

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 IEES – 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 afincamento, 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, Claudia 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 Wolfgangf (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.**