúmeros acidentes de trabalho, por força das péssimas condições a que eram submetidos os trabalhadores, até que sobreveio o Decreto Legislativo nº 3.724, de 15 de janeiro de 1.919, tratando da proteção aos acidentes do trabalho.

Lei nº 4.682, de 24 de janeiro de 1923

Logo a seguir, foi editada a Lei nº 4.682, de 24 de janeiro de 1923, chamada de “Lei Eloy Chaves”, instituindo as Caixas de Aposentadoria e Pensões dos Ferroviários, que funcionaram por muitos anos em todo o território nacional. Grande parte da doutrina brasileira a situa como o marco inicial da história da Previdência Social no país. Contudo, esse fato sofre a crítica do Prof. Aníbal Fernandes, que o taxa de um forte conteúdo ideológico:

Tivemos o mutualismo como forma organizatória e como precedente precioso da Previdência Oficial. Sob tal prisma, os festejos oficiais que situam na Lei Elói Chaves (1923) o nascimento da Previdência brasileira têm caráter ideológico que deve ser desvendado: buscam transformar as conquistas sociais, logradas com lutas e a partir das bases, em benesses estatais. Sobre ser ainda, a afirmativa relativa ao surgimento da Previdência em 1923, uma inverdade histórica, seja pelos apontamentos, seja porque outras leis previdenciárias são anteriores a esta data (como nossa primeira lei acidentária que data de 1919).⁸

8 ALVIM, Ruy Carlos Machado. *Apud* FERNANDES, Aníbal. **Uma história crítica da legislação previdenciária brasileira**. RDT 18/21.

Inegavelmente a Lei Eloy Chaves serviu de umbral e inaugurou o período de grande evolução da previdência social deste país, por ter sido a responsável pela instituição e implantação das Caixas de Aposentadorias e Pensões.

As Caixas e os Institutos de Aposentadorias e Pensões

Após a Lei Eloy Chaves, foram instituídas outras Caixas em empresas de diversos ramos da atividade econômica, mas a vinculação ao regime previdenciário tinha por pressuposto a empresa e apenas algumas delas tinham acesso ao regime previdenciário reinante à época.

A proliferação do sistema de Caixa por empresas fez emergir pequenos regimes de Previdência, com a inconveniência de exigir um mínimo de segurados que eram indispensáveis ao seu funcionamento em bases securitárias, aliando-se ao elevado número de trabalhadores que continuavam à margem da proteção previdenciária, por não ocuparem postos de trabalhos nas empresas protegidas.

Paulatinamente, foi abandonada a criação das Caixas de Aposentadoria e Pensões, dando azo ao surgimento dos famosos Institutos de Aposentadoria e Pensões por atividade profissional de seus segurados e não mais empresas determinadas, em decorrência do fortalecimento dos mecanismos de proteção social e da emergente e estável industrialização que, a seu turno, passou a exigir nova postura da legislação social, sobretudo, em consequência da atuação da classe trabalhadora.

Na década de 1930, entrou em cena o regime dos institutos, cujas fontes de custeio, obrigatoriamente, provinham de contribuições tripartites - o Estado, o empregador e o empregado - e que foram elevados a nível constitucional pela Carta Política de 1934, sendo que os recursos que cabiam ao Estado advinham das taxas de importação.

O primeiro instituto de previdência implantado em plano nacional, levando em conta a atividade econômica a que pertenciam os trabalhadores, foi o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Marítimos, criado pelo Decreto nº 22.872, de 29 de junho de 1933.

A diferença marcante entre as Caixas e os Institutos de Previdência consistia no espectro de abrangência dos segurados protegidos, pois, enquanto as primeiras restringiam-se aos trabalhadores de empresas determinadas, os últimos abrangiam categorias de profissionais conexas, mesmo que fossem de atividades econômicas distintas, o que propiciou a formação de grandes grupos de beneficiários, com abrangência nacional, o que não acontecia com as Caixas.

Outro fator distintivo traduz-se no fato de os Institutos de Aposentadoria e Pensões terem vínculo com órgãos do governo federal e se submeterem ao controle financeiro, administrativo e diretivo do Estado.⁹

As Constituições Federais de 1934 e 1937

Assinala Wagner Balera que “com a Constituição de 1934, a proteção social é um seguro para o qual contribuem tanto o trabalhador como o empregador e, em igualdade de condições com essas categorias, o próprio Poder Público”.¹⁰

O seu ponto marcante consistiu na consagração do modelo tripartite de financiamento do sistema de previdência social, em razão de ser custodiado por recursos advindos da União, dos empregadores e empregados, guardando, assim, identidade com o sistema contributivo adotado pela atual Constituição Federal (artigo 195, *caput*), abrindo a porta para o ingresso na era do seguro social e relegando ao abandono o estágio da assistência pública.

A Carta Política de 1934 foi a primeira a utilizar o termo “Previdência”, sem o adjetivo social, empregando a expressão “proteção social” em outros dispositivos, *u.g.*, no artigo 5º, inciso XIX, c, ao fixar a competência legislativa da União para a matéria de proteção social; no artigo 10, ao atribuir aos Estados a responsabilidade pela execução dos serviços de

9 ALVIM, Ruy Carlos Machado. Apud FERNANDES, Aníbal. **Uma história crítica da legislação previdenciária brasileira**. RDT 18/1

10 BALERA, Wagner. **A Seguridade Social na Constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 22.

saúde e assistências públicas; no artigo 121, § 1º, h, ao enumerar os riscos protegidos e instituir a contribuição tripartite e no artigo 170, § 3º, ao estabelecer a aposentadoria compulsória para os servidores públicos aos 68 anos de idade.

As prestações de assistência médico-sanitária e de previdência foram concebidas como direitos subjetivos públicos dos trabalhadores brasileiros.

Wagner Balera ressalta os benefícios conferidos pela Carta Magna de 1934 nos seguintes termos:

Os limites amplos da proteção social conferidos por aquela Lei Magna, aliados ao perfeito comando a respeito do custeio, fizeram da Constituição de 16 de julho o melhor de nossos modelos constitucionais. As conquistas sociais posteriores só vieram a reforçar as diretrizes traçadas por este Estatuto Fundamental¹¹.

A Constituição outorgada de 1937, de cunho notoriamente autoritário, representou um retrocesso no tocante à Carta anterior de 1934, mas não deixou de enumerar os riscos sociais cobertos pelo seguro social e, apesar de ter disciplinado a forma de custeio do sistema, não previu a utilização de recursos dos cofres da União.

No curso da sua vigência foi editado o Decreto-Lei nº 7.526, de 07 de maio de 1945, determinando a criação de um só Instituto de Previdência, denominado de Instituto dos Seguros Sociais do Brasil (ISSB), que não chegou a ser implantado por falta do interesse político.

A Constituição de 1946

Promulgada no período do pós-guerra, foi a primeira constituição brasileira a empregar a expressão “Previdência Social”, em substituição ao termo “Seguro Social” e incluiu as normas sobre Previdência Social no capítulo reservado aos Direitos Sociais, bem como elencou os riscos prote-

¹¹ Idem. Ibidem. P. 24.

gidos nos incisos do seu artigo 157.

Não trouxe em seu corpo inovação substancial, a exceção da obrigação imposta aos empregadores de manterem seguro de acidente de trabalho em favor de seus empregados. Contudo, na sua vigência ocorreram grandes avanços no que se refere à legislação infraconstitucional, prevenindo a proteção social de toda a população, a exemplo da edição da Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960, de autoria do então Deputado Aluizio Alves, denominada Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS).¹²

Antes da sua instituição já havia sido editado o Decreto nº 34.586, de 12 de novembro de 1953, determinando a fusão de todas as Caixas em única entidade, com o intuito de unificar o sistema, tanto do ponto de vista legislativo como administrativo.

A LOPS uniformizou o emaranhado de normas sobre Previdência Social, o que representava reclamo social de longa data. Entretanto, a unificação administrativa somente veio a ser implantada mais tarde, quando foi criado o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), pelo Decreto-Lei nº 72, de 21 de novembro de 1966. Representou significativo passo na direção da universalização da Previdência Social, malgrado haver deixado fora da proteção alguns trabalhadores (domésticos e rurais), pois teve o mérito de padronizar o sistema, aumentar as prestações oferecidas (auxílio-natalidade, funeral, reclusão e aposentadoria especial) e servir de norte no percurso ao sistema de seguridade social.¹³

A Emenda Constitucional nº 11, de 1965, passou a exigir uma contrapartida entre as contribuições e as prestações, consistente na obrigação de indicar a fonte para o seu custeio e vice-versa.

Em 1965, no âmbito legislativo, foi criado o Serviço Social Rural, visando à proteção de serviços sociais no meio rural e, mesmo tendo sido de diminuta efetividade, serviu para despertar a preocupação com os problemas da população afeta à atividade agrícola, até a criação do Fundo de

12 FEIJÓ COIMBRA, J. R. **Direito Previdenciário Brasileiro**. Rio de Janeiro: Ed. Trabalhistas, 1990, p. 50

13 ALVIM, Ruy Carlos Machado. *Apud* FERNANDES, Anibal. **Uma história crítica da legislação previdenciária brasileira**. RDT 18/25.

Assistência ao Trabalhador Rural (FUNRURAL), aperfeiçoado e implementado pelas Leis Complementares nº 11, de 25 de maio de 1971, e 16, de 30 de outubro de 1973.

A produção legislativa no curso da sua vigência, relacionada à matéria Previdência Social, foi consideravelmente incrementada e tinha por inspiração a LOPS e espeque nos anseios e expectativas de toda a população.

A Constituição Federal de 1967 e a sua Emenda nº 1, de 1969

A novidade trazida por ambas consistiu em incluir o seguro de acidente do trabalho no sistema previdenciário público, adotando as mesmas fontes de custeio e elevando à condição de norma constitucional o benefício do salário-família, instituído por lei infraconstitucional.

No dia 1º de setembro de 1977, foi publicada a Lei nº 6.439, instituindo o Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social (SINPAS), integrado pelas seguintes entidades: Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social (IAPAS), Instituto Nacional Assistência Previdência Social (INAMPS), Legião Brasileira de Assistência (LBA), Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (FUNABEM), Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência Social (DATAPREV) e Central de Medicamentos (CEME), com o propósito de reunir todas as matérias e atribuições pertinentes à previdência social rural e urbana, abrangendo todos os servidores públicos federais quanto os das empresas privadas.

Na sua vigência, foram editadas as Emendas nº.s 7, 8 (de 1977) e 18 (1981); a primeira autorizando a criação de um contencioso administrativo, para a resolução das questões previdenciárias; a segunda, disciplinando o custeio do sistema previdenciário; a última elevando à categoria de preceito constitucional a aposentadoria especial do professor aos 30 anos (homem) e aos 25 (mulher) de tempo de serviço.

A Previdência Social e a Constituição Federal de 1988

O novo estatuto político do país, promulgado em 1988, veio coroar o período de restauração do Estado Democrático de Direito, após longo lapso temporal de autoritarismo implantado pelos governos militares, fruto da ausculta dos anseios dos diversos segmentos da sociedade, caracterizada, assim, numa pluralidade política, econômica, social e religiosa. Resulta daí seu formato heterogêneo, embora deixe transparecer o seu intuito protetor a algumas corporações, conforme assinala o renomado jurista e professor Luís Roberto Barroso:

Na euforia – saudável euforia – de recuperação das liberdades públicas, a constituinte foi um amplo exercício de participação popular. Neste sentido, é inegável o seu caráter democrático. Mas, paradoxalmente, foi este mesmo caráter democrático que fez com que o texto final expressasse uma vasta mistura de interesses legítimos de trabalhadores e categorias econômicas, cumulados com interesses cartoriais, corporativos, ambições pessoais, etc.¹⁴

Por resultar das diversas correntes que nortearam sua elaboração, não apresenta um pensamento político dominante e costuma ser taxada de prolixa, chegando a ser mesmo casuística em algumas matérias. Contém várias normas programáticas, com o escopo de orientar a atuação legislativa e a administração pública; daí a necessidade de elaboração da legislação infraconstitucional, para a efetiva concreção do Estado Democrático de Direito.

A Constituição de 1988, conforme lição de Wagner Balera, instituiu um autêntico Sistema Nacional de Seguridade Social, consistindo num conjunto normativo integrado de um sem número de preceitos de dife-

14 BARROSO, Luís Roberto. “Temas de Direito Constitucional”. In: _____. **Doze anos da Constituição Brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 9.

rentes níveis de hierarquia e configuração,¹⁵ tendo por lastro primordial o trabalho, o bem-estar e a justiça social, para garantir a todos um mínimo.

O princípio reitor, consagrado no seu texto, foi o da universalidade de cobertura e do atendimento, no concernente ao sistema de seguridade social abraçado, com foco na dignidade da pessoa, nas suas vertentes da Assistência, Saúde e da Previdência Social, como forma de proteção social.

A Seguridade Social, nas espécies aludidas, deveria atuar de forma articulada e integrada; mas não é o que sucede na prática e o próprio texto constitucional faz evidente separação, por campo de atuação de cada uma.

Os serviços de saúde e de assistência social são acessíveis à população em geral, sem necessidade do adimplemento prévio de alguma obrigação, bem como não exige o custeio para a obtenção da assistência social, haja vista que os seus serviços são prestados a todos os que se encontrem em situação de necessidade. Já no que tange à Previdência Social, continua a prestação de seus serviços atrelada ao custeio prévio (artigo 195, *caput*) e limitado a algumas categorias de trabalhadores, com prevalência a dos empregados.

A saúde e a assistência social visam ao atendimento do que se convencionou chamar de mínimos sociais. A previdência social busca “[...] assegurar níveis economicamente mais elevados de subsistência, limitados, porém, a certo valor [...]”.¹⁶ E a separação das áreas que compõem o sistema de seguridade social, entre previdência, saúde e assistência tem como marco distintivo a abrangência de proteção.

A existência de regras jurídicas constitucionais destacadas sobre previdência social revela uma estrutura brasileira dotada de “[...] especificidades capazes de conformar um sistema próprio (um subsistema), um regime jurídico-previdenciário, dentro da totalidade do sistema de seguridade social [...]”¹⁷, realçando a sua organização em “caráter contributivo”. Con-

15 Idem. Ibidem. P. 11.

16 PULINO, Daniel. **A aposentadoria por invalidez no direito positivo brasileiro**. São Paulo: LTR. 2001, p. 33.

17 Idem. Ibidem. P. 34.

tudo, não conseguiu afastar-se completamente do regime de seguro social, uma vez que tem como pressuposto a necessidade de prévia contribuição dos trabalhadores expostos aos riscos sociais, mesmo vigorando o sistema de contribuição tripartite.

A proteção social conferida pelo sistema previdenciário implantado pela Carta Magna de 1988 recai direta e preponderantemente, sobre a figura do trabalhador e seus dependentes, sejam esses do setor privado, ou do público. E seu fim fora bem delineado por Daniel Pulino:

Garantir condições básicas de vida, de subsistência, para seus participantes, de acordo, justamente, com o padrão econômico de cada um dos sujeitos. São, portanto, duas idéias centrais que conformam esta característica essencial da previdência social brasileira: primeiro, a de que a proteção, em geral, guarda relação com o padrão-econômico do sujeito protegido; a segunda consiste em que, apesar daquela proporção, somente as necessidades tidas como básicas, isto é, essenciais – e portanto compreendidas dentro de certo patamar de cobertura, previamente estabelecido pela ordem jurídica – é que merecerão proteção do sistema. Pode-se dizer, assim, que as situações de necessidade social que interessam à proteção previdenciária dizem respeito sempre à manutenção, dentro de limites econômicos previamente estabelecidos, do nível de vida dos sujeitos filiados.¹⁸

A Emenda nº 20 reforçou o regime previdenciário contributivo e de cobertura limitada a certo valor e deu ênfase, por outro lado, aos regimes de previdência social complementares, de vinculação facultativa e sem limite de cobertura.

¹⁸ Idem. Ibidem. P. 45/46.

CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE

O setor da Saúde Suplementar no Brasil atende a mais de 60,1 milhões de beneficiários, por meio de 1.420 operadoras de planos de saúde.¹⁹ Este mercado está submetido à regulação pública específica, desde junho de 1998, quando foi promulgada a Lei nº 9.656, que criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), vinculada ao Ministério da Saúde.

Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998

Os planos de saúde existiam desde a década de 40, mas somente vieram a ser disciplinados pelo legislador de forma específica pela Lei nº 9.656, 03/06/98, editada após muita pressão social e lenta tramitação no Congresso Nacional, conforme relata Trettel:

Ao condicionar a atuação da Administração à edição de lei, a Constituição também impôs o dever de legislar. Todavia, a proposição de legislação específica para o setor de planos de saúde pelo Poder Executivo e sua posterior votação pelo Congresso Nacional, tardaram e somente aconteceram depois de muita pressão social. A lei de Planos de Saúde (Lei 9.656/98) só entrou em vigor mais de dez anos depois da Constituição. Com a ausência de regulamentação criou-se um ambiente propício para que operadoras de plano de saúde cometessem abusos, sendo numerosos os conflitos com usuários. O setor, no que diz respeito aos parâmetros de prestação de serviços, formou-se segundo suas regras, sem regulação ou regulamentação do Estado.²⁰

O legislador teve a preocupação de conceituar o contrato de plano de saúde no artigo 1º, do aludido diploma legal:

19 IEES. *Saúde Suplementar. O que é? Para que serve? A quem se destina? Algumas propostas.* 2011.

20 TRETTEL, Daniela Batalha. Op. cit., p. 33.

Plano Privado de Assistência à saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós-estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, 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.

Pelo que se extrai do dispositivo legal supra, os planos de saúde são definidos como serviço que garante a cobertura dos custos relativos à prestação de assistência à saúde, a um conjunto de pessoas filiadas, através do pagamento de prestações com valores estabelecidos em contrato, que tem por finalidade garantir a assistência à saúde, por prazo indeterminado e sem limite financeiro, mediante o atendimento efetivado por profissionais ou serviços de saúde, que podem ser livremente escolhidos pelo contratante, podendo a assistência ser médica, hospitalar ou odontológica, a depender do tipo de serviço contratado, que poderá ser integral ou parcialmente pago pela operadora, dependendo do que for avençado.

Os contratos de planos de saúde e de seguro-saúde são organizados com base no princípio da solidariedade, uma vez que todos os participantes contribuem para que alguns ou o próprio contribuinte possa utilizar o serviço, em momento futuro.

Nas palavras de Nilza Rodrigues de Almeida:

Muito embora o seguro-saúde e o contrato de plano de saúde sejam diferentes, apresentam pontos em comum, pois ambos são decorrentes de uma poupança de particulares. Ao invés de guardar dinheiro para o momento da doença, que pode até não acontecer,

*as pessoas fazem uma poupança conjunta, que é administrada pela prestadora.*²¹

Antes de a Lei nº 9.656/98 regulamentar os contratos de planos de saúde, os contratos de seguro-saúde eram regidos pelo Decreto-Lei nº 73/66 e pelos Códigos Civil e Comercial. Consubstanciavam-se em instrumentos em que o segurador se obrigava a pagar um prêmio ao segurado, quando da ocorrência de evento que causasse ofensa à saúde do contratante, divergindo dos contratos de plano de saúde, pois nestes as operadoras não são contratadas para pagar prêmio aos usuários, mas a arcar ou reembolsar as despesas do contratante, seja de forma integral, seja de forma parcial.

Outro elemento distintivo primordial diz respeito ao fato de que os contratos de seguro saúde eram regulados pela Superintendência de Seguros Privados (SUSEP) e os contratos de Planos de Saúde, são regulados pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

Na compreensão de Fernando Ferron, a distinção principal entre seguro-saúde e plano de saúde consiste em que o seguro-saúde visa a reembolsar as despesas pagas pelo segurado, o médico e o serviço hospitalar de sua escolha. A prestadora paga uma quantia preestabelecida no contrato. O seguro-saúde era pago pela SUSEP. O Plano de Saúde, mais usado atualmente, é o contrato que oferece opção de escolha de médicos, hospitais, mas dentro de relação previamente estabelecida pela operadora.²²

Os contratantes dos planos de saúde procuram segurança, previsibilidade e proteção contra eventuais riscos futuros. A importância destes valores objetivados na relação contratual foi acentuada pela renomada doutrinadora Cláudia Lima Marques:

Três valores são cada vez mais raros e, por isso, valiosos no mundo atual: segurança, previsibilidade e proteção contra riscos futuros.

21 ALMEIDA, Nilza Rodrigues de. **Contratos de Plano de Saúde**. São Paulo: Edições Inteligentes, 2007, p. 71.

22 FERRON, Fernanda. **Planos Privados de Assistência à Saúde**. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2002, p. 57.

Estes três valores são oferecidos no mercado através dos planos e seguros privados de saúde, os quais possibilitam a transferência legal de riscos futuros envolvendo a saúde do consumidor e de seus dependentes a serem suportados por empresas de assistência médica, cooperativas ou seguradoras, prometendo ao seu turno segurança e previsibilidade, face ao pagamento constante e reiterado das mensalidades e prêmios. A relação entre paciente e médico sempre foi caracterizada como uma relação de confiança. No mundo de hoje, parte da confiança (ides) vai ser transferida para o organizador destes planos e seguros, intermediados ou conveniados, na previsibilidade do financiamento legal dos eventos futuros relacionados com a saúde.²³

Com efeito, ao firmar o contrato de plano de saúde, o consumidor confia na operadora contratada, esperando ser atendido com presteza e eficiência, quando necessitar de assistência médico-hospitalar. Para tanto, opta por pagar mensalidade a uma pessoa jurídica administradora, em vez de fazer poupança do valor da prestação mensal, para utilizá-la quando de eventualidade, consoante realça a festejada autora acima citada:

Objetivo principal destes contratos é a transferência (onerosa e contratual) de riscos referentes a futura necessidade de assistência médica ou hospitalar. A efetiva cobertura (reembolso no caso dos seguros de reembolso) dos riscos futuros à sua saúde e de seus dependentes, a adequada prestação direta ou indireta dos serviços de assistência médica (no caso dos seguros de pré-pagamento ou de planos de saúde semelhantes) é o que objetivam os consumidores que contratam com estas empresas. Para atingir este objetivo os consumidores manterão relações de convivência e dependência com os fornecedores desses serviços de saúde, por anos, pagando

23 MARQUES, Claudia Lima. **A abusividade nos contratos de assistência à saúde e de assistência médica no Brasil**. Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 22, nº 64, jul. 1995, p. 34-77.

mensalmente suas contribuições, seguindo as instruções (por vezes exigentes e burocráticas) regulamentadoras dos fornecedores, usufruindo ou não dos serviços, a depender da ocorrência ou não do evento danoso à saúde do consumidor e seus dependentes (consumidores-equiparados).²⁴

Os contratos de planos de saúde caracterizam-se como de modalidade de adesão, por não admitirem negociação direta entre o fornecedor e o consumidor, o que implica relação de superioridade da pessoa jurídica que monopoliza o poder de barganha, em detrimento do consumidor que se coloca em posição de hipossuficiente na avença, quebrando a paridade de armas, que deve ser garantida entre os contratantes, dando azo a práticas abusivas, que costumam desembocar no Poder Judiciário.

Nas lições de Daniela Batalha Trettel, os contratos de plano de saúde são considerados contratos cativos de longa duração:

Os contratos de planos de saúde também se caracterizam como contratos cativos de longa duração, em que o usuário dos serviços de saúde coloca-se em situação de dependência em relação à operadora, havendo a legítima expectativa de manutenção do vínculo contratual por tempo indeterminado. A esse tipo de contrato dá-se o nome de “contratos de trato sucessivo”.²⁵

Antes da regulamentação legislativa específica, mas precisamente até 1998, surgiu uma divisão quanto à legislação a ser aplicada aos contratos celebrados antes da entrada em vigor da Lei nº 9.656/98 e os celebrados posteriormente. Quanto a estes também eram divididos entre os celebrados antes da vigência do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), que eram regulados pelo Código Civil (com exceção dos contratos de seguro saúde, regulamentados pelo Decreto-Lei nº 73/66) e após a sua vigência.

²⁴ MARQUES, Claudia Lima. *Op. cit.*, p. 38.

²⁵ TRETTEL, Daniela Batalha. **Planos de Saúde na Visão do STJ e do STF**. São Paulo: Verbatim, 2010, p. 68.

O Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar a matéria, decidiu que o Código de Defesa do Consumidor deveria ser aplicado aos contratos celebrados, mesmo antes da sua vigência, por constituírem os planos de saúde contratos cativos, de trato sucessivo, consoante bem retrata a lição de Daniela Batalha Trettel:

O Código de Defesa do Consumidor foi um divisor de águas na defesa do usuário de planos de saúde diante das práticas restritivas de direito das operadoras de planos de saúde. Em vigor a nova lei, começou o debate acerca da sua aplicabilidade aos contratos anteriores a ela. Contratos anteriores à vigência do Código de Defesa do Consumidor. O Superior Tribunal de Justiça entende que o contrato de plano de saúde é contrato de trato sucessivo, caracterizado pela prestação continuada no tempo, sendo o Código de Defesa do Consumidor aplicável aos fatos que ocorreram após a sua entrada em vigor. 'a questão fundamental a ser dirimida é sobre a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, considerando que o contrato é anterior. Mas, na minha compreensão, esta Terceira Turma já decidiu que nos contratos de execução continuada incide o Código de Defesa do Consumidor (Resp nº 331.860/RJ, DJ de 5/8/02), não sendo os fatos narrados anteriores a sua vigência (...) No mesmo sentido ainda os Recursos Especiais 244.847/SP, julgamento em 19/5/05, relator Ministro Pádua Ribeiro; 735.168/RJ e 986.947/RN, ambos julgados em 11/3/08 e relatados pela Ministra Nancy Andrighi.²⁶ (2010, p. 99)

Para os contratos de planos de saúde celebrados na vigência da Lei nº 9.656/98, pode incidir tanto a Lei de Planos de Saúde, quanto o Código de Defesa do Consumidor, ante a relação de complementariedade existente entre os dois diplomas jurídicos, na compreensão também da aludida doutrinadora:

²⁶ TRETTEL, Daniela Batalha. *Op. cit.*, p. 99.

*A Lei dos Planos de Saúde mantém com o Código de Defesa do Consumidor uma relação de complementariedade, descendo a minúcias do setor que não precisam e não devem estar no código, que se propõe uma lei que traga “perspectiva e diretrizes”. Não existe conflito de leis no tempo. Lei 9656/98 e CDC são aplicados concomitantemente aos planos de saúde. E havendo silêncio da lei específica, ou sendo esta inaplicável, aplica-se somente o Código, que trata indistintamente de todas as relações de consumo.*²⁷

Na visão da Professora Cláudia Lima Marques, deverá ser aplicada a Teoria do Diálogo das Fontes, o que implica a aplicação da norma que seja mais favorável ao consumidor, quando da existência de duas fontes normativas.²⁸

Entre os planos de saúde criados pelo artigo 10, da Lei nº 9.656/98, instituiu-se um tipo padrão, que deverá ser mantido e colocado à disposição dos usuários do serviço, providência louvável, levando em conta, que anteriormente à sua vigência, não havia um tipo *standard*, que pudesse ser utilizado como parâmetro e para a comparação com os demais oferecidos.

Foram criados cinco tipos de planos de saúde que delimitam a cobertura a ser garantida pelo contratado: a) plano de seguro referência b) plano ambulatorial c) plano hospitalar d) plano hospitalar com obstetrícia e) plano odontológico.

O plano padrão é o mais completo de todos e deve ser oferecido pela contratante obrigatoriamente aos usuários do serviço, englobando as doenças relacionadas no Código Internacional (CID), mas não cobre todos os procedimentos hospitalares, que são excluídos no próprio dispositivo legal, ressalvada a hipótese de manter o sistema de assistência à saúde por autogestão, ou quando opere apenas planos odontológicos, consoante a oportuna a visão da doutrinadora Nilza Rodrigues Almeida:

27 Idem, p. 70.

28 MARQUES, Cláudia Lima. *Op. cit.*, p. 52.

O artigo 10 da Lei 9.656/98 estabelece o plano de seguro-referência. É o mais completo, inclui todas as doenças relacionadas pela Organização Mundial de Saúde, consultas e exames sem limitação de valor ou quantidade. O tratamento será realizado somente no Brasil; quando necessária a internação hospitalar, o padrão será enfermaria ou centro de tratamento intensivo. O plano inclui consultas e exames sem limitação de valor e quantidade. (...) O plano-referência não exclui doenças, todavia, exclui tratamentos como: clínico ou cirúrgico experimental; procedimento clínico para fins estéticos; inseminação artificial; tratamento de rejuvenescimento ou emagrecimento com finalidade estética; fornecimento de medicamentos tanto para tratamento domiciliar como medicamentos importados, fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados a ato cirúrgico; procedimentos odontológicos, salvo o conjunto de serviços voltados à prevenção e manutenção básica da saúde dentária; tratamentos ilícitos ou antiéticos; casos de cataclismas, guerras e comoções internas.²⁹

O plano ambulatorial permite que o usuário realize consultas médicas, exames e outros tratamentos ilimitadamente, mas não lhe dá direito a utilizar os serviços de apoio hospitalar por mais de doze horas, bem como não cobre qualquer tipo de internação, conforme bem observa Nilza Rodrigues de Almeida:

O artigo 12, inciso I, da Lei 9.656/98 diz que o beneficiário tem direito a consultas médicas em número ilimitado, exames e outros tratamentos, desde que feitos em ambulatório. Não terá direito à internação hospitalar, nem mesmo para procedimentos de diagnósticos, ou qualquer terapia que exija apoio hospitalar³⁰. (2002, p. 96)

29 ALMEIDA, Nilza Rodrigues de. *Op. cit.*, p. 94.

30 ALMEIDA, Nilza Rodrigues de. *Op. cit.*, p. 96.

As coberturas mínimas e obrigatórias contratadas são elencadas por Fabiana Ferron:

*Consultas médicas, em número ilimitado, em clínicas básicas e especializadas, reconhecidas pelo Conselho Federal de Medicina; e os serviços de apoio diagnóstico, tratamentos e demais procedimentos ambulatoriais, solicitados pelo médico assistente, desde que não exijam estrutura hospitalar por período superior a 12 (doze) horas mas somente ambulatorial.*³¹

O plano hospitalar cobre a internação do usuário em clínicas básicas e especializadas e em centro de terapia intensiva, sem limite de tempo, de valor e quantidade, mas não cobre os serviços ambulatoriais, desde que não se trate de procedimentos especiais cuja necessidade se relacione à continuidade da assistência prestada na internação ou se trate de urgência ou emergência, consoante a mesma autora acima:

*Outra opção de plano segmentado, assegura ao beneficiário internações hospitalares em clínicas básicas e especializadas e em centro de terapia intensiva, sem limite de prazo, valor máximo e quantidade, não incluindo atendimentos ambulatoriais para fins de diagnóstico, terapia ou recuperação, ressalvados os relacionados com os procedimentos especiais cuja necessidade esteja relacionada à continuidade de assistência prestada na internação hospitalar e nos caso de urgência e emergência. O plano deve cobrir, ainda, uma série de eventos previstos nas alíneas do inciso II, do artigo 12 da Lei 9.656/98. As exclusões admitidas são apenas as descritas nos incisos do artigo 10, como por exemplo: tratamento experimental, procedimentos ou tratamentos para fins estéticos, bem como o uso de próteses ou órteses para esse fim, tratamentos ilícitos ou antiéticos.*³²

31 FERRON, Fernanda. *Op. cit.*, p. 40.

32 FERRON, Fernanda. *Op. cit.*, p. 41.

Trata-se de plano de caráter restrito, por não abranger a cobertura de assistência médica, nem a utilização de serviço ambulatorial pelos usuários, limitando-se a cobrir, de forma geral, as internações, incluindo cirurgias e outros procedimentos mais elaborados.

O plano hospitalar de saúde com obstetrícia possui regramento semelhante ao plano hospitalar, com o adendo de cobrir procedimentos relativos ao pré-natal, à assistência ao parto e ao recém-nascido durante os primeiros 30 (trinta) dias.

O plano odontológico poderá ser fornecido em conjunto com outra modalidade, ou isoladamente, devendo a contratante oferecer consultas e exames clínicos; radiologia; procedimentos preventivos; de dentista; de endodontia; periodontia; cirurgias orais menores realizadas em ambiente ambulatorial e sem anestesia geral.

CONCLUSÃO

No decorrer deste trabalho, identificou-se que a Previdência Social no Brasil surgiu como forma de caridade, motivada pelo espírito religioso e teve início com a fundação das Santas Casas de Misericórdia: primeiro em Santos e depois no Rio de Janeiro.

Os contratos de planos e seguro-saúde são contratos de longa duração, de trato sucessivo, que implicam uma obrigação de resultado, pois se espera da empresa um ato preciso, um “prestar serviços médicos”, um “reembolso de quantias”, um “fornecer exames e medicamentos”. Por essa razão, cria-se expectativa de segurança ao consumidor, que acredita estar protegido.

As prestações pagas pelo consumidor, denominadas “prêmio”, são calculadas com base nos riscos assumidos pela empresa prestadora. Os planos de saúde, (de prestação de serviço e os de seguro médico) são atividades econômicas exercidas por empresas que, evidentemente, buscam como resultado de suas atividades o lucro.

Por essa razão, são oferecidos diversos tipos de cobertura e, por consequente, quanto maior a cobertura, mais elevadas serão as prestações a

serem pagas pelo consumidor.

O tema ganha contornos mais complexos, quando analisado o momento em que foram firmados os contratos de planos de saúde e seguro-saúde; se anteriores, ou posteriores à Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) e à Lei nº 9.656/98 (que trata dos planos e seguros privados de assistência a saúde). Entendimentos do Superior Tribunal de Justiça e também do Supremo Tribunal Federal demonstram que o Código de Defesa do Consumidor não se aplica aos contratos firmados antes de sua vigência.

No entanto, os contratos de plano e seguro-saúde possuem características distintas, pois, conforme esclarecido, são contratos de trato sucessivo e seus efeitos jurídicos perpetuam-se no tempo, de forma continuada. Isso se deve ao princípio da conservação dos contratos de consumo de longo prazo, ou, na terminologia da professora Cláudia Lima Marques: “contratos cativos de consumo”.³³

Nesse passo, verifica-se que o contrato de seguro não é mero negócio jurídico com prazo indeterminado, mas se renova de tempos em tempos, uma vez que o prêmio corresponde à cobertura securitária que a operadora de seguros dispõe ao segurado em sua atualidade.

Ainda no magistério de Cláudia Lima Marques:

*Ao garantir aos consumidores a sua defesa pelo Estado criou a Constituição uma antinomia necessária em relação a muitas de suas próprias normas, flexibilizando-as, impondo em última análise uma interpretação relativizada dos princípios em conflito, que não mais podem ser interpretados de forma absoluta ou estaríamos ignorando o texto constitucional.*³⁴

Como não poderia deixar de ser, o entendimento acima se funda nas garantias constitucionais do ato jurídico perfeito e do direito adqui-

33 MARQUES, Claudia Lima. Op. cit., p. 60.

34 MARQUES, Claudia Lima. Idem.

rido. E não se leve ao oblívio que os valores fundamentais incrustados na nossa Carta Magna foram conquistados à custa de duras penas ao longo da história da humanidade, com o escopo de proteção dos cidadãos contra eventuais abusos, garantindo-lhes o mínimo necessário para preservação de uma vida digna, elevados ao status de cláusulas pétreas (artigos 60, § 4º, II, da CRFB/88).

Enfim, os contratos de seguros e planos de saúde ainda apresentam muita discussão e dificuldades para os usuários do serviço, carecendo de contínuo aprimoramento e de fiscalização eficiente dos órgãos de proteção aos consumidores e da profícua atuação do Poder Judiciário, para pôr cobro aos abusos cometidos pelas empresas que os operam. ♦

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Nilza Rodrigues de. **Contratos de Plano de Saúde**. São Paulo: Edições Inteligentes, 2007.

ALVIM, Ruy Carlos Machado. **Uma história crítica da legislação previdenciária brasileira**. RDT. 2001.

BALERA, Wagner. **A Seguridade Social na Constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. In: _____. Doze anos da Constituição Brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 7 jul. 2011.

BRANCO, Elaine Castelo. Disponível em: [http://www.abmp.org.br/congresso2008/teses/154715-TESE %20ABMP%20ok.doc](http://www.abmp.org.br/congresso2008/teses/154715-TESE%20ABMP%20ok.doc). Acesso em: 11 ago. 2011.

COSTA, Márcio Britto. **A inconstitucionalidade da Resolução CONSU nº 13, que limitou os atendimentos de urgência e emergência a 12 horas em ambulatório.** Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/17327/a-inconstitucionalidade-da-resolucao-consu-no-13-que-limitou-os-atendimentos-de-urgen+cia-e-emergencia-a-12-horas-em-ambulatorio>>. Acesso em: 09 ago. 2011.

IBGE. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalho%20e%20rendimento/pnad98/saude/analise.shtm>>. Acesso em: 09 ago. 2011.

FEIJÓ COIMBRA, J. R. **Direito Previdenciário Brasileiro.** Rio de Janeiro: Ed. Trabalhistas, 1990.

FERRON, Fernanda. **Planos Privados de Assistência à Saúde.** São Paulo: Livraria e Universitária de Direito, 2002.

GRINBERG, Rosana. Disponível em: <http://www.advocaciaassociada.com.br/informacoes.asp?IdSiteAdv=2803&action=exibir&idinfo=1020>. Acesso em: 11 ago. 2011.

HOLMES, Anderson. *Irretroatividade da Lei.* Disponível em: <<http://cristianemarinhocivil.vilabol.uol.com.br/a62.htm>>. Acesso em: 09 ago. 2011.

INSTITUTO DE ESTUDOS DE SAÚDE COMPLEMENTAR. *Saúde Suplementar. O que é? Para que serve? A quem se destina? Algumas propostas.* 2011.

LEITE, Celso Barroso. Apud BALERA, Wagner. **A Seguridade Social na Constituição de 1988.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

MARQUES, Claudia Lima. **A abusividade nos contratos de assistência à saúde e de assistência médica no Brasil.** Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 22, nº 64, jul. 1995, p. 34-77.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. São Paulo: Atlas, 2001.

PULINO, Daniel. **A Aposentadoria por invalidez no direito positivo brasileiro**. São Paulo: LTR, 2001.

ROCHA, Daniel Machado. **O Direito Fundamental à Previdência Social na Perspectiva dos Princípios Constitucionais Diretivos do Sistema Previdenciário Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SEGER, Mariana da Fonseca e MOLINARO, Carlos Alberto. **Concretização do Direito Fundamental à Saúde Os princípios da prevenção, precaução e regulação**. Disponível em: <http://www.pucrs.br/edipucrs/XSalaoIC/Ciencias_Sociais_Aplicadas/Direito/71419-MARIANADAFONSECA_SEGER.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2011.

Direito em Saúde Suplementar: Desafios e Possibilidades

Luiz Alberto C. Alves¹

INTRODUÇÃO

O presente trabalho destina-se a abordar os principais pontos desenvolvidos durante o curso de Aperfeiçoamento de Magistrados do Rio de Janeiro, referente a Direito em Saúde Suplementar, de forma que a análise esteja em coerência com os desafios do dia a dia do exercício da magistratura e perante a exegese de nossos tribunais.

Tanto no Brasil, como nos países desenvolvidos, o sistema de saúde é tema em constantes debates e discussões, seja na esfera pública, seja na iniciativa privada, proporcionando significativos desafios a serem enfrentados por todas as nações, em virtude dos altos custos da manutenção do sistema, o envelhecimento da população e os custos provenientes do próprio desenvolvimento tecnológica da medicina, que proporciona, cada vez mais, recursos para o combate às doenças e prolonga consideravelmente a expectativa de vida da população.

A questão mais relevante a ser enfrentada refere-se à definição do sistema jurídico que irá incidir no direito da saúde e a quem cabe assumir o ônus da gestão e os seus altos custos, ao Estado ou ao próprio cidadão?

Podemos destacar, pelo menos, três sistemas de gestão da saúde: o público, pelo qual toda atividade relacionada à saúde é monopólio e dever do Estado; o privado, pelo qual cabe à iniciativa privada efetuar toda a gestão e prestação do serviço pertinente a saúde, mediante remuneração, sob a fiscalização e intervenção do Estado. Muitas vezes, o próprio Estado impõe

¹Juiz de Direito da 4ª Vara Cível de Duque de Caxias.

ao cidadão o dever de possuir um plano de saúde ou um seguro-saúde para si e seus familiares. E, por fim, o que podemos chamar de misto, no qual o Estado é o titular do dever de prestar toda a assistência ligada a saúde à população, possibilitando a existência de um sistema de saúde suplementar, oferecido pela iniciativa privada à população.

Os parâmetros do sistema de saúde brasileiro estão bem delineados na Carta Constitucional, na qual se verifica um sistema misto, em que o Estado atribui para si o dever de prestar saúde a todos como garantia e faculta à iniciativa privada a possibilidade de instituir modalidade suplementar, sujeita à fiscalização do Poder Público, mais propriamente dito, através de agência reguladora da atividade.

No sistema brasileiro, o Constituinte, quando tratou da saúde, no art. 6º da Constituição, definiu-a como direito social, pertencente à categoria dos direitos fundamentais, juntamente com o direito à educação, ao trabalho, à segurança e demais direitos fundamentais, atribuindo significativa relevância à matéria e instituindo ao Estado, no art. 196 da C.F., o dever de promover a saúde como direito de todos, através de políticas sociais e econômicas, garantindo acesso universal e igualitário a todos os cidadãos.

A esse respeito, cabe transcrever o preceito constitucional: “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 doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

A Carta Constitucional não se limitou a editar normas meramente programáticas, ao afirmar que a saúde é direito de todos e dever do Estado; foi além, ao instituir normas com eficácia plena e imediata, criando verdadeiro sistema único de saúde (SUS), fixando políticas públicas e previsões orçamentárias no âmbito dos três entes da Federação Brasileira.

O art. 198 da Constituição cria o sistema único de saúde, instituindo um serviço integrado, mediante rede regionalizada e hierarquizada entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, com preceitos de plena e total eficácia no âmbito da gestão da saúde e de seu financiamento.

Por outro lado, a Constituição Federal, no art. 199, afirma que a assistência a saúde é livre à iniciativa privada, possibilitando a participação do setor privado no sistema de saúde de forma suplementar, que tem sido efetivado através de planos de saúde e seguro-saúde.

Nesse contexto, de forma sintética, o sistema único de saúde, gerido e financiado pelas três esferas no âmbito dos entes federativos, União, Estados e Municípios, presta serviço médico-hospitalar de forma integrada, universal, igualitária e gratuita e o sistema de assistência médico-hospitalar suplementar, gerido por empresas privadas e colocadas à disposição da população, mediante contratação dos serviços e pagamento do preço, sendo este o objeto central do estudo; ou seja, os contratos de planos de saúde e seguro-saúde e a legislação infraconstitucional aplicável.

DOS CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE E DE SEGURO-SAÚDE À LUZ DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL.

Características gerais dos contratos

Os contratos de seguro-saúde, ou plano de saúde, caracterizam-se como contratos de natureza coletiva, em que cada indivíduo ou grupo contribui com um valor pecuniário, chamado prêmio do seguro, ou mensalidade do plano, visando à formação de um fundo para a cobertura de eventos futuros de seus componentes quanto aos eventuais gastos pertinentes a sua saúde. Trata-se de contrato que tem como base o mutualismo, em que se compartilham risco futuro e incerto, porém previsível onde se gerencia o risco.

O risco deve ser compartilhado em grupos homogêneos, com o mesmo perfil de risco, para que se possa dividir igualmente o valor do prêmio, ou mensalidade do plano. O valor a ser pago para cobertura dos eventuais sinistros devem ter como previsão um lapso de tempo pré-fixado, geralmente um ano de contrato.

O componente do grupo não pode ter o poder de controlar o eventual sinistro, sob pena de desequilíbrio do contrato coletivo. Também

não se pode admitir a possibilidade de sinistralidade coletiva do grupo em eventos catastróficos, como terremotos, tsunamis, furações e outros, sob pena do total desequilíbrio do risco esperado e segurado.

A estrutura e a evolução legislativa dos contratos de seguro-saúde e planos de saúde

Distintamente do sistema único de saúde, que teve os seus parâmetros bem definidos na Constituição Federal de 1988, com legislação infraconstitucional regulando a matéria, o sistema de saúde suplementar até o advento da Lei nº 9.656 de junho de 1998 não possuía uma lei específica regulando a matéria, impondo aos operadores do direito a aplicação do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor, gerando grandes controvérsias na doutrina e na jurisprudência, pois, até então, a fonte principal e específica para as soluções dos conflitos existentes entre os pactuantes dos contratos de saúde era o próprio contrato, que, de regra, caracterizavam-se e ainda caracterizam-se como contratos de adesão, impossibilitando qualquer negociação nas condições contratadas e, eventualmente, os atos normativos da SUSEP (Superintendência de Seguros Privados), órgão regulador e fiscalizador no setor securitário.

Podemos citar a existência da Lei Eloi Chaves e do Decreto 73/66, arts. 129 e 130, como fontes singelas de legislação, aplicáveis ao setor de saúde antes da Constituição Federal de 1988. Recentemente, após a Carta Maior, adveio a Lei nº 9.656/98, que regula especificamente o setor de saúde suplementar, destinada à iniciativa privada e, posteriormente, a Lei nº 9.961/00 que criou a agência reguladora do setor - ANS (Agência Nacional de Saúde), com atribuição de fiscalizar e expedir atos normativos quanto à matéria, tornando-se importante fonte reguladora nas questões pertinentes a saúde.

Em virtude de tão vasta carência de legislação específica, muitas questões jurídicas desaguaram no Poder Judiciário sob vários aspectos, principalmente quanto à incidência da legislação no tempo e sua constitucionalidade, referindo-se aos contratos assinados anteriormente à nova legislação.

PRINCIPAIS QUESTÕES CONTROVERTIDAS SOBRE A MATÉRIA A SEREM DILUÍDAS PELO PODER JUDICIÁRIO

Uma das primeiras questões enfrentadas pelo Poder Judiciário sobre a matéria, antes do advento da Lei nº 9.656/98, atualmente já pacificada, é no sentido de se aplicar, ou não, o Código de Defesa do Consumidor às relações pactuadas nos contratos de plano de saúde e seguro-saúde. A dificuldade que se encontrava era de definir se tal relação jurídica caracterizava-se como relação de consumo ou uma mera relação jurídica de direito privado, regido pelo Código Civil.

Restou consagrado pela jurisprudência o entendimento de que os contratos de saúde se enquadram no conceito de prestação de serviços, definidos no art. 3º, parágrafo 2º, da Código de Defesa do Consumidor, que assim dispõe: “Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.”

Nesses termos, a discussão foi pacificada, inexistindo qualquer dúvida quanto à aplicabilidade do C.D.C. aos contratos de saúde.

Contudo, nova questão surgiu sobre o tema, com a vigência da Lei nº 9.656/98, que rege a matéria de forma específica, e, em seu art. 35 G, determina a aplicação subsidiária do C.D.C aos contratos de plano de saúde e seguro de saúde. O ponto nodal da questão é definir qual é a legislação a ser aplicada nas hipóteses de conflito aparente entre os dispositivos, já que a relação é de consumo, incidindo de forma indiscutível o C.D.C., e ao mesmo tempo, norma específica contrária ao que dispõe o próprio C.D.C..

A tendência Jurisprudencial é no sentido de respeitar o princípio da especificidade das normas; vale dizer, embora a relação seja de consumo, incidirá a lei mais específica, respeitando até mesmo o comando determinado no art. 35 G da Lei dos Planos de Saúde.

Tal questão foi enfrentada recentemente pelo Superior Tribunal de Justiça, no recurso especial no 866.840, Rel. Ministro Luiz Felipe Salomão,

em que se discutia a abusividade da cláusula contratual que prevê o reajuste do plano de saúde por faixa etária, afrontando, em tese, o Código de Defesa do Consumidor (art. 51, IV, do C.D.C) tendo, por outro lado, o comando do art. 15 da Lei nº 9.656/98, que prevê o reajuste das mensalidades dos planos levando em conta a faixa etária do contratante.

Cabe transcrever o aresto:

Processo

REsp 866.840 / SP

RECURSO ESPECIAL

2006/0129056-3

Relator(a)

Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO (1140)

Relator(a) p/ Acórdão

Ministro RAUL ARAÚJO (1143)

Órgão Julgador

T4 - QUARTA TURMA

Data do Julgamento

07/06/2011

Data da Publicação/Fonte

DJe 17/08/2011

Ementa

DIREITO CIVIL. CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

CLÁUSULA DE REAJUSTE POR MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. INCREMENTO DO RISCO SUBJETIVO. SEGURO IDOSO. DISCRIMINAÇÃO. ABUSO A SER AFERIDO CASO A CASO. CONDIÇÕES QUE DEVEM SER OBSERVADAS PARA VALIDADE DO REAJUSTE.

1. Nos contratos de seguro de saúde, de trato sucessivo, os valores cobrados a título de prêmio ou mensalidade guardam relação de proporcionalidade com o grau de probabilidade de ocorrência do evento risco coberto. Maior o risco, maior o valor do prêmio.

2. É de natural constatação que quanto mais avançada a idade da pessoa, independentemente de estar ou não ela enquadrada legalmente como idosa, maior é a probabilidade de contrair problema que afete sua saúde. Há uma relação direta entre incremento de faixa etária e aumento de risco de a pessoa vir a necessitar de serviços de assistência médica.

3. Atento a tal circunstância, veio o legislador a editar a Lei Federal nº 9.656/98, rompendo o silêncio que até então mantinha acerca do tema, preservando a possibilidade de reajuste da mensalidade de plano ou seguro de saúde em razão da mudança de faixa etária do segurado, estabelecendo, contudo, algumas restrições e limites a tais reajustes.

4. Não se deve ignorar que o Estatuto do Idoso, em seu art. 15, § 3º, veda “a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade”. Entretanto, a incidência de tal preceito não autoriza uma interpretação literal que determine, abstratamente, que se repete abusivo todo e qualquer reajuste baseado em mudança de faixa etária do idoso. Somente o reajuste desarrazoado, injustificado, que, em concreto, vise de forma perceptível a dificultar ou impedir a permanência do segurado idoso no plano de saúde implica na vedada discriminação, violadora da garantia da isonomia.

5. Nesse contexto, deve-se admitir a validade de reajustes em razão da mudança de faixa etária, desde que atendidas certas condições, quais sejam: a) previsão no instrumento negocial; b) respeito aos limites e demais requisitos estabelecidos na Lei Federal nº 9.656/98; e c) observância ao princípio da boa-fé objetiva, que veda índices de reajuste desarrazoados ou aleatórios, que onerem em demasia o segurado.

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

7. Recurso especial provido.

Acórdão

Proseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Raul Araújo, dando provimento ao recurso especial, divergindo do voto do Sr. Ministro Relator, e os votos dos Srs. Ministros João Otávio de Noronha e Maria Isabel Gallotti, no mesmo sentido da divergência, a Quarta Turma, por maioria, decide dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Raul Araújo. Vencido o Relator, Ministro Luis Felipe Salomão, que negava provimento ao recurso especial. Votaram com o Sr. Ministro Raul Araújo os Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti e João Otávio de Noronha. (fonte: site do STJ – www.stj.jus.br)

Entre as polêmicas questões discutidas nos Tribunais Superiores está a da aplicabilidade das legislações recentes, a Lei nº 9.656/98 (Lei reguladora dos planos de saúde) e a Lei nº 10.741/03 (Estatuto do Idoso), aos contratos firmados anteriormente à vigência dessas leis. O primeiro ponto a se ressaltar é que o art. 35-E da Lei nos Planos de Saúde, que regula e prevê incidências de novas regras aos contratos antigos, encontra-se suspenso por liminar concedida na Adin. 1931-8 DF pelo Supremo Tribunal Federal.

A questão está longe de ser pacífica, eis que a primeira corrente defende a plena aplicabilidade da nova legislação, principalmente o Estatuto do Idoso, aos contratos antigos, afirmando que estes possuem trato sucessivo, renovando-se ano a ano, sendo ainda, norma de caráter cogente. A segunda corrente, em posição absolutamente contrária, afirma ser o contrato firmado anteriormente à vigência da legislação ato jurídico perfeito, tendo-se que garantir o instituto da segurança jurídica. (sobre o tema ver: Resp. 809329, 989380 e 707286, Ag. 5402814/4-00 TJ-SP, Adin. 493-0 e 1931-8).

Ao Poder Judiciário cabe a relevante tarefa de pacificar essas e outras questões de grande repercussão social quanto à matéria de saúde, verdadeiramente espinhosa, em razão de se tratar de matéria complexa em virtude dos fatores socioeconômicos diretamente envolvidos. ♦

Contrato de Plano de Saúde Particular

Luiz Alfredo Carvalho Junior ¹

De acordo com a **Lei 9.656, de 3 de junho de 1998**, o plano de saúde é definido como:

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

São contratos de trato sucessivo: os efeitos jurídicos dos contratos dessa natureza perpetuam-se no tempo, havendo continuidade. Isso se deve ao princípio da conservação dos contratos de consumo de longo prazo, ou, na terminologia apresentada por Cláudia Lima Marques, “contratos cativos de consumo”.

O contrato de seguro não é mero negócio jurídico com prazo indeterminado, ele se renova de tempos em tempos, uma vez que o prêmio corresponde à cobertura securitária que a operadora de seguros dispõe ao segurado em sua atualidade.

¹Juiz de Direito do 3º Juizado Especial Cível de Niterói.

Além disso, tais contratos devem ser amparados pelo Código de Defesa do Consumidor, mesmo quando celebrados anteriormente a sua vigência (11 de março de 1991), em face da hierarquia constitucional de garantia à defesa dos interesses dos consumidores. Portanto, tendo sido o contrato renovado sob a égide do Código de Defesa do Consumidor, embora firmado antes de sua vigência, não há como afastar a incidência das disposições nele previstas. Quanto aos contratos firmados na vigência do Código de Defesa do Consumidor, não pairam dúvidas sobre sua aplicação.

No que tange à Lei 9.656/98, que trata dos planos e seguros privados de assistência a saúde, as jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal consideram que a nova lei não se aplica aos contratos assinados antes de sua entrada em vigor.

Tal entendimento se fundamenta nas garantias constitucionais ao ato jurídico perfeito e direito adquirido. Dessa forma, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor recebe nova luz com a definição de abuso e cláusulas abusivas trazidas pela Lei 9.656/98; ou seja, a nova lei é usada para facilitar a aplicação e concreção das normas já previstas no Código de Defesa do Consumidor, mesmo aos contratos anteriores, se nestes estiverem as cláusulas consideradas abusivas.

DA BOA-FÉ NOS CONTRATOS DE “PLANOS DE SAÚDE”

Na primeira hipótese, o Código de Defesa do Consumidor estabelece em seu art. 6º, como direito básico do consumidor, a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, qualidade e preço. Eis porque deve a empresa informar o consumidor sobre o aumento do preço do plano por faixa etária quando da escolha do plano, pois o texto do contrato também é informação.

A não informação e a cláusula que permite tais aumentos posteriores, bem como a alteração do percentual de aumento de forma unilateral, desequilibram o contrato e violam a boa-fé, nos termos do art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor.

A cláusula geral de boa-fé objetiva encontra-se implícita em nosso ordenamento jurídico antes da vigência do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil de 2002, mas explicitada a partir desses marcos legislativos, vem sendo entendida como dever de conduta, que impõe lealdade aos contratantes, e como limite ao exercício abusivo de direitos.

Na segunda hipótese, a cláusula de boa-fé tem importância ainda maior, pois trata das cláusulas limitadoras dos direitos dos consumidores, as quais, nos termos do art. 54 do Código de Defesa do Consumidor, devem ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.

Os contratos anteriores à Lei 9.656/98, os quais representam ainda grande parcela dos contratos de “planos de saúde” vigentes adquiridos por consumidores, comumente previam limites ou restrições a procedimentos médicos (consultas, exames médicos, laboratoriais), limitando internações hospitalares, a permanência em UTI’s e similares. Tais cláusulas contratuais são nulas por serem contrárias à boa-fé.

As cláusulas que implicam limitações nas condições apresentadas podem ser consideradas inválidas, consoante os art. 51, § 1º, inciso II, do CDC, porque restringem direitos ou obrigações inerentes à natureza do contrato, ao afrontar seu próprio objeto, e por aplicação do art 51, inciso IV, do CDC, pois colocam o segurado em desvantagem em relação à seguradora.

A saúde é direito constitucionalmente assegurado. Situa-se entre aqueles de maior importância para o ser humano, individualmente e para a sociedade, sendo dever do Estado a prestação de serviços necessários à garantia da saúde.

A assistência à saúde é permitida à iniciativa privada, que pode explorá-la com objetivo de lucro, porém, oferecendo-se, em contrapartida, serviço adequado, de qualidade, que assegure a assistência à saúde daquele que contrata o serviço, mantendo-se o respeito ao direito, nos moldes constitucionais.

A saúde é de relevância social e individual, segundo a Constituição, superior a qualquer direito de natureza patrimonial ou econômica, sendo que o direito ao lucro é resguardado, na medida em que auferido com a prestação de serviço adequado, em conformidade com a legislação vigente.

APLICAÇÃO DO ESTATUTO DO IDOSO E O REAJUSTE DOS PLANOS DE SAÚDE

Em 1º de janeiro de 2004, entrou em vigor a Lei 10.741/03, conhecida como Estatuto do Idoso. Assim como outras legislações existentes no país – Estatuto da Criança e do Adolescente e Código de Defesa do Consumidor, por exemplo – o Estatuto do Idoso objetiva dar maior proteção a um grupo vulnerável da sociedade. Para o Estatuto, é considerado idoso aquele que tem 60 (sessenta) anos ou mais. Dentre as suas medidas protetivas está a vedação de práticas discriminatórias a idosos nos planos de saúde.

Assim determina o artigo 15, § 3º: “É vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade”. Desde que o Estatuto do Idoso entrou em vigor, estabeleceu-se controvérsia quanto a sua aplicabilidade: ele pode ser aplicado aos contratos assinados antes de sua entrada em vigor, ou somente para os contratos assinados depois de 1º de janeiro de 2004?

Há duas correntes, sendo que a ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar, responsável pela regulação dos planos de saúde – opta pela segunda, desfavorável ao consumidor. De qualquer maneira, alguns pontos são incontroversos: uma regra geral, válida para todos os contratos, antigos e novos, é a proibição do aumento por mudança de faixa etária se não houver previsão expressa e clara no contrato quanto às faixas etárias e os respectivos percentuais de aumento que incidirão em cada faixa. A controvérsia quanto à aplicação do Estatuto do Idoso é expressa por diferentes visões dos juristas sobre as situações sobre as quais uma lei nova pode recair.

A regra geral é de que as leis somente podem produzir efeito sobre atos que se derem depois de sua entrada em vigor, como determina o artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, ao falar de direito adquirido e ato jurídico perfeito.

Mas, existem situações em que, para a proteção da própria relação contratual e dos direitos envolvidos, leis podem recair sobre relações contratuais que se iniciaram antes delas, desde que visem a proteger a ordem pública e os interesses sociais. Não se trata de posição unânime dos juristas, mas é defendida por muitos dos doutrinadores mais modernos. Dentre

tais contratos, encontram-se os contratos de planos de saúde.

Quando o consumidor contrata um plano de saúde, requer serviço contínuo, e seu principal objetivo é a transferência (onerosa e contratual) de riscos referentes à eventual necessidade de assistência médica ou hospitalar no futuro.

A legislação, por sua vez, assim como a sociedade, tende a evoluir e não faz sentido restringir o consumidor à legislação do momento da assinatura de um contrato desse tipo, se surge uma legislação posterior, de interesse social. Assim, quando são editadas leis como o Estatuto do Idoso, de interesse social, sua aplicação deve ser imediata, incidindo sobre todas as relações, na execução do contrato de natureza sucessiva, a partir da edição dessa nova lei.

Não é qualquer lei que produz o efeito de aplicação imediata; somente aquelas consideradas de ordem pública ou de interesse social; não é qualquer contrato que é afetado, mas apenas aqueles que, por suas peculiaridades, são classificados como contratos de trato sucessivo. Mas, mesmo leis de interesse social não recaem sobre situações fáticas consolidadas, antes de sua entrada em vigor. Assim, se o consumidor idoso recebeu aumento por mudança de faixa etária, antes de janeiro de 2004 – quando entrou em vigor o Estatuto do Idoso – previsto em contrato adequadamente, não há como anular esse reajuste.

O POSICIONAMENTO DA JUSTIÇA. ESTUDO DE DECISÕES JUDICIAIS

No Poder Judiciário, não há consenso: há decisões tanto no sentido de que o Estatuto do Idoso é aplicável aos contratos firmados antes de sua entrada em vigor, quanto no sentido de sua não aplicabilidade. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) recentemente posicionou-se favoravelmente ao consumidor (Recurso Especial nº 809.329 - RJ (2006/0003783-6), vedando a aplicação de reajustes por mudança de faixa etária para pessoas com 60 anos ou mais, independentemente da data de contratação do plano de saúde.

No Rio de Janeiro e em São Paulo também não se verifica consenso: há decisões em ambos os sentidos no Tribunal de Justiça; no Distrito

Federal, identificaram-se três decisões favoráveis ao consumidor e fundamentam-se no Estatuto do Idoso, para proibir a cobrança de valores diferenciados nos planos de saúde em razão da idade.

Definiu-se tão somente que, em função do seu caráter de ordem pública, tem a legislação aplicação imediata; por isso, influi em relações que, a despeito de nascidas em período anterior a sua vigência, devem sofrer os efeitos da nova lei [o Estatuto do Idoso], principalmente porque a cláusula relacionada ao aumento de mensalidade em função da implementação dos 60 anos passou a gerar efeitos concretos, quando o direito brasileiro não mais contemplava a validade dessa espécie de reajuste.

Outro importante argumento com referência ao respeito à irretroatividade da lei e ao ato jurídico perfeito é que os contratos de seguros e planos de saúde são típicos de execução diferida no tempo; destarte, sujeitos a mutações, adaptações, conforme o interesse geral, público, social, econômico etc., sem que isso implique desobediência aos mesmos princípios. Têm como característica sua consumação na propagação do tempo e por essa razão, estão sujeitos, submetem-se à aplicação da lei nova, sem que tal represente lesão ao ato jurídico perfeito ou retroação, prevalecendo a *regra rebus sic stantibus*, o tempo rege o contrato. (CARVALHO SOBRINHO, Linneu Rodrigues de. **Revista de Julgados do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo**. V. 66, nov./dez. 2003, p. 20 e 21, citado em Apelação Cível nº 2005.022.022592-0, 14/10/05, Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Relator Des. Jorge Schaefer Martins):

“PLANO DE SAÚDE – Majoração em virtude de alterada a faixa etária da beneficiária – Vigência da Lei 10.741, de 03 de janeiro de 2004 (artigo 15, parágrafo 3º) – Fundamentação relevante, em princípio, da decisão recorrida, para conceder a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional – Lei nova, de caráter social – Incidência admitida, de plano, aos contratos em curso – Tutela preferencial ao idoso – Finalidade de preservá-lo de mutações financeiras, em razão de sua idade, e que lhe tragam risco de prejuízo irreparável ou de complexa reparação – Au-

mento significativo da prestação do plano de saúde (aproximadamente 60%, a acarretar natural desestabilização à economia da agravante, aposentada) – Requisitos à concessão da liminar, presentes (parágrafo 3º, do artigo 461, do Código de Processo Civil) – Improvimento”. (JTJ 285/309)

Sob nossa ótica, deve prevalecer o caráter de essencialidade do contrato. Nesse aspecto, antes de mais nada, compete ao Poder Judiciário aplicar os princípios constitucionais, entre os quais a tutela da dignidade da pessoa humana e o direito à saúde estão inseridos nesses princípios.

Sob a perspectiva do direito contratual, ao ponderar a possibilidade de reajuste do plano e o respeito ao ato jurídico perfeito, deve-se ter em mente a possibilidade da interferência do Poder Judiciário nas relações contratuais, em função do bem que é objeto desse contrato. Como bem diz a professora Teresa Negreiros:

“No entanto, a destinação dos bens é tratada, sob a ótica do Código, abstraindo-se a dimensão existencial, isto é, não sendo levada em conta a função que exercem na conservação ou promoção da dignidade da pessoa humana. A ótica predominantemente patrimonial, constante do Código Civil, mostra-se insuficiente em face da ordem constitucional brasileira, já que a Constituição Federal de 1988 está inserida na tendência comum às Constituições modernas, as quais “... deslocam o valor fundamental não mais para a propriedade ou para as rendas, mas sim para o ser humano e seus direitos fundamentais. A propriedade e a renda agora são encaradas como instrumentos para a realização da dignidade da pessoa humana”. Nesse sentido, a disciplina do bem de família, por meio da Lei nº 8.009/90, representa uma mudança em relação aos critérios tradicionais, na medida, precisamente, em que determina a especificidade do regime jurídico aplicável àquele bem em função da finalidade existencial que o mesmo desempenha. Assim é que, em correspondência aos ditames cons-

titucionais, segundo os quais a prevalência há de ser conferida à pessoa - e não, portanto, ao patrimônio em si mesmo considerado – o “contexto” normativo referente ao bem destinado à residência familiar é correspondentemente diferenciado.

O mesmo procedimento de qualificação e de diferenciação deve ter lugar no tocante à classificação dos contratos, influenciando sobre a escolha do regime jurídico aplicável. Propõe-se, portanto, uma diferenciação que tenha como base a destinação do bem cuja aquisição ou utilização seja objeto do contrato. O paradigma da essencialidade constitui a base para uma tal diferenciação, e encontra fundamento na Constituição, na medida em que esta instituiu uma cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana, impondo, dessa forma, o reconhecimento da influência de interesses não-patrimoniais sobre a conformação jurídica das relações contratuais. Por isso, há de se distinguir os contratos em que tais interesses extra-patrimonial estão presentes daqueles outros contratos nos quais, ao contrário, as obrigações assumidas sejam instrumento de satisfação de interesses exclusivamente patrimoniais. Nesse exato sentido, conclui Pietro Perlingieri: “... uma coisa é a obrigação finalizada à realização de uma exigência da pessoa, como podem sê-lo as obrigações assumidas por uma sociedade por ações a escopo de lucro”.²

Nesse sentido, torna-se importante distinguir as situações patrimoniais – especificamente as relações contratuais – qualificadas em função de sua utilidade existencial, como tal entendido o grau de imprescindibilidade da aquisição ou utilização pessoal do bem em questão, para garantir um padrão mínimo de dignidade de quem dele necessita. A destinação do bem objeto do contrato é um elemento fundamental na determinação do relativo poder negocial dos contratantes e, por isso, deve ser levada em conta na

solução do conflito de interesses que eventualmente sobrevenha.

Estas são as premissas que fundamentam o estabelecimento do paradigma da essencialidade. Os contratos que versem sobre a aquisição ou utilização de bens que, considerando sua destinação, são tidos como essenciais e sujeitos a um regime tutelar, justificado pela necessidade de proteção da parte vulnerável – assim entendida a parte contratante que necessita do bem em questão - e, vice-versa, no extremo oposto, os contratos que tenham por objeto bens supérfluos regem-se predominantemente pelos princípios do direito contratual clássico, vigorando aqui a regra da mínima intervenção heterônoma.

Já estabelecido o fato de que o contrato de plano de saúde é de caráter essencial e merece regime tutelar diferenciado, o Estatuto do Idoso deve incidir sobre relações jurídicas firmadas antes de sua vigência.

“Ou seja, pôr a pessoa no centro do direito civil significa que a vida digna seja alcançada à condição de necessário parâmetro de interpretação e de aplicação das normas de direito civil. A teoria contratual deve estar voltada, pois, à proteção da pessoa, impondo-se, de acordo com o paradigma da essencialidade, a diferenciação dos contratos conforme a sua específica importância como instrumento de satisfação das necessidades fundamentais do homem de carne e osso. Em feliz síntese, Luiz Edson Fachin observa que: “A pessoa, e não o patrimônio, é o centro do sistema jurídico, de modo que se possibilite a mais ampla tutela da pessoa, em uma perspectiva solidarista que se afasta do individualismo que condena o homem à abstração”.³

Assim, afasta-se a incidência de norma constitucional, para conferir eficácia positiva ao princípio do mínimo existencial, contido também em nossa Constituição, aplicando-se o Estatuto do Idoso aos planos anteriores à sua vigência. ◆

³ Idem, 2006, p. 495.

Algumas Considerações sobre Assistência à Saúde

Luiz Eduardo de Castro Neves ¹

Nos dias atuais, em que há cada vez mais interesse em bens de consumo, é, sem dúvida, nos momentos em que as pessoas se deparam com problemas de saúde que são forçadas a refletir sobre as prioridades da vida. Embora a Constituição Federal estabeleça em seu artigo 196 que a saúde é “direito de todos e dever do Estado”, tal dispositivo não é sempre uma realidade, o que faz com que muitas pessoas contratem planos de saúde privados.

Diante da lacuna deixada pelo Estado, evidentemente os planos de saúde têm um aumento de sua clientela. Tal situação também implica aumento de sua responsabilidade e de uma adequada gestão, diante de tão importante valor.

Nesse particular, deve-se observar que o cálculo do valor a ser cobrado pelo plano de saúde é feito com base no mutualismo, que se fundamenta na partilha de riscos. Em outras palavras, o risco individual é diluído no risco coletivo. Para exame de tal situação, o cálculo é feito com base na Lei dos Grandes Números, que analisa os números totais para exame da probabilidade.

De fato, caso uma pessoa resolvesse fazer poupança privada para arcar com custos decorrentes de eventuais problemas de saúde, certamente o valor poupado não seria suficiente para cobrir eventuais custos decorrentes de problemas mais sérios de saúde. Um dos princípios do cálculo é que o segurado não tem o poder de controlar a ocorrência do evento segurado, já que, se o segurado tiver ingerência direta sobre a realização do evento,

¹ Juiz de Direito da 15ª Vara Cível - Capital.

certamente haverá desequilíbrio no cálculo. Por essa razão, não haveria cobertura de seguro no caso de alguém cometer suicídio, por exemplo.

Nesse particular, cabe notar que a Súmula 61 do C. Superior Tribunal de Justiça estabelece que “o seguro de vida cobre o suicídio não premeditado”, o que parece contrariar o princípio acima referido. De todo modo, o exame mais cuidadoso da Súmula indica que o princípio está mantido, na medida em que não haverá cobertura, se o suicídio for premeditado, hipótese em que o segurado terá interferido diretamente no resultado.

Outro princípio importante do cálculo é que o evento segurado não deve ocorrer em relação a todos os segurados simultaneamente. Em vista desse princípio, ficam excluídas do seguro hipóteses como: terremotos e atentados.

Não há dúvida de que o cálculo deve ser feito de forma adequada, de modo a resguardar o equilíbrio financeiro do contrato. Nesse particular, uma questão interessante é relativa à observância de carências, para que seja resguardado tal equilíbrio, ainda que, em alguns casos, tal carência deva ser excluída, como acontece nos casos de emergência, nos termos do artigo 35-C da Lei nº 9.656/98, com a redação dada pela Lei nº 11.935/2009.

Ademais, é preciso lembrar que não há carências em planos coletivos. Tal situação também se fundamenta em cálculos atuariais e pode ser explicada pelas seguintes razões: a de realização de menores despesas administrativas em um plano coletivo; a de realização de menores despesas com propagandas destinadas a captar clientela e também porque o próprio empregador já vê o risco, na medida em que é de seu interesse ter funcionários em adequada situação de saúde.

O cálculo atuarial é de vital importância para o sucesso do plano, já que a realização de cálculos equivocados pode implicar em prejuízo para o plano, o que poderá resultar em impossibilidade de pagamento dos segurados.

Empresas menores têm maiores dificuldades de competir no mercado e de fazer cálculos, em vista da Lei dos Grandes Números, já referida. De fato, por questões atuariais, em vista do número menor de clientes, há maior dificuldade de realização de previsão.

Em que pese a importância do cálculo atuarial para o adequado funcionamento do plano de saúde, é inegável o relevante papel do Poder Judiciário na compatibilização de tal situação com dispositivos legais e princípios legais.

O direito à saúde faz parte dos direitos sociais, previstos no artigo 6º da Constituição Federal, sendo certo que nem sempre o que é economicamente interessante, sob a perspectiva financeira do plano, é a melhor solução para o consumidor. Assim, cabe ao Poder Judiciário harmonizar os interesses, de forma a permitir que sejam resguardados os interesses do consumidor, sem que tal fato resulte em inviabilidade econômica para o plano, o que poderia resultar na inviabilidade de observância do direito dos demais segurados. Nesse particular, há inúmeros desafios que devem ser enfrentados.

Em primeiro lugar, deve-se observar que houve modificação na pirâmide populacional. Há mais idosos e menos jovens, o que certamente implica redução na contribuição e mudança no equilíbrio do plano. Tal situação certamente constitui desafio para a manutenção dos planos de saúde, especialmente porque, na fase final da vida, há maior necessidade de utilização do plano de saúde, em função do natural desgaste do organismo e aumento significativo de procedimentos mais caros, além de internações mais demoradas. De outro lado, as pessoas mais idosas têm maior dificuldade de arcar com os custos do plano, tendo em vista que, na fase final da vida, geralmente, ocorre diminuição de rendimentos.

Diante das situações, o artigo 14 da Lei nº 9.656/98 veda a discriminação de pessoas, exceto em razão da idade. Da mesma forma, o artigo 15, § 3º da Lei nº 10.741/03, o Estatuto do Idoso, impede aumento de mensalidade para idosos.

Com a edição do Estatuto do Idoso, inaugurou-se uma discussão quanto a sua imediata aplicação a contratos em curso, tendo o Poder Judiciário importante papel em tal debate. A tese que prevaleceu em nossos tribunais foi a de imediata aplicação, especialmente diante dos argumentos de que o contrato de saúde é de trato sucessivo; a norma que institui a proteção é cogente e, portanto, deve ter aplicação imediata. De fato, seria uma injustiça que alguns idosos tivessem direito à proteção e outros idosos

não fossem atingidos pela referida Lei.

A mencionada determinação legal e o posicionamento de nossos tribunais exigiram adequação dos planos, o que certamente provocou a diluição dos custos pelos mais jovens.

Nesses termos, merece relevo a atuação do Poder Judiciário no intuito de proteger um dos valores mais importantes para o ser humano: a saúde. Ainda que os planos de saúde sejam fiscalizados pela Agência Nacional de Saúde e que não haja subordinação entre a ANS e o governo, o que faz com que, em tese, nem mesmo o Presidente da República possa interferir em normas da ANS, o órgão não é imune a pressões políticas.

As regras criadas pela ANS também não estão sujeitas ao controle do Congresso Nacional, como acontece com as leis. Assim, eventual controle de adequação de normas instituídas deve ser feito pelo Poder Judiciário.

Nesse particular, um importante instrumento a ser utilizado pelo Poder Judiciário é o Código de Defesa do Consumidor, sendo hoje pacificada a incidência do CDC nos contratos de planos de saúde, conforme prevê a Súmula 469 do STJ: “Aplica-se o Código de Defesa de Consumidor aos contratos de plano de saúde”.

Embora o STF já tenha decidido que o CDC não se aplica a contratos anteriores à sua vigência, tal situação é cada vez menos verificada, diante do tempo de vigência do CDC e da adequação de contratos anteriores ao CDC, em muitos casos.

De toda sorte, a análise do contrato de saúde sob a ótica do CDC permite que o juiz, diante de um caso concreto, tenha mecanismos de verificar a abusividade ou não das normas previstas pelos planos de saúde, a adequação dos contratos e evitar que consumidores sejam prejudicados diante de medidas impostas unilateralmente pelos planos de saúde. Ainda que seja relevante a preocupação de que o plano observe o equilíbrio atuarial, não se pode ignorar a necessidade de adequação das medidas tomadas, sob a ótica jurídica.

Não é por outra razão que a Súmula 302 do STJ dispõe que “é abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado.”

Ainda no mesmo sentido, deve-se observar a Súmula 112 do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que diz que “é nula, por abusiva, a cláusula que exclui de cobertura a órtese que integre, necessariamente, cirurgia ou procedimento coberto por plano ou seguro de saúde, tais como ‘stent e marcapasso’.

Tal entendimento procura afastar distorção que ocorria em diversos casos, em que, embora houvesse cobertura, os planos de saúde se recusavam a arcar com os custos da órtese, necessária à realização do próprio procedimento. Como visto, tal entendimento somente pode ser obtido com base nos dispositivos do CDC, especialmente diante dos termos do artigo 51 do referido diploma legal.

Permitir que o plano de saúde deixasse de arcar com os custos integrais do procedimento, o que ocorreria com a exclusão da cobertura de prótese indispensável, resultaria na cobertura parcial, não se alcançando o objetivo do seguro.

Em muitos casos, diante dos valores envolvidos e da urgência dos procedimentos, não é possível aguardar o final da instrução processual, razão pela qual a antecipação de tutela deve ser utilizada como importante instrumento de proteção do consumidor e de sua saúde. Nesse particular, também merece relevo o entendimento pacificado na súmula 210 do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no sentido de que “para o deferimento da antecipação da tutela contra seguro-saúde, com vistas a autorizar internação, procedimento cirúrgico ou tratamento, permitidos pelo contrato, basta indicação médica, por escrito de sua necessidade.”

Tal entendimento se justifica porque, em grande parte dos casos, não é possível aguardar o final da instrução, para que seja determinada a realização do procedimento. O médico que prescreve o procedimento terá responsabilidade sobre a decisão, que é técnica, e, eventualmente, poderá ser questionada pelo plano de saúde.

Além disso, nada impede que o Tribunal de Justiça disponibilize aos magistrados canais de comunicação com médicos especialistas que poderão avaliar a necessidade de adoção do procedimento ou da medicação pretendidos pelo consumidor, de forma a evitar custos desnecessários para

os planos de saúde, caso a solução possa ser dada com outro medicamento, ou outro procedimento. Tal exame é de difícil apuração, especialmente porque, como se sabe, a medicina não é uma ciência exata. Assim, em caso de divergência sobre o procedimento a ser adotado, o magistrado deve nortear sua decisão pela escolha do médico que acompanha o paciente e que, assim, o conhece melhor. Nesse sentido, é esclarecedora a Súmula 211 do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no sentido de que “havendo divergência entre o seguro-saúde contratado e o profissional responsável pelo procedimento cirúrgico, quanto à técnica e ao material a serem empregados, a escolha cabe ao médico incumbido de sua realização.”

De outro lado, para desestimular a recusa indevida de procedimentos que deveriam ser arcados pelo plano de saúde e tendo em vista indenizar os consumidores por recusas indevidas, ficou pacificado o entendimento de que haverá indenização por danos morais em casos de recusas indevidas. Nesse sentido, a Súmula 209 do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que determina que “enseja dano moral a indevida recusa de internação ou serviços hospitalares, inclusive home care, por parte do seguro saúde somente obtidos mediante decisão judicial.”

Considerando a complexidade do problema, somente o exame de cada caso concreto permitirá verificar se a recusa foi ou não justificada. Ainda assim, é evidente que, diante do entendimento pacificado, caso seja considerada indevida a recusa, deverá o plano de saúde indenizar o consumidor pelos transtornos decorrentes de prática indevida. Tal súmula certamente é de grande utilidade para evitar recusas injustificadas.

Por fim, cabe notar que o Poder Judiciário não pode ficar insensível à verificação de condições atuariais de cada plano de saúde, mesmo porque a observância desse requisito é fundamental para que não haja falência do sistema e para preservar a proteção de todos os usuários. De outro lado, deve-se ponderar e resguardar o interesse dos consumidores em obter o adequado tratamento de saúde, direito social previsto no artigo 6º da Constituição.

Diante do exposto, sobressai a missão do Poder Judiciário de avaliar, caso a caso, de forma criteriosa, a adequação das normas, com base no Código de Defesa do Consumidor e, em especial, no princípio da dignidade da pessoa humana, arrolado como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, nos termos do artigo 1º, III, da Constituição Federal. ♦

Saúde Suplementar e Direito do Consumidor

Luiz Márcio Victor Alves Pereira¹

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, também chamada Constituição Cidadã, inclui a saúde entre os direitos sociais (art. 6º) e seu artigo 196 expressamente determina que a saúde é um *direito de todos e um dever do Estado*. O artigo 197 da Carta da República dispõe sobre a atuação concorrente na área da saúde, nela atuando o Poder Público, diretamente ou por terceiros, pessoas físicas e pessoas jurídicas de direito privado.

Dentro desse quadro constitucional do direito universal à saúde, não se pode ignorar que a sociedade brasileira vem sendo marcada pela evolução tecnológica, pela globalização, pela instabilidade econômica mundial e pelo envelhecimento da população. Todos esses fatores representam desafio significativo ao Estado, no intuito de assegurar a todos os cidadãos condições dignas de sobrevivência, atendimento de suas necessidades básicas, equilíbrio das contas públicas e desenvolvimento econômico com qualidade de vida.

Nesse contexto, a saúde pública tem sofrido com a falta de investimentos e os cortes constantes de recursos, gerando em todas as esferas do poder público uma prestação deficiente do serviço, em face das crescentes demandas da população, diante de seu real envelhecimento e das necessidades mínimas de um número cada vez maior de pessoas a serem atendidas. Por essa razão, constantemente, veiculam-se na imprensa de todo país situações extremamente negativas em que se destacam: a falta de leitos, equipamentos e medicamentos nos hospitais, a péssima remuneração dos profissionais de saúde pública, a ausência de uma política de prevenção

¹ Juiz de Direito da 33ª Vara Criminal - Capital.

de doenças e, até mesmo, o dilema de escolha, por parte dos médicos nos hospitais, entre os pacientes que terão prioridade para atendimento, e, por consequência, de sobrevivência essencial.

Portanto, o que se constata no Brasil, em termos de saúde pública, é o quadro geral e desalentador da falta de recursos, pessimamente geridos, na maioria dos entes federativos, acrescidos dos casos de corrupção e fraudes realizados por aqueles que deveriam zelar pela melhoria permanente dos serviços e qualidade de vida da população.

Ao lado disso, é incontestável a dificuldade do Poder Judiciário em impor resposta efetiva e exemplar aos maus gestores das insuficientes verbas destinadas à saúde, por questões estruturais e de uma legislação processual penal deficiente, levando a população à descrença e, aqueles que podem, à utilização da chamada Saúde Suplementar, para terem um mínimo de segurança quanto ao atendimento de suas necessidades em caso de doença.

Esse verdadeiro abismo entre o atendimento efetivo da população, com dignidade, e a realidade encontrada nos hospitais públicos, com sucateamento da rede do SUS, bem como a lacuna de políticas públicas de prevenção e melhoria da qualidade de vida do povo, fizeram com que o setor de Saúde Complementar sofresse uma explosão de crescimento nas últimas décadas, exigindo, por outro caminho, a intervenção do Estado, agora com a criação de uma legislação que propicia algum tipo de proteção aos contratantes desse serviço.

Cumprir notar que, antes do Código de Defesa do Consumidor, de 1990, e da Lei 9.656/98, prevalecia a total liberdade de regras nos contratos de Saúde Suplementar ou Planos de Saúde, sendo invocado, pelas empresas, como base para todos os abusos, o argumento do ato jurídico perfeito e o Princípio de Direito Privado de que “tudo aquilo que a lei expressamente não veda é permitido”.

Essa realidade de desigualdade entre os contratantes exigiu a criação, no ano de 2000, da Agencia Nacional de Saúde Suplementar, ANS, com a Lei 9.961/2000, e, posteriormente, com especial ênfase no resguardo aos idosos, do Estatuto do Idoso, Lei 10.741/2003, que, em seu artigo 15, estabelece:

“Art. 15: É assegurada a atenção integral à saúde do idoso, por intermédio do Sistema Único de Saúde – SUS, garantindo-lhe o acesso universal e igualitário, em conjunto articulado e contínuo das ações e serviços, para a prevenção, promoção, proteção e recuperação da saúde, incluindo a atenção especial às doenças que afetam preferencialmente os idosos.

§ 1o A prevenção e a manutenção da saúde do idoso serão efetivadas por meio de:

I – cadastramento da população idosa em base territorial;

II – atendimento geriátrico e gerontológico em ambulatórios;

III – unidades geriátricas de referência, com pessoal especializado nas áreas de geriatria e gerontologia social;

IV – atendimento domiciliar, incluindo a internação, para a população que dele necessitar e esteja impossibilitada de se locomover, inclusive para idosos abrigados e acolhidos por instituições públicas, filantrópicas ou sem fins lucrativos e eventualmente conveniadas com o Poder Público, nos meios urbano e rural;

V – reabilitação orientada pela geriatria e gerontologia, para redução das sequelas decorrentes do agravo da saúde.

§ 2o Incumbe ao Poder Público fornecer aos idosos, gratuitamente, medicamentos, especialmente os de uso continuado, assim como próteses, órteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação.

§ 3o É vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade. (g.n)

§ 4o Os idosos portadores de deficiência ou com limitação incapacitante terão atendimento especializado, nos termos da lei.”

Nesse particular, reside uma das questões mais tormentosas enfrentadas pelos tribunais brasileiros sobre tema Saúde Suplementar, pois, com o envelhecimento acentuado da população e o aumento constante da expectativa de vida das pessoas, as empresas do setor, que visam, em primeiro lugar, ao lucro, passaram a utilizar aumentos diferenciados para os

contratantes, de acordo com faixa etária dos mesmos, principalmente com a autorização introduzida pela Lei 9.656/98, ao criar sete faixas etárias de preço, dentro dos contratos, permitindo que o valor da última faixa pudesse ser até seis vezes superior ao da primeira.

Por óbvio, tais elevações financeiras sobrecarregaram demasiadamente os consumidores que entraram na terceira idade; isto é, na última faixa de valores, sendo que as empresas se utilizaram do argumento de que o risco decorrente do envelhecimento dos contratantes comprometeria o equilíbrio financeiro do grupo, consignando que a partilha desse risco, inerente ao mutualismo, exigiria maior remuneração daqueles que potencialmente irão utilizar mais os serviços contratados. O Professor Damásio de Jesus², em sua festejada obra **Estatuto do Idoso Anotado – Lei n. 10.741/2003 - Aspectos Cíveis e Administrativos**, enfrentou a questão, dizendo o seguinte:

“O dispositivo legal em questão foi um dos mais polêmicos por ocasião do ato de sanção do Estatuto pelo Presidente da República, tendo em vista, segundo as seguradoras, os custos elevados que o idoso implica (SIQUEIRA, 2004, p.167). O motivo do alto custo do idoso para os planos de saúde está no fato do uso mais frequente dos planos, gerando um incremento para fins de cálculo atuarial.

A Lei n. 9.656/98, ao disciplinar os planos de saúde, deu margem a abusos, pois, ao instituir sete faixas etárias, determinou que o valor da última pode ser até seis vezes o valor da primeira. A primeira faixa vai até 17 anos, a segunda, dos 18 aos 29 anos, a terceira, dos 30 aos 39 anos, a quarta, dos 40 aos 49 anos, a quinta, dos 50 aos 59 anos, a sexta, dos 60 aos 69 anos e a sétima, a partir dos 70 anos. As empresas prestadoras de serviços de saúde estavam livres para estabelecer valores arbitrários, até com a liberdade de manutenção de valores iguais em faixas etárias diferentes.

2 Jesus, Damásio de. **Estatuto do Idoso Anotado – Lei n. 10.741/2003 - Aspectos Cíveis e Administrativos**. Ed. Damásio de Jesus, 2005, p. 68/70.

Também informa Luiz Eduardo Alves de Siqueira que, com o advento do Estatuto do Idoso, especulou-se que as outras faixas teriam reajustes para compensar a perda em relação do idoso, o que foi proibido pela ANS. A ANS fixou dez faixas etárias, por resolução, a saber:

- 1ª) 0 a 18 anos;*
- 2ª) 19 a 23 anos;*
- 3ª) 24 a 28 anos;*
- 4ª) 29 a 33 anos;*
- 5ª) 34 a 38 anos;*
- 6ª) 39 a 43 anos;*
- 7ª) 44 a 48 anos;*
- 8ª) 49 a 53 anos;*
- 9ª) 54 a 58 anos;*
- 10ª) 59 anos ou mais.*

Os percentuais de variação devem observar que o valor da última faixa não pode ser seis vezes superior ao da primeira e a variação acumulada entre a sétima e a décima faixas não poderá ser superior à variação acumulada entre a primeira e a sétima faixas.

O tema é importante na medida em que, em 2005, o Brasil possuirá 16 vezes mais idosos que em 1950, embora a população se multiplique por cinco anos apenas. A expectativa de vida dobrou de 33,7 anos em 1900 para 66,3 em 2004 (WACKERHAGEN, 2004).

Diante desse quadro, noticia Cristian Rodolfo Wackerhagen que já há rumores entre operadoras de planos de saúde sobre dividir o custo do reajuste entre os mais próximos da cobertura mínima atual, os mais distantes e os que estão no meio do caminho. Isso acarretaria aumento em todas as faixas etárias, com o fim de dividir os custos dos idosos. A questão, porém, passa pelo direi-

to adquirido pelos contratos em vigor antes da edição da nova lei. O e. STF, no julgamento de pedido de liminar da ADIn n. 1.931, proposta pela Confederação Nacional de Saúde, na qual se questionava, entre outros pontos, incidência da Lei 9.656/98 aos contratos celebrados antes da sua entrada em vigor, decidiu que as empresas estão obrigadas a oferecer aos seus futuros clientes um novo sistema, contudo não aos atuais.

Cristian Rodolfo Wackerhagen também sustenta que, tomando-se por analogia a decisão do c. STF, também o Estatuto do Idoso não surtirá efeitos para contratos anteriores à sua vigência.

Os planos anteriores à Lei 9.656/98, entretanto, desde 1990 estavam sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor, razão por que há inúmeros julgados que desautorizam reajustes fundados na faixa etária quando o contrato não traz informação adequada e clara sobre o montante dos acréscimos.

Por fim, há que se observar a existência de julgados no sentido de que aos contratos de trato sucessivo (duração continuada) a nova lei se aplica a cada renovação automática.”(g.n)

O Ministério Público do Rio de Janeiro, por intermédio do Promotor de Justiça Titular do Órgão de Execução da Tutela dos Interesses dos Idosos e da Pessoa Portadora de Deficiência, em Campos dos Goytacazes, no final do ano de 2008, ajuizou Ação Civil Pública em face de uma operadora de plano de saúde local, justamente para, entre outros pedidos, declarar abusiva qualquer cláusula inserida nos contratos que criasse aumento de mensalidade por faixa etária, para pessoas com idade igual ou superior a 60 anos, conforme se verifica da excelente fundamentação produzida pelo combatido membro do *Parquet*, anexo.

Nessa mesma linha, o STJ e vários Tribunais do País, em diversos acórdãos pacificaram o posicionamento que veda a discriminação da pessoa

idosa com a cobrança de valores diferenciados em razão da idade, mesmo em pacto celebrado em data anterior à entrada em vigor da Lei 10.741/03, citando-se os seguintes paradigmas jurisprudenciais:

Superior Tribunal de Justiça

AgRg nos EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 1.113.069 - SP (2009/0066512-2)

RELATOR : MINISTRO SIDNEI BENETI

AGRAVANTE: UNIMED PARANÁ FEDERAÇÃO ESTADUAL DAS COOPERATIVAS DE TRABALHO MÉDICO DO ESTADO DO PARANÁ

ADVOGADOS : DANIEL ANTONIO COSTA SANTOS, MAURO CEZAR ABATI, ROBERTO MASSAD ZORUB E OUTRO(S)

AGRAVADO: YOSHIE HONMA ITO

ADVOGADO: CAIO MARCELO DIAS E OUTRO(S)

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL. PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE DE MENSALIDADE EM RAZÃO DE MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA (IDOSO). INADMISSIBILIDADE. OCORRÊNCIA DE DISCRIMINAÇÃO E DE ABUSIVIDADE. DECISÃO AGRAVADA. MANUTENÇÃO.

A jurisprudência deste Tribunal Superior consagrou o entendimento de ser abusiva a cláusula contratual que prevê o reajuste da mensalidade de plano de saúde com base exclusivamente em mudança de faixa etária, mormente se for consumidor que atingir a idade de 60 anos, o que o qualifica como idoso, sendo vedada, portanto, a sua discriminação. (g.n)

Agravo regimental improvido.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 533.539- RS
(2003/0058291-0)**

RELATOR : MINISTRO FERNANDO GONÇALVES

AGRAVANTE : UNIMED PORTO ALEGRE COOPERA-
TIVA DE TRABALHO MÉDICO

ADVOGADOS: GUILHERME PEDERNEIRAS JAE-
GER E OUTRO(S) E MARCELO CORRÊA DA SILVA E
OUTRO(S)

AGRAVADO: JACY IRENA VEIT

ADVOGADOS: ANDRÉ SANTOS CHAVES E OUTRO(S)
E DANI RUDNICKI E OUTRO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PLA-
NO DE SAÚDE. REAJUSTE DE MENSALIDADES EM
RAZÃO DE MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. VEDA-
ÇÃO. PRECEDENTES. DECISÃO AGRAVADA MAN-
TIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

1. Deve ser declarada a abusividade e consequente nulidade de cláusula contratual que prevê reajuste de mensalidade de plano de saúde calculada exclusivamente na mudança de faixa etária. 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 que se derem por mudança de faixa etária. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.
2. Da leitura das razões expendidas na petição de agravo regimental não se extrai argumentação relevante apta a afastar os fundamentos do julgado ora recorrido. Destarte, deve a decisão ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos.
3. Agravo regimental desprovido.(g.n)

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO Nº: 6556

EMBI.Nº: 0000910-36.2009.8.26.0382/50000

COMARCA: Mirassol

EBTE. : José Gabriel Silva

EBDO. : Unimed Paulistana Sociedade Cooperativa de Trabalho Médico

Juiz de 1º Grau: Túlio Marcos Faustino Dias Brandão

PLANO DE SAÚDE - Cláusula de reajuste por faixa etária - Aumento da mensalidade simplesmente em razão do implemento da idade de 60 (sessenta) anos — Impossibilidade por expressa vedação legal - Observância do art. 15, 3º, da Lei nº 10.741/03 (Estatuto do idoso) - Precedentes - Embargos infringentes providos. (g.n)

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO SÉTIMA CÂMARA CÍVEL

Apelação Cível nº: 0261412-28.2009.8.19.0001

APELANTE: SUL AMÉRICA COMPANHIA DE SEGURO SAÚDE

ADVOGADO: Marcelo Luiz Perisse

APELADO: SARA GLÓRIA CATTAN HADID

ADVOGADO: Sergio Sender

RELATOR: Desembargador André Ribeiro.

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. RITO ORDINÁRIO. CONSUMIDORA IDOSA. REVELIA. SENTENÇA QUE JULGOU PROCEDENTE O PEDIDO AUTORAL. INCONFORMISMO DO RÉU. REAJUSTE POR FAIXA ETÁRIA. ILEGALIDADE. O ARTIGO 15, § 3º DA LEI

Nº 10741/03 PROÍBE TRATAMENTO DIFERENCIADO DO CONSUMIDOR, QUANTO AO VALOR DO PLANO DE SAÚDE, EM RAZÃO DA MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. VULNERABILIDADE ESPECIAL DO CONSUMIDOR. REAJUSTE QUE SE MOSTRA ABUSIVO, CONTANDO A CONSUMIDORA VULNERÁVEL COM 75 ANOS DE IDADE. PRAZO PRESCRICIONAL NA FORMA DO ARTIGO 27 DO CDC. APLICAÇÃO DA NORMA MAIS FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR, SENDO NULAS DE PLENO DIREITO AS CLÁUSULAS QUE SEJAM CONSIDERADAS ABUSIVAS E EXCESSIVAMENTE ONEROSAS AO CONSUMIDOR. QUANTO À DEVOLUÇÃO DOS VALORES COBRADOS A MAIOR, EM RAZÃO DOS REJUSTES POR MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA, DEVEM SER DEVOLVIDOS DE FORMA SIMPLES, EIS QUE NÃO DEMONSTRADA A PRÁTICA DE ATO ILÍCITO POR PARTE DA SEGURADORA, CORRIGIDO MONETARIAMENTE A CONTAR DO DESEMBOLSO E, ACRESCIDAS DE JUROS DE 1%, CONTADOS DA CITAÇÃO. PRECEDENTES DO STJ E DO TJ/RJ. RECURSO A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO, NA FORMA DO ARTIGO 557, §1-A, DO CPC. (g.n)

Como singela conclusão do Ciclo de Palestras, chama-se à colação a ideia de que as empresas de Planos de Saúde ou de Saúde Suplementar precisam ter como referência o equilíbrio dos contratos, mas não podem deixar de lado o fato de que trabalham com vidas humanas e que possuem grande responsabilidade na estrutura da sociedade brasileira, na medida em que a saúde pública está completamente sucateada, e muitos contratantes passam boa parte de suas vidas contribuindo para o grupo de associados ou segurados e, quando mais precisam dos benefícios pactuados, se veem impedidos de usá-los por cobranças abusivas ou exigências que não lhes foram feitas ao

longo da relação jurídica de trato sucessivo. É óbvio que não se pode exigir das empresas o sacrifício da sua saúde financeira; todavia, não se pode admitir que tais empresas arquem, por exemplo, com salários elevadíssimos de jogadores de futebol, ou se envolvam em outras atividades que não trazem qualquer benefício aos contratantes, como a manutenção de emissoras de rádios, ou patrocínio de eventos esportivos, deixando de atender seus clientes e de dar efetividade ao princípio maior da Constituição da República Federativa do Brasil, ou seja, A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

(ANEXO 1)

MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA DA INFÂNCIA, DA JUVENTUDE E DO IDOSO DA COMARCA DE CAMPOS DOS GOYTACAZES

Anexo: inquérito civil nº 059/MP/2008

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, pelo Promotor de Justiça infrafirmado, vem, com fulcro no art. 129, inciso III, da Constituição Federal, e no art. 15, § 3º, e 74, inciso I, ambos da Lei nº 10.741, de 01/10/03 (Estatuto do Idoso), propor a presente

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

em face do PLANO DE SAÚDE ASES LTDA., pessoa jurídica de direito privado inscrita no CNPJ/MF sob o nº 03.638.220/0001-33, ANS nº 41158-2, com sede na Rua Conselheiro Otaviano, nº 130, Centro, nesta cidade, CEP 28010-140, pelos fundamentos que se seguem.

1) Introdução

Por meio de representação subscrita pela idosa Sra. Amarilda Barreto Pereira foi levado ao conhecimento do Ministério Público a notícia de que o Plano de Saúde Ases Ltda. estaria descumprindo o determinado pelo

art. 15, § 3º, da Lei nº 10.741/03 (Estatuto do Idoso), ao implementar um aumento na ordem de 220% na mensalidade respectiva em função do ingresso na faixa etária correspondente a 60 anos.

Em razão dos fatos noticiados foi instaurado o inquérito civil nº 059/MP/2008, cujos autos acompanham a presente petição.

A cláusula hostilizada possui o seguinte teor:

CLÁUSULA DÉCIMA QUINTA: REAJUSTE/FAIXAS ETÁRIAS

15.1. O CONTRATANTE neste ato tem conhecimento de que as mensalidades são estabelecidas de acordo com o número de beneficiários, inscritos na faixa etária em que estejam compreendidos e os seus fatores de risco. As faixas etárias previstas neste contrato são: de 0 a 17 anos; de 18 a 29 anos; e 30 a 39 anos; de 40 a 49 anos; de 50 a 59 anos; de 60 a 69 anos e de 70 ou mais anos.

15.1.1. A mensalidade dos BENEFICIÁRIOS TITULARES e/ou seu(s) DEPENDENTE(s) que completarem 70(setenta) anos não sofrerá qualquer acréscimo, razão da idade.

15.2. Caso tenha o(a) CONTRATANTE optado pelo critério da faixa etária para pagamento das mensalidades, ocorrendo qualquer alteração na idade de qualquer dos BENEFICIÁRIOS TITULARES e/ou seu(s) DEPENDENTE(s) que importe em deslocamento para outra faixa etária, as mensalidades serão reajustadas para os valores da nova faixa, nomes seguinte ao da ocorrência, independentemente de aviso prévio ou de explícita concordância do CONTRATANTE, incidindo os percentuais abaixo discriminados sobre o valor da última mensalidade, a saber:

PLANO EMPRESARIAL	PLANO POR ADESÃO
- ao completar 18 anos, acréscimo de 35,19%	-ao completar 18 anos, acréscimo de 56,09%
- ao completar 30 anos, acréscimo de 11,64%	-ao completar 30 anos, acréscimo de 19,38%
- ao completar 40 anos, acréscimo de 10,39%	-ao completar 40 anos, acréscimo de 20,27%
- ao completar 50 anos, acréscimo de 33,97%	-ao completar 50 anos, acréscimo de 23,74%
- ao completar 60 anos, acréscimo de 121,55%	-ao completar 60 anos, acréscimo de 63,16%

15.3. Os reajustes das mensalidades têm por objetivo manter o equilíbrio financeiro do contrato, serão pela Superintendência de Seguros Privados – SUSEP e aplicados, anualmente, na data do aniversário do contrato ou determinada por outro órgão governamental competente. Esses reajustes serão pelos critérios financeiro e técnico, independente de idade.

15.3.1. O reajuste financeiro terá por base o índice de variação dos custos de honorários e procedimentos médicos, custos hospitalares (diárias, taxas hospitalares, materiais, gases medicinais, medicamentos e outros), salários e despesas administrativas do Plano de Saúde ASES JÚNIOR.

15.3.2. O reajuste técnico será decorrente da alteração do nível de sinistralidade e terá como base a reavaliação das mensalidades e sinistros dos associados, apurados nos últimos doze meses.

15.4. Caso a legislação ou as normas específicas do setor de assistência à saúde venham a permitir reajustes em prazos inferiores a 1(um) ano, tal permissão será, automaticamente, aplicada ao presente contrato, passando os reajustes periódicos a ocorrer no menor período admitido.

No curso da investigação, o Plano de Saúde Ases Ltda. foi instado a se manifestar apresentando seus argumentos na peça que consta de fls. 40/49 do anexo.

Em suma, a empresa alega que o disposto pelo art. 15, § 3º, da Lei nº 10.741/03 (Estatuto do Idoso), não se aplicaria aos contratos firmados anteriormente à sua vigência e que, portanto, em relação a eles, vigoraria a tabela de aumentos por faixa etária autorizadas à época pelo art. 1º, da Resolução CONSU nº 06, de 03/11/1998, com a redação que lhe foi dada pela Resolução CONSU nº 15, de 23/03/1999.

Verificada a impossibilidade de acordo extrajudicial para a questão, principalmente em razão da divergência na interpretação dada aos dispositivos legais incidentes sobre o tema, não restou ao Ministério Público outro caminho que não a propositura da presente ação.

2) Da Legitimidade do Ministério Público

A Constituição Federal previu entre as funções institucionais do Mi-

nistério Público “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

Dentre os interesses metaindividuais cuja tutela foi atribuída ao Ministério Público encontram-se os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos dos idosos, haja vista o disposto pelo art. 74, inciso I, e art. 81, inciso I, ambos do Estatuto do Idoso.

In casu, a presença de cláusula de cunho abusivo em contratos de adesão subscrito por diversos idosos justifica a atuação ministerial no sentido de, por meio do manejo de ação civil pública, obter prestação jurisdicional que impeça a discriminação por faixa etária que a legislação de regência proíbe.

O direito deduzido em juízo, apesar de noticiado por uma única idosa, tem cunho eminentemente coletivo, uma vez que possui natureza indivisível e visa a beneficiar o interesse de grupo identificado por relação jurídica-base (todos os idosos que contrataram com a empresa ré antes da vigência da Lei nº 10.741/03), nos exatos termos do conceito encontrado no art. 81, parágrafo único, inciso II, da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

Em situação análoga o e. Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou sobre o tema, *verbis*:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Ministério Público. Legitimidade. Ingresso gratuito de aposentados em estádio de futebol. Lazer. O Ministério Público tem legitimidade para promover ação civil pública em defesa de interesse coletivo dos aposentados que tiveram assegurado por lei estadual o ingresso em estádio de futebol. O lazer do idoso tem relevância social, e o interesse que dele decorre à categoria dos aposentados pode ser defendido em juízo pelo Ministério Público, na ação civil pública.

Recurso conhecido e provido.

(REsp 242643 / SC, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado Aguiar, data do julgamento: 19/10/2000).

3) Da Impossibilidade de Aumento Discriminatório de Mensalidade por Ingresso na Faixa Etária Característica da Condição de Idoso

A questão relativa aos aumentos de planos de saúde em razão de faixa etária é antiga e sempre foi foco de grande preocupação dos entes de proteção do idoso e do consumidor, na medida em que na sua origem praticamente impossibilitava a permanência do segurado no plano na fase da vida em que o seguro se tornava mais necessário.

Em muitas situações anteriores à edição da Lei nº 9.656/98, diploma legal que regula os planos de saúde, as mensalidades chegavam a ser aumentadas até mesmo sem a devida previsão contratual ou, quando existente, em percentuais extremamente elevados mascarando o objetivo real da operadora de promover a exclusão do segurado idoso.

Desde sua redação original a Lei nº 9.656/98 já externava a preocupação do legislador em relação aos aumentos abusivos de mensalidade em razão da faixa etária, estabelecendo o seguinte preceito, hoje revogado:

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

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

Posteriormente com o advento da Medida Provisória nº 2.177-4/01 o texto do artigo em referência foi alterado, mas sua *ratio* permaneceu no sentido de inibir abusos decorrentes do aumento da mensalidade em decorrência de mudança de faixa etária.

Art. 15. A variação das contraprestações pecuniárias estabelecidas nos contratos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1o do art. 1o desta Lei, em razão da idade do consumidor, somente poderá ocorrer caso estejam previstas no contrato inicial as faixas etárias e os percentuais de reajustes incidentes em cada uma delas, conforme normas expedidas pela ANS, ressalvado o disposto no art. 35-E. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

Parágrafo único. É vedada a variação a que alude o *caput* para consumidores com mais de sessenta anos de idade, que participarem dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1o do art. 1o, ou sucessores, há mais de dez anos. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

Na vigência da redação original da Lei nº 9.656/98, coube às Resoluções do Conselho de Saúde Suplementar (CONSU) a fixação das faixas de aumento da mensalidade por faixa etária.

A Resolução CONSU nº 06, de 03/11/98, com a redação conferida pela Resolução CONSU nº 15, de 23/03/99, estabeleceu sete faixas etárias para fins de majoração de mensalidade, transcreve-se:

Art. 1º Para efeito do disposto no artigo 15 de Lei 9.656/98, as variações das contraprestações pecuniárias em razão da idade do usuário e de seus dependentes, obrigatoriamente, deverão ser estabelecidas nos contratos de planos ou seguros privados a assistência à saúde, observando-se o máximo de 07 (sete) faixas, conforme discriminação abaixo:

I - 0 (zero) a 17 (dezesete) anos de idade;

II - 18 (dezoito) a 29 (vinte e nove) anos de idade;

III - 30 (trinta) a 39 (trinta e nove) anos de idade;

IV - 40 (quarenta) a 49 (quarenta e nove) anos de idade;

V - 50 (cinquenta) a 59 (cinquenta e nove) anos de idade;

VI - 60 (sessenta) a 69 (sessenta e nove) anos de idade;

VII- 70 (setenta) anos de idade ou mais.

Com o advento do Estatuto do Idoso e em função sobretudo da proibição de aumento para idosos estipulada no seu art. 15, § 3º, foi editada pela Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Saúde Complementar a Resolução Normativa nº 63, de 22 de dezembro de 2003, que estabeleceu novas faixas etárias de reajuste:

Art. 2º Deverão ser adotadas dez faixas etárias, observando-se a seguinte tabela:

I - 0 (zero) a 18 (dezoito) anos;

II - 19 (dezenove) a 23 (vinte e três) anos;

III - 24 (vinte e quatro) a 28 (vinte e oito) anos;

IV - 29 (vinte e nove) a 33 (trinta e três) anos;

V - 34 (trinta e quatro) a 38 (trinta e oito) anos;

VI - 39 (trinta e nove) a 43 (quarenta e três) anos;

VII - 44 (quarenta e quatro) a 48 (quarenta e oito) anos;

VIII - 49 (quarenta e nove) a 53 (cinquenta e três) anos;

IX - 54 (cinquenta e quatro) a 58 (cinquenta e oito) anos;

X - 59 (cinquenta e nove) anos ou mais.

Todavia, as operadoras de plano de saúde, como a ré, chancelaram o entendimento de que em relação aos contratos celebrados anteriormente à vigência do Estatuto do Idoso poderiam ser mantidos os aumentos por faixa etária estabelecidos pela antiga Resolução CONSU nº 06, de 03/11/98, como aliás acontece no caso paradigma que resultou na instauração do inquérito civil que instrui a presente.

Porém, tal raciocínio parte de premissas falsas, quais sejam a de que a aplicação do Estatuto do Idoso aos contratos em curso representaria a adoção de um efeito retroativo da norma e que tal incidência violaria o ato jurídico perfeito e o direito adquirido.

Em primeiro plano deve-se registrar que as normas de proteção ao

idoso e ao consumidor possuem natureza de ordem pública (vide art. 1º, da Lei nº 8.078/90) e como tal sua eficácia é contemporânea à sua vigência incidindo, inclusive, sobre os contratos em curso.

No caso concreto em análise, contudo, os argumentos apresentados como óbice à aplicação imediata do Estatuto do Idoso aos contratos celebrados anteriormente à sua vigência não resistem a uma análise mais aprofundada.

Tais contratos são conhecidos pela doutrina como contratos cativos de longa duração ou contratos relacionais, pois têm como característica a deflagração de uma relação jurídica que se protraí no tempo e acaba gerando a necessidade de adaptações decorrentes da ocorrência de eventos cuja previsão é impossível na sua celebração.

Nesse contexto, é natural que seus dispositivos sejam reinterpretados à luz das alterações conjunturais que afetam seu equilíbrio.

O art. 15, § 3º, do Estatuto do Idoso, tornou “vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade”.

Nesse contexto, só se poderia cogitar de aplicação retroativa do dispositivo legal se houvesse alguma pretensão de rever algum aumento realizado anteriormente à vigência do Estatuto do Idoso, o que não é o caso.

A aplicação imediata impede que os aumentos sejam efetuados a partir daquela data, hipótese em que não se caracteriza retroatividade da norma porque a mesma só incidirá sobre fatos posteriores à sua edição.

Outro ponto que merece esclarecimento é que não há direito adquirido sobre condição futura e incerta estabelecida no contrato celebrado pelas partes em tela.

Definir no contrato que haverá um aumento de mensalidade quando o segurado completar uma determinada idade não significa dizer que há direito adquirido ao aumento, sobretudo porque tal fato pode não ocorrer por circunstâncias várias como, por exemplo, a morte do segurado ou a troca de plano pelo de outra operadora.

Há nesse estado de coisas mera expectativa de direito que só se aperfeiçoa com a ocorrência do evento incerto previsto no contrato.

Assim sendo, não se permite dizer que há direito adquirido aos aumentos se no percurso até o fato incerto futuro houve a intercorrência de lei que considerou discriminatória cláusula que autorize aumentos em desfavor de idosos.

Esse entendimento tem sido chancelado pelo e. Tribunal de Justiça deste Estado, consoante se depreende das ementas a seguir transcritas:

2006.001.04333 - APELAÇÃO - 1ª Ementa

DES. MARIO ROBERT MANNHEIMER - Julgamento: 19/09/2006 - DÉCIMA SEXTA CÂMARA CÍVEL

Plano de Saúde. Reajuste de 165% (cento e sessenta e cinco por cento) em razão de mudança de faixa etária para 60 anos. Contrato celebrado após a vigência da Lei nº 9.656/98. Sentença que declarou nula a cláusula contratual que dispõe sobre percentual de aumento da mensalidade, entendendo ser este abusivo. Com o advento do Estatuto do Idoso, Lei nº 10.741/03, consoante o disposto no § 3º. do art. 15, ficou expressamente vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade. O Superior Tribunal de Justiça já assentou em diversos julgados, ao tratar do conflito intertemporal de leis, que, em se tratando de contrato por prazo indeterminado, com prestações sucessivas no tempo, a norma de ordem pública tem aplicação imediata sobre os efeitos que se protraem no tempo. Considerando tratar-se de contrato por prazo indeterminado em que os Apelados atingiram 60 (sessenta) anos de idade no ano de 2004, portanto na vigência da Lei nova, esta se aplica imediatamente, impedindo o reajuste por faixa etária. Conhecimento e desprovimento da Apelação.

2007.001.33506 - APELAÇÃO - 1ª Ementa**DES. JESSE TORRES - Julgamento: 04/07/2007 - SEGUNDA CÂMARA CÍVEL**

APELAÇÃO. Ação declaratória. Plano de saúde. Reajuste por mudança de faixa etária. Expressa previsão contratual. Legalidade. Contrato anterior ao Estatuto do Idoso. Relação jurídica continuativa de tempo indeterminado. Aplicação da lei nova aos efeitos futuros. Consumidora que pretende ver declarada nula cláusula contratual que estipula o reajuste por faixa etária, bem como a condenação da ré a ressarcir-lhe os valores cobrados a partir de 2002. Contrato que prevê, expressamente, índice percentual aplicável quando a contratante alcançasse a idade de 66 anos, a elidir a alegação de ofensa ao disposto no artigo 46 da Lei nº 8.078/90. A proteção conferida pelo parágrafo único do artigo 15 da Lei nº 9.656/98 não incide sobre o contrato firmado pela apelante, uma vez que não atende ao requisito temporal ali previsto. Inaplicável o disposto no artigo 35-E da mesma lei (com a redação dada pela MP nº 2.177-44/2001), ante a decisão liminar proferida pelo STF nos autos da ADI nº 1.931-MC/DF, suspendendo-lhe a eficácia. Entretanto, com o advento do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003, vigente desde 03.01.2004), a cláusula de reajuste prevista no contrato não mais prevalece ante a imediata incidência de seu artigo 15, § 3º, que veda a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade. Provisamento parcial do recurso.

Por sua vez, o e. Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do REsp 809.329-RJ, de relatoria da Min. Nancy Andrighi, consagrou o mesmo entendimento, transcreve-se:

**RECURSO ESPECIAL Nº 809.329 - RJ
(2006/0003783-6)**

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI

RECORRENTE : AMIL ASSISTÊNCIA MÉDICA INTERNACIONAL LTDA

ADVOGADOS : ANTONIO VILAS BOAS TEIXEIRA DE CARVALHO E MÁRCIO ALEXANDRE SALVADOR DA SILVA E OUTRO(S)

RECORRIDO: ORACY PINHEIRO SOARES DA ROCHA

ADVOGADO: LUIZ PAULO VIERA DE CARVALHO - DEFENSOR PÚBLICO

EMENTA

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

- O Estatuto do Idoso veda a discriminação da pessoa idosa com a cobrança de valores diferenciados em razão da idade (art. 15, § 3º).

- Se o implemento da idade, que confere à pessoa a condição jurídica de idosa, realizou-se sob a égide do Estatuto do Idoso, não estará o consumidor usuário do plano de saúde sujeito ao reajuste estipulado no contrato, por mudança de faixa etária.

- A previsão de reajuste contida na cláusula depende de um elemento básico prescrito na lei e o contrato só poderá operar seus efeitos no tocante à majoração das mensalidades do plano de saúde, quando satisfeita a condição contratual e legal, qual seja, o implemento da idade de 60 anos.

- Enquanto o contratante não atinge o patamar etário preestabelecido, os efeitos da cláusula permanecem condicionados a evento futuro e incerto, não se caracterizando o ato jurídico

perfeito, tampouco se configurando o direito adquirido da empresa seguradora, qual seja, de receber os valores de acordo com o reajuste predefinido.

- Apenas como reforço argumentativo, porquanto não prequestionada a matéria jurídica, ressalte-se que o art. 15 da Lei n.º 9.656/98 faculta a variação das contraprestações pecuniárias estabelecidas nos contratos de planos de saúde em razão da idade do consumidor, desde que estejam previstas no contrato inicial as faixas etárias e os percentuais de reajuste incidentes em cada uma delas, conforme normas expedidas pela ANS. No entanto, o próprio parágrafo único do aludido dispositivo legal veda tal variação para consumidores com idade superior a 60 anos.

- E mesmo para os contratos celebrados anteriormente à vigência da Lei n.º 9.656/98, qualquer variação na contraprestação pecuniária para consumidores com mais de 60 anos de idade está sujeita à autorização prévia da ANS (art. 35-E da Lei n.º 9.656/98).

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

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

- Por fim, destaque-se que não se está aqui alçando o idoso a condição que o coloque à margem do sistema privado de planos de assistência à saúde, porquanto estará ele sujeito a

todo o regramento emanado em lei e decorrente das estipulações em contratos que entabular, ressalvada a constatação de abusividade que, como em qualquer contrato de consumo que busca primordialmente o equilíbrio entre as partes, restará afastada por norma de ordem pública.

Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Sidnei Beneti, acompanhando o voto da Sra. Ministra Relatora, por maioria, não conhecer do recurso especial. Vencidos os Srs. Ministros Castro Filho e Humberto Gomes de Barros. Os Srs. Ministros Sidnei Beneti e Ari Pargendler votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 25 de março de 2008. (data do julgamento).

Assim sendo, forçoso é reconhecer a abusividade da cláusula que estabelece o aumento de mensalidade por faixa etária para idosos, titulares ou dependentes, em qualquer contrato, mesmo nos assinados antes da vigência do Estatuto do Idoso.

4) Da Antecipação de Tutela

A teor do que dispõe o art. 83, § 1º, do Estatuto do Idoso, o juiz pode conceder liminarmente a antecipação da tutela quando o fundamento da demanda for relevante e houver justificado receio de ineficácia no provimento final.

Presentemente, como demonstrado acima o aumento das mensalidades da população idosa tem muitas vezes como conseqüência sua saída do plano o que, numa fase da vida em que os problemas de saúde proliferam, implica conseqüências drásticas e muitas vezes irreversíveis para o consumidor.

Por outro lado, a tese sustentada na presente ação encontra respaldo na jurisprudência do Tribunal de Justiça deste Estado e no Superior Tri-

bunal de Justiça, a quem cabe, em última análise, conferir uniformidade à interpretação da legislação infraconstitucional.

Diante do exposto, requer o Ministério Público a antecipação da tutela para que se determine à ré:

1. a obrigação de não fazer consistente em não implementar qualquer aumento por faixa etária para pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, sejam elas titulares ou dependentes, em qualquer um dos contratos celebrados anteriormente à vigência do Estatuto do Idoso referentes a todos os planos de saúde oferecidos pelo Plano de Saúde Ases, sob pena de pagamento de multa no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) por aumento indevido efetivado;

2. Em relação aos contratos reajustados em desconformidade com o que estabelece o Estatuto do Idoso, ou seja, em relação aos aumentos por faixa etária igual ou superior a 60 (sessenta) anos efetivados após a vigência do Estatuto do Idoso para titulares ou dependentes, a condenação da ré na obrigação de fazer consistente em restabelecer o valor da mensalidade anterior ao aumento abusivo, sob pena de multa de R\$ 2.000,00 (dois mil) reais por mensalidade não recalculada.

5) Do Pedido

Ante todo o exposto, requer o Ministério Público:

1. A citação de ré na pessoa de seu representante legal para responder os termos da presente ação, sob pena de revelia;

2. O deferimento do pedido para declarar a abusividade de qualquer cláusula inserida nos contratos de plano de saúde utilizados pela demandada e celebrados anteriormente à vigência do Estatuto do Idoso que estabeleçam o aumento de mensalidade por faixa etária para pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, sejam elas titulares ou dependentes;

3. A condenação da ré na obrigação de não fazer consistente em não implementar qualquer aumento por faixa etária para pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, sejam elas titulares ou dependentes, em qualquer um dos contratos celebrados anteriormente à vigência do Estatuto do Idoso referentes a todos os planos de saúde oferecidos pelo Plano

de Saúde Ases, sob pena de pagamento de multa no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) por aumento indevido efetivado;

4. Em relação aos contratos reajustados em desconformidade com o que estabelece o Estatuto do Idoso, ou seja, em relação aos aumentos por faixa etária igual ou superior a 60 (sessenta) anos efetivados após a vigência do Estatuto do Idoso para titulares ou dependentes, a condenação da ré na obrigação de fazer consistente em restabelecer o valor da mensalidade anterior ao aumento abusivo, sob pena de multa de R\$ 2.000,00 (dois mil reais por mensalidade não recalculada);

5. A condenação da ré à devolução em dobro dos valores pagos a maior, à luz do que estabelece o art. 42, parágrafo único, da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor);

6. A condenação nos ônus da sucumbência, os quais deverão reverter ao Fundo Especial do Ministério Público, criado pela Lei Estadual nº 2.819, de 07.11.97, e regulamentado pela Resolução GPGJ nº 801, de 19.03.98 (banco 341 – Itáú – conta nº 2550-7, controlada pela agência 6002).

Por fim, protesta pela realização de todas as provas em direito permitidas, sobretudo depoimento pessoal do representante legal da ré, testemunhal e documental suplementar.

Para os fins do art. 39, inciso I, do Código de Processo Civil, informa o endereço da Promotoria de Justiça de Proteção ao Idoso e à Pessoa Portadora de Deficiência do Núcleo Campos dos Goytacazes: Av. Alberto Torres, nº. 371, 11º andar, Centro, nesta cidade.

Dá-se à causa o valor de R\$ 36.126,00 (trinta e seis mil cento e vinte e seis reais).

Pede deferimento.

Campos dos Goytacazes, 12 de novembro de 2008.

Luiz Cláudio Carvalho de Almeida
Promotor de Justiça - mat. 1.865

Planos de Saúde como Agentes de Saúde Suplementar

Márcia Andrea Rodriguez Lema ¹

A Lei 9.656/98 regulamentou os Planos de Saúde no país. Antes dela, a regulamentação dos planos de saúde no Brasil era muito limitada. Na realidade, não se contava com disciplina específica em relação aos planos de saúde. Esse documento legal, que regulamentou o Plano de Saúde e também criou a ANS – Agência Nacional de Saúde, constitui bússola para as relações entre prestadoras de serviços médicos e consumidores, visto que todos deverão se orientar e cumprir as determinações e limitações previstas e impostas pela mesma.

A ANS está vinculada ao Ministério da Saúde e não subordinada a ele, sendo uma autarquia de regime especial. A citada agência unifica as regras dos Planos de Saúde e foi criada para dar equilíbrio ao sistema, precipuamente no que tange às questões existentes entre Hospital, Médico e Cliente – paciente.

A partir da Lei 9.656/98, as operadoras de saúde passam a ter autorização de funcionamento, prevendo possibilidade de intervenção do poder regulatório e exigência de garantias financeiras.

O controle da ANS é feito pelo Poder Executivo, por meio do Ministério da Saúde, através do Poder Legislativo por meio do Tribunal de Contas e através do Poder Judiciário por força do artigo 5 XXXV da CF/88.

Em seu artigo 15, regulamentou o reajuste da mensalidade do plano de saúde por faixa etária. Tal norma previu a existência de sete faixas etárias.

Por seu turno, o Código de Defesa do Consumidor é norma geral de consumo. O artigo 35 “G” da Lei 9.656/98 dispõe que será aplicado

¹Juíza de Direito da 1ª Vara de Família de Campo Grande.

subsidiariamente o Código de Defesa do Consumidor nas questões em que a Lei 9.656/98 não tiver previsão específica. Da mesma forma, o artigo 4 da Lei 9.656/98 reconhece a vulnerabilidade do consumidor na relação entre pessoa física e planos de saúde.

Considerando que os Planos de Saúde têm como base o mutualismo; ou seja, o fundo comum, a previsão de mudança de valor de mensalidade, quando alcançada determinada idade, não diz respeito a uma pessoa especificamente, mas alcança um grupo de pessoas em determinada faixa etária.

A seguradora é apenas gestora do fundo comum, que arrecada dos participantes sua cota para o fundo, a fim de que, no futuro, se houver a necessidade, o recurso de todos custeará os gastos de um ou mais dos segurados do plano de saúde.

A ANS, através da regulamentação dos planos de saúde, restringe a atividade privada. Da mesma forma, verifica a entrada e saída de pessoas e grupos nos planos de saúde, bem como a qualidade do serviço prestado pelas operadoras de plano de saúde; da mesma forma, controla preços e tarifas e ainda corrige as falhas do mercado.

Ademais, protege o consumidor quanto às informações prestadas pelas operadoras de plano de saúde, verificando se aquilo que a operadora informou ao consumidor está efetivamente sendo cumprido.

Em sua atividade reguladora, observa o sistema, composto pelas seguintes personagens: - Beneficiário: quer segurança, ao ficar doente, de ter como e onde se tratar; - Operadora: é a gestora de recursos; - Prestador de Serviços: são aqueles que prestam o serviço médico hospitalar e são remunerados, com base na tabela existente.

A regulamentação pela ANS se materializa em três poderes, que são:

- Editar normas
- Assegurar sua aplicação
- Punir aquele que não cumpriu as normas.

Os instrumentos regulatórios são:

- Controle de preços

- Controle de qualidade
- Instituição de barreiras a entrada e saída
- Padronização de produtos
- Especificações de técnicas
- Controle de investimentos

As características das Agências Reguladoras são:

- Autonomia Administrativa
- Autonomia Financeira e Patrimonial
- Autonomia Técnica
- Decisão de Diretoria Colegiada
- Mandato Fixo dos Dirigentes

Como exposto, a Lei 9.656/98 autoriza a mudança de preço por faixa etária, distribuídas em sete faixas. A previsão de mudança de preço por faixa etária tem como fundamento o fato de que a sociedade está envelhecendo, pois a taxa de natalidade está diminuindo, ao mesmo tempo em que a população amplia a expectativa de vida.

Com base nesse dado de realidade, os planos de saúde precisam adequar-se às novas condições dos consumidores. O que se verifica na prática é que, à medida que a pessoa envelhece, passa a ter expectativa de maiores necessidades de assistência e gastos com tratamentos médicos e similares, efetivadas por diversas razões, quais sejam:

- Incorporação de Tecnologia: extremamente importante para a vida da sociedade; contudo, a utilização de tecnologia tem um preço, muitas vezes, alto.
- Renda: as pessoas que detêm renda mensal mais alta costumam ter gastos médicos também elevados.
- Envelhecimento: por conta da redução da taxa de natalidade e também da forma como as pessoas exercem autocuidado, isto é, os cuidados preventivos ampliam a expectativa de vida.
- Transição epidemiológica: a erradicação de doenças infecto-contagiosas, em paralelo ao avanço das doenças crônicas.

O envelhecimento das pessoas causará o aumento de 40% (quarenta por cento) das despesas dos planos de saúde. É cediço que a proporção de utilização do plano é inversa relativamente à idade da pessoa.

Como sublinhado, o plano de saúde tem como base o mutualismo, ou seja, a solidariedade entre os participantes. A sugestão relativa à petrificação do custo do plano, que implica preço único para todas as faixas etárias, não é uma boa solução, visto que o jovem não se sentiria atraído em contratar plano de saúde, uma vez que o utiliza muito pouco.

Na atualidade, a Lei 9.656/98 definiu sete faixas etárias, sendo que cada grupo etário é solidário entre si. Houve ainda a regulamentação quanto ao preço da mensalidade, sendo que a diferença entre a primeira e a sétima faixa etária, no quesito preço, não pode ser superior a seis vezes.

Os princípios doutrinadores do SUS são:

- Universalidade: todos são iguais
- Equidade: todos terão acesso a todos os procedimentos
- Integralidade: todas as exigências dos indivíduos deverão ser atendidas.

Sob o ponto de vista da história, o Plano de Saúde surgiu em 1971, sendo diferente da Medicina de Grupo, visto que a negociação com o hospital é do Plano de Saúde e não do indivíduo.

Quanto ao atendimento, as doenças estão previstas no CID – Código Internacional de Doenças e, para tratar cada doença ali elencada, existe determinado procedimento.

O SUS – Sistema Único de Saúde tem como característica o reembolso do tratamento através de remuneração fixa, ao passo que o sistema de saúde suplementar, Plano de Saúde, tem como característica para reembolso do tratamento o pagamento de cada item do procedimento realizado pelo médico para o tratamento correspondente à doença. ♦

Contratos de Planos de Saúde: Princípios Básicos da Atividade

Marcia Cristina Cardoso de Barros ¹

INTRODUÇÃO

A inviolabilidade do direito à vida é uma das grandes conquistas do mundo civilizado. Como bem supremo do homem, esse direito sempre foi ameaçado em períodos de domínio do arbítrio. No Brasil, com a redemocratização, foi promulgada pela Assembleia Nacional Constituinte a Constituição Federal de 1988, que trouxe em seu bojo um amplo rol de direitos e garantias fundamentais que nenhum outro diploma anterior tinha apresentado.

A tudo isso se deve acrescentar que a denominada “Constituição Cidadã” trouxe para o centro do sistema a dignidade da pessoa humana, alçada à condição de princípio constitucional, conforme consta do inciso III do art.1º do diploma constitucional. Figurando entre os pilares da Constituição Federal, a dignidade da pessoa humana se tornou o farol de onde provêm todas as demais normas edificadas para homenageá-la.

Seguindo na mesma trilha, o constituinte assegurou a inviolabilidade do direito à vida, que restou incluída os direitos básicos do indivíduo constante do *caput* do art. 5º da CF.

Embora não tenha constado expressamente do citado dispositivo qualquer referência à proteção a saúde, deve-se entender que ela está embutida nas disposições de proteção ao direito à vida, posto que seria impossível conceber a ideia de garantir o bem maior- a vida- deixando de lado o bem que a assegura; ou seja, a saúde.

¹ Juíza de Direito da 20ª Vara Cível - Capital.

Não se pode depreender do exposto que o constituinte tenha deixado de tratar expressamente da saúde, tanto que dedicou a ela espaço próprio no texto constitucional – Seção II - Da Saúde. Corroborando a afirmação anterior, o direito à saúde foi considerado direito de todos e dever do Estado, instituindo-se regras gerais para a sua implementação (art.196 e seguintes da CF). Sendo dever do Estado, sua prestação é considerada serviço público genuíno.

Muitos doutrinadores procuraram definir serviço público, como por exemplo Hely Lopes Meireles², que ensinou: “Serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniência do Estado”.

Dos ensinamentos do saudoso administrativista, a prestação dos serviços de saúde pode ser efetuada diretamente pela Administração, ou por meio de delegação a particulares; porém sob normas e controle estatais.

A questão é de tal relevância que o constituinte traçou normas gerais sobre a assistência à saúde, possuindo o particular a faculdade de prestá-la, como se pode ver nos arts. 199 e seguintes do diploma constitucional.

Não é demais repetir que a prestação do serviço de saúde, mesmo quando efetuado por particulares (concessionários, permissionários ou autorizatários), continua sendo um serviço público, obrigando o prestador a exercer as suas atividades segundo os ditames da Administração. Embora o constituinte tenha facultado ao particular a assistência complementar à saúde, não tem este a liberdade plena, na esfera contratual em geral. Isto porque se tratando de um contrato de direito público, em qualquer de suas modalidades, o dirigismo contratual da Administração se impõe.

Embora não seja exigível que o ente particular preste o serviço de saúde de forma gratuita, também não se pode admitir a fixação de preços abusivos, que onerem em demasia o usuário. Isto porque essa atividade não

2 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35ª edição. São Paulo. Malheiros Editores. 2009, p. 332.

visa primordialmente a aferição de lucro.

Portanto, se o ente privado almeja a lucratividade como elemento prioritário de sua atividade, deverá investir os seus recursos em outra área que não seja a saúde.

A tudo isso se soma que o fato de a Administração, ao delegar o serviço de saúde, não se exime de suas obrigações, como bem destaca o art. 200, I a VIII da CF.

Cumpra examinar as normas gerais dos contratos, para depois confrontá-las com as especificidades dos contratos de plano de saúde. Para iniciar o estudo, nada melhor do que definir essa figura tão complexa e tão importante na atualidade. Contrato de plano de saúde é aquele por meio do qual uma das partes, a operadora, se obriga frente à outra, o consumidor, a promover a cobertura dos riscos de assistência a sua saúde, mediante a prestação de serviços médicos hospitalares e/ou odontológicos em rede própria, bem como reembolso das despesas efetuadas, ou pagamento direto ao prestador dos serviços em questão.³

O contrato de plano de saúde vem se destacando nas últimas décadas, ascendendo diante da decadência do sistema de saúde pública e do alto custo dos serviços de assistência médica e odontológica privados.

O diploma que disciplina os contratos de plano de saúde é a Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998. No tocante a sua natureza jurídica, trata-se de contrato de prestação de serviço intimamente ligado ao estatuto consumerista (Lei 8.078, de 11/9/1990).

O contrato de plano de saúde, mais do que qualquer outro, deve cumprir sua função social, concretizando princípios constitucionais de grande envergadura, tais como a dignidade da pessoa humana (inciso III, art.1º); da solidariedade (inciso I do art.3º) e da justiça social (art.170 caput). A isso se soma a diretriz contida no Código Civil de 2002, em seu art. 421 (“A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”).

Quando se fala em função social do contrato, não se trata de avença

3 SAMPAIO, Aurisvaldo. **Contratos de Plano de Saúde**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2010, p. 187.

com o predomínio da manifestação de vontade das partes, cada qual agindo no próprio interesse. Aqui, a autonomia privada não é o mais importante, vez que o contrato deve realizar também os interesses da coletividade. Em outras palavras, a função social do contrato de plano de saúde produz relevantes reflexos nos princípios contratuais clássicos, que acabam mitigados para atingir os seus fins, conforme abaixo se esclarece.

Autonomia da vontade

A liberdade de contratar tem sido a tônica nas avenças privadas, tanto é que, dentre os requisitos de validade do negócio jurídico, está a exigência da capacidade do agente (art.104, I do Cod. Civil). Por via de consequência, só o agente plenamente capaz pode manifestar validamente a sua vontade.

No contrato de plano de saúde, a autonomia da vontade não é tão ampla, assumindo o ato de contratar uma dimensão social, dada sua natureza consumerista, preservando-se também outros princípios constitucionais, como a da igualdade das partes.

O império da lei se faz sentir, como se pode ver no inciso II do art.39 do Código de Defesa do Consumidor, que considera prática abusiva a recusa de atendimento ao consumidor.⁴

Isto quer dizer que, se aquele que está em condições de contratar deixar de fazê-lo por razões injustificáveis (preconceito econômico, mero espírito emulativo etc), incide nas disposições do art.187 do Cod. Civil, se isso acarretar danos àquele que pretende contratar, ficando com a obrigação de indenizar.

Consensualismo

O princípio do consensualismo determina que, para a formação do contrato, o elemento básico é o consentimento, o qual, manifestado por

⁴ Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: I.....[...]; II. Recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes;

ambas as partes, autoriza a formação do contrato, se a lei não impuser qualquer outra formalidade para sua validade (ex. escritura pública).

Esta regra torna-se cada vez de menor alcance, entendendo-se que o mero consensualismo não assegura integralmente o direito dos consumidores. Por isso, busca-se na formalização dos negócios jurídicos maior garantia. Assim é que, nos contratos de plano de saúde exige-se a forma escrita e a obediência a determinadas formalidades (incisos I a XI do art. 16 da Lei nº 9.656/98).

Para maior garantia do consumidor, exige a lei que lhe seja obrigatoriamente entregue cópia do contrato firmado, delimitando os limites das obrigações assumidas.

Pela natureza do serviço contratado, é natural que a Administração imponha algumas normas de garantia, protegendo a parte mais fraca, posto que, em geral irá reclamar o cumprimento do contrato em ocasiões de maior fragilidade (doença própria ou de algum dependente).

Obrigatoriedade

O brocardo latino “*pacta sunt servanda*” deixa claro que os pactos devem ser respeitados, constituindo um princípio base do Direito Civil e do Direito Internacional. Isto quer dizer que os contratantes estão vinculados ao contrato firmado, já que o pacto faz lei entre as partes. Por meio do contrato, as partes, embora adquiram o direito de exigir de outrem o cumprimento da avença, ficam igualmente limitadas em sua liberdade de agir, visto que estão adstritas à força do pactuado.

O legislador não se satisfaz com a convergência da vontade dos contratantes estampadas no pacto; por isso, prevê a possibilidade de se estabelecer cláusulas penais para o caso de não cumprimento das obrigações assumidas por qualquer das partes.

Mais uma vez, verificamos que, em termos de contratos de plano de saúde, esse princípio também foi um pouco mitigado, evidentemente em prol do consumidor.

Tal assertiva se explica pelo fato de não poder o contrato ser fonte de

injustiças, impondo sacrifício demasiado a uma das partes em detrimento da outra. Na realidade, num momento em que a saúde pública passa por uma das suas maiores crises, é natural que, por instinto de sobrevivência, o indivíduo procure o abrigo em um plano de saúde, na esperança de ter a proteção necessária.

Entretanto, nem sempre o consumidor é dotado de suficientes esclarecimentos, desejando apenas uma garantia de atendimento médico quando ele e seus dependentes necessitarem. Em razão disso, não é inédito que culmine por assinar contratos que futuramente não lhe dará a cobertura esperada.

Por isso, tanto o Código Civil de 2002⁵ como o CDC⁶ procuraram redimensionar as obrigações assumidas pelo consumidor em determinado momento, embora, no futuro possam mostrar-se de difícil cumprimento.

Diante dessas circunstâncias e atendendo aos fins sociais do contrato, o juiz poderá intervir, buscando a recomposição da comutatividade da avença. Esta é uma das mais legítimas intervenções do Estado na esfera privada, fazendo com que o contrato não perca a sua finalidade.

Longe de violar o princípio da autonomia privada, a intervenção do magistrado é compatível com a moderna visão do Judiciário, em que o julgador não mero e mecânico aplicador da lei, mas um profissional consciente da necessidade de que a sua atuação esteja voltada para a justiça social.

Relatividade dos efeitos do contrato

Este princípio decorre da autonomia da vontade, vez que o contrato só obriga a quem fez parte de sua elaboração, não atingindo terceiros. Isto quer dizer que, não obstante os efeitos externos do contrato possam atingir a quem dele não fez parte, os efeitos internos só vinculam aqueles que manifestaram a sua vontade para a formação do pacto.

5 “Art. 157. Ocorre lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta”.

6 “Art. 6º. São Direitos do Consumidor: I...[...]; V- a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”.

Modernamente, esse princípio não é aplicado com tanta rigidez. Isto porque, com a evolução dos contratos, podem ocorrer situações em que um terceiro, que não foi parte na avença, venha a sofrer os efeitos do pacto que não firmou. Obviamente, esse terceiro não tem que quedar-se inerte pelo fato de não ser parte no contrato, visto que, ao sofrer as consequências do contrato alheio, nasce para ele o direito de defender o seu bem jurídico atingido, nascendo daí nova relação jurídica.

O CDC traz em seu corpo vários exemplos, quando estabelece a responsabilização solidária de todos os fornecedores que integram a cadeia produtiva pelo vício do serviço e não apenas aquele com quem o consumidor tratou diretamente. Essa responsabilidade solidária está prevista no art. 12 do CDC.

Portanto, para atingir suas finalidades, o contrato de plano de saúde apresenta mais essa diferença em relação aos demais contratos; ou seja, a produção de efeitos jurídicos em relação a terceiros, que, de alguma forma, estão envolvidos nas obrigações pactuadas.

O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ NOS CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE

A confiança que, no passado, sempre norteou as relações entre médico e paciente foi, na atualidade, transferida para as operadoras de planos de saúde e seguro saúde, as quais, no momento da contratação, prometem segurança e proteção contra riscos futuros, em troca de pagamentos mensais contínuos e ininterruptos.

O Código Civil de 2002 conseguiu superar lacuna contida no estatuto anterior, de 1916, estabelecendo no art. 422 a figura da boa-fé objetiva; ou seja, o comportamento do contratante em determinada relação jurídica. A boa-fé objetiva cria deveres positivos, já que exige que os contratantes façam tudo para que o contrato seja cumprido de conformidade com o previsto⁷.

Antes da edição do novo Código Civil, o CDC já havia estatuído

7 PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Volume III. Contratos. 13ª edição. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2009. p. 18.

norma a respeito da boa-fé em seu art.4º, inciso III, quando disciplinou os princípios que deveriam reger as relações de consumo.

Preocupado em proteger o consumidor, o legislador instituiu ainda, como cláusula abusiva, e, portanto nula de pleno direito, a disposição contratual que coloca aquele em desvantagem exagerada, atentando contra a sua boa-fé (inciso IV do art. 51 do CDC).

Não obstante toda a proteção legal, por vezes, mesmo assim, são inseridas cláusulas abusivas ou de interpretação dúbia nos contratos, culminando por lesar a boa-fé do contratante mais débil, que, por conta de sua boa-fé, acredita que tudo o que foi exposto verbalmente pelo outro contratante será cumprido na época oportuna. Tal quadro não é estranho aos contratos de plano de saúde, dando ensejo a conflitos que vão parar nos Tribunais.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça/RJ apresenta uma pluralidade de decisões envolvendo o descumprimento de obrigação por parte das operadoras de Plano de Saúde. Dada a exiguidade deste estudo, trazemos apenas uma ementa a título exemplificativo.

0278792-64.2009.8.19.0001 APELAÇÃO

DES. MARIO DOS SANTOS PAULO - Julgamento:

06/07/2011- QUARTA CÂMARA CÍVEL

1- INDENIZATÓRIA C/C OBRIGAÇÃO DE FAZER. 2 - PLANO DE SAÚDE. UNIMED-RIO. 3 - INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.4 - A NEGATIVA DO PLANO DE SAÚDE PARA A REALIZAÇÃO DE EXAMES EM CARÁTER DE URGÊNCIA CAUSOU ANGÚSTIA À PACIENTE, GERANDO O DEVER DE INDENIZAR, CONFIGURANDO O DANO MORAL. 5 INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº. 207 DESTE TRIBUNAL. 6. RECURSO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE, AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO, NOS TERMOS DO ART. 557, DO C.P.C.

CONCLUSÃO

Quando a pessoa efetua contrato com um Plano de Saúde, tem a expectativa de pronto e eficaz atendimento quando dele necessitar. Assim, quando o titular ou um dos beneficiários indicados ficam doentes, a fragilidade humana se faz presente. Por isso, qualquer obstáculo, sem justa causa, criado neste momento, não pode ficar sem uma severa reprimenda. Por essa razão, a jurisprudência majoritária do nosso Tribunal é no sentido de que, além de possível reparação pecuniária, também é cabível dano moral, em razão do sofrimento e da frustração sofrida pelo consumidor.

Entretanto, as observações que foram feitas até aqui não podem levar à conclusão de que o contrato de plano de saúde seja figura maléfica; muito pelo contrário. A saúde suplementar preenche lacuna deixada pela omissão do poder público. Caberá ao consumidor averiguar, antes da contratação, a idoneidade da empresa com a qual vai celebrar o contrato, para não ser surpreendido com a falta ou a falha do serviço no momento em que necessitar.

Por outro lado, o importante é que a empresa de Plano de Saúde tenha em mira a sua função social, buscando à exaustão preservar sempre a dignidade da pessoa humana, um dos princípios básicos da Constituição Federal (inciso III do art. 1º da CF/88). ♦

BIBLIOGRAFIA

CARVALHO SOBRINHO, Linneu Rodrigues. **Seguros e Planos de Saúde**. São Paulo. Editora Juarez de Oliveira. 2001.

Código Civil. 61ª edição. São Paulo. Editora Saraiva. 2009.

SAMPAIO, Aurisvaldo. **Contratos de Plano de Saúde**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2010.

SCAFF, Fernando Campos. **Direito à Saúde no Âmbito Privado**. São Paulo. ed. Saraiva. 2010.

VENOSA, Silvio. **Direito Civil. Parte Geral**. 6ª edição. São Paulo. ed. Atlas. 2006.

WALD, Arnaldo. **Direito Civil- Direito das obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 2. 18ª edição. São Paulo. Editora Saraiva. 2009.

Sistema de Saúde Suplementar

Marcia Cunha S. A. de Carvalho¹

INTRODUÇÃO

Desde as últimas décadas do século XX, assistimos à demissão do Estado de seu dever de prestar assistência à saúde da população, fenômeno que foi agravado com o movimento neoliberal. A partir de então, o Estado procura transferir para a iniciativa privada a responsabilidade de prestar assistência à saúde.

A Lei nº 9.656/98, é a expressão máxima dessa tentativa de violação do preceito constitucional do respeito ao ato jurídico perfeito. Também deixa bem clara a postura do Estado de cobrar dos planos de saúde atendimentos prestados em hospitais públicos a seus clientes.

Como a saúde é bem jurídico intrinsecamente vinculado à dignidade humana e essencial à preservação da vida, e os custos de sua manutenção estão cada vez mais caros, inúmeros são os conflitos que se põem entre os cidadãos, o Estado e as seguradoras e operadoras de planos de saúde. Todos querem ter acesso às mais modernas técnicas de tratamento de saúde que curam e/ou reduzem o sofrimento humano. É um direito garantido constitucionalmente².

Contudo, o que se vê no mundo inteiro é a crescente queda de braço entre indivíduos-Estado-planos de saúde, por razões para lá de conhecidas, mas ainda sem solução, que fazem com que boas novas cheguem a soar como problemas.

¹ Juíza de Direito da 2ª Vara Empresarial - Capital.

² Art. 196 da Constituição da República.

PRINCIPAIS FOCOS DE LITÍGIO

Extensão das coberturas

- Contratos antigos – ADIn nº 1.931-8/DF liminar de 21/08/2003
- Contratos novos
- Tratamentos sem comprovação científica
- Ausência de protocolos pré-definidos
- Falta de comunicação entre as operadoras e o Poder Judiciário e o Ministério Público
- Carência para urgência e emergência – tratamento médico-hospitalar e ambulatorial – art. 12, V, d, da Lei 9.656/98. Art. 35-c, § único determina regulamentação pelo CONSU. Resolução nº 13, art. 2º, limita a cobertura em plano ambulatorial em 12 horas, e o art. 3º, para planos com cobertura hospitalar, limita também em 12 horas, salvo se a urgência decorrer de acidente pessoal, ao qual não haverá restrição. O art. 5º da Resolução somente garante atendimento pleno para planos referência. Ilegalidade da Resolução nº 13.

Reajustes de mensalidades

- Contratos novos
- Contratos antigos
- Vedação pelo art. 51, X, do CDC de alteração unilateral de preços
- Acordos coletivos com a ANS para aplicação do VCMH
- Inflação médica
- Faixas etárias acima de 60 anos - art. 15, § 3º, do Estatuto do Idoso, Lei 10.741/03.
- Ato jurídico perfeito
- Fraudes

FUNDAMENTOS DO SEGURO

O sistema de saúde suplementar está estabelecido sob a forma de seguro ou de plano de saúde, este último sob os mesmos fundamentos do seguro, o qual está estruturado com fundamento no mutualismo; ou seja, na repartição do risco, “risk pooling”.

O risco é o evento aleatório, porém, cuja probabilidade de ocorrência é possível de se identificar e mensurar. Difere da incerteza porque esta se refere ao evento aleatório sobre o qual se desconhece a probabilidade de ocorrência. Na previsão do risco, o fator tempo é fundamental.

O seguro funciona com o mutualismo de um grupo homogêneo de risco; ou seja, todos os segurados de determinada classe de risco pagam o mesmo valor de prêmio, e o total desse valor será utilizado para custear os sinistros desse grupo, durante a vigência da apólice.

FINANCIAMENTO DO SEGURO

Os cálculos para precificação do seguro baseiam-se na Lei dos Grandes Números; a precisão dos cálculos é maior, à medida que aumenta o número de segurados.

São dois os regimes de financiamento dos seguros: (i) regime de repartição simples; e (ii) regime de capitalização. No regime de repartição simples, o mutualismo consiste na utilização de toda a receita de um grupo homogêneo de risco, no período de um ano, para o pagamento dos sinistros ocorridos naquele período. No regime de capitalização, o mutualismo utiliza a receita obtida para capitalização e pagamento de sinistros em períodos superiores a um ano.

RISCO SEGURÁVEL

Para que um risco seja segurável, devem estar presentes as seguintes condições:

- o evento coberto deve ser acidental e aleatório;

- a indenização em caso de ocorrência do sinistro deve estar bem definida;
- o evento segurado deve importar em perdas ou danos definidos;
- a ocorrência do evento segurado não pode ser controlada pelo segurado;
- deve existir um grande número de segurados expostos ao risco segurado;
- o evento segurado não pode ocorrer com todos os segurados simultaneamente;
- o valor da indenização deve ser calculável e o prêmio deve ser viável.

REAJUSTES DE PLANOS DE SAÚDE

O reajuste dos planos de saúde ocorre por mudança de faixa etária e reajustes anuais, sendo que, por faixa etária, segue a mesma regra, tanto para planos coletivos, como individuais.

O reajuste anual depende de autorização da Agência Nacional de Saúde, ouvido o Ministério da Fazenda (Lei 9.961/2000), embora os reajustes dos planos coletivos não sejam controlados pela ANS, o que ocorre com os planos individuais. Os planos coletivos podem ser rescindidos por iniciativa de qualquer das partes; porém, as operadoras não podem rescindir unilateralmente os contratos de planos individuais.

CONCLUSÃO

Os instrumentos técnicos de precificação de seguros não são suficientes para solucionar a tensão existente entre as partes envolvidas na relação jurídica de direito à saúde. Se, tecnicamente, é possível prever o prêmio dos planos de saúde para as coberturas determinadas por lei e as contratualmente ajustadas, o preço aí apurado não pode ser suportado pela esmagadora maioria dos consumidores.

Embora os consumidores não possam arcar com o pagamento dos

valores dos prêmios, desejam coberturas cada vez maiores e com utilização das mais modernas tecnologias, sempre as mais custosas.

Não bastasse isso, o envelhecimento populacional é uma realidade e já se espera que uma em cada duas pessoas que estão nascendo agora viva mais de cem anos. Com esse envelhecimento, doenças degenerativas tendem a ser frequentes, o que gera tratamentos mais longos e infinitamente mais custosos que os da população jovem.

Por outro lado, as políticas públicas de saúde não são capazes de atender aos anseios da população, incrementando ainda mais o conflito. ◆

Contratos de Planos de Saúde: Princípios Básicos da Atividade

Márcio Olmo Cardoso¹

O contrato é um acordo de vontade que gera obrigações (efeitos jurídicos) de natureza jurídica bilateral; ou seja, toda manifestação da vontade que angaria consequências jurídicas é negócio jurídico. Essa expressão tem uma ligação, um liame, com os negócios jurídicos bilaterais, mas não essencialmente, porque há também negócios jurídicos unilaterais, como, por exemplo, o testamento, que se forma apenas com a declaração da vontade daquele que quer dispor dos seus bens para após a sua morte.

No contrato, predomina o interesse econômico e possui, em regra, dois personagens (exceção – contrato de sociedade com a formação da pessoa jurídica).

Os princípios que norteiam os contratos são:

AUTONOMIA DA VONTADE

Por liberdade e iniciativa de alguém que tem a iniciativa de contratar e conduzir essa vontade ao outro contraente, surge o contrato. Desse princípio se extrai que as partes têm toda a liberdade de estipular o conteúdo do contrato, a modalidade (típico ou atípico) e com quem contratar.

O Direito Romano consagrava a vontade inconsequente de contratar, mas, com a evolução da sociedade, verificou-se que tal liberdade nem sempre era boa, vez que aquele que desfrutava de maior poder econômico impunha as condições do contrato, o que representava freio à autonomia da vontade.

¹ Juiz de Direito da 3ª Vara Cível de Teresópolis.

A ordem pública é compreendida por normas de caráter impositivo, obrigatório; em certas situações desde o Direito Romano, verificava-se a possibilidade de intervenção do Estado. Um exemplo típico é o pacto comissório, que considera nula a cláusula que estipula que o credor será o titular do bem se o devedor não cumprir a obrigação – art. 765 do NCC.

Hoje, não se permite mais aos contraentes a total liberdade, como preconizado antigamente. Pode-se até dizer que, com o advento do CODECON, começamos a ter uma verdadeira intervenção estatal nas normas contratuais.

Nos contratos de plano de saúde também se verifica essa intervenção, dado o interesse público predominante do direito à saúde, consagrado como direito fundamental na atual Constituição. A esse respeito, existem diferenças sociais que tendem a fazer com que o mais frágil se submeta ao mais forte. O contrato é livre, desde que haja equilíbrio entre as partes.

O art. 157 do NCC é um exemplo da intervenção da ordem jurídica. Ocorre, por exemplo, quando as pessoas que não têm como pagar as dívidas procuram o sistema financeiro para renegociá-las. No desespero, elas se submetem mais ainda às condições impostas pelo credor, ficando cada vez mais sujeitas a ele. Trata-se de obrigação manifestamente desproporcional.

Os artigos 157 e 156 do NCC prevêm duas formas de anulabilidade do negócio jurídico. Tais normas são regidas por dois princípios inaugurados expressamente na nossa Lei Civil, que são os arts. 421 e 422 do NCC. A autonomia da vontade está totalmente afastada por motivo social predominante – deve prevalecer sempre a função social do contrato.

Por isso, o magistrado, ao interpretar o contrato, deve sempre levar em consideração a função social do contrato; mas o legislador foi mais além, porque, no art. 422, ele expressa o princípio da boa-fé; agora, a autonomia da vontade se submete à ordem pública: o dirigismo contratual e autonomia da vontade são princípios que se completam.

RELATIVIDADE DOS EFEITOS DO CONTRATO

Os contratos geram efeitos somente entre as partes contratantes e não podem produzir efeitos para terceiros.

PACTA SUNT SERVANDA

No momento em que o contrato ingressa na disciplina do ordenamento jurídico, obriga as partes (os contraentes). Não pode mais ser alterado; não admite o arrependimento; apenas o distrato, que ocorre quando ambas as partes espontaneamente resolvem findar o contrato. Não há, em princípio, rescisão unilateral (a resilição pode ocorrer em determinadas situações).

Quando o contratante não pode cumprir a obrigação por motivo de força maior, o CDC prevê somente a possibilidade do contrato não ser executado quando ele se torna oneroso para o consumidor. O CC/16 não trouxe a teoria da imprevisão.

O NCC traz três dispositivos em que se faz menção à teoria da imprevisão – os arts. 478, 479 e 480 não têm correspondente no CC/16. Trata-se de situação em que o contrato pode automaticamente se extinguir, o princípio do *pacta sunt servanda* não vai prevalecer.

FORMAÇÃO DOS CONTRATOS

O contrato surge por iniciativa da pessoa que quer contratar: nesse momento, há o proponente e o destinatário, que poderá tomar três atitudes: aceitar, recusar ou fazer uma contraproposta. Se ele aceitar, faz surgir o contrato; se recusar, a proposta é um nada jurídico. Para ocorrer o contrato, tem que haver a aceitação final; pode até ser que anteriormente tenham ocorrido várias propostas e várias contrapropostas, mas é essencial que as partes cheguem a um denominador comum.

Os contratos de saúde são bilaterais, porque existe um vínculo de reciprocidade; ou seja, ambas as partes têm vantagens e desvantagens.

A importância dessa classificação diz respeito à exceção do contrato não cumprido, pois ninguém é obrigado a pagar a empresa de plano de saúde se essa não cumpre sua parte. Somente nos contratos bilaterais ocorre a *exceptio non adimpleti contractus*. Se o contrato só tem obrigação para

uma das partes, não pode se extinguir por inadimplemento da outra.

Por isso, o art. 476 do NCC tem essa redação claríssima. Somente nos contratos bilaterais ocorrerá a resolução por exceção de contrato não cumprido, que implica a defesa da pessoa, quando estiver sendo demandada a cumprir o contrato. Além do mais, somente em contratos bilaterais haverá incidência de cláusula resolutiva, que pode ser expressa (art. 474 do NCC 1ª parte) ou tácita (2ª parte do art. 474 do NCC). Ex: O contrato vai se extinguir porque eu não pago o plano de saúde. É uma hipótese de resolução do contrato pelo inadimplemento; alguns autores o designam como rescisão do contrato. Somente neste tipo de contrato bilateral cabe a incidência da cláusula resolutiva.

Quando a cláusula resolutiva é expressa, opera independentemente de interpelação judicial; quando for tácita, depende de interpelação judicial.

O contrato de plano de saúde é oneroso; ou seja, com ônus patrimonial para ambas as partes, como ocorre com os contratos bilaterais. Por outro lado, o contrato de plano de saúde é aleatório; ocorre a álea, o risco; as partes não sabem de antemão quando o serviço será utilizado. São também de execução continuada, se protraem no tempo, de trato sucessivo (prestações sucessivas).

A importância prática é que apenas esse tipo de contrato se submete à influência do tempo. Só o contrato de execução de trato sucessivo de eficácia diferida pode ser resolvido por onerosidade excessiva, conforme o Código Civil, dando origem à revisão contratual, nos termos do Código de Defesa do Consumidor – artigo 6º IV e a teoria da imprevisão.

À propósito, recentemente o Supremo Tribunal Federal manifestou-se pela existência de repercussão geral de tema contido no Recurso Extraordinário (RE) 630852, sobre a aplicação do Estatuto do Idoso aos planos de saúde.

A relatora Ministra Ellen Gracie verificou que a questão contida no referido recurso apresenta relevância do ponto de vista econômico, político, social e jurídico, nos termos do parágrafo 1º do artigo 543-A do Código de Processo Civil, porque ela alcança grande número de idosos usuários de planos de saúde e salientou que o Supremo, no julgamento

do RE 578.801, reconheceu a existência de repercussão geral da matéria relativamente à incidência da Lei dos Planos de Saúde (Lei nº. 9.656/98) sobre os contratos firmados anteriormente à sua vigência.

O contrato de saúde é consensual, pois se perfaz com o simples consenso das partes e de adesão, cujo conceito se encontra no artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor. Essa legislação traz duas modalidades de contrato de adesão, definindo-se em favor do aderente, que é a parte mais fraca.

Tal regra de hermenêutica influenciou o Código de Defesa do Consumidor e também o Novo Código Civil. As cláusulas que não favorecerem o aderente têm que estar expressas, de maneira bem explícita, vez que as ambíguas serão interpretadas em benefício do aderente. E, por fim, o contrato de saúde é típico, porque tem regulamentação expressa na lei.

OS PRINCÍPIOS ESPECÍFICOS DO DIREITO DE SAÚDE SUPLEMENTAR

Princípio da defesa do mercado

As normas de direito de saúde suplementar devem ser rígidas, para garantir equilíbrio econômico-financeiro do mercado e preservar as empresas que operaram no mercado.

A prestação de serviço é financiada pela iniciativa privada. Logo, se as normas regulamentadoras não forem rígidas para garantir e proteger a atividade, inclusive os lucros da operação, as empresas que operam nesse segmento não terão interesse em prestar os serviços e tenderão a fechar, seja por falta de recursos, seja por livre iniciativa.

Princípio da defesa do consumidor

A CRF/88 previu a elaboração de uma legislação para o consumidor (art. 5º XXXII, e 48 ADCT). Sendo assim, o Código veio cumprir um comando constitucional, que se originou no reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor diante do fornecedor de produtos e serviços.

Nos últimos tempos, a produção massificou-se; nesses contratos, a proposta está pré-fixada; basta o consumidor aceitar ou não, não cabe discutir. Os contratos de adesão são consequências inexoráveis do processo de globalização e de massificação da economia. Tais contratos têm reduzida a autonomia de vontade do aderente e provocaram a lesão em massa, eis que, valendo-se da imutabilidade da proposta, os fornecedores de produtos e serviços inseriram cláusulas extremamente vantajosas para si e prejudiciais aos aderentes.

Nesse contexto, o adquirente teve extremamente diminuído seu poder de barganha, pois ele precisa do produto/serviço e não tem acesso direto ao fabricante, só tem como adquirir o produto/serviço quase sempre pelos contratos de adesão, não tendo, portanto, como negociar cláusulas e condições. Resulta daí o estado de vulnerabilidade do consumidor diante do fornecedor.

Por outro lado, houve aumento do poder econômico do fornecedor, via de regra, grande empresa, às vezes multinacional. Tem posição economicamente fortalecida em relação ao consumidor, inferiorizado na relação de consumo.

Tudo isso levou o constituinte a pensar numa forma de compensar o desnível e promover releitura na teoria geral dos contratos. Os velhos dogmas começaram a ser mitigados e, aos poucos, o contrato perde sua aparência individualista, adquirindo feição social.

Princípio da efetiva tutela da saúde

As normas de direito de saúde suplementar devem garantir sempre ao consumidor atendimento médico adequado e eficaz, com o propósito de restabelecer o seu estado físico-psíquico ou prevenindo doenças e enfermidades diversas.

À propósito, sobre o tema, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu que a empresa de plano de saúde tem obrigação de pagar as despesas com cirurgia bariátrica de segurada com obesidade mórbida, porque tal cirurgia é essencial à sobrevivência do segurado que sofria de outras

comorbidades decorrentes da obesidade em grau severo, sendo, portanto, ilegal a recusa do plano em cobrir as despesas da intervenção. Naquela oportunidade, o Relator do recurso, Ministro Luis Felipe Salomão, entendeu que:

“O tratamento pleiteado pela autora e indicado por especialista, com a concordância de outros médicos de diversas especialidades, dentre eles, psiquiatra, endócrino, pneumologista e cardiologista, não possuía fim estético, considerando que a obesidade mórbida da autora trazia riscos à sua saúde, como comprovam os laudos anexados ao processo” (REsp 117616). ♦

Saúde Suplementar e o Consumidor Idoso: Judicialização e Conflito de Leis

Marcus da Costa Ferreira ¹

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo pontuar alguns aspectos relevantes no que se refere à Saúde Suplementar no Brasil, particularmente quanto ao reajuste de planos de saúde por faixa etária, de forma a incrementar o debate existente em relação a este tema.

O recorte se justifica, primeiro, por um arranjo de ordem prática, tendo em vista a limitação de laudas a serem seguidas, segundo, pela sua premência e vigor, pois a judicialização desta questão é um dos assuntos de ordem do dia, principalmente pela situação em que se encontram os que tecnicamente, ao completarem a idade prevista dos 60 anos, passam a integrar a faixa dos chamados idosos e se deparam, na maioria das vezes, com o aumento impactante de seus planos de saúde.

Cabe aqui ressaltar que as expressões “saúde suplementar” e “judicialização” serão utilizadas, a primeira, como atividade econômica desenvolvida na modalidade plano de saúde; a segunda, como o aumento considerável do número de demandas do usuário levadas ao âmbito do Judiciário em relação à saúde suplementar.

Neste sentido, o que se pretende, em um curto espaço, é, após análise do conceito de saúde e dos valores nela inseridos, delimitar a complexidade da legislação pertinente e analisar os entendimentos ju-

¹ Juiz de Direito da Vara da Infância e Juventude - Capital.

risprudenciais do TJRJ durante o presente ano de 2011, até meados do mês de agosto, em relação ao tema.

A SAÚDE NO BRASIL: UM DIREITO SOCIAL E FUNDAMENTAL

Tanto o conceito de saúde quanto o direito a ela pertinente perfazem um processo histórico, cuja construção ajuda a elucidar o estágio em que nos encontramos atualmente. A noção de saúde acompanhou as variadas organizações sociais: sendo entendida ora como consequência de uma forma de vida adotada pela comunidade, ora como condição relacionada à ausência de doenças.

A resposta a esse questionamento eclode junto com a II Guerra Mundial, visto que, face ao cenário terrível engendrado, foi possível a criação de organizações como a ONU – Organização das Nações Unidas – e a OMS – Organização Mundial de Saúde – em cuja Constituição a saúde é descrita como “completo bem-estar físico, mental e social e não apenas ausência de doenças”, de forma a privilegiar a relação do ser humano com o ambiente exterior.

Dessa forma, o processo histórico ocidental propiciou o surgimento do conceito de saúde, cuja inserção jurídica se revela como direito humano a ser efetivado em cada Estado. Entendemos que, ainda que não haja consenso doutrinário em relação ao termo apropriado e ao tipo de direito tutelado, não se deve utilizar as expressões direitos humanos e fundamentais como sinônimas: aquelas seriam os reconhecidos internacionalmente por meio de declarações e tratados; estes abarcariam os direitos nacionalmente positivados. Portanto, o direito à saúde constrói-se a partir de um cenário internacional, cuja validade depende da afirmação de direitos sociais, e estes, por sua vez, não deixam de apresentar um viés subjetivo. Nesse campo, cada ser humano possui o direito de preservação de sua saúde, exercido na liberdade individual, tanto no que tange ao paciente ao escolher ser submetido a determinado tratamento ou medicação, quanto no que tange ao médico, que possui liberdade no exercício de sua profissão. (TRETTEL, 2010, p. 55).

Por outro lado, o direito à saúde é também definido por um caráter social. Como exemplo, merecem relevo medidas como: as campanhas de vacinação, a fiscalização sanitária sobre os estabelecimentos comerciais, a notificação de doenças e, principalmente, a busca contínua de um sistema público estatal, para atendimento igualitário da população, caso em que o Estado exerce uma de suas funções precípua.

Em relação ao Brasil, somente se passou a tratar a saúde como direito na Constituição de 1988, pois, nas anteriores, não havia tal previsão. Na Carta Magna vigente, inúmeros são os artigos que abordam o direito à saúde, inserida em nossa legislação como direito social e fundamental.

Entretanto, apesar dessa proteção, existe um abismo entre a letra da lei e sua eficácia social, pois a crescente procura pela saúde suplementar, principalmente a partir da década de 1980, acarretando o crescimento desse tipo de “mercado”, ocorreu principalmente em razão da ineficiência do Estado em sua função de promoção, proteção e efetivação da saúde no Brasil.

A expansão da saúde suplementar foi tamanha a ponto de grande parte das famílias brasileiras considerarem essencial o acesso a esse tipo de prestação de serviço, ainda que não possam arcar com o seu custo. Segundo pesquisa realizada por amostragem no presente ano pelo IESS – Instituto de Estudos de Saúde Suplementar –, 67% de não beneficiários de planos de saúde relataram desejar possuir um, e 88% alegam que o principal motivo impeditivo de não o ter é o elevado preço para o seu nível de renda.

A importância que os planos de saúde adquiriram começou a ser delineada a partir das décadas de 1970 e 1980, quando se intensificou o movimento por parte dos sindicatos de trabalhadores no sentido de que o empregador custeasse a assistência à saúde dos empregados. No entanto, tal tipo de prestação, em seu início, necessitava de controle e fiscalização efetivas, tendo em vista a existência de situações como os reajustes abusivos nas mensalidades, a rescisão unilateral do contrato, a não cobertura de tipos de cirurgia, a interrupção de internação em pacientes de UTI e os extensos prazos de carência.

Diante desse cenário, a partir da década de 1990, buscou-se regula-

rizar e fiscalizar esses tipos de ocorrência, mediante legislação específica e criação de uma agência reguladora.

LEGISLAÇÃO E NATUREZA JURÍDICA DOS PLANOS DE SAÚDE

Não havia, até o ano de 1998, legislação específica para reger as relações jurídicas decorrentes dos planos de saúde. As reiteradas práticas abusivas registradas nos Procons do país envolvendo esses problemas e a peculiar relação estabelecida entre a operadora e o usuário do plano atingiram grau máximo de complexidade, a ponto de ser necessário o advento de uma lei voltada para regular de vez estas questões (OLIVEIRA, 2004, p. 101).

A entrada em vigor da Lei nº. 9.656/98, a Lei dos Planos de Saúde, foi um verdadeiro divisor de águas no campo da saúde suplementar, fazendo com que ocorressem mudanças tanto nas operadoras para se adequarem à nova legislação, quanto nos consumidores que, supostamente, saberiam efetivamente quais direitos seriam assegurados.

Cabe ressaltar que o termo consumidor refere-se aos usuários dos planos, pois, antes da vigência da referida lei, por ser a relação jurídica estabelecida entre as operadoras e seus usuários uma relação de consumo, esses eram somente resguardados pela Lei 8078/90, já que se trata desde o início de uma relação de consumo. Porém, nem sempre foi esse o entendimento da natureza da relação jurídica e, para dirimir qualquer dúvida a respeito da relação consumerista, a Segunda Seção do STJ aprovou a Súmula 469, com a seguinte redação:

“Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde.” A Súmula, além de fazer referência às Leis 8078/90 e 9656/98, consolidou o entendimento, antes já pacificado no STJ, de que “a operadora de serviços de assistência à saúde que presta serviços remunerados à população tem sua atividade regulada pelo Código de Defesa do Consumidor,

pouco importando o nome da natureza jurídica que adote.”
(Resp. 267530/SP, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar,
Dje 12/3/2001).

Outro ponto a ser considerado nessa trajetória é a criação, por meio da Lei 9.961/2000, da Agência Nacional de Saúde, a ANS, cuja principal função seria a regulação do setor. Desde seu surgimento, a ANS, por meio da expedição de vários atos normativos, vem buscando favorecer a concorrência leal no mercado e ao mesmo tempo garantir direitos básicos ao consumidor de planos de saúde.

Entretanto, na contramão do que se esperava, a entrada em vigor da LPS e a criação da ANS não amenizaram os conflitos existentes. Pelo contrário, na atual política sanitária, tudo se discute no Poder Judiciário; nunca o consumidor precisou recorrer tanto para ter sua demanda resolvida. Reflexos de insatisfação dos usuários de planos, na verdade, as demandas indicam que não foram alcançados os propósitos, no que tange à saúde complementar.

Pode-se dizer que o problema se agrava, ao entrar em cena o usuário que, em razão de seu processo de envelhecimento, é classificado como idoso, sendo este tecnicamente o que está acima de 60 anos de idade.

Diante dessa situação, nos deparamos primeiro com a condição de um consumidor duplamente vulnerável, ou melhor, “hipervulnerável”, (na feliz expressão de Cristiano Heineck Schmitt) que sofre o impacto do reajuste de seu plano, no momento em que mais precisaria deste. O legislador não poderia ficar insensível a essa situação e, com o advento da Lei 10.741/03, o Estatuto do Idoso, procurou priorizar seus direitos básicos.

No entanto, a polêmica acerca dos direitos do consumidor idoso já havia se instaurado antes com a ADIN nº. 1.931-8, proposta pela Confederação de Saúde, Hospitais e Serviços, que questionou, entre outros pontos, a constitucionalidade do art. 35-E da LPS, cujo *caput* tinha a seguinte redação: “A partir de 5 de junho de 1998 fica estabelecido para os contratos celebrados anteriormente à data da vigência desta Lei que: I – qualquer variação na contraprestação pecuniária para os consumidores com mais de

60 anos de idade estará sujeita à autorização prévia da ANS.”

Em seguida, o Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida em 21 de agosto de 2003, concedeu parcialmente medida liminar suspendendo a eficácia desse artigo que, entre outros aspectos, assegurava proteção especial aos idosos. Até o presente momento, ainda está em curso a ADIN no. 1931-8, ou seja, ainda não se resolveu a questão, de forma que cada vez mais idosos vem recorrendo à Justiça para terem seus direitos assegurados.

CONFLITOS DE LEIS NO REAJUSTE DE PLANOS DE SAÚDE POR FAIXA ETÁRIA E A INTERVENÇÃO JUDICIAL

A relação jurídica entre os usuários e as operadoras de planos de saúde é uma relação de consumo contratual e, como tal, se submete à manutenção do equilíbrio negocial, com objetivo de garantir isonomia entre os contratantes, mas também às normas previstas na legislação consumerista, em cujo fundamento encontra-se nova definição de igualdade no direito contratual; ou seja, trata-se de uma igualdade dos desiguais, efetivada com a intervenção estatal nas relações privadas.

Ademais, não se pode esquecer que a defesa do consumidor é direito fundamental expresso em nossa Constituição Federal e sua incidência acaba por privilegiar o direito social sobre o direito contratual, ao reconhecer o consumidor como a parte vulnerável no mercado de consumo.

Além disto, o “novo” Código Civil consagrou os princípios da boa-fé e da função social do contrato, mitigando de vez o princípio *pacta sunt servanda*. Assim é que a função social do contrato serve precipuamente para limitar a autonomia da vontade, quando esta estiver em confronto com o interesse social, que deve prevalecer. Esse entendimento do novo código desafia a concepção clássica de que os contratantes tudo podem fazer, por estarem no exercício da autonomia da vontade. (GONÇALVES, 2011, p. 25). Assim, o princípio da socialidade adotado pelo código reflete a prevalência dos valores coletivos sobre os individuais, sem perder o valor fundamental da pessoa humana, a sua dignidade, moldurada axiologicamente em nossa Carta Magna.

Voltando ao caso em análise dos idosos, apesar de esse segmento se encontrar amparado pelas legislações específicas do consumidor, do plano de saúde e do próprio Estatuto do Idoso, mesmo assim, observam-se práticas abusivas no reajuste da mensalidade dos planos, quando da mudança de faixa etária.

Vale ressaltar que, tendo em vista o usuário ser considerado consumidor, e, por isto, a parte mais vulnerável da relação, o idoso deve ser considerado hipervulnerável; ou seja, com uma vulnerabilidade potencializada, que pode ser observada sob três enfoques principais: a vulnerabilidade a partir da publicidade, a vulnerabilidade técnico-científica e a vulnerabilidade jurídica. Na primeira, temos a situação de verdadeira manipulação psíquica do consumidor através da publicidade e de modernas técnicas de marketing; na segunda, ocorre a vulnerabilidade quando o consumidor não detém conhecimentos sobre os meios utilizados para produzir produtos ou para conceber serviços, o que o torna presa fácil do mercado; na terceira, o reconhecimento da vulnerabilidade se dá quando estamos diante dos chamados contratos de adesão e demais instrumentos contratuais utilizados pelos fornecedores, de forma a ser o consumidor idoso um litigante eventual e o fornecedor, ainda mais se representado por empresa grande, um litigante habitual. (SCHMITT, 2009, p. 147-149).

Neste sentido, assim reafirma Marques:

Tratando-se de consumidor 'idoso' (assim considerado indistintamente aquele cuja idade está acima de 60 anos) é, porém, um consumidor de vulnerabilidade potencializada. Potencializada pela vulnerabilidade fática e técnica, pois é um leigo frente a um especialista organizado em cadeia de fornecimento de serviços, um leigo que necessita de forma premente de serviços, frente à doença ou à morte iminente, um leigo que não entende a complexa atual técnica dos contratos cativos de longa duração denominados de 'planos' de serviços de assistência à saúde ou assistência funerária. (MARQUES, 2003, p. 94)

Assim, tendo em vista, entre outros aspectos, reduzir esta fragilidade multifacetada, protegendo ainda mais a pessoa idosa, é que surgiu o chamado Estatuto do Idoso, que passou a ser uma referência na regulamentação dos direitos dessas pessoas, reafirmando e conferindo maior aplicabilidade ao que já estava assegurado no art. 230 de nossa Constituição Federal. A Lei 10741/03 em sua intenção de inclusão social dos idosos incluiu em seus artigos garantias de prioridades e proteção a estes, e, no caso em análise da saúde suplementar, tentou restaurar direitos que tiveram a eficácia suspensa ante a liminar concedida na ADIN 1931-8. Dessa forma, conforme a leitura do art. 15, § 3º do Estatuto do Idoso, pode-se concluir, por uma leitura mais benéfica aos idosos, pela proibição de aumentos de mensalidade de contratos de planos de saúde para consumidores que atinjam 60 anos, ou seja, o último aumento permitido por faixa etária deveria ocorrer somente até os 59 anos do consumidor, sendo vedado qualquer outro acima dessa idade. Destaca-se ainda que, por sua redação, deve-se concluir que a incidência desse artigo é sobre contratos anteriores e posteriores à sua vigência. No entanto, ao levarmos em conta a complexidade normativa existente em relação a essa questão, é evidente que, ainda que o Estatuto do Idoso seja a lei mais benéfica a ser aplicada, não podemos deixar de reconhecer a existência de regras a serem seguidas conforme a data da contratação do plano de saúde.

A saber, existem três situações. A primeira ocorre quando o contrato foi ajustado antes de 02 de janeiro de 1999, a segunda quando foi entre 02 de janeiro de 1999 e 01 de janeiro de 2004 e a terceira quando foi ajustado após 01 de janeiro de 2004. Neste caso, por se tratar do tempo em que já estava em vigor o Estatuto do Idoso, este poderá ser aplicado sem nenhuma controvérsia. No segundo caso, ou seja, com contrato posterior à LPS e anterior ao Estatuto do Idoso, segue-se o art. 15 da Lei 9.656/98, que dispõe sobre a possibilidade de reajuste de plano de saúde por mudança de faixa etária desde que o aumento esteja previsto no contrato inicial e os percentuais de reajustes incidentes em cada uma das faixas etárias estejam conforme normas expedidas pela ANS.

O problema maior ocorre quando se trata dos chamados contratos

antigos; isto é, anteriores à Lei dos Planos de Saúde, por não constar nestes o percentual de reajuste a ser aplicado, sendo que, no caso, nos deparamos com dois entendimentos. O primeiro aponta para o fato de estarmos diante do chamado ato jurídico perfeito, inatingível pelo diploma legal. O segundo ressalta o fato de se tratar de um pacto de trato sucessivo, que se renova anualmente, em que se pode valer da irretroatividade da lei nova para todos os casos que esta regulamentou.

Em pesquisa realizada na jurisprudência do TJRJ desde janeiro de 2011 até meados de agosto, ao inserir no campo de busca as palavras “aumento de plano de saúde idoso”, encontramos um total de 55 decisões, cujo teor decisório corrobora a aplicação das regras referentes a planos contratados a partir do Estatuto do Idoso e de planos contratados entre a LPS e o Estatuto do Idoso. No caso mais polêmico, o dos contratos antigos, decidiu-se pela aplicação da lei mais benéfica ao idoso, conforme descrito a seguir:

Plano de saúde contratado antes do advento da Lei 9.656/98. Aumento por mudança de faixa etária. (...) Obrigação de trato sucessivo. (...) Aplicação das regras do Estatuto do Idoso. (...) sendo imediata a aplicação da lei nova, abrangendo os efeitos futuros sem consistir em violação do ato jurídico perfeito.

Logo, podemos concluir que, ainda que exista previsão legal no sentido de se agir de forma diversa à mencionada antes, o fato é que, no caso concreto, as decisões encontradas demonstram uma sensibilidade judicial à vulnerabilidade potencializada em que se encontram os idosos no Brasil. Por outro lado, não podemos deixar de perceber: existe, sim, um desequilíbrio contratual ao se igualar o consumidor que possui contrato anterior à Lei 10741/03 ao que contratou após a sua entrada em vigor, por se romper a harmonia contratual da carteira de usuários, baseada no mutualismo, instaurando uma relação de insegurança jurídica e econômica na relação de consumo.

A questão exige que se encontre um caminho para a colisão entre o direito fundamental à saúde do consumidor potencialmente vulnerável

e a preservação do princípio da autonomia privada, de forma a equilibrar a ordem econômica. Segundo Sarmiento: “(...) é muito importante traçar parâmetros e standards para estes casos de colisão, com o objetivo de fornecer pautas que possam estreitar as margens de discricionariedade judicial (...)” (SARMENTO, 2004, p. 262).

Nesse sentido, conforme o Ministro Luiz Fux:

Com relação aos planos de saúde, em inúmeras ocasiões, seus usuários precisam de uma decisão judicial imediata, e o Juiz tem de analisar aquilo que foi contratado e, às vezes, – é uma realidade – superar aquilo que foi contratado, porque estão em jogo a vida humana e a saúde, que são bens fundamentais e indisponíveis. Então, evidentemente, e isto é forçoso repetir, nenhum juiz do mundo vai deixar uma vida perecer, nenhum juiz do mundo vai autorizar a desinternação de um paciente. Mas, efetivamente, preciso encontrar uma regra de equilíbrio. (Relatório da CPI dos Planos de Saúde, Brasília, 2003, p. 56-57)

Esta regra de equilíbrio deve ser buscada com afinco, de modo a preservar e proteger os direitos fundamentais de todos os cidadãos, sem deixar de proteger os idosos, ao mesmo tempo, sem gerar instabilidade jurídica nas relações de contratuais. O sucesso dessa árdua tarefa depende de uma conjugação de forças do Estado-Juiz e do Legislativo, como também de toda a sociedade brasileira. ♦

REFERÊNCIAS

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de direito de saúde suplementar**. SP: MP Editora, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – nº 3 – Contratos e Atos Unilaterais**. RJ: Editora Saraiva, 2011, 8ª edição.

MARQUES, Cláudia Lima. “Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de ‘ações afirmativas’ em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso”. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

OLIVEIRA, Amanda Flavio de. “A regulamentação dos planos de saúde e proteção da pessoa humana”. *In*: **Revista do Direito do Consumidor**, nº 51/ jul-set de 2004.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. RJ: Lumen Juris, 2004.

SCHMITT, Cristiano Heineck. “A hipervulnerabilidade do consumidor idoso.” SP: **Revista do Consumidor**, SP: abril/jun 2009, nº 70, p. 139-171.

— “Cláusulas abusivas em contratos de planos de saúde e seguros e assistência privada”. *In*: **Revista Holística Jurídica de Direito**. Chile: junho de 2010.

TEPEDINO, Gustavo. (coord.) **A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. RJ-SP: Editora Renovar, 3ª edição.

TRETTEL, Daniela Batalha. **Planos de Saúde na visão do S.**

Saúde Suplementar

Marcos Borba Caruggi¹

INTRODUÇÃO

A Constituição da República de 1988, fruto da redemocratização do país, é indubitavelmente projeto político avançado, que prestigia princípios de extrema relevância, merecendo destaque os princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social. A questão da saúde, direito humano fundamental, é reconhecida pela Carta Magna como direito social que deve ser garantido a todos. Na boa lição da Ilustre professora Maria Stella Gregori²,

“A dignidade da pessoa humana, individual ou coletivamente considerada, é o fundamento norteador de todo o sistema constitucional, é um valor espiritual e moral inerente a todo ser humano, homem ou mulher, e, para respeitá-la, é preciso assegurar, também, os direitos sociais.”

Ocorre que não basta ter uma Constituição avançada e protetora de direitos fundamentais se a implementação de tais direitos, entre os quais a efetivação do direito à saúde, ainda encontra algumas questões que carecem de aperfeiçoamento, para que se possa afirmar que a Lei Maior está amplamente difundida e eficaz no meio social.

O presente trabalho tem por escopo analisar a efetividade da saúde no âmbito privado. Como é cediço, a Carta Magna garante o direito à saú-

1 Juiz de Direito da 4ª Vara de Família do Fórum Regional do Méier.

2 **Plano de saúde. A ótica da proteção do Consumidor** – 3.ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 27.

de, mediante prestação, tanto no sistema público, através do SUS, como no sistema privado, sendo certo que os dois sistemas têm características e peculiaridades próprias. A saúde pública encontra-se inserida no SUS, regulamentada pela Lei n.º 8.080/90, ao passo que a saúde privada é regida por legislação diversa. Nesse diapasão, para melhorar compreender o âmbito de reflexão deste trabalho, é esclarecedora a seguinte transcrição de texto dos Professores Juliana de Souza Gouvêa Russo e Marlo Russo³:

“A assistência privada à saúde no Brasil é feita por médicos, odontólogos, clínicas, laboratórios, hospitais. A prestação dos serviços pode ser contratada de forma direta, com ajuste e cobrança de honorários dos tomadores, ou por intermédio de planos privados de assistência à saúde. A Lei n.º 10.185/2001 dispõe, em seu artigo 2.º, que o seguro-saúde enquadra-se como plano privado de assistência à saúde e a sociedade seguradora especializada em saúde como operadora de plano de assistência à saúde. Por esse motivo, no presente trabalho, a expressão plano de saúde é utilizada no sentido legal, englobando o seguro-saúde.”

É preciso que a sociedade, em seus diversos segmentos, especialmente na questão da saúde, promova amplo debate, a fim de que as melhores soluções sejam viabilizadas, minimizando as controvérsias existentes, posto que se, por um lado, as operadoras de planos e seguros de saúde, atrelados à iniciativa privada da qual fazem parte, atuam no mercado sob regime empresarial, por outro lado, não se pode deixar de considerar que as operadoras lidam com o mais precioso bem do ser humano, que é a vida, da qual a saúde é corolário. Assim sendo, as regras empresariais para a área da saúde devem ser encaradas com as devidas cautelas, pois a possibilidade de dano irreversível ou irreparável é evidente.

Isso não significa que as operadoras na área da saúde não devam ter um regime empresarial atrativo. Há, contudo, que se balizar adequada-

3 O CNJ e os desafios da efetivação do Direito à Saúde – 1.ª edição, Belo Horizonte: Editora Fórum; 2011, p. 182.

mente os múltiplos interesses, alcançando regulamentação adequada para a área de saúde suplementar, respeitando sempre o projeto político constitucional vigente.

Atualmente, muito se tem falado sobre a “judicialização do atendimento a saúde”. A referida expressão ganha ênfase na medida em que se verifica aumento do número de demandas referentes ao atendimento à saúde. É preciso debater os motivos de insatisfação que têm levado os usuários dos planos de saúde de forma cada vez mais crescente ao Judiciário. Com certeza, isso é decorrência também dos necessários ajustes referidos anteriormente, quando se conferiu ênfase à necessidade de um balizamento adequado.

É pretensão deste trabalho, ainda que minimamente, contribuir para a solução de alguns problemas que têm afetado o desempenho das instituições de saúde privada, focando na legislação pertinente e no aumento do número de demandas judiciais.

DIPLOMAS NORMATIVOS PERTINENTES

Inicialmente cabe esclarecer que a Constituição Cidadã de 1988 foi intransigente na defesa do direito à vida e à saúde, vedando como regra a pena de morte e garantindo a vida e saúde como direito social e de todos. A indisponibilidade e supremacia desses direitos constitucionais deve sempre ser matéria de observação em qualquer normatização sobre saúde.

A esse respeito, o primeiro regramento normativo que merece atenção é o Código de Defesa do Consumidor, instituído pela Lei nº 8.078 de 11/09/1990, que tem natureza de microsistema que norteia as demais leis, quando se estiver diante de uma relação de consumo: cuida-se de normatização principiológica, não se admitindo questionamento da índole consumerista das relações que envolvem contratos de seguro e planos de saúde. Como leciona a insigne Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Fátima Nancy Andrighi⁴:

⁴ *Opus citatum* - p. 65.

“O CDC tornou a defesa do Consumidor mais técnica e compensadora. Esse normativo é um dos mais importantes e sofisticados diplomas de proteção do consumidor no mundo. O CDC é, acima de tudo, principiológico. Nunca foi sua intenção resolver todos os problemas que afetam os consumidores, numa fúria disciplinadora. Nele estão contidos princípios fundamentais básicos, como a harmonia entre o consumidor e o fornecedor, a boa-fé e o equilíbrio nas relações negociais, a responsabilidade civil objetiva, a interpretação mais favorável dos contratos.”

O Superior Tribunal de Justiça emitiu entendimento majoritário no sentido da aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos privados de planos e seguros de saúde. Recentemente, em julgamento datado de 24/11/2010, o STJ, através da 2.^a Seção, aprovou a Súmula n.º 469, cujo teor é o seguinte: “Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de Plano de Saúde.”

É importante ressaltar que a aplicação do Código de Defesa do Consumidor não faz distinção no que pertine a contrato de plano de saúde antigo ou novo, bem como se é um plano individual ou empresarial. A Lei Consumerista, face às reiteradas decisões judiciais, tornou-se instrumento jurídico de obediência e observância imperativa no que tange ao tema em comento.

Em verdade, a Lei Protetiva do Consumidor tem sido constantemente utilizada, quer no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, quer através do próprio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, para fazer valer os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e solidariedade social. O CDC foi um marco na defesa do usuário dos planos de saúde, diante de práticas abusivas ou restritivas de direitos dos seguros e planos de saúde.

Cabe lembrar, a título ilustrativo, a Súmula 302 do STJ decorrente de Julgamento realizado em 28/03/2006, que informa que é “abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado.”

O segundo dispositivo que merece menção é a conhecida Lei dos Planos de Saúde n.º 9.656/98, a qual, entretanto, foi imediatamente substituída por Medida Provisória após sua promulgação. Tal fato foi detectado com maestria pela Ilustre Professora Angélica Carlini⁵ discorrendo da seguinte forma:

“A história da Lei n.º 9.656/98 é inacreditável para boa parte dos que a ouvem. Como explicar uma lei que no dia seguinte é modificada por uma medida provisória que foi sucessivamente e cansativamente renovada?(...) A divulgação de uma Medida Provisória para contemplar interesses que não haviam ficado satisfatoriamente debatidos no Congresso Nacional desagradou aos setores envolvidos, porque deixou transparecer o quanto o debate e o estudo ainda eram incipientes para formular uma legislação que pudesse regular com justiça o setor da saúde privada.”

O advento de regulamentação específica para o plano de saúde suplementar, através da já mencionada lei substituída por Medida Provisória, em nada altera, a nosso ver, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor. A uma, porque, como exposto, o CDC é um microsistema que transcende as regulamentações, ainda que especiais. A duas, porque o plano de saúde é contrato de trato sucessivo, que se caracteriza pela prestação continuada no tempo, sendo, portanto, o Código de Defesa do Consumidor aplicável aos fatos que ocorreram após sua entrada em vigor.

Feita essa breve explanação acerca da incidência do CDC com o advento da legislação específica do plano de saúde, cabe ressaltar que a lei dos planos de saúde, alterada por inúmeras Medidas Provisórias, abordou algumas questões importantes, as quais foram, em parte, recepcionadas pelo STJ, que passou a construir jurisprudência em consonância com a dignidade da pessoa humana, expurgando paulatinamente procedimentos contrários ao bem maior, que é a proteção à vida e à saúde.

⁵ *Opus citatum*, p. 22.

A lei dos planos de saúde trouxe avanços, pois, a despeito das inúmeras críticas no que tange às medidas provisórias que se sucederam, é certo que a referida Lei 9.656/98, na boa visão da preclara Professora Daniela Batalha Trettel⁶:

“Estabeleceu regras para criação de reservas financeiras nas empresas, visando evitar ‘quebras’ e descontinuidade de assistência; impediu exclusões em razão de idade, deficiências ou doenças preexistentes; proibiu limitações temporais ou numéricas de internações; proibiu a imposição de carências adicionais em razão da inadimplência, garantiu o atendimento a recém-nascidos por 30 dias e sua inclusão sem carências no plano da mãe desde que realizada durante esses mesmos 30 dias; estabeleceu carências de apenas 24 horas para cobertura de urgências e emergências; proibiu taxativamente a rescisão unilateral de contratos individuais; e dispôs sobre alguma regulamentação de descredenciamento de prestadores(hospitais).”

Assim sendo, embora incompleta em muitos aspectos e merecedora de críticas, principalmente face à ausência de debate maior com a sociedade civil organizada para o seu aperfeiçoamento, é inegável que alguma evolução representou a referida lei, senão totalmente, mas ainda que parcialmente, servindo de base para consolidação de diversas matérias afetas à saúde suplementar no STJ e demais tribunais.

Passa-se agora a uma sucinta análise acerca da Agência Nacional de Saúde, uma autarquia sob regime especial, criada pela Lei n.º 9.961, de janeiro de 2000, vinculada ao Ministério da Saúde e cujas tarefas precípua são as de regular, normatizar, controlar e fiscalizar as atividades que garantam a assistência suplementar à saúde.

A referida agência, como outras similares, emergiu no bojo de um Estado regulador, onde a intervenção se dá de modo indireto, não

⁶ **Planos de Saúde na visão do STJ e do STF**. 1.ª edição, São Paulo, Editora Verbatim, 2010, p. 36.

cabendo mais aquela noção do Estado produtor. Esse processo não é privilégio do Brasil e decorre de nova mentalidade que se criou, em que o gigantismo do Estado, absorvendo e executando diversas tarefas de forma pouco eficiente, cedeu dar lugar a mecanismos mais eficazes de administração do Estado. É decorrente da chamada Reforma do Estado, a qual ocorreu no âmbito do processo de globalização. Nesse contexto, o Estado passa a ser o regulador da atividade econômica.

A rigor, a ANS, até o momento, não tem cumprido satisfatoriamente seu papel. Isso talvez se deva à falta de um debate mais amplo com a sociedade civil, quando se traçaram as diretrizes da lei do plano de saúde, posteriormente substituída por Medidas Provisórias.

Nesse sentido, vale trazer à colação mais uma vez os ensinamentos da professora Angélica Carlini⁷, cujo teor é o seguinte:

“É possível afirmar que quanto melhor fosse a legislação de saúde suplementar, quanto mais ampla tivesse sido o debate antes de sua entrada em vigor, menor seriam as dificuldades da ANS na regulamentação e fiscalização do setor, que certamente estaria mais maduro para compreender e superar as dificuldades próprias da atividade.”

Acresça-se ao mencionado a peculiaridade de que a ANS atua em área de extrema dificuldade, na medida em que se faz premente calibrar adequadamente a vulnerabilidade dos consumidores, a viabilidade econômica das empresas privadas de plano de saúde suplementar, sem descuidar da relevância do valor do bem sob sua incumbência; ou seja, a vida e a saúde. É uma batalha árdua, mas que pode ser vencida.

A mestra já citada, Angélica Carlini⁸, sugere que a alternativa para uma Agência Nacional de Saúde qualificada implica necessariamente a construção de um canal de debates. Conforme palavras textuais da mencionada pensadora:

7 *Opus citatum* – p. 22.

8 *Opus citatum* – p. 23 – 25.

“É preciso construir de forma sistemática um diálogo qualificado com consumidores, fornecedores de serviços médicos, de laboratório clínico, de medicamentos, de novas tecnologias e com as operadoras. A atividade é muito complexa e comporta um grande número de interesses, muitos dos quais conflitantes.(...) Diante disso, a ANS tem pelo menos quatro desafios a serem enfrentados (...) O primeiro desafio é trabalhar com pessoal qualificado, em número suficiente, motivado e bem remunerado(...) O segundo desafio da ANS é consolidar a agência como um interlocutor coletivo para incentivar o combate a soluções individualizadas. Para isso será preciso esclarecer de forma objetiva que a agência não é órgão da defesa do consumidor e que deve atuar na busca de soluções coletivas de forma a contribuir para evitar que conflitos individuais sejam levados ao Judiciário.(...) O terceiro desafio é promover ações estratégicas de esclarecimento coletivo sobre direitos e deveres dos consumidores e fornecedores para evitar conflitos e, em especial conflitos judiciais.(...) Por fim, o quarto desafio fundamental da ANS é consolidar o papel da agência como agente de organização das atividades do setor com autoridade legal e moral para discutir os problemas mais agudos e sensíveis como:a) ... coibir práticas indesejadas de médicos, hospitais, laboratórios clínicos e da indústria farmacêutica, sem esquecer que não é possível viver sem eles; b) reconhecer que os médicos não são mais os de décadas atrás e que no momento estão sujeitos à pressão da indústria de medicamentos e de novas tecnologias; c) ponderar que os laboratórios dependem de milhões de dólares em pesquisas e querem resultados econômicos em especial em áreas complexas como oncologia. É preciso incentivar maior transparência nas relações entre médicos e laboratórios, somando os esforços da ANS aqueles que já têm sido feitos pelo Conselho Federal de Medicina e por outras entidades de classe; d) ampliar o debate sobre a medicina de imagem (...) Os consumidores de saúde suplementar precisam ser informados sobre riscos do uso excessivo de imagens

e o quanto os custos impactam o setor; e) difundir entre os consumidores e contratantes que nem sempre a hotelaria dos hospitais pode ser confundida com maior eficiência ...; f) realizar o debate em torno das recomendações médicas de próteses e órteses importadas em detrimento das nacionais, com custos infinitamente superiores, porém sem resultados positivos tão determinantes.”

O último diploma normativo que merece atenção é o conhecido Estatuto do Idoso, ou Lei n.º 10.741/2003, que entrou em vigor em 1.º de janeiro de 2004.

Com o advento e vigência do Estatuto do Idoso, estabeleceu-se uma controvérsia acerca da aplicação do mesmo aos contratos anteriores. Valendo-me de lição do insigne Desembargador Guimarães e Souza, pode se dizer que são fundamentos favoráveis à aplicação do Estatuto do Idoso a contratos antigos a circunstância de que os contratos de planos e seguros de saúde são contratos de trato sucessivo, de que o Estatuto do Idoso teria aplicação imediata e de que o Estatuto do Idoso é norma de ordem pública.

Na outra linha de fundamentos contrários à aplicação do Estatuto do Idoso a contratos antigos, têm-se as circunstâncias de que tais contratos já estipulam um índice de variação da mensalidade ou prêmio, a superação da barreira dos sessenta anos, quando da vigência do Estatuto do Idoso, e a existência de ato jurídico perfeito.

A referida controvérsia foi objeto de análise pelo Ilustre Desembargador Guimarães e Souza, na palestra proferida no curso de Direito em Saúde Suplementar realizada na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, o qual demonstrou preocupação com a insegurança jurídica decorrente da aplicação do Estatuto do Idoso aos contratos celebrados antes de sua vigência, em violação ao ato jurídico perfeito, tendo inclusive o Ilustre Desembargador se posicionado amplamente favorável ao entendimento do Ministro Moreira Alves.

A questão, ao que parece, ainda encontra-se controvertida, havendo decisões judiciais em ambos os sentidos, cabendo trazer à colação trecho

do texto do Diretor Executivo da Federação Nacional de Saúde Suplementar, Dr. José Cechin⁹, o qual afirma:

“No STJ os votos têm privilegiado a aplicação imediata da lei a todos os efeitos futuros de contratos anteriores a ela, em conflito com decisões do STF. Nesse Tribunal a jurisprudência é em sentido oposto. O Ministro Moreira Alves, relator da ADIn n° 493-0 DF, argumentou que ‘Se a lei alcançar os efeitos futuros de contratos celebrados anteriormente a ela, será essa lei retroativa (retroatividade mínima) porque vai interferir na causa, que é um ato ou fato ocorrido no passado’ e que ‘O disposto no artigo 5.º, XXXVI, da Constituição Federal se aplica a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer distinção entre lei de direito público e lei de direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva.”

Ainda com relação à aplicação do Estatuto do Idoso, ressalte-se o antagonismo entre a ANS e o IDEC. A ANS adaptou seu regulamento no sentido de validar as regras de reajuste contratadas anteriormente ao Estatuto do Idoso, ao passo que o IDEC sustenta a aplicação imediata do Estatuto do Idoso aos contratos firmados anteriormente à edição da lei, face ao seu caráter cogente e ao interesse social do qual se reveste o Estatuto do Idoso.

Só para ilustrar a controvérsia, o próprio STJ, embora caminhando pela aplicabilidade do Estatuto do Idoso aos contratos firmados anteriormente, como se extrai de julgamento realizado em 25/03/2008, do qual foi Relatora a Ministra Nancy Andrighi, não é pacífico na matéria, tanto é que a referida decisão do STJ não foi unânime.

JUDICIALIZAÇÃO DOS CONFLITOS DAS QUESTÕES REFERENTES À SAÚDE

Preliminarmente, é importante ressaltar que o fenômeno da judicialização das questões de saúde decorre de que toda lesão ou ameaça de

⁹ *Opus Citatum* – p. 165.

direito pode ser objeto de apreciação pelo Poder Judiciário. O fundamento constitucional está insito no princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, previsto no artigo 5.º, inciso XXXV da Carta Magna.

O esclarecimento em tela é relevante na medida em que a expressão judicialização pode trazer erroneamente a noção de que o judiciário estaria avocando para si, enquanto Poder, o regramento das questões atinentes à saúde, em detrimento da atuação dos Poderes Executivo e Legislativo. É, portanto, fundamental deixar claro que a judicialização mencionada não tem outra perspectiva senão a de cumprir a missão constitucional do Poder Judiciário, pacificando a sociedade.

Se as questões referentes à saúde, quer no âmbito público, quer no âmbito privado, afloram de forma intensa no Judiciário, isso talvez seja um sinal claro de que os demais Poderes da República devem tratar com mais denodo questão tão fundamental, não sendo razoável a adoção de medidas paliativas. É preciso entender que a Constituição da República, fruto verdadeiro de um novo Estado democrático, trouxe consigo novos paradigmas e princípios que devem ser efetivados.

É necessário que o Poder Executivo tenha políticas eficazes para equacionamento da questão da saúde, municiando e dotando a ANS com instrumentos capazes de tornar a referida autarquia mais eficiente, no trato da questão da saúde. Para tanto, basta lembrar das sugestões apresentadas pela ilustre professora Angélica Carlini, anteriormente expostas, quando se abordou em tópico anterior a Agência Nacional de Saúde.

É preciso ainda que o Poder Legislativo promova no seu âmbito as discussões necessárias com a sociedade civil, a fim de aperfeiçoar o regramento legal existente. Frise-se que não se trata de tornar a ANS defensora dos usuários consumidores de plano de saúde, até porque não é esse o seu papel.

Não se trata ainda de buscar, através do Legislativo, novos caminhos para a defesa dos consumidores. A questão é muito mais ampla, pois envolve o diálogo entre todas as partes envolvidas. Não se pode olvidar que o empreendimento da iniciativa privada tem que ser atrativo, mas observando sempre o princípio da dignidade da pessoa humana e o valor

fundamental do bem envolvido, que é a saúde e a própria vida.

Não desconhece o Poder Judiciário as críticas que lhe são atribuídas. Ocorre que outro não é o papel do Judiciário senão as resoluções dos conflitos de qualquer natureza. É relevante trazer à colação o seguinte trecho de obra do Desembargador José Roberto Nalini¹⁰, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

“É difícil para o juiz, formado á luz da ciência jurídica – e o direito não é senão o mínimo ético de que falava Jellineck – raciocinar com a lógica de governo que o acusa de fazer justiça no varejo e produzir injustiça no atacado. Ou seja: para aquele autor que procurou medicamentos, próteses, serviços médicos ou internação e obteve o provimento liminar ou a antecipação de tutela do juiz da causa, a prestação jurisdicional faz a diferença.”

O ilustre Desembargador Jessé Torres Pereira Júnior¹¹, do TJRJ, ao manifestar-se sobre as causas da insatisfação com os planos de saúde, em brilhante artigo ressalta em dois trechos que:

“A legítima expectativa de equilíbrio e lucro dessas empresas não se sobrepõe às garantias que a Constituição e as leis prometem aos cidadãos. São valores que devem se compatibilizar com a adequada previsão que as empresas façam dos custos da cobertura que contratam com sua clientela. (...) Em outras palavras, no fundo do conflito encontra-se, novamente, a questão do custo, disfarçada por suposta discrepância de opinião técnica...”

Podemos dizer, portanto, em apertada síntese, que a judicialização do atendimento a saúde nada mais é do que um fenômeno causado pela ausência de implementação adequada por parte do Estado dos direitos

10 *Opus citatum* – p. 172-173.

11 BDA – Boletim de Direito Administrativo – maio /2011 – p. 537.

fundamentais garantidos pela Carta Política de 1988, que, como se sabe, trouxe de forma pujante a valorização da dignidade da pessoa humana e a solidariedade social, mudando o paradigma do Estado até então presente para o Estado de Bem-Estar Social. Acresça-se a isso a maior conscientização dos usuários de planos de saúde e propício está o ambiente para as permanentes demandas na área da saúde.

CONCLUSÃO

Como se vê, inúmeros são os problemas existentes no campo da saúde suplementar, sendo correto afirmar que a Constituição da República de 1988 veio carregada por uma série de princípios idealizadores de uma sociedade justa e solidária. Houve no país, por volta dos anos 1990, uma verdadeira transformação que acompanha tendência mundial: direitos fundamentais foram consagrados pela nova ordem constitucional. Verificou-se ainda a necessidade de um Estado mais eficiente para a implementação desses direitos; portanto, menos paternalista.

Emergiram inúmeras privatizações até então impensadas e, no campo da saúde, o Estado adquiriu relevante responsabilidade, sendo que, no âmbito da saúde suplementar, cuja iniciativa é privada, o Estado tornou-se ente regulador, tendo criado a Agência Nacional de Saúde.

A verdade é que houve impactos em todos os setores da sociedade e em todas as esferas de Poder, bastando lembrar o choque de gestão que se desenvolve no Judiciário, em prol dos usuários de seu serviço.

No que tange à saúde suplementar, é premente uma adequação normativa melhor, sem descuidar da natureza privada das operadoras de plano de saúde, que necessitam de um regime de mercado atrativo.

A correção de distorções na lei dos planos de saúde e nas regulamentações da ANS é fundamental e, por certo, gerará reflexos na questão da judicialização do atendimento à saúde.

A ANS, como exposto, tem que ser dotada dos recursos necessários, para produzir regulamentações incontroversas, respeitando os princípios constitucionais e conciliando os interesses diversos que se contrapõem

quanto à saúde suplementar. É preciso conhecer melhor as inúmeras relações que permeiam os seguros e planos de saúde, bem como aprofundar-se na análise da conduta de operadoras, médicos, laboratórios, hospitais etc. É mister ainda que o usuário do plano de saúde tenha noção que o princípio da boa-fé objetiva é aplicável não só às empresas privadas de saúde, mas também aos usuários dos serviços.

Houve evidentemente avaliação equivocada, quando da Lei 9.656/98, substituída no dia seguinte à sua publicação por uma Medida Provisória, que, ao longo do tempo, foi sucedida pela edição de mais 43 Medidas Provisórias. Essa conduta do Poder Público acabou gerando inúmeras distorções no regramento legal, embora possa ser objeto de correção através de um diálogo amplo com a sociedade.

É lógico que os erros cometidos no nascedouro do regramento legal originário de 1998 não são explicações para todas as mazelas na saúde. Existe também a omissão dos Poderes Públicos no cumprimento da Constituição da República, esquecendo-se que todo Poder emana do povo e em seu nome será exercido.

A questão da saúde suplementar interessa a toda sociedade. Por outro lado, além da sua atualidade, o momento para o aperfeiçoamento da questão da saúde é agora. A população brasileira está envelhecendo e isso acarretará desequilíbrios econômico-financeiros nos custos dos planos e seguros de saúde. É premente encontrar soluções.

A ANS é instrumento necessário para o aperfeiçoamento da saúde suplementar, cabendo ao Estado dotar a autarquia adequadamente. A escolha política pela saúde e pela educação não podem mais aguardar. A prevenção é meio essencial para que se reduzam os custos na saúde.

Por fim, é importante dizer que, inobstante esteja o Judiciário sempre pronto para o exercício de suas atribuições constitucionais, o melhor é que se trave um debate amplo com a sociedade, na busca de solução coletiva para a questão da saúde. ♦

Direito em Saúde Suplementar

Maria da Penha Nobre Mauro ¹

O crescimento dos custos médicos acabou por inviabilizar o acesso direto aos serviços de saúde mais complexos, de modo que se vem tentando, através do mutualismo, característica fundamental do plano/seguro de saúde, possibilitar este acesso aos serviços de saúde.

A saúde suplementar é tema de grande relevância em nossa sociedade e o plano/seguro de saúde, hoje, representa, para a grande maioria dos usuários, a única possibilidade de acesso aos serviços mais onerosos, tanto que, segundo a Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílios (IBGE) 2008, cerca de 45,7 milhões de pessoas estão vinculadas a plano de assistência médica no país, representando aproximadamente 24,1% da população nacional, a maioria vinculada a planos privados de saúde.

Devido ao crescente número de usuários nos últimos anos, a problemática dos planos/seguros de saúde passou a receber especial atenção no nosso ordenamento jurídico e na doutrina.

Paulo Cesar Melo da Cunha² aponta os elementos dos seguros da seguinte maneira:

*“Em se tratando de contratos de planos privados de saúde, a configuração mais comum é aquela oriunda do **consensualismo**, em que as partes declaram sua vontade, transformando o ato final em um acordo, independentemente da forma à qual seja reduzida; por meio de adesão, haja vista não se admitir a uma das partes (no caso, o beneficiário) discutir o conteúdo redacional, bastando a*

1 Juíza de Direito da 5ª Vara Empresarial - Capital.

2 CUNHA, Paulo Cesar Melo da, **Regulação Jurídica da Saúde Suplementar no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2003, p. 252.

concordância a todas as cláusulas; de forma típica, bilateral, aleatória e onerosa, por serem disciplinados por lei, com obrigações para ambas as partes, sem previsão de contraprestação imediata, haja vista a dependência de sinistralidade e ônus patrimonial para ambas as partes (o que, por fim, os tornam bilaterais)”.

Já Isadora Selig Ferraz³ complementa as definições com o seguinte ensinamento:

“O seguro é um contrato de ato contínuo de prestação continuada ou de trato sucessivo. Sua vigência se prolonga por um determinado período temporal e sua execução se realiza escalonadamente, sendo necessário que a obrigação seja satisfeita dentro dos termos convenionados, sob pena de rescisão do contrato.

Sua vigência, portanto, em se tratando de prestação de trato sucessivo, perdura por certo lapso temporal, durante o qual sua execução ocorre de forma continuada e não sob única prestação, ou seja, seria um contrato de fazer de longa duração, que se prolonga no tempo.”

A regulamentação do seguro saúde no Brasil teve início em 1966, com a edição do Decreto-Lei nº 73/1966, que regulou as operações de seguro e resseguro, dispoindo sobre o Sistema Nacional de Seguros Privados.

O referido Decreto-Lei estabeleceu que a modalidade básica de assistência à saúde poderia ser prestada na forma de reembolso de despesas médicas, ou na forma de pagamento antecipado de despesas que futuramente poderiam vir a ser contraídas com tratamento de saúde, como se depreende da leitura dos artigos 129/130 e 135, respectivamente:

Art 129. Fica instituído o Seguro-Saúde para dar cobertura aos riscos de assistência médica e hospitalar.

³ FERRAZ, Isadora Selig, **Aspectos Relevantes dos Contratos de Assistência Privada à Saúde, sob a tutela do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Juruá, p. 201.

Art 130. A garantia do Seguro-Saúde consistirá no pagamento em dinheiro, efetuado pela Sociedade Seguradora, à pessoa física ou jurídica prestante da assistência médico-hospitalar ao segurado.

Art 135. As entidades organizadas sem objetivo de lucro, por profissionais médicos e paramédicos ou por estabelecimentos hospitalares, visando a institucionalizar suas atividades para a prática da medicina social e para a melhoria das condições técnicas e econômicas dos serviços assistenciais, isoladamente ou em regime de associação, poderão operar sistemas próprios de pré-pagamento de serviços médicos e/ou hospitalares, sujeitas ao que dispuser a Regulamentação desta Lei, às resoluções do CNSP e à fiscalização dos órgãos competentes.

Com a instituição do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, no início da década de 1990, que trouxe notórios mecanismos de proteção e defesa dos interesses dos consumidores, principalmente no que se refere à forma e apresentação dos contratos, deparamo-nos com maior necessidade de regulamentação específica para o setor. Dessa forma, foi editada a Lei nº 9.656/1998, com o propósito de regular os contratos de assistência à saúde, buscando minimizar as desigualdades contratuais existentes corriqueiramente, elencando uma série de direitos ao segurado.

A esse respeito, destacam-se o *direito ao reembolso* (artigo 12, VI); o *direito a tratamento igualitário* (artigo 14); o *direito à inscrição do filho como dependente* (artigo 12, III); o *direito à renovação do contrato* (artigo 13); o *direito à informação* (artigo 16); o direito à cobertura do plano-referência (artigo 10) etc.

Não obstante a clareza e o intuito protetivo da legislação, não são raros os casos em que os planos de saúde ou incluem cláusulas abusivas em seus contratos, visando a eximir-se da obrigação de arcar com os custos médico-hospitalares, ou a afastar a cobertura de certas doenças, sob o argumento de não estarem previstas nem na legislação, nem no contrato de plano de saúde.

Na primeira hipótese, vale citar o seguinte caso concreto, objeto da sentença proferida nos autos do processo nº 0014990-81.2006.5.01.0001 (2006.001.015125-4), que foi confirmada pelo Tribunal de Justiça no julgamento da Apelação Cível nº 2007.001.46886:

“Propôs o brioso Ministério Público Estadual a ação civil pública em foco, cuidando de conflito de natureza consumerista, no legítimo exercício de sua competência legal, buscando solução compositiva no campo sensível dos planos de saúde.

Queixando-se de não ter a ré, ASSIM - Grupo Hospitalar do Rio de Janeiro, prestado os esclarecimentos requestados, tanto pelo Ministério Público como pela ANS, e daí inferindo a indicação de infringência aos direitos dos consumidores nos aspectos destacados, fincou nesse contexto o autor a causa de pedir da ação e formulou os correspondentes pedidos que estão detalhados às fls. 16/18.

Indicou, primeiramente, a existência de cláusula contratual de suspensão ou rescisão imotivada e unilateral, apresentando como violados os artigos 51, inciso IV e § 1º, incisos I, II e III, e 39, caput e inciso II, do Código de Defesa do Consumidor.

Também apontou a imposição de limites temporais de internação como cláusula abusiva, inclusive reprimida pela Súmula 302 do STJ e por diversas Portarias da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça.

E obtemperou que a aplicação de reajustes anuais dos planos antigos por percentuais diversos daqueles fixados pela ANS - Agência Nacional de Saúde Suplementar, constitui estipulação nula, na forma dos arts. 51, caput e inciso X, e 39, inciso XI, do diploma citado.

São, em tese, lógicos os pedidos para declaração de nulidade das cláusulas contratuais, nas três situações acima, e condenação da ré a revisão de todos os seus contratos de plano de saúde, para afastar a cláusula de aumento indevido, e a indenizar o dano causado ao consumidor com a cobrança indevida ou decorrente de qualquer das condutas impugnadas, etc.

As informações songadas foram mandadas prestar por esta Magistrada (fls. 31), vindo então aos autos as de fls. 43/45.

Enfrentemos os questionamentos levantados.

Em primeiro lugar, a cláusula de suspensão ou rescisão imotivada e unilateral.

Embora negue a ré a existência de tal cláusula nos contratos antigos, os documentos apresentados por ela própria demonstram o contrário, desautorizando assim a versão defensiva. Vale conferir:

“...poderá, porém, ser rescindido, por qualquer das partes contratantes, mediante aviso prévio, também por escrito, com antecedência de 60 (sessenta) dias...”

Esse enunciado encontra-se no instrumento às fls. 79, cláusula 8, estando reproduzido na cláusula 9.1, às fls. 83 e na cláusula 9, às fls. 86.

Realmente, os planos de saúde criam relação jurídica especial em que os clientes ou consumidores assumem posição de dependência em relação aos fornecedores, na permanente expectativa de receberem, sempre que precisarem, os serviços prometidos, de primeira necessidade. Sendo a longevidade uma das características

desse tipo de relação contratual, a doutrina abalizada entendeu de qualificá-la como contrato cativo de longa duração, consoante bem demonstra no processo a parte autoral.

A disposição contratual, ao permitir ao fornecedor-estipulante romper unilateralmente o contrato, ao seu único arbítrio, numa configuração da conhecida e abominável denúncia vazia, afigura-se abusiva e ofende os princípios fundamentais do próprio contrato, infringindo o art. 51, inciso IV, do CDC.

Manifesta, dessarte, a nulidade da cláusula.

Com a cláusula vista não é de confundir-se a chamada cláusula resolutiva expressa, sede de rescisão motivada, como na hipótese de inadimplemento.

Acerca de contratos já rescindidos, nada, absolutamente nada consta dos autos a respeito, o que recomenda não ser considerável a parte do pedido autoral concernente ao tema.

A segunda reclamação autoral refere-se à limitação de internação, tendo a ré admitido a existência de “poucos contratos que possuem tal previsão”, mas informado que não pretende aplicá-la e nem consta que tenha havido alguma situação precedente (fls. 44).

Há, sem dúvida, outra situação faltosa, configuradora de cláusula abusiva (CDC, art. 51, IV), aqui com a diferença de ser confessa, assim a não exigir maior discussão.

É o que ocorre com as cláusulas 7.3 e 7.4 (fls. 81, 83 e 86).

A matéria consiste exatamente no tema da Súmula 302 do STJ, in verbis:

“É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que

limita no tempo a internação hospitalar do segurado”.

Expressiva esta passagem da ementa do r. acórdão proferido na Apelação Cível 2003.001.06622, da 13ª Câmara Cível TJRJ, relator o eminente Des. Azevedo Pinto:

“Apelação. Plano de Saúde. Contrato de seguro saúde celebrado antes da Lei n. 9.656/98. Internação de paciente em hospital não autorizada por já’ ter sido ultrapassado o tempo permitido pelo contrato vigente entre as partes. Necessidade de ser a paciente internada por ser portadora de grave enfermidade, atendida por antecipação de tutela concedida pelo Juiz. Ação do segurado, esposo da paciente, buscando o pagamento das despesas médico-hospitalares referentes à internação e outras mais, julgada improcedente, sob o argumento de inexistência de ofensa ao art. 51 do C.D.C. Sentença de improcedência do pedido. Recurso interposto pelo autor vencido. Reforma parcial da decisão, reconhecida a invalidade da cláusula limitativa de tempo de internação, mesmo sendo o contrato celebrado antes da lei reguladora dos planos de saúde. Ofensa ao Código de Defesa e Proteção ao Consumidor que se vê configurada, máxime em se tratando de situação onde se acha em jogo o direito à própria vida, conseqüentemente, a proteção à saúde, como bem maior a merecer atenção”.

No mesmo sentido a lição da Professora Cláudia Lima Marques, colhida em artigo publicado na Revista do Direito do Consumidor nº 20, página 80, reportada na petição inicial, litteris:

“Quanto às cláusulas limitadoras das prestações contratuais, em especial as que referem-se à utilização das Unidades de Tratamento Intensivo por determinados números de

dias ou horas, a jurisprudência é pacífica no sentido de sua abusividade, uma vez que tratam-se de casos graves e no mais das vezes imprevisíveis e incontroláveis (por exemplo, face a perigo de reiteradas paradas cardíacas), não podendo o consumidor ser removido, sem perigo à sua saúde; devendo a internação nestes casos ser total, isto é, no tempo necessário para cada caso, de acordo com a determinação médica.”

Não se trata, dessarte, de mera cláusula limitativa, mas, de verdadeira disposição abusiva, por isso abrangida pelas cominações dos arts. 39, inciso II e V, e 51, inciso IV, do CDC, sendo pacífico, nesse rumo, o posicionamento que reina no seio da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, como demonstram as Portarias nºs 3/99, 5/2002 e 7/2003, referidas às fls. 10. A cláusula, verdadeiramente, afeta o precípua efeito desse tipo de negócio jurídico, apeguando a vantagem contida na prestação que os segurados visam obter com a contratação do plano.

Também aqui a nulidade é manifesta.

(...)

Por todos esses motivos, julgo parcialmente procedente o pleito inicial para:

I - Declarar nulas as cláusulas contratuais permissivas de rescisão unilateral do plano de saúde da ré;

II - declarar nulas as cláusulas contratuais que prevêm limitação temporal de internação hospitalar, e declarar nulas as cláusulas contratuais que vinculam os reajustes anuais aos custos médico-hospitalares da própria ré.

No concernente à segunda hipótese, de negativa de cobertura por ausência de previsão contratual para a doença, registre-se a recente decisão, proferida em caráter liminar, nos autos da Ação Civil Pública nº 0208573-55.2010.8.19.0001, proposta pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro:

“Cuida-se de AÇÃO CIVIL PÚBLICA envolvendo discussão sobre se o plano de saúde contratado, no qual, por determinação legal, há previsão de cobertura ao tratamento da obesidade mórbida, deve ou não custear os procedimentos cirúrgicos reparadores após as cirurgias bariátricas, quando se verifica grande excesso de pele ocasionado pela drástica perda de peso.

As operadoras de planos de saúde justificam a recusa da cobertura alegando se tratar de cirurgia estética, e não reparadora, excluída, pois, do contrato.

Tal recusa, a princípio, afigura-se injusta, na medida em que as cirurgias pós-bariátricas não possuem finalidade estética, e sim, reparadora, pelo que, não estariam no rol do artigo 10, da Lei nº 9.656/1998, e, conseqüentemente, estariam cobertas pelo plano de saúde, eis que tais intervenções são, como disse o autor, “decorrências lógicas e quase que inarredáveis da cirurgia bariátrica para controle da obesidade mórbida” (fls. 12).

Nesse sentido, inclusive, decidiu recentemente o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, no REsp nº 1.136.475, proferido pela 3ª Terceira Turma, relator Min. Massami Uyeda, nos seguintes termos:

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO ORDINÁRIA - PLANO DE SAÚDE - PRELIMINAR - INFRINGÊNCIA AO PRINCÍ-

PIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ - NÃO VERIFICAÇÃO, NA ESPÉCIE - MÉRITO - CIRURGIA DE REMOÇÃO DE TECIDO EPITELIAL APÓS A SUBMISSÃO DA PACIENTE-SEGURADA À CIRURGIA BARIÁTRICA - PROCEDIMENTO NECESSÁRIO E COMPLEMENTAR AO TRATAMENTO DA OBESIDADE, ESTE INCONTROVERSAMENTE ABRANGIDO PELO PLANO DE SAÚDE CONTRATADO, INCLUSIVE, POR DETERMINAÇÃO LEGAL - ALEGAÇÃO DE FINALIDADE ESTÉTICA DE TAL PROCEDIMENTO - AFASTAMENTO - NECESSIDADE - COBERTURA AO TRATAMENTO INTEGRAL DA OBESIDADE - PRESERVAÇÃO DA FINALIDADE CONTRATUAL - NECESSIDADE - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

I - No caso dos autos, a magistrada que concluiu a audiência de instrução e julgamento afastou-se do feito para assumir a titularidade de outra Vara e exercer a jurisdição em outra Comarca, hipótese que se enquadra na cláusula genérica pré-citada: “afastamento por qualquer motivo”, na esteira da jurisprudência desta Corte;

II - Encontrando-se o tratamento da obesidade mórbida coberto pelo plano de saúde entabulado entre as partes, a seguradora deve arcar com todos os tratamentos destinados à cura de tal patologia, o principal - cirurgia bariátrica (ou outra que se fizer pertinente) - e os subseqüentes ou conseqüentes - cirurgias destinadas à retirada de excesso de tecido epitelial, que, nos termos assentados, na hipótese dos autos, não possuem natureza estética;

III - As cirurgias de remoção de excesso de pele (retirada do avental abdominal, mamoplastia redutora e a dermolipsectomia braçal) consistem no tratamento indicado contra infecções e manifestações propensas a ocorrer nas regiões onde a pele dobra sobre

si mesma, o que afasta, inequivocamente, a tese sufragada pela parte ora recorrente no sentido de que tais cirurgias possuem finalidade estética;

IV - Considera-se, assim, ilegítima a recusa de cobertura das cirurgias destinadas à remoção de tecido epitelial, quando estas se revelarem necessárias ao pleno restabelecimento do paciente-segurado, acometido de obesidade mórbida, doença expressamente acobertado pelo plano de saúde contratado, sob pena de frustrar a finalidade precípua de tais contratos;

V - Recurso Especial improvido.

Portanto, uma vez que o tratamento da obesidade mórbida esteja coberto pelo plano de saúde, a seguradora deve arcar com os tratamentos destinados à cura de tal doença, quais sejam, cirurgia bariátrica e as consequentes, de retirada de excesso de tecido epitelial.

Por tais razões, entendo presentes os requisitos autorizadores do artigo 273 do CPC, pelo que, DEFIRO A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA, determinando que as rés autorizem, sempre que houver indicação médica, para todas as espécies de intervenções cirúrgicas reparadoras pós gastrosplastia (cirurgia bariátrica), necessárias ao complemento do tratamento da obesidade mórbida, principalmente as seguintes cirurgias: dermolipctomia abdominal; braquioplastia ou dermolipctomia braquial, para retirar o excesso de pele sob o braço; lipodistrofia crural ou dermolipctomia crural, com o mesmo objetivo (retirada do excesso de pele) em relação aos membros inferiores; e, ainda, mamoplastia para correção da mama; bem como todos os procedimentos necessários e que tenham relação com as citadas cirurgias, tudo sob pena de multa no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), para cada intervenção cirúrgica recusada, até final julgamento da presente demanda...”

Além do regulamento previsto na Lei nº 9.656/1998 e das normas protetivas previstas no Código de Defesa do Consumidor, aplicam-se também, na interpretação dos contratos de seguro saúde, hodiernamente, as disposições trazidas pelo Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003), que, nos termos de seu artigo 15, § 3º, veda a discriminação da pessoa idosa com a cobrança de valores diferenciados em razão da idade.

A propósito do valor da mensalidade dos planos de saúde, no contexto do mutualismo como solução dos problemas de acesso aos serviços de saúde, as operadoras de plano/seguro de saúde sustentam que a velocidade do crescimento dos custos, o aumento do custo com a idade e o aumento da longevidade são fatores preponderantes para impossibilitar a realização de preços solventes no longo prazo; daí a necessidade de adequação.

Esta tese, dadas as abusividades que vem gerando, não vem sendo acolhida pelo Judiciário, convindo destacar, a respeito deste tormentoso tema, o seguinte caso concreto, em que, em decisão publicada recentemente, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, fundamentando-se no Estatuto do Idoso, manteve, por maioria, a decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que obrigou empresa de plano de saúde a cancelar o reajuste da mensalidade de cerca de 185% do contrato firmado com aposentada, após ela ter completado 60 anos, condenando, ainda, à devolução em dobro do valor pago em excesso pela segurada:

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

- O Estatuto do Idoso veda a discriminação da pessoa idosa com a cobrança de valores diferenciados em razão da idade (art. 15, § 3º).

- Se o implemento da idade, que confere à pessoa a condição jurídica de idosa, realizou-se sob a égide do Estatuto do Idoso, não

estará o consumidor usuário do plano de saúde sujeito ao reajuste estipulado no contrato, por mudança de faixa etária.

- A previsão de reajuste contida na cláusula depende de um elemento básico prescrito na lei e o contrato só poderá operar seus efeitos no tocante à majoração das mensalidades do plano de saúde, quando satisfeita a condição contratual e legal, qual seja, o implemento da idade de 60 anos.

- Enquanto o contratante não atinge o patamar etário preestabelecido, os efeitos da cláusula permanecem condicionados a evento futuro e incerto, não se caracterizando o ato jurídico perfeito, tampouco se configurando o direito adquirido da empresa seguradora, qual seja, de receber os valores de acordo com o reajuste predefinido.

- Apenas como reforço argumentativo, porquanto não prequestionada a matéria jurídica, ressalte-se que o art. 15 da Lei n.º 9.656/98 faculta a variação das contraprestações pecuniárias estabelecidas nos contratos de planos de saúde em razão da idade do consumidor, desde que estejam previstas no contrato inicial as faixas etárias e os percentuais de reajuste incidentes em cada uma delas, conforme normas expedidas pela ANS. No entanto, o próprio parágrafo único do aludido dispositivo legal veda tal variação para consumidores com idade superior a 60 anos.

- E mesmo para os contratos celebrados anteriormente à vigência da Lei n.º 9.656/98, qualquer variação na contraprestação pecuniária para consumidores com mais de 60 anos de idade está sujeita à autorização prévia da ANS (art. 35-E da Lei n.º 9.656/98).

- Sob tal encadeamento lógico, o consumidor que atingiu a idade de 60 anos, quer seja antes da vigência do Estatuto do Idoso, quer

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

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

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

Recurso especial não conhecido. (STJ, Resp 809.329/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, p. 11/04/2008)

Diante de tais considerações, é forçoso concluir que a interpretação do contrato de seguro saúde é tarefa relevante e árdua, eis que diretamente atrelada às constantes mudanças das realidades sociais, que, por seu dinamismo, exigem do operador do direito também constante atualização sobre o tema e, sobretudo, sensibilidade para captar as alterações que se desenvolvem diuturnamente no seio da sociedade, visando à proteção dos direitos dos usuários dos planos de saúde, mas, também, sem impor às operadoras desses planos obrigações tão onerosas que lhes inviabilizem a continuidade do negócio. ♦

Direito Contratual na Saúde Complementar sob a Perspectiva da Jurisprudência

Margaret de Olivaes Valle dos Santos ¹

Grande parte das teorias, elaboradas durante séculos, que se dedicaram à análise da formação de um Estado Liberal e Democrático, inspira-se na ideia fundamental de estabelecer limites ao poder do Estado, que, entendido como forma suprema de organização de uma comunidade humana, tem a tendência de se considerar um poder absoluto, sem limites, não reconhecendo, acima de si mesmo, qualquer poder.

O Estado Liberal, que teve como seus movimentos mais importantes as revoluções inglesas do século XVII e a Revolução Francesa, surgiu como reação ao Estado Absoluto. A preocupação dos constitucionalistas – nome que se deu ao conjunto de movimentos que lutava contra o Poder Estatal – era justamente limitar o poder do soberano, o poder do Estado, protegendo os cidadãos contra o abuso do poder.

Diante das alternativas entre liberdade sem segurança ou segurança sem liberdade, os teóricos do Direito Natural se esforçaram para conseguir uma solução de consenso, que permitisse a convivência do Estado Natural com o Estado Civil ².

As declarações de direitos do homem nasceram, nesse contexto his-

1 Juíza de Direito da 6ª Vara de Fazenda Pública - Capital.

2 “Por que os homens são todos livres por natureza, iguais e independentes, ninguém pode ser tirado dessa condição e sujeitado ao poder político de um outro sem o próprio consenso. O único modo pelo qual uma pessoa se despe de sua liberdade natural e se investe dos vínculos da sociedade civil consiste no acordo com outros homens para juntar-se e unir-se numa comunidade, para viver em união com comodidade, segurança e paz, na posse segura das próprias propriedades e com uma garantia maior contra quem não pertence à mesma.” (Locke, John. “Segundo Tratado sobre o Governo Civil”, *apud* BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. 3ª ed. São Paulo: Mandarin, 2000, p. 62)

tórico e cultural, baseadas nas teorias filosóficas jusnaturalistas, segundo as quais o homem era detentor de direitos inatos e naturais, os quais não lhe poderiam ser retirados, nem alienados pelo Estado. Os direitos humanos eram considerados valores absolutos, universais, inerentes a todas as pessoas, imutáveis, invioláveis, intransferíveis e imprescritíveis.

As primeiras declarações de direitos do século XIX tinham cunho meramente individualista, e, via de consequência, era também dessa maneira que se entendiam os direitos fundamentais.

Para o Estado Liberal, também chamado Estado Protetor, o importante não era promover o bem-estar geral, mas garantir que o indivíduo, o nacional, com a proteção estatal, atingisse seu próprio bem-estar, por sua própria capacidade e por seus próprios meios. O papel do Estado era remover todos os obstáculos à liberdade individual do cidadão.

A teoria democrática, considerando que o Estado é a expressão da vontade geral, e que todos os cidadãos são titulares do poder, volta-se para a ideia original de que o Estado, como expressão global dos interesses de todos os cidadãos, é sempre justo e infalível.

Segundo Norberto Bobbio, a teoria democrática extrema coincide, no que diz respeito à obediência do cidadão à Lei, com a teoria extrema do absolutismo. O que as diferencia é a natureza da fonte da qual provém a ordem, que, no Estado Absoluto, é heterônoma, parte do soberano, e no Estado Democrático, é autônoma, advém da vontade geral do povo.

Como se vê, no curso do processo histórico dialético, tendo como ponto de partida o individualismo clássico e considerando o crescimento, no Estado contemporâneo, do intervencionismo estatal, os direitos do homem deixaram de ser encarados como direitos puramente individuais, e passaram a sê-lo como direitos sociais e econômicos, com objetivos voltados à Justiça Social.

Os direitos humanos, segundo uma visão conservadora, teriam valor apenas moral, e seriam equivalentes aos direitos subjetivos.

Entretanto, mais que direitos subjetivos, os direitos humanos, considerados direitos fundamentais, são hoje princípios que informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, sendo concretizados, no âm-

bito do direito positivo, em prerrogativas e garantias para uma convivência digna, livre e igual para todas as pessoas, estabelecidas, de forma expressa, nas Constituições dos Estados Contemporâneos.

Os direitos fundamentais do homem, como substrato dos objetivos e princípios que informam o Estado de Direito, nada mais são do que direitos humanos positivados em normas constitucionais expressas, formando um “sistema objetivo de valores”³, que, segundo Fábio Konder Comparato, constitui a base ética da sociedade.

O reconhecimento dos direitos fundamentais, portanto, implica atribuir aos cidadãos não só as liberdades ditas negativas, como eram entendidas no Estado Liberal, e que corresponderiam a um não agir do Estado, mas também poderes, que exigem, para a sua concretização, uma ação positiva do Estado na garantia de seu exercício.

Tem o Estado o poder/dever de intervir na proteção dos direitos fundamentais, uma vez que os mesmos só podem ser exercidos se forem impostos a todos, inclusive ao próprio Estado⁴.

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

O Preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil explicita os princípios e os valores que informam o Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício de direitos sociais e individuais. O Estado Democrático Brasileiro, inaugurado com a Constituição de 1988, tem como valores supremos: a liberdade, a segurança, o bem-estar, o

3 A expressão “Objektive Wertordnung” foi cunhada pela Corte Constitucional Alemã e citada por Comparato (COMPARATO, Fábio Konder. “Comentários ao Artigo 1º da Declaração Universal de Direitos Humanos”. *In: 50 Anos da Declaração de Direitos Humanos - Conquistas e Desafios*. Brasília: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Comissão de Direitos Humanos, 1998, p. 30)

4 “Todas as declarações recentes dos direitos do homem compreendem, além de direitos individuais [...], direitos sociais [...] antinômicos, no sentido de que o desenvolvimento deles não pode proceder paralelamente: a realização integral de uns impede a realização integral dos outros. Quanto mais aumentam os poderes dos indivíduos, tanto mais diminuem as liberdades dos mesmos indivíduos.” (Bobbio, Norberto. *A Era dos Direitos*. 11ª edição. Rio Janeiro: Campus, 1992, p. 21)

desenvolvimento, a igualdade e a justiça. A justiça, segundo o Preâmbulo de nossa Constituição, deve ser entendida como a concretização do justo, do razoável e do proporcional, estendendo-se ao atuar do legislador, do intérprete e do aplicador das Leis a obrigatoriedade de respeito a este valor.

O Estado Brasileiro, que se autointitula Democrático de Direito, deixou, assim, de ser formal, neutro, individualista, para transformar-se em Estado Material de Direito, verdadeiro Estado Social de Direito, adotando uma dogmática que pretende realizar a Justiça Social, estabelecendo direitos públicos subjetivos, entre eles, o direito à saúde.

Como já se asseverou “o Estado de Direito é o Estado do cidadão”⁵, o Estado Brasileiro passa a ser regido por princípios fundamentais, explícitos e implícitos no texto da nossa Carta Política, que passam a informar todo o ordenamento jurídico, considerado como um sistema, coerente, harmônico e que pretende ser completo.

Ao estabelecer a dignidade da pessoa humana como um de seus princípios fundamentais, que atrai o conteúdo de todos os direitos elencados no seu artigo 5º, entre eles o direito à vida, à integridade física, que têm como corolário natural o direito saúde, à evidência, passa esse princípio a nortear também a ordem econômica, social e educacional do Estado, que tem como principais objetivos a busca de uma existência digna, o desenvolvimento da pessoa humana, o preparo para o exercício da cidadania, e a justiça social (artigos 170, 193 e 205 da Constituição Federal).

Apesar de serem as pessoas responsáveis por conferir ou não dignidade às suas vidas, é tarefa do Estado criar condições para que as pessoas se tornem dignas, na medida em que assegura a todos o exercício pleno dos direitos fundamentais garantidos pela Constituição e amplia as possibilidades existenciais para o exercício da liberdade.

O artigo 3º da Constituição da República traça, como objetivos do Estado Brasileiro – que, como já se asseverou, é Democrático de Direito

5 “No Estado Despótico, os indivíduos singulares só têm deveres, e não direitos. No Estado Absoluto, os indivíduos possuem, em relação ao soberano, direitos privados. No Estado de Direito, o indivíduo, tem, em face do Estado, não só direitos privados, mas também direitos públicos. O Estado de Direito é o estado dos cidadãos.” (BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. *Op. cit.*, p. 61)

–, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a promoção do bem de todos sem qualquer tipo de discriminação. Tais objetivos formam uma base de prestações positivas a serem implementadas pelo Estado para a concretização do sistema democrático, efetivando, na prática, o princípio da dignidade humana.

Com efeito, o Estado de Direito é o Estado do cidadão, que detém, em face do Estado, direitos privados e públicos. Exige-se, para a sua efetivação, ao contrário do que supunham os teóricos do Estado Liberal, uma ampliação dos poderes estatais. Deve o poder estatal ser exercido a serviço do ser humano, para que este possa viver, em sociedade, em condições compatíveis com a sua dignidade fundamental⁶.

É esse o principal problema dos países em desenvolvimento, cujas condições econômicas não lhes permitem proteger a maioria dos direitos sociais, vivendo grande parte de sua população em condições de extrema pobreza, sem usufruir dos direitos fundamentais de moradia, alimentação, emprego e saúde.

Some-se a isso os altos índices de miséria e exclusão social por conta da pouca distribuição de renda e baixa escolaridade e a ineficiência do sistema público de saúde – SUS – por conta, inclusive, da corrupção.

Não consegue o Estado, nesses países periféricos como o Brasil, proteger, a rigor, a dignidade de seu cidadão, e assim sendo, como ocorre no caso do direito à saúde, que é reconhecido como direito de todos e dever do Estado e deveria ser prestado por um sistema público de saúde eficiente e de qualidade.

Ademais, no caso Brasileiro, embora o Estado Brasileiro tenha cunho eminentemente social, o projeto econômico é evidentemente neoliberal globalizado, razão porque, diante da falência do Estado em dar efetividade aos direitos sociais estabelecidos no texto constitucional, esta tarefa é transferida ao setor privado, mediante o modelo chamado de saúde

⁶ “[...] la noción de derechos humanos se corresponde con la afirmación de la dignidad de la persona frente al Estado. El poder público debe ejercerse al servicio del ser humano: no puede ser empleado lícitamente para ofender atributos inherentes a la persona y debe ser vehículo para que ella pueda vivir en sociedad en condiciones consonas con la misma dignidad que le es consustancial.” (NIKKEN, Pedro. **Instrumentos Internacionales y Teoría – Derechos Humanos**. *Op. cit.*)

suplementar, assumindo o Estado mero papel regulamentador, razão por que as relações entre os consumidores e agentes privados que administram os planos de saúde complementar são geralmente conflituosas e de difícil solução.

Diante da possibilidade de acesso à justiça implementado pela concretização dos Juizados Especiais no nosso ordenamento, cujo tema principal é indiscutivelmente os contratos de consumo, que envolvem predominantemente empresas concessionárias e permissionárias de serviço público, discussão que extrapola o âmbito daqueles juizados e envolve empresas e autarquias públicas e os próprios entes públicos, e até direitos difusos e coletivos dos consumidores em geral, o papel do Poder Judiciário, de interpretação dos princípios constitucionais na solução dos casos concretos, se faz cada vez mais presente, evidenciando a expansão do direito judiciário ou jurisprudencial, ou no que se convencionou chamar no poder criativo dos juízes.

Nesse contexto, sobleva a judicilização das demandas que envolvem a efetivação do direito fundamental à saúde, inclusive, em relação a contratos privados de saúde suplementar, a atestar que cada vez mais o cidadão, diante da omissão do poder político em cumprir suas obrigações constitucionais, busca soluções judiciais para dar efetividade aos direitos sociais estabelecidos no texto constitucional.

A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA INTERPRETAÇÃO E EFETIVAÇÃO DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

Como se asseverou acima, os princípios formam uma categoria especial de normas jurídicas, que se distinguem das demais por sua maior amplitude de campo de incidência, maior força jurídica e permanência em vigor em caso de conflito normativo. Os princípios fundamentais têm a função de dar unidade ao sistema jurídico, não só direcionando a interpretação e a aplicação de suas normas, mas também gerando novas regras em

caso de lacunas. São, assim, os princípios, normas, e não apenas meras diretrizes programáticas ou ideais ético-políticos, constituindo um “sistema objetivo de valores”⁷ e formando a base ética da sociedade.

Para que se cumpram a Constituição e seus princípios fundamentais, entre eles o respeito à dignidade humana, é necessário que o paradigma normativista do Estado Liberal individualista seja superado, passando-se entender “a Constituição como um espaço de mediação eticopolítica da sociedade”⁸, com a aplicação direta dos princípios ali estabelecidos, procedendo-se a uma “constitucionalização” do direito infraconstitucional. O Estado Democrático de Direito exige uma “nova postura hermenêutica, que envolve ‘dar-se conta’ do (novo) papel do Direito no Estado Democrático de Direito”⁹.

Na medida em que a Constituição põe à disposição de todos os operadores do Direito mecanismos para a implantação das políticas do Estado Social, compatíveis com o atendimento ao princípio da dignidade humana, resta claro que o centro das decisões, antes colocado no Legislativo e no Executivo, foi deslocado para o Judiciário.

A função do juiz na sociedade contemporânea é muito mais difícil e complexa do que sugeriam as doutrinas tradicionais, para as quais as decisões judiciais que correspondiam, em regra, à mera aplicação ao caso concreto da norma legal preestabelecida.

Hoje toda decisão judicial decorre necessariamente da interpretação de princípios e valores constitucionais e envolve escolhas discricionárias, que implicam necessariamente na valoração e no balanceamento dos valores envolvidos no conflito posto em juízo, resultando do que se costuma chamar de criatividade judicial.

7 Comparato, Fábio Konder. **Comentários ao Artigo 1º da Declaração Universal de Direitos Humanos**. *Op. cit.*, p. 30.

8 Streck, Lenio Luiz. “As Constituições Sociais e a Dignidade da Pessoa Humana como Princípio Fundamental”. In: Camargo, Margarida Maria Lacombe (Org). **1988-1998: Uma Década de Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 326.

9 *Ibid.*, p. 328.

O processo de criatividade judicial na busca da decisão justa implica no reconhecimento de que conflitos, que algumas vezes sequer foram objeto de apreciação do legislador, devem ser resolvidos diretamente à luz dos princípios e valores constitucionais mediante processo interpretativo judicial que envolve sempre discricionariedade, mas não significa liberdade total, uma vez que o intérprete juiz é vinculado ao ordenamento e aos próprios precedentes judiciais¹⁰.

Já se disse que o direito criado pelos juízes, através de suas decisões judiciais, é “sempre a reinterpretação dos princípios à luz de novas circunstâncias de fato (...) os juízes não suprimem princípios, uma vez que estes são bem estabelecidos, mas os modificam, ampliam-nos, ou recusam sua aplicação às circunstâncias da causa”¹¹.

Cada vez mais patente que as decisões judiciais sobre certa matéria têm a função de determinar a inteligência autêntica do direito, conferindo o alcance exato e a significação precisa das normas constitucionais, ajustando-as às novas realidades e às alterações sociais, processo que tem significado decisivo na consolidação e preservação da força normativa da constituição.

Sobre isso, vale concluir com citação de Konrad Hesse, em sua famosa obra “A força Normativa da Constituição”:

“Se o direito e, sobretudo, a Constituição, têm sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábula rasa. Ela há de contemplar

10 “Discricionariedade não quer dizer arbitrariedade, e o juiz, embora inevitavelmente criador do direito, não é necessariamente um criador livre de vínculos. Na verdade, todo o sistema jurídico civilizado procurou estabelecer e aplicar certos limites à liberdade judicial, tanto processuais quanto substanciais” Cappelletti Mauro, **Juízes Legisladores**, 1993, Sérgio Fabris Editora, Porto Alegre, p. 24/25.

11 “Do discurso de Lord Radcliffe na convenção anual do Law Society de 1964”, citado sem referências bibliográficas por P. A. Jones, **Rival Law Reformers?** The Solicitors-J, 110, 30.09.1966, p. 733.

essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar de forma excelente, o sentido (Sinn) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação. Em outras palavras, uma mudança das relações fáticas pode ou deve provocar mudanças na interpretação da Constituição.

Em conclusão, cada vez mais patente que as decisões judiciais sobre certa matéria têm a função de determinar a inteligência autêntica do direito, conferindo o alcance exato e a significação precisa das normas constitucionais, ajustando-as às novas realidades e às alterações sociais, processo que tem significado decisivo na consolidação e preservação da força normativa da constituição.

O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E AO MODELO EMPRESARIAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR

O Estado coerente com o modelo liberal e individualista do século XIX, que detinha simples função mantenedora, entregando a atividade econômica à esfera privada, foi substituído pelo Estado Social de Direito, que intervém, cotidianamente, em vários setores da sociedade, especialmente na economia.

No Estado Democrático, deixa o homem de ser considerado mero ser indivíduo, para ser considerado um ser social.

Partindo dessa constatação, cabe destacar o processo de socialização dos institutos do Direito Civil, admitindo-se a aplicação direta de disposições constitucionais nas relações privadas disciplinadas no Código Civil – principal estatuto protetor das liberdades individuais, com o surgimento de um verdadeiro Direito Civil Constitucional.

Essa transformação do Estado Liberal para o Estado Social, no qual a dignidade da pessoa humana, elevada a princípio constitucional, se torna centro irradiador de extenso catálogo de direitos civis, políticos, econômi-

cos, sociais e culturais, deslocou a visão da pessoa humana, antes atomizada e individualista, para uma visão humanista, solidarista e social. Implica dizer que no Estado Social, como diz Fábio Konder Comparato, a “solidariedade prende-se à ideia de responsabilidade de todos pelas carências ou necessidades de qualquer indivíduo ou grupo social”¹².

À evidência, essa mudança de perspectiva política e social trouxe, em seu bojo, uma “constitucionalização” de diversas categorias do Direito privado, com a superação da tradicional dicotomia entre Direito privado e Direito público, ocorrendo o que Maria Celina Bodin de Moraes chama de uma “despatrimonialização” do direito privado, com acentuado processo de socialização de seus institutos.

Os fins sociais contidos na Constituição da República apontam para uma ideia geral de justiça social, impondo uma radical transformação nos conceitos do direito civil, de mera regulamentação da atividade econômica individual entre homens livres e iguais para regulamentação de vida social na família, nas associações, nos grupos comunitários, onde quer que a personalidade humana melhor se desenvolva e sua dignidade seja mais amplamente tutelada.

A “publicização” do direito civil reflete apenas a necessidade da readequação de institutos criados para a proteção de interesses meramente individuais e patrimoniais, aos princípios e valores sociais que norteiam o ordenamento.

O fato é que, com a inauguração do Estado Democrático de Direito, os princípios fundamentais, inclusive aqueles do direito privado, passaram a fazer parte de nosso texto constitucional, implicando uma releitura de tais princípios segundo a normatividade da Constituição, ou seja, segundo

12 “Foi justamente para corrigir e superar o individualismo próprio da civilização burguesa, fundado nas liberdades privadas e na isonomia, que o movimento socialista fez atuar o princípio da solidariedade como dever jurídico, ainda que inexistente no meio social a fraternidade como virtude cívica. A solidariedade prende-se à ideia de responsabilidade de todos pelas carências ou necessidades de qualquer indivíduo ou grupo social. É a transposição, no plano da sociedade política, da *obligatio in solidum* do direito privado romano (D. 45, 2, 11). O fundamento ético desse princípio encontra-se na ideia de Justiça distributiva, entendida como necessária compensação de bens e vantagens entre as classes sociais, com a socialização dos riscos normais da existência humana. É a medida proporcional de que fala Aristóteles.” (COMPARATO, Fábio Konder. **Comentários ao Artigo 1º da Declaração Universal de Direitos Humanos**. *Op. cit.*, p. 34).

as normas-princípio ali estabelecidas.

A necessidade da proteção integral do ser humano, como estatui Pietro Perlingieri, já não admite distinção rígida entre o direito público e o direito privado – mesmo porque, diante da diversificação das fontes de violações, a tutela de personalidade da pessoa humana, essencial à sua dignidade e integridade, “não é orientada apenas aos direitos individuais pertencentes ao sujeito no seu precípuo e exclusivo interesse, mas, sim, aos direitos individuais sociais, que têm uma forte carga de solidariedade, que constitui o seu pressuposto e fundamento”, e deve ser entendida “como instrumento para construir uma comunidade”¹³.

O que se procura, nos Estados de Direito contemporâneos, é, ao mesmo tempo, a afirmação do conceito liberal de liberdade, protegendo o indivíduo do arbítrio do poder estatal, e a afirmação do conceito democrático social de liberdade, baseado na intervenção do Estado na sociedade em prol do indivíduo.

Coexistem, assim, um conceito de liberdade negativa, consubstanciado na ampliação das garantias legais e na delimitação do poder estatal em face do indivíduo; e um conceito de democracia positiva, consubstanciado na efetivação pelo Estado das conquistas do Estado Social, visando à proteção dos mais fracos.

Nesse contexto, foi editado no Brasil o Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90, cujos princípios foram recepcionados pelo Código Civil de 2002, que estabelecem como princípios fundamentais a socialidade, eticidade e operacionalidade, visando à proteção e tutela dos valores sociais e individuais da pessoa humana, erigidos como valor fundamental.

Indubitável que as normas dos diplomas legais acima mencionados têm como objeto não só a proteção do consumidor frente ao prestador de serviço essencial – saúde, mas, especialmente, a interpretação do contrato firmado entre ambos à luz dos princípios da boa-fé objetiva e da função social, e visam a preservar o interesse do consumidor, a base econômica do

¹³ Perlingieri, Pietro. **Perfil do Direito Civil-Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 38.

contrato, a continuidade e eficiência do serviço prestado.

Na esteira desses diplomas, diversas decisões, mediante análise e balanceamento dos princípios envolvidos em casos concretos, que envolvem a proteção do consumidor e o direito à livre iniciativa empresarial, reiteradamente reconhecem a prevalência do direito dos primeiros.

Embora essas decisões reconheçam que a adoção de medidas muito restritivas aos fornecedores de serviços poderá inviabilizar a base econômico-financeira do contrato, posicionam-se contra práticas abusivas que impliquem em vantagens manifestamente excessivas do fornecedor de serviços em detrimento do consumidor.

E não poderia ser diferente.

Envolvendo o objeto do contrato um direito fundamental, deve o Estado, *in casu* Estado/juiz, garantir que o usuário desse serviço fundamental tenha um ser adequado, assim entendido aquele que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade e generalidade, com vedação de práticas abusivas que impliquem em vantagens manifestamente excessivas do fornecedor de serviços.

Esse entendimento foi sedimentado em diversos verbetes sumulares deste Egrégio Tribunal de Justiça.

CONCLUSÃO

Como se infere, atualmente, o problema principal do Estado em relação aos direitos fundamentais não é justificá-los, ou buscar seus fundamentos, mas encontrar maneiras de protegê-los.

A pergunta que se faz hoje é: que Estado é este? Será o Estado globalizado ético? Ou a ética é, cada vez mais, descartada nas relações entre os Estados, supostamente democráticos, envolvidos neste processo econômico de globalização?

Com efeito, a globalização vem derrubando fronteiras, que não são políticas, nem sociais, mas apenas fronteiras econômicas, não havendo, por parte deste Estado global, que visa só ao lucro, ou, como refere Milton Santos, este Estado da mais-valia globalizada, qualquer preocupação em

assegurar direitos e garantias fundamentais¹⁴.

Se liberdade, segundo a visão kantiana, é autonomia, ou respeito à Lei criada pelo próprio indivíduo, que “Lei Universal” poderá advir desse embaite desigual entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento, sem que haja uma decisão conjunta e partilhada do que seja o bem comum?

Na verdade, como sustenta o professor Milton Santos, no mundo globalizado ocorre uma dupla tirania: a do mercado e a dos meios de comunicação de massa. Ambos, mercado e informação, globalizados, fornecem o modelo ideológico e o modelo ético que conformam todas as relações sociais e interpessoais. Por esse motivo é que se assiste, hoje, a um crescimento da competitividade, visível nas formas de agir não só dos Estados, mas também das empresas e até dos indivíduos¹⁵.

Com a visível diminuição das funções sociais e políticas do Estado, há um verdadeiro retrocesso na noção de bem público e de solidariedade, com a ampliação do papel político das empresas na regulação da vida social. Pregase a “morte do Estado” como fator de melhoria de vida dos homens, eis que haveria uma ampliação na liberdade de produzir, de consumir e de viver. Mas o que se vê, na prática, é que este “Estado anão, pregado pelo neoliberalismo, só produz mais desigualdade entre indivíduos e empresas”¹⁶.

Com efeito, a minimização do Estado, nos Estados Unidos e em países capitalistas da Europa, que vivenciaram o “welfare state”, Estado Providência ou Social, tem consequências totalmente diversas daquelas ocorri-

14 “Os fatores que contribuem para explicar a arquitetura da globalização atual são: a unicidade da técnica, a convergência dos momentos, a cognoscibilidade do planeta e a existência de um motor único na história, representado pela mais-valia globalizada.” (SANTOS, Milton. **Por uma outra Globalização - do Pensamento Único à Consciência Universal**. 2ª ed. São Paulo: Record, 2000, p. 24)

15 *ibid.*, p. 37 et seq.

16 “A competitividade, sugerida pela produção e pelo consumo, é a fonte de novos totalitarismos, mais facilmente aceitos graças à confusão dos espíritos que se instala. Tem as mesmas origens a produção, na base mesma da vida social, de uma violência estrutural facilmente visível na forma de agir dos estados, das empresas e dos indivíduos. A perversidade sistêmica é um dos corolários. Dentro deste quadro, as pessoas se sentem desamparadas, o que também constitui uma incitação a que adotem, em seus comportamentos ordinários, práticas que alguns decênios atrás eram moralmente condenadas. Há um verdadeiro retrocesso quanto à noção de bem público e de solidariedade, do qual é emblemático o encolhimento das funções sociais e políticas do estado com a ampliação da pobreza e os crescentes agravos à soberania, enquanto se amplia o papel político das empresas na regulação da vida social.” (*Ibid.*, p. 38).

das em países periféricos, como o Brasil. Tais países, nos quais as promessas de modernidade ainda não se realizaram, e que apresentam altos índices de miséria, violência, exclusão social, mortalidade infantil e analfabetismo, necessitam, ao contrário do que ocorre nos países desenvolvidos, de um Estado forte, que possa efetivamente garantir os direitos fundamentais de seu cidadão nesse “contexto hostil da globalização neoliberal”¹⁷.

A globalização aniquila a noção de solidariedade, devolve o homem à noção primitiva do “cada um por si”, reduzindo a noção de moralidade pública e particular, posto que erige como valores máximos a competitividade e o lucro. Não havendo uma paridade social, econômica e tecnológica entre os países envolvidos neste processo de globalização econômica, ocorre, via de consequência, uma dominação dos países mais desenvolvidos econômica e tecnologicamente sobre os países periféricos, acentuando as desigualdades e tornando esses países cada vez mais periféricos.

A globalização, sonhada como possibilidade de maior humanização, via desenvolvimento da técnica a serviço do homem, na verdade rompe um processo de evolução social e moral iniciado no século XVIII. A evolução da técnica não acompanha um processo de evolução moral, concentrando-se tanto a tecnologia como a informação em poucas mãos. Com efeito, uma coisa é o progresso científico e técnico, contínuo e irreversível, facilmente mensurável; e outra coisa é o progresso moral, cujo conceito é difícil e de difícil mensuração¹⁸.

17 “Daí vir a propósito (novamente) o dizer de Boaventura Santos, para quem o Estado não pode pretender ser fraco: ‘Precisamos de um Estado cada vez mais forte para garantir os direitos num contexto hostil da globalização neoliberal’. E acrescenta: ‘Fica evidente que o conceito de um Estado fraco é um conceito fraco. [...] Hoje, forças políticas se confrontam com diferentes concepções de reforma’. Por isso, conclui, ‘não é possível, agora, organizar politicamente a miséria e a exclusão produzidas de modo desorganizado e desigual tanto globalmente quanto nos contextos nacionais’. Nunca os incluídos estiveram tão incluídos e os excluídos tão excluídos.” (STRECK, Lenio Luiz. “As Constituições Sociais e a Dignidade da Pessoa Humana como Princípio Fundamental”. In: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (Org.). **1988-1998: Uma Década de Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 317).

18 “O período atual tem como uma das bases esse casamento entre a ciência e a técnica, essa tecnociência, cujo uso é condicionado pelo mercado. Por conseguinte, trata-se de uma técnica e de uma ciência seletivas. Como, frequentemente, a ciência passa a produzir aquilo que interessa ao mercado, e não à humanidade em geral, o progresso técnico e científico não é sempre um progresso moral. Pior, talvez do que isso: a ausência desse progresso moral e tudo o que é feito a partir desta ausência vai pesar fortemente sobre o modelo de construção histórica dominante no último quartel do século XX.” (Santos, Milton. *Op. cit.*, p. 65).

Isso porque a efetivação de maior proteção dos direitos fundamentais não é só um problema jurídico, mas um problema de natureza política, diretamente ligado ao desenvolvimento global da civilização humana. ♦

BIBLIOGRAFIA

BASTOS, Celso Ribeiro. MARTINS, Ives Granda. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Editora Saraiva, 1989.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 1989.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10. ed., Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1999.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 11. ed., Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. 3ª edição. São Paulo: Editora Mandarim, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editora, 1993.

COMPARATO, Fábio Konder. “Comentários ao Artigo Primeiro da Declaração Universal de Direitos Humanos”. In: **50 Anos da Declaração de Direitos Humanos – Conquistas e Desafios**, Brasília: Editado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Comissão de Direitos Humanos, p. 29-36, 1998.

COMPARATO, Fábio Konder. “A desnacionalização da economia brasileira e suas conseqüências políticas”. In: **Revista Cidadania e Justiça**. AMB, ano 3, n. 7. Rio de Janeiro: 2º semestre de 1999, p. 84- 92.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. São Paulo: Editora Saraiva, 1996.

HESSE, Karl, **A força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editora, 1991.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Galouste Gulbekin, 1983.

MORAES, Maria Celina Bodin de. “A caminho do Direito Civil Constitucional”. *In: Revista do Direito, Estado e Sociedade, Departamento de Ciências Jurídicas da PUC-RJ*, v. 1, Rio de Janeiro: julho/dezembro 1991, p. 33 e ss..

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Constituição e Direito Civil: Tendências**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1999, p. 95/113.

MORAES, Maria Celina Bodin de. “O Direito Civil Constitucional”. *In 1988-1998: Uma Década de Constituição*. CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (Org.), Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1999, 115-127.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil- Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1997.

SANTOS, Milton. Técnica, Espaço, Tempo: **Globalização e Meio Técnico-Científico Informacional**. 3. ed. São Paulo: Editora HUCITEC, 1997.

SANTOS, Milton. **Por uma outra Globalização - do Pensamento Único à Consciência Universal**. 2. ed. São Paulo: Editora Record, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. “As Constituições Sociais e a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental”. *In 1988-1998: Uma Década de Constituição*. CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (Org.), Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1999, 331-368.

O Aumento por Faixa Etária após o Estatuto do Idoso

Marisa Simões Mattos Passos¹

A atividade explorada pelas operadoras de planos ou seguros privados de assistência saúde tem enorme repercussão social, ante a situação caótica em que se encontra o sistema público de saúde, atraindo dessa forma a adesão de milhões de indivíduos em busca de proteção e segurança contra os riscos que envolvem sua saúde e de sua família, através de prestação de assistência médica hospitalar em serviços próprios, ou de rede credenciada, ou ainda, reembolso das despesas decorrentes de eventos cobertos pelo seguro.

Indiscutivelmente, contratos como os que envolvem a saúde suplementar, dizem respeito ao bem jurídico de maior relevância para o consumidor, qual seja, a saúde, pressuposto natural da existência do próprio indivíduo, que inclusive encontra proteção em sede constitucional.

As operadoras de planos e seguros de saúde exercem serviços relacionados com a assistência à saúde, sendo, portanto, nos termos do art.197 da Constituição da República, serviços de relevância pública. Ressalte-se que o nosso legislador constituinte se preocupou não apenas em reger a estruturação e limitação do poder e as garantias fundamentais, mas também com os mais variados aspectos da ordem social e econômica, tanto que evidenciou a preservação da dignidade da pessoa humana, a proteção do consumidor (art.170, inc.V, da CF) e os direitos sociais.

Vale lembrar que o fundamento do Estado Democrático de Direito é a dignidade da pessoa humana, nos termos do art.1º, inc. III, da Lei Maior, sendo certo que os direitos fundamentais estão dispostos nos arts. 5º e 6º, aí incluída a saúde dentro dos direitos sociais. Dessa forma, o

¹ Juíza de Direito da 12ª Vara de Órfãos e Sucessões.

CDC estabelece princípios que devem reger a interpretação de qualquer nova regra sobre relações de consumo, inclusive aquelas constantes da Lei nº 9.656/98, que regulamenta e dispõe sobre os planos e seguros de saúde, sendo perfeitamente possível e até recomendável uma harmonização da citada lei com as regras do CODECON.

Como se sabe, os consumidores contratam as empresas de saúde a fim de obterem a proteção de seus familiares e empregados contra riscos futuros e incertos quanto à ocorrência concreta de doenças e a necessidade de amparo médico-hospitalar, haja vista a precariedade da rede pública, havendo um contrato com previsão de serviço de trato sucessivo entre as partes, podendo ou não ocorrer o sinistro.

Ressalte-se que a Profa. Cláudia Lima Marques caracteriza esse tipo de contrato pela posição de “catividade” ou “dependência” dos usuários/consumidores, sendo duradouras as obrigações de ambas as partes, pois, com o fim de obterem proteção à saúde, os consumidores permanecem em contínua relação de dependência com as empresas fornecedoras desse tipo de serviço, depositando “expectativas” quanto à manutenção do vínculo contratual por anos, sendo assegurado ao consumidor, antes mesmo da Lei nº 9.656/98, o direito à renovação automática de seu contrato e à não alteração unilateral do mesmo pela empresa, em desacordo com os seus interesses.

Nessa linha de pensamento, impõe-se esclarecer que os contratos anteriores à Lei nº 9.656/98 não são, em princípio, por ela afetados, continuando a serem regidos pelo CDC, sendo certo que a interpretação atual do CDC não pode deixar de considerar os avanços positivados pela nova lei. Dessa forma, a aplicação do CDC aos contratos anteriores recebe novos elementos e diretrizes com a definição de abuso e cláusulas abusivas trazidas pela nova lei. Os direitos adquiridos dos consumidores com base nos planos e seguros anteriores, muitas vezes mais completos do que os planos atualmente oferecidos, bem como a impossibilidade de preços diferenciados e agravos aos consumidores anteriores, devem ser eficazmente protegidos com base no CODECON, por haver necessidade de “segurança e estabilidade” nas relações jurídicas de planos e seguros de saúde entre fornecedores e consumidores.

Tanto que um dos maiores problemas começaram a surgir quando os usuários envelheciam ou adoeciam e precisavam se utilizar de um serviço ao qual imaginavam ter direito, ou quando eram surpreendidos com um aumento das mensalidades para valores muito superiores ao esperado.

Ao contrário dos novos contratos, nos quais obrigatoriamente são previstas 10 faixas etárias distintas, cujos percentuais guardam proporcionalidade de modo a permitir que os contratantes mais novos contribuam para os mais velhos, nos contratos antigos não havia essa preocupação. O número de faixas é reduzido e seus índices são maiores conforme o contratante vai envelhecendo. Verifica-se que sequer se cogitava dar um tratamento privilegiado aos idosos. Ao revés, sabia-se que os idosos representam maiores custos e por isso, agravava-se o valor da contraprestação dos mesmos com o passar dos anos.

De fato, apenas com a entrada em vigor do Estatuto do Idoso em 1º de Janeiro de 2004 é que essa situação passou a ser cuidada de forma mais séria e protetiva. Através desse novo diploma legal, estabeleceu-se o conceito de idoso como sendo toda aquela pessoa que tem sessenta anos de idade ou mais.

Garantiu-se ainda ao idoso a proteção integral à saúde, o que implica em dizer que não é possível estabelecer diferenças de tratamento em razão da idade. Assim, é ilegal estabelecer contraprestações financeiras maiores para os usuários com 60 anos ou mais. É o que se depreende da norma a seguir transcrita:

“Art. 15. É assegurada a atenção integral à saúde do idoso, por intermédio do Sistema Único de Saúde – SUS, garantindo-lhe o acesso universal e igualitário, em conjunto articulado e contínuo das ações e serviços, para a prevenção, promoção, proteção e recuperação da saúde, incluindo a atenção especial às doenças que afetam preferencialmente os idosos. (...)

§ 3o É vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade.”

Não por outro motivo, a partir de então, a ANS regulamentou o assunto prevendo como última faixa etária aquela que se inicia aos 59 anos, sem haver limite de idade para os seus integrantes. Assim, após essa idade, não será possível prever reajuste no plano de assistência à saúde diverso do reajuste anual. Este serve apenas para recompor as perdas inflacionárias, não sendo possível deixar de aplicá-lo, pouco importando a idade do usuário.

Todavia, questiona-se a aplicação do Estatuto do Idoso e, conseqüentemente, da regulamentação da ANS quanto ao assunto nos contratos antigos, vez que a estes se aplicaria tão somente as regras previstas contratualmente.

Prevendo incongruências entre o tratamento protetivo constante nos contratos regidos pela Lei 9.656 e nos contratos celebrados antes da sua vigência, o legislador ordinário estabeleceu um sistema uno, determinando no art. 35-E da Lei 9.656/98 que o reajuste dos planos de saúde contratados anteriormente a sua vigência estaria submetido à nova ordem legal, devendo qualquer reajuste ser autorizado pela ANS. Além disso, deveria se proceder à repactuação dos contratos para que aqueles que previssem aumento da contraprestação quando o contratante completasse 60 anos fossem adaptados de modo a diluir os reajustes antes do adimplemento do termo.

Todavia, a norma que representava um avanço legislativo teve sua constitucionalidade questionada perante o Supremo Tribunal Federal e a c. Corte suspendeu liminarmente a eficácia do dispositivo citado aos 21/08/2003, conforme se verifica do aresto abaixo:

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 ADQUI-

RIDO E AO 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 9.656/1998, 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. (ADI 1931/DF)

De qualquer forma, entendo que a decisão do STF apenas impede que se exija das operadoras de plano de assistência à saúde submeter-se previamente a oitiva da ANS antes de aplicar reajuste aos seus contratantes. Além disso, não se pode exigir das operadoras que adaptem ou repactuem os contratos antigos. E só. Isso não quer dizer que os consumidores não possam questionar os percentuais aplicados: eles só não podem exigir que as operadoras adaptem seus contratos à Lei 9.656/98. Nem a ANS pode pretender impor índices de reajustes para contratos ditos antigos.

Repare que não foi dada uma carta branca para que todas as irregularidades contratuais sejam mantidas, nem se exigiu a revogação do Estatuto do Idoso. Afinal, não há como ser idoso para uns e não ser para outros: quem tem 60 anos é idoso, não importa se contratante de um plano antigo ou de um plano novo.

Assim, entendo que o Estatuto do Idoso deva ser aplicado para todas as pessoas com sessenta anos ou mais. Se o contrato previa um reajuste para mudanças de faixa etária acima desse patamar, por certo este critério não poderá ser aplicado, sob pena de se ofender uma norma de ordem pública.

Com a suspensão da norma aos 21 de agosto de 2003, não se faz mais necessário obter-se a benção da ANS antes de se reajustar um contrato antigo, mas repita-se, isso não autoriza as empresas de plano de saúde a aplicar percentuais abusivos e em desacordo com normas de ordem pública.

Ressalte-se que a decisão do Supremo é anterior à entrada em vigor do Estatuto do Idoso (01-01-2004), não havendo que se falar que tal posicionamento descumpriria a decisão da ADIn, vez que esta sequer chegou a

analisar a possibilidade de se aplicar a referida norma. Tão somente desvinculou os reajustes à autorização prévia da Agência Reguladora.

É inequívoca, assim, a nulidade de qualquer cláusula contratual que permita o reajuste em função da mudança de faixa etária após o usuário completar 60 anos, vez que afronta diretamente o Estatuto do Idoso, cuja proteção do Estado tem previsão constitucional, em sede de direitos fundamentais. ♦

A Saúde como Direito Social

Myriam Medeiros da Fonseca Costa ¹

Após o decurso de um longo tempo em que predominou o Positivismo Jurídico, operou-se uma revolução silenciosa, que veio a colocar a Constituição no centro do sistema jurídico, onde desfruta não apenas da supremacia formal que sempre teve, mas também de uma supremacia material axiológica, operando como um filtro através do qual se deve ler todo o direito infraconstitucional².

A partir do exposto, estabelecem-se certas premissas, através de princípios, ponderando valores e fazendo escolhas que se distanciam daquelas tradicionais e próprias do século XIX e primeira metade do século XX, que privilegiavam o capital, em detrimento de valores existenciais.

Princípios como o da proteção à dignidade da pessoa humana e o da razoabilidade passam a ser o foco das novas decisões (*opus citatum*²). As conquistas sociais e o avanço das liberdades democráticas revelam a sua incompatibilidade com aquela leitura conservadora que via nas regras do contrato o limite dos direitos em conflito.

Prepondera doravante a boa-fé objetiva, a função social do contrato. A volta de tais valores, após a superação dos regimes totalitários como o fascismo e nazismo abre espaço no plano internacional para nova ordem de ideias que leva à aprovação da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, em que se materializou o consenso entre os povos acerca dos direitos e liberdades básicas a serem assegurados a todos os seres humanos.

No âmbito interno, diferentes países reconhecem a centralidade da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, que passam

¹ Juíza de Direito da 35ª Vara Cível - Capital.

² BARROSO, Luis Roberto, *in* Curso de Direito Constitucional Contemporâneo e a construção do novo modelo, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 85/86.

ser protegidos por tribunais constitucionais (idem ob. citada). No Brasil, paralelamente ao processo de redemocratização surge a Constituição de 1988, também chamada de Constituição Cidadã e, a partir dela opera-se a constitucionalização do Direito, pela interpretação conforme a Constituição de suas múltiplas expressões (Id⁴) Há uma espécie de efeito expansivo das normas constitucionais e o estabelecimento de novos paradigmas.

A chamada judicialização da saúde é fenômeno crescente que vem abarrotando os tribunais brasileiros, atingindo simultaneamente a saúde pública e a saúde suplementar. Ela opera com suas decisões liminares ou não como meio efetivo de redução das desigualdades sociais, como veículo eficaz na proteção à dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III da CRFB/88).

Assim, o cidadão que não consegue ter acesso a remédios, tratamentos, internações, etc, em razão do descaso ou da ineficiência das autoridades a quem competiria o fornecimento desses serviços ou produtos, busca socorro no Poder Judiciário que consciente do novo papel a desempenhar na sociedade contemporânea, garante ao destinatário da proteção requerida, um resultado prático e ágil, capaz de assegurar a proteção à sua vida e saúde (cf. pesquisa internet, site *domtotal.com*, “A Judicialização da Saúde Suplementar”, Luiz Claudio da Silva Chaves, 29/04/2009).

Com efeito, na medida em que o poder público se afastou das diretrizes traçadas pelo legislador constituinte, minimizando verbas orçamentárias ou deixando de cumprir planos de metas envolvendo os investimentos necessários ao desenvolvimento das políticas públicas na área de saúde, viu-se crescer um mercado paralelo gerido pelas operadoras e seguradoras de plano de saúde, aumentando o rol de assistência médica e hospitalar do setor privado. Durante anos, este segmento operou sem maior regulação. Todavia, com a conquista de novos direitos sociais e, principalmente, com a entrada em vigor do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), a transformação se fez sentir, fazendo eclodir uma série de processos contra planos de saúde. Em 1998 surge a Lei 9.656/1998 que define Operadora de Plano de Assistência à Saúde como sendo a pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial,

cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de 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 à 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, estabelecendo as linhas gerais para a regulação do mercado. Os consumidores, ao contratarem determinados planos, são iludidos, só obtendo o efetivo reconhecimento dos seus direitos na justiça.

A ANS é uma agência reguladora vinculada ao Ministério da Saúde do Brasil, que controla e fiscaliza o mercado de planos privados de saúde por determinação da referida lei. A autarquia especial federal é responsável pela promoção da defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde e cumpre o seu papel contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no país. Através da RDC nº 39, foram classificadas as operadoras nas seguintes modalidades:

Administradoras: empresas que administram exclusivamente planos de assistência à saúde, financiados pelo contratante e que não possuem risco decorrente da operação desses planos nem possuem rede própria, credenciada ou referenciada de serviços médico-hospitalares ou odontológicos;

Cooperativa Médica: sociedade de pessoas sem fins lucrativos, constituídas conforme o disposto na Lei 5.764/1971 (Lei geral do cooperativismo), que operam planos privados de assistência à saúde;

Cooperativa Odontológica: sociedade de pessoas sem fins lucrativos, constituídas conforme o disposto na Lei 5.764/1971 (Lei geral do cooperativismo), que operam exclusivamente planos odontológicos;

Autogestão: entidades que operam serviços de assistência à saúde ou empresas que, por intermédio de seu departamento de recursos humanos, responsabilizam-se pelo plano privado de assistência à saúde de seus empregados ativos, aposentados, pensionistas e ex-empregados e respectivos grupos familiares, ou ainda a participantes e dependentes de associações de pessoas físicas ou jurídicas, fundações, sindicatos, entidades de classes profissionais ou assemelhados;

Filantropia: entidades sem fins lucrativos que operam planos privados de assistência à saúde e tenham obtido certificado de entidade filantrópica junto ao Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS) e declaração de utilidade pública federal, estadual ou municipal junto aos órgãos competentes;

Medicina de Grupo: empresas ou entidades que operam planos privados de assistência à saúde, excetuando aquelas classificadas nas modalidades anteriores;

Odontologia de Grupo: empresas ou entidades que operam exclusivamente planos odontológicos, excetuando-se aquelas classificadas nas modalidades anteriores;

Posteriormente, em 2001, a Lei 10.185 exigiu que as seguradoras que já atuavam no segmento do seguro saúde se transformassem em seguradoras especializadas, equiparando-as às operadoras e passando a estar subordinadas a uma nova estrutura de regulação e fiscalização vinculada ao Ministério da Saúde, juntamente com as outras modalidades de operadoras de planos de saúde privados, vedando à seguradora especializada em saúde a atuação em quaisquer outros ramos de seguro.

Criado pela Lei 9.656/1998, e posteriormente alterado pelo Decreto nº 4.044, de 6 de dezembro de 2001, o CONSU é órgão colegiado integrante da estrutura regimental do Ministério da Saúde, sendo composto pelo Ministro da Justiça - que o preside - pelo Ministro da Saúde, pelo Ministro da Fazenda e Ministro do Planejamento, Orçamento e Gestão, além do Presidente da ANS, que atua como Secretário das reuniões. O CON-

SU tem competência para desempenhar as seguintes atividades: Estabelecer e supervisionar a execução de políticas e diretrizes gerais do setor de saúde suplementar. Aprovar o contrato de gestão da ANS. Supervisionar e acompanhar as ações e o funcionamento da ANS. Fixar diretrizes gerais para a constituição, organização, funcionamento e fiscalização das empresas operadoras de produtos de que tratar a Lei 9.656/1998. Deliberar sobre a criação de câmaras técnicas, de caráter consultivo, de forma a subsidiar as decisões.

Como dito linhas acima, a solução de uma controvérsia posta à apreciação do Judiciário em questões que envolvam os contratos de planos de saúde deve tomar em consideração, principalmente, a sua função social, não obstante a leitura essencial trazida com o CDC que, a partir do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor nesses contratos cativos de longa duração, concedia tratamento diferenciado, reconhecendo a superioridade de um contratante sobre o outro. O enfoque então, segundo a doutrina abalizada da nova geração de civilistas que tanto tem contribuído para a implementação dessas novas ideias terá em mira, sobretudo, a boa-fé objetiva exigível de qualquer dos contratantes.

Para Anderson Shreideber, in **Obrigações - Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional**, Coordenação Gustavo Tepedino, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 29/44,

“...a boa-fé era tratada até o advento do Código Civil de 2002 como sinônimo de ausência de malícia, vinculando-a ao ânimo do agente. Diferentemente do Código de Defesa do Consumidor que o antecedeu e que reconhecia neste último a parte mais fraca da relação jurídica pelo mesmo tutelada (artigo 4º da Lei 8.078/90) o CC preocupa-se menos com a vulnerabilidade, impondo a aplicação do princípio da boa-fé objetiva às relações contratuais comuns, independentemente de qualquer vulnerabilidade presumida ou demonstrada”.

Esta orientação é confirmada pela dicção do artigo 422 do Código Civil: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do

contrato como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. E então, dizemos nós, operadores do Direito a quem cabem a implementação e concretização dessa nova diretriz inspirada na Supremacia da Constituição: com a vinculação, cria-se uma legítima expectativa para o contratante, construindo-se uma aparente situação de estabilidade. Esta expectativa encontra proteção naquele princípio, tutelando-se a confiança que o beneficiário do plano de saúde ou o instituidor depositaram na operadora do plano de saúde; posto que o bem jurídico tutelado é o bem maior da vida humana.

Essas novas ideias, felizmente já estão enraizadas na jurisprudência do nosso Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que sumulou o seu entendimento em relação a inúmeras questões postas à sua apreciação nos últimos tempos. São questões versando sobre urgência, emergência, carência; fornecimento de órteses e próteses; serviços de *home care*; aumento de mensalidades de planos de saúde em razão de mudança de faixa etária; aplicação do Estatuto do Idoso e dano moral em decorrência da recusa do fornecimento do serviço para ficar apenas com alguns. Senão vejamos:

*SÚMULA TJN. 112, DE 24/10/2006 (ESTADUAL)
DORJ-III, S-I 196 (2) - 24/10/2006*

É nula, por abusiva, a cláusula que exclui de cobertura a órtese que integre, necessariamente, cirurgia ou procedimento coberto por plano ou seguro de saúde, tais como ‘stent e marcapasso’.

*SÚMULA TJ N. 209, DE 09/05/2011 (ESTADUAL) DJERJ,
ADM161(14) - 09/05/2011 “Enseja dano moral a indevida recusa de internação ou serviços hospitalares, inclusive home care, por parte do seguro saúde somente obtidos mediante decisão judicial.”*

No que concerne à autorização para internação citamos a Súmula 210, segundo a qual “Para o deferimento da antecipação

da tutela contra seguro saúde, com vistas a autorizar internação, procedimento cirúrgico ou tratamento, permitidos pelo contrato, basta indicação médica, por escrito de sua necessidade.”

Segundo a SÚMULA TJ N. 214, DE 09/05/2011 (ESTADUAL) DJERJ, ADM 161 (15) - 09/05/2011

“A vedação do reajuste de seguro saúde, em razão de alteração de faixa etária, aplica-se aos contratos anteriores ao Estatuto do Idoso.”

Com base neste entendimento, reportamo-nos aos seguintes julgados:

*0008182-86.2008.8.19.0002 - APELAÇÃO
DES. LUCIANO RINALDI - Julgamento: 17/08/2011 - DÉCIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL*

Agravo Interno. Plano de saúde. Direito do Consumidor. Recusa em autorização de internação de emergência sob a alegação de descumprimento do prazo de carência para o tratamento de doença. Incompatibilidade com os princípios da boa-fé e da equidade. Inteligência do artigo 35-C da Lei 9.656/98 que impõe o atendimento em casos de emergência e urgência, limitando a carência a 24 horas. Compete ao Judiciário assegurar o direito à preservação da vida, afastando-se as cláusulas manifestamente abusivas ou que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada. Havendo negativa da empresa de saúde em prestar assistência ao associado, deve o Julgador superar eventuais limitações contratuais e agir na preservação da vida do ser humano com a saúde extremamente fragilizada. Deve ser considerada abusiva a cláusula limitadora que exclui a obrigação de tratamento médico de emergência indispensável à manutenção da vida. Danos

morais. Indenização fixada em valor que deve ser mantido, uma vez que em consonância com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Recurso a que se nega provimento.

0008551-13.2009.8.19.0207 - APELAÇÃO

*DES. MARCELO LIMA BUHATEM - Julgamento:
15/08/2011 - QUARTA CÂMARA CÍVEL APELAÇÃO CÍVEL - RELAÇÃO DE CONSUMO - AÇÃO DE COBRANÇA AJUIZADA PELO HOSPITAL DIRETAMENTE EM FACE DO RESPONSÁVEL PELO PACIENTE EM RAZÃO DE TER O PLANO DE SAÚDE SE NEGADO A ARCAR COM O PAGAMENTO DOS MATERIAIS E CUSTOS DO PROCEDIMENTO, AO ARGUMENTO DE NÃO CUMPRIMENTO DOS PRAZOS DE CARÊNCIA - POSSIBILIDADE DO NOSOCÔMIO COBRAR DIRETAMENTE DO PACIENTE AS DESPESAS NÃO COBERTAS PELO PLANO DE SAÚDE - DENUNCIÇÃO DA LIDE À SEGURADORA, COM A CONDENAÇÃO DESTA A REEMBOLSAR O DENUNCIANTE PELOS VALORES COBRADOS POR FORÇA DESTE PROCESSO ABUSIVIDADE DA CLÁUSULA QUE EM CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE LIMITA A 12 (DOZE) HORAS A INTERNAÇÃO NA HIPÓTESE DE EMERGÊNCIA MÉDICA DURANTE O PRAZO DE CARÊNCIA - SÚMULA 302, DO STJ - MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. 1. Primeiramente, não se pode olvidar quanto à possibilidade de o nosocômio cobrar diretamente do paciente as despesas não cobertas pelo plano de saúde, uma vez que é terceiro estranho à relação que se forma entre associado e seguradora, não podendo ficar sem receber pelos serviços prestados, pelo que inegável a legitimidade da ré/denunciante para figurar no pólo passivo da lide. 2. Com efeito, pela denúncia da lide, passa a existir uma nova relação processual, em que o demandado originário*

passa a figurar como autor da ação secundária, inaugurada em face do terceiro denunciado, com quem mantém vínculo contratual ou legal, obrigando-se, em caso de procedência da denúncia, a ressarcir o denunciante de eventual condenação a ele imposta na lide principal. 3. Como se percebe, obriga-se o denunciado a ressarcir o denunciante nos limites da condenação a ele imposta na lide principal, não podendo ser obrigado a verbas estranhas ao feito, pelo que eventual pretensão da denunciante em buscar junto a UNIMED-RIO o ressarcimento pelos honorários médicos adiantados pela cirurgia de seu filho, que não integram o pedido da ação de cobrança movida pelo Hospital, deverá ser buscada através da via própria. Deste modo, escoreita a sentença ao condenar a denunciada a reembolsar a denunciante tão-somente pelos valores a serem pagos por força desse processo. 4. Quanto ao recurso da UNIMED-RIO, evidente que o caso se tratava de situação de emergência, a atrair a aplicação do art. 12, V, C, da Lei 9.656/98. A criança apresentava quadro de apendicite aguda, tanto que foi submetida à cirurgia de apendicectomia. 5. Limitação de internação em casos de urgência e emergência ao período de doze horas fere a razoabilidade e apresenta desvantagem exagerada em detrimento da parte mais vulnerável do contrato. Enunciado nº 302 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça. NEGÓCIOS DE SEGUIMENTO AOS RECURSOS, NOS TERMOS DO ART. 557, CAPUT DO CPC.

0016669-53.2010.8.19.0203 - APELAÇÃO 1ª Ementa
DES. CELSO PERES - Julgamento: 11/08/2011 - DÉCIMA
CÂMARA CÍVEL

Direito do consumidor. Plano de assistência à saúde. Recusa à internação e realização de ato cirúrgico em procedimento de emergência. Exegese do artigo 12, V, c da Lei nº 9.656/98, com prazo de carência de 24 horas, revelando-se nula qualquer cláusula a

determinar prazo carencial diverso, mesmo em casos de doença preexistente. Inaplicabilidade da Resolução n.º 13 do Conselho Suplementar de Saúde, ato normativo secundário, incapaz de restringir os efeitos da norma a ser regulamentada. Ato ilícito ensejador do dever sucessivo de indenizar. Danos emergentes devidamente comprovados, que devem se reparados de forma simples. Dano moral ocorrido in re ipsa. Arbitramento em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), que melhor observa as peculiaridades do caso. Apelo provido.

Versão para impressão

0005468-88.2010.8.19.0001 - APELAÇÃO

DES. SEBASTIAO BOLELLI - Julgamento: 10/08/2011 - TERCEIRA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO. PLANO DE SAÚDE. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Autor que precisou ser submetido à cirurgia de emergência em razão de aneurisma da aorta abdominal. Recusa da ré em autorizar o procedimento e os materiais indispensáveis à realização da cirurgia. Sentença de procedência do pedido, confirmando a tutela concedida e condenando o réu ao pagamento de danos morais no importe de R\$ 7.000,00 (sete mil reais). Prova documental comprobatória da necessidade ao tratamento cirúrgico prescrito. Indiscutível o dever da prestadora de serviços custear o tratamento do segurado. Caracterização de ato ilícito. Incidência das normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor. Aplicação da Súmula nº 112 deste E. Tribunal. Dano moral configurado e fixado em consonância com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Enunciado nº 22 do Aviso 94/2010 deste Tribunal. Honorários advocatícios fixados em observância do artigo 20, § 3º do CPC. Manutenção da

sentença. DESPROVIMENTO DE AMBOS OS RECURSOS.

Data de Julgamento: 10/08/2011

0012913-72.2006.8.19.0204 - Apelação

*DES. MARIA HENRIQUETA LOBO - Julgamento:
10/08/2011 - SÉTIMA CÂMARA CÍVEL*

AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE - MENOR COM BRONCOPNEUMONIA - NECESSIDADE DE INTERNAÇÃO - CARÁTER DE URGÊNCIA - NEGATIVA DE COBERTURA PELA OPERADORA DE SAÚDE, SOB A ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE PERÍODO DE CARÊNCIA CONTRATUAL AINDA NÃO CUMPRIDO - LAUDO PERICIAL MÉDICO QUE APONTA PARA NECESSIDADE DA MENOR SER INTERNADA OBRIGATORIEDADE DE COBERTURA NO ATENDIMENTO DE CASO DE URGÊNCIA E EMERGÊNCIA. O atendimento de urgência do segurado em planos de saúde não está condicionado a período de carência e nem à limitação temporal. Sentença de procedência que confirma a antecipação da tutela que determinou a internação da paciente. INCONFORMISMO DA AUTORA VERBA DE DANO MATERIAL - GASTOS COM MEDICAMENTOS NÃO COMPROVADOS. A simples juntada de receituário médico não demonstra que foi efetivamente realizada despesa com compra de medicamentos. Desprovidimento do recurso.

0087519-59.2010.8.19.0001 - APELAÇÃO

2ª Ementa

*DES. RICARDO RODRIGUES CARDOZO - Julgamento:
02/08/2011 - DECIMA QUINTA CÂMARA CÍVEL*

“AGRAVO INOMINADO. INDENIZATÓRIA. PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA COBERTURA. PRÓTESE/ÓRTESE. MATERIAL NECESSÁRIO AO SUCESSO DA INTERVENÇÃO CIRURGICA. DANO MORAL EXISTENTE. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. A reiterada recusa de cobertura ao fornecimento de prótese/órtese, indispensável ao sucesso da cirurgia, ultrapassa a órbita do mero aborrecimento e do simples descumprimento do contrato, configurando verdadeira lesão a direitos personalíssimos como o direito à vida e à integridade física. Aplicação do verbete sumular nº 112 do TJERJ. Dano moral devido. Quantum debeatur fixado em atenção aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sem se afastar do caráter punitivo e pedagógico. O Agravante não trouxe nenhum fundamento hábil que permita a modificação da decisão monocrática desta relatoria. Recurso desprovido, nos termos do voto do Desembargador RE#lator Decisão Monocrática: 11/07/2011. Íntegra do Acórdão.

Versão para impressão

0007303-48.2009.8.19.0001 - APELAÇÃO

2ª Ementa

0062174-67.2005.8.19.0001 - APELAÇÃO

DES. ELTON LEME - Julgamento: 22/06/2011 - DÉCIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL. CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. RECUSA NO FORNECIMENTO DE STENT. CUSTEIO DO ATO CIRÚRGICO. INCIDÊNCIA DAS LEIS Nº 8.078/90 E Nº 9.656/98. ABUSIVIDADE DA CLÁUSULA RESTRITIVA. MATÉRIA SUMULADA NO TJRJ. DANO

MORAL CONFIGURADO. DESPROVIMENTO DOS RECURSOS. 1. Agravo retido interposto pela segunda ré que não se conhece, por carecer de requisito de admissibilidade com base no disposto no art. 523, § 1º, do CPC, por não ter sido ratificado em razões recursais. 2. O contrato celebrado na vigência da Lei nº 8.078/90 e renovado posteriormente à entrada em vigor da Lei nº 9.656/98 a elas se subsume. 3. Encontra-se pacificado no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro o entendimento de que é nula, porque abusiva, a cláusula em contrato de plano de saúde que exclui de cobertura a prótese ou órtese que integre, necessariamente, cirurgia ou procedimento coberto pelo contrato, como é o caso do stent, nos termos da Súmula 112. 4. Aplicação do disposto no artigo 51, IV, § 1º, II, do Código de Defesa do Consumidor, que considera nulas as cláusulas que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, a restringir direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou o equilíbrio contratual. 5. A recusa de cobertura contratual em situações tais surpreende o consumidor, já evidentemente combalido emocional e fisicamente pela doença grave, causando profundo dissabor que é juridicamente relevante e constitui causa eficiente para gerar danos morais. 6. Dano moral moderada e razoavelmente arbitrado na hipótese, em observância à proporcionalidade e às circunstâncias fáticas, não merecendo a pretendida redução. 7. Desprovisionamento dos recursos.

0190196-70.2010.8.19.0001 -APELAÇÃO

DES. LEILA ALBUQUERQUE - Julgamento: 10/08/2011 -
DÉCIMA OITAVA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL.PLANO DE SAÚDE.AUMENTO DE-
CORRENTE DE MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. MAIOR

DE 60 ANOS. INCIDÊNCIA DO ESTATUTO DO IDOSO. PROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS PARA AFASTAR A APLICAÇÃO DO AUMENTO E PARA CONDENAR A RÉ À RESTITUIÇÃO DAS QUANTIAS COBRADAS A MAIOR EM DOBRO. Recurso da Ré, buscando a improcedência dos pedidos autorais. Manutenção da condenação quanto à nulidade da cláusula que previa o aumento por faixa etária, ante os termos do artigo 15, § 3º da Lei nº 10.741/03 (Estatuto do Idoso). Reforma da sentença para excluir a condenação ao reembolso em dobro, eis não se vislumbra má-fé na conduta da Ré, que efetuou as cobranças com base no contrato firmado. Quanto à alegação de que não cabe a aplicação da multa, a Apelante, regularmente intimada da decisão concessiva da tutela antecipada, deixou de cumpri-la imediatamente, como se verifica de fls. 103/108 em cotejo com a planilha de fl. 112, visto que os valores cobrados antes e após a concessão da tutela antecipada eram os mesmos, dando azo à incidência de multa. Demora de cerca de dois meses para a correção das faturas, equivalente à emissão de dois boletos de pagamento. Necessidade de adequação do valor da multa. Decisão monocrática com fundamento no artigo 557, § 1º-A do C.P.C. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO.

No colendo STJ também está pacificado o entendimento reproduzido nas decisões colacionadas, confira-se:

Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde.

(Súmula 469, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 24/11/2010, DJe 06/12/2010)

É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado. (Súmula 302, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 18/10/2004, DJ 22/11/2004 p. 425)

Com relação ao aumento de mensalidade por faixa etária, reportamo-nos ao seguinte julgado:

Quarta Turma

PLANO. SAÚDE. AUMENTO. MENSALIDADE. MUDANÇA. FAIXA ETÁRIA.

Trata-se, na origem, de ação interposta por instituto de defesa do consumidor contra sociedade empresária de plano de saúde na qual se discute a validade de cláusula fixada em contrato de serviço médico-hospitalar que reajusta o valor da prestação em razão de mudança de faixa etária. A Turma, ao prosseguir o julgamento, por maioria, entendeu que não há como considerar violador do princípio da isonomia o reajuste autorizado por lei em razão de mudança de faixa etária, uma vez que há um incremento natural do risco que justifica a diferenciação, ademais quando já idoso o segurado. Conforme o disposto no art. 15, § 3º, da Lei n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) e no art. 14 da Lei n. 9.656/1998, não é possível, por afrontar o princípio da igualdade, que as seguradoras, em flagrante abuso do exercício de tal direito e divorciadas da boa-fé contratual, aumentem sobremaneira a mensalidade dos planos de saúde, aplicando percentuais desarrazoados, que constituem verdadeira barreira à permanência do idoso no plano. Se assim fizessem as seguradoras, criariam fator de discriminação do idoso com o objetivo escuso e ilegal de usar a majoração para desencorajar o segurado a permanecer no plano, o que não pode ser tolerado. Para a validade dos reajustes em razão de mudança da faixa etária, devem ser atendidas as seguintes condições: previsão no instrumento negocial, respeito aos limites e demais requisitos estabelecidos na Lei n. 9.656/1998 e observância do princípio da boa-fé objetiva, que veda reajustes absurdos e aleatórios que onerem em demasia o segurado. Caso algum consumidor perceba abuso no aumento de sua mensalidade em razão de mudança de faixa etária, aí sim se poderá cogitar de ilegalidade, cujo reconhecimento autorizará

o julgador a revisar o índice aplicado, seja em ação individual ou coletiva. Com esses fundamentos, a Turma, por maioria, deu provimento ao recurso. REsp 866.840-SP, Rel. originário Min. Luis Felipe Salomão, Rel. para acórdão Min. Raul Araújo, julgado em 7/6/2011.

Com referência ao mais recente posicionamento daquele sodalício sobre o tema, agora abordando outras questões, transcrevemos alguns julgados:

Quarta Turma

DANO MORAL. PLANO. SAÚDE. COBERTURA PARCIAL. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL.

Trata-se de recurso especial contra acórdão que, ao manter a sentença, afastou o dever de indenizar por danos morais decorrentes da cobertura apenas parcial de procedimento cirúrgico com colocação de stents. Aquele aresto considerou que o inadimplemento contratual caracteriza mero dissabor não sujeito à indenização por danos morais. A Turma negou provimento ao recurso sob o entendimento de que o inadimplemento do contrato, por si só, pode acarretar danos materiais e indenização por perdas e danos, mas, em regra, não dá margem ao dano moral, que pressupõe ofensa anormal à personalidade. Assim, o inadimplemento motivado pela discussão razoável do descumprimento de obrigação contratual não enseja tal dano, salvo a existência de circunstâncias particulares que o configurem. Observou-se ser certo que há situações nas quais o inadimplemento contratual enseja aflição psicológica e angústia, o que é especialmente frequente em caso de recusa de tratamento médico por empresa privada operadora de seguro de saúde. Entretanto, no caso em questão, a cirurgia foi realizada sem percalços, mas apenas parte do valor da conta do hospital foi coberta, recusando-se o plano de saúde ao ressarcimento da parte paga pelo assistido, ou seja, o valor do implante

*dos stents foi coberto apenas parcialmente. Desse modo, a partir das circunstâncias de fato delineadas no acórdão recorrido, concluiu-se que o inadimplemento contratual por parte da entidade operadora do plano de saúde, na hipótese, teve consequências apenas patrimoniais, não proporcionando ao recorrente abalo caracterizador de dano moral. Precedentes citados: AgRg no REsp 1.132.821-PR, DJe 29/3/2010, e REsp 746.087-RJ, DJe 1º/6/2010. REsp 1.244.781-RS, **Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 24/5/2011.***

Quarta Turma

PLANO DE SAÚDE. GASTROPLASTIA.

Discute-se, no REsp, a obrigatoriedade de o plano de saúde da recorrida cobrir gastos com gastroplastia indicada ao tratamento de obesidade mórbida e outras complicações dela decorrentes. No julgamento do especial, observou o Min. Relator que as instâncias ordinárias mostraram ser a diversidade das consequências da doença apontada no laudo médico trazido aos autos indicadora de riscos iminentes à vida da paciente, considerada a cirurgia indispensável à sua sobrevivida. Assim, consignou que, efetivamente, a gastroplastia indicada como tratamento para obesidade mórbida, longe de ser um procedimento estético ou mero tratamento emagrecedor, revela-se como cirurgia por vezes essencial à sobrevivida do segurado, vocacionada, ademais, ao tratamento das outras tantas comorbidades que acompanham a obesidade em grau severo. Nessa hipótese, mostra-se ilegítima a negativa do plano de saúde em cobrir as despesas da intervenção cirúrgica. Registrou, ainda, que, havendo, por um lado, cláusula contratual excludente de tratamento para emagrecimento ou ganho de peso e, por outro lado, cláusula de cobertura de procedimentos cirúrgicos de endocrinologia e gastroenterologia, o conflito interpretativo soluciona-se em benefício do consumidor, mercê do disposto

no art. 49 do CDC. Com esse entendimento, a Turma negou provimento ao recurso. Precedente citado: REsp 1.106.789-RJ, DJe 18/11/2009. REsp 1.175.616-MT, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 1º/3/2011.

Terceira Turma

ACP. MP. CUSTEIO. TRATAMENTO.

A Turma, por maioria, negou provimento ao recurso especial interposto pela cooperativa de trabalho médico e, com isso, manteve o posicionamento do tribunal a quo que declarou a legitimidade do Ministério Público (MP) para propor ação civil pública em prol do interesse de menor (conveniada da recorrente), qual seja, o custeio de tratamento quimioterápico em qualquer centro urbano. In casu, a recorrente não havia autorizado a realização da quimioterapia sob a alegação de que o contrato do plano de saúde firmado não previa a cobertura de tal tratamento, assim como não permitia a sua efetivação em localidade diversa da área de abrangência pactuada. Segundo a Min. Relatora, a hipótese dos autos trata do direito individual indisponível à saúde e, conseqüentemente, à vida, cuja proteção foi assegurada à criança e ao adolescente com absoluta prioridade pelo art. 227 da CF/1988, o que legitima a atuação do Parquet nos termos dos arts. 127, caput, e 129, III e X, ambos da CF/1988, do art. 25, IV, a, da Lei n. 8.625/1993, do art. 81 da Lei n. 8.078/1990 e dos arts. 201, V, e 208, VII, da Lei n. 8.069/1990. Ressaltou, ainda, que esse entendimento beneficia não apenas o menor, mas todos os contratantes do plano de saúde, tendo em vista a relevância social do direito ora tutelado. Precedentes citados: REsp 823.079-RS, DJ 2/10/2006; REsp 718.203-SP, DJ 13/2/2006, e REsp 208.068-SC, DJ 8/4/2002. REsp 976.021-MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 14/12/2010.

Em conclusão, chamado a atuar na garantia dos direitos emanados da Carta Magna e priorizando a aplicação do princípio da preservação da dignidade da pessoa humana, o Poder Judiciário cada vez mais consolida a sua posição e representa uma resposta eficiente aos anseios da sociedade brasileira já tão descrente, contribuindo para fortalecê-la como uma sociedade mais justa, capaz de superar as desigualdades e as diferenças que de outro modo não poderiam ser ultrapassadas. ♦

Plano de Saúde - O Envelhecimento e o Reajuste por Faixa Etária – Impacto da Lei 9.656 e o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003)

Nadia Maria de Souza¹

A população brasileira está em processo de envelhecimento e os gráficos analíticos indicam que esse fenômeno demográfico tende a aumentar consideravelmente: daqui a 40 anos, a população com mais de 60 anos chegará a quase 30% da sociedade. Hoje o segmento com mais de 60 anos atinge o número aproximado de 19 milhões e, em 2050, deve chegar a 65 milhões.

O envelhecimento traz inúmeras consequências, entre as quais merecem relevo as doenças resultantes da degenerescência, algumas crônicas, que demandam aumento do gasto *per capita* com o custeio da assistência à saúde, onerando o SUS e certamente os planos de saúde privados. Segundo algumas fontes, o idoso precisa de oito vezes mais recursos que um jovem. Por isso, com o avanço tecnológico nos tratamentos e procedimentos, que tornam os cuidados mais eficazes e menos dolorosos e a transição epidemiológica, fazem-se necessários mais recursos financeiros.

A precificação também é questão por demais importante para o estudo do tema, pois todo plano de saúde é baseado no mutualismo, que está ligado a um risco e a um evento aleatório. Mutualismo envolve um grupo de pessoas solidárias com todas, contribuindo todas com suas mensalidades para um fundo comum. A contribuição individual custeia as despesas do próprio indivíduo (se necessário) e de todas as pessoas

¹Juíza de Direito da 3ª Vara de Órfãos e Sucessões - Capital.

desse mesmo grupo; portanto, é necessária a previsão de gastos dentro de uma classe de pessoas.

Não é viável a cobrança de preço único, esquecendo-se de classificar as pessoas em classe, pois os jovens utilizam muito menos os planos de saúde e optariam por não fazer um plano de saúde, preferindo pagar as poucas consultas e exames, enquanto os idosos pagariam então valor muito mais alto.

Antes do Estatuto do Idoso, a faixa etária ultrapassava os sessenta anos e, ao trocar de faixa, os valores aumentavam consideravelmente, chegando alguns planos a cobrar quase 200% de aumento com simples mudança e, por razões óbvias, as empresas não tinham interesse em manter os associados que representavam risco de despesas de grande monta. No final, o SUS assumia a grande parcela de idosos, apesar de o investimento público não ser suficiente para atender a demanda; ou seja, só interessavam aos planos de saúde as faixas etárias que não gerassem expectativa de gasto elevado. Trata-se de verdadeiro absurdo, notadamente para aquele cidadão que, muitas das vezes, mantinha o plano por mais de trinta anos e, quando mais precisava, via-se obrigado a recorrer ao plano de saúde público.

Em face desse problema, tornou-se premente dispor de uma legislação que não apenas garantisse os direitos dos consumidores, mas que também estabelecesse limites para os aumentos em função da idade. Isso ocorreu com a publicação da Lei 10.741/2003, o Estatuto do Idoso, que proibiu a discriminação dos idosos, definindo que a última faixa para fins de aumento passou a ser de cinquenta e nove anos.

A Agência Nacional de Saúde então definiu 10 faixas etárias, sendo a última com 59 anos e a regulamentação fixou um teto de valores, de forma que o idoso não deve pagar mais do que seis vezes o montante cobrado dos jovens da 1ª faixa; portanto, os jovens passaram a subsidiar parte dos custos dos idosos.

Com a entrada em vigor do Estatuto do Idoso, muito se discutiu sobre sua aplicabilidade aos contratos celebrados antes de sua vigência. Para uma corrente, o Estatuto do Idoso não se aplicava aos contratos celebrados em data anterior à vigência da lei, porque vulneraria o artigo 6º da Lei de

Introdução ao Código Civil, diante do Princípio da Irretroatividade das Leis, além da alegação de que o reajuste já estaria previsto claramente no contrato. Ao final, alegavam que a desconstituição do reajuste celebrado em conformidade com a cláusula contratual previamente pactuada era ato jurídico perfeito; portanto, imodificável em decorrência da própria Constituição Federal.

Dada máxima vênia, não procede a alegação. A questão é de ordem pública e, portanto, o contrato deve ajustar-se à nova legislação especial, que proíbe a discriminação da pessoa idosa em termos de cobrança de valores diferenciados em razão da idade.

Tanto o Código do Consumidor, como o Estatuto do Idoso, são normas de ordem pública e de interesse social, devendo-se ainda recordar que o art. 2035, parágrafo único do Código Civil estabelece que: “Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”.

Diante da natureza de ordem pública, não há que falar em ofensa ao ato jurídico perfeito, a aplicabilidade do Estatuto nos contratos de plano de saúde antigos, mesmo porque, quando celebrado não teria ocorrido o implemento da condição que geraria o aumento, que seria a idade, esta era futura e incerta, pois, talvez tal associado não viesse a ter a sorte de um dia chegar a ser idoso.

Muito se discutiu na instância superior, em especial quanto à questão da data da celebração do contrato, particularmente daqueles pactuados antes da Lei 9.656/98; os contratos firmados e/ou adaptados após a vigência da lei especial citada e antes do Estatuto do Idoso e aqueles celebrados após 2004.

Alegam que aos anteriores à Lei 9.656/98 e que não foram adaptados, não se aplicaria a faixa etária, nem tampouco ao Código do Consumidor; portanto, caso o reajuste fosse elevado, aquela cláusula contratual valeria entre as partes, pois o índice de variação do prêmio já estava estipulado no contrato, o mesmo ocorrendo com a faixa etária superior a 60 anos e existiria ato jurídico perfeito no contrato realizado.

Contudo, a jurisprudência majoritária no Estado do Rio de Janeiro firmou entendimento de que se aplica o Estatuto do Idoso a todo e qualquer contrato, por inúmeras razões, podendo citar, por exemplo, que é trato sucessivo entre as partes, a aplicabilidade da lei é cogente e imediata, por ser de ordem pública, não havendo que se falar em ato jurídico perfeito.

O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que, em relação à aplicação do Estatuto do Idoso aos contratos anteriores a 01 de janeiro de 2004, é de considerar se a pessoa completar sessenta anos durante o período de vigência do citado estatuto. Vejamos algumas decisões do citado Egrégio Tribunal:

“O plano de assistência à saúde é contrato de trato sucessivo, por prazo indeterminado, a envolver transferência onerosa de riscos, que possam afetar futuramente a saúde do consumidor e seus dependentes, mediante a prestação de serviços de assistência médico-ambulatorial e hospitalar, diretamente ou por meio de rede credenciada, ou ainda pelo simples reembolso de despesas.

“Como característica principal, sobressai o fato de envolver execução periódica ou continuada, por se tratar de contrato de fazer de longa duração, que se prolonga no tempo; os direitos e obrigações deles decorrentes são exercidos por tempo indeterminado e sucessivamente. Ao firmar contrato de plano de saúde, o consumidor tem como objetivo primordial a garantia de que, no futuro, quando ele e sua família necessitarem, obterá a cobertura nos termos em que contratada.

“O interesse social que subjaz ao Estatuto do Idoso exige sua incidência aos contratos de trato sucessivo, assim considerados os planos de saúde, ainda que firmados anteriormente à vigência do Estatuto protetivo. Deve ser declarada a abusividade e conseqüente nulidade de cláusula contratual que prevê reajuste de mensalidade de plano de saúde calcada exclusivamente na mudança de faixa etária – de 60 e 70 anos, respectivamente, no percentual de 100% e 200%, ambas inseridas no âmbito de proteção do Estatuto do Idoso.

“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 que se der por mudança de faixa etária; tal vedação não envolve, portanto, os demais reajustes permitidos em lei, os quais ficam garantidos às empresas prestadoras de planos de saúde, sempre ressalvada a abusividade. Recurso especial conhecido e provido.” (STJ, 3ª T., Resp 989.380-RN (2007/0216171-5, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 06.11.2008.)

“Plano de saúde – Reajuste de mensalidades em razão de mudança de faixa etária – Vedação – Precedentes – Decisão agravada mantida por seus próprios fundamentos. 1. Deve ser declarada a abusividade e conseqüente nulidade de cláusula contratual que prevê reajuste de mensalidade de plano de saúde calculada exclusivamente na mudança de faixa etária. 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 que se der por mudança de faixa etária. Precedentes do Superior tribunal de Justiça. 2. Da leitura das razões expendidas na petição de agravo regimental não se extrai argumentação relevante apta a afastar os fundamentos do julgado ora recorrido. Destarte, deve a decisão ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos. 3. Agravo regimental desprovido.” (STJ, 4ª T., AgRgREsp533539-RS (2003/0058291-0), rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 23.02.2010, v.u., DJE 08.03.2010.)

Antes do advento do Estatuto do Idoso, inúmeras reclamações chegavam ao Poder Judiciário e abarrotavam as prateleiras das serventias, tendo como embasamento ora o Código do Consumidor, ora a alegação de que o reajuste afetava o equilíbrio contratual, uma vez que colocava o consumidor em situação extremamente desvantajosa, pois, da noite para o dia, surgiam reajustes por demais elevados considerando tão somente a idade do consumidor, e, este se via diante da impossibilidade financeira de arcar

com o valor que era cobrado pelas operadoras de saúde.²

De certo que existiam normas a nível constitucional que protegiam o idoso; contudo, quando se tratava da questão atinente às operadoras de saúde, os ditames legais eram ignorados e o que importava realmente era o lucro da empresa. Com a edição do Estatuto do Idoso em 2003, aliás, que tramitou durante muitos anos, acabou-se por colocar um limite à ganância daqueles que só pretendiam manter associadas as pessoas situadas em faixa etária que não tinha necessidade de fazer exames e consultas ao longo de um ano, conforme restou comprovado através de quadro analítico. Atualmente, os mais jovens têm o dever legal de subsidiar parte dos gastos dos idosos, o que é justo, por ser questão de ordem pública. ♦

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

GREGORI, Maria Stella. Planos de Saúde. **A ótica da proteção do consumidor**. 3. Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

² GREGORI, Maria Stella. **Planos de Saúde. A ótica da proteção do consumidor**. 3. Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 212.

Esboço sobre a Saúde Suplementar no Brasil

Patricia Rodriguez Whately¹

BREVE HISTÓRICO LEGISLATIVO

A Constituição da República Federativa do Brasil define a saúde como direito fundamental, de acesso universal e igualitário, cujas promoção, proteção e recuperação devem ocorrer através de políticas sociais e econômicas, lideradas e coordenadas pelo Estado. Em seu artigo 198, a Constituição dispõe sobre o Sistema Único de Saúde (SUS), que deve ser descentralizado e financiado pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos dos §§2º e 3º da citada norma. Já no artigo 199, a Carta Magna confere à iniciativa privada a participação complementar no Sistema Único de Saúde e livre exercício da assistência à saúde.

Antes do advento da Constituição, vigia a Lei 6.229/75, que constituiu o Sistema Nacional de Saúde, dando início ao processo em que as atividades de promoção, proteção e recuperação da saúde passaram a ser obrigação do Estado.

Em se tratando de antecedentes, cumpre recordar que, em 1º de setembro de 1977, pela Lei 6.439, foi criado o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS), autarquia federal e vinculada ao Ministério da Saúde, a quem competia coordenar os programas de assistência médica aos trabalhadores urbanos, os programas de assistência médica aos servidores do Estado, devidos aos funcionários públicos civis da União e de suas autarquias e do Distrito Federal (e respectivos dependentes), os programas de assistência médica aos trabalhadores e aos empre-

¹Juíza de Direito da 6ª Vara Cível - Capital.

gadores rurais, e programas especiais de assistência médica, abrangendo os serviços médicos atualmente mantidos pela Fundação Legião Brasileira de Assistência – LBA, bem como aqueles prestados em determinadas regiões à população carente, beneficiária da previdência social (ou não), mediante convênios com instituições públicas que assegurem ao INAMPS os necessários recursos.

O INAMPS dispunha de estabelecimentos próprios, mas a maior parte do atendimento permanecia na esfera da iniciativa privada e os convênios estabeleciam a remuneração por procedimento.

Após a promulgação da Constituição em 1988, que instituiu o SUS, veio a lume a Lei Orgânica da Saúde de nº 8.080/90, que visava a regular, no território nacional, as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito público ou privado.

A Lei 8.080/90 regulamenta em seu Título III os serviços privados de assistência à saúde, conferindo a órgão de direção nacional do Sistema Único de Saúde (SUS), o controle das atividades que forem desenvolvidas pela iniciativa privada e os instrumentos que forem firmados.

O Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS) foi extinto pela Lei 8.689/93, que dispôs que as funções, competências, atividades e atribuições do INAMPS seriam absorvidas pelas instâncias federal, estadual e municipal gestoras do Sistema Único de Saúde, de acordo com as respectivas competências.

Até a promulgação da Lei 9.656/98 não havia regulamentação própria para o setor de saúde, salvo resoluções expedidas pela SUSEP para os contratos de seguro de saúde e da Associação Brasileira de Medicina de Grupo para os demais. Com o advento da Lei 9.656/98, que passou a regulamentar o exercício da saúde suplementar no país, foi criada a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), passando a existir um único órgão para regular o setor de saúde.

A ANS foi criada pela Medida Provisória nº 2.012-2 de 30/12/1999, posteriormente convertida na Lei nº 9.961/2000. Trata-se de autarquia sob regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, com prazo de dura-

ção indeterminado e atuação em todo o território nacional, como órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde.

A ANS está subordinada ao CONSU (Conselho de Saúde Suplementar) e possui autonomia em relação ao Poder Executivo, sua gestão é exercida por uma diretoria colegiada, composta por até cinco diretores, sendo um deles o seu diretor-presidente, que será designado pelo Presidente da República, dentre os membros da diretoria colegiada, investido na função por três anos, ou pelo prazo restante do mandato, admitida uma única recondução por três anos.

Esse órgão colegiado, integrante da estrutura regimental do Ministério da Saúde, composto pelo Ministro da Justiça - que o preside - pelo Ministro da Saúde, pelo Ministro da Fazenda e Ministro do Planejamento, Orçamento e Gestão, além do Presidente da ANS, que atua como secretário das reuniões, foi criado pela Lei 9.656/1998, e posteriormente alterado pelo Decreto nº 4.044/2001. Cabe-lhe supervisionar e acompanhar as ações e o funcionamento da ANS, fixar diretrizes gerais para a constituição, organização, funcionamento e fiscalização das empresas operadoras de produtos de que tratar a Lei 9.656/1998, entre outras atividades.

PLANOS DE ASSISTÊNCIA MÉDICO-HOSPITALAR X SEGURO SAÚDE

A diferença entre ambos os contratos reside basicamente no fato de que, nas operações de seguro saúde, é vedado às seguradoras prestar diretamente assistência à saúde (Art. 133, do DL 73/66). Enquanto determinados planos somente permitem atendimento em instalações ou estabelecimentos pertencentes à entidade operadora, outros permitem a prestação dos cuidados em estabelecimentos não credenciados, reembolsando o consumidor pelos gastos havidos fora da rede credenciada.

Os contratos de plano de assistência à saúde e seguro saúde podem prever cobertura odontológica, ambulatorial (atendimentos em consultório ou ambulatório e exames) ou hospitalar (internação), sendo que, no último caso, também é possível optar pela inclusão de cobertura obstetrícia.

O plano de referência constitui o padrão de assistência médico-hospitalar, porque conjuga a cobertura ambulatorial, hospitalar e obstétrica e, por imposição legal, deve ser oferecido obrigatoriamente aos consumidores.

REGIME FINANCEIRO DOS PLANOS DE ASSISTÊNCIA MÉDICO-HOSPITALAR E DOS SEGUROS DE SAÚDE E IMPACTO NO VALOR DO PRÊMIO/MENSALIDADE DOS PLANOS E SEGUROS DE SAÚDE

Os seguros diferem entre si, pelo regime financeiro; ou seja, pela técnica atuarial que determina a forma de financiamento das indenizações e benefícios integrantes do contrato. Os regimes se dividem em repartição e capitalização, sendo que o primeiro abarca repartição simples e repartição de capitais de cobertura.

Por seu turno, o regime de capitalização determina a contribuição necessária, para atender determinado fluxo de pagamento de benefícios, estabelecendo que o valor da série de contribuições efetuadas ao longo do tempo seja igual ao valor da série de pagamentos de benefícios no futuro.

Esse modelo de financiamento constitui reservas, tanto para os participantes assistidos, como para os ativos e, obviamente, pressupõe a aplicação das contribuições nos mercados financeiros, de capitais e imobiliários, a fim de adicionar valor à reserva que se está constituindo. A legislação vigente torna obrigatória a utilização do regime financeiro de capitalização para os benefícios de pagamento em prestações programadas e continuadas, como nos casos de previdência complementar.

No regime de repartição simples, todos os prêmios pagos pelos segurados em determinado período formam um fundo que se destina ao custeio de indenizações a serem pagas por todos os sinistros ocorridos no próprio período (e às demais despesas da seguradora). O mutualismo é diverso de repartição simples, pois para que o contrato de seguro mantenha o equilíbrio econômico-financeiro, é necessário que o mutualismo se dê em grupos com o mesmo perfil de risco; isto é, que apresentem riscos homogêneos.

No sistema de repartição, o prêmio cobrado é calculado de forma

que corresponda à importância necessária, para cobrir o valor das indenizações relativas aos sinistros esperados; isto é, impera o mutualismo, em que todos contribuem para propiciar o benefício apenas àqueles acometidos pelo infortúnio (partilha dos riscos entre pessoas com mesmo perfil de risco), tornando os custos, portanto, menos onerosos do que seria atribuído a cada um, em eventual planejamento de proteção individual.

O teorema de Bernoulli, mais conhecido como a “Lei dos Grandes Números”, parte do pressuposto de que, numa série imensa de experimentos, a frequência relativa de um evento se aproxima cada vez mais da sua probabilidade. Aplicada aos contratos de seguro saúde significa que valor médio do sinistro se aproxima cada vez mais do valor médio do sinistro esperado, à medida que o número de segurados aumenta.

A citada lei, aplicada em associação com o instrumental da Matemática Atuarial, permite o cálculo do custeio do seguro saúde e dos planos de saúde, com relativa margem de segurança, possibilitando equação de equilíbrio entre as mensalidades pagas pelos participantes dos planos e as coberturas oferecidas.

O prêmio/mensalidade é composto de prêmio de risco (despesa *per capita*), carregamento de risco (margem de segurança), despesas administrativas e comerciais, tributos e lucro. Seu reajuste somente é legítimo, quando ocorrer o aumento de eventos (sinistros) ou do valor médio de eventos, ou dos custos administrativos, comerciais e fiscais.

POLÊMICAS ACERCA DA APLICAÇÃO DA LEI NO TEMPO NO QUE SE REFERE A CONTRATOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE E SEGURO DE SAÚDE

Planos antigos, novos, adaptados, considerando o marco regulatório estabelecido pela Lei 9.656/98

Há caloroso debate no meio doutrinário e no jurisprudencial acerca da aplicação da Lei 9.656/98 aos planos antigos, contratados antes da vigência da referida lei. Para alguns pensadores, a cobertura é exatamente aquela que consta no contrato; inclusive quanto às exclusões previstas, em

função do princípio da irretroatividade das leis.

Porém, outros estudiosos entendem que a Lei 9.656/98 se aplica, tanto aos contratos realizados após sua vigência, quanto aos anteriores, eis que se trata de relação de trato sucessivo e a norma em comento é de ordem pública. Prevalece tal entendimento na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

O Superior Tribunal de Justiça, no entanto, não comunga do mesmo entendimento do TJRJ e rejeita a aplicação da Lei 9.656/98 aos contratos firmados antes de seu advento e que não foram a ela adaptados, como se denota dos acórdãos proferidos no REsp 735168 / RJ e REsp 889406 / RJ, julgados em 11/03/2008 e 20/11/2007, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi (3ª Turma do STJ) e Ministro Massami Uyeda (4ª Turma do STJ), respectivamente.

Entretanto, o STJ aplica o Código de Defesa do Consumidor a tais contratos, pois sustenta que a legislação consumerista regula os efeitos presentes de contratos de trato sucessivo e que, como os contratos celebrados antes da vigência da Lei 9.656/98 foram renovados já no período de sua vigência, não há retroatividade da lei nova.

Seguindo tal premissa, ressalta que a cláusula geral de boa-fé objetiva impõe deveres de conduta leal aos contratantes e funciona como limite ao exercício abusivo de direitos, garantindo que o direito subjetivo assegurado em contrato não pode ser exercido de forma a subtrair do negócio sua finalidade precípua. Por exemplo, no caso das próteses excluídas da cobertura do contrato por cláusula expressa, o STJ entendeu que tal cláusula é abusiva, pois se determinado procedimento cirúrgico está incluído na cobertura securitária, não é legítimo exigir que o segurado se submeta a ele, mas não instale as próteses necessárias para a plena recuperação de sua saúde.

Vedação ao aumento do valor do prêmio em decorrência de alteração de faixa etária para os idosos

Inicialmente, cumpre estabelecer o que é risco, eis que se trata de um dos fatores que influenciam no valor do prêmio. Basicamente, pode-se

afirmar que risco é o evento aleatório com possibilidade de se estimar sua ocorrência.

O processo de subscrição do risco é realizado em duas etapas: primeiro deve ser verificado se o risco é segurável a fim de ser aceito e, depois, o risco segurável é precificado, de acordo com o perfil do risco. O risco segurável exige:

- (a) que o evento segurado seja acidental e inesperado (segurado não pode controlar a ocorrência do evento);
- (b) que a indenização seja bem definida, se ocorrer o evento segurado;
- (c) evento segurado deve acarretar perdas;
- (d) deve existir grande número de segurados expostos ao risco (quanto maior o número de segurados, mais próximo se torna o valor médio do sinistro em relação ao valor médio esperado, garantindo o equilíbrio entre o valor da mensalidade/prêmio pago pelo participante e o serviço de assistência médico-hospitalar que a empresa se propõe a prestar);
- (e) que o evento segurado não ocorra com todos os segurados simultaneamente;
- (f) o valor da indenização deve ser calculável e o custo do seguro p o segurado deve ser viável.

O prêmio de risco anual é estabelecido pelo valor médio de eventos multiplicado por sua frequência. A precificação leva em conta o período de exposição e aumenta à proporção do aumento do valor médio, ou da frequência dos eventos, ou de ambos. Os fatores que afetam o prêmio de risco são sexo, idade, hábitos de vida, abrangência geográfica da cobertura, padrão quarto/enfermaria, entre outros; contudo, no Brasil a diferenciação de preço não pode considerar o fator sexo, só a faixa etária.

No que pertine à faixa etária, é notório que, quanto mais se envelhece, maior a probabilidade de gastos com saúde, e, diante da longevidade decorrente dos avanços tecnológicos, o custo com saúde tende a aumentar entre a população idosa, à medida que a renda obtida através do trabalho diminui. Como indicam estudiosos do tema, esta tende a aumentar entre 30 e 50 anos e depois começa a decrescer.

Devido ao mutualismo adotado no país, nos planos de assistência à saúde e seguro saúde, cada grupo etário é solidário entre si e a cláusula que permite o reajuste por faixa etária visa a garantir o equilíbrio financeiro-econômico de cada faixa de idade.

A Lei 9.656/98 veda a discriminação de preço, salvo por idade; contudo, a Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) veda a discriminação de preço por faixa etária aos idosos, que abarca pessoas com idade igual ou superior a 60 anos.

Em função da promulgação do Estatuto do Idoso, a ANS estabeleceu na Resolução 63 de 2003 que são 10 as faixas etárias e que a última faixa etária, para que se altere o valor da mensalidade, é a de 59 anos, de modo que os menores de 59 anos subsidiam os demais.

A 4ª Turma do STJ, no Resp nº 866.840-SP, julgado em 07/06/2011, decidiu que a norma disposta na Lei 10.471.

“não autoriza uma interpretação literal que determine, abstratamente, que se repete abusivo todo e qualquer reajuste baseado em mudança de faixa etária do idoso. Somente o reajuste desarrazoado, injustificado, que, em concreto, vise de forma perceptível a dificultar ou impedir a permanência do segurado idoso no plano de saúde implica na vedada discriminação, violadora da garantia da isonomia”.

No mesmo julgado, foram estabelecidas condições para que se admita a validade de reajustes em razão da mudança de faixa etária, quais sejam: a) previsão no instrumento negocial; b) respeito aos limites e demais requisitos estabelecidos na Lei Federal nº 9.656/98; e c) observância ao princípio da boa-fé objetiva, que veda índices de reajuste desarrazoados ou aleatórios, que onerem em demasia o segurado.

Já a 3ª Turma, no AgRg no REsp 1219965 / SP, julgado em 09/08/2011, entendeu que não pode ser reajustado o plano de saúde do idoso, mesmo quando ele tenha completado 60 anos antes da vigência do Estatuto do Idoso.

No referido acórdão, contudo, não consta fundamentação expressa, mas referência ao julgado proferido no REsp 809.329/RJ, de relatoria da Min. Nancy Andrichi, publicado no DJU de 11/04/2008, *verbis*:

“a previsão de reajuste contida na cláusula depende de um elemento básico prescrito na lei e o contrato só poderá operar seus efeitos no tocante à majoração das mensalidades do plano de saúde, quando satisfeita a condição contratual e legal, qual seja, o implemento da idade de 60 anos. Enquanto o contratante não atinge o patamar etário preestabelecido, os efeitos da cláusula permanecem condicionados a evento futuro e incerto, não se caracterizando o ato jurídico perfeito, tampouco se configurando o direito adquirido da empresa seguradora, qual seja, de receber os valores de acordo com o reajuste predefinido. Apenas como reforço argumentativo, porquanto não prequestionada a matéria jurídica, ressalte-se que o art. 15 da Lei n.º 9.656/98 faculta a variação das contraprestações pecuniárias estabelecidas nos contratos de planos de saúde em razão da idade do consumidor, desde que estejam previstas no contrato inicial as faixas etárias e os percentuais de reajuste incidentes em cada uma delas, conforme normas expedidas pela ANS. No entanto, o próprio parágrafo único do aludido dispositivo legal veda tal variação para consumidores com idade superior a 60 anos. - E mesmo para os contratos celebrados anteriormente à vigência da Lei n.º 9.656/98, qualquer variação na contraprestação pecuniária para consumidores com mais de 60 anos de idade está sujeita à autorização prévia da ANS (art. 35-E da Lei n.º 9.656/98). - Sob tal encadeamento lógico, o consumidor que atingiu a idade de 60 anos, quer seja antes da vigência do Estatuto do Idoso, quer seja a partir de sua vigência (1º de janeiro de 2004), está sempre amparado contra a abusividade de reajustes das mensalidades com base exclusivamente no alçar da idade de 60 anos, pela própria proteção oferecida pela Lei dos Planos de Saúde e, ainda, por efeito reflexo da Consti-

tuição Federal que estabelece norma de defesa do idoso no art. 230. A abusividade na variação das contraprestações pecuniárias deverá ser aferida em cada caso concreto, diante dos elementos que o Tribunal de origem dispuser. Por fim, destaque-se que não se está aqui alçando o idoso a condição que o coloque à margem do sistema privado de planos de assistência à saúde, porquanto estará ele sujeito a todo o regramento emanado em lei e decorrente das estipulações em contratos que entabular, ressalvada a constatação de abusividade que, como em qualquer contrato de consumo que busca primordialmente o equilíbrio entre as partes, restará afastada por norma de ordem pública”.

CONCLUSÃO

Há crescente discussão judicial acerca da validade de cláusulas restritivas de direito estipuladas nos contratos de assistência à saúde e seguro de saúde, precipuamente daquelas que estipulam o reajuste das mensalidades/prêmios (judicialização do atendimento à saúde).

Não obstante o debate, cabe ao Poder Judiciário, pela função constitucional que lhe foi outorgada, dirimir tais conflitos, sem perder de vista a complexidade do tema, que envolve, não somente a ciência jurídica e suas normas, como ciência atuarial e estatística. Note-se que, de acordo com dados estatísticos, a tendência no país é que haja aumento da população idosa no futuro, quando não haverá jovens suficientes para subsidiar os idosos, como ocorre atualmente.

Diante dessa discrepância, cabe aos operadores do Direito buscar soluções que garantam o exercício do direito à saúde pelos consumidores – evitando demasiada elevação das mensalidades/prêmios, de modo a viabilizar a contratação de planos de assistência à saúde, os quais também assegurem o equilíbrio financeiro-econômico do contrato e consequente solvabilidade da seguradora/operadora de planos de assistência à saúde. ♦

Envelhecimento e Reajuste por Faixa Etária: Impacto da Lei 9.656 e do Estatuto do Idoso

Paulo Roberto Campos Fragoso¹

INTRODUÇÃO

Historicamente, a saúde no Brasil foi questão tormentosa, pois os recursos do poder público são insuficientes para fazer frente a uma demanda que cresce de forma exponencial, sobretudo pelo envelhecimento da sociedade brasileira, motivado pela redução da mortalidade, queda da fecundidade, melhoria da qualidade de vida e pela erradicação crescente das doenças epidemiológicas. Tal demanda também afeta o Sistema de Saúde Suplementar, onerando as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, sobretudo pelo advento de novas tecnologias, mais eficazes que os meios tradicionais, porém não mais baratas.

Esse quadro tem feito surgir questionamentos das operadoras que buscam, sob o argumento de maior custo quanto ao atendimento a idosos, onerar as mensalidades das últimas faixas etárias previstas em lei, incorrendo em verdadeira seleção de riscos. E, em socorro dos usuários, buscando coibir abusos e ilegalidades, merecem relevo diplomas legais (Código de Defesa do Consumidor², Lei dos Planos de Saúde³, Estatuto do Idoso⁴

1 Juiz de Direito da 5ª Vara Cível - Duque de Caxias.

2 BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

3 BRASIL. Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998.

4 BRASIL. Lei nº 10.741, de 01 de outubro de 2003.

etc.) que passaram a regular a atividade desenvolvida por tais operadoras, inclusive limitando e, em algumas hipóteses, vedando os reajustes decorrentes da mudança de faixa etária. Encontra-se, então, instalado verdadeiro conflito de interesses entre a proteção à margem sustentável de lucros das empresas que operam planos de saúde e a proteção contra a segregação dos idosos no sistema de saúde Suplementar, e foi justamente esse conflito que foi objeto das palestras proferidas em 22 de julho de 2011, no curso de Direito em Saúde Suplementar, ministrado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

O ENVELHECIMENTO SOCIAL E SEUS REFLEXOS NA SAÚDE

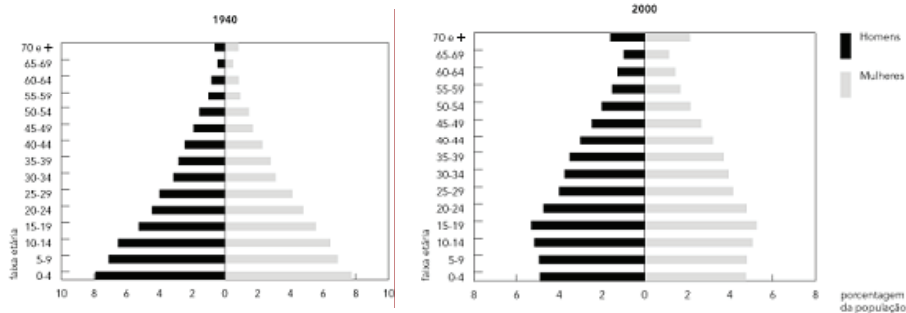
A idade destaca-se entre fatores de diferenciação social e característica essencial da vida sociocultural de qualquer sociedade, variando entre populações a percepção sobre o envelhecimento e o valor e o papel do idoso⁵ e, no caso da sociedade brasileira, não seria diferente. Somos uma sociedade razoavelmente jovem, pois, diferentemente das grandes civilizações europeias, possuímos pouco mais de meio milênio de existência e começamos, somente agora, a sofrer um processo de envelhecimento etário progressivo.

Como bem salientou José Cechin⁶, engenheiro, doutor em economista e ex-ministro da Previdência no governo de Fernando Henrique Cardoso, em sua palestra proferida na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, a sociedade brasileira atravessa um processo de acelerado envelhecimento, em que há redução gradual nas faixas etárias mais próximas da base e acréscimo nas faixas etárias mais próximas do topo da pirâmide.

5 MOREIRA, M. M. "Envelhecimento da população brasileira: aspectos gerais". Fundação Joaquim Nabuco. Pernambuco. In <http://www.fundaj.gov.br/geral/textos%20online/populacional/envelhecimento.pdf>. 28.07.2011.

6 CECHIN, José. "Curso de Direito em Saúde Suplementar. Envelhecimento e Reajuste por Faixa Etária: Impacto da Lei 9.656 e do Estatuto do Idoso". (informação verbal). Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Auditório Nelson Ribeiro Alves. 22.07.2011.

Distribuição proporcional (%) da população por sexo e idade. Brasil,



Fonte: IBGE (1940, 2000)

Segundo dados do IBGE⁷, referentes à distribuição proporcional (%) da população entre 1940 e 2000, houve redução significativa na população que integra a faixa etária dos 0 a 4 anos e acréscimo exponencial da população que integra a faixa etária do 70 e + anos.

José Alberto Magno de Carvalho⁸ destaca:

[...] até os anos 60, a partir, pelo menos, de 1940 (o censo anterior ao de 1940 foi o de 1920, que apresentou sérios problemas quanto à qualidade dos dados), a população brasileira apresentou-se como quase-estável, com distribuição etária praticamente constante. Era uma população extremamente jovem, com em torno de 52% abaixo de 20 anos, e menos de 3% acima dos 65 anos. (...) No final da década de 60, inicia-se rápido e generalizado declínio da fecundidade no Brasil. Sua TFT passa de 5,8, em 1970 (Carvalho, 1974), para algo em torno de 2,3 filhos, por

7 MOREIRA, M. M., *op. cit.*

8 CARVALHO, J. A. M.; GARCIA, R. A. "O envelhecimento da população brasileira: um enfoque demográfico". *Caderno Saúde Pública*, Rio de Janeiro, 725-733, mai-jun, 2003.

mulher, em 2000. O nível da fecundidade, em 2000, já está bem próximo daquele de reposição, isto é, aquele que produz crescimento nulo da população a longo prazo. Parte da população já se encontra com fecundidade abaixo do nível de reposição e o nível médio do País deverá continuar a cair, pois há claras indicações de rápido declínio no Nordeste e em grupos mais pobres da população. Como consequência, entra a população brasileira em um sustentado processo de desestabilização de sua estrutura etária, com estreitamente continuado da base da pirâmide e, consequentemente, envelhecimento da população (CAMARANO, 1999; WONG, 2001)⁹.

Mas, não só a queda da fecundidade ocorrida em meio século, como também a redução da mortalidade, quer pela melhoria da qualidade de vida, decorrente do progresso tecnológico, quer pela erradicação crescente das doenças epidemiológicas, contribuíram para o aumento significativo da população de idosos. “Enquanto o envelhecimento populacional significa mudanças na estrutura etária, a queda da mortalidade é um processo que se inicia no momento do nascimento e altera a vida do indivíduo, as estruturas familiares e a sociedade”¹⁰

E, como salienta Maria Lucia Lebrão¹¹, a maior longevidade da população vem provocando a necessidade de ajustes nas esferas pública e privada, pois, ao passo que representa verdadeiro triunfo da sociedade frente às adversidades enfrentadas pelos seres humanos no curso da vida, segue acompanhada de crescentes demandas sociais e de saúde, com ônus ao sistema previdenciário:

[...] para outros, tal ‘vitória’ significa um pesado ônus para polí-

9 CAMARANO, A. A., 1999; WONG, L. L. R., 2001 *apud* CARVALHO, J. A. M., *op. cit.*

10 CAMARANO, A. A. “Envelhecimento da população brasileira: uma contribuição demográfica”. Texto para Discussão nº 858. IPEA: Rio de Janeiro, 2002. [In http://www.ipea.gov.br/pub/td/2002/td_0858.pdf](http://www.ipea.gov.br/pub/td/2002/td_0858.pdf).

11 LEBRÃO, M. L.; LOUVISON, M. C. P; DUARTE, Y. A.O. “A regulação da saúde suplementar e o direito da pessoa idosa à assistência à saúde”; **Revista de Direito Sanitário**. V. 9, n. 2. São Paulo, Jul./Out. 2008, p. 190/206.

ticas públicas inclusivas e solidárias aos considerados grupos mais vulneráveis da população, pois sabe-se que o processo de envelhecimento pode ser acompanhado por crescentes demandas sociais e de saúde além de maiores custos previdenciários.

Prossegue a autora afirmando que o processo de transição epidemiológica, no Brasil, não ocorreu da mesma forma que na maioria dos países industrializados:

Observa-se um processo não unidirecional, marcado pelo predomínio das doenças crônicas não transmissíveis e pela reintrodução de doenças como dengue, febre amarela, cólera e o recrudescimento de outras, como malária, hanseníase e leishmaniose. Soma-se a isto a situação epidemiológica contrastante das diferentes regiões. Essa associação de fatores causa um grande impacto na utilização de serviços de saúde e, conseqüentemente, nos custos associados a esses. Esses últimos também são influenciados pela incorporação de altas tecnologias, cuja expansão na área de saúde caminha numa velocidade muito intensa e cujo uso indiscriminado não é inócuo nem para os sistemas de saúde, nem para as pessoas. É nesse contexto que se enquadra o envelhecimento da população brasileira que, longe de ser visto como um problema, deve ser encarado com planejamento e responsabilidade¹².

E, como se era de esperar, esse processo de envelhecimento com aumento de demandas por saúde se acentua na população beneficiária de planos de saúde suplementar. O Instituto de Estudos de Saúde Suplementar (IESS)¹³ destaca que os idosos representam 11,2% da população com

12 CHAIMOVICZ, F., 1997; MURRAY, C. J. LOPEZ. *apud* LEBRÃO, *op. cit.*

13 SAUDE SUPLEMENTAR EM FOCO. “Os planos de saúde frente às regras de reajuste por faixa etária”. Instituto de Estudos de Saúde Suplementar. **Informativo Eletrônico** nº 12, ano 2. São Paulo, 23.03.2011. In <http://www.iess.org.br/informativosiess/12.htm>.

plano de saúde, atingindo o percentual de 20,9% do contingente que celebrou contrato antes da Lei nº 9.656/98 (Estatuto do Idoso), e com o crescente envelhecimento populacional, o sistema de saúde suplementar poderá se tornar insustentável dentro de um prazo não muito longo, pois “o pagamento do custo dos idosos pelos mais jovens induzirá menor adesão de pessoas saudáveis em planos, inviabilizando o sistema, que tem sua precificação calculada a partir do custo de saúde per capita de cada faixa etária”¹⁴.

Tal pensamento parte, contudo, de uma premissa absolutamente equivocada, a de que a população de idosos, ao contrário dos jovens, não é formada por “pessoas saudáveis”, representando, por isso, maior custo para as operadoras. O simples fato de atingir a faixa etária dos idosos não implica, necessariamente, que o usuário do sistema de saúde suplementar se torna menos saudável e, por isso, passa a representar alto custo às operadoras.

Tal pensamento tem forte cunho discriminatório, na medida em que se baseia exclusivamente em um critério etário: “[...] se o idoso continua sendo parte da família, por meio dela deve continuar inserido na sociedade. Seus direitos básicos não devem ser diferenciados dos demais, pois esta é uma das maiores formas de discriminação em que podemos incorrer”¹⁵.

É preciso reconhecer a pessoa idosa como alguém socialmente ativo e capaz, titular do direito à igualdade, não podendo ser diferenciado dos demais, em razão do eventual risco que o maior uso do serviço contratado possa representar ao lucro almejado pelas seguradoras. Ademais, o impacto nos custos dos planos de saúde dos riscos de adoecimento e maior utilização dos serviços, em decorrência do avançar da idade (e aí se aplica a todas as faixas etárias e não só a dos idosos), já são historicamente repassados aos preços praticados ao consumidor.

Equivoca-se, ainda, o IESS quando apresenta como solução plau-

14 Idem.

15 BRAGA, P. M., *apud* LEBRÃO, M. L., *op. cit.*

sível, compartilhada pelo ilustre palestrante Luiz Celso Dias Lopes¹⁶, a criação de um fundo obrigatório que permitisse ao jovem, quando atingisse a faixa etária do idoso, arcar com o pagamento da mensalidade correspondente.

Tal proposta transfere exclusivamente para o consumidor, usuário do sistema de saúde suplementar, a obrigação de formar reservas que lhe permitam arcar com o pagamento de mensalidades oneradas pelas seguradoras, em razão do risco decorrente da mudança para a faixa etária dos idosos e, colidindo com o anterior argumento, apenas serviria para incrementar o alegado desestímulo da população mais jovem à adesão aos planos.

A solução para a obtenção do equilíbrio entre a renda e os custos decorrentes da maior utilização do sistema de saúde suplementar não poderá ser obtida com a segregação dos idosos, mediante a oneração demasiada das mensalidades inerentes às últimas faixas etárias, nem pela transferência exclusiva ao usuário jovem da obrigação de formar capital de reserva para arcar com tais mensalidades, mas deve caminhar na direção da adoção de ações de promoção à saúde e medidas de prevenção de doenças, “tendo por princípio um sistema proativo de identificação precoce de risco e de sinais de fragilidade, com foco na manutenção da capacidade funcional, gerenciamento de doenças crônicas e equipes de referência”¹⁷, medidas que ensejarão a efetiva redução dos custos.

Hoje, o sistema é caracterizado “pela pulverização e isolamento dos serviços, [...] ou seja, muitos profissionais envolvidos de forma desintegrada, numerosos exames solicitados [...] custos altíssimos e resultados ineficientes e, por vezes, não resolutivos”¹⁸.

Foi exatamente nesse enfoque que surgiu o Estatuto do Idoso, buscando dar maior proteção ao segmento social mais vulnerável, integrantes

16 LOPES, L. C. D. “Curso de Direito em Saúde Suplementar. Envelhecimento e Reajuste por Faixa Etária: Impacto da Lei 9.656 e do Estatuto do Idoso” (informação verbal). Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Auditório Nelson Ribeiro Alves. 22.07.2011.

17 LEBRÃO, *op. cit.*

18 *Idem.*

da faixa etária a partir dos 60 anos, assegurando-lhes, entre outros direitos, a atenção integral à saúde, por intermédio do Sistema Único de Saúde (SUS) e acesso ao Sistema de Saúde Suplementar, com vedação da discriminação, para cobrança de valores diferenciados, em razão de sua idade:

O direito à saúde suplementar privada, também previsto na Constituição, é garantido ao idoso, livrando-o da discriminação e da segregação por preços abusivos, baseados em seu maior risco. Tal medida foi necessária para coibir uma série de abusos e ilegalidades que eram, e ainda são, praticados por esses planos que costumam se justificar legando que a elevação dos custos decorre do fato de que, nas idades mais avançadas, os idosos utilizam os serviços de saúde com maior frequência que os mais jovens¹⁹.

Ninguém duvida de que as necessidades do idoso podem encarecer a assistência médica hospitalar, onerando as prestadoras, e essas, por sua vez, sustentam que, a permanecer esse quadro, sua subsistência estará em jogo. Acontece que esse argumento das empresas é embasado em cálculos atuarias destituídos da transparência necessária, o que leva, inexoravelmente, ao vazio.

A fiscalização feita pela Agência Nacional de Saúde Suplementar não é idônea, no sentido de demonstrar o quão é oneroso o tratamento para os idosos. Não se sabe a margem de lucro das empresas, nem se conhece objetivamente o impacto que o tratamento aos idosos causa. Há, repita-se, apenas as alegações feitas pelas empresas, sem a devida comprovação.

O consumidor, idoso ou pertencente a outra faixa etária, não tem acesso às contas das operadoras, desconhece o método de feitura dos seus cálculos atuarias e tal quadro gera incerteza ao julgador, que se vê diante de conflito de princípios constitucionais, como, por exemplo, o Princípio da Livre Iniciativa e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Não basta a simples alegação de maior custo, para que o poder ju-

19 BRAGA, P. M. V.; SIQUEIRA, L. E. A., *apud* LEBRÃO, *op. cit.*

diciário afaste a incidência do direito constitucional do idoso à saúde, privilegiando o Princípio da Livre Iniciativa, em detrimento dos Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Igualdade. Como bem salientou o ilustre Desembargador de nosso Tribunal Jessé Torres Pereira Junior, a expectativa de lucros das operadoras de plano de saúde suplementar não pode sobrepor-se às garantias outorgadas ao cidadão pela Constituição e leis infraconstitucionais. “São valores que devem se compatibilizar mediante adequada previsão que as empresas façam dos custos da cobertura que contratam com sua clientela”²⁰, e o crescente ingresso de usuários na faixa etária dos idosos em nada altera esse quadro. ♦

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRAGA, Pérola Melissa V. **Direitos do idoso de acordo com o Estatuto do Idoso**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. 287 p.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de Setembro de 1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências**. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil], Brasília, 12 set. 1990.

_____. Lei nº 9.656, de 03 de Junho de 1998. **Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde**. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil], Brasília, 4 jun. 1998.

_____. Lei nº 10.741, de 01 de Outubro de 2003. **Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências**. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil], Brasília, 3 out. 2003.

20 PEREIRA JUNIOR, J. T. “O formato jurídico da gestão da saúde pública: a opção da MP nº 520/10 por modelo empresarial, sob a perspectiva jurisprudencial”. *Boletim de Direito Administrativo*. V. 27 - n. 5, maio/2011. São Paulo: Editora NDJ, 2011, p. 529/550.

CAMARANO, Ana Amélia. **Envelhecimento da população brasileira: uma contribuição demográfica.** Texto para Discussão nº 858. IPEA: Rio de Janeiro, 2002. In http://www.ipea.gov.br/pub/td/2002/td_0858.pdf.

_____. **Muito além dos 60: os novos idosos brasileiros.** Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada.

CARVALHO, José Alberto Magno de; GARCIA, Ricardo Alexandrino. **O envelhecimento da população brasileira: um enfoque demográfico.** Caderno Saúde Pública, Rio de Janeiro, 725-733, mai-jun, 2003.

CECHIN, José. **Curso de Direito em Saúde Suplementar. Envelhecimento e Reajuste por Faixa Etária: Impacto da Lei 9.656 e do Estatuto do Idoso.** (informação verbal). Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Auditório Nelson Ribeiro Alves. 22.07.2011.

CHAIMOVICZ, Flávio, **A saúde dos idosos brasileiros às vésperas do século XXI: problemas, projeções e alternativas.** Rev. Saúde Pública, São Paulo, v. 31, n. 2, p. 184-200. 1997.

LEBRÃO, Maria Lúcia; LOUVISON, Marília Cristina Prado; DUARTE, Yeda Aparecida de Oliveira. **A regulação da saúde suplementar e o direito da pessoa idosa à assistência à saúde;** Revista de Direito Sanitário. V. 9, n. 2. São Paulo, Jul./Out. 2008, p. 190/206.

LOPES, Luiz Celso Dias. **Curso de Direito em Saúde Suplementar. Envelhecimento e Reajuste por Faixa Etária: Impacto da Lei 9.656 e do Estatuto do Idoso (informação verbal).** Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Auditório Nelson Ribeiro Alves. 22.07.2011.

MOREIRA, Morvan de Mello. **Envelhecimento da população brasileira: aspectos gerais.** Fundação Joaquim Nabuco. Pernambuco. In <http://www.fundaj.gov.br/geral/textos%20online/populacional/envelhecimento.pdf>. 28.07.2011.

MURRAY, Christopher. JL; LOPEZ, Adam D. **Global mortality, disability, and the contribution of risk factors: Global Burden of Disease Study.** Lancet, v. 350, n. 9071, p.144.

NITÃO, Samara Rachel Vieira. **Saúde suplementar no Brasil: um estudo da dinâmica industrial pós-regulamentação.** Rio de Janeiro: s. n., 2004. 130p., tab., graf.

PEREIRA JUNIOR, Jessé. Torres. **O formato jurídico da gestão da saúde pública: a opção da MP nº 520/10 por modelo empresarial, sob a perspectiva jurisprudencial.** Boletim de Direito Administrativo. v. 27 - n. 5, maio/2011. São Paulo: Editora NDJ, 2011, p. 529/550.

SAUDE SUPLEMENTAR EM FOCO. **Os planos de saúde frente às regras de reajuste por faixa etária.** Instituto de Estudos de Saúde Suplementar. Informativo Eletrônico nº 12, ano 2. São Paulo, 23.03.2011. In <http://www.iess.org.br/informativosiess/12.htm>.

SIQUEIRA, Luiz Eduardo Alves de. **Estatuto do idoso de A a Z: idéias e letras.** São Paulo, 2004. 238 p.

WONG, Laura Lída Rodriguez. **O envelhecimento da população brasileira e o aumento da longevidade: subsídios para políticas orientadas ao bem-estar do idoso.** 1. ed. Belo Horizonte: Editora da Universidade de Minas Gerais, 2001. v. 400. 270 p.

Da Possibilidade de Reajuste de Contrato de Plano de Saúde Anterior à Vigência do Estatuto do Idoso

Rafael Estrela Nobrega ¹

Promulgada a Constituição da República de 1988, o poder constituinte originário, com o fito de assegurar proteção ao direito fundamental à saúde, estabeleceu no artigo 196 que esta é “direito de todos e dever do Estado”. Para tanto, entendeu a Constituinte que as ações e serviços de saúde devem ser prestados diretamente pelo Estado, através de terceiros, ou pelo particular em caráter complementar, dada a livre iniciativa, consagrada como princípio geral da ordem econômica.

Talvez, sabedor das inúmeras dificuldades decorrentes da concentração de todas as ações e serviços de saúde nas mãos do Estado, o constituinte originário repassou ao particular parte dessa responsabilidade, na certeza de que a saúde suplementar, através do modelo empresarial, ajudaria a tornar mais eficiente a participação do Estado na prestação da saúde pública.

Ainda assim, transcorridos mais de vinte anos da promulgação da nova ordem constitucional, diversas são as manifestações de insatisfação de todos aqueles que compõem o universo da saúde no Brasil.

O Eminentíssimo Desembargador Jessé Torres Pereira Junior, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ao discorrer sobre o tema, *in* BDA – BOLETIM DE DIREITO ADMINISTRATIVO – maio/2011 – P. 530, assim se manifestou:

¹Juiz de Direito da 32ª Vara Criminal - Capital.

“Sob a perspectiva da eficiência, muito se tem debatido acerca da política pública desenhada na CF/88 para a saúde, em seus dois eixos: primeiro, o do Sistema Unificado de Saúde – SUS, gestor estatal de serviços postos à disposição da população gratuitamente, em todas as esferas federativas solidárias, e segundo, o da iniciativa privada complementar, na qual vicejam planos de saúde oferecidos à livre e remunerada contratação a empresas privadas, que os criam e administram sob normas estabelecidas pela autarquia reguladora competente”.

Se, por um lado, aqueles que necessitam do atendimento público de saúde são constantemente alvo da má prestação do serviço, não se pode afirmar que a parcela da população que possui condições financeiras para contratação de um seguro saúde esteja plenamente satisfeita. Basta rápida pesquisa aos sítios dos diversos tribunais do país, para se constatar as inúmeras demandas ajuizadas em face do Estado e das empresas particulares, responsáveis por gerir os planos de saúde.

O princípio constitucional da inafastabilidade do Poder Judiciário confere a qualquer cidadão o poder de exigir decisão emitida por juiz competente, diante de ameaça ou lesão a seu direito, conforme art. 5º, XXXV, da CF/88.

O fenômeno da judicialização da saúde, além de conferir concretização ao amplo acesso à justiça, revela claramente a insatisfação dos hipossuficientes com o atendimento público, como também daqueles vinculados às operadoras de saúde.

Segundo dados estatísticos, somente no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no ano de 2010, ingressaram 11.872 processos em face do Estado ou Município a respeito do tema saúde, enquanto que, nas varas e Juizados Cíveis, foram 10.697 processos, em face das operadoras de saúde. Tais números demonstram a falta de efetividade da assistência de saúde em relação ao mandamento constitucional de que a saúde é um direito de todos.

De fato, inúmeras demandas são oriundas da ineficiência do Estado, como também das diretrizes empresariais que visam a conferir prioridade

ao lucro das operadoras de saúde, que recusam sistematicamente autorizações para internação, fornecimento de medicamentos e cirurgias, mesmo diante do evidente direito do necessitado.

Não se pretende com essas breves considerações negar a legitimidade da busca pelo lucro, nem tampouco defender a ilimitada expectativa de lucro, que é legítima. Cumpre sublinhar que a CF/88 permitiu a saúde suplementar, sem que se desrespeite qualquer regra ou princípio constitucional.

O mundo ideal seria conferir atendimento à saúde de forma igual e irrestrita a todos os cidadãos, sem distinção de qualquer natureza. Todavia, sabe-se que isso é uma utopia, dada nossa dimensão territorial, diversidade cultural e múltiplas diferenças econômicas e sociais de nossa população. Sabedor disso, o poder constituinte transferiu ao empresariado parte da responsabilidade, conferindo-a à livre iniciativa, que não vive sem a expectativa de lucro.

É claro que a busca de lucratividade deve se compatibilizar com as garantias que a Constituição e as leis conferem aos cidadãos. Daí a sempre presente intervenção do Poder Judiciário e a criação da Agência Nacional de Saúde pela Lei nº 9.961/2000, a fim de regular, normatizar, controlar e fiscalizar as atividades que avalizem a assistência suplementar à saúde.

Diversos são os diplomas legais que irradiam suas regras e princípios aos contratos de planos de saúde. Como exemplo, podem-se citar o Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor, a Lei nº 9.656/98, atos normativos expedidos pela ANS etc.

Assim, ao passo que o empresariado possui a legítima expectativa de lucro, não pode se olvidar das normas legais e da delicada área onde exerce sua atividade empresarial. Por outro lado, a ineficiência estatal não pode ser transferida para os custos do modelo empresarial, devendo sempre o Poder Judiciário intervir, quando provocado, para equilibrar a relação jurídica entre os usuários e as operadoras de saúde.

Nesse contexto, o tema proposto no presente trabalho diz respeito à aplicabilidade do Estatuto do Idoso aos contratos de plano de saúde, firmados antes de sua vigência, no que concerne à cláusula de reajuste quando o usuário atinge os 60 anos.

Atualmente, a posição do Superior Tribunal de Justiça é no sentido da vedação ao reajuste da mensalidade para o consumidor que atingiu os 60 anos, quer seja antes da vigência do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003), ou a partir de sua vigência. Na verdade, cabe registrar que o reajuste é sempre possível, mesmo para recompor o equilíbrio financeiro do contrato, por força da corrosão inflacionária; vedado é o reajuste exclusivamente por conta do implemento da idade.

Conforme tese vencedora no Superior Tribunal de Justiça, a perspectiva ditada pelo princípio da aplicação imediata da lei confere a possibilidade de condicionar a incidência da cláusula de reajuste por faixa etária, igual ou superior a 60 anos, ao momento não da celebração do contrato, mas da data em que a aludida idade foi atingida. Nessa messe, assim se manifestou a Eminente Ministra Nancy Andrihgi no Resp nº 809.329- RJ:

“Isso porque a cláusula de reajuste por faixa etária é de caráter aleatório, cujo aperfeiçoamento condiciona-se a evento futuro e incerto. Explico: não sabemos se o consumidor atingirá a idade preestabelecida na cláusula contratual, que decorre de lei. Dessa forma, enquanto o contratante não atinge o patamar etário pre-determinado, os efeitos da cláusula permanecem condicionados a evento futuro e incerto, não se caracterizando o ato jurídico perfeito, tampouco se configurando o direito adquirido da empresa seguradora, qual seja, de receber os valores de acordo com o reajuste predefinido.”

Nesses termos, não ocorre violação ao ato jurídico perfeito ou a direito adquirido, porquanto ainda não atingida a idade de 60 anos, estabelecida na cláusula contratual, quando da entrada em vigor da *novatio legis*. Ademais, fortalece a tese vencedora a previsão contida no art. 15, parágrafo único, da Lei nº 9.656/98, no sentido da vedação da variação das contraprestações pecuniárias nos contratos de plano de saúde contidas no *caput*, aos consumidores com idade superior a 60 anos.

Não obstante o entendimento majoritário, firmo meu posicio-

namento no sentido da possibilidade do reajuste do plano de saúde por força da idade, para os contratos firmados antes da vigência do Estatuto do Idoso.

É importante ressaltar que a Lei nº 9.656/98 nasceu da necessidade de se impedirem frequentes abusos no segmento da saúde complementar, dentre eles, os reajustes aleatórios e unilaterais das mensalidades, em benefício tão somente dos lucros das operadoras de saúde.

Ainda que diante das normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor, não raras vezes, o usuário do plano de saúde era surpreendido com reajustes de mais de 100% em sua mensalidade, o que gerava desequilíbrio em suas finanças, a fim de manter o contrato celebrado por força da preocupação com sua saúde.

Com o surgimento da Lei nº 9.656/98, coube à ANS regular o reajuste das mensalidades, estabelecendo faixas etárias nos termos da Resolução nº 6/98 do CONSU. Logo, não se pode negar a existência de controle de cláusulas abusivas, reforçado inclusive pela legislação consumerista, a fim de proteger aqueles que ocupam posição de vulnerabilidade (art. 4º, I, do CDC). Registre-se, portanto que práticas abusivas pelas operadoras de saúde devem ser rechaçadas, independentemente da vigência do Estatuto do Idoso.

O Poder Judiciário não necessita da aplicação da regra que veda reajuste de mensalidade após o consumidor completar 60 anos, pois já dispunha de mecanismos a enfrentar eventual abuso cometido pelas operadoras de saúde.

O contrato de plano de saúde possui natureza de contrato de trato sucessivo, com transferência onerosa de riscos, no qual o usuário, mediante pagamento de mensalidade tem o direito de usar a prestação de serviços médicos hospitalares, por meio de rede credenciada, pelo simples reembolso de despesas. Trata-se de contrato que se prolonga no tempo, por prazo indeterminado, de modo que o pagamento da mensalidade confere o direito à cobertura contratual. Assim, o consumidor não pode ser surpreendido com recusas indevidas de cobertura contratual, como também por reajustes abusivos em sua mensalidade, já que confia no equilíbrio econômico

e na qualidade dos serviços, alcançando, assim, a segurança e estabilidade próprias da natureza do contrato de plano de saúde.

Sob esse aspecto, o plano de saúde assume magna importância na sociedade moderna, já que é imprescindível para a vida e o conforto do homem, cada vez mais preocupado com sua saúde e bem-estar. Não se pode olvidar que o contrato de plano de saúde também possui o elemento mutualismo, em que pessoas pertencentes a um mesmo grupo com características próprias, contribuem para um fundo comum, mediante preço formado por cálculos atuariais. Portanto, é preocupante que a diretriz que confere ao idoso a impossibilidade de reajuste de seu plano de saúde, por força da idade, não perceba o risco de desequilíbrio econômico na gestão do fundo comum.

É claro que não se defendem aumentos abusivos, em razão da idade do consumidor. Mas, não se pode olvidar que os gastos de uma pessoa de aproximadamente 60 anos sejam os mesmos de uma pessoa com aproximadamente 80 anos de idade, nem tampouco com aqueles que possuem em torno de 30 anos.

De fato, é natural que, com o passar dos anos, a necessidade de um atendimento médico cresça, dado o envelhecimento do corpo humano. Os gastos com internações hospitalares, medicamentos e honorários médicos são bem mais elevados a justificar pagamento de mensalidade mais elevada. Do contrário, para se manter o equilíbrio financeiro do plano de saúde, será necessário majorar o preço da mensalidade dos usuários mais novos, ainda que, para esses, a arrecadação seja superavitária.

Além do mais, a operadora de saúde não pode ser surpreendida com *novatio legis* que altere classificação de idade para reajuste da mensalidade, tendo diversas carteiras de clientes que pagam valores previamente ajustados segundo estudos atuariais calculados à época.

O fundamento de que o Estatuto do Idoso é norma cogente de aplicação imediata, devendo incidir nas relações contratuais, ainda que firmadas anteriormente à sua vigência, não se justifica, já que mesmo as normas de ordem pública se submetem à ordem constitucional que preserva o ato jurídico perfeito e o direito adquirido.

No direito pátrio, a eficácia da lei no tempo é disciplinada por norma constitucional; trata-se de garantia fundamental a regra prevista no art. 5º, XXXVI, da CF/88 no sentido de que “A Lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Veja-se que a CF/88 não excepcionou a regra, de modo que o preceito constitucional se aplica sem qualquer distinção entre lei de ordem pública e lei dispositiva.

Sobre o tema, merece destaque o voto do Ministro Moreira Alves na ADI nº 4930 – DF: “E, ao apreciar o pedido de liminar nesta ação direta, entendi que, no caso, havia relevância jurídica, porque “no direito brasileiro”, o princípio do respeito ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido é de natureza constitucional, e não excepciona de sua observância por parte do legislador lei infraconstitucional de qualquer espécie, inclusive de ordem pública, ao contrário do que se sucede em países como a França, em que esse princípio é estabelecido em lei ordinária, e, conseqüentemente, não obriga o legislador (que pode afastá-lo em lei ordinária posterior), mas apenas o juiz que, no entanto, em se tratando de lei ordinária de ordem pública, pode aplicá-la, no entender de muitos, retroativamente ainda que ela silencie a esse respeito”. E prossegue: “Com efeito, quer no campo do direito privado, quer no campo do direito público, a questão da aplicação da lei nova aos “facta pendencia” se resolve com a verificação da ocorrência, ou não, no caso, de direito adquirido, de ato jurídico perfeito ou de coisa julgada.”.

No primoroso voto acima citado do Eminentíssimo Ministro Moreira Alves, este não deixa de fazer referência aos ensinamentos de PONTES DE MIRANDA para quem:

“A regra jurídica de garantia é, todavia, comum ao direito privado e ao direito público. Quer se trate de direito público, quer se trate de direito privado, a lei nova não pode ter efeitos retroativos (critério objetivo), nem ferir direitos adquiridos (critério subjetivo), conforme seja o sistema adotado pelo legislador constituinte. Se não existe regra jurídica constitucional de garantia, e sim, tão só, regra dirigida aos juizes, só a cláusula de exclusão pode

conferir efeitos retroativos, ou ofensivos dos direitos adquiridos, a qualquer lei”.

Assim, o contrato de plano de saúde legitimamente celebrado é ato jurídico perfeito e, portanto, deve respeitar as normas vigentes ao tempo de seu nascimento, regulando todos os efeitos, inclusive no que tange às ocorrências futuras nele previstas. Nova lei de ordem pública que confira direitos a consumidor idoso não possui o condão de afastar regra constitucional que protege a eficácia da lei no tempo.

A cláusula de reajuste, prevista no contrato de plano de saúde em razão da idade, desde que esteja clara e com ciência do consumidor, deve ser respeitada e somente revista pelo Poder Judiciário, acaso abusiva a percentagem de aumento, a fim de se manter o equilíbrio econômico-financeiro da avença. ♦

Reajuste da mensalidade em função da mudança de faixa etária

Raquel de Andrade Teixeira Cardoso ¹

INTRODUÇÃO

Em razão dos baixos investimentos públicos em saúde no país e da decorrente queda da qualidade dos serviços existentes no setor, observa-se, ao longo dos últimos anos, elevado aumento na contratação de planos e seguros privados de saúde. A expansão da saúde suplementar no Brasil tem crescido em ritmo acelerado, estimando-se, segundo dados do IESS – Instituto de Estudos de Saúde Suplementar, que 60,1 milhões de cidadãos brasileiros são beneficiários dos planos de assistência médica e odontológica, atuando no mercado privado mais de 1.420 operadoras de planos de saúde.

Esses números demonstram a grande necessidade da existência de regulamentação desse setor, exigindo do Poder Público a definição de normas para atuação no mercado das operadoras de plano de saúde.

Em 1998, o setor de saúde privado passou a ser regulado pela Lei 9.656, sendo, posteriormente, criada a ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar, por meio da Lei 9.961/2000, órgão de regulação, normatização, fiscalização e controle das atividades inerentes à saúde suplementar.

O presente trabalho tem por escopo abordar, brevemente, a controvérsia existente no artigo 15 da Lei 9656/1998 e no artigo 15, § 3º, da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), à luz do Código de Defesa do Consumidor, ou seja, a possibilidade do reajuste em função da mudança de faixa etária.

É inegável que a Lei 8.078/90 se aplica aos contratos de plano de saúde firmado entre os usuários e as operadoras, de modo que a legisla-

ção vigente sobre saúde suplementar deve ser interpretada em consonância com a lei consumerista, não podendo dela se afastar. Não tem sido outro o entendimento da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em sua maioria, o que também será objeto deste trabalho.

Reajuste da mensalidade por mudança de faixa etária (artigos 15 e 35 E e da Lei 9.656/98). A vedação contida no Estatuto do Idoso, prevista no artigo 15, § 3º da Lei 10.741/2003. O Código de Defesa do Consumidor e a Jurisprudência do TJ do Rio de Janeiro

É fato que a população brasileira vem envelhecendo em ritmo alarmante, estimando-se, atualmente, que 10% dos brasileiros são maiores de 60 anos e que existem mais de dois milhões de pessoas com mais de 80 anos de idade no Brasil. Esse aumento da proporção de pessoas idosas em relação ao número de jovens é resultado da conjugação de pelo menos três fatores: a queda da mortalidade, a diminuição da taxa de fecundidade e o aumento da expectativa de vida. Nesse sentido, quanto mais avançada a idade, mais as pessoas tendem a desenvolver patologias, necessitando de procedimentos mais complexos, requerendo prazos mais longos de internação e carecendo de maiores cuidados em razão do aumento deste risco, o que gera, conseqüentemente, aumento dos gastos com a assistência à saúde.

Essa proporcionalidade entre a ocorrência de sinistros e o avanço da idade do segurado seria, segundo alguns, o fundamento de validade para o reajuste da mensalidade, em função da mudança de faixa etária para aqueles que alcançam os 60 anos, posto que os gastos com saúde aumentam consideravelmente após essa idade. Diz-se ainda que, para que a viabilidade financeira das operadoras dos planos de saúde seja mantida, os segurados em idade mais avançada devem pagar mensalidades mais elevadas, em razão do alto índice de utilização dos serviços médicos oferecidos pela operadora.

Pergunta-se: o reajuste da mensalidade, pura e simplesmente em razão de o beneficiário ter alcançado 60 anos de idade, é legal, diante do que dispõe o artigo 15 § 3º da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso)? Como

tem se posicionado a jurisprudência do TJ/RJ a respeito do tema?

O art. 15 da Lei n.º 9.656/98 faculta a variação das contraprestações pecuniárias estabelecidas nos contratos de planos de saúde, em razão da idade do consumidor, desde que estejam previstas no contrato inicial as faixas etárias e os percentuais de reajuste incidentes em cada uma delas, conforme normas expedidas pela ANS, por meio das resoluções normativas.

As faixas etárias dos contratos atualmente celebrados devem ser fixadas de acordo com o disposto no artigo 2º Resolução Normativa nº 63/03, a saber:

- a) 0 a 18 anos ;
- b) 19 a 23 anos;
- c) 24 a 28 anos;
- d) 29 a 33 anos;
- e) 34 a 38 anos;
- f) 39 a 43 anos;
- g) 44 a 48 anos;
- h) 49 a 53 anos;
- i) 54 a 58 anos; e
- j) 59 anos ou mais.

A despeito da previsão de tal patamar pela ANS, em se tratando de pessoa idosa, assim considerada aquela com mais de 60 anos de idade, existe óbice legal imposto pelo Estatuto do Idoso, que trouxe a inovação acerca da proibição do aumento em função da alteração da faixa etária após essa idade.

O Estatuto do Idoso, em vigor desde janeiro de 2004, em seu artigo 15, parágrafo 3º, veda, de forma expressa, tal discriminação, dispondo: “É vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade.”

Assim, não se deve admitir a prática discriminatória das operadoras de plano de saúde em detrimento das pessoas idosas, no que concerne a

aumentar a mensalidade do plano de saúde, em razão da alteração da faixa etária após os 60 anos. É bastante comum tais reajustes ocorrerem de forma abusiva, em mais de 100%, onerando excessiva e injustificadamente o beneficiário idoso, violando não só a Lei 10.741/2003, mas também o Código de Defesa do Consumidor.

A Lei 9.961/2000 dispõe que a ANS deve definir critérios e autorizar os reajustes anuais; entretanto, não é permitido às operadoras de planos de saúde elevar o valor das mensalidades em razão do segurado ter completado 60 anos de idade, sem que haja outro motivo a justificar o reajuste.

Ocorre que as operadoras de plano de saúde, visando afastar o cumprimento dos ditames estabelecidos pela Lei 10.741/2003, passaram a argumentar que tal proibição não poderia alcançar aqueles contratos celebrados antes da sua vigência, sob pena de violar o ato jurídico perfeito. Além disso, alegam que o contrato firmado antes da entrada em vigor da referida lei já previa o aumento da mensalidade, em razão da mudança de faixa etária e, portanto, deveria ser respeitado, por força do princípio da autonomia contratual.

Instado a se posicionar sobre a questão, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro tem-se manifestado no sentido de reconhecer a nulidade da cláusula contratual que prevê o reajuste da mensalidade em função da alteração da faixa etária com relação aos beneficiários considerados idosos.

Nesse sentido, vale transcrever alguns recentes julgados do nosso Tribunal a respeito do tema:

APELAÇÃO - 0190196-70.2010.8.19.0001

DES. LEILA ALBUQUERQUE - Julgamento: 10/08/2011 - DÉCIMA OITAVA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL. PLANO DE SAÚDE. AUMENTO DE CORRENTE DE MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. MAIOR DE 60 ANOS. INCIDÊNCIA DO ESTATUTO DO IDOSO. PROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS PARA AFASTAR A APLICAÇÃO DO AUMENTO E PARA CONDENAR A RÉ

*À RESTITUIÇÃO DAS QUANTIAS COBRADAS A MAIOR EM DOBRO. Recurso da Ré, buscando a improcedência dos pedidos autorais. **Manutenção da condenação quanto à nulidade da cláusula que previa o aumento por faixa etária, ante os termos do artigo 15, § 3º da Lei nº 10.741/03 (Estatuto do Idoso).** Reforma da sentença para excluir a condenação ao reembolso em dobro, eis não se vislumbra má-fé na conduta da Ré, que efetuou as cobranças com base no contrato firmado. Quanto à alegação de que não cabe a aplicação da multa, a Apelante, regularmente intimada da decisão concessiva da tutela antecipada, deixou de cumpri-la imediatamente, como se verifica de fls. 103/108 em cotejo com a planilha de fl. 112, visto que os valores cobrados antes e após a concessão da tutela antecipada eram os mesmos, dando azo à incidência de multa. Demora de cerca de dois meses para a correção das faturas, equivalente à emissão de dois boletos de pagamento. Necessidade de adequação do valor da multa. Decisão monocrática com fundamento no artigo 557, § 1º-A do C.P.C. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO.*

APELAÇÃO - 0054949-88.2008.8.19.0001.

DES. KATYA MONNERAT - Julgamento: 08/08/2011 - SÉTIMA CÂMARA CÍVEL

*Apelação. Contrato de plano de saúde. Pretensão de anulação de cláusula de reajuste por mudança de faixa etária. Idoso. Sentença de procedência do pedido. **Mensalidades do plano de saúde do autor que somente podem sofrer o reajuste autorizado pela ANS. Vedação introduzida pelo artigo 15 § 3º, da Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), de discriminação do idoso nos planos de saúde, em razão da cobrança de reajustes diferenciados em decorrência da idade.** Devolução dos valores pagos a maior. Precedentes. Recurso com seguimento negado autorizado pelo caput do art. 557, do CPC.*

APELAÇÃO - 0332641-14.2010.8.19.0001

DES. LUCIANO RINALDI - Julgamento: 03/08/2011 - SÉTIMA CÂMARA CÍVEL

*Agravo Interno. Apelação Cível. Ação de declaração de nulidade de cláusula contratual c/c reparação de danos materiais, com pedido de tutela antecipada. Plano de saúde. Aplicação do CDC. Súmula n.º 469 do STJ. Reajuste por mudança de faixa etária. Autora que é maior de 60 anos. Abusividade. Prazo prescricional para a devolução de diferenças pagas por força dos reajustes impugnados. Incidência do art. 27 do Código de Defesa do Consumidor. **À luz do art. 15, § 3º, da Lei n.º 10.741/2003, é abusivo o reajuste por mudança de faixa etária. Estatuto do Idoso. Aplicação imediata aos contratos de plano de saúde. Precedentes jurisprudenciais do C. Superior Tribunal de Justiça e desta E. Corte Estadual. Violação do art. 51, IV e X, da Lei n.º 8.078/90. Devolução em dobro que é indevida, porquanto o reajuste procedido era contratualmente previsto, o que não se pode considerar como conduta eivada de má-fé, de sorte que afasta o disposto no art. 42, parágrafo único, do CDC. Precedentes jurisprudenciais do C. Superior Tribunal de Justiça e desta E. Corte Estadual. Decisão monocrática que deu parcial provimento ao recurso da Ré para determinar que a restituição dos valores, de forma simples, tenha início a partir da entrada em vigor do Estatuto do Idoso, ou seja, a partir de 01/01/2004, observado o prazo prescricional de cinco anos que retroage da data do ajuizamento da ação, e que deu parcial provimento ao recurso da Autora para majorar o valor da condenação da Ré a pagar honorários advocatícios, fixados em R\$ 2.500,00. Não conhecimento do Agravo Interno da Autora, por falta de recolhimento das custas judiciais atinentes ao mesmo. Desprovimento do Agravo Interno da Ré.***

A idade, por si só, não deve mais servir como fundamento para a fixação de preço diferenciado do serviço de plano de saúde, sob pena de haver discriminação em desfavor do idoso e violação do artigo 15 § 3º da Lei 10.741/2003. A cláusula contratual que assim prevê o reajuste é abusiva e ilegal, pois concede à operadora o direito de, unilateralmente, alterar o preço, deixando o consumidor em manifesta desvantagem. O artigo 51, inciso X da Lei 8.078/90 assim dispõe: “Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral;”

Portanto, após os 60 anos, a alteração da mensalidade só poderá ocorrer desde que autorizado o índice pela ANS, bem como quando tal aumento seja cabalmente justificado pelo equilíbrio econômico e financeiro do contrato de plano de saúde, somente nos casos em que as operadoras conseguirem demonstrar, por meio de legítimos critérios atuariais, a necessidade do reajuste para manutenção da justa proporção do pacto.

Para a maioria dos julgados, é irrelevante se a pessoa atingiu 60 anos de idade, antes ou após a vigência do Estatuto do Idoso, bem como se o contrato foi celebrado antes ou depois da entrada em vigor da referida lei - posicionamento com o qual concordamos plenamente -, já que, caso assim não fosse, haveria tratamento discriminatório entre os próprios idosos. A Lei 10.741/2003 veio para garantir direitos às pessoas idosas, com 60 anos antes ou após o início da sua vigência.

Também não há que se falar em violação ao ato jurídico perfeito, devendo ser aplicada a vedação contida no artigo 15, § 3º do Estatuto do Idoso às hipóteses de beneficiários que completaram 60 anos ou que celebraram o contrato antes da sua entrada em vigor, uma vez que o contrato de plano de saúde é de trato sucessivo e a aplicação da referida regra deve ser imediata.

Vale destacar que os reajustes aplicados pelas operadoras de plano de saúde, em grande parte, são abusivos e extremamente onerosos, diversos daqueles autorizados pela ANS. Como se pode observar, as questões que chegam ao Poder Judiciário, em sua grande maioria, discutem aumentos

exorbitantes, em muitos casos, de mais de 100%, sempre diversos daqueles autorizados pela ANS e sempre em data de aniversário que coincide com a idade de 60 anos alcançada pelo beneficiário.

Desta feita, não há como considerar legal o reajuste calcado exclusivamente na mudança de faixa etária, em índice muitas vezes igual ou maior que o dobro do valor da mensalidade. Admitir tal reajuste seria negar vigência ao Estatuto do Idoso, norma posterior à Lei 9.656/98, bem como ao Código de Defesa do Consumidor, uma vez que o beneficiário idoso também é considerado consumidor, na forma do artigo 2º da Lei 8.078/90.

CONCLUSÃO

A fim de que sejam respeitados o Estatuto do Idoso e o Código de Defesa do Consumidor, não há como prevalecer a cláusula contratual que permite o aumento do plano de saúde em função da alteração da faixa etária após os 60 anos, mesmo diante da Resolução da ANS que estabelece tal patamar.

São inúmeros os julgados do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro reconhecendo a ilegalidade da cláusula que admite o reajuste em razão da mudança de faixa etária quando o beneficiário do plano de saúde é pessoa idosa. A maioria deles reconhece a vulnerabilidade do consumidor e a abusividade da cláusula contratual que permite à operadora alterar, de forma unilateral, o preço da mensalidade.

Portanto, ainda que se admita a alta sinistralidade desse grupo de pessoas, a legislação vigente e a jurisprudência privilegiam o idoso e a função social do contrato, vedando a discriminação em razão da idade, confirmando ser inadmissível o aumento do valor da mensalidade do plano de saúde quando se trata de consumidor com mais de 60 anos. ♦

Saúde Suplementar: Algumas Reflexões

Renata Vale Pacheco Medeiros ¹

Abrindo a série de palestras sobre Saúde Suplementar, o Dr. Luiz Augusto Carneiro frisou que o seguro saúde é contrato de seguro complexo, vez que o mesmo se apoia no mutualismo; ou seja, na partilha de riscos. Há um grupo solidário, com todos contribuindo com suas mensalidades para um fundo comum.

Quanto ao conceito de risco, entendeu-se que se trata de evento aleatório, ao qual, porém, é possível identificar e mensurar a distribuição da probabilidade (Frank Knight). O tempo também é um fator determinante. O risco e o tempo são faces da mesma moeda, pois, sem o amanhã, não haveria risco.

Condições para o risco ser segurável:

1. o evento segurado (evento coberto) deve ser acidental e inesperado (aleatório).
2. deve estar bem definida a indenização advinda da ocorrência do evento segurado;
3. o evento segurado deve acarretar perdas ou danos definitivos;
4. o segurado não pode ter o poder de controlar a ocorrência do evento segurado;
5. deve haver um grande número de segurados expostos ao risco que está sendo segurado;
6. evento segurado não deve ocorrer com todos os segurados simultaneamente;

¹Juíza de Direito do IX Juizado Especial Cível.

7. o valor da indenização deve ser calculável, e o custo do seguro para o segurado deve ser viável.

Como ocorre o processo de subscrição do risco?

Etapa 1: o risco é aceito somente se for segurável.

Etapa 2: o risco segurável é precificado de acordo com o perfil do segurado.

Quais as implicações do mutualismo?

Boa-fé, assimetria de informações e seleção adversa de riscos.

O que é a seleção adversa de riscos?

É a situação na qual a maior ou menor contratação do seguro é correlacionada à maior ou menor possibilidade de sua fruição e o segurador não está capacitado a precificá-la.

A seleção adversa pode ser atenuada pela maior ou menor propensão de determinados indivíduos a riscos e pela adoção de critérios de classificação de riscos que separem os segurados em subgrupos específicos, segundo variáveis que promovam maior “justiça tarifária”. Na análise da seleção adversa, surge a carência.

Por sua vez, carência é o período ininterrupto, contado a partir da data de vigência do contrato, durante o qual o contratante paga as mensalidades, mas não tem acesso a determinadas coberturas. As carências constituem proteção contra a seleção adversa e inibem a contratação do plano somente quando houver necessidade de algum procedimento para, depois, o usuário cancelar o plano.

Nos planos de saúde no Brasil, todas as pessoas devem ser aceitas, mesmo se portarem lesão ou doença preexistente, admitindo-se a cobertura parcial temporária (CPT), de até 24 meses, para os eventos relacionados à doença ou lesão preexistente de conhecimento do beneficiário.

Os contratos de planos de saúde são contratos de seguro, definidos como contratos privados de prestação de serviços ou cobertura de custos

assistenciais, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde por profissionais de rede credenciada ou referenciada ou, ainda, serviços de saúde, livremente escolhidos mediante pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor.

Independentemente de serem considerados atípicos ou variações ou subtipos dos contratos de seguros, apesar de sujeitos a uma regulamentação específica, proveniente de órgão regulador próprio e da designação diversa (contrato de plano de saúde e contrato de seguro), tais contratos partilham da mesma base técnico-econômica. Essa se apoia no mutualismo, já mencionado, como desintegração econômica do risco ou sua transformação de individual em coletivo.

A regulamentação do setor veio com o advento da Lei 9.656/98, a qual:

- define operadoras e planos de saúde;
- estabelece coberturas e procedimentos excluídos;
- cria regras de rescisão para planos individuais;
- define mecanismos de regulação – carência, cobertura parcial temporária (CPT);
- estabelece benefícios para demitidos e aposentados;
- estabelece o ressarcimento para o SUS;
- cria o Conselho de Saúde Suplementar (CONSU);
- subordina à ANS qualquer modalidade de produto que garanta cobertura financeira de riscos de assistência, hospitalar e/ou odontológica.

A ANS (Agência Nacional de Saúde Suplementar) foi criada pela Lei 9.961/00. Tal lei definiu suas competências, entre outras:

- promover a defesa do interesse público;
- fixar normas para constituição, organização, funcionamento e fiscalização das operadoras;
- elaborar rol de procedimentos;
- estabelecer indicadores de qualidade;

- definir critérios e autorizar reajustes.

A ANS é uma autarquia e está vinculada ao Ministério de Saúde. Possui autonomia administrativa, financeira, patrimonial de recursos humanos e técnicos, com competência para regular as atividades das operadoras.

A ANS determina que as alterações na rede credenciada sejam submetidas à sua apreciação e que a efetivação seja condicionada a seu aceite.

No contrato de plano de saúde, encontramos os seguintes atores sociais:

- beneficiário: contrata o serviço com a operadora;
- operadora: figura como gestora dos recursos (mútuo) dos beneficiários;
- prestadora de serviços: presta atendimento ao beneficiário e recebe da operadora, conforme tabela acordada entre as partes.

A ANS regula somente a atividade das operadoras.

O envelhecimento da população e a ampliação do rol de procedimentos causam um impacto no equilíbrio do sistema.

O Dr. José Cechin mostrou como mudou a pirâmide etária no Brasil, assinalando que a transformação apresenta duas vertentes:

- a) mudança da taxa de fecundidade (as mulheres têm menos filhos);
- b) mais pessoas atingem idades mais altas.

Como é cediço, a renda do usuário tende a diminuir com o aumento da idade, quando o risco aumenta; por isso, muitos idosos não conseguem arcar com os reajustes aplicados em razão da mudança da faixa etária, anteriormente aplicado no mês subsequente ao aniversário do beneficiário, em razão da mudança de faixa etária, com percentuais de variação previstos no contrato.

As regras do reajuste por faixa etária variam de acordo com a época da contratação:

- contratos anteriores à Lei 9.656/98: reajuste de acordo com o contrato celebrado entre a operadora de plano de saúde e o beneficiário;
- contratos firmados sob a vigência da Lei 9.656/98 até a vigência do Estatuto do Idoso: aplicam-se os reajustes previstos em contrato, divididos em sete faixas etárias, sendo que não poderá haver reajuste para usuário com mais de sessenta anos de idade que participe do plano há mais de dez anos;
- contratos firmados sob a vigência do Estatuto do Idoso: aplicam-se os reajustes previstos em contrato, divididos em dez faixas etárias, sendo que a variação acumulada entre a sétima e décima faixas não poderá ser superior à variação acumulada entre a 1ª e 7ª faixas.

A incontestabilidade do ato médico é questão que vem ao Judiciário constantemente, pois, não raro, os planos de saúde contestam o procedimento e o material utilizado pelo médico. O CFM (Conselho Federal de Medicina) reconhece e regulamenta o procedimento de auditoria médica (Resolução 1614/01), vedando ao médico a exigência de fornecedor ou marca comercial exclusiva. O CFM permite ao médico assistente recusar, em caso de inadequação, o material. Por sua vez, a Resolução 211/2010 da ANS determina o oferecimento de, pelo menos, três marcas de produtos.

Um caso concreto já enfrentado por esta magistratura foi a recusa do plano de saúde em custear um determinado tipo de stent, alegando que havia no mercado outro modelo mais barato.

Como, em muitos casos, a necessidade da cirurgia é iminente, em face do risco de vida, o magistrado, ao receber a petição inicial, não possui elementos para aferir se a recusa do plano é razoável ou não.

Na Apelação Cível 0118238-63.2006.8.19.0001, a Desembargadora Dra. Teresa Andrade de Castro Neves entendeu que o plano de saúde

de não poderia interferir na escolha do médico assistente. Por oportuno, transcrevo trecho do voto:

“(...) Como bem se vê das afirmações acima, a auditoria médica, sabedora da permissão contratual, para liberação dos stents, alterou deliberadamente a solicitação do médico, sem sequer ter cogitado em fazer uma perícia médica no paciente, liberando os stents convencionais em detrimento aos stents farmacológicos, por questões financeiras. A apelante pretendia provar que o “stent convencional” seria mais indicado do que o “stent farmacológico”, sendo insistente, fazendo menção à reportagem da Revista Veja, anexada aos autos, lançando dúvidas para justificar a negativa anterior do pedido médico, embora admitindo a inexistência de limitação contratual. Certo é que o plano de saúde não pode interferir na escolha da técnica a ser empregada pelo médico que atende o Autor quando da solicitação é explícito do “stent farmacológico”.

(Apelação Cível nº. 0118238-63.2006.8.19.0001 – Rel. Desembargadora Teresa de Andrade Castro Neves – 20ª Câmara Cível – j. 24.03.2010)

O Dr. Franklin Padrão frisou que a Medicina de caráter experimental é excluída do rol de coberturas, por força da Lei 9.656/98. A exclusão é justificada pelo elevado custo e pelo baixo índice de acerto. Sua inclusão acarretaria alto custo. O mesmo palestrante ressaltou a distinção entre este tipo de medicina e a medicina baseada em evidências, que valida a eficácia dos procedimentos e institui protocolos, estabelecendo diretrizes específicas para realidades distintas.

Ocorre que os procedimentos médicos estão em constante evolução e o surgimento de um procedimento mais avançado não pode ser confundido com tratamento experimental.

A Desembargadora Cristina Gáulia enfrentou caso concreto em que o plano de saúde não autorizou a radioterapia conformacional 3D, ao ar-

gumento de que se tratava de tratamento experimental. Segue transcrição de seu voto:

“(...) Por outro lado, nenhuma comprovação trouxe a agravante de que o tratamento através da técnica de radioterapia conformacional esteja ainda em fase experimental, sendo que tal afirmação vai de encontro à informação contida no texto retromencionado de que o emprego da radiação ionizante é recurso terapêutico desenvolvido há cem anos (fl. 96).

(Agravado de Instrumento 0004841-24.2009.8.19.0000 Desembargadora Cristina Tereza Gaulia – 5ª Câmara Cível - Julgamento: 31/03/2009)

Finalizando a série de palestras, a Dra. Angélica Carlini destacou que o contrato de seguro não é, por natureza, marcado pelo antagonismo. Segurador e segurado não desejam que o sinistro aconteça, ressaltando a confiança como essencial no contrato de seguro.

A Dra. Angélica Carlini frisou que a confiança é elemento básico da vida em sociedade, sublinhando a boa-fé como bússola de nossas ações. Somente agindo com transparência, boa-fé e exigindo que nossos representantes assim o façam, poderemos mostrar ao mundo que merecemos ser tratados como um país sério. ♦

Saúde Suplementar e Direitos do Consumidor

Renata de Lima Machado Amaral ¹

INTRODUÇÃO

No presente trabalho, pretende-se analisar pontos abordados ao longo do curso de aperfeiçoamento sobre saúde suplementar, no intuito de derivar algumas conclusões para o cotidiano do exercício da magistratura. No primeiro dia de palestras, o Prof. Luiz Augusto Carneiro (FEA/USP e IEES) tratou dos Fundamentos Econômicos e Atuariais e Seguros e Planos de Saúde, recordando que o contrato de seguro é financiado pelo sistema de mutualismo, no qual se compartilham os riscos por aqueles que o integram.

Sublinhou que, para Frank Knight, o “risco” significa probabilidade, sendo diverso, porém, da “incerteza”, vez que o primeiro constitui evento aleatório, porém passível de identificação e mensuração de probabilidade, enquanto a segunda é aleatória em relação ao qual se desconhece a distribuição de probabilidade. Daí porque conclui que “a incerteza é uma medida da nossa ignorância em relação ao evento aleatório”.

Segundo o palestrante, na natureza, há três tipos de eventos:

1 - Evento determinístico: acerca do qual se conhece quando ocorrerá, havendo certeza acerca de sua ocorrência;

2 – Risco;

3 – Incerteza.

Os eventos de risco são aqueles abrangidos pelo contrato de seguro.

O tempo tem relevância na avaliação do risco, pois, conforme pre-

¹Juíza de Direito do II Juizado Especial Cível - São Gonçalo.

ceitua Peter L. Bernstein, “o tempo é um fator dominante no jogo. O risco e o tempo são as faces opostas da mesma moeda, pois sem amanhã não haveria risco. O tempo transforma o risco, e a natureza do risco é moldada pelo horizonte de tempo: o futuro é o campo do jogo” - *Desafio aos Deuses – A Fascinante História do Risco*.

Dessa forma, há atuários que já fazem seus cálculos considerando que em breve o homem viverá até 150 anos. Menciona o palestrante que, no Brasil, decidiu-se separar planos de saúde dos seguros-saúde, embora ambos se equivalham.

O mutualismo ocorre em grupos homogêneos em relação ao risco; isto é, que tem o mesmo perfil de risco, pois do contrário a chance de haver prejuízos para a seguradora é grande.

São, dentre outros, elementos do Financiamento do Seguro:

1) Mutualismo dentro de grupos homogêneos, aplicando-se a chamada “Lei dos Grandes Números”, segundo a qual o valor médio do sinistro (ocorrido) se aproxima cada vez mais do valor médio do sinistro esperado (previamente calculado e usado para definir o valor do prêmio), à medida que o número de segurados cresce.

2) Regime Financeiro de Capitalização, no qual o mutualismo ocorre ao longo dos anos e em que parte dos fundos daquele que não sobreviveu é usado para pagar gastos daqueles que sobreviveram mais, de forma que aqueles que não utilizam ou utilizaram menos o seguro financiam aqueles que o utilizaram mais.

Esse é regime distinto do regime financeiro de repartição simples, em que toda a receita de prêmio de um ano é utilizada para cobrir os sinistros daquele ano, sem acumulação das mensalidades para pagamento de benefícios futuros.

Segundo o palestrante, são condições necessárias para que o risco seja considerado segurável:

A) – o evento segurado (“evento coberto”) deve ser acidental e inesperado (aleatório);

B) – deve estar bem definida a indenização advinda pela ocorrência do evento segurado;

- C) – o evento segurado deve acarretar perdas;
- D) – o segurado não pode ter o poder de controlar a ocorrência do evento segurado;
- E) – deve haver grande número de segurados expostos ao risco;
- F) – o evento segurado não deve ocorrer com todos os segurados simultaneamente – na Flórida não se admite seguro por furacão (risco catastrófico não é admissível em seguros, assim como sinistro, ou terrorismo etc.)
- G) – o valor da indenização deve ser calculável e o custo do seguro para o segurado deve ser viável.

O palestrante também teceu considerações acerca da precificação do prêmio no contrato de seguro, que leva em consideração, dentre outros, o carregamento de risco, despesas administrativas, despesas comerciais, tributos e lucro, afirmando que a margem de lucro das seguradoras de saúde gira em torno de 4%.

Recordou que afetam o prêmio de risco: sexo, idade, hábitos de vida, abrangência geográfica da cobertura, padrão quarto/enfermaria/etc.

Após, o Desembargador Maury Angelo Bottesine, do TJSP, dissertou sobre o tema “Contratos de Plano e Seguros Privados de Assistência à Saúde”, subdividindo sua fala nos seguintes tópicos: Princípios da Atividade – Lei 9.656, CDC; Regime Associativo na Prestação de Serviços Médicos Hospitalares; O Cooperativismo Empresarial e O SUS como modelo de Assistência Oficial.

O Desembargador assinalou que, em Roma, a saúde da população era considerada bem supremo. Hodiernamente, no Brasil, a saúde é considerada direito social - art. 6º, CF, sendo o SUS seguro compulsório, admitindo, porém o regime empresarial para atender aos serviços de saúde com base no lucro – art. 199 CF;

Mas a atividade não é somente empresarial, pois também é exercida por entidades sem fins lucrativos.

Diversamente do mencionado na palestra anterior, entende o palestrante que os planos de saúde diferem dos seguros, inclusive nas consequências jurídicas.

Após, o Dr. Denys Zimmermann ressaltou a influência do tempo

nos contratos de seguro ou planos de saúde, com a seguinte citação: “Of all forms of insurance addressed in these materials, health insurance is the most certain to change significantly over the coming years” - Tom Baker. Ou, em tradução livre, no vernáculo: De todas as formas de seguro, o que mais deverá mudar ao longo dos anos é aquele referente à saúde. Conforme seu entendimento, os debates sobre *health insurance* são os mesmos aqui e nos EUA.

Segundo seu entendimento, a evolução do seguro-saúde abrange três aspectos:

A) Do ressarcimento financeiro passou-se à prestação do serviço, por meio de rede própria ou de rede referenciada;

B) Do consenso social a favor do controle absoluto do médico sobre o tratamento do segurado, surgiu o questionamento pelas seguradoras acerca do julgamento médico.

C) Incremento da tecnologia, com aumento da expectativa de vida, que acarretou maior cuidado no controle de custos.

No tocante à natureza dos contratos de plano de saúde e de seguro-saúde, acredita o professor que, independentemente de se considerar contratos atípicos ou variações de contrato de seguro, ambos compartilham a base técnica, científica e econômica, qual seja: o mutualismo como desintegração econômica do risco ou sua transformação de individual em coletivo.

Assim, o contrato de seguro deve ser entendido como mecanismo de alocação ou distribuição de riscos no interior da coletividade de segurados, eis que o risco individual transforma-se em coletivo; daí porque o risco só pode ser avaliado de modo completo quando analisado coletivamente.

Quando se observa se o risco deve ou não ser abrangido pelo plano de saúde, se está avaliando se o mesmo deve ser suportado pelo indivíduo ou se deve ser alocado ou distribuído para uma coletividade.

De outro giro, a obrigação da seguradora é de garantia: se ocorrer um sinistro, este estará coberto – a indenização é obrigação quase assessoria, pois o compromisso primário é de assegurar, dar garantia; isto é, proporcionar tranquilidade ao usuário.

No que tange ao contrato de seguro, (a) a boa-fé, (b) a assimetria de informações entre o segurado e a seguradora e (c) a seleção adversa de riscos trazem implicações ao mutualismo.

A mencionada seleção adversa de riscos é a situação na qual a contratação do seguro está relacionada à maior ou menor possibilidade de sua fruição, referindo-se à existência de maior ou menor risco de fruição do seguro, de tal forma que os indivíduos mais propensos à ocorrência de sinistros têm maior propensão a contratar seguros, em comparação com os demais.

No longo prazo, isso tende a gerar círculo vicioso, inviabilizando os seguros, pois acarreta maior ônus à cobertura.

A seleção adversa pode ser atenuada, pela maior ou menor propensão de determinados grupos de indivíduos ao risco, pela adoção de “statutory mandates”, e pela adoção de critérios de classificação de riscos que separem os segurados em subgrupos específicos, segundo variáveis que, atendendo a determinados “standards”, promovam maior “justiça tarifária”. A seleção adversa é o que se costuma chamar de “fraude”, de ausência de boa-fé na resposta ao questionário, como por exemplo, a omissão da existência de doença pré-existente.

Deve-se atentar, também, para o denominado “risco moral”, que respeita ao comportamento do segurado, que tende a ser menos cuidadoso quando contrata um seguro, em razão do que se criam vários mecanismos para regulação desse risco moral, como, por exemplo, a franquia. Tem-se o risco moral, quando o comportamento de um segurado se modifica, de modo a importar aumento de custos para o segurador, posto que a diluição de riscos, por via da contratação, cria incentivo a que o segurado utilize mais, ou requeira serviços mais sofisticados que, de outro modo, seriam tecnicamente necessários.

No 2º dia de palestras, discutiu-se acerca do ENVELHECIMENTO E REAJUSTE DAS MENSALIDADES DO PLANO DE SAÚDE POR MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. Como salientado, os estudos acerca do assunto revelam que se gasta mais com saúde quando se envelhece e a sociedade está envelhecendo em razão de dois fatores: diminuição da

taxa de fecundidade e envelhecimento de mais pessoas. O gasto realizado com a 1ª faixa etária dos planos de saúde é menor 6 ou 7 vezes do que o gasto realizado com a faixa etária maior.

Em razão do advento da tecnologia, do avanço da medicina, dos recursos de prevenção, entre outros, haverá gerações com maiores proporção de idosos e, por isso, com mais doenças crônicas e psiquiátricas, mas ainda assim em melhores condições do que aqueles que tinham a mesma idade no passado – com isso, há probabilidade concreta de mais pessoas alcançarem idades mais altas. Haverá, pois, uma fração maior de pessoas alcançando entre 80 e 100 anos do que atualmente.

Por outro lado, a variação de despesa *per capita* com saúde é superior à taxa de inflação e uma das razões para tanto é a incorporação de tecnologia à medicina, cujo maior exemplo, entre muitos outros, é a colicistectomia (extração de vesícula) por videolaparoscopia, deixando-se de lado o procedimento cirúrgico que se realizava com incisão no abdome.

Ademais, o avanço das sociedades, com saneamento, melhoria de alimentação, de diagnóstico, e similares, está praticamente erradicando as doenças infectocontagiosas, mas, ao mesmo tempo, depara-se com as doenças crônicas, pois na medida em que não se morre mais das primeiras, as crônicas se evidenciam.

Com a idade, estatisticamente, a renda cai, mas o valor da mensalidade do plano de saúde aumenta... É vedado discriminar os consumidores, exceto por questão de idade, admitindo-se diferença de preços por faixa etária.

Com o advento do Estatuto do Idoso, é proibido discriminar esse segmento da população nos preços de planos de saúde – art. 15, parágrafo 3º, o que provocou modificação de resolução pela ANS para cumprir o Estatuto do Idoso, mencionando que a última faixa etária em que se admite mudança no valor da mensalidade é aos 59 anos.

Todavia, considerando que, de 58 para 59 anos, o valor do risco dobra e o idoso já não tem renda, decidiu-se que não seria possível deixá-lo em desalento, razão pela qual o custo de seu plano de saúde deve ser subsidiado – o preço cobrado do idoso não pode ser maior do que 6 vezes o

custo da menor faixa etária – como preceitua a resolução da ANS.

Assim, o idoso paga menos do que seu custo e os demais pagam mais – sendo mais elevado o ônus àqueles que ainda não entraram na faixa de maior sinistralidade. A dificuldade neste esquema de solidariedade é que, com o envelhecimento da sociedade, no futuro, haverá poucos jovens para subsidiar os idosos – a futura geração não terá meios suficientes para exercer a solidariedade na quantidade necessária.

O Dr. Luiz Celso Dias Lopes (Instituto de Estudos de Saúde Suplementar – IESS), na sua palestra, destacou alguns pontos da Lei 9656: autorização para funcionar como operadora de plano de saúde; regras uniformes de operação; possibilidade de intervenção; garantias financeiras; assistência integral à saúde; proibição de seleção de risco; proibição de rescisão unilateral; definição e limitação de carências e controle de reajuste de preços; regras para variação do preço por faixa etária.

O palestrante recordou divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca da solução de casos relacionados a contratos de planos de saúde celebrados anteriormente à Lei 9.656:

O STF já teve oportunidade de se manifestar quando julgou assunto distinto no sentido de que qualquer norma, ainda que de ordem pública e de interesse social, não retroage para acolher contratos celebrados antes de seu advento. Assim, segundo tal corrente de pensamento, o Código de Defesa do Consumidor não deve ser aplicado para contratos celebrados antes de seu advento.

A Professora Cláudia Lima Marques, por sua vez, defendeu a aplicação primária do Código de Defesa do Consumidor, por incidência do diálogo das fontes, posto que tal diploma legal é mais benéfico. Para a palestrante, todavia, o CDC não pode sobrepujar a aplicação da lei específica e os dispositivos desta devem estar em harmonia com o CDC.

Recordou que o STJ, recentemente, (RESP 866.840 – Min. Raul Araújo-ainda não publicada – 4ª Turma – IDEC) decidiu em demanda em que se questionava a legalidade do reajuste de faixa etária que “os reajustes implementados pelos planos de saúde em razão de mudança de faixa etária, por si sós, não constituem ilegalidade, e devem ser apreciados com respeito

às singularidade de cada caso, de modo a não ferir os direitos do idoso e nem desequilibrar as contas da seguradora”, havendo, porém, Voto Vencido do Ministro Luiz Felipe Salomão, que considerou predatória e abusiva a majoração de 78,03% na mensalidade do plano de saúde.

Em continuação ao tema, o Des. Carlos Augusto Guimarães e Souza Jr, do TJSP, apontou divergências dos Tribunais acerca do assunto, recordando que há fundamentos para aplicação do Estatuto do Idoso aos contratos antigos, sem que se fale em irretroatividade, haja vista que se cuida de relação de trato sucessivo, e a lei deve aplicar-se imediatamente, tratando-se, ainda, de norma cogente e de ordem pública, sendo neste sentido a jurisprudência majoritária.

Tal foi o posicionamento adotado pelo STJ, pela Min. Nancy Andrighi, no RESP 809.329 – 25 de março de 2008 – no qual se entendeu que se o implemento da idade realizou-se sob a égide do Estatuto do Idoso, não estará o consumidor sujeito ao reajuste estipulado no contrato por mudança de faixa etária, sob o argumento de que a previsão de reajuste contida no contrato depende de elementos futuros; isto é, quando satisfeita a condição, qual seja, implemento da idade. Enquanto não atingida a idade, os efeitos da cláusula permanecem condicionados a evento futuro e incerto, razão por que não há ofensa a ato jurídico perfeito; tampouco se pode falar em direito adquirido da empresa de plano de saúde – é o princípio da aplicação imediata da lei.

É a aplicação do pensamento de Roubier, segundo o qual os efeitos produzidos na vigência da lei anterior são intocados pela lei nova, enquanto que os efeitos que ocorrerão na vigência da lei nova são por ela regulados – efeitos imediatos da lei.

Restou no caso concreto vencido o Min. Castro Filho, para quem as normas de ordem pública devem ater-se às garantias constitucionais, que protegem o ato jurídico perfeito e o direito adquirido.

Já para um 2º posicionamento, é importante distinguir negócios jurídicos celebrados no passado e, portanto, consolidados, e que produzirão efeitos futuros, dos atos ou fatos jurídicos novos que nascem na vigência da lei nova – *factapraeteria*, *factapendentia* e *facta futura*.

Para tal entendimento, deve-ser adotar as explicações de Gabba, segundo as quais os efeitos futuros da lei não podem ser alcançados pela lei nova, haja vista que, com a vigência da lei ingressa no patrimônio de cada um o que foi adquirido, não podendo lei nova excluir tal aquisição.

Mencionou também o palestrante que, no Direito francês, a regra de irretroatividade da lei está em nome infraconstitucional, enquanto que, no Brasil, a previsão é de natureza constitucional, daí porque, segundo sua opinião, não se deve aplicar a teoria de Roubier.

No terceiro dia de palestras, o Dr. Franklin Padrão Junior tratou dos PRINCÍPIOS DOUTRINÁRIOS DO SUS, segundo os quais TODOS OS CIDADÃOS BRASILEIROS TERÃO ACESSO AO SUS (UNIVERSALIDADE); TERÃO ACESSO A TODOS OS PROCEDIMENTOS (EQUIDADE), PARA ATENDER SUAS EXIGÊNCIAS BIOPSISSOCIAIS (INTEGRALIDADE).

Apontou que a remuneração feita pelo SUS aos hospitais pelos serviços de saúde é realizada por doença, enquanto que a remuneração feita pelos planos de saúde é realizada por procedimentos, o que causa perversidade, porque, no segundo caso, há estímulo à utilização dos serviços de saúde, muitas vezes, sem necessidade, enquanto que, em relação ao SUS, pode ocorrer subatendimento.

Novamente chamado a palestrar, o Dr. LUIZ CELSO DIAS LOPES focou as funções da ANS.

No último dia de discussões, a Dra. ANGÉLICA CARLINI, advogada, historiadora e educadora descreveu que, no cenário jurídico brasileiro contemporâneo, é grande o avanço no que se refere às normas que regulam o setor de saúde: Constituição da República, Código de Defesa do Consumidor, Código Civil, Lei 9.656 etc.

Ela defendeu que o fenômeno recente da judicialização é necessário e preferível, em razão das deficiências das políticas públicas e em razão da corrupção no Poder Público, havendo verdadeira judicialização da própria política e das relações sociais, procedendo-se a uma espécie de deslocamento ou migração do poder do âmbito dos Poderes Executivo e Legislativo para o âmbito do Poder Judiciário, posto que aqueles ainda não se deram

conta do seu papel, havendo, por tal motivo, uma vacância nas funções que deveriam exercer. Dessa forma, o Poder Judiciário vem sendo o verdadeiro guardião da Constituição da República.

Por outro lado, o processo de judicialização provoca a despolitização da sociedade, pois, na medida em que o sujeito obtém ganho individual na justiça, buscando isoladamente o seu direito, ele não é estimulado à luta para defesa do mesmo direito no plano coletivo.

Em consonância com o moderno entendimento segundo o qual é necessária uma releitura da ordem constitucional pelos princípios da Constituição Federal, não há mais que se falar no juiz como a “boca da lei” de Montesquieu, mas entender o juiz como verdadeiro “criador da lei”, por aplicação da hermenêutica ou interpretação a cada caso concreto.

Assim, promove-se a superação da dogmática tradicional, havendo a introdução no ordenamento jurídico brasileiro de noções oriundas do direito alemão: “mínimo existencial”, “reserva do possível”, “proibição de retrocesso” etc.

Em conclusão, mencionou a palestrante ser mister a educação do consumidor, a fim de que encontre condições de discutir e concluir o que efetivamente deseja no setor de saúde, o que realmente lhe importa: tecnologia, hotelaria, prevenção etc. Somente com educação/conhecimento, o consumidor terá condições de participar de um debate crítico acerca do tema.

CONCLUSÃO

Os pontos de vista apresentados ao longo do curso são importantes para que o magistrado possa compreender a forma de pensar e agir das instituições que atuam com os planos ou seguros-saúde, seja na vertente da seguradora, do consumidor e dos órgãos regularizadores.

Acima de tudo, porém, é necessário que, não somente ao juiz, mas que todos esses sujeitos que se relacionam com o setor de plano de saúde tenham como vértice norteador máximo para suas condutas o **princípio da dignidade humana**, sob pena de não ser possível àquele que o desa-

tende enquadrar-se nas belas palavras do Dalai Lama, citadas pela Dra. Angelica Carlini em finalização ao seu discurso:

*“Existe outra fonte de valorização e dignidade a partir da qual podemos nos relacionar com outros seres humanos. **Podemos nos relacionar com eles porque ainda somos um ser humano, dentro da comunidade humana. Compartilhamos esse vínculo.** E esse vínculo humano é suficiente para dar ensejo a uma sensação de valorização e dignidade. Esse vínculo pode tornar-se uma fonte de consolo na eventualidade de se perder tudo o mais”. ♦*

O Direito Intertemporal e o Reajuste de Prestação de Planos de Assistência à Saúde Suplementar em Razão da Faixa Etária – A Aplicabilidade da Lei 10.741/03 (Estatuto do Idoso) aos Contratos em Vigor nos Termos da Lei 9.656/98 (Planos e Seguros Privados de Assistência à Saúde)

Ricardo Alberto Pereira ¹

Uma das questões recorrentes nas lides forenses diz respeito à aplicação da Lei 10.741/03 (Estatuto do Idoso) aos contratos regulados pela Lei 9.656/98 (Planos e seguros privados de assistência à saúde). Isso porque o art. 15 da Lei 9.656/98 dispõe claramente sobre a possibilidade de haver reajustes contratuais em razão da faixa etária, desde que estejam previstos no contrato as faixas etárias e percentuais de reajustes incidentes. Essa regra foi implantada de forma similar desde o início da citada norma, sendo certo que, em 2001, foi alterada pela Medida Provisória 2.177-44 para adequá-la aos termos acima citados.

Todavia, essa norma legal previa, até então, uma única exceção, ao afirmar ser *vedada a variação a que alude o caput para consumidores com*

¹Juiz de Direito da 10ª Vara Cível - Niterói.

mais de sessenta anos de idade que participarem dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º, ou sucessores, há mais de dez anos.

A par dessa exceção, a regra não criava, até então, qualquer outra restrição de reajuste em razão de faixa etária, o que, contudo, veio a existir no ordenamento jurídico a partir do primeiro dia de janeiro de 2004, por força do advento do Estatuto do Idoso, que no seu art. 15, § 3º, em que se estabelece ser vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade. Discute-se, então, a incidência dos termos do art. 15, § 3º, da Lei nº. 10.741/93 aos contratos regidos pela Lei 9.656/98.

O referido diploma legal disciplina, no seu art. 1º, que um plano privado de assistência à saúde é aquele que se estabelece como: 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....

Já pela dicção legislativa, nota-se que a relação jurídica em questão é uma prestação continuada de serviços, o que é inerente à situação. Merece, portanto, que se busque consultar a doutrina referente a alguns conceitos básicos sobre relações jurídicas no tempo. A doutrina clássica sempre se manifestou no sentido de que as obrigações são classificadas, quanto ao momento de seu cumprimento, em obrigações de execução instantânea, diferida e periódica. A esse respeito, vale transcrever o seguinte ensinamento de que

Quanto ao momento em que devem ser cumpridas, as obrigações classificam-se em ... execução continuada, periódica ou de trato sucessivo, que se cumpre por meio de atos reiterados, como sucede na prestação de serviços, na compra e venda a prazo ou em prestações periódicas etc.²

2 Quanto ao momento em que devem ser cumpridas, as obrigações classificam-se em: a) de execução instantânea ou momentânea, que se consuma num só ato, sendo cumprida imediatamente após sua constituição, como na compra e venda à vista; b) de execução diferida, cujo cumprimento deve ser realizado também em um só ato, mas em momento futuro (entrega, em determinada data posterior, do objeto alienado, p. ex.); c) de execução continuada, periódica ou de trato sucessivo, que se cumpre por meio de atos reiterados, como sucede na prestação de serviços, na compra e venda a prazo ou em prestações periódicas, etc. GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume 2: teoria geral das obrigações. 1 Ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 178.

Analisando-se a relação dos contratos de planos de saúde, não restam maiores dúvidas de que, na hipótese, tem-se uma relação jurídica de cunho obrigacional, classificada como de execução de trato sucessivo. A doutrina referida esclarece que

Execução continuada da prestação é a que se prolonga no tempo, sem solução de continuidade... São exemplos... a do fornecedor de energia, a do locador de garantir ao locatário o uso da coisa, a do representante judicial.³

Verificado esse conceito, há ainda que se estabelecer outra premissa doutrinária não menos importante, que é a do chamado direito intertemporal. Afirma-se que

Direito intertemporal ou transitório não é um sistema de interpretação do direito vigente – papel reservado à Ciência do Direito –, mas conjunto de diretrizes normativas que indica os estudos a serem aplicados quando leis que regulam diferentemente determinada matéria se sucedem no tempo, estabelecendo o fenômeno conhecido por conflito temporal de leis, relativamente aos casos e situações pendentes.⁴

Ao final do estudo em pauta, o renomado mestre afirma que

³ Execução continuada da prestação é a que se prolonga no tempo, sem solução de continuidade ou mediante prestações periódicas ou reiteradas. No último caso, tem-se uma obrigação de trato sucessivo, que é aquela cuja prestação se renova em prestações singulares sucessivas, em períodos consecutivos, como sucede na compra e venda a prazo, no pagamento mensal do aluguel pelo locatário, do consumidor de água ou de energia elétrica etc. São exemplos da primeira modalidade (obrigações cujo cumprimento se prolonga no tempo sem solução de continuidade) a do fornecedor de energia, a do locador de garantir ao locatário o uso da coisa, a do representante judicial e, de um modo geral, as prestações de fato negativas. Idem, 2005, p. 179/180.

⁴ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**, volume 1: parte geral. 5 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 117.

*O objeto do Direito Intertemporal é tão importante quanto difícil a sua teorização. Não há uma só teoria que seja suficiente para resolver a variedade de questões que se apresentam. Tanto assim o é que o legislador brasileiro apelou para uma dupla solução: recorreu à teoria dos direitos adquiridos, de Gabba, e à do efeito imediato, de Paul Roubier.*⁵

Há, portanto, que se buscar o resumo dessas duas teorias adotadas pelo ordenamento jurídico pátrio; ou seja, a teoria dos direitos adquiridos, tal como proposto por Gabba, e a teoria do efeito imediato da nova lei, apresentada por Paul Roubier.

Como esclarece Paulo Nader, ao explicar a teoria dos direitos adquiridos proposta por Gabba, a orientação básica é que a irretroatividade deve limitar-se aos direitos adquiridos. Conceituou os direitos adquiridos como os decorrentes de fato idôneo para produzi-los consoante a lei da época e que entraram imediatamente para o patrimônio da pessoa.⁶

Ainda segundo o referido autor, o jurista Paul Roubier

*partiu da distinção fundamental entre efeito retroativo e efeito imediato da lei. Em face de uma situação jurídica já constituída antes da lei nova, os efeitos anteriores ao advento desta continuarão regidos pelas normas antigas. Todavia, se os efeitos se prolongarem durante a vigência da lei nova ficarão subordinados a esta última.*⁷

Efetivamente, o ordenamento jurídico pátrio afirmou tal preceito, ao tipificar os termos do artigo 2.035 do Código Civil, o qual, ao enfrentar a questão da sua própria incidência aos negócios e atos jurídicos que estavam constituídos antes de sua entrada em vigor, afirmou que os

5 Idem, 2008, p. 29.

6 Idem, 2008, p. 124.

7 Idem, 2008, p. 125.

efeitos antes produzidos se subordinavam à lei anterior, mas que os efeitos produzidos após a entrada em vigor deste Código Civil a ele passavam a se subordinar, afirmando, inclusive, que não será válida convenção que afaste tal regra se violar a função social da propriedade e dos contratos.

Traçado esse contexto, verifica-se que os contratos de assistência à saúde que estavam em vigor ao tempo da nova lei que regula os direitos dos idosos sofrem a incidência da nova regra, quanto aos efeitos que se prolonguem, pois são evidentemente contratos que se caracterizam como de trato sucessivo; ou seja, contratos que se prolongam no tempo, sem solução de continuidade.

Logo, no que pertine ao reajuste por faixa etária, quando passou a vigorar com eficácia o Estatuto do Idoso, ficaram convalidados os reajustes por faixas etárias antes praticados, mas não os que se apresentaram *a posteriori*, o que indica o respeito à teoria do direito adquirido aos fatos pretéritos (Gabba) e à incidência imediata da lei nova aos fatos que se prolongam no tempo (Paul Roubier) após a nova legislação.

Não obstante respeitáveis posições jurisprudenciais em sentido contrário⁸, essa tem sido inclusive a melhor interpretação jurisprudencial

8 Com todas as vênias, discorda-se do entendimento apresentado no seguinte sentido: DIREITO CIVIL. CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CLÁUSULA DE REAJUSTE POR MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. INCREMENTO DO RISCO SUBJETIVO. SEGURADO IDOSO. DISCRIMINAÇÃO. ABUSO A SER AFERIDO CASO A CASO. CONDIÇÕES QUE DEVEM SER OBSERVADAS PARA VALIDADE DO REAJUSTE. 1. Nos contratos de seguro de saúde, de trato sucessivo, os valores cobrados a título de prêmio ou mensalidade guardam relação de proporcionalidade com o grau de probabilidade de ocorrência do evento risco coberto. Maior o risco, maior o valor do prêmio. 2. É de natural constatação que quanto mais avançada a idade da pessoa, independentemente de estar ou não ela enquadrada legalmente como idosa, maior é a probabilidade de contrair problema que afete sua saúde. Há uma relação direta entre incremento de faixa etária e aumento de risco de a pessoa vir a necessitar de serviços de assistência médica. 3. Atento a tal circunstância, veio o legislador a editar a Lei Federal nº 9.656/98, rompendo o silêncio que até então mantinha acerca do tema, preservando a possibilidade de reajuste da mensalidade de plano ou seguro de saúde em razão da mudança de faixa etária do segurado, estabelecendo, contudo, algumas restrições e limites a tais reajustes. 4. Não se deve ignorar que o Estatuto do Idoso, em seu art. 15, § 3º, veda “a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade”. Entretanto, a incidência de tal preceito não autoriza uma interpretação literal que determine, abstratamente, que se repute abusivo todo e qualquer reajuste baseado em mudança de faixa etária do idoso. Somente o reajuste desarrazoado, injustificado, que, em concreto, vise de forma perceptível a dificultar ou impedir a permanência do segurado idoso no plano de saúde implica na vedada discriminação, violadora da garantia da isonomia. 5. Nesse contexto, deve-se admitir a validade de reajustes em razão da mudança de faixa etária, desde que atendidas certas condições, quais sejam: a) previsão no instrumento negocial; b) respeito aos limites e demais requisitos estabelecidos na Lei Federal nº 9.656/98; e c) observância ao princípio da boa-fé objetiva, que veda índices de reajuste desarrazoados ou aleatórios, que onerem em demasia o segurado. 6. Sempre que o consumidor segurado perceber abuso no aumento de mensalidade de seu seguro de saúde, em razão de mudança de faixa etária, poderá questionar a validade de tal medida, cabendo ao Judiciário o exame da exorbitância, caso a caso.). REsp 866840/SP. Relator: Min. Raul Araujo. Julgamento em: 07/06/2011, publicado no DJ de 17-08-2011. Acessado em 18-08-2011. Disponível em http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencial/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&live=reajuste+e+sa%FAde+e+idoso+e+faixa+e+etaria&b=ACOR

aplicada em situações afins, em que se afirma exatamente a aplicação da teoria mencionada, inclusive com expressa transcrição da fonte primária ora invocada.⁹

Admitirem-se as respeitáveis doutrinas em sentido contrário, seria, na verdade, fechar os olhos para a melhor doutrina e entender que, em situações de natureza obrigacional, com o carisma de continuidade, a lei nova que é editada sempre no sentido de buscar a melhoria da sociedade não seria aplicada em sua integralidade.

É sempre válida a lembrança do conceito de norma, que a identifica como núcleo significativo de valores¹⁰, demonstrando que a mesma deve ter o fanal de identificar e regular os valores dos papéis sociais. Portanto, negar vigência à norma de proteção ao idoso também aos contratos anteriores, seria negar um valor prevalente, que indica a ideologia protetiva do cidadão insculpida na Carta Magna, fazendo com que se admita a existência de classes diferentes de idosos com planos de saúde, em que uns seriam

9 AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO Nº 126 DA SÚMULA DO STJ. INOCORRÊNCIA. AUXÍLIO-ACIDENTE. PERCENTUAL. LEI MAIS BENÉFICA. INCIDÊNCIA. BENEFÍCIO EM MANUTENÇÃO. POSSIBILIDADE. 1. Não incide o enunciado nº 126 da Súmula de jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça quando o acórdão impugnado na via especial, embora aluda aos artigos 5º, inciso XXXVI, e 195, parágrafo 5º, da Constituição Federal, não o faz como fundamentos suficientes, por si sós, à manutenção do decísium. 2. No sistema de direito positivo brasileiro, o princípio *tempus regit actum* se subordina ao do efeito imediato da lei nova, salvo quanto ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada (Constituição da República, artigo 5º, inciso XXXVI e Lei de Introdução ao Código Civil, artigo 6º). 3. A lei nova, vedada a ofensa ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada, tem efeito imediato e geral, alcançando as relações jurídicas que lhes são anteriores, não, nos seus efeitos já realizados, mas, sim, nos efeitos que, por força da natureza continuada da própria relação, seguem se produzindo, a partir da sua vigência. 4. “L’effet immédiat de la loi doit être considéré comme la règle ordinaire: la loi nouvelle s’applique, dès sa promulgation, à tous les effets qui résulteront dans l’avenir de rapports juridiques nés ou à naître” (Les Conflits de Lois Dans Le Temps, Paul Roubier, Paris, 1929). 5. Indissociável o benefício previdenciário das necessidades vitais básicas da pessoa humana, põe-se na luz da evidência a sua natureza alimentar, a assegurar aos efeitos continuados da relação jurídica a regência da lei nova que lhes recolha a produção vinda no tempo de sua eficácia, em se cuidando de norma nova relativa à modificação de percentual dos graus de suficiência do benefício para o atendimento das necessidades vitais básicas do segurado e de sua família. 6. O direito subjetivo do segurado é o direito ao benefício, no valor irredutível que a lei lhe atribua e, não, ao valor do tempo do benefício, como é da natureza alimentar do benefício previdenciário. AgRg no REsp 935111/SP. Relator: Min. Hamilton Carvalhido. Julgamento em: 21/06/2007, publicado no DJ de 10-09-2007 p. 337. Acessado em 16-08-2011. Disponível em [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre="Paul+Roubier"&b=ACOR](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=)

10 Em suma, não é qualquer conteúdo que pode constituir o relato das chamadas normas jurídicas, mas apenas os que podem ser generalizados socialmente, isto é, que manifestam núcleos significativos vigentes numa sociedade, nomeadamente por força da ideologia prevalecente e, com base nela, dos valores, dos papéis sociais e das pessoas com ela conformes. FERRAS JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 5 Ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 113.

defendidos pelo Estatuto do Idoso (aqueles que firmaram contratos após tal advento) e outra de idosos desprotegidos (aqueles que firmaram contratos antes da legislação).

Não é por outro motivo que renomado constitucionalista afirma que

*Mais do que reconhecimento formal e obrigação do Estado... o absoluto respeito aos direitos humanos fundamentais dos idosos, tanto em seu aspecto individual como comunitário, espiritual e social, relaciona-se diretamente com a previsão constitucional de consagração da dignidade da pessoa humana.*¹¹

Sob pena de se violar direitos fundamentais, como os da proteção universal, o da isonomia e outros similares, os idosos devem ser protegidos também contratualmente, com o reconhecimento de que, mesmo nos contratos anteriores ao Estatuto do Idoso, os efeitos contratuais desses contratos devem sofrer a incidência da norma de proteção. Trata-se de dar concreção a um princípio de todo e qualquer contrato e que atualmente está insculpido no artigo 421 do Código Civil como sendo a função social do contrato¹².

Essa função social do contrato pode ser resumida no sentido de que

No sistema atual, a função social amplia para o domínio do contrato a noção de ordem pública. De acordo com o preceito em análise, a função social é considerada um fim para cuja realização ou preservação justifica a imposição de preceitos inderrogáveis e inafastáveis pela vontade das partes. Daí a dicação contida no parágrafo único do art. 2.035, CC, segundo a qual 'Nenhuma

11 MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 748.

12 Além de elemento intrínseco ao direito subjetivo, a função social, quando referente ao contrato, assume a conformação de um princípio – mais especificamente, um princípio característico do novo direito contratual, ao lado ainda dos princípios da boa-fé (v. art. 422) e do equilíbrio econômico (v. art. 157 e arts. 478-480). TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena e MORAES, Maria Celina Bodin. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República** – v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 11.

convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

Logo, a conclusão é de que, ao entrar em vigor a Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), esta passou a incidir também sobre os efeitos dos contratos de assistência à saúde, regidos pela Lei 9.656/98 (Planos e seguros privados de assistência à saúde), respeitando-se; todavia, os atos praticados anteriormente, o que implica a aplicação das teorias que estudam a interferência intertemporal da lei nova aos contratos em curso, tal como proposto por Gabba e Roubier, sem descuidar do viés principiológico da proteção ao idoso e consumidor, cuja vulnerabilidade deve ser reconhecida e amparada.

E assim o deve ser como confirma o pensamento de que

*Todo direito, todo poder legalmente protegido, é concedido com vistas a certa finalidade: o detentor desse direito tem um poder de apreciação quanto ao modo como o exerce. Mas nenhum direito pode ser exercido de forma desarrazoada, pois o que é desarrazoado não é de direito.*¹³

Portanto, mais que um direito, é um dever do Estado-juiz reconhecer e proteger o idoso, inclusive na seara contratual, através de uma eficaz defesa que possa vedar reajustes, em razão de faixa etária nos contratos de assistência à saúde, aplicando o direito não apenas sob cunho formalista, mas privilegiando a ótica da melhor doutrina e da efetiva concreção do bem-estar de um Estado de Direito. ♦

13 PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**: trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996, 436/437.

Mutualismo, Boa-fé e Arbitragem no Âmbito da Resolução 1.956/2010 do CFM, Especialmente nos Casos Referentes a Órteses, Próteses e Materiais Especiais

Rose Marie Pimentel Martins ¹

Inicialmente, deve ser ressaltado que houve grande evolução do seguro saúde, salientando-se que os debates sobre *health insurance* são idênticos no Brasil e nos EUA. A evolução pode ser vislumbrada desde o ressarcimento financeiro (SES) à prestação do serviço, por meio de rede própria ou de rede preferenciada (OPS), até o consenso social a favor do controle absoluto do médico sobre o tratamento do segurado.

Diante de vários casos concretos, começaram a surgir questionamentos pelas SES e OPS acerca do julgamento médico, já que o objetivo de todos os consumidores era o incremento da tecnologia e aumento da expectativa de vida. Em razão disso, passou-se a ter maior controle de custos, já que foram necessárias significativas mudanças relacionadas ao setor de saúde.

Anteriormente, era tida como certa e suprema a decisão do médico, mas, com a evolução da tecnologia, passou-se a questionar a necessidade do atendimento e daí foi necessário dispor contratualmente sobre como aferir se, em cada caso, o tratamento recomendado pelo médico era ou não efetivamente necessário.

As perspectivas para o seguro e o segurado eram diversas. Independentemente de se considerar contratos atípicos ou variações de contrato

¹Juíza de Direito da 1ª Vara Cível - Niterói.

de seguro, o certo é que compartilham a mesma base técnica e científica, proveniente de um órgão regulador próprio e da designação diversa. Contratos de planos de saúde e contratos de seguro partilham a mesma base econômica; ou seja, o mutualismo como desintegração econômica do risco ou sua transformação de individual e coletivo.

A obrigação é de garantia; ou seja, ter segurança de que, se ocorrer, o sinistro estará coberto – a indenização é obrigação quase assessoria, pois a obrigação primária é a assegurar, dar garantia, tranquilidade.

O mutualismo tem implicações quanto à boa-fé, na assimetria de informações e na seleção adversa de riscos – situação na qual a maior ou menor contratação do seguro é relacionada à possibilidade de sua fruição.

A situação carece de maior cautela quando se trata de órteses, próteses e materiais especiais, já que são considerados essenciais para a vida e saúde dos segurados e, ao mesmo tempo, oneram de forma imprevisível a seguradora.

Preconiza a Resolução nº. 1956/2010 do CFM, em resumo, que a indicação de OPME (Órteses, Próteses e Materiais Especiais) para ser utilizada em procedimento médico é de competência do médico assistente. Tal indicação deverá ser justificada clinicamente (art. 2º), sendo-lhe, porém, vedado exigir fornecedor ou marca comercial exclusivos (art. 3º), sendo certo que as autorizações ou negativas da operadora do plano de saúde deverão ser justificadas (art. 4º).

Ocorre que, havendo divergência entre o médico assistente que requisita o procedimento e a operadora do plano de saúde, instaurar-se-á um breve procedimento administrativo previsto, em que deverão as partes indicar, de comum acordo, um médico especialista na área, para resolver a questão, no prazo de 05 (cinco) dias, equiparando-se tal profissional a um árbitro, cabendo-lhe inclusive devida remuneração. Afirma-se, inclusive, ser cabível tal arbitragem, mesmo nos casos de emergência. (art. 6º).

Essa resolução, aliás, “determina arbitragem de especialista, quando houver conflito”, o que, por si só, indica inviabilidade de natureza técnica. É que toda e qualquer arbitragem pressupõe, necessariamente, a consensualidade como seu elemento conformador. Assim, se uma das partes não

desejar a arbitragem, não se poderá impor tal procedimento.

Porém, para além desse ponto, a Resolução CFM nº. 1.956/2010 não prevê nada mais, deixando omissos alguns pontos relevantes, já que não há pronunciamento quanto ao prazo em que as partes deverão, de comum acordo, instituir a arbitragem; não traça qualquer parâmetro para a remuneração do perito; não menciona se a arbitragem é também cabível no caso de urgência do procedimento²; qual o procedimento, no caso de não haver consenso na escolha do árbitro; não se menciona se há vinculação das partes para com a decisão arbitral. A falta desses elementos pode inviabilizar por completo a arbitragem instituída, merecendo, portanto algumas considerações, que ora se realizam.

Antes, porém há que se realizar uma crítica ao Código de Ética Médica que, através de Resolução, tenta, de forma completamente errônea, afastar a atividade do médico da relação consumerista.

Afirma o inciso XX desse Código³ que “A natureza personalíssima da atuação profissional do médico não caracteriza relação de consumo”, o que deve ser afastado por completo, já que o Código de Defesa do Consumidor⁴ afirma no seu artigo 3º que fornecedor é “toda pessoa física” que desenvolva atividade de “atividade de ... prestação de serviço”, sendo certo que no seu parágrafo único se afirma que serviço é “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração”.

Portanto, não há dúvida de que a atuação do médico perante o pa-

2 Há uma distinção legal entre as situações de emergência e urgência. Segundo manual da ANS/Urgências - São os casos resultantes de acidentes pessoais ou de complicações na gestação: Acidentes pessoais - eventos ocorridos em data específica provocados por agentes externos ao corpo humano, súbitos e involuntários e causadores de lesões físicas não decorrentes de problemas de saúde, como, por exemplo, acidentes de carro, quedas e inalação de gases. Complicações na gestação - alterações patológicas durante a gestação, como, por exemplo, gravidez tubária, eclampsia, parto prematuro, diabetes e abortamento. Já Emergência - São os casos que implicam risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, caracterizados pelo médico. (ANS - Carência. Doenças e Lesões Preexistentes. Urgência e Emergência.) Disponível em http://bvsm.sau.gov.br/bvsm/publicacoes/guia_carencia_doenca_urgencia.pdf.

3 Resolução nº. 1.931/2009 do Conselho Federal de Medicina, publicada no D.O.U de 24/09/2009, Seção I, p. 90-2 e republicada no D.O.U de 13/10/2009, Seção I, p. 173.

4 Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990, publicada no D.O.U de 12/09/1990, Edição extra.

ciente é sempre uma relação de consumo, em que o profissional se amolda à figura do fornecedor de serviço e o paciente à do consumidor; o que, em nada retira a importância e a dignidade da atividade médica.

Também não é demais se lembrar de que esse Estatuto Consumerista é legislação que decorre de comando constitucional prescrito no artigo 5º, XXXII, da Carta Magna.

a) não se afirma o prazo em que as partes deverão de comum acordo instituir a arbitragem. Parece-nos que o prazo deve ser o mais exíguo possível, pois não haverá razão para a demora na escolha, já que essa poderá comprometer o procedimento médico e criar expectativa que causará ansiedade no paciente, em razão do dilema estabelecido entre seu médico assistente e a operadora do plano de saúde.

A título de sugestão, entende-se que tal deva ocorrer no prazo máximo de cinco dias, a fim de criar simetria entre o prazo para decisão e o prazo para estabelecimento da arbitragem, pois seria incoerente que o prazo para escolha do árbitro seja maior do que o prazo de decisão concedido a esse árbitro.

b) não se traça parâmetro para a remuneração do perito. Acredita-se que a mesma deve ser fixada de comum acordo, considerando obviamente a complexidade da matéria em exame. Como sugestão, tal deve ser suportado pela parte vencida ao fim da arbitragem, a qual deverá ser a operadora do plano de saúde ou o médico assistente, mas não o paciente. Isso porque o paciente não tem condição técnica para tal discussão e não foi ele quem fez a requisição do procedimento médico para si. Portanto, tal custo deverá ser suportado ou pelo médico assistente, que terá feito requisição de procedimento médico erroneamente, ou pela operadora de plano de saúde, que terá feito uma negativa de autorização indevida. Porém, repita-se, não caberá qualquer custo ao paciente/consumidor.

c) não se menciona se a arbitragem é cabível no caso de urgência do procedimento; Há aqui um ponto interessante que é a utilização da arbitragem no procedimento médico, decorrente de situação de urgência. A norma reguladora em questão apenas menciona a situação de emergência, sendo omissa quanto à urgência.

Como já se afirmou, a situação de emergência se caracteriza por casos que implicam risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente; já as situações de urgência são os casos resultantes de acidentes pessoais ou de complicações na gestação. Assim, não há razão lógica para se excluírem as situações de urgência, pois há expressa inclusão para situações de emergência.

Ocorre que, na verdade, as situações de urgência e emergência não deveriam estar sujeitas ao procedimento de arbitragem instituído pela resolução em comento, pois nessas situações o *periculum in mora* pressupõe celeridade que se mostra incompatível com a possível demora no lapso existente entre o contato do médico assistente com a operadora de plano de saúde para, de comum acordo, escolher um árbitro que, então, terá cinco dias para analisar a situação e proferir sua decisão. Nesses casos, há que se respeitar a indicação imediata do médico assistente, o qual poderá ser responsabilizado por eventuais abusos.

Aliás, preceitua o Código de Ética Médica que é um direito do médico:

“Indicar o procedimento adequado ao paciente, observadas as práticas cientificamente reconhecidas e respeitada a legislação vigente” (Inciso II, do Capítulo II, do Código de Ética Médica), sendo certo que é vedado ao médico “Causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência” (art. 1º, III), (sendo-lhe também vedado) “Deixar de assumir responsabilidade sobre procedimento médico que indicou ou do qual participou, mesmo quando vários médicos tenham assistido o paciente.” ou “Deixar de assumir a responsabilidade de qualquer ato profissional que tenha praticado ou indicado, ainda que solicitado ou consentido pelo paciente ou por seu representante legal.” (arts. 3º e 4º), sendo certo que também lhe é vedado “Praticar ou indicar atos médicos desnecessários ou proibidos pela legislação vigente no País.” (art. 14º).

Portanto, à luz do próprio Código de Ética Médica, nas situações de urgência e emergência, deverá ser acatada a indicação do procedimento médico, salvo quando comprovado evidente erro do médico.

d) qual o procedimento, no caso de não haver consenso na escolha do árbitro? Nessa hipótese, há que se entender que tal dissenso inviabilizará por completo a arbitragem instituída, por não ser admissível a forma compulsória da arbitragem, que sempre presumirá o consenso como elemento formador desse instituto, não sendo possível que uma parte imponha o árbitro em detrimento da confiança da outra parte.

Aliás, há que se lembrar de que há um terceiro diretamente interessado na discussão, que é o paciente, o qual obviamente não tem participação direta nessa arbitragem, pois tal procedimento se estabelece entre o médico assistente e a operadora do plano de saúde, sem haver qualquer indicação da participação do paciente no dito procedimento arbitral.

e) não se menciona se há alguma vinculação das partes para com a decisão arbitral. Por fim, há que se abordar resumidamente uma das questões mais importantes que decorrem da arbitragem, pois a dita resolução não menciona se há alguma vinculação das partes para com a decisão arbitral.

Se a resposta for negativa, estar-se-á diante de um procedimento totalmente desnecessário e que só terá efeito negativo ao paciente, que terá tido de suportar demora desnecessária, aliado à situação de expectativa e ansiedade da decisão arbitral que, ao final, de nada lhe servirá.

Se a resposta for afirmativa, há que se ponderar dois pontos distintos que podem ocorrer, tendo em vista que tal decisão poderá favorecer tanto o paciente, quanto a operadora do plano de saúde.

Não haverá problema a enfrentar se a decisão for favorável ao procedimento escolhido pelo médico assistente, caso em que se verificará que a recusa da operadora do plano de saúde foi injusta. Porém, em sentido contrário, o que deverá acontecer no caso de a decisão arbitral julgar errônea a indicação do médico assistente? Nesse caso, a operadora do plano de saúde estará, então, isenta da obrigação de atender ao procedimento solicitado.

Acredita-se que, tanto em um caso, como no outro, deverá haver,

entre as partes, o respeito à decisão arbitral, o que não poderá importar vedação para que o paciente possa recorrer ao Poder Judiciário, para dirimir a questão com maior aprofundamento probatório.

Isso porque em se admitir que a decisão arbitral seja considerada definitiva, estar-se-ia impondo ao consumidor eventual vedação de acesso à justiça, num procedimento arbitral no qual o paciente não é parte direta, pois há que se lembrar de que todo o procedimento estabelecido pela Resolução 1.956 do CFM se estabelece entre o médico assistente e a operadora de plano de saúde e não para com o próprio paciente, o qual é, por óbvio, a parte hipossuficiente.

O tema de acesso à justiça é delimitado em obra referencial como sendo aquele que:

“tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”.⁵

Aliás, a hipossuficiência do paciente, nessas situações, dá-se em dois sentidos: a) fática, pois se trata de um paciente adoentado que, em tese, necessita de procedimento médico para cuidados que demandam materiais implantáveis, órteses e próteses e, por outro lado, b) a hipossuficiência técnica, já que se trata de questão afeta ao conhecimento técnico da medicina, não se tratando de matéria de conhecimento comum do homem médio.

Gize-se, ainda, que na arbitragem clássica, prevista na Lei nº. 9.307/96, essa modalidade de composição de conflitos somente é admitida

5 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Mauro. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 13.

nas hipóteses de direitos patrimoniais disponíveis, entre pessoas capazes.

A arbitragem poderá então servir como parâmetro entre o médico assistente e a operadora de plano de saúde e de indubitável subsídio para que o magistrado possa efetivamente deter maiores elementos para proferir a decisão liminar ou, caso já tenha concedido, realizar a revisão, em resposta a requerimento do réu.

Aliás, essa decisão arbitral deverá ser considerada, não apenas no momento da concessão da eventual medida liminar, mas também como elemento probatório para o julgamento do mérito da demanda.

Porém, repita-se, a existência de prévia arbitragem entre o médico assistente do paciente e a operadora de plano de saúde não pode ser tida como elemento que impeça o paciente de vir ao Poder Judiciário para pleitear eventual direito não apreciado, ou apreciado de forma errônea, na arbitragem realizada sem a sua participação direta.

Conclui-se que é válida a atitude do reconhecimento, por parte do Conselho Federal de Medicina, sobre a existência de conflitos na sociedade entre os médicos assistentes que requisitam procedimentos médicos com órteses, próteses, materiais especiais com as operadoras de plano de saúde. Porém, a forma apresentada pelo citado órgão, a via arbitral, há que ser aperfeiçoada, tendo em vista as várias lacunas que podem inviabilizar essa boa intenção.

Embora mereça ser prestigiada por sua intenção, a via arbitral também deve ser sempre interpretada, com vistas ao seu destinatário final, que é o paciente, o qual deve ser sempre tratado com respeito e dignidade, inclusive em obediência ao princípio da dignidade da pessoa humana, lembrando-se sempre de que:

“a dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao

*exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos*³⁶. ♦

6 MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2005, p. 16.

Planos de Saúde - Aspectos Controvertidos - Contrato Coletivo

Sonia Maria Monteiro ¹

O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NO CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE COLETIVO

No plano coletivo de assistência à saúde, realiza-se negócio jurídico em que uma das partes assume a obrigação de prestar serviços em favor de pessoa indicada pelo outro contratante (estipulante), mediante remuneração, enquadrando-se nos conceitos legais de consumidor e fornecedor, conforme arts. 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor.

Os destinatários do contrato coletivo são, portanto, consumidores individuais, os quais estão protegidos pelas normas do Código de Defesa do Consumidor.

Os contratos e planos de saúde são tratados com observância dos princípios da boa-fé e da lealdade, norteadores das relações de consumo, por estarem presentes situações que envolvem a saúde e a vida, bens que exigem maior proteção.

A jurisprudência majoritária reconhece existir, no plano de saúde, uma relação de consumo, identificando-o com as demais relações contratuais de igual natureza.

A negativa de contratação de plano de saúde ao ex-empregado ou ao aposentado, nas mesmas condições do contrato coletivo anterior, ocorre no momento em que a parte solicitante está mais vulnerável, quando as circunstâncias da ruptura contratual já afetaram seu equilíbrio emocional.

A interpretação do contrato, portanto, deve ser realizada na forma

¹Juíza de Direito do XIII Juizado Especial Cível - Méier.

mais favorável ao consumidor, por sua nítida fragilidade na relação.

O Código de Defesa do Consumidor estabelece, no Capítulo II, a Política Nacional das Relações de Consumo, objetivando o respeito à dignidade, à saúde e à segurança do consumidor, dentre outros propósitos, ressaltando o atendimento a princípios, conforme dispõe o art. 4º, incisos I e III:

“I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;”, e III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;”

RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO

Com relação aos planos de saúde concedidos a empregados, em caso de rescisão de contrato de trabalho, existe entendimento no sentido do restabelecimento destes, nas mesmas condições do período em que vigorou o contrato de trabalho, pelo prazo máximo de vinte e quatro meses, assumindo o interessado o pagamento integral. Os tribunais, no entanto, em sua maioria, com amparo na Lei nº 9.656/98, que rege os planos de saúde, têm decidido de forma diversa quanto ao prazo de duração do contrato, que, na hipótese mencionada, seria por tempo indeterminado.

A Lei nº 9.656/98 dispõe no art. 30 que:

“Art. 30 - Ao consumidor que contribuir para produtos de que tratam o inciso I e o § 1o do art. 1o desta Lei, em decorrência de vínculo empregatício, no caso de rescisão ou exoneração do contrato de trabalho sem justa causa, é assegurado o direito de manter sua condição de beneficiário, nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma o seu pagamento integral.”

O artigo 1º, bem como seu inciso I e parágrafo 1º, mencionados no artigo acima, da mesma forma, estabelecem:

“Art. 1º - Submetem-se às disposições desta Lei as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade, adotando-se, para fins de aplicação das normas aqui estabelecidas, as seguintes definições.” “I - Plano Privado de Assistência à Saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor;” “§1 - Está subordinada às normas e à fiscalização da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS qualquer modalidade de produto, serviço e contrato que apresente, além da garantia de cobertura financeira de riscos de assistência médica, hospitalar e odontológica, outras características que o diferencie de atividade exclusivamente financeira, tais como:...”

O Conselho de Saúde Suplementar – CONSU, por sua vez, editou, em 1999, a Resolução nº 19, considerando a manutenção da assistência à saúde aos consumidores de planos coletivos, no caso de cancelamento desse benefício. Os tribunais, na maioria, ressaltam a aplicação da referida Resolução em suas decisões.

“Resolução nº 19 – CONSU: Art. 1.º As operadoras de planos ou seguros de assistência à saúde, que administram ou operam planos coletivos empresariais ou por adesão para empresas que concedem esse benefício a seus empregados, ou ex-empregados, deverão dis-

*ponibilizar plano ou seguro de assistência à saúde na modalidade individual ou familiar ao universo de beneficiários, no caso de cancelamento desse benefício, sem necessidade de cumprimento de novos prazos de carência. § 1.º – Considera-se, na contagem de prazos de carência para essas modalidades de planos, o período de permanência do beneficiário no plano coletivo cancelado. § 2.º – Incluem-se no universo de usuários de que trata o **caput** todo o grupo familiar vinculado ao beneficiário titular.”*

A Lei nº 9.656/98, reguladora dos planos e seguros privados de assistência à saúde, visa à proteção do empregado demitido sem justa causa, que contribuiu por período superior a dez anos, para que, na condição de beneficiário do plano de saúde, possa utilizar os serviços oferecidos, nas mesmas condições anteriores, mediante integral pagamento.

Cumpra ressaltar que, ao contrato realizado entre operadora e segurados, com a intermediação de estipulante, conforme prevê o art. 30 da Lei nº 9.656/98, aplica-se, por sua natureza, a Lei nº 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor.

A posição contrária ao entendimento jurisprudencial majoritário defende a impossibilidade de ser mantido o plano de saúde para o empregado demitido sem justa causa, na hipótese de ser o referido plano custeado integralmente pelo empregador, aplicando-se, no caso, o § 6º do art. 30 da Lei nº 9.656/98:

“Nos planos coletivos custeados integralmente pela empresa, não é considerada contribuição a coparticipação do consumidor, única e exclusivamente, em procedimentos, como fator de moderação, na utilização dos serviços de assistência médica ou hospitalar.”

A alegação de que o art. 30, §1º, da Lei nº 9.656/98 não se aplica às situações de empregados demitidos, cuja empresa mantinha plano de saúde coletivo, por ausência de contribuição do empregado, não é cabível.

A doutrina já se manifestou a respeito do tema, e, no mesmo sentido, a jurisprudência quanto a estar configurada a contribuição do empregado, na sua força de trabalho, caracterizando salário indireto:

“APELAÇÃO CÍVEL nº 0023141-30. 2009.8.19.0066 – Des. Antonio Saldanha Palheiro – Julgamento: 26/07/2011 – Quinta Câmara Cível – Plano de Saúde Coletivo. Empregado demitido sem justa causa. Participação do segurado no custeio da assistência à saúde. Plano de saúde concedido como salário indireto. A Lei nº 9.656/98 tem a finalidade de evitar que o empregado fique desamparado após a ruptura do vínculo trabalhista, assegurando o direito de manutenção na condição de beneficiário do plano de saúde nas mesmas condições enquanto empregado, assumindo, em contrapartida, seu integral pagamento. Art. 30 da Lei nº 9.656/98. ...”

APOSENTADORIA DO BENEFICIÁRIO

Na ocorrência de aposentadoria, o empregado, então beneficiário no plano de saúde coletivo, tem assegurado o direito a plano de saúde na modalidade individual ou familiar, nas mesmas condições de cobertura que usufruia quando da vigência do vínculo empregatício.

O art. 31 da Lei nº 9.656/98 dispõe sobre o tratamento a ser dispensado ao aposentado que, anteriormente, ocupava a figura de beneficiário no plano coletivo em que o empregador figurava como estipulante.

No momento da aposentadoria, portanto, poderá o interessado tornar-se beneficiário em novo contrato, nos termos do dispositivo mencionado, desde que atendidas suas exigências:

Art. 31, caput, da Lei nº 9.656/98 – “Ao aposentado que contribuir para produtos de que tratam o inciso I e o § 1o do art. 1o desta Lei, em decorrência de vínculo empregatício, pelo prazo

mínimo de dez anos, é assegurado o direito de manutenção como beneficiário, nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma o seu pagamento integral. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)”

Cabe acrescentar que o requisito temporal de 10 anos previsto no *caput* do art. 31 da Lei nº 6.656/98, quando não atendido, não afasta a possibilidade de manutenção do plano ao aposentado, permanecendo como beneficiário, porém, na proporção de um ano para cada ano de contribuição, nos termos § 1º do mencionado artigo:

“§ 1º Ao aposentado que contribuir para planos coletivos de assistência à saúde por período inferior ao estabelecido no caput é assegurado o direito de manutenção como beneficiário, à razão de um ano para cada ano de contribuição, desde que assuma o pagamento integral do mesmo. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)”

RESILIÇÃO UNILATERAL DO CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE COLETIVO E SITUAÇÃO DO BENEFICIÁRIO (EMPREGADO)

a) A operadora do plano de saúde não pode ser obrigada a manter, indeterminadamente, contrato com a empresa, pois, tratando-se de plano coletivo, cada novo empregado admitido passa a ter direito ao plano de saúde como novo beneficiário.

Com a impossibilidade de rescisão pelo plano de saúde, a operadora estaria obrigada, indefinidamente, a manter relação jurídica com a empresa (estipulante) em benefício de futuros empregados.

Assim, em observância ao princípio da liberdade contratual, não deve ser considerada nula determinada cláusula que preveja a rescisão unilateral desmotivada, já que ninguém é obrigado a manter, eternamente, a

execução de contrato que não apresente mais interesse econômico, conforme dispõe o art. 5º, II, da Constituição Federal: “Ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei.”

O parágrafo único, inciso II, do art. 13, da Lei 9.656/98 veda, expressamente, a suspensão à rescisão unilateral de plano ou seguro de saúde individual ou familiar, tratando, ainda, das exceções de ocorrência de fraude e de não pagamento, nos seguintes termos:

“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; ...”

A jurisprudência, majoritariamente, ressalta a inaplicabilidade do parágrafo único acima referido aos contratos coletivos, pois a vedação restringe-se aos planos e seguros de saúde individuais ou familiares.

b) Situação do empregado diante da rescisão unilateral do contrato de plano empresarial.

A cláusula que prevê a rescisão unilateral desmotivada pelas partes é reconhecidamente válida e possibilita a rescisão pela operadora, porém, deverá a operadora, quando da rescisão do contrato de plano empresarial, disponibilizar aos ex-beneficiários outro plano individual ou familiar, conforme escolha do interessado.

CONCLUSÃO

Nas hipóteses de rescisão de contrato de trabalho, por aposentadoria e de rescisão do contrato coletivo, tratando-se de plano de saúde, deve ser observado o art. 51 do Código de Defesa do Consumidor (cláusulas abusivas), principalmente, nos seus incisos IV e XIII:

“Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: I ...: IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; ... XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração; ...”

A negativa de continuidade do plano, pela seguradora, impedindo a permanência do interessado, seja o demitido, o aposentado ou o empregado, este na hipótese de rescisão unilateral, acarreta ofensa aos princípios que regem as relações de consumo, com ênfase ao princípio da boa-fé e da lealdade, ressaltando, ao final, que a inobservância a estes princípios configuram, efetivamente, ofensa à dignidade da pessoa humana.

MODELO DE SENTENÇA COM BASE NO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL MAJORITÁRIO:

“SENTENÇA. Ação de obrigação de fazer. A parte autora pleiteia a condenação da parte ré a manter as condições do plano de saúde coletivo do qual era beneficiária quando mantinha vínculo de emprego com seu ex-empregador, assumindo, assim, seu pagamento integral. Alega a parte autora, em síntese, que, após ser demitida, sem justa causa, seu empregador informou que o plano de saúde coletivo seria mantido, somente, por mais seis meses. A parte ré alega tratar-se de ato jurídico perfeito, tendo sido observadas as cláusulas contratuais. D E C I D O. A relação jurídica existente entre a parte autora e a parte ré é de consumo e deve ser regida pela Lei nº 8.078/90. Resta incontroverso, nos autos, que a parte autora, ao ser demitida, era beneficiária do plano de saúde da empresa ré. O tema em exame é regido pela Lei nº 9.656/98, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. A referida lei, em seus artigos 30 e 31, protege o usuário do plano de saúde coletivo quando há rescisão

do pacto laboral e na hipótese de aposentadoria. Deve-se atentar para o fato de que o consumidor é a parte mais vulnerável da relação jurídica e que está em jogo direito personalíssimo, qual seja, a dignidade da pessoa humana. A continuidade na fruição dos serviços de saúde também deve ser levada em conta no exame do caso em tela. Portanto, deve a parte autora ser mantida no plano de saúde em questão, migrando para a modalidade individual, sem incidência de carência e com a mesma cobertura e o mesmo preço do plano coletivo, sendo permitido o reajuste estabelecido pela ANS. Isto posto, JULGO PROCEDENTE o pedido, para condenar a parte ré a restabelecer a condição de beneficiária da parte autora, nas mesmas condições da cobertura assistencial de que gozava quando da vigência de seu contrato de trabalho, no prazo de 05 dias, sob pena de multa diária de R\$ 100,00. Sem ônus sucumbenciais. P.R.I. Certificado o trânsito em julgado, dê-se baixa e arquivem-se. Decorridos 90 dias do arquivamento, os autos serão eliminados, nos termos do artigo 1º do Ato Normativo Conjunto nº 01/2005. Rio de Janeiro, ... Sônia Maria Monteiro. Juíza Titular do XIII Juizado Especial Cível da Comarca da Capital - Regional - Méier.”

LEGISLAÇÃO PERTINENTE:

- Constituição Federal.
- Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 – Código de Defesa do Consumidor.
- Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998 – Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde.
- Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000 – Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar. ♦

Envelhecimento e Reajuste por Faixa Etária: Impacto da Lei 9.656 e do Estatuto do Idoso

Veleda Suzete Saldanha Carvalho ¹

É antiga a prática no mercado de plano de saúde e seguro-saúde de reajuste decorrente de mudança de faixa etária. Tal medida, em tese, se justifica para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, sendo cediço que, com o avançar da idade, maior o uso dos serviços médico-hospitalares, o que acarreta, inegavelmente, maior despesa pelas operadoras de planos de saúde e seguradoras.

No que se refere aos contratos firmados a partir da vigência do Estatuto do Idoso (Lei 10.741, de 1º de outubro de 2003), que, conforme seu artigo 118, seria a partir de 1º de janeiro de 2004, é expressamente vedada a discriminação do idoso em razão da idade, o que proíbe o reajuste das mensalidades dos planos de saúde por mudança de faixa etária (artigo 15, § 3º).

“Art. 15. É assegurada a atenção integral à saúde do idoso, por intermédio do Sistema Único de Saúde – SUS, garantindo-lhe o acesso universal e igualitário, em conjunto articulado e contínuo das ações e serviços, para a prevenção, promoção, proteção e recuperação da saúde, incluindo a atenção especial às doenças que afetam preferencialmente os idosos.

...

§ 3º É vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade.”

¹Juíza de Direito da 34ª Vara Cível - Capital.

Nesse contexto, foi editada a RN 63, de 22.12.20003, da ANS, que em seu artigo 2º, determinou a adoção de dez faixas etárias para os contratos firmados a partir de 01.01.2004, sendo a última faixa aos 59 (cinquenta e nove) anos ou mais.

Não há, portanto, em relação a tais contratos, muito espaço para discussões acerca da possibilidade ou não para reajuste a partir dos 60 (sessenta) anos de idade, fulcrado apenas com base na mudança de faixa etária.

Em relação aos contratos firmados antes do Estatuto do Idoso, mas já sob a vigência da Lei nº 9.656/1998, o artigo 15 permite o reajuste em razão da faixa etária também para os que ultrapassassem os 60 (sessenta) anos de idade, salvo aqueles que participarem dos produtos (plano de saúde ou seguro saúde) há mais de dez anos, hipótese em que não se admitiria a variação da contraprestação pecuniária apenas com base na mudança de faixa etária.

Assim, foi editada a Resolução CONSU nº 06/1998 da ANS, que em seu artigo 1º, estabelece as faixas etárias, determinando o máximo de 07 (sete) faixas, sendo a última aos 70 (sessenta) anos ou mais.

Ocorre que o contrato de plano de saúde ou de seguro saúde é contrato de trato sucessivo, por prazo indeterminado, cativos de longa duração, a envolver por muitos anos a empresa fornecedora dos serviços de seguro-saúde e o consumidor, sua família ou beneficiários. Portanto, seus efeitos futuros são regidos pela legislação vigente.

O contrato celebrado tem sua execução continuada. Releva, aqui, a distinção entre efeito retroativo e efeito imediato (em síntese, o primeiro seria a aplicação da lei ao passado, enquanto o segundo seria a aplicação da lei ao presente, segundo teoria de Roubier), bem como entre ato pretérito, ato pendente e ato futuro.

Portanto, deve-se entender que o artigo 15, § 3º, do Estatuto do Idoso, revogou o parágrafo único do artigo 15 da Lei nº 9.656/1998, sendo, destarte, vedada a majoração por mudança de faixa etária após os 60 anos de idade, também para os contratos anteriores ao Estatuto do Idoso que datassem de menos de 10 (dez) anos antes da Lei 9.656.

Por fim, no que toca aos contratos anteriores mesmo à Lei

9.656/1998, seu artigo 35, *caput*, previa a aplicabilidade de suas normas aos contratos celebrados a partir de sua vigência. Destarte, a ANS não tinha ingerência sobre os contratos anteriores, devendo ser observadas as cláusulas contratuais, sem dirigismo contratual.

Com o advento da MPV nº 2.177-44, de 24.8.2001, contudo, qualquer variação na contraprestação pecuniária para consumidores com mais de sessenta anos de idade estaria sujeita à autorização prévia da ANS (artigo 35-E, I).

Assim, a ANS poderia exercer sua atividade regulatória também em relação aos contratos anteriores à Lei 9.656/1998, de modo que poderia controlar aumentos que reputasse excessivos e/ou abusivos.

No entanto, existe liminar concedida pelo Supremo Tribunal Federal (ADIN 1931-8), por entender ter havido ofensa aos princípios do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, suspendendo a eficácia do artigo 35-E da Lei 9.656/1998. Via de consequência, voltou a ser permitida a aplicação da regra de reajuste estabelecida no contrato (afastando a exigência prevista no referido dispositivo de que qualquer variação na contraprestação pecuniária para consumidores com mais de sessenta anos de idade estaria sujeita à autorização prévia da ANS – inciso I) que previsse a variação dos custos médico-hospitalares, a ser apurada mediante a aplicação de fórmula adotada pelo Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento.

Portanto, a primeira medida seria se verificar se no contrato havia previsão expressa do reajuste a ser aplicado, uma vez que, em não havendo, não poderia, posteriormente, haver reajuste aleatório.

Não raro, nos contratos ditos antigos, sequer havia indicação do percentual a ser acrescido quando da mudança de faixa etária, e, à época, tal comportamento era admitido ou, ao menos, tolerado.

O mesmo se diga nas hipóteses em que haja previsão de reajuste, mas sem informar o percentual, parâmetro ou índice a ser adotado. É que tal cláusula contratual deixa ao alvedrio exclusivo da operadora ou seguradora de saúde o reajuste das mensalidades em razão da mudança de faixa etária do associado, afigurando-se potestativa pura, leonina, e, portanto, nula de pleno direito.

Saliente-se, aliás, que o Código de Defesa do Consumidor comina nulidade expressa a tais cláusulas, ao dispor, em seu artigo 51, inciso X, *in verbis*:

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

...

X – permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral;”

Tal norma deve, inegavelmente, incidir, posto que o CDC é sobre-estrutura jurídica, a se aplicar sobre todas as relações de consumo.

Inquestionável que a presente relação jurídica tem natureza consumerista; de um lado, a consumidora, destinatária final dos serviços prestados pela operadora do plano de saúde ou seguradora, pelo que a questão deve ser analisada de acordo com o disposto na Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), norma de ordem pública, que deve ser aplicada ao contrato celebrado pelas partes.

Ocorre que, ainda nos casos em que haja expressa previsão contratual acerca das faixas etárias que ensejariam mudança no valor da mensalidade/prêmio, conforme analisado, em se tratando de contrato de trato sucessivo, não se pode afastar a incidência da norma do artigo 15, § 3º, do Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003), que veda a discriminação em razão da idade; vale dizer, proíbe o reajuste das mensalidades dos planos de saúde / seguros de saúde após os 60 anos de idade.

Não só a legislação em torno de tais contratos evolui de modo a trazer garantias aos contratantes, como também os operadores do direito e, especificamente, julgadores, deixaram de admitir aumentos abusivos em razão da mudança de faixa etária.

Ao firmar contrato de plano de saúde, o contratante tem como intuito a garantia de que, futuramente, quando precisar, estará com a cobertura assegurada pelos serviços prestados pela empresa contratada, em razão dos termos fixados contratualmente.

Assim, nos contratos de plano de saúde, a jurisprudência tem en-

tendido que deve ser declarada abusiva e nula qualquer cláusula contratual que preveja reajuste de plano de saúde, baseado exclusivamente na mudança de faixa etária, ainda que se trate de contrato firmado anteriormente à vigência do Estatuto do Idoso.

“AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE DE MENSALIDADES EM RAZÃO DE MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. VEDAÇÃO. PRECEDENTES. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

1. Deve ser declarada a abusividade e consequente nulidade de cláusula contratual que prevê reajuste de mensalidade de plano de saúde calcada exclusivamente na mudança de faixa etária. Veja-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 que se derem por mudança de faixa etária. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

2. Da leitura das razões expendidas na petição de agravo regimental não se extrai argumentação relevante apta a afastar os fundamentos do julgado ora recorrido. Destarte, deve a decisão ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AgRg no REsp 533539/RS. Agravo Regimental no Agravo Regimental no Recurso Especial 2003/0058291-0, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, DJU de 23/02/2010).

“AÇÃO DECLARATÓRIA. PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE POR MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. CONTRATO FIRMADO ANTERIORMENTE À LEI 9656/98 E AO ESTATUTO DO IDOSO. RELAÇÃO JURÍDICA CONTINUATIVA DE TEMPO INDETERMINADO. APLICAÇÃO DA LEI NOVA AOS EFEITOS FUTUROS. Versa a controvérsia sobre

a legalidade do reajuste das mensalidades pagas pelo autor ao seguro saúde operado pela ré, a partir de dezembro de 2003, em virtude da mudança de faixa etária do autor, que completou 70 anos. O apelado aderiu ao contrato de assistência médica (seguro saúde) administrado pela ré em 15/09/1991, tendo firmado o termo aditivo em 15/12/1993, nele constando cláusula de reajuste das prestações pelo critério de mudança de faixa etária, sem prever, contudo, o índice percentual. Não há que se falar em não aplicabilidade do Estatuto do Idoso (Lei nº. 10.741/2003) e da Lei 9.656/98 a contratos anteriores à sua vigência, uma vez que se trata de relação jurídica de natureza continuativa. O aumento foi efetivado em dezembro de 2003, quando já transcorridos mais de dez anos de relação contratual entre as partes, inexistindo óbice à aplicação da regra prevista no parágrafo único do art. 15 da Lei nº. 9.656/98. Por outro lado, mesmo para aqueles que sustentam a tese da inaplicabilidade do disposto no art. 15, parágrafo único da Lei nº. 9.656/98 e do art 15, §3º, da Lei nº. 10.741/2003 aos contratos anteriores, não se pode negar a existência implícita da cláusula rebus sic stantibus em todo e qualquer contrato que regule relação de consumo. RECURSO DESPROVIDO.” 2006.001.56490 - APELAÇÃO CÍVEL - DES. ELISABETE FILIZZOLA - Julgamento: 13/12/2006 - SEGUNDA CÂMARA CÍVEL (grifo não contido no original)

“Ação civil pública. Reajuste. Plano de saúde. Associados na faixa etária dos sessenta anos. Estatuto do idoso. Proibição de majorar as mensalidades após o advento da Lei nº10741/03. Diploma cujo conteúdo consigna dispositivos de ordem pública. Aplicação imediata aos contratos celebrados antes de sua vigência. Prestações de trato sucessivo. Acolhimento integral do parecer do Ministério Público. Desprovisionamento do recurso.” 2006.001.19493 - APELAÇÃO CÍVEL - DES. VALERIA MARON - Julgamento:

10/10/2006 - PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL

(grifo não contido no original)

“Ação declaratória cumulada com inibitória com pedido de antecipação de tutela. Relação de consumo. Contrato de prestação de serviços de assistência médica hospitalar. Alegação de aumento abusivo. Reajuste por faixa etária. A cláusula que estabelece o reajuste pela mudança da faixa etária, na medida em que não determina o respectivo índice ou indica aquele aprovado pela agência reguladora, subordina os seus efeitos ao exclusivo arbítrio da seguradora ao permitir a variação do preço de forma unilateral, contém condição potestativa pura, caracteriza a desvantagem exagerada do consumidor, desarmoniza-se com o ordenamento jurídico e afigura-se inválida e ineficaz. Recurso manifestamente improcedente a que se nega seguimento com fulcro no artigo 557 do Código de Processo Civil.” 2007.001.02069 - APELAÇÃO CÍVEL - DES. MARIA HENRIQUETA LOBO - SÉTIMA CÂMARA CÍVEL

(grifo não contido no original)

Insta salientar que o Novo Código Civil, cuja aplicabilidade ao caso vertente é irrefutável ante a norma de transição expressa no seu artigo 2035, parágrafo único, consagra dois novos princípios que se erigem como verdadeiras cláusulas gerais de todos os contratos e trazem normas de hermenêutica para o intérprete: a função social do contrato e a boa-fé objetiva. Assim é que, atualmente, deve o julgador ter em mente a importância da relação contratual no contexto social em que se insere, mitigando-se a relatividade do mesmo.

Nesse passo, importantíssima se afigura a função social do contrato de seguro de saúde, ante a falência do serviço público, verdadeiramente atentatória à dignidade da pessoa humana, e considerando-se a avançada idade dos segurados sujeitos à prática abusiva perpetrada pelas operadoras de plano de saúde e seguradoras.

Essas, portanto, são as premissas a serem adotadas no julgamento de demandas com tal objeto, sendo forçoso reconhecer a abusividade de reajustes não previstos contratualmente ou excessivos, havendo, inclusive, o direito de repetir em dobro do valor cobrado a maior, nos exatos termos do artigo 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor.

Saliente-se, por derradeiro, que, em se tratando de desequilíbrio na equação econômico-financeira do contrato posterior à formação do vínculo jurídico, inteiramente oportuna se mostra a regra do artigo 6º, inciso V, da Lei 8.078/1990, que permite ao magistrado modificar as cláusulas que estabeleçam prestações desproporcionais.

Desse modo, impõe-se o expurgo dos valores decorrentes de qualquer revisão por faixa etária após o atingimento de 60 (sessenta) anos de idade, independentemente da data da celebração do contrato. ♦

Contratos de Planos e Seguros Privados de Assistência à Saúde sob a Ótica do Direito do Consumidor

Werson Rêgo ¹

Questão que provoca intensos debates acadêmicos e jurisprudenciais diz respeito à incidência do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de planos de assistência à saúde, bem assim à prevalência de seu arcabouço principiológico-normativo sobre as orientações administrativo-normativas da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS.

Estas apressadas e perfunctórias linhas pretendem, tão somente, apresentar os argumentos daqueles que defendem a necessidade de conformação da Lei n. 9.656/98 e das resoluções normativas da ANS ao sistema de proteção e defesa do consumidor.

Se é certo que “saúde não tem preço”, não menos certo é que a medicina tem seu custos. Para além disso, as novas tecnologias agregadas à atividade médico-hospitalar e o aumento da expectativa de vida das pessoas aumentaram a demanda por tais serviços.

A Constituição da República, reconhecendo a precariedade dos serviços prestados pelo Estado, previu a possibilidade de as instituições privadas participarem, de forma complementar ou suplementar, do setor de saúde. E, neste cenário, as operadoras de planos de assistência à saúde têm desempenhado importante papel.

Nada obstante isso, não se pode deixar de considerar que a atividade desenvolvida por tais operadoras tem inequívoca natureza econômica, daí

¹ Juiz de Direito, Titular da 18ª Vara Cível da Comarca da Capital; Juiz Auxiliar na 3ª Vice-Presidência TJERJ.

porque deve se subsumir ao campo de incidência principiológico-normativa do Código de Defesa do Consumidor.

Iniciaremos, deste modo, pontuando a origem, a finalidade e a razão de ser do Código de Defesa do Consumidor, bem assim a sua natureza jurídica e o seu campo de incidência. Faremos um paralelo entre o direito constitucional à saúde e os direitos fundamentais dos consumidores. Em seguida, faremos rápidas considerações sobre os planos privados de assistência à saúde. Ao final, nossas observações conclusivas.

O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, conhecida como Código de Defesa do Consumidor, tem origem na Constituição da República de 1988. O artigo 5º, XXXII, consagra a defesa do consumidor como direito e garantia fundamental do indivíduo e da coletividade. A seguir, ao discorrer sobre a ordem econômica e financeira, apresenta os princípios gerais da atividade econômica e, ao lado daqueles marcadamente liberais, e como limitador destes, no inciso V, do artigo 170, eleva a defesa do consumidor à categoria de princípio moderador de toda a ordem econômica. Finalmente, para realçar ainda mais a vocação constitucional da legislação consumerista, a regra do artigo 48, dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias representa verdadeiro comando ao legislador infraconstitucional, para que elabore um Código de Defesa do Consumidor, com o propósito de conferir efetividade aos princípios constitucionais antes mencionados.

Veio a lume, quase dois anos depois, a supramencionada Lei n. 8.078/90, que, atendendo a chamamento constitucional, resgatou a dimensão humana do consumidor, na medida em que passou a considerá-lo sujeito de direito, titular de direitos constitucionalmente protegidos. A tutela desse novo titular de direitos passou a ser o desafio, já que claramente um dever do Estado, desde 1988, consoante art. 5º, XXXII, da Constituição.

Desenvolveu a legislação consumerista, para esse fim, uma nova for-

ma de relacionamento com a sociedade e com os agentes do Direito: a comunicação através de princípios, de cláusulas gerais e de conceitos jurídicos não determinados, de tal sorte que o intérprete tivesse a liberdade necessária para tornar tudo isso concreto, de acordo com as peculiaridades de cada situação jurídica sob exame, a fim de alcançar a melhor justiça para aquele específico caso.

Diz-se, com razão, ser o Código de Defesa do Consumidor uma sobre-estrutura jurídica, cujas normas têm característica de normas de sobredireito, justamente em razão de sua vocação constitucional. Ao mesmo tempo, uma lei principiológica, eis que estruturada sobre valores e princípios, relacionando-se com toda a sociedade através de cláusulas gerais. Daí porque o sistema desse modo concebido se torna uno, impondo ao seu intérprete buscar novas regras hermenêuticas, capazes de fazer incidir diretamente a normatividade constitucional em todas as relações submetidas ao campo de incidência do Código de Defesa do Consumidor – dentre elas, a da área da saúde.

A ASSISTÊNCIA À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO

A assistência à saúde é livre à iniciativa privada, na dicção do artigo 199 da Constituição da República.

Trata-se, com efeito, de atividade econômica, de execução privada, e, portanto, submetida aos princípios gerais do artigo 170 e incisos, da Carta da República, que, nada obstante, se sujeitará à regulação pública. A Lei n. 9.656, de 03 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos privados de assistência à saúde, e a Lei n. 9.961, de 28 de janeiro de 2000, que criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, podem ser consideradas os marcos regulatórios do setor de saúde suplementar.

Saúde, na definição da Organização Mundial da Saúde – OMS, “é um estado completo de bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença ou enfermidade”.

O direito à saúde tem a natureza jurídica de direito fundamental, nos termos do artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos/ONU 1948.

A saúde, na Constituição da República, é um direito social fundamental (artigo 6º). É um direito de todos e um dever do Estado (artigo 196). São de relevância pública as ações e serviços de saúde, devendo sua execução ser feita diretamente pelo Poder Público ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado (artigo 197). Consiste, pois, em um sistema protetivo a ser garantido pelo Estado, sem estar condicionado ao pagamento de contribuição prévia pelo cidadão, estruturando-se sobre os princípios da universalidade, equidade e integralidade.

A assistência à saúde, porém, é livre à iniciativa privada, cujas respectivas instituições poderão participar de forma complementar ao sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos, nos termos do artigo 199, *caput* e seu §1º, da Constituição da República.

O sistema tipicamente privado atua em caráter suplementar (supletivo). Abrange a prestação direta de serviços por profissionais e/ou estabelecimentos de saúde e a intermediação desses serviços, mediante a cobertura de riscos de assistência à saúde, através das operadoras de planos de assistência à saúde e/ou de seguros.

Significa, nesse sentido, a opção de se contratar um seguro ou um plano privado “para ter acesso à assistência médica, a despeito da manutenção compulsória para a seguridade social, que inclui o direito de acesso ao serviço público, através de um sistema nacional de saúde” (Célia Almeida, **O mercado privado de serviços de saúde no Brasil**, IPEA, 1998, p. 5).

A ASSISTÊNCIA À SAÚDE NA LEGISLAÇÃO FEDERAL (O MARCO REGULATÓRIO DO SETOR)

A Lei n. 9.656/98, que cuida especificadamente dos planos privados de assistência à saúde, assim os define, em seu artigo 1º, inciso I:

“I - Plano Privado de Assistência à Saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou

pós-estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, 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”.

Estão expressamente submetidas aos comandos da Lei dos Planos de Saúde as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, definidas como operadoras de planos de assistência à saúde, no inciso II, do mesmo dispositivo legal, a saber:

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

Em seguida, é criada pela Lei n. 9.961, de 28 de janeiro de 2000, a Agência Nacional de Saúde Suplementar, como órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde. Sobre este relevante acontecido, confira-se:

“A criação da ANS foi um marco importante para o mercado de saúde suplementar, à medida que o Estado sinalizava, de um lado, que essa atividade estava submetida aos princípios constitucionais da ordem econômica, da livre iniciativa e competição, por considerá-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” (Marilena Lazzarini, Planos de Saúde, a ótica da proteção do consumidor, RT, p. 42).

Mais tarde, a Agência Nacional de Saúde Suplementar, no limite de suas atribuições legais, adota e publica a Resolução de Diretoria Colegiada (RDC) n. 39, de 27 de outubro de 2000, que dispõe sobre a definição, a segmentação e a classificação das Operadoras de Planos de Assistência à Saúde, assim entendidas as **“empresas e entidades que operam, no mercado de saúde suplementar, planos de assistência à saúde, conforme disposto na Lei nº 9.656, de 1998.”** (art. 1º, *caput*), classificadas, no art. 10, nas seguintes modalidades: I – administradora; II - cooperativa médica; III – cooperativa odontológica; IV – autogestão; V – medicina de grupo; VI – odontologia de grupo; ou VII – filantropia.

Não se controverte que as operadoras de planos de assistência à saúde, porque agentes no setor da saúde suplementar, estão submetidas aos marcos regulatórios respectivos. Entretanto, como atividade econômica desenvolvida no mercado de consumo, inafastável a subsunção ao Código de Defesa do Consumidor.

O problema que se apresenta ao intérprete, pois, é o de compatibilizar e harmonizar os múltiplos, complexos e polifacetários interesses em aparente conflito, o que só será alcançado com um profundo conhecimento dos sistemas jurídicos envolvidos, bem assim com a correta hermenêutica constitucional, na defesa do conjunto de valores materiais e imateriais que compõem e integram a personalidade do indivíduo, corolário maior do princípio que impõe a todos o respeito à dignidade da pessoa.

A ÓTICA CONSUMERISTA

É impositivo o estabelecimento de diálogo entre os marcos regulatórios do setor da saúde suplementar (que compõem o microsistema que regula o segmento) e o Código de Defesa do Consumidor (braço normativo do sistema de proteção e defesa do consumidor). Sobre a estruturação do

setor da saúde suplementar, a definição dos agentes e dos produtos regulados, os instrumentos de regulação, os tipos de processos administrativos regulatórios, por exemplo, em um diálogo de adaptação², incidem as regras do microsistema regulatório do setor da saúde suplementar. Por outro lado, no que respeita às relações jurídicas estabelecidas entre os agentes regulados e os consumidores, por expressa previsão legal, incidem, com primazia sobre as demais, as regras da legislação consumerista.

A nosso sentir, eventuais antinomias devem ser solvidas em favor do consumidor, quer pela vocação constitucional do Código de Defesa do Consumidor, quer pelo seu caráter principiológico, de proteção ao sujeito vulnerável da relação jurídica em berlinda. Senão, vejamos:

DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CONSUMIDOR (PROTEÇÃO PRINCIPOLÓGICA)

Os intérpretes do Código de Proteção e Defesa do Consumidor têm a obrigação de saber que, quando se refere a lei a direitos básicos do consumidor, com efeito, está nos propiciando a exata noção de que nos posicionamos diante de valores, de princípios e de preceitos fundamentais que, em hipótese alguma, podem ser deixados de lado, visto integrarem uma lista básica ou mínima de condições para que o consumidor conviva no mercado com dignidade.

De imediato, sobreleva referir que, se de um lado a legislação prevê direitos básicos para os consumidores, de outro, por simetria, cria deveres para alguém e, formando-se a relação jurídica de consumo entre fornecedores e consumidores, tendo a lei assegurado aos últimos direitos básicos, a conclusão lógica a que se chega é que, ao mesmo tempo, criou deveres - igualmente básicos - para os fornecedores.

Eis, aí, algo de fundamental importância dentro da sistemática de proteção e defesa do consumidor: se o fornecedor tem deveres jurídicos básicos em relação ao consumidor, decorrentes não da vontade das partes,

² Sobre diálogo das fontes, recomenda-se a leitura da obra Manual de Direito do Consumidor, Antonio Herman Vasconcelos Benjamin, Cláudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 87/98.

mas de mandamento legal, a não observância de qualquer um desses deveres caracteriza ilícito absoluto, e não apenas relativo, sujeitando o infrator às responsabilidades civil, administrativa e/ou penal, conforme o caso. E mais. Não precisa o consumidor cobrar do fornecedor o cumprimento de sua obrigação legal. Ao contrário, a posição do consumidor, agora, é bastante confortável, já que, ainda que desconheça estes os seus direitos, mesmo assim, tem o fornecedor o dever de agir conforme determina a lei.

. Proteção da incolumidade física do consumidor: direito à segurança (*the right to safety*) - art. 6º, I.

Vida, saúde e segurança são bens jurídicos inalienáveis e indissociáveis do princípio universal maior da **intangibilidade da dignidade da pessoa humana**.

. Proteção da incolumidade psíquica do consumidor: práticas e cláusulas abusivas – artigo 6º, IV, parte final.

Abusivo é tudo o que afronta a principiologia e a finalidade do sistema protetivo do consumidor.

. Proteção da incolumidade econômica do consumidor: direito à proteção contratual – art. 6º, V.

Intervenção do Estado nos contratos (dirigismo judicial): a) “a **modificação** das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais” ou; b) “a sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”.

Finalidade: assegurar/preservar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e proteger a boa-fé dos contratantes.

Chegamos ao ponto central da divergência. A relação entre os agentes regulados e os consumidores é contratual. De se concluir, forçosamente, que as relações decorrentes dos contratos celebrados entre as partes devem respeitar os princípios que norteiam as relações contratualizadas, a partir da vigência da Lei nº 8.078/90, que, por sua vez, traduz em normas jurídicas as novas tendências mundiais no que se refere a questões contratuais. Especial relevo é de ser conferido à regra do artigo 4º, III, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, que preconiza a necessidade de se harmonizar os interesses de fornecedores e de consumidores, tendo por norte

os princípios da equidade e *boa-fé*.

Evoluímos de um Estado Liberal para um Estado Democrático de Direito – no que se refere à posição econômica do Estado. Nesse processo evolutivo, percebe-se que no lugar da vontade dos contraentes surge um novo elemento, originalmente estranho às relações contratuais: o **interesse social**. Indubitavelmente, esse é um fator complicador, tornando o suporte fático dos contratos mais complexo que o simples exame do preenchimento de suas formalidades legais, como acontecia outrora.

Em razão disso, noções e princípios até então tradicionais, como, por exemplo, os da **autonomia das vontades** e do consensualismo; da **intangibilidade do conteúdo** dos contratos; da **força obrigatória** dos contratos; da relatividade dos contratos; entre outros, vão sendo, paulatinamente, mitigados pelo Estado ou, então, interpretados buscando-se dar ao contrato uma função social.

A moderna concepção contratual se preocupa com o conteúdo do contrato e, ao enfocá-lo, **está afastando o princípio da intangibilidade**. Preocupa-se com a alteração da situação fática ocorrida após a sua formação, abandonando-se, assim, uma análise estática dos contratos, voltando-se para uma análise dinâmica dos mesmos.

Não se vê mais os contratos como uma relação antagônica em que os contraentes estão exclusivamente preocupados com os interesses específicos de cada um deles sobre o objeto do contrato. Ao revés, a concepção moderna enfatiza o caráter de cooperação entre os contraentes, buscando-se, por intermédio dele, atingir os propósitos do contrato, quer em benefício dos contraentes, quer em benefício de terceiros.

Destarte, ao se solucionar uma controvérsia oriunda de um negócio jurídico, deve o intérprete considerar não apenas o interesse isolado de cada um dos contendores senão, também, os interesses da coletividade que pode ser afetada por situação análoga.

É certo que o dirigismo contratual não se dá em qualquer situação, mas apenas nas relações jurídicas consideradas como merecedoras de controle estatal para que seja mantido o desejado equilíbrio entre as partes contratantes.

O excesso de liberalismo, manifestado pela preeminência do **dogma do *pacta sunt servanda***, cede às exigências da ordem pública, econômica e social, que devem prevalecer sobre o individualismo, funcionando como fatores limitadores da autonomia privada individual, no interesse geral da coletividade. Bem se conhece que a fórmula do supramencionado artigo 1134, segundo a qual *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* (“as convenções legalmente constituídas têm o mesmo valor que a lei relativamente às partes que as fizeram”), **orientou a regulamentação do contrato no âmbito da autonomia das vontades. Costumava-se dizer que o justo seria o que estivesse regularmente contratado.**

Não existe qualquer dificuldade em se entender as origens de tal disposição. Emanada de um Estado liberal, ainda em fase de consolidação das conquistas revolucionárias, tinha por objetivo afirmar a posição do indivíduo perante a sociedade, em resposta às limitações antes impostas pelo direito canônico e pelo corporativismo. Entretanto, os negócios jurídicos então celebrados não tinham, nem em pensamento, as dimensões alcançadas nos dias atuais. Vê-se, sem maior esforço, que o cenário fático-jurídico de outrora é muito diferente do que se apresenta nos dias de hoje, a impor a mudança dos paradigmas hermenêuticos.

CONCLUSÃO

As operadoras de planos privados de assistência à saúde exercem relevante papel econômico-social e, porque atuam em segmento muito sensível e caro ao Estado, há preocupação do legislador em regulamentar a sua atividade, bem assim todo o setor da saúde suplementar.

O Código de Defesa do Consumidor, a seu turno, representa importante conquista de toda a sociedade, ao reconhecer no consumidor um sujeito especial de direitos constitucionalmente assegurados. A tutela dos interesses deste é impositiva, em qualquer setor da atividade econômica – inclusive no da saúde suplementar.

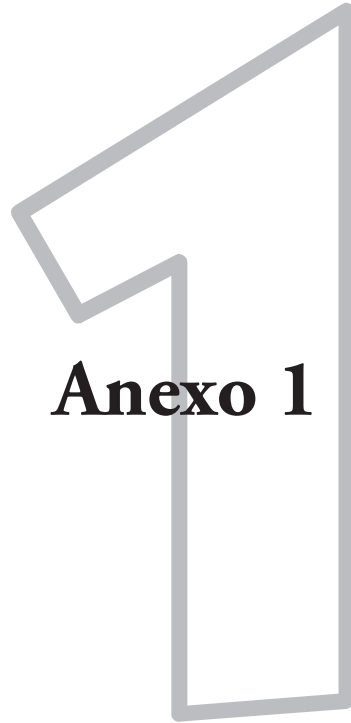
A legislação consumerista é principiológica e as suas regras têm na-

tureza de normas de sobredireito, incidindo sobre qualquer ramo em que presente a figura do consumidor.

Entendemos que todo o sistema jurídico tem a ganhar com o aprimoramento do marco regulatório do setor da saúde suplementar, mas, para tanto, não se pode perder de vista a especial proteção conferida pela Constituição ao consumidor. Dispensar ao mesmo tratamento diferenciado é um imperativo constitucional, marcadamente em razão dos bens jurídicos tutelados: a vida e a saúde do consumidor.

Como sistema, não dará certo se todos os *players* obrarem no sentido da exclusiva satisfação de seus respectivos interesses econômicos. Há que se buscar uma cooperação sinérgica entre os agentes regulados - inicialmente, entre si - e entre estes e os consumidores. A boa-fé deve funcionar como o elemento moral dessa relação jurídica, que encontrará na mutualidade a sua base econômica. Lealdade e transparência são atributos imprescindíveis a nortear a conduta de todos os interessados.

Aparentes conflitos devem ser resolvidos axiologicamente e, nesse sentido, os valores relacionados à tutela da vida, da saúde e do bem-estar do consumidor, porque indissociáveis do princípio universal da dignidade da pessoa humana, encontram perfeita guarida na legislação consumerista que, por sua vocação constitucional, deve prevalecer sobre as demais regras. ♦



Anexo 1



EMERJ

Programação do Curso

Curso de Direito em Saúde Suplementar

Dia 15/07/2011

DAS 08h30min às 09h

Café da manhã

DAS 09h às 12h30min

Tema: “Contratos de Planos de Saúde: princípios básicos da atividade”

Palestrantes:

Luiz Augusto Carneiro - *Superintendente Executivo do IESS*

Des. Maury Ângelo Bottesini – *Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo*

Dennys Zimmerman - *Advogado, Mestre em Direito Civil/UERJ e Procurador do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro*

Presidente de mesa:

Desembargadora Gilda Maria Dias Carrapatoso – *TJ/RJ*

Dia 22/07/2011

DAS 08h30min às 09h

Café da manhã

DAS 09h às 12h30min

Tema: “Envelhecimento e Reajuste por Faixa Etária: Impacto da Lei 9.656 e do Estatuto do Idoso”

Palestrantes:

José Cechin – *Diretor Executivo da FenaSaúde.*

Luiz Celso Dias Lopes - *Advogado, Superintendente de Relações com Órgãos Reguladores do Grupo SulAmérica e Membro do IESS e da FenaSaúde.*

Des. Carlos Augusto Guimarães e Souza Junior - *Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.*

Presidente de mesa:

Desembargador Jessé Torres Pereira Junior – *TJ/RJ*

Dia 29/07/2011**DAS 08h30min às 09h**

Café da manhã

DAS 09h às 12h30min**Tema: “ANS - papel Institucional e Competência: Rol de procedimentos; Limitações dos Seguros Saúde; Risco Segurável; Carência”****Palestrantes:**

Franklin Padrão Jr. - *Médico graduado pela UFRJ e especialista em Cardiologia pela PUC/RJ e Hospital Central da ISAERJ*

Luiz Celso Dias Lopes – *Diretor da SulAmérica*

Presidente de mesa:

Dr. Eduardo Antonio Klausner – Juiz do *TJ/RJ*

Dia 05/08/2011**DAS 08h30min às 09h**

Café da manhã

DAS 09h às 12h30min**Tema: “Direito Contratual e Direito do Consumidor na Saúde Suplementar”****Palestrantes:**

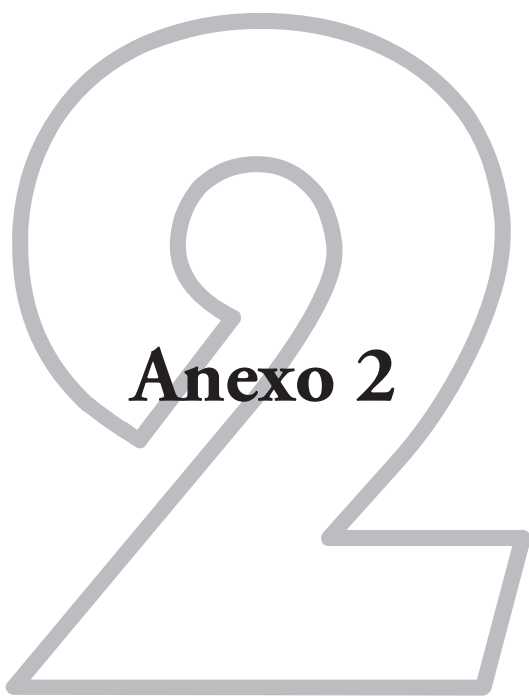
Carlos Ernesto Henningsen – *Advogado e Coordenador da Comissão Jurídica do IESS*

Maria Stella Gregori – *Advogada e Consultora para empresas na área do Direito do Consumidor*

Angélica Lúcia Carlini – *Advogada. Mestre em História Contemporânea e Direito Civil. Doutora em Educação.*

Presidente de mesa:

Dra. Margaret de Oliveira Valle dos Santos – Juíza do *TJ/RJ*



Anexo 2



EMERJ



PROCESSO Nº 2011148

PARECER Nº 2011148– 0012011

ESCOLA: Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

CURSO: Direito em Saúde Complementar.

Senhora Coordenadora de Ensino,

I – Relatório

A Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ, submete à apreciação da Enfam, mediante o SISFAM, em 14 de junho de 2011, para fins de credenciamento, o projeto do curso “**Direito em Saúde Complementar**”, sob a modalidade presencial, com carga horária de 20 (vinte) horas-aula e com previsão de 100 (cem) vagas. O curso será realizado no período de 15 de julho a 05 de agosto próximo.

A Escola busca justificar a necessidade do curso aduzindo que:

“Até 1998 não havia lei específica que regulasse a atuação de empresas no setor de saúde suplementar- cada empresa podia ofertar o produto que desejasse com coberturas especificadas por ela mesma. Havia muita desinformação e práticas pouco ortodoxas. A regulação foi um importante marco, pois disciplinou o mercado, evitou abusos contra a concorrência saudável, facilitou a relação do consumidor com as operadoras ao padronizar os produtos. Mas a regulação de 1998 não pacificou todas as dificuldades inerentes à prestação privada de assistência à saúde. A Lei foi ampla, contendo 36 artigos quatro grandes temas : a) organização do mercado; b) cobertura assistencial; c) regulação econômica-financeira e d) regime repressivo. A Lei, alterada por 44 (quarenta e quatro) Medidas Provisórias, foi regulamentada em mais de mil Resoluções pelo poder regulador, atualmente a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS. Trata-se, portanto, de setor complexo que atende ao principal anseio da população: a saúde.”

O curso tem como objetivo geral a formação continuada e a atualização dos magistrados com foco na área do direito à saúde complementar. Pretende apresentar e analisar a legislação vigente sobre o setor de saúde complementar (Lei nº 9.656/98),

sua associação com o Estatuto do Idoso e com outros códigos; abordar contratos de planos de saúde sob a luz do direito do consumidor e contratual; e apresentar sob os aspectos conceituais e legais o papel institucional e competências da agência reguladora (ANS).

No que diz respeito à metodologia, o curso **Direito em Saúde Suplementar** desenvolver-se-á por meio de um trabalho interativo, com aulas expositivo-dialogadas, voltadas para o desenvolvimento de habilidades e competências atinentes à profissão da clientela-alvo, no âmbito do cotidiano forense. Nesse viés, o trabalho pedagógico assumirá, com o foco escolhido, uma formação baseada na interação entre teoria e prática, desde o início do curso, com vistas ao aprimoramento de magistrados já experientes, buscando desta forma, instrumentalizá-los para as decisões adequadas e pertinentes ao tema proposto.

A avaliação dos cursistas está condicionada aos seguintes critérios: observação dos seguintes aspectos: relacionamento interpessoal, pontualidade, interesse, postura, participação nas atividades presenciais da classe, além de frequência mínima de 75% (setenta e cinco por cento) das aulas do curso na modalidade presencial; essa aferição é feita mediante lista de presença. Será exigida, também, a apresentação de trabalho. Findo o curso, no prazo de 10 (dez) dias, os participantes deverão entregar texto de 5 a 8 laudas, em que aplicarão a um caso concreto o conhecimento ministrado no curso; a esse trabalho será atribuído conceito ótimo, bom, regular ou insuficiente, segundo avaliação a cargo do coordenador do curso. No intuito de uniformizar os trabalhos acadêmicos a Escola da Magistratura do Rio de Janeiro padronizou a formatação dos mesmos, seguindo as normas da ABNT. Haverá uma Ficha de Avaliação do curso e o exame do trabalho está condicionado a entrega dessa ficha.

A avaliação do curso será feita pelos cursistas, através do preenchimento de folha própria de avaliação, conforme escala de valores para cada quesito, alinhada às diretrizes da Enfam, tais como: avaliação dos professores, avaliação dos temas apresentados, carga horária, qualidade do material de apoio e integração dos participantes durante o curso.

O Curso apresenta a seguinte programação:

DISCIPLINA	CARGA HORÁRIA
DIREITO DA SAÚDE	05 horas-aula
EMENTA	
Princípios básicos de Seguros; Mutualismo e regime financeiro de repartição simples; risco segurável; risco moral; seleção adversas; gastos com saúde.	
CONTEÚDO PROGRAMÁTICO	
A diferença entre a atividade privada e pública na área da saúde- princípios de seguro aplicados aos contratos: importância da boa-fé; administração de fundo mutual; gestão de risco e de sinistro a importância da responsabilidade com o mútuo. Imperfeições de mercado e a necessidade de regulação. Conceito de seleção adversa e risco moral. Fraudes. Faixa etária e formação de preço (nova técnica atuarial).	
OBJETIVO ESPECÍFICO	
Apresentar e analisar a legislação vigente sobre o setor de saúde suplementar (Lei nº 9.656/98), sua associação com o Estatuto do Idoso e com outros códigos. Abordar os contratos de planos de saúde sob a luz do direito do consumidor e contratual. Apresentar sob os aspectos conceituais e legais o papel institucional e competências da agência reguladora - ANS).	
DISCIPLINA	CARGA HORÁRIA
ENVELHECIMENTO E REAJUSTE POR FAIXA ETÁRIA: IMPACTO DA LEI Nº 9.656 E DO ESTATUTO DO IDOSO	05 horas-aula
EMENTA	
Tratarão dos quatro fatos da vida que conformam e estruturam os planos de seguros de saúde, a formação de preços e portanto a diferenciação dos preços por faixas etárias. Veremos os impactos financeiros da não aplicação dos reajustes autorizados e previstos em contrato. Sugere-se uma modalidade de planos que pode ajudar no equacionamento dos desafios apontados pelos quatro fatos corriqueiros da vida. Considerações sobre a jurisprudência de nossos Tribunais; Tipos de reajustes dos contratos de planos de saúde e Espécies de contrato.	
CONTEÚDO PROGRAMÁTICO	
O envelhecimento da população e o impacto sobre as demandas de serviços de saúde: reajuste por faixa etária: mutualismo e regime financeiro de repartição simples aplicado aos planos de saúde: princípio da segurança jurídica. A proteção constitucional do ato jurídico perfeito. Extensão da proteção: modalidades de retroação, lei de ordem pública, contratos de trato sucessivo segurança jurídica.	

OBJETIVO ESPECÍFICO	
Apresentar e analisar a legislação vigente sobre o setor de saúde suplementar (Lei nº 9.656/98), sua associação com o Estatuto do Idoso e com outros códigos. Abordar os contratos de planos de saúde sob a luz do direito do consumidor e contratual. Apresentar sob os aspectos conceituais e legais o papel institucional e competências da agência reguladora - ANS).	
DISCIPLINA	CARGA HORÁRIA
ANS PAPEL INSTITUCIONAL E COMPETÊNCIA: ROL DE PROCEDIMENTOS; LIMITAÇÕES DOS SEGUROS DE SAÚDE; RISCO.	05 horas-aula
EMENTA	
O que a sociedade espera da ANS? Interfaces com a gestão do SUS e o Ministério da Saúde. Competência técnica e influência políticas. Inclusão de novas coberturas e o equilíbrio financeiro do sistema. Carências e outras medidas contra a fraude nas inclusões de planos individuais. Deve ter limite um contrato de assistência médica?	
CONTEÚDO PROGRAMÁTICO	
ANS papel Institucional e Competência: rol de procedimentos; limitações dos seguros saúde; risco segurável e carência.	
OBJETIVO ESPECÍFICO	
Apresentar e analisar a legislação vigente sobre o setor de saúde suplementar (Lei nº 9.656/98), sua associação com o Estatuto do Idoso e com outros códigos. Abordar os contratos de planos de saúde sob a luz do direito do consumidor e contratual. Apresentar, sob os aspectos conceituais e legais, o papel institucional e competências da agência reguladora (ANS).	
DISCIPLINA	CARGA HORÁRIA
DIREITO CONTRATUAL E DIREITO DO CONSUMIDOR NA SAÚDE SUPLEMENTAR	05 horas-aula
EMENTA	
Direito Contratual e Direito do Consumidor na Saúde Suplementar. Saúde Suplementar e os aspectos contratuais e consumeristas. Aspectos polêmicos vivenciados pelas Operadoras de Planos de Saúde. O consumidor extrapola seus direitos?	
CONTEÚDO PROGRAMÁTICO	
Discutir aspectos da hermenêutica constitucional e da aplicação dos princípios aos contratos privados. Refletir sobre a relativização dos contratos privados e a natureza jurídica dos contratos de saúde privada como contratos de colaboração e confiança. Analisar as possibilidades de redução do déficit informacional por meio de ações comuns entre o Poder Público e o segmento privado.	
OBJETIVO ESPECÍFICO	
Apresentar e analisar a legislação vigente sobre o setor de saúde suplementar (Lei nº 9.656/98), sua associação com o Estatuto do Idoso e com outros códigos. Abordar os contratos de planos de saúde sob a luz do direito do consumidor e contratual.	

Apresentar, sob os aspectos conceituais e legais, o papel institucional e competências da agência reguladora (ANS).

A bibliografia foi indicada de forma adequada e os docentes selecionados possuem qualificação, como constam dos currículos encaminhados.

É o Relatório.

II – Fundamentação

Trata-se de curso de aperfeiçoamento de magistrados para fins de promoção por merecimento. A matéria encontra-se disciplinada na Enfam através da Resolução nº 1, de 06 de junho de 2011 (mantida, no que couber, a Resolução nº 02/2009 e respectivas Instruções Normativas).

De acordo com o inciso II do art. 13 da Resolução nº 1, de 6 de junho de 2011, “*o pedido de credenciamento para a execução do curso de aperfeiçoamento deverá ser feito, impreterivelmente, até 30 (trinta) dias antes do seu início*”.

O curso em questão iniciar-se-á no dia 15 de julho de 2011, sendo o pedido encaminhado à Enfam, através do SISFAM, em 14 de junho. Tempestivo, portanto o pedido de credenciamento.

O tema, “**Direito em Saúde Complementar**”, se insere nos conteúdos previstos no inciso III do art. 8º da Resolução nº 1, de 06 de junho de 2011:

Art. 8º O conteúdo programático dos cursos de aperfeiçoamento para fins de vitaliciamento e promoção incluirá, no mínimo, estudos relacionados com os itens seguintes:

I – (...);

II – (...) e;

III – temas teóricos relativos a matérias jurídicas e disciplinas afins....”

Ademais, o §1º do art. 2º da Instrução Normativa nº 2, de 6 de fevereiro de 2008, autoriza às escolas a possibilidade de ampliação do conteúdo programático elencado no art. 8º da Resolução nº2/2007. Tal possibilidade ficou explicitada no anexo 2 da Resolução nº 2, de 16 de março de 2009, *verbis*:

“... os tribunais têm liberdade de conformar o processo de formação permanente e continuada de seus juizes a partir de demandas mais pontuais”.

O conteúdo programático e a carga horária mostraram-se compatíveis entre si, porquanto o tema “**Direito em Saúde Complementar**” será estudado em 20 horas-aula.

Pela análise dos currículos, vê-se que os professores são devidamente qualificados.

Quanto à avaliação do cursista, convém lembrar o disposto no anexo 2 da Resolução nº 2/2009: “torna-se importante que haja, para qualquer evento de formação e aperfeiçoamento, **instrumento de avaliação uniforme e adequado**, observadas as diretrizes estabelecidas pela Enfam para toda a ação formativa, ou seja, esta deverá contar, no mínimo, com processo e instrumentos de avaliação, entre os quais, **obrigatoriamente, um estudo de caso em que possam ser aplicados os conteúdos programáticos**”.

No presente caso, além da exigência de frequência a 75% das aulas ministradas, os participantes deverão entregar texto de 5 a 8 laudas, em que aplicarão a um caso concreto o conhecimento adquirido no curso.

O curso será avaliado pelos participantes.

III – Conclusão

Diante do exposto, preenchidos os requisitos dos atos normativos que regem a matéria (Resolução nº 1, de 06 de junho de 2011; Instrução Normativa nº 2, de 6 de fevereiro de 2008; e Resolução nº 2, de 16 de março de 2009), opino pelo deferimento do pedido de credenciamento do curso “**Direito em Saúde Suplementar**”, a ser realizado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ.

À superior consideração.

Brasília, 14 de junho de 2011.

Rodrigo L. D. Campos
Enfam – Analista Judiciário

ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS

PORTARIA Nº 150 DE 21 DE JUNHO DE 2011.

Credencia o curso de aperfeiçoamento denominado **“Direito em Saúde Suplementar”**, ministrado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ).

O DIRETOR-GERAL DA ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS, usando de suas atribuições e tendo em vista o disposto na Resolução nº 1 da Enfam, de 6 de junho de 2011,

RESOLVE

Credenciar, para efeitos do disposto na mencionada resolução, o **“Direito em Saúde Suplementar”**, com carga horária total de 20 (vinte) horas-aula, ministrado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), nos termos do Processo nº 2011148 - Credenciamento.



Ministro Cesar Asfor Rocha
Diretor-Geral

Enfam

Portaria de credenciamento nº 150 de 21 / 06 / 11

Publicada no DJ de 26 / 07 / 11

Conferido por 