

5

A Saúde da Pessoa Idosa Prestada Pela Iniciativa Privada

5.1

A Eficácia Horizontal do Direito Fundamental à Saúde

Em virtude da escassez de recursos do Poder Público no que concerne a prestação do direito à saúde à população brasileira, surgem os chamados planos de saúde prestados pela iniciativa privada.¹ A grande maioria da população idosa brasileira, no entanto, depende do Estado para ter acesso à saúde e sofre com os velhos e corriqueiros problemas advindos da superlotação dos hospitais, carência de equipamentos médicos adequados em decorrência da insuficiência de políticas públicas eficientes e da ausência de governantes que primem por elaborar um orçamento que dê à saúde a condição de primazia, de todo sabido que ela possui para a vida humana em dignidade.

Desse modo, a partir da década de 60, a medicina suplementar de natureza privada ganhou espaço exatamente em virtude das deficiências da rede pública.

Em 1964, por meio de convênios estabelecidos entre algumas empresas e a previdência social, iniciou-se uma política de incentivo à disponibilização privada da saúde. Às empresas atribuía-se a competência de se responsabilizar pela prestação da assistência médica aos seus empregados e, concomitantemente, dispensava-se sua contribuição ao serviço de assistência social.

A Volkswagen foi a primeira empresa a realizar tais convênios que fizeram desenvolver a medicina de grupo até o ano de 1979, quando cessou essa modalidade de serviço. Procurando uma alternativa à aludida medicina de grupo, em 1967, criou-se a primeira cooperativa médica denominada Unimed, que cresceu em diversas regiões do Brasil a ponto de, atualmente, se posicionar como a maior cooperativa desse seguimento no país. Em 1966, o Decreto-Lei 73 instituiu o seguro saúde, cujas operações só se iniciaram em 1976 em virtude de,

¹ BOTTESINI, Maury Ângelo e MACHADO, Mauro Conti. *Lei dos planos e seguros de saúde*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 53: “Os planos de saúde se inserem num nicho criado pelo descompasso entre a necessidade de uma *proteção universal* à saúde e assistência médico-hospitalar, instituído como *um direito de todos e dever do Estado* pelo art. 196 da CF, e a carência de recursos públicos necessários para garantirem a execução eficiente das políticas sociais e econômicas destinadas à redução do risco doença e outros agravos. É a insuficiência de recursos financeiros que permitam prover o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde que faz aparecer o chamado *mercado* para a *medicina suplementar privada*.”

somente nesse ano, o Conselho Nacional de Seguros Privados emitir Resolução a autorizar operações nessa atividade. Na Resolução 11 de 1976 estabeleceu-se o chamado “Reembolso de Assistência Médica e/ou Hospitalar”, que dava aos segurados o direito de, após usufruir dos serviços médicos e hospitalares desejados, reembolsar-se pelo pagamento auferido.

Reguladas pela SUSEP – Superintendência de Seguros Privados –, que exigia condições mínimas para quem atuasse no setor, além de fiscalizá-lo, nas décadas de 70 e 80 surgiram as primeiras seguradoras de saúde. A Comind foi a primeira delas, seguida pela Itaú. Em 1984, surgiu a Bradesco e em 1986, a Sul América.²

Com o advento da Constituição da República de 1988 estabeleceu-se que a assistência à saúde é livre à iniciativa privada.³

A assistência privada à saúde teve importante marco em 1998, quando se promulgou a Lei 9.656, que legisla especificamente sobre planos de saúde. Tais planos são contratos cujo objeto é a transferência onerosa de riscos à iniciativa privada referentes à futura necessidade de assistência médica e hospitalar.⁴ Assim, uma pessoa ou uma empresa pagam aos planos de saúde para que esses provejam a assistência necessária por ocasião da doença daqueles que se asseguram mediante esse tipo de ajuste.⁵

Apresenta-se como um contrato aleatório, pois o surgimento da moléstia do segurado é futuro e incerto, mas, uma vez que ele ou seus dependentes estejam doentes, o plano deverá tratá-los mediante serviços de assistência médica e

² MACERA, Andréa Pereira e SAINTIVE, Marcelo Barbosa. *O mercado da saúde suplementar no Brasil*. Disponível em : www.fazenda.gov.br. Outubro/2004.

³ Art. 199 da CR/1988: “A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 1º As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fim lucrativos.”

⁴ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*, p. 489.

⁵ Nos termos da Medida Provisória nº 2.177-44 de 2001 que alterou a Lei 9.656 de 1988 em seu art. 1º, inciso 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 da 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.”

hospitalar ou reembolsá-lo da quantia despendida.⁶ Ademais, há incerteza de que o segurado vá ou não se curar, porém, existe uma obrigação de resultado nesse tipo contratual que vincula o plano a oferecer serviços de medicina, exames, reembolso de quantias, medicamentos, alimentação, com qualidade e adequação, para a recuperação do segurado.⁷

Os contratos de planos de saúde são regidos pela Lei 9.656 de 1988, porém, como se tratam de contratos de consumo, em que o fornecedor é a operadora do plano⁸ e consumidor o segurado, rege-se também pelo Código de Defesa do Consumidor.⁹ Todavia, a Lei de planos de saúde prescreve em seu art. 35-G: “Aplicam-se *subsidiariamente* aos contratos entre usuários e operadoras de produtos que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei as disposições da Lei 8.078, de 1990”.¹⁰ Ora! Se as relações travadas entre as partes são relações de consumo o Código de Defesa do Consumidor não se aplica *subsidiariamente*.

Essa regra parece inconstitucional na medida em que a defesa do consumidor é direito de índole fundamental, promovido pelo Estado na forma de lei específica, consoante art. 5º, inciso XXXII da Carta Magna brasileira. O Código do Consumidor, como Lei especialíssima na tutela de todas as relações de consumo, aplica-se prioritariamente aos contratos entre usuários e operadoras de

⁶ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*, p. 490.

⁷ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*, p. 490.

⁸ De acordo com a Medida Provisória nº 2.177-44 de 2001 que alterou a Lei 9.656 de 1998 em seu art. 1º, inciso 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 o produto, serviço ou contrato de que trata o inciso I deste artigo.”

⁹ Confirma essa assertiva, GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 118 e 119: “Já no tocante aos sujeitos que figuram na relação de consumo, pode-se afirmar, com tranquilidade, que as empresas que prestam serviços de assistência à saúde, mediante remuneração, são consideradas típicas fornecedoras. Prestam um serviço condicionado a evento futuro, mediante recebimento de contraprestação pecuniária. Atuam tais empresas, a rigor, como intermediárias, gestoras, cuja função é reter os recursos recebidos, reuni-los em um fundo comum para, quando da ocorrência de um evento, dar-lhe a devida cobertura, seja financeira, seja assistencial por meio de rede própria, credenciada, ou referenciada. Enquadram-se, com efeito, na descrição do *caput* do art. 3º, inserindo-se, dessa forma, em um dos pólos da relação de consumo.

No outro pólo, estão os consumidores, seus dependentes ou agregados, que adquirem ou utilizam esses produtos ou serviços, como destinatários finais, considerados típicos consumidores, de acordo com o art. 2º, *caput* do CDC, ou consumidores equiparados, conforme os arts. 2º, parágrafo único; 17 e 29 do CDC. Portanto, as relações entre os consumidores e as empresas que oferecem serviços de assistência à saúde estão amparadas pelo Código de Defesa do Consumidor.”

¹⁰ Grifou-se.

planos de saúde e a Lei que os rege, também se aplica imediatamente em suas especificidades, desde que não contrarie o referido Código. Outra interpretação feriria o titular de um direito fundamentalíssimo de ser defendido e protegido, tutelado também pelo art. 170, inciso V, da Constituição da República de 1988, como princípio da ordem econômica e financeira; previsto muito antes de a Lei 8.078, de 1990 entrar em vigor, no art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da referida Carta.

Com efeito, se houver antinomia entre a Lei de planos de saúde e os princípios ou as regras do Código de Defesa do Consumidor prevalecerão os enunciados normativos do segundo que regem todas as relações de consumo haja vista sua ordem hierárquica superior, posto que oriundos de mandamento constitucional que incide com superioridade sobre as legislações setoriais.¹¹

Essas mesmas observações servem para as seguradoras de saúde cuja regulamentação ficou a cargo da Lei 10.185 de 2001, que vedou sua operação em quais quer outros ramos ou modalidades que não a saúde.

Outro marco nessa matéria constitui a entrada em vigor da Lei 9.961 de 2000, que cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar, a ANS, e estabelece sua competência e finalidade.¹²

No caso específico da pessoa idosa, a Lei de planos de saúde – nos termos da Medida Provisória nº 2.177-44 de 2001 – tentou, pioneiramente, tutelar o

¹¹ Posição pioneira nesse sentido, é a de MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*, p.633: “Ainda hoje a lei especial de 1998 determina, em seu art. 35-G, que se aplicam ‘subsidiariamente aos contratos entre usuários e operadoras de produtos que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei as disposições da Lei 8.078, de 1990’. Repita-se que este artigo da lei especial não está dogmaticamente correto, pois determina que norma de hierarquia constitucional, que é o CDC (art. 48 do ADCT), tenha apenas aplicação subsidiária à norma de hierarquia infraconstitucional, que é a Lei 9.656/98, o que dificulta a interpretação da lei e prejudica os interesses dos consumidores que queira proteger. Sua *ratio* deveria ser a aplicação cumulativa de ambas as leis, no que couber, uma vez que a Lei 9.656/98 trata com mais detalhes dos contratos de planos privados de assistência à saúde do que o CDC, que é norma principiológica e anterior à lei especial. Neste sentido, importante repetir que há superioridade hierárquica do CDC, que deveria ser aplicado prioritariamente, como concorda parte da doutrina.”

¹² Art. 1º da Lei 9.961 de 2000: “É criada a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, autarquia sob o regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, com sede e foro na cidade do Rio de Janeiro-RJ, prazo de duração indeterminado e atuação em todo território nacional, como órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde.”

Art. 3º da Lei 9.961 de 2000: “A ANS terá por finalidade institucional promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País.”

consumidor idoso prevendo, no inciso I do art. 35-E, que a legislação tivesse efeitos retroativos no sentido de sujeitar à autorização da Agência Nacional de Saúde qualquer variação na contraprestação pecuniária para consumidores com mais de sessenta anos, nos contratos de assistência privada à saúde. No entanto, a Confederação Nacional de Saúde propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade questionando todo o conteúdo do art. 35-E. O Supremo Tribunal Federal decidiu:

“Medida cautelar deferida, em parte, no que tange à suscitada violação do artigo 5º, XXXVI, da Constituição, quanto ao artigo 35-G, hoje, renumerado como artigo 35-E pela Medida Provisória 1908-18, de 24 de setembro de 1999; ação conhecida, em parte, quanto ao pedido de inconstitucionalidade do § 2º do artigo 10 da Lei 9656/1998, com a redação dada pela Medida Provisória 1908-18/1999, para suspender a eficácia apenas da expressão ‘atuais e’. *Suspensão da eficácia do artigo 35-E (redação dada pela MP 2.177-44/2001) e da expressão ‘artigo 35-E’, contida no artigo 3º da Medida Provisória 1908-18/99.*”¹³

Note-se que, apesar de a Lei de planos de saúde com as alterações da Medida Provisória nº 2.177-44 de 2001 ter, em inúmeras de suas disposições, o intento de salvaguardar o consumidor, não há, nessas relações contratuais, uma igualdade material entre a operadora de saúde e o usuário do plano ou seguro.¹⁴ A operadora afigura-se como fornecedora do serviço de saúde em um contrato oneroso, cativo e de longa duração¹⁵ e o usuário do plano é consumidor, um

¹³ STF, Medida Cautelar Em Ação Direta de Inconstitucionalidade 1. 931-8 Distrito Federal. Requerente: Confederação Nacional de Saúde – Hospitais Estabelecimentos e Serviços – CNS. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Mauricio Corrêa. Julgada em: 21.08.2003. [Grifou-se]

¹⁴ Doravante será utilizada a palavra plano para se referir aos planos ou seguros de saúde já que a Lei 10.185 de 2001 opera o seguro na forma do art. 1º, inciso I e § 1º da Lei 9.656 de 1998 que utiliza a terminologia plano. Lei 10.185 de 2001, art. 1º: “As sociedades seguradoras poderão operar o seguro enquadrado no art. 1º, inciso I e § 1º, da Lei 9.656, de 3 de junho de 1998, desde que estejam constituídas como seguradoras especializadas nesse seguro, devendo seu estatuto social vedar a atuação em quaisquer outros ramos ou modalidades.”

¹⁵ 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: Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Organizador: SARLET, Ingo Wolfgang. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 208 e 209, explica o que vem a representar um contrato cativo de longa duração, *verbis*: “Com o avançar da idade do consumidor, com o repetir de contribuições ao sistema e com o criar de expectativas legítimas de transferência de riscos futuros de saúde, os consumidores só tem a perder saindo de um plano. Assim, por exemplo, passados mais de 15 anos de convivência e cooperação contratual, rescindir o contrato ou terminar a relação contratual seria altamente negativo para os consumidores. Há o dever de boa-fé de cooperar para a manutenção do vínculo e para a realização das expectativas legítimas dos consumidores. [...] Efetivamente, o contrato de planos de saúde é um contrato para o futuro, um contrato assegurador do presente, em que o consumidor deposita sua confiança na adequação e qualidade dos serviços médicos intermediados ou conveniados, deposita sua confiança na previsibilidade da cobertura leal destes eventos futuros relacionados com saúde. É um contrato típico da pós-modernidade: um fazer de segurança e confiança, um fazer complexo, um fazer em

vulnerável: economicamente, ou tecnicamente, ou cientificamente, ou em face à publicidade maciça ou mesmo em todas essas modalidades de vulnerabilidade.¹⁶ Se idoso, o consumidor é, juridicamente, um hiper vulnerável, pois somadas às suas vulnerabilidades de consumidor, possui também as de caráter psicofísico e social em virtude da idade avançada.¹⁷

O elemento da catividade encontra-se relacionado com o cumprimento do tempo de carência visto que, se o consumidor mudar de plano, terá de passar por esse período novamente com outra operadora a fim de receber a assistência securitária.

A carência consiste em um período determinado no início do contrato, durante o qual não há possibilidade de o consumidor usar integralmente os serviços oferecidos pelo plano. Por conta da carência, o consumidor pode não ter o direito de, imediatamente, ter acesso a exames, consultas ou internações oferecidas pelo plano, embora já pague a ele. Só com a transposição desse prazo o consumidor terá o gozo irrestrito de tudo àquilo que seu contrato dispuser. Dessa forma, o consumidor fica preso, cativo ao contrato firmado e dependente do fornecedor em quem confiou para lhe prestar os serviços de saúde.

O plano de saúde trata-se de um pacto de execução de trato sucessivo, o que significa durabilidade do contrato, pois ele “sobrevive com a persistência da obrigação, muito embora ocorram soluções periódicas.”¹⁸ “O que o caracteriza é o fato de que os pagamentos não geram a extinção da obrigação que renasce.”¹⁹

cadeia, um fazer reiterado, um fazer de longa duração, um fazer de crescente essencialidade. É um contrato oneroso e sinalagmático, de um mercado em franca expansão, onde a boa-fé deve ser a tônica das condutas.”

¹⁶ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*, p. 320.

¹⁷ Consoante MARQUES, Cláudia Lima. *Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de “ações afirmativas” em contratos de plano de saúde e de planos funerários frente aos consumidor idoso*, p. 194: “Tratando-se do 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 técnica atual dos contratos cativos de longa duração denominados de ‘planos’ de assistência à saúde...”

¹⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol 3. 11ª ed. Atualizado por: FICHTNER, Regis. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 70.

¹⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, Vol 3, p.70.

Para o consumidor idoso é desejado que sua obrigação de pagar as prestações mensais subsista, pois assim também persiste a obrigação do plano de arcar com a assistência à sua saúde.

Nesse tipo de relação entre privados, observa-se relação assimétrica entre uma parte mais forte e outra de inferioridade fática, especialmente quando se trata de pessoa idosa.²⁰

Os contratos de assistência à saúde prestados pela iniciativa privada são contratos de adesão realizados em massa, onde o consumidor idoso não é livre para fazer suas proposições. Ele apenas adere ao que está posto pelo plano, sem discussão das cláusulas contratuais.²¹ O que o leva a pactuar é a necessidade de assegurar sua saúde que, se deixada aos cuidados do Poder Público, poderá não ser cuidada devidamente quando a doença acometê-lo.²²

Apesar dessa inegável desigualdade entre os contraentes, torna-se alentador para a parte vulnerável ter conhecimento de que a iniciativa privada, que põe tais planos à disposição dos consumidores, incorre em limitações na sua autonomia, posto que se encontra subordinada à jusfundamentalidade do direito à saúde. Trata-se da tutela objetiva dos direitos fundamentais, instituída para além

²⁰ 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*, p. 194: “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, frente à doença ou à morte iminente, um leigo que não entende a complexa técnica atual dos contratos cativos de longa duração denominados de ‘planos’ de serviços de assistência à saúde...”

²¹ Conforme aduz ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988, p. 302: “Um fenómeno similar de despersonalização das relações contratuais e de automatismo na atividade destinada a constituí-las é patenteado pela praxe de *contratação standartizada*, através do emprego de condições gerais, módulos e formulários, predispostos antecipadamente, por uma parte, para uma massa homogénia e indiferenciada de contrapartes (contratos de massa): aqui a aceitação – do consumidor, do utente, do inquilino, etc. – resume-se, no máximo, a um simples acto de adesão mecânica e passiva ao esquema pré-formulado, muito longe do significado que, na época clássica do liberalismo contratual, se atribuía ao conceito de ‘declaração de vontade’: também aqui a declaração contratual se traduz num *comportamento socialmente tipicizado*. No fenómeno dos contratos standard, há, pois, um outro aspecto saliente, que consiste no abuso de poder económico que a parte ‘forte’ (predisponente) exerce em prejuízo das partes ‘débeis’, a si contrapostas no mercado (‘aderentes’)...”

²² Assim, ROPPO, Enzo. *O contrato*, p. 317: “... Ele não é livre – como vimos – de discutir e contribuir para determinar o conteúdo do regulamento contratual; mas não é livre, sequer, na alternativa de contratar ou não contratar, porque quando a adesão ao contrato standard constitui o único meio de adquirir bens ou serviços essenciais e indispensáveis á vida de todos os dias, trata-se, na realidade, de uma escolha obrigada...”

da tutela subjetiva que cuida de identificar as pretensões do indivíduo contra o Estado. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais exige que o Poder Público não só se abstenha de lesar direitos fundamentais, mas ainda que proteja aqueles que podem sofrer danos dessa ordem por agressões vindas de terceiros como as operadoras dos planos de saúde.²³ Atualmente, mostram-se rotineiras as relações jurídicas entre privados marcadas pela desigualdade de condições entre os sujeitos. Desse modo, é de todo importante a compreensão de que a parte fraca, porque titular de um direito fundamental, é também titular de um direito subjetivo à proteção por parte do Estado contra abusos do contraente detentor do poder econômico.²⁴

Parece claro o poder de uma operadora de planos de saúde em face do consumidor idoso que nela deposita a confiança de ter suas legítimas expectativas atendidas quando moribundo. Por conta disso, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais entre particulares revela-se tão importante, pois se demonstra capaz de humanizar as relações onde, por desigualdades explícitas, possa ser violada a dignidade da pessoa humana. Logo, a atividade econômica deve regular-se por imposições estatais que minimizem a inferioridade do idoso diante das suas necessidades existenciais de obtenção da saúde, mediante prestações de um ator privado cujos interesses, são, evidentemente, patrimoniais.²⁵

Emblemático, nesse diapasão, trata-se do chamado “caso Lüth”, *leading case* onde a Corte Constitucional alemã pronunciou-se, pioneiramente, sobre a

²³ Nesse sentido, SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 133-143.

²⁴ Cf. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares*. In: A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Organizador: BARROSO, Luís Roberto. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 163 “... O Estado não tem apenas o dever de respeitar os direitos fundamentais dos cidadãos, mas tem o dever de fazer com que outros cidadãos os respeitem. Assim, o titular de um direito fundamental é também titular de um direito subjetivo à proteção do Estado contra intervenções de terceiros.”

²⁵ HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. Tradução de: GUTIÉRREZ, Ignacio. Madrid. Civitas, 1995, p. 78 e 79: “Pressupõem uma situação jurídica e fática aproximadamente igual dos interessados. Onde falta tal pressuposto, e a autonomia privada de um conduz a falta de liberdade do outro, desaparece todo o fundamento e se transpassa todo o limite, o indispensável equilíbrio deve ser encontrado por outra via, a da regulação estatal, cuja eficácia freqüentemente requer uma conexão de preceitos de Direito Público e Privado.” [traduziu-se livremente do espanhol]

incidência dos direitos fundamentais não só em face do Estado, mas também frente a particulares.

O aduzido caso revela um cineasta que apoiara o regime nazista, Viet Harlan, em situação de estréia de seu novo filme. Erick Lüth, então presidente do Clube de Imprensa em Hamburgo conclama distribuidores das fitas, donos de cinemas e teatros, e aos alemães decentes a não distribuir, não apresentar e não assistir ao filme, respectivamente.

Lüth é processado pelo produtor e pelo distribuidor da obra por perdas e danos no juízo cível, com base no disposto no parágrafo 826 do BGB: “quem, contrariando os bons costumes, causar dano a outrem ficará obrigado a indenizá-lo.” Assim, Lüth é condenado em 22 de novembro de 1951 pelo Tribunal Estadual de Hamburgo, sob pena de multa ou de prisão determinada judicialmente, a deixar de convidar os donos dos teatros e distribuidores a não exhibir o filme e, ao público alemão, a não assisti-lo.

O Tribunal Estadual de Hamburgo vislumbra, por meio da atitude de Lüth, um convite ao boicote, conduta considerada contrária aos bons costumes.

Observe-se que a sentença do juízo cível só analisa o caso com base na legislação civil pátria. A decisão não cogita dos mandamentos constitucionais. Há, em juízo cível, perfeita subsunção do fato à regra do BGB.

Porém, Lüth recorre ao Tribunal Constitucional Alemão com base no direito fundamental à liberdade de opinião – no Brasil mais comumente chamado de liberdade de expressão – presente no art. 5º da Lei Fundamental Alemã em seu número 1, especialmente em sua primeira frase que dispõe: “Toda pessoa tem o direito de manifestar e difundir livremente sua opinião, por escrito e por meio da imagem e de esclarecer sem entraves em fontes acessíveis a todos.”

A sentença do Tribunal Constitucional reforma a que condenou Luth com base nos seguintes argumentos: i. uma sentença de um tribunal estadual pode violar um direito fundamental se não levar em conta o próprio direito fundamental; ii. A proibição da expressão de Lüth faz com que ele não possa influenciar outras pessoas a se unirem à sua opinião com respeito à reparação em favor de Harlan; iii. Todos os poderes do Estado, inclusive o Judiciário, recebem diretrizes de impulso da Constituição cujos valores não são neutros, porém objetivos e optam pelo livre desenvolvimento da personalidade e da dignidade do ser humano. Desse modo, todas as decisões de Direito Civil devem estar de

acordo com o espírito da Constituição; iv. Uma sentença que desconsidera a vinculação do Direito Civil aos direitos fundamentais viola os direitos fundamentais; v. A liberdade de expressão é um dos direitos fundamentais mais supremos, pois é expressão direta da personalidade humana na sociedade e é, em certo sentido, o fundamento de toda liberdade; vi. São os limites do direito fundamental que vão determinar o teor normativo das leis gerais; vii. Nesse sentido, contra a liberdade de expressão de Harlan, o autor do filme, que o art. 5 não protege a expressão de uma opinião por si, mas pelos efeitos espirituais ou prejudiciais a terceiros que possam advir dessa manifestação. Nesse caso, deve haver uma ponderação dos bens jurídicos.²⁶

Por igualdade de razão, do mesmo modo que o direito fundamental à liberdade de expressão incidiu horizontalmente numa relação entre privados, hodiernamente, cada vez mais, é importante que outros direitos fundamentais umbilicalmente ligados à dignidade da pessoa humana possuam essa incidência nas situações privadas, especialmente naquelas em que a prestação do contrato de natureza existencial será oferecida por um agente que atua no mercado, portanto, cuja atividade tem, *a priori*, cunho mercantilista.²⁷

²⁶ Consultou-se a compilação de SCHWABE, Jürgen. *In: Cincuenta años de jurisprudencia del tribunal constitucional federal alemán*. Montivideo: Fundação Konrad Adenauer, 2003. Nos termos da ementa da sentença: “1. Os direitos fundamentais são, antes de tudo, direitos de defesa do cidadão em face do Estado, sem embargo, nas disposições sobre direitos fundamentais da Lei Fundamental incorpora-se também uma ordem de valores objetiva, que, como decisão fundamental constitucional, é válida para todas as esferas do direito.

2. No direito civil desenvolve-se indiretamente o conteúdo legal dos direitos fundamentais, por meio das disposições de direito privado. Abrangem, antes de tudo, disposições de caráter coercitivo, que são realizáveis de maneira especial pelos juízes, mediante cláusulas gerais.

3. O juízo cível pode violar, com sua sentença, direitos fundamentais – parágrafo 90 *BverGG* –, quando desconhece os efeitos dos direitos fundamentais no direito civil. O Tribunal Constitucional Federal examina as sentenças dos tribunais civis somente por violações aos direitos fundamentais, mas não de maneira genérica, por erros de direito.

4. Disposições de direito civil também podem ser as ‘as leis gerais’ no sentido do art.5 número 2 da LF e podem limitar os direitos fundamentais à liberdade de opinião.

5. As leis gerais para o estado democrático livre, devem ser interpretadas à luz do especial significado do direito fundamental da liberdade de opinião.

6. O direito fundamental do art. 5 LF protege não só a expressão de uma opinião como tal, mas também os efeitos espirituais que se produzem por meio da expressão de uma opinião.

7. A expressão de uma opinião, que contém um chamado ao boicote não viola necessariamente os bons costumes do parágrafo 826 do BGB, pois podem estar justificadas constitucionalmente mediante a liberdade de opinião ao ponderar todas as circunstâncias do caso.” [traduziu-se livremente do espanhol]

²⁷ Consoante SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*, p. 112-113: “Para além dessa vinculação (na dimensão positiva e negativa) do Estado, também a ordem comunitária e, portanto, todas as entidades privadas e os

A perspectiva em casos de relações contratuais travadas no espaço privado entre pessoas idosas e operadoras de planos de saúde é de que estas últimas são titulares do poderio econômico, razão pela qual representam perigo para o gozo do direito fundamental à saúde desses consumidores hiper vulneráveis.²⁸ Incumbe, pois, ao Estado, protegê-los. Muitas vezes caberá ao intérprete determinar que, no caso em espécie, seja invocado o direito fundamental frente a violação provinda de um particular.²⁹

particulares encontram-se diretamente vinculados pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Com efeito, por sua natureza igualitária e por exprimir a idéia de solidariedade entre os membros da comunidade humana, o princípio da dignidade da pessoa vincula também no âmbito das relações entre os particulares. No que diz com tal amplitude desse dever de proteção e respeito, convém que aqui reste consignado que tal constatação decorre do fato de que há muito já se percebeu – designadamente em face da opressão socioeconômica exercida pelos assim denominados poderes sociais – que o Estado nunca foi (e cada vez menos o é) o único e maior inimigo das liberdades. Que tal dimensão assume particular relevância em tempos de globalização econômica, privatizações, incremento assustador nos níveis de exclusão e, para além disso, aumento do poder exercido pelas grandes corporações internas e transnacionais...”

²⁸ BILBAO UBILLOS, Juan María. *En que medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In: Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Organizador: SARLET, Ingo Wolfgang. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 302: “ São evidentes, com efeito, as analogias entre o poder público e o poder privado, um poder que aflora como tal naquelas situações caracterizadas por ‘uma disparidade substancial entre as partes’. Esta falta de simetria permite que a parte que por razões econômicas ou sociais se encontra em ‘posição dominante’ condicione a decisão da parte ‘débil’. O que se exerce nesses casos é um poder formalmente privado (no que concerne à sua fonte e aos sujeitos implicados), mas que se exerce com formas de coação e autoridade similares substancialmente às próprias dos poderes públicos.” [traduziu-se livremente do espanhol]

²⁹ BILBAO UBILLOS, Juan María. *En que medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?*, p. 311: “ A lógica dos direitos fundamentais conduz indefectivelmente a esse cenário, aponta para um crescente protagonismo dos juízes, um protagonismo que não conduz necessariamente ao caos (nos sistemas de *case law* não reina precisamente o caos), mas sim um Estado de Direito eminentemente jurisdicional.” [traduziu-se livremente do espanhol]

A assertiva de BILBAO UBILLOS confirma-se no Brasil atual mediante a análise de precedente no qual o Poder Judiciário reconheceu a afronta de terceiro aos direitos fundamentais dos consumidores idosos numa relação de natureza privada encontra-se no Agravo de Instrumento nº 06663/ 2005 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em que figurava como agravante o Banco Itaú S. A. e como agravado o Ministério Público. Do voto da relatora Desembargadora Helda Lima Meireles colhem-se os seguintes argumentos extraídos da ementa do voto: “Agravo inominado. Artigo 557, § 1º, CPC. Ação civil pública. Instalação e manutenção, de maneira permanente e regular, de caixa convencional para atendimento prioritário de portadores de deficiência e mobilidade reduzida, no andar térreo da agência do Banco-réu, em Cabo Frio, sob pena de multa diária. Pretensão amparada na *Lei Maior da República*, no Estatuto do Idoso, no CDC e na Lei Estadual n º 4.347/04. Alegação de ausência de legitimidade ativa do Ministério Público, falta de interesse de agir e ausência dos pressupostos exigíveis para concessão da liminar.

1- O aspecto referente à disponibilidade dos direitos individuais homogêneos não afasta a possibilidade de tratamento coletivo da presente *questio*, pois é assente o entendimento no sentido de que a relevância social da matéria, ou a extensão do direito a que se pretende tutelar, atribui a esse mesmo direito a natureza indisponível.

2- Via eleita – ação civil pública – cabível, e presença da necessidade da propositura da ação. Configuração do interesse de agir.

Por outro lado, há que se considerar em que medida a autonomia privada de um contraente possa ser restringida pelo Poder Público, no intuito de protegê-lo, quando em situação de fraqueza. Para os pensadores liberais, a autonomia privada era atributo de todos os cidadãos que, livres e iguais, não necessitavam da intervenção estatal no domínio de suas autodeterminações.³⁰ Contudo se reconhece, especialmente nos dias de hoje, que onde não há igualdade entre os atores privados que se relacionam, a esfera de autonomia da parte débil revela-se muito pequena. Isto posto, chega-se a conclusão de que não é o Estado que primeiramente intervém para equalizar uma situação de desigualdade, mas antes, é a situação de desigualdade que impede que haja, com efeito, a manifestação límpida da autonomia privada, demandando interferência estatal.³¹

Nos contratos de planos de saúde o consumidor idoso busca um bem fundamental para si: a proteção da sua saúde, direito de ordem prioritária na velhice, razão pela qual, nesses casos, a tutela do Estado para o alcance desse objeto deve ser a mais incisiva. Se a saúde não tivesse a qualidade de essencial para a pessoa, ou seja, se fosse supérflua, menor seria o intervencionismo estatal na relação privada. Mas, quanto mais essencial for o bem da vida sujeito a uma situação relacional, mais vulnerável também se encontra o consumidor, pois necessita dele. É que quando se tem necessidade vital de um produto ou de um

3- A ponderação das repercussões da liminar concedida revela sua correção, não sendo teratológica. Proteção *da dignidade humana e da saúde*. Incidência da Súmula nº 59 deste Tribunal de Justiça.

4- Razoabilidade do prazo fixado para cumprimento da obrigação imposta (cinco dias) e da multa diária pelo descumprimento (hum mil reais), diante da possibilidade econômica da Instituição Financeira.

5- Agravo inominado desprovido.” [grifou-se]

³⁰ Essa perspectiva de análise é bem ilustrada por HELD, David. *Modelos de democracia*. Madrid: Alianza Editorial, 2001, p. 335: ‘... O estado existe para salvaguardar os direitos e liberdades dos cidadãos, que são, em último termo, os melhores juízes de seus próprios interesses; o estado é a carga que os indivíduos têm que suportar para garantir seus próprios fins; e o estado deve estar restrito enquanto ao seu âmbito, e limitado enquanto à sua prática, para garantir o máximo de liberdade possível a cada cidadão. O liberalismo tem estado e está preocupado com a criação e defesa de um mundo em que os indivíduos ‘livres e iguais’ possam prosperar com o mínimo de estorvo político. [Traduziu-se livremente do espanhol]

³¹ BILBAO UBILLOS, Juan María. *En que medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?*, p.334: “Quanto maior seja a desigualdade de fato entre os sujeitos da relação, maior será a margem de autonomia privada cujo sacrifício é admissível porque falta então o pressuposto ou fundamento da proteção dessa autonomia. Dito de outro modo, o grau de autonomia real das partes pode ser um critério válido e útil para resolver os possíveis conflitos. Quanto menor seja a liberdade da parte ‘débil’ da relação, maior será a necessidade de proteção.” [Traduziu-se livremente do espanhol]

serviço, a pessoa humana não está livre para prescindir de tal bem.³² Por isso, entre outros fatores como a hiper vulnerabilidade jurídica do idoso, o dirigismo estatal apresenta-se intenso nas relações entre privados nas quais a prestação da saúde é o objeto do contrato.³³

Nessa medida, em um pacto cujo objeto é a saúde de um ser humano idoso prestada pela livre iniciativa propõe-se, diante da incidência de princípios nas relações interprivadas, que se dê menos intensidade ao princípio da liberdade negativa e da igualdade formal, nos quais se baseia a livre iniciativa, e, da mesma forma, menor densidade ao princípio infraconstitucional da autonomia privada, que, por sua vez, rege com primazia, as relações contratuais onde há igualdade entre os contraentes. Parte-se, para tanto, do seguinte entendimento: quando não há, em essência, igualdade entre os contraentes, terão proeminência os princípios fundamentais da igualdade substancial e da solidariedade social na interpretação de um caso concreto.³⁴

³² Nesse sentido, manifesta-se NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 453: “Os contratos que versem sobre a aquisição ou utilização de bens que, considerando a sua destinação, são tidos como essenciais, estão 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.”

³³ Ao analisar a autonomia privada e a igualdade a que alude a Constituição portuguesa PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982, p. 105-106, formula raciocínio que se considera também pertinente para a Constituição brasileira: “Uma imposição constitucional de actuação estatal pautada pela remoção dos obstáculos a uma efectiva igualdade entre os cidadãos não pode, desde logo, a um nível geral, deixar de determinar uma orientação legislativa e jurisdicional no sentido de integrar as posições de desequilíbrio contratual através de medidas tuteladoras da capacidade negocial real das partes contratualmente débeis. Isto é, para além dos pontuais – embora importantes – afloramentos de uma directa tutela constitucional de categorias contratuais mais fracas, pode-se extrair da Constituição uma orientação – que há-de ter um papel informador e directivo na concepção de institutos civilísticos muito importante – de tutela das posições contratualmente débeis, que não pode deixar de se repercutir na forma de entendimento e de aplicação do princípio da autonomia privada em termos gerais e que, em alguma medida, há-de poder ser directamente invocável judicialmente.”

³⁴ TEPEDINO, Gustavo. *Do sujeito à pessoa humana*. In: Editorial da Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar. v. 2. Abril/Junho/2000: “Entre controvérsias, aplausos e objeções, o direito civil assistiu ao deslocamento de seus princípios fundantes, do Código Civil para a Constituição, em difusa experiência contemporânea, da Europa Continental à América Latina. Tal realidade, vista por muitos com certo desdém, na tentativa de reduzi-la a fenómeno de técnica legislativa - ou mesmo à mera atecnia -, revela processo de profunda transformação social, em que a autonomia privada passa a ser remodelada por valores não patrimoniais, de cunho existencial, inseridos na própria noção de ordem pública.” [grifou-se]; WIEACKER, Franz, *História do direito privado moderno*. Tradução de: HESPANHA, A. M. Botelho. 2 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1967, também revela a importância da Jurisprudência dos valores na determinação da função social dos direitos privados: “O combate no séc. XIX entre formalismo e naturalismo, jurisprudência dos conceitos e realização de finalidades (jurisprudência dos interesses

Sabe-se, porque corriqueiro, que pessoas idosas por muitos anos asseguradas em sua saúde mediante planos privados não gozam da pretendida assistência no momento em que mais precisam, por argumentos arbitrários das prestadoras de saúde que não medem esforços para alegar que o consumidor não tem o direito que pleiteia, principalmente se esse direito custa caro. A iniciativa privada visa prioritariamente ao lucro e não a objetivos humanitários, razão pela qual o ser idoso depara-se com o paradoxo de ter pagado pelo cuidado de sua saúde e não obtê-lo. Parece que o grande perigo enfrentado pelo regime democrático brasileiro não é mais o golpe de Estado, mas “o golpe do mercado”, pois se revela inadmissível que o Estado brasileiro, ao alcançar a democracia, um modelo de inclusão social e se encontrar calcado no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana permita tamanha mercantilização da saúde, condição inarredável de vida.^{35 36}

Ademais, a Constituição da República, por força do art. 6º, assevera que a saúde é direito fundamental social. Ao atribuir fundamentalidade ao direito à saúde a Constituição permite aos atores sociais que exercem a livre iniciativa na forma do art. 199 auferirem lucro, considerando, contudo, que seus benefícios econômicos nesse tipo de negócio se reduzem pelos matizes fundamentais do

e aplicação teleológica da lei) atingiu na moderna jurisprudência das valorações um certo grau de equilíbrio; na determinação destes valores coube uma certa influência à relação entre o espaço de liberdade e a *função social* dos direitos privados.” [grifou-se].

³⁵ Consoante TEPEDINO, Gustavo. *Direitos humanos e relações jurídicas privadas*. In: Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 57: “Na democracia capitalista globalizada, de pouca serventia mostram-se os refinados instrumentos de proteção dos direitos humanos, postos à disposição pelo direito público, se as políticas públicas e a atividade econômica privada escaparem ao mecanismo de controle jurídico, incrementando a exclusão social e o desrespeito à dignidade da pessoa humana. Na era dos contratos em massa e na sociedade tecnológica, pouco eficazes mostram-se os mecanismos tradicionalmente empregados pelo direito civil, como a responsabilidade civil fundada na culpa, sendo indiscutíveis os riscos sociais decorrentes da atividade econômica, mais e mais sofisticada, impondo-se a busca de soluções de índole objetiva, preferencialmente preventivas, não meramente ressarcitórias, em defesa de uma melhor qualidade de vida e da realização da personalidade.”

³⁶ Veja-se também DORNELLES, João Ricardo Wanderley. *Globalização, direitos humanos e a violência na modernidade recente (versão completa)**. In: Temas Emergentes de Direitos Humanos. Coordenador: GUERRA, Sidney. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2006, p. 320: “A partir de 1980, no Brasil, algumas formas de violência podem ter diminuído, como as perseguições e violações por motivos políticos. No entanto, outras violações aumentaram, como a dos direitos sociais, as execuções extrajudiciais, as violências físicas dos agentes de Estado contra populações marginalizadas ou em situação precária, no campo e na cidade. *O mesmo ocorreu com a violência do mercado livre, sem regulação, na era neoliberal.* [Grifou-se]

direito à saúde, estreitamente ligados às condições de vida do ser humano e ao princípio maior da sua dignidade. Nesse sentido, remonta-se também ao fundamento constitucional da livre iniciativa que se encontra nos valores sociais que ela provê.³⁷ Ao tratar-se de obrigação contraída pelo consumidor de pagar periodicamente para que sua saúde seja assistida por um ator privado, o valor social da livre iniciativa encontra-se exatamente na prestação do sinalagma contratual, ou seja, o direito à saúde, que, além de fundamental é, nesses casos, o próprio objeto do contrato.

Se, por via de argumentos liberais como a força obrigatória de um contrato lesivo, ou da livre manifestação da vontade do consumidor hiper vulnerável, retiram dele a prestação da saúde para privilegiar aspectos econômicos favoráveis à empresa, a atividade dela afasta-se da valoração social que lhe é atribuída pela Constituição. Significa dizer que o exercício da atividade econômica deve atentar não só para os lucros que visa a auferir, mas também para o alcance das necessidades existenciais e das expectativas geradas em razão do tipo de atividade que executa. Quanto mais proteção constitucional recebem, tanto o objeto de um contrato quanto o titular do direito subjetivo, tal como a pessoa idosa, mais atenta deve estar a livre iniciativa para que atinja os valores sociais, que a torna também, merecedora da tutela constitucional.

Numa palavra: o tratamento que a Constituição da República dá à atividade econômica – tanto no art. 1º, inciso IV, que subordina a livre iniciativa à persecução dos valores sociais, quanto no art. 170, que se refere à ordem econômica em seu caput – é no sentido de mantê-la atrelada à existência digna de todos e à justiça social.³⁸

Observe-se que pessoas que se asseguram contra a doença por planos privados de saúde podem ser pobres ou ricas. Contudo, as que discutem cláusulas

³⁷ Segundo AMARAL, Francisco. *A interpretação jurídica segundo o código civil*. In: Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Vol. 1. Nº 1. Outubro/Dezembro de 1989, p. 37: “No direito brasileiro, são princípios constitucionais, superiores, *que se projetam no direito privado*, os princípios da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.” [Grifou-se]

³⁸ FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 171: “A justiça social passa a ser o princípio estruturante da atividade econômica inserta no artigo 170 da Constituição. É, na realidade, a adoção expressa de um novo credo em matéria constitucional, em que o paradigma adotado ultrapassa os sistemas das liberdades meramente formais desaguando nos direitos sociais econômicos. E esta autêntica mudança social e econômica projeta-se intensamente na própria estrutura contratual e no tráfico jurídico.”

abusivas ou impedimentos lesivos levantados pelo plano em momentos dramáticos de suas vidas, precisando da tutela do Judiciário para usufruir um direito, não são ricas. Essas pagam pelo serviço de saúde e depois decidem acerca de se restituírem ou não pela via do Judiciário. São os contribuintes pobres ou os que não possuem condições de arcar com o tratamento do qual necessitam, que morrem ou sofrem demasiadamente ao aguardar uma posição favorável do órgão jurisdicional.

De todo modo, o reconhecimento da lesão no âmbito do contrato constitui um avanço que se realiza pelo dirigismo do Estado na esfera privada, fazendo com que pactos onde vigoravam a desigualdade no conteúdo das prestações sejam revistos de modo que se viabilize o equilíbrio contratual.

5.2

A Lesão Em Contratos de Plano de Saúde Realizados Com o Consumidor Idoso: Hipóteses de Incidência e Análise de Casos

Sobre a lesão pode-se dizer que se trata da desproporção entre as prestações aferida no momento da formação do contrato.

Nesse passo, relata-se também que a lesão apresenta-se como um instituto jurídico que remonta ao Direito Romano:³⁹ “na fase imperial do *ius romanum* é que se aponta o monumento fundamental do instituto da lesão.”⁴⁰

Relaciona-se o surgimento da lesão a dois fragmentos do Código do Imperador Justiniano, que faziam menção a duas Constituições, de Diocleciano⁴¹ e Maximiliano.⁴²

³⁹ Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 1-35, *passim.*; ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Do contrato. Teoria geral*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 265-266; DA SILVA, Luís Renato Ferreira. *Revisão dos contratos: do código civil ao código do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 70, cuja ressalva elucida que a única assertiva segura a ser feita sobre a lesão é ter sido versada pelo Direito Romano. As demais asserções sobre a sua origem nos textos legais, a hermenêutica aplicada ao instituto, sua ideologia, são tratados contraditoriamente pelos juristas romanistas.

⁴⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos*, p. 10.

⁴¹ Cf. MIRABELLI, Giuseppe. *Rescissione (Diritto Civile)*. In: *Novissimo Digesto Italiano*. Torino: UTET, V. 15, 1968, p. 580.

⁴² O Código de Justiniano dizia, segundo tradução de PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Lesão nos contratos*, p. 13.: “Se tu ou teu pai houver vendido por preço menor uma coisa de maior preço, é equitativo que, restituindo tu o preço aos compradores, recebas o fundo vendido intercedendo a

Note-se, que o critério para se verificar a ocorrência da *laesio enormis* no Direito Romano era objetivo:⁴³ se a venda fosse efetuada por *quantum* menor que a metade do valor do bem, estaria configurada a lesão, que daria direito ao lesado de rescindir o contrato, obtendo de volta a coisa, ou de receber o seu valor restante.⁴⁴

Relata-se ainda que, com o renascimento do estudo do Direito Romano pela Escola de Bolonha, o instituto da lesão volta ser analisado pelos glosadores, os quais, tendo dificuldade de concebê-lo como um instituto autônomo, desligado dos vícios de consentimento, acrescentam à sua configuração um elemento anímico do comprador, o chamado *dolus re ipsa*⁴⁵.

Por sua vez, os canonistas criam a *laesio enormissima*, no caso de a vantagem obtida com a lesão da outra parte ultrapassar dois terços do valor do bem.⁴⁶ Já na Idade Moderna, o Código de Napoleão acolhe a lesão como vício do consentimento⁴⁷ aplicada, todavia, apenas em situações excepcionais como em

autoridade do juiz, ou, se o comprador o preferir, recebas o que falta para o justo preço. Menor porém presume-se ser o preço, se nem a metade do verdadeiro preço foi paga.’ ”

⁴³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos*, p. 34, *verbis*: “Foi conceituada a lesão como um vício de apuração objetiva do próprio contrato...”

⁴⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos*, p. 35, “O que se observa coma a *laesio enormis* do Direito Romano é isto: foi criada como um vício objetivo do próprio contrato, e como tal aplicada.”

⁴⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos*, p. 40, “Aquele que vende a coisa por menos de metade, certamente foi enganado pelo comprador. Não é possível que alguém seja levado a um ato desta sorte, sem a preexistência de qualquer hábil manobra da outra parte. Mas, nada falando os textos a respeito, nem acusando as circunstâncias de que se revestia uma tal venda o processo fraudulento, era preciso imaginar o modo de se ligarem os dois fenômenos. Uma venda assim só se compreenderia pelo dolo do comprador. E este dolo estava entrosado no próprio contrato, caracterizado na essência suspeita do ato - *dolus re ipsa*.”

⁴⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos*, p. 45, “Foi devido aos canonistas que se criou a chamada *laesio enormissima*, sem fundamento na lei romana. Quando o vendedor era enganado além dos dois terços do valor da coisa, considerava-se que os princípios que regiam a lesão enorme eram insuficientes para atender a esta situação, e imaginaram-se novos: a lesão enormíssima não apenas viciava o contrato, tornando-o rescindível, mas ia além, importando na sua inexistência como ato jurídico.”

⁴⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos*, p. 59, “O Código Civil francês adotou , pois, a rescisão dos contratos lesivos, enunciando no art. 1.118 o princípio, segundo o qual a lesão é um vício do consentimento, compreendido que está este inciso na seção encimada pela epígrafe *Du Consentement*”; GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*, 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 28 comenta a respeito da ideologia que inspirou o dispositivo legal do *Code* que contém positivada a lesão, “...Quando alguém se encontra em tais condições que, se tivesse conhecido toda a extensão da lesão não teria celebrado o contrato, não se pode dizer que consentiu, pois ninguém consente espontaneamente em grandes perdas.”

casos de partilha e compra e venda imobiliária, onde trata da venda de imóveis por preço menor que 7/12 do valor de mercado.⁴⁸ A ideologia liberal do *Code* não permitiu grande expansão à lesão, mas ao espírito individualista e à diretriz de plena liberdade contratual.

No Brasil, embora a lesão tenha constado das Ordenações do Reino, que aqui vigoraram antes e depois de proclamada a Independência,⁴⁹ “em homenagem ao princípio da autonomia da vontade, vários Códigos, dentre os quais o nosso, suprimiram-na.”⁵⁰ Ainda assim, leis posteriores ao Código Civil brasileiro de 1916,⁵¹ inclusive em sede constitucional,⁵² positivaram a repressão à usura real e, com o advento da Lei da Economia Popular, formulou-se importante construção que, através da instituição penal do crime de usura, entendeu serem nulos os contratos em que esta fosse manifesta por contrariar o artigo 145 do Código Civil brasileiro de 1916.⁵³

⁴⁸ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*, p. 171.

⁴⁹ Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos*, p. 89.

⁵⁰ Cf. GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*, p. 27.

⁵¹ Cf. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Aspectos do código de defesa do consumidor*. In: Revista AJURIS. V. 52. Porto Alegre. Julho/1991, p. 178-179.

⁵² Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos*, p. 129: “A Constituição de 1934 reflete esta animadversão à usura que se apossou da consciência coletiva, ao estatuir no art. 117, parágrafo único, a proibição da usura, punida na forma da lei.”; também na p. 130, “Simultâneo ao golpe de estado de 10 de novembro de 1937, a Carta Constitucional, então outorgada, repisou o princípio no art. 142, num inciso simples e peremptório: ‘A usura será Punida’. Atravessando o Estado Novo, o mesmo preceito foi conservado pelo Constituinte de 1946, numa fórmula de horizontes mais amplos: ‘A usura, em todas as suas modalidades, será punida na forma da lei.’”

⁵³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos*, p. 163, “Na lei de Economia Popular, a intenção do legislador foi a punição do delito de usura, a que não podia ficar estranha a consequência cível.” Diante deste dispositivo Caio Mário aduz na p. 167: ‘Esse é o delito de usura real, isto é, o instituto penal da lesão. Sua projeção juscivilística é manifesta. Delito, ilícito penal. E, como é nulo o ato jurídico quando for ilícito o seu objeto (Código Civil, art.145, nº II), aí teríamos a nulidade dos contratos em que uma das partes, abusando da premente necessidade, inexperiência ou leviandade da outra, obtém lucro patrimonial excedente de um quinto do valor corrente ou justo.’; GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*, p. 31, manifestou posição divergente: “Diferentes, assim, no fundamento, na configuração, na sanção que se lhes aplica e por tantos outros traços incisivos, lesão e usura são desenganadamente inassimiláveis. O esforço que se vem fazendo no sentido de adaptar a usura ao conceito de lesão mais não passa do que vã tentativa para salvar uma noção completamente decadente, travestindo-a com indumentária que se não ajusta à sua envergadura.”

No entanto, apenas com o advento do Código de Defesa do Consumidor a lesão é abertamente positivada no Brasil seguida pelo Código Civil de 2002 em seu art. 157.

No caso de planos de saúde prestados à pessoa idosa serão analisadas as hipóteses de lesão previstas no Código de Defesa do Consumidor por tais planos tratam-se de relações de consumo. A lesão é, por três vezes, mencionada na legislação consumerista para situações diferenciadas de desequilíbrio contratual presente no momento da contratação.

A lesão está contida na primeira parte do inciso V, do artigo 6º, do Código do Consumidor, razão pela qual a referida Lei concede ao consumidor lesado o direito de modificar as cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais.⁵⁴ Está contida também no artigo 39, inciso V, que veda ao fornecedor de produtos ou serviços exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva,⁵⁵ e, enfim, consta positivada na regra do artigo 51, inciso IV, que dispõe serem nulas de pleno direito as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos ou serviços que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou com a equidade. Estabelece ainda o parágrafo primeiro deste mesmo artigo os casos em que se presume a vantagem, sem desconsiderar, contudo, outras possíveis presunções.⁵⁶

⁵⁴ Cf. DA SILVA, Luís Renato Ferreira. *Revisão dos contratos: do código civil ao código do consumidor*, p. 92, “No Brasil, em face do diploma dos consumidores, sustenta-se a possibilidade de revisão por incidência do art. 6º, V, que refere à revisão de cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais, o que não é outra coisa senão a figura da lesão.”; também DE ALMEIDA, João Batista. *A revisão dos contratos no código do consumidor*. In: Revista de direito do Consumidor. São Paulo. Revista dos Tribunais. V. 33. Janeiro/Março/2000, p. 145, “...O código de defesa do consumidor estabeleceu como direito básico do consumidor a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais (art. 6º, V, 1ª parte), o que coincide com a noção de lesão.”

⁵⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos*, p. 211, “Numa aproximação notória e até mesmo vocabular com os extremos da lesão, o art. 39, ao cogitar de ‘práticas abusivas’ por parte do fornecedor (genericamente considerado) proíbe exigir do consumidor ‘vantagens manifestamente excessivas’. Nesta passagem está presente um dos requisitos da ‘lesão qualificada’ - a prestação ‘exageradamente exorbitante da normalidade’ ou desproporcional ao que o fornecedor oferece.”

⁵⁶ Em regra, presume-se exagerada, segundo o § 1º do art. 51, a vantagem que, nos termos dos incisos seguintes: “I – ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence; II – restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou o equilíbrio contratual; III – se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.”

O primeiro caso sob análise trata de plano de saúde contratado em 1986. Na época do julgamento a consumidora, já possuía 72 anos de idade e havia sofrido queda com fratura de braço necessitando, para tanto, de uma prótese. A operadora do plano, na situação, a apelante, negou-se a autorizar e custear a implantação da prótese necessária ao restabelecimento da apelada sob o argumento de ausência de cobertura e inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor e da Lei 9.656 de 1998. Do voto do desembargador relator que nega provimento ao recurso extraem-se os seguintes argumentos:

“Não é crível e juridicamente aceitável, que a apelada suporte os custos de um plano de saúde por cerca de 20 anos e, no último quadrante de sua vida, já acometida de doenças e fraquezas típicas da idade avançada, veja negada a cobertura para este ou aquele procedimento cirúrgico, para este ou aquele complemento, porque o plano não oferece cobertura.

Quando determinada cirurgia está coberta pelo plano, deve ser entendido que todos os suprimentos médicos indispensáveis ao bom êxito do ato médico também estejam, *sob pena de se encontrar o consumidor em desvantagem exagerada*. Agora na difícil condição de paciente, literalmente “aberto” na mesa de operações e discutindo com o plano se ele está pagando esta ou aquela prótese. Além da ofensa à própria dignidade da pessoa humana, o comportamento dos planos de saúde beira a própria conduta criminosa.

Cobrir a operação cirúrgica e não cobrir o material indispensável ao pleno sucesso do ato é o mesmo que negar eficácia ao contrato.”⁵⁷

No segundo caso, por meio de uma apelação cível, a operadora de plano de saúde objetivava ver-se livre do serviço de enfermagem domiciliar após cirurgia de gastrotomia, alegando a pré-existência de cláusula contratual limitativa do tempo de prestação de seus serviços. Tratava-se a apelada de pessoa idosa de 92 anos na época do julgamento. O Tribunal considerou abusiva a recusa da apelante de prestar seus serviços necessários à apelada nos seguintes termos:

“Trata-se de cláusula abusiva inserta em contrato de prestação de serviços de saúde limitativa de tempo para assistência de enfermagem domiciliar, portanto nula de pleno direito.

Afigura-se abusivo impor tempo de tratamento para doença coberta pelo seguro. Complicações de toda ordem podem surgir ampliando-se compulsoriamente o tempo de tratamento. Pretender livrar-se o segurador dessas conseqüências não é limitar o seu risco, porque o risco foi assumido quando da cobertura do serviço.

O que pretende, na realidade, é limitar a responsabilidade assumida e isso a tornaria inválida.

⁵⁷ TJRJ. Apelação Cível nº 29.414/2005. 16ª Câmara Cível. Apelante: Golden Cross Assistência Internacional de Saúde Ltda. Apelada: Maria da Conceição Moraes de Andrade Luna. Relator: Desembargador Rogério de Oliveira Souza. Julgada em: 8.11.2005. [grifou-se]

Não há como prever-se o tempo em que o segurado necessitará do serviço oferecido.

No caso, trata-se de pessoa idosa, com 92 anos, submetida a cirurgia delicada e contratante por mais de dez anos dos serviços oferecidos pela seguradora.

Entender de forma diversa é ignorar o princípio da boa-fé nas relações contratuais, norte de todo e qualquer contrato.

Nessa esteira configura-se abusiva a cláusula limitativa de tempo para a prestação de serviço de nursing care, que coloca o consumidor em desvantagem exagerada se afigurando incompatível com a equidade, máxime porque compromete a finalidade da avença e rompe o almejado equilíbrio contratual [...]

No entanto, quanto a multa diária, merece guarida o recurso, tão somente para reduzi-la de R\$1.000,00 (mil reais), para R\$200,00 (duzentos reais), eis que mais compatível com sua finalidade e com o princípio da razoabilidade.”⁵⁸

No terceiro caso analisado, o plano de saúde negou o pagamento de despesas relativas à implantação de *stent* em decorrência de cirurgia de angioplastia em paciente idoso, alegando limitações contratuais nesse sentido. A operadora do plano apelou da decisão de primeiro grau que a condenou não só a arcar com tais despesas, mas também à indenização por dano moral. Extrai-se parte do voto do relator no recurso de apelação:

“O recurso de apelação interposto pela Ré não merece acolhimento devendo ser mantida a condenação. Com efeito, a condenação da parte Ré ao custeio das despesas relativas ao procedimento cirúrgico e ao pagamento da indenização por danos morais é a única medida que se afigura justa, uma vez que em jogo está a vida da pessoa que necessita a realização da intervenção cirúrgica com a implantação do *stent* e por se tratar de fato que, indubitavelmente, causaria abalo moral em qualquer pessoa, principalmente, naquelas mais idosas e que se encontram com a saúde debilitada.

No que concerne a alegação no sentido da ausência de previsão contratual para o custeio da intervenção cirúrgica pleiteada no recurso não merece acolhida uma vez que a hipótese versa sobre procedimento de urgência, insuscetível de ser negada a cobertura pela seguradora diante do risco iminente à vida da autora.

⁵⁸ TJRJ. Apelação Cível nº 9.574/06. 4ª Câmara Cível. Apelante: CABERJ- Caixa de Assistência à Saúde. Apelado: João Petillo. Relator: Desembargador Sidney Hartung Buarque. Julgada em: 9.05.2006. [grifou-se]

Em precedente semelhante cuja ementa se transcreve, observa-se referência à cláusula abusiva prevista no contrato para negar provimento ao recurso : TJRJ. Agravo de Instrumento nº 2004.002.24085. 6ª Câmara Cível. Agravante: Golden Cross Assistência Internacional de Saúde LTDA. Agravado: Candido Bonfim Leitão. Relator: Desembargador Francisco de Assis Pessanha. Julgada em: 31.05.2005: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. SEGURO-SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO ATRAVÉS DE ATENDIMENTO DOMICILIAR (HOME CARE). LIMITAÇÃO. CLÁUSULA ABUSIVA IMPRESSA EM DOCUMENTO UNILATERAL.

A Constituição da República e o Código de Defesa do Consumidor são diplomas legais que se complementam para prestigiar a dignidade da pessoa humana, o resguardo da saúde do cidadão, a proteção aos idosos e afastar as cláusulas abusivas redigidas nos contratos.

Havendo negativa da empresa de seguro-saúde em prestar assistência ao associado, deve o julgador superar eventuais limitações contratuais e agir para preservar a vida do ser humano com a saúde extremamente fragilizada e que poderá vir a falecer se o tratamento recomendado vier a sofrer solução de continuidade. [...]

RECURSO DESPROVIDO” [grifou-se]

Assim, as limitações contratuais impostas são nulas de pleno direito e não podem impedir que a cirurgia se realize com o conseqüente custeio pela seguradora.

A alegação acerca da irretroatividade do Código de Defesa do Consumidor e da Lei 9.656/98, também não merece acolhida, uma vez que a relação entre as partes é nitidamente de consumo e o Código de Defesa do Consumidor ao trazer normas protetivas ao consumidor deve ser interpretado e aplicado, mesmo tendo a relação contratual entre as partes se estabelecido antes da sua vigência.”⁵⁹

No quarto caso, analisa-se agravo de instrumento interposto por plano de saúde que, unilateralmente, rescindiu contrato coletivo realizado com pessoas idosas. Essas propuseram liminar, que lhes foi concedida, no sentido de obrigar o plano a cumprir suas obrigações sob pena de multa a ser fixada na hipótese de descumprimento. Observe-se que a própria Lei dos Planos de Saúde em seu art. 13 parágrafo único, inciso II, letra b, prevê que: “são vedadas a suspensão do contrato e a denúncia unilateral, salvo por fraude ou não pagamento da mensalidade por período superior a sessenta dias, a cada ano de vigência do contrato.”

Do voto sobreleva o seguinte:

“Ademais, o nobre representante ministerial trouxe à colação aresto do Egrégio STJ, 3ª Turma, no Recurso Especial nº 602.397 do Rio Grande do Sul, relatado pelo Ministro Castro filho, publicado em 1º de agosto do ano passado, cuja ementa, que tudo sintetiza, é assim redigida: “*é nula, por expressa previsão legal, e em razão de sua abusividade, a cláusula inserida em contrato de plano de saúde que permite a sua rescisão unilateral pela seguradora, sob simples alegação de inviabilidade de manutenção da avença.*”

Por fim bem argumentou o “parquet” ser inaceitável que pessoas idosas, de uma hora para outra, fiquem sem assistência de uma entidade hospitalar de renome, sem o concurso de sua vontade, sem justa causa para tal.”⁶⁰

No quinto caso, observou-se que o reajuste da mensalidade no plano de saúde de pessoa idosa por mudança de faixa etária constitui prática abusiva que configura a lesão, além de ferir o Estatuto do Idoso em seu art.15, § 3º, que dispõe ser vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade. Seguem os argumentos da ementa:

⁵⁹ TJRJ. Apelação Cível nº 2006.001.17226. 13ª Câmara Cível. Apelante: Bradesco Saúde S/A. Apelado: Sônia Tereza Ramos Nasser. Relator: Desembargador Carlos Santos de Oliveira. Julgada em: 06.07.2006. [grifou-se]

⁶⁰ TJRJ. Agravo de Instrumento nº 22239/2005. 6ª Câmara Cível. Agravante: OMINT Serviços de Saúde LTDA Agravado: Amarino Carvalho de Oliveira e outros. Relator: Desembargador Luiz Felipe Haddad. Julgada em: 27.04.2006 [grifou-se]

“Cuidando-se de contrato de relação de consumo incidem no caso *sub judice* as normas do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (*art. 6º, V, 51, X, XIII e XV*), interpretando-se as disposições contratuais em favor do consumidor (*art. 47*). O Estatuto do Idoso (*Lei nº10.741/03, art.15, § 3º*) como as demais leis do ordenamento jurídico possuem eficácia imediata a partir de sua vigência.[...]

O princípio do equilíbrio econômico do contrato aplica-se a ambas as partes, pressupondo a indicação pelo fornecedor e o conhecimento prévio pelo consumidor das regras do jogo, especialmente, quanto à previsão dos percentuais de reajustes incidentes em cada faixa etária, não podendo o fornecedor arbitrária e unilateralmente impor suas condições no curso do ajuste, sob a alegação infundada de mutualismo. Não merece provimento o recurso, corrigindo-se de ofício a r. sentença monocrática para adequar a parte dispositiva aos limites do pedido inicial, *declarando a nulidade, tão somente, do reajuste da mensalidade do plano de saúde, em razão da faixa etária da autora, por configurar-se prática abusiva repudiada pelas normas consumeristas*, mantendo-se o valor de R\$183,43, e os reajustes decorrentes de perdas inflacionárias. DESPROVIMENTO DO RECURSO.”⁶¹

Por derradeiro, aponta-se precedente que reconheceu a abusividade de cláusula contratual, uma vez que fora prevista no contrato possibilidade de rescisão unilateral por parte do plano de saúde, usada por ele quando pessoa idosa se negou a aceitar o aumento da prestação de seu contrato. A 4ª Turma do STJ decidiu, por unanimidade, manter a decretação da nulidade da referida cláusula, conforme entendimento prévio do TJSP:

“ ‘Com efeito, sendo a autora octogenária (nascida em 06.01.1912), a prevalecer tal denúncia unilateral, certamente não teria a mesma possibilidade de ingresso em outra empresa similar, ficando, assim, desassistida de assistência médico-hospitalar, para a qual contribuiu desde 1992.

Nesse passo, não se pode olvidar que nos contratos de adesão, a teor do art. 54 do suso mencionado diploma legal, só se admite cláusula resolutória, desde que alternativa, cabendo a escolha ao consumidor, ressalvada a hipótese a que alude o § 2º do artigo anterior, que não se aplica à hipótese dos autos.

O recurso comporta provimento parcial, pois, para o fim de se considerar ineficaz a denúncia do contrato por abusividade, permanecendo hígida a relação contratual entre as partes, nos moldes e limites contratados, afastada, entretanto, a pretensão em indenização por danos morais [...]

De efeito, na interpretação que deu aos fatos e ao contrato celebrado entre as partes litigantes, a Corte estadual concluiu que a cláusula que permitia a rescisão unilateral fora utilizada pela Unimed, ré, como resultado de uma negociação frustrada de aumento da mensalidade, à qual se opusera a autora, já de idade avançada, por impossibilidade de suportar com os encargos financeiros.

Em tais circunstâncias, não há como o STJ chegar a entendimento diverso sem o detido exame dos fatos da causa e da cláusula em comento, inclusive, como se disse acima, porque mais do que a redação do contrato propriamente dita, a

⁶¹ TJRJ. Apelação Cível nº 2005.001.32472. 9ª Câmara Cível. Apelante: Grupo Hospitalar do Rio de Janeiro Apelado: Therezinha da Silva Soares. Relator: Desembargador Roberto de Abreu e Silva. Julgada em: 14.02.2006. [grifou-se]

questão é mais complexa, pois na verdade o que teria acontecido é um uso da previsão avençada, porém para forçar a aceitação de um aumento do custeio do plano de saúde.

Indubitavelmente, as Súmulas n. 5 e 7 incidem na espécie.

Ante o exposto, não conheço do recurso especial.

É como voto.”⁶²

Tal como observado, a lesão é um instituto reinserido na legislação brasileira a fim de equilibrar relações contratuais onde uma parte fraca admite previsões excessivamente onerosas no momento da formação do contrato ou sofre por meio de práticas abusivas da parte forte. De todo modo, cláusulas abusivas e práticas do mesmo jaez são revistas pelo Poder Judiciário no intuito de tutelar a pessoa consumidora de planos de saúde, especialmente a idosa, pois, como dispõe o art. 39, inciso IV, “é vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: prevalecer-se da fraqueza ou da ignorância do consumidor tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços.”

Verifica-se, contudo, que a existência de uma cláusula lesiva não há de, por si, invalidar o contrato. É que o Código de Defesa do Consumidor preconiza a conservação dos contratos na medida das justas expectativas de ambas as partes contraentes. Nos casos analisados, observou-se que o contrato subsistiu a despeito da nulidade das cláusulas abusivas de modo que houve, efetivamente, proteção e defesa do consumidor. Na forma em que dispõe o art. 51, § 2º, da legislação consumerista: “A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes.”

No mais, observou-se que o princípio do equilíbrio contratual funciona como expressão dos princípios constitucionais fundamentais da igualdade substancial e da solidariedade social. Este último marca forte presença nas relações privadas de prestação da saúde, inclusive, ao superar a clássica idéia de mutualidade dos contratos de seguro e ganhar terreno no que diz respeito às prestações pagas pela pessoa idosa nessa seara.

⁶² STJ. Recurso Especial nº 242.084-SP. 4ª Turma. Recorrente: Unimed Ribeirão Preto – Cooperativa de Trabalho Médico. Recorrida: Catharina Zema da Silva. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior. Julgado em: 25.04.2006.

5.3

Da Mutualidade dos Contratos de Seguro à Solidariedade dos Contratos de Plano de Saúde Realizados Com Pessoas Idosas

A mutualidade é comum em contratos de seguro.⁶³ Nesses pactos, a empresa seguradora responsabiliza-se por recolher e administrar prestações denominadas prêmios, pagas periodicamente por aqueles que, querendo se precaver do evento danoso chamado sinistro, arcam com tais prestações periódicas módicas pois, em caso de sinistro, serão ressarcidas com os recursos maiores que procedem do montante de prêmios. “É assim que operam as sociedades de seguros mútuos, pois nelas os associados dividem entre si os prejuízos que a qualquer deles advenham dos riscos por todos enfrentados.”⁶⁴ “Vê-se, portanto, que uma empresa de saúde e uma seguradora têm que constituir um fundo comum com recursos alheios.”⁶⁵

Apesar de nos contratos de planos de saúde também haver divisão mútua de ônus, esse contrato não se desenvolve como um contrato de seguro qualquer. Em primeiro lugar, ele possui legislação própria, proveniente de leis especiais que não cuidam de seguros corriqueiros como os de bens móveis e imóveis.

Tanto a Lei 9.656 de 1998, quanto a Lei 10.185 de 2001, tratam unicamente de disposições a respeito de planos ou seguros privados de assistência à saúde. A saúde afigura-se como bem imaterial, existencial e não patrimonial: “apresenta-se mais como aspecto inseparável da pessoa, vista como valor unitário.”⁶⁶ Desse modo, para além da mutualidade comum em contratos de

⁶³ Nesse diapasão o magistério de MACEDO JÚNIOR. Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 172: “... Cooperar é associar-se com outro para benefício mútuo ou para divisão mútua de ônus. Nesta segunda definição encontramos o elemento da mutualidade [...] Note-se que a mutualidade se reporta ao benefício e não à existência de uma contraprestação formal da relação contratual. A mutualidade de benefícios reporta-se ao elemento material e substantivo objeto das transações e, neste sentido, define-se a partir da idéia de equilíbrio substancial nas trocas.”

⁶⁴ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade*. 28 ed. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 331.

⁶⁵ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Consumidores de seguros e planos de saúde (ou, doente também tem direitos)*. In: Saúde e Responsabilidade: Seguros e Planos de Assistência Privada à Saúde. Coordenadores: MARQUES, Cláudia Lima, LOPES, José Reinaldo de Lima, PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 32.

⁶⁶ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*, p. 159.

seguros comuns, nesse especificamente estudado, o que une as pessoas que participam da carteira de uma determinada operadora de planos é a solidariedade.⁶⁷

Há de se esclarecer ainda que, pelo fato de o consumidor idoso ter reconhecidas suas condições intrínsecas de inferioridade de vigor físico e, muitas vezes, até de embaraço social, recebe tutela privilegiada na forma da Lei, que incide sobre as relações privadas de toda ordem, e não poderá, pelo amparo legal que lhe é auferido, ser afastado do acesso à saúde privada. Na forma do art. 14 da Lei dos planos privados de assistência à saúde ninguém poderá, por motivo de idade, ser impedido de participar do contrato. Com o Estatuto do Idoso, as pessoas idosas passaram também, pela exegese do art. 15, § 3º, a estar protegidas contra a cobrança de valores diferenciados pelos planos de saúde em razão da idade nas prestações periódicas que realizam, pelo fato de essa prática revelar-se discriminatória, portanto, vedada.⁶⁸ Todavia, é certo que pessoas idosas adoecem mais e usam mais do plano do que as pessoas jovens. Por isso, se reconhece vivamente nos planos de saúde o elemento da solidariedade, que abarca a mutualidade, mas representa mais que ela, pois possui valor moral que implica cooperação.⁶⁹ “A solidariedade enquanto preocupação de uns com os outros com

⁶⁷ Consoante MACEDO JÚNIOR. Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*, p. 175: “A relação de solidariedade, em contraste com a relação de cooperação, refere-se a um conjunto de regras mais amplo e complexo. Ela se reporta a um conjunto de regras de julgamento que impõem um certo tipo de vinculação essencial entre as suas partes, que as torna articuladas e reciprocamente afetadas, tendo em vista uma medida que se desenvolve no interior mesmo desse conjunto. Assim, por exemplo, dentro de um *ethos* comunitário, o dever de responsabilidade ou de ajudar, “ser solidário” em relação a membro deste grupo é definido relacionalmente, a partir da lógica interna desta mesma comunidade. No âmbito do Direito Social, o conceito de justiça social realiza a tarefa de ser de medida cambiante e reflexionante deste grau de vinculação, vale dizer, do esquema de solidariedades.”

⁶⁸ O mesmo raciocínio solidarístico em questões que envolvem a saúde de pessoas mais vulneráveis é utilizado em relação aos portadores da AIDS. Segundo MACEDO JÚNIOR. Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*, p. 270-271: “Um exemplo disto é a interpretação jurídica que proíbe a exclusão da proteção a vítimas da Aids e portadores do vírus HIV em contratos de saúde. Tal cláusula obrigatória importa no aumento do custo dos planos de saúde, e pode significar desvantagem para alguns consumidores melhor protegidos que se consideram fora do grupo de risco de contaminação do HIV. A inclusão da cláusula obrigatória de não-exclusão, contudo, pode ser defendida do ponto de vista da racionalidade voltada para a necessidade específica de alguns consumidores. Neste caso, a racionalidade fundante da opção pelas cláusulas obrigatórias seria tanto a necessidade específica daqueles que contraem a doença, como a identidade do grupo afetado (tanto a “need-orientation” como a “person-orientation”). O princípio jurídico justificador desse tipo de necessidade seria a idéia de solidariedade, implícita no conceito de Justiça Social.”

⁶⁹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*, p. 492-493: “Os contratos de planos de assistência à saúde são contratos de cooperação, regulados pela Lei

base num sentimento de comunidade e valores comunitários assume um caráter eminentemente moral”.⁷⁰

Tem-se discutido, a propósito, a aplicação do Estatuto do Idoso no que diz respeito aos reajustes de contraprestações pecuniárias por mudança de faixa etária nos pactos anteriores a ele, firmados na vigência da Lei 9.656 de 1998, ou mesmo anteriormente a ela, quando regidos apenas pelo Código de Defesa do Consumidor. O vértice da questão encontra-se no entendimento de alguns intérpretes de que, aplicado o Estatuto a esses contratos, haveria retroatividade da Lei que protege o idoso, o que ofenderia o princípio da irretroatividade das leis adotado pelo Brasil no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição da República e no art. 6º e incisos da Lei 4.657 de 1942, conhecida como Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro.

Nesse sentido, o TJRJ já decidiu pelo reajuste de prestação pecuniária, em quase 90 por cento, com fulcro nos seguintes argumentos extraídos do voto acolhido por unanimidade:

“O contrato instituidor do plano de saúde aqui analisado foi celebrado após a vigência da Lei 9.656/98 – que admitia o reajuste das mensalidades do plano com base na idade do contratante, desde que previstas no contrato as faixas etárias e os percentuais de reajuste – e antes da vigência do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003) – cujo art. 15, § 3º, vedou a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade (observe-se que idoso, de acordo com o art 1º da Lei nº 10.741/2003, é a pessoa com idade igual ou superior a 60 anos. A autora somente veio a completar 60 anos em 2006, quando já se encontrava em vigor o Estatuto do Idoso.

Importa saber qual diploma seria aplicável ao contrato: a Lei nº 9.656/98, vigente quando da celebração do contrato, ou a Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), vigente quando a autoria completou 60 anos.

Tenho que a Lei aplicável é a Lei nº 9.656/98. Estabelece o art. 15 da referida Lei:

9.656/98 e pelo Código de Defesa do Consumidor, onde a solidariedade deve estar presente não só como mutualidade [...], mas como cooperação com os consumidores, como divisão paradigmático-objetiva e não subjetiva da sinistralidade, como cooperação para a manutenção dos vínculos e do sistema suplementar de saúde, como possibilidade de acesso ao sistema e de contratar, como organização do sistema para possibilitar a realização das expectativas legítimas do contratante mais fraco... Aqui está presente o elemento moral, imposto *ex vi lege* pelo princípio da boa-fé, pois solidariedade envolve a idéia de confiança e cooperação. Confiar é ter a “expectativa mútua de que [em um contrato] nenhuma parte irá explorar a vulnerabilidade da outra”. Em outras palavras, o legislador consciente de que este tipo contratual é novo, dura no tempo, de que os consumidores todos são cativos e de 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.”

⁷⁰ MACEDO JÚNIOR. Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*, p. 177.

Art. 15. A variação das contraprestações pecuniárias estabelecidas nos contratos de produtos que tenham o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, em razão da idade do consumidor, somente poderá ocorrer caso estejam previstas no contrato inicial as faixas etárias e os percentuais de reajustes incidentes em cada uma delas, conforme normas expedidas pela ANS, ressalvado o disposto no art. 35-E.

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

Da leitura do dispositivo transcrito se extrai que os contratos só poderão sofrer reajuste por mudança de faixa etária se neles estiverem expressamente previstos as faixas etárias e os percentuais de reajuste. A lei apenas estabelece um tipo de contrato para cada faixa etária, a qual determinará o valor das mensalidades.

Além dessa norma, a Resolução CONSU nº 06/98 da ANS, em seu artigo 1º, estabelece as faixas etárias, determinando o máximo de 07 (sete) faixas, quais sejam:

1ª faixa- zero a 17 (dezesete) anos

2ª faixa- 18 (dezoito) a 29 (vinte e nove) anos

3ª faixa- 30 (trinta) a 39 (trinta e nove) anos

4ª faixa- 40 (quarenta) a 49 (quarenta e nove) anos

5ª faixa- 50 (cinquenta) a 59 (cinquenta e nove) anos

6ª faixa- 60 (sessenta) a 69 (sessenta e nove) anos

7ª faixa- 70 (setenta) anos ou mais [...]

O contrato celebrado pela autora previu as faixas etárias e os percentuais de reajuste, conforme se vê da cláusula 12 (fls.31), estando, por conseguinte, de acordo com o estabelecido na Lei 9.656/98. Na verdade, o contrato celebrado previu apenas 6 faixas de reajuste, embora pudesse ter previsto até 7 faixas.

Importa saber se o último reajuste, previsto para ocorrer quando a autora completasse 60 anos de idade, pode prevalecer, considerando que a autora somente completou 60 anos de idade quando já em vigor o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003), cujo artigo 15 proibiu tratamento diferenciado do idoso (considerando como tal aquele com idade igual ou superior a 60 anos de idade, nos termos do art. 1º do Estatuto) nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade.[...]

Sucedede que o contrato aqui examinado é anterior ao Estatuto do Idoso. Previu reajuste a partir de 60 anos quando não havia norma proibitiva de tal reajuste. A empresa de seguro saúde, ao estabelecer o referido reajuste agiu estritamente dentro da lei. E a contratante do plano firmou o contrato ciente de suas condições.[...]

Intocável, aqui, a proteção ao ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal).

O contrato foi celebrado, repita-se, na vigência da Lei de Planos de Saúde e, embora a empresa ré [sic], na ocasião, não tivesse completado 60 anos de idade, a empresa de seguro já tinha direito ao reajuste, uma vez que o reajuste previsto dependia apenas da ocorrência de condição pré-estabelecida, inalterável ao arbítrio da contratante. É o que estabelece o art. 6º, §2º da Lei de Introdução ao Código Civil.[...]

Por outro lado, não se demonstrou que a cláusula de reajuste tenha estabelecido prestação desproporcional, seja abusiva ou coloque o consumidor em extrema desvantagem, violando as regras dos artigos 6º, V, e 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor. Os valores das mensalidades dos contratos de seguro-saúde e os respectivos reajustes decorrentes da mudança de faixa etária são precedidos de estudos atuariais. Não há dúvida de que o valor contratado inicialmente com a autora levou em consideração a possibilidade de reajuste por ocasião da mudança de faixa etária, quando a contratante, supostamente, poderá utilizar com mais frequência o plano de saúde, trazendo mais despesas para a empresa de seguros.

Em outras palavras, a autora somente pagou inicialmente aquele valor porque o contrato previu que haveria um reajuste quando a autora completasse 60 anos de idade. Não fosse a previsão desse reajuste, certamente o valor inicial seria maior.[...]

Se o reajuste previsto torna o valor do plano de saúde alto para a autora, isso é fato que se lamenta, mas não tem repercussão de natureza jurídica, porque não retira a validade da cláusula contratual questionada.[...]”⁷¹.

Não parece correta tal interpretação.

Aplicar o estabelecido no art. 15, § 3º do Estatuto do Idoso a prestações de trato sucessivo não faz com que a Lei prejudique o ato jurídico perfeito.

Compõem a categoria de atos jurídicos perfeitos todos aqueles que se realizaram antes da vigência do Estatuto do Idoso, os quais a Lei nova não visa a abarcar. Porém, ao completar 60 anos de idade, o consumidor de planos de saúde será discriminado se lhe cobram, diferenciadamente e em razão da idade, as novas contraprestações pecuniárias que se estabelecem sob a vigência da nova Lei.

Torna-se necessário pontuar que o art. 6º da Lei 4.657 de 1942 inicia-se proclamando que “a Lei em vigor terá efeito imediato e geral”. Essa é a regra. As exceções são as ressalvas de respeito ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada.

O voto analisado parece não ter certeza do que quer proteger. Ora fala do ato jurídico perfeito, que, consoante dicção legal exposta no § 1º do referido art. 6º, consubstancia “o [ato] já consumado segundo a lei vigente ao tempo que se efetuou”, o que não abarca os efeitos dos atos jurídicos de uma relação continuativa em que, cada prestação de trato sucessivo, revela-se um novo efeito do ato jurídico; ora remete ao § 2º do mesmo art. 6º, que se refere aos direitos adquiridos, nos seguintes termos: “Consideram-se adquiridos assim os direitos que seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.”

A respeito do termo pré-fixo trata-se do chamado termo inicial ou suspensivo, quando, a partir dele, pode-se exercer o direito. O termo também possui a qualidade de ser certo, o que o diferencia da condição que é

⁷¹ TJRJ. Apelação Cível nº 2006.001.49125. 5ª Câmara Cível. Apelante: Vera Lucia Cozac. Apelado: Bradesco Saúde S.A. Relator: Desembargador André Gustavo Corrêa de Andrade. Julgada em: 1º.11.2006. [grifou-se]

obrigatoriamente incerta.⁷² Logo, nota-se que completar 60 anos não se apresenta como termo pré-fixo, pois é incerto que alguém chegue a essa idade. Assim, a hipótese do termo pré-fixo não incide no caso analisado. O que se tem quando um plano de saúde estabelece que, atingida a idade de 60 anos, haverá reajuste da contraprestação pecuniária paga pelo consumidor, é uma condição suspensiva, situação em que “a autolimitação da vontade trabalha no rumo de estatuir a inoperância da manifestação volitiva, até que o acontecimento se realize”⁷³

Ocorre que o aludido parágrafo refere-se à condição preestabelecida inalterável ao arbítrio de outrem.

Nada há que leve a compreender tal condição preestabelecida como inalterável à vigência de uma nova Lei que disciplina a matéria e é expressamente contrária a esse tipo de pactuação. Nessa discussão não há arbítrio de outrem a incidir sob uma condição pré-pactuada, mas sim uma nova Lei de ordem pública a incidir nos efeitos que, em sua vigência, produz o negócio jurídico.

Em suma: “o *ato jurídico perfeito* é o que já se consumou segundo a norma vigente ao tempo que se efetuou; o *direito adquirido* é o que já se incorporou definitivamente ao patrimônio e à personalidade de seu titular.”⁷⁴ No caso em tela não há, pois, hipótese de ato jurídico perfeito ou de direito adquirido. Nesse sentido, não ocorre a inconstitucionalidade prevista pelo art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República, na aplicação do art. 15, § 3º, do Estatuto do Idoso às prestações pagas pela pessoa idosa ao seu plano de saúde.

Além do mais, não aplicar o disposto no Estatuto do Idoso aos contratos firmados anteriormente à sua vigência poderá gerar retrocesso jurídico, na medida em que, a nova Lei, informada pelo princípio do melhor interesse do idoso, concretiza o dever fundamental constitucional de amparo às pessoas idosas que representa as demandas da sociedade de seu tempo, as quais reclamam solidariedade para com os anciãos, tendo em vista sua inclusão social.⁷⁵

⁷² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. I, p. 575.

⁷³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. I, p. 564.

⁷⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Vol 1. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 98.

⁷⁵ Nesse sentido observa PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. I, p. 138: “... O direito, precisamente pela necessidade de se acomodar às exigências novas, tem necessidade de formular novos conceitos e estabelecer novos preceitos, sob a influência do princípio, segundo o qual a nova lei traz consigo a presunção de que é melhor e é mais perfeita que

Caso se siga a linha de pensamento do acórdão estudado, um consumidor de plano de saúde antigo, anterior à Lei 9.656/98 e ao Estatuto do Idoso que faça 60 anos daqui a 10 anos terá, se prevista no contrato a majoração da prestação paga ao completar esse tempo de vida, um aumento, em razão da idade, no que depende para assegurar sua saúde. Se no mesmo contrato houver a cláusula que permite outro reajuste quando o idoso completar 70 anos, ele terá mais um aumento por conta da idade na contraprestação pecuniária paga. Veja-se bem: haverá vinte e três anos de vigência do Estatuto do Idoso e as pessoas idosas ainda estarão sendo discriminadas em virtude da idade avançada nos contratos de plano de saúde.

Com relação ao argumento de que “não se demonstrou que a cláusula de reajuste tenha estabelecido prestação desproporcional, seja abusiva ou coloque o consumidor em extrema desvantagem, violando as regras dos artigos 6º, V, e 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor”, entende-se também de maneira diversa.

O aumento na faixa de quase 90 por cento para o consumidor que completa 60 anos de idade é abusivo sim e atenta contra o Código de Defesa do Consumidor por colocá-lo em desvantagem manifestamente exagerada.

Observe-se que para os contratos celebrados ou adaptados à Lei 9.656/98, antes da vigência do Estatuto do Idoso, a ANS já previa que os preços da última faixa etária não deveriam ser superiores a seis vezes o preço da primeira faixa e que os consumidores com idade igual ou superior a 60 anos que possuíssem o plano há mais de 10 anos não poderiam sofrer reajuste por mudança de faixa etária. Atualmente, a ANS voltou a determinar na Resolução Normativa 63 de 2003, que o valor fixado para a última faixa etária que se permite reajuste, agora com base no estabelecido no Estatuto do Idoso, de 59 anos ou mais, não pode ser superior a seis vezes o valor da primeira, de 0 a 18 anos. Ademais, a Resolução estabelece que a variação acumulada entre a sétima e a décima faixa não pode ser superior à variação acumulada entre a primeira e a sétima faixa.

Mas, se há precedente que nega a vigência do Estatuto do Idoso no caso de reajustes por mudança de faixa etária, há, por outro lado, julgado do mesmo

a antiga, e de que atende ao reclamo indisfarçável do progresso jurídico. A qualificação dessa melhoria não pode ser aferida por um rígido paradigma abstrato, mas deve ser buscada com critério relativo, dentro das contingências ambientais: melhor, porque mais conveniente à solução dos problemas da hora que passa.”

Tribunal que, por unanimidade, compreende o direito intertemporal nessa matéria de maneira absolutamente diversa e plenamente favorável ao melhor interesse do idoso que avençou plano de saúde antes da vigência do seu Estatuto:

“A única matéria a ser dirimida, diz respeito à possibilidade de aplicação do art. 15, §3º, da Lei nº 10.741/03, que, assim, dispõe:

“É vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade.”

Cabe dirimir se esta disposição legal, posterior à avença das partes, tem incidência no contrato, objeto da demanda.[...]

Há que se distinguir, como referido, entre os atos jurídicos instantâneos e aqueles em que a relação jurídica é continuativa.

Nessa segunda modalidade, ao menos no tocante a relações jurídicas de tempo indeterminado, a lei nova atingirá o período da avença sob a sua vigência, inexistindo qualquer discussão doutrinária a este respeito, inclusive no concernente à sua suposta inconstitucionalidade.

A lei nova, pois, não incide sobre o ato, mas atinge seus efeitos futuros, de sorte que se preserva o dogma do respeito ao ato jurídico perfeito.

*Ora, o Estatuto do Idoso veio, na verdade, a atingir os efeitos futuros à sua vigência do contrato firmado pelas partes [...]*⁷⁶

É o que parece correto numa interpretação não só literal do artigo em questão, mas teleológica e sistemática do Estatuto do Idoso.

De acordo com a ANS, são as seguintes as faixas etárias que passaram a ser obrigatórias e que devem estar expressas no contrato de plano de saúde: 1ª: de 0 a 18 anos; 2ª: de 19 a 23 anos; 3ª: de 24 a 28 anos; 4ª: de 29 a 33 anos; 5ª: de 34 a 38 anos; 6ª: de 39 a 43 anos; 7ª: de 44 a 48 anos; 8ª: de 49 a 53 anos; 9ª: de 54 a 58 anos; 10ª: para 59 anos ou mais.

5.3.1

Os Demais Reajustes das Prestações Pecuniárias Pagas Pelo Consumidor Idoso

É importante ressaltar que as prestações pagas por usuários de planos de saúde não se reajustam apenas por variação de faixa etária. Se a pessoa idosa está resguardada do reajuste por idade – uma de suas modalidades – o mesmo não ocorre em relação aos “anuais” ou “por aumento de sinistralidade”. Atente que as

⁷⁶ TJRJ. Apelação Cível nº 2006.001.17477. 2ª Câmara Cível. Apelante: Sul América Companhia de Seguro Saúde. Apelado: Jorge Paulo Ramos. Relator: Desembargador Carlos Eduardo da Fonseca Passos. Julgada em: 17.04.2006. [grifou-se]

maiores reclamações dos consumidores de contratos de planos de saúde referem-se aos reajustes em geral.⁷⁷

Os reajustes anuais têm por escopo manter o equilíbrio econômico da operadora em razão da perda do poder aquisitivo da moeda pela inflação.⁷⁸ Todavia, são conhecidos também como reajustes “por variação de custos assistenciais”, decorrentes da majoração do preço de serviços como exames, atendimento clínico ou hospitalar, honorários médicos, entre outros, cobrados pelos seus prestadores ao plano. Para a ANS, subdividem-se em reajuste por variação de custos assistenciais de *pessoa física* e de *pessoa jurídica*.

Ressalte-se que as pessoas físicas que celebraram contratos antes da vigência da Lei 9.656 de 1998 terão reajustes anuais na forma do disposto pelo art. 28 da Lei 9.069 de 1995, que instituiu o Plano Real, e de acordo com os índices pactuados entre consumidores e fornecedores, a não ser que os referidos pactos tenham sido adaptados à Lei 9.656 de 1998.⁷⁹

Nos demais ajustes dessa espécie – em que se enquadram aqueles firmados pelo indivíduo ou pela família pessoalmente e as autogestões não patrocinadas, isto é, financiadas com recursos exclusivos do consumidor – os reajustes são indicados pela ANS e só podem ocorrer uma vez por ano, na data do aniversário do contrato.

Os índices máximos admitidos pela ANS foram, no período que compreende maio de 2005 ao final de abril de 2006, de 11, 69%, conforme a Resolução Normativa 99 de 2005; no período concernente a maio de 2006 a abril de 2007, de 8,89%, conforme disposição da Resolução Normativa 128 de 2006. Observe-se que as operadoras de saúde ficam condicionadas ainda à avaliação e à

⁷⁷ Disponível no site www.idec.org.br, consultado em 04.04.2007.

⁷⁸ Disponível no site www.idec.org.br, consultado em 04.04.2007.

⁷⁹ Dispõe a Medida Provisória 2.177 de 2001 que altera a Lei 9.656 de 1988 em seu art. 35 § 5º: “A manutenção dos contratos originais pelos consumidores não-optantes tem caráter personalíssimo, devendo ser garantida somente ao titular e a seus dependentes já inscritos, permitida apenas a inclusão de novo cônjuge e filhos, e vedada a transferência da titularidade, sob qualquer pretexto a terceiros.” Observe-se também o § 6º: “Os produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, contratados até 1º de janeiro de 1999, deverão permanecer em operação, por tempo indeterminado, apenas para os consumidores que não optarem pela adaptação às novas regras, sendo considerados extintos para fins de comercialização.”

autorização da ANS para a aplicação dos reajustes uma vez que os percentuais indicados podem ser inferiores, dependendo da operadora.⁸⁰

Já nos contratos com pessoas jurídicas, as regras para o reajuste anual ou de custos deve estar previamente posta no contrato. Esses contratos são divididos, consoante orientação da ANS, em contratos com patrocinador e contratos sem patrocinador. Nesses últimos, a pessoa jurídica responsável pela agregação do grupo não se responsabiliza pelo pagamento à operadora, de modo que os pagamentos são feitos diretamente pelos consumidores. Por isso, a ANS entende que, nos planos realizados com pessoa jurídica sem patrocinador, os índices dessa espécie de reajuste devem ser ditados por ela.

Por outro lado, a ANS posiciona-se no sentido de não estabelecer os índices dos contratos com pessoa jurídica patrocinadora, sendo esses caracterizados pelo fato de a pessoa jurídica ser, total ou parcialmente, responsável pelo pagamento das contraprestações pecuniárias à operadora de saúde.⁸¹ Nesse sentido, a ANS leva em consideração uma suposta mobilidade desses contratos, pela inexistência de carência e por haver oferta mais competitiva entre as operadoras, além da maior capacidade de negociação dos contratantes que são empresas ou entidades sindicais.⁸²

Há severas críticas às posturas da ANS nessa espécie de reajuste.

A primeira delas diz respeito ao conformismo diante da própria denominação do reajuste anual como “decorrente de custos assistenciais”. Compreende-se que, por trás dessa denominação, exista uma grande abertura para que os planos de saúde se utilizem de índices de reajustes abusivos, sob o pálio de tal variação de custos, que não correspondam exatamente à variação inflacionária no período mínimo de um ano. Essa atitude das operadoras estaria a ofender frontalmente o Código de Defesa do Consumidor em seu art. 51.⁸³

⁸⁰ SCHIMITT, Cristiano Heineck. *Reajustes em contratos de planos e seguros de assistência privada à saúde*. In: Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais. Outubro/Dezembro/2006, p. 60 e 61.

⁸¹ SCHIMITT, Cristiano Heineck. *Reajustes em contratos de planos e seguros de assistência privada à saúde*. p.62.

⁸² MACERA, Andréa Pereira e SAINTIVE, Marcelo Barbosa. *O mercado da saúde suplementar no Brasil*. Disponível em : www.fazenda.gov.br , p. 27, Outubro, 2004.

⁸³ Art. 51 do código de Defesa do Consumidor:

Em segundo lugar, o fato de a ANS estabelecer tratamento diferenciado em relação à sua atuação na fixação de índices de reajuste anual entre os planos realizados com pessoa física e aqueles realizados com pessoa jurídica – também chamados de planos coletivos – revela-se, de todo, despido de razão.

O que ocorre é que os consumidores dos planos coletivos têm os índices de reajuste de seus contratos determinados pelas operadoras, de maneira unilateral e esvaziada de regulação, o que só lhes prejudica. Inclusive, a política de omissão da ANS com relação aos reajustes dos contratos coletivos acaba por criar ambiente propício para que as operadoras desestimulem a comercialização de planos individuais, já que se apresenta mais favorável indicar os índices ao seu alvedrio, livre de qualquer intervenção. Outra consequência reside na criação de duas categorias distintas de consumidores: aqueles que podem ser submetidos a um aumento a critério exclusivo das operadoras e aqueles que se encontram submetidos à regulação da ANS e aos seus critérios para a fixação do índice de reajuste cabível.

Nada justifica esta posição da ANS, já que a agência foi criada, na forma do art. 3º da Lei 9.961 de 2000, seja consentido frisar, tendo por ‘finalidade institucional promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadoras e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País.’

Isto posto, parece ser atribuição da ANS regular os reajustes de todas as operadoras de saúde, sem qualquer tipo de diferenciação, pois, mesmo quando o contrato se estabelece com pessoa jurídica, ela é mera intermediária de uma relação travada entre operadora e consumidores – funcionários, sindicalizados ou associados – representados. Atente que a única exigência da ANS para esses reajustes é que lhes sejam informados pela Internet em até 30 dias após a sua aplicação, como disposto no art. 2º da Instrução Normativa nº 13 de 2006, proveniente da Diretoria de Normas e Habilitação dos Produtos. O parágrafo 2º

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

X- permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral.

XIII- autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato após sua celebração.”

deste mesmo artigo ainda esclarece que, para cada período de 12 meses, deverá a operadora comunicar à ANS se houve reajuste, revisão ou manutenção da prestação pecuniária.⁸⁴

Ora, a regulação existe para incrementar a eficiência dos sistemas críticos, por meio de métodos interventivos regulatórios que coíbam falhas sociais em relações interprivadas consideradas sensíveis pelos legisladores, como, no caso, todo tipo de assistência privada à saúde.⁸⁵

Por fim, pesquisa datada de meados de 2006 anunciou que 76,2% dos novos contratos de plano de saúde figuravam-se como coletivos e que esse percentual tenderia a aumentar a cada ano. A pesquisa anunciou também que num universo de mais de 36 milhões de usuários de planos de saúde, mais de 30 milhões não tinham seus contratos regulados pela agência.⁸⁶ Portanto, a omissão da ANS quanto à regulação dos reajustes de contratos coletivos abarcaria a maior parte do mercado destes, o que se avalia como inadmissível, tendo em vista que a regulação de todo o setor é de sua competência.

Passando o exame para outro tipo de reajuste que ocorreria por aumento de sinistralidade, convém assinalar que ele consiste na majoração da mensalidade por parte da operadora em razão da variação a maior dos sinistros, tais como, cirurgias, doenças e tratamentos médico-hospitalares, dentro de determinado período de tempo.

Considera-se tal reajuste ilegal, pois faz parte da atividade da operadora suportar os riscos da atividade que exercita, dentre elas, fazer o cálculo das probabilidades e fixar o valor das mensalidades, reajustáveis, como já se viu, uma vez ao ano.⁸⁷ Transferir tais riscos periódicos ao consumidor, mesmo se previstos em contrato, é colocá-lo em desvantagem exagerada, o que constitui cláusula abusiva, proibida na forma do art. 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor.

⁸⁴ Disponível no site www.ans.gov.br, consultado no dia 10.04.2007.

⁸⁵ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 136.

⁸⁶ Disponível em www.idec.org.br, consultado em 04.04.2007.

⁸⁷ Conforme admitido pela Lei nº 9.069 de 1995, que criou o Real.

De acordo com a Resolução Normativa nº 19 de 2002 ainda havia a possibilidade de um reajuste “por revisão técnica” nos planos de saúde contratados até 1º de janeiro de 1999. No entanto, desde a 76ª reunião da Diretoria Colegiada da ANS, realizada em 19 de outubro de 2003, decidiu-se não mais aplicar esse tipo de reajuste.

Resta claro, pelo exposto, que se ao consumidor idoso é vedada a majoração da prestação pecuniária paga em razão do avanço de sua idade, ele terá, pelo menos, sua mensalidade aumentada anualmente. O reajuste anual parece suficiente para manter o contrato atualizado com as variações inflacionárias, de tal modo que permita a manutenção do equilíbrio econômico e financeiro da operadora de saúde.

Para o consumidor que possui gastos mais altos para manter sua existência digna na terceira idade, trata-se de um avanço poder contar com certa estabilidade no que concerne aos custos da proteção privada de sua saúde. Essa conquista do Estatuto do Idoso coaduna-se, vale a pena acentuar, com as diretrizes constitucionais de igualdade substancial e de solidariedade social que a sociedade brasileira, apesar de todas as mazelas ainda existentes, passa a viver.

Portanto, parecem estar mutuamente obrigados, a prestadora do plano de saúde, o Estado, a família, e a sociedade, a participar da realização dos sub-princípios da proteção integral e prioritária segundo o melhor interesse dessas pessoas de idade adiantada. A extensão que se dê aos sub-princípios da proteção integral e prioritária guiados pelo princípio do melhor interesse da pessoa idosa dirige, evidentemente, não só posturas do Estado, da família e da generalidade anônima das pessoas que compõem a sociedade, mas também do espectro de sociedade representado pela cadeia de consumidores jovens que integram o plano, o qual, por natureza de seguro em modalidade especial disciplinada pela Lei 9.656 de 1988, não perde seu caráter de mutualidade que, em contratos de planos de saúde, implica mais: cooperação, divisão de riscos entre os contraentes, numa palavra, solidariedade.⁸⁸

⁸⁸ PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, p. 340: “A questão [do idoso] se coloca em termos de justiça distributiva e requer esforço do Estado baseado no princípio da solidariedade e no pluralismo público-privado das intervenções estatais. Um esforço que diz respeito não exclusivamente à República, mas também aos particulares individualmente e as formas associativas alternativas e voluntárias, enquanto genuínas expressões do humanismo social.” [Traduziu-se livremente do italiano e se acrescentou “do idoso”]

Observa-se, pelo exposto, que pela incidência horizontal do princípio constitucional da igualdade substancial num caso concreto, o princípio também constitucional da solidariedade social ganha força, posto que ambos se complementam e reforçam seu conteúdo marcadamente humanístico. Eles se ocupam menos da segurança jurídica no mundo dos negócios que envolvem situações jurídicas existenciais – como a prestação pelo plano de saúde a pessoas idosas – e implementam justiça contratual onde há desigualdades de fato.

Em suma, tanto a eficácia horizontal irradiante do direito fundamental à saúde nas relações interprivadas, quanto a lesão como técnica de repressão das cláusulas abusivas e a regulação legislativa e administrativa nos reajustes de prestações pecuniárias pagas pelo consumidor idoso aos planos, relacionam-se com o fenômeno de funcionalização do direito privado, que relativiza a esfera de autonomia privada nos negócios jurídicos no sentido de poder visualizá-la não mais num sentido meramente individuocentrado, mas também numa perspectiva funcional.

5.4

A Autonomia Privada Em Uma Perspectiva Funcional⁸⁹

A autonomia privada nasceu do individualismo do Estado Liberal burguês que tinha no indivíduo, a causa de todo o direito. Entendia-se que o indivíduo era livre para se auto-determinar segundo a sua vontade e com a mínima intervenção estatal nos negócios pactuados.

Juntamente com os princípios da intangibilidade dos contratos e da relatividade dos efeitos contratuais em relação a terceiros, o princípio da autonomia privada compunha a tríade pilar da teoria contratual clássica. Garantia-se a liberdade do ato de contratar para consolidar o comércio e as trocas que surgiam com força após o período do feudal, expurgado pela revolução dos franceses e pela ascensão do capitalismo.⁹⁰ Fazia-se necessário também que o

⁸⁹ Tomou-se emprestado esse subtítulo cuja formulação originária pertence à AMARAL, Francisco. *Direito civil – introdução*, p. 365.

⁹⁰ Consoante BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, p. 32: “Num primeiro momento afirmam-se os direitos de liberdade, isto é, todos aqueles direitos que tendem a limitar o poder do Estado e

trabalhador alçasse personalidade jurídica para que pudesse contratar sua força de trabalho com o proprietário dos meios de produção.⁹¹

Tal autonomia manifesta-se quanto a liberdade de contratar propriamente dita, quanto a liberdade de estipular o contrato e também quanto a liberdade de determinar o conteúdo do contrato.⁹²

Cumprе anotar que a suposta liberdade de contratar atribuída às partes supõe também a igualdade delas para deliberar acerca de com quem se contrata e do conteúdo contratual. Fala-se em suposição porque, na prática, nem sempre há liberdade genuína de pactuar, visto não haver igualdade substancial entre os pactuantes. Isso ocorre nos contratos de adesão firmados entre operadoras de planos de saúde e pessoas idosas, que possuem necessidade de ajustar tais contratos da maneira que lhes são oferecidos. Não se quer dizer, entretanto, que não exista autonomia privada por parte do consumidor e da operadora, mas ela apresenta-se hoje mitigada, especialmente quando a vontade é emitida pela pessoa idosa, notadamente hiper vulnerável em termos jurídicos.⁹³

Reconhece-se, atualmente, que a autonomia privada tem sua extensão diminuída pelos interesses de cunho social que estejam em jogo e, nesse diapasão, pode-se afirmar que, cada vez mais, a autonomia privada deve ser vista também numa perspectiva funcional, diversa da clássica, cuja “concepção do funcionamento econômico e social parte do pressuposto que o negócio, como produto da autonomia privada, realiza, por si só, e automaticamente, a função que lhe é reservada.”⁹⁴

reservar para o indivíduo, ou para os grupos particulares, uma esfera de liberdade *em relação ao Estado*.”

⁹¹ Assim, PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*, p. 8 e 9.

⁹² GOMES, Orlando. *Contratos*. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 22.

⁹³ MARQUES, Cláudia Lima, ao versar sobre o mesmo tema utiliza a expressão ‘vulnerabilidade especial’ para o consumidor pessoa idosa em *Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de “ações afirmativas” em contratos de plano de saúde e de planos funerários frente aos consumidor idoso*, p. 194: “A vulnerabilidade econômica destes aposentados e pessoas com mais de 60 anos é clara, ainda mais frente a fornecedores organizados em cadeia [...] denominei esta vulnerabilidade de especial. Efetivamente, parece-me que, nestes contratos cativos de longa duração com pessoas naturalmente mais afetadas com problemas de saúde, como os idosos, é identificável uma vulnerabilidade especial do consumidor ‘fraco’...”

⁹⁴ Classicamente entendeu-se que a função de determinado negócio seria alcançada se houvesse liberdade do sujeito jurídico, nos seguintes termos apresentados por PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*, p. 12 e 13: “... Isto é, desvaloriza-se a função porque se

Afirma-se, portanto, que um contrato realizado com um idoso não se encontra baseado apenas na autonomia privada, pois ele não se prende somente ao auto-regulamento.⁹⁵ Já é de amplo conhecimento que a relação contratual contemporânea possui fontes outras além do contrato: a lei, os usos, a equidade.⁹⁶

De todo modo, o contrato não subsiste esvaziado da vontade. Essa ainda representa a força motriz de todo ajuste, compreendido também como esfera de expressão do livre desenvolvimento da pessoa humana, uma das manifestações do princípio constitucional da sua dignidade. Mas a vontade está limitada ao que a lei, com seu intervencionismo, determina. E como se mantém atualíssima a máxima de que “entre o forte e o fraco é liberdade que oprime e a lei que liberta”⁹⁷, os olhos do intérprete hão de se voltar para o que a Lei brasileira aduz no sentido de a liberdade de contratar exercitar-se, na forma do art. 421 do Código Civil brasileiro, em razão e nos limites da função social do contrato.

De acordo com o disposto no art. 421 do Código Civil brasileiro, cuja incidência abrange todos os tipos de contratos – empresariais, de pessoas em situação de igualdade material; civis, entre pessoas que não são empresárias nem consumidoras; de consumo, entre consumidores e fornecedores em situação de desigualdade substantiva – estão sujeitos e limitados à função social que desempenham. Cumpre esclarecer que, no ajuste de fornecimento da saúde por planos privados, sua função social encontra-se também no fornecimento adequado da saúde e não na obtenção de lucros astronômicos esquivando-se de prestá-la por meio de cláusulas contratuais no mínimo discutíveis que, se impõem grave

confia que o seu preenchimento resultará tão somente da liberdade do sujeito jurídico: a utilização dessa liberdade basta para garantir o funcionamento em termos ótimos da vida econômica e social. [...] Finalmente, importa acentuar que a tendência que progressivamente se veio afirmando, de tornar essencial para a definição do negócio jurídico a ideia da função que ele desempenha, corresponde, por paradoxal que se afigure, a algum subverter do conceito. Não porque, como já se disse, a noção clássica não contenha uma idéia de função, mas porque essa noção é justamente contraditória com a que hoje tende a afirmar-se.”

⁹⁵ PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, p. 341: “Ao enfrentar a problemática do idoso, é preciso inspirar-se no critério que, reconhecendo o caráter central da pessoa, realize a finalidade de ‘domesticar’, mediante a prevalência do político sobre o econômico, as férreas leis econômicas intervindo sobre fatores sobre os quais se fundam essas leis. A proteção do idoso se traduz em uma forma de proteção e promoção da pessoa.” [Traduziu-se livremente do italiano]

⁹⁶ PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, p. 141-142.

⁹⁷ Frase célebre do Padre Lacordaire, no original: ‘Entre le fort e le flaiibe c’est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit’

prejuízo ao consumidor vulnerável, mais prejudiciais são para o consumidor idoso hiper vulnerável.⁹⁸

Busca-se uma nova roupagem para a autonomia privada de modo que ela esteja agora funcionalizada à persecução de objetivos sociais e solidarísticos como impõem os objetivos da Constituição da República de uma ordem livre, justa e solidária, implantada também com base nos paradigmas do Estado Social. “A autonomia privada como poder de autodeterminação não encontra mais justificativa e mérito em si: o juízo de merecimento sobre o ato de autonomia privada é positivo apenas quando o ato corresponda a uma função que o ordenamento considere útil e social”⁹⁹

Isto posto, não há mais espaço para uma liberdade absoluta e os institutos de direito privado não devem apenas arcar com as restrições providas da ordem pública. Além disso, eles devem ser restabelecidos conforme a legalidade constitucional.¹⁰⁰ Assim “serão legítimas quaisquer medidas interventoras no âmbito da iniciativa económica privada que tenham por objecto ou finalidade a salvaguarda dos direitos fundamentais dos cidadãos.”¹⁰¹ Frise-se, pois, a necessária intervenção legislativa e judicial no âmbito de contratos de plano de saúde realizados com a pessoa idosa, pelo fato de o objeto desses ajustes tratar-se da prestação privada da saúde, direito de índole fundamental e prioritário na terceira idade.

⁹⁸ Trata-se aqui da função social do contrato como imposição de deveres positivos aos contraentes na forma defendida por MARTINS-COSTA, Judith, citando Almeno de Sá em *Notas sobre o princípio da função social dos contratos*. In: *Revista Literária de Direito*. Agosto/ Setembro/2004, p. 19: “... A partir dessa concepção percebe-se decorrerem várias eficácias próprias ao art. 421, que podem ser repartidas nos dois grandes grupos acima sinalizados, quais sejam, as eficácias intersubjetivas e eficácias transubjetivas.

No primeiro grupo está a possibilidade de imposição de *deveres positivos* aos contratantes, pois o direito subjetivo de contratar (direito de liberdade) já nasce conformado a certos deveres de prestação. A eficácia positiva visa impulsionar ‘condutas dirigidas a um activo favorecimento e promoção de justificados interesses da contraparte, o que vem adquirir um particular relevo, ainda que não exclusivamente, no domínio das perturbações que possam ocorrer no decurso da execução do contrato.’”

⁹⁹ PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, p. 138. [traduziu-se livremente do italiano]

¹⁰⁰ TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil*. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 21.

¹⁰¹ PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*, p. 208.

No Brasil, a funcionalização dos direitos privados inaugurou-se pela atribuição constitucional que limitou o direito à propriedade à realização de sua função social asseverando que “a ordem econômica, fundada no trabalho humano e na livre iniciativa tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”¹⁰². Para tanto, a Constituição da República de 1988 traçou metas para o intérprete se basear, no caso de a propriedade não cumprir a sua função social quando tratou, também constitucionalmente, da política urbana, da política agrícola, fundiária e da reforma agrária.¹⁰³

Desse modo, a função social do contrato trazida a lume pelo Código Civil insere-se no movimento de funcionalização dos direitos subjetivos que não mais representam apenas o *facultas agendi*, um poder assegurado pela ordem jurídica.¹⁰⁴ “É também verdade que o direito subjetivo não é expressão ilimitada do poder individual, capaz de se exercer com o sacrifício dos outros indivíduos ou de maneira absoluta.”¹⁰⁵ Portanto, o poder de contratar, como expressão da autonomia privada, segue funcionalizado às situações jurídicas existenciais que venha a estabelecer, com destaque para as operações contratuais cujo objeto é a prestação da saúde, situação digna da máxima tutela.¹⁰⁶

¹⁰² *Caput* do art. 170 da Constituição da República brasileira de 1988.

¹⁰³ Nesse sentido, TEPEDINO, Gustavo. *Contornos constitucionais da propriedade privada*. In: Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 279: “A construção, fundamental para a compreensão das inúmeras modalidades contemporâneas de propriedade, serve de moldura para uma posterior elaboração doutrinária, que entrevê na propriedade não mais uma situação de poder, por si só e abstratamente considerada, o direito subjetivo por excelência, mas ‘una situazione giuridica soggetiva tipica e complessa’, necessariamente em conflito ou coligada com outras, que encontra a sua legitimidade na concreta relação jurídica na qual se insere.”

¹⁰⁴ Cf. MARTINS-COSTA, Judith e BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 158: “Atualmente admite-se que os poderes do titular de um direito subjetivo estão condicionados pela respectiva função, e a categoria do direito subjetivo, posto que histórica e contingente como todas as categorias jurídicas, não vem mais revestida pelo ‘mito jusnaturalista’ que a recobria na codificação oitocentista, na qual fora elevada ao *status* de realidade ontológica, esfera jurídica de soberania do indivíduo.”

¹⁰⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol I, p. 33.

¹⁰⁶ Aponta-se para a observação de BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tomo I. Tradução de: DE MIRANDA, Fernando. Coimbra: Coimbra Editora, 1969, p. 348: “O direito – e já antes do direito, a consciência social – aprova e protege a autonomia privada, não na medida em que segue um capricho momentâneo, mas naquela que em que persegue um objectivo e típico interesse para a modificação do estado de facto e se dirige a funções sociais dignas de tutela.”

Importa considerar nesse viés, que não se exaure na estrutura dos institutos jurídicos, mas que vai ao encontro das suas funções, que o direito agora se opera como instrumento de direção social,¹⁰⁷ incorporado à sociologia jurídica, num sentido de promover as condutas objetivadas.¹⁰⁸

Todavia, a atribuição de função social à liberdade de contratar apresenta-se como novidade, já que postulada pela codificação brasileira de 2002, por isso, os contornos desse mandamento ainda são dotados de certa imprecisão.¹⁰⁹ Enquanto ao proprietário que não der à sua propriedade a devida função social acometem-se sanções oriundas da Constituição, tais como, no âmbito da cidade, parcelamento ou edificação compulsórios, imposto sobre a propriedade predial e territorial progressivo no tempo ou mesmo desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública, assim como, no campo, desapropriação mediante indenização com títulos da dívida agrária; ao contratante que não observar o que se designou como função social do contrato, não há, prevista em lei, qualquer punição pelo descumprimento do preceito.

Ao passo que, didaticamente, a Constituição informa que a função social da propriedade rural é alcançada quando, simultaneamente, de acordo com critérios e graus de exigências estabelecidos em Lei, forem observados os requisitos do aproveitamento racional e adequado, da utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente, da observância das disposições que regulam as relações de trabalho, da exploração que favoreça o bem estar dos proprietários e dos trabalhadores,¹¹⁰ não é dito pelo legislador quando a função social do contrato se realiza.

¹⁰⁷ BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução de: VERSIANI, Daniela Beccaria. Barueri: Manole, 2007, p. 79.

¹⁰⁸ LAFER, Celso. *Apresentação à edição brasileira*. In: *DA Estrutura À Função: Novos Estudos De Teoria Do Direito*. Barueri: Manole, 2007, p. LII.

¹⁰⁹ NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 221: “São amplas e, logo, imprecisas as bases conceituais da função social do contrato, ora amarradas à cláusula geral de solidariedade, ora à quebra do individualismo, tendo em vista a igualdade substancial, ora a tutela da confiança dos interesses envolvidos e do equilíbrio das parcelas do contrato.”

¹¹⁰ Segundo LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. Tradução de: DE FRADERA, Vera Maria Jacob. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 312: “A função permite o exercício de faculdades como as que se reconhecem ao proprietário, mas ao mesmo tempo se impõem deveres, como os que resultam do uso regular desse direito conforme a uma finalidade social. Esta tarefa impõe ao titular o dever de cumprir ou de desenvolver uma atividade tendente a

Portanto, definir o significado de uma função social para o contrato é tarefa para a doutrina e a jurisprudência desenvolver. Nesse sentido, “devemos tentar recolher da *estrutura* dos textos legais o que a letra não diz diretamente, a sua *voz possível*, para assim iniciar a responsável construção da sua dogmática.”

111

De antemão observa-se que a liberdade de contratar é que se encontra limitada à função social do contrato, a qual constitui também sua razão de ser.¹¹²

“A idéia dos limites impostos à liberdade contratual resulta do próprio fenômeno da publicização do Direito Privado, através da interferência do Estado nas relações havidas entre os particulares, em atenção às exigências do bem comum, do interesse coletivo.”¹¹³

Tais implicações estão correlacionadas com a idéia de solidariedade nas contratações, onde sobreleva que ambas as partes retirem do ajuste “vantagens em condições paritárias, ou seja, enquanto houver uma equação de utilidade e justiça nas relações contratuais.”¹¹⁴

A função de um contrato de plano de saúde realizado com a pessoa idosa consiste em garantir adequadamente o acesso ao bem existencial que consubstancia a saúde. A utilidade existencial desse bem contratado com idosos apresenta-se como critério relevante no exame das questões contratuais.¹¹⁵ Assim, o eixo para se alcançar a função social do contrato de objeto existencial encontra-se na devida prestação do bem da vida de que trata o ajuste.¹¹⁶

lograr o objetivo proposto. Para tais fins a função outorga poderes, faculdades, direitos e deveres num feixe unificado pela finalidade que lhe confere homogeneidade.”

¹¹¹ MARTINS-COSTA, Judith. *Notas sobre o princípio da função social do contrato*, p. 17.

¹¹² Nas palavras de MARTINS-COSTA, Judith. *Notas sobre o princípio da função social do contrato*, p. 17: “Tendo em conta, pois, uma *perspectiva estrutural* do Código Civil, constata-se, de imediato, que o art. 421 indica três sendas que vale a pena trilhar: a) *inaugura* a regulação, em *caráter geral* do direito contratual; b) *refere* a função social como *limite* da liberdade de contratar; e c) *situa* a função social como *fundamento* da mesma liberdade.”

¹¹³ HIRONAKA, Giselda M. Fernandes Novaes. *A função social do contrato*. In: Revista de Direito Civil. Ano 12, nº 45, julho/setembro/1988, p. 147.

¹¹⁴ DA SILVA, Luis Renato Ferreira. *A função social do contrato no novo código civil e sua conexão com a solidariedade contratual*. In: O Novo Código Civil e a Constituição. Organizador: SARLET, Ingo Wolfgang, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.137.

¹¹⁵ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*, p. 380.

¹¹⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *Notas sobre o princípio da função social do contrato*, p. 20.

Esse raciocínio parte da idéia de que a função social do contrato realiza-se de maneira intrínseca, intersubjetiva, ou entre as partes,¹¹⁷ o que remete à “grande cláusula contratual de solidariedade, sem que haja um imediato questionamento acerca do princípio da relatividade dos contratos”¹¹⁸ Nesse sentido, apresenta-se o enunciado 360, aprovado na IV Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal em outubro de 2006: “o princípio da função social dos contratos também pode ter eficácia interna entre as partes contratantes.” Dessa maneira, “a função social não opera apenas como um limite externo, é também um elemento integrativo do campo de função da autonomia privada no domínio da liberdade contratual”.¹¹⁹ Aqui considera-se *função* como “um poder de agir sobre a esfera jurídica alheia, no interesse de outrem, jamais em poder do próprio titular”¹²⁰ e *social* o que diz respeito a um interesse socialmente útil, no caso de contratos de planos de saúde pactuados com a pessoa idosa, de uma utilidade existencial baseada na essencialidade de seu objeto.¹²¹

A função social do contrato trata-se de um princípio a reger toda a disciplina contratual e, como tal, funciona como mandado de otimização. Isto é: ordena-se que a função social do contrato seja realizada “na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes”.¹²² Contudo, a autonomia privada representada pela liberdade de contratar também consubstancia um princípio, o que faz com que haja, de pronto, uma limitação desse segundo

¹¹⁷ Posição sustentada por BUENO DE GODOY. Claudio Luiz. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 110-130, *passim*, da qual se comunga.

¹¹⁸ Cf. NALIN, Paulo. *A função social do contrato no futuro código civil brasileiro*. In: Revista de Direito Privado. Ano 3, nº 12. Outubro/Dezembro/2002, p. 56.

¹¹⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *Notas sobre o princípio da função social do contrato*, p. 19.

¹²⁰ Formulação de COMPARATO, Fábio Konder. *Direito empresarial: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 9.

¹²¹ TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloisa Helena, BODIN DE MORAES, Maria Celina e outros. *Código civil interpretado conforme a constituição da república*. Vol II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 14: “É também com base na função social do contrato que se postula uma diferenciação entre contratos à luz da essencialidade do bem de cuja aquisição ou utilização se trate.”

¹²² ALEXY. Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*, p. 86.

princípio que será exercido em razão e nos limites da função social do contrato, ao qual a Lei atribui proeminência.¹²³

No âmbito de um direito civil constitucionalizado, o princípio da função social do contrato requer que o pacto estabelecido não seja somente instrumento da circulação de riquezas no exercício da liberdade contratual, mas, antes, um catalisador da justiça social, que proteja o contratante mais fraco diante de um outro ostensivo e poderoso, de modo que sejam tuteladas as situações jurídicas existenciais que, em última análise, corroboram com a efetividade do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Nessa linha de pensamento, também se aprovou na I Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal em setembro de 2002, o enunciado de número 23, de acordo com o qual “a função social do contrato prevista no artigo 421 do novo Código Civil não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio, quando presentes estejam interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.”

É nesse sentido que se fala numa autonomia privada em perspectiva funcional, ou seja, naquela submetida aos interesses relativos à dignidade das pessoas idosas doentes, as quais necessitam que seu direito existencial à saúde seja prestado com eficiência, sem obstrução, visando ao seu bem estar psicofísico e social.¹²⁴

Para a operadora de planos de saúde vale o argumento de que “a liberdade de iniciativa, entendida como liberdade de criação empresarial ou de livre acesso ao mercado, somente é protegida enquanto favorece o desenvolvimento nacional e

¹²³ Consoante AMARAL, Francisco. *Os princípios jurídicos na relação obrigatória*. In: Revista Forense. Rio de Janeiro. Vol. 381. Setembro/Outubro de 2005, p. 75: “No campo das obrigações, sua principal expressão [o autor refere-se à expressão da autonomia privada] está no art. 421, que reafirma a liberdade contratual, desde que exercida nos limites da função social do contrato, o que é uma das manifestações da socialidade do direito e, por isso mesmo, um dos limites intrínsecos ao exercício dos direitos subjetivos.”

¹²⁴ TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloisa Helena, BODIN DE MORAES, Maria Celina e outros. *Código civil interpretado conforme a constituição da república*. Vol II, p. 14: ‘Sustenta-se que há uma função social específica a ser reconhecida a contratos que tenham por objeto, por exemplo, serviços essenciais e que é essa função que justifica, em última instância, a tutela específica que se criou, tanto na lei, quanto na jurisprudência, aos serviços essenciais.’

a justiça social. Trata-se, portanto, de uma liberdade meio ou liberdade condicional”.¹²⁵

Em síntese: a liberdade de contratar exerce-se, atualmente, em razão da função social do contrato. Quer-se dizer que a autonomia privada deve perseguir a função social de um determinado contrato de tal forma que ele se coadune com as escolhas axiológicas do sistema brasileiro. Destarte, a liberdade de contratar – como a de realizar ou não o pacto, ou a dos termos desse pacto – deverá ser garantida pelo ordenamento jurídico pátrio. “Mas ela só o será se o sistema reconhecer mérito social àquele contrato. Ou, antes, se vir nele um interesse social, ainda que seja, também, o desenvolvimento da pessoa, expandindo suas virtualidades, promovendo, então, sua dignidade.”¹²⁶

Abraça-se, por fim, a definição de função social do contrato entendida como:

“O dever imposto aos contratantes de atender – ao lado dos próprios interesses individuais perseguidos pelo regulamento contratual – a *interesses extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica*, que se relacionam com o contrato ou são por ele atingidos. Tais interesses dizem respeito, dentre outros, *aos consumidores*, à livre concorrência, ao meio ambiente, às relações de trabalho.”¹²⁷

Além da função social do contrato, há outro importante princípio que rege a prestação da saúde privada à pessoa idosa. Trata-se da boa-fé objetiva, mandado de otimização que orienta atitudes de lealdade, confiança e verdade entre os contratantes no desenvolvimento da relação contratual.

¹²⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *Direito empresarial: estudos e pareceres*, p. 6-7.

¹²⁶ Consoante BUENO DE GODOY. Claudio Luiz. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*, p.121.

¹²⁷ TEPEDINO, Gustavo. *Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do código civil de 2002*. In: A Parte Geral do Novo Código Civil: Estudos Na Perspectiva Civil-Constitucional. Coordenador: TEPEDINO, Gustavo. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. XXXII. [Grifou-se]

5.5

O Princípio da Boa-fé Objetiva Como Dever de Informar o Consumidor Idoso

A boa-fé não deve ser definida de maneira geral, pois tal tentativa seria incapaz de abarcar o alcance e a riqueza de sua noção.¹²⁸ “A boa fé traduz um estágio juscultural, manifesta uma Ciência do Direito e exprime um modo de decidir próprio de certa ordem sócio-jurídica.”¹²⁹

Relata-se que, a princípio, o Direito Romano fez referência apenas a *fides*, que significa fé¹³⁰ e, posteriormente, houve uma evolução tanto no que diz respeito à expressão, como no que diz respeito ao seu significado, “da *fides*, passou-se à *fides bona* e à *bona fides*.”¹³¹ Ao longo de séculos, a boa-fé passou por vários processos de diluição e de difusão, razão pela qual possui uma ambivalência e capacidade de renovação que permanece até os nossos dias.¹³²

Atualmente, a doutrina divide a boa-fé em subjetiva e objetiva. A má-fé constitui-se a antítese da boa-fé subjetiva, pois revela a intenção de lesar alguém. A boa-fé subjetiva consiste num estado de ânimo do sujeito. “Diz-se ‘subjetiva’ justamente porque, para sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção.”¹³³

A boa-fé subjetiva comporta um estado de conhecimento ou desconhecimento que serve para aplicação em temas concernentes ao Direito das Coisas, tais como, à matéria de frutos ou benfeitorias, ou em relação à usucapião, por exemplo.¹³⁴

¹²⁸ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 17-18.

¹²⁹ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, p. 18.

¹³⁰ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, p. 54.

¹³¹ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, p. 71.

¹³² MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, p. 147

¹³³ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 2000, p. 411.

¹³⁴ DE AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Responsabilidade pré-contratual no código de defesa do consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum*. In: *Revista de Direito do Consumidor*. Vol. 18. Abril/Junho/1996, p. 25.

Já a boa-fé objetiva consiste em atitudes de fidelidade, honestidade, retidão e probidade. Não se trata de um simples estado de ânimo, mas de ações próprias do homem reto. “Traduz um valor ético que se exprime em um dever de lealdade e correção no surgimento e desenvolvimento de uma relação contratual.”¹³⁵ Para se observar se há boa-fé objetiva “levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como o *status* pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do *standard*, de tipo meramente subsuntivo.”¹³⁶

Agir de boa-fé objetiva equivale a agir lealmente em relação ao outro que é seu parceiro contratual, considerando suas justas expectativas depositadas no vínculo.

No Brasil a boa-fé objetiva apresenta-se codificada. Foi tratada pioneiramente no Código de Defesa do Consumidor como princípio norteador de toda interpretação na seara consumerista no art. 4º, inciso III, que cuida de viabilizar os princípios em que se funda a ordem econômica, sempre com base na boa-fé, e no art. 51, inciso IV, que considera abusivas as cláusulas incompatíveis com a boa-fé. Atualmente, a boa-fé está contida também no Código Civil brasileiro de 2002, no artigo 113, como regra de interpretação, com a seguinte disposição: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar da sua celebração.”; no artigo 187, que normatiza o abuso do direito, definindo limites: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico e social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” e no artigo 422, criando deveres, ao dispor: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”¹³⁷

¹³⁵ AMARAL, Francisco. *A interpretação jurídica segundo o código civil*. In: Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Vol. 1. Nº 1. Outubro/Dezembro de 1989, p. 37.

¹³⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, p. 411.

¹³⁷ Embora a boa-fé objetiva tenha surgido com o advento do Código de Defesa do Consumidor mister salientar que ela já era prevista como regra de interpretação na esfera contratual no artigo 131 do Código Comercial e na opinião de vários juristas. Veja-se, a propósito, TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloisa Helena, BODIN DE MORAES, Maria Celina e outros. *Código civil interpretado conforme a constituição da república*. Vol II, p. 15: “A boa-fé como princípio contratual fora consagrada expressamente no CDC (arts 4º, III e art. 51, IV). Muito antes, porém, a boa-fé encontrava-se prevista no art. 131 do CCom como regra de interpretação contratual. A despeito da inexistência de preceito genérico que consagrasse o dever de agir com boa-fé no

À boa-fé objetiva atribuem-se três funções: de cânone hermenêutico-integrativo, de norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos e de norma de criação de deveres jurídicos.¹³⁸

Como norma de criação de deveres jurídicos a boa-fé objetiva reponsabiliza-se pelo fiel cumprimento dos ‘chamados *deveres principais, ou deveres primários da prestação* – constituindo estes o núcleo da relação obrigacional e definindo o tipo contratual’,¹³⁹ bem como dos deveres secundários¹⁴⁰ e ainda os chamados deveres laterais, anexos ou instrumentais,¹⁴¹ em cuja classificação inserem-se os deveres de informação.

Os deveres de informação tratam-se, na verdade, de verdadeiras obrigações no sentido de que “a relação contratual obriga não somente ao cumprimento da obrigação principal (a prestação), mas também ao cumprimento das várias obrigações acessórias ou dos deveres anexos àquele tipo de contrato”¹⁴²

Quer-se dizer, portanto, que no contrato de plano de saúde é dever da operadora não só prestar o serviço de saúde, mas também assegurar ao consumidor deveres anexos de informação que são próprios deste ajuste, tais

âmbito das relações contratuais em geral, a doutrina apontava a incidência da boa-fé em todo e qualquer contrato. Em obras dedicadas aos contratos, muitos autores definiam, mesmo no sistema do Código anterior, a boa-fé como princípio cardenal dessa disciplina.”

¹³⁸ Essa proposição foi elaborada por WIEACHER, Franz. *El principio general de la buena fé*. Tradução de: LOS MOZOS. Jose Luis. Madrid: Civitas, 1982, e seguida por vários juristas brasileiros.

¹³⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, p. 437.

¹⁴⁰ Segundo MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, p. 438: “Os *deveres secundários*, por sua vez, subdividem-se em duas grandes espécies: *os deveres secundários meramente acessórios da obrigação principal*, que se destinam a preparar o cumprimento ou assegurar a obrigação principal (v.g., na compra e venda o dever de conservar a coisa vendida ou de transportá-la, ou o de embalá-la), e os *deveres secundários com prestação autônoma*, os quais podem revelar-se como verdadeiros sucedâneos da obrigação principal (como o dever de indenizar resultante da impossibilidade culposa da prestação, ou o dever de garantir a coisa, mediante a prestação de garantia autônoma, tal qual o contrato de *garantie à la première demande*, conhecido no comércio internacional), podendo ainda ser autônomos ou coexistentes com o dever principal (v.g., o dever de indenizar, por mora ou cumprimento defeituoso, que acresce à prestação originária).”

¹⁴¹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, p. 438. MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*, p. 220, utiliza para a denominação dos direitos anexos também a palavra secundários.

¹⁴² MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*, p. 220.

como, no período pré-contratual, conhecido como fase das tratativas: o tipo de plano, a rede de médicos e hospitais conveniados, os riscos, a qualidade do serviço, a cobertura do plano, assim entendidos seu período de carência e suas exclusões de responsabilidade com a máxima clareza, atentando para a hipervulnerabilidade desse consumidor que, se na terceira idade resolve pactuar um contrato dessa natureza, está mesmo a necessitar da tutela de sua saúde.¹⁴³

Observando a obrigação como um processo, todos os dados oferecidos como informação durante a fase pré-contratual deverão acompanhar a obrigação, integrando-a, e não ser, tal e como propostos, oferecidos na fase de execução como meio de impedir a violação do princípio da transparência, decorrente da boa-fé objetiva e previsto no art. 6º, incisos III e IV do Código de Defesa do Consumidor como direito básico. Assim, o consumidor que desde a juventude se assegurou da doença por meio de plano privado de saúde merece, nessa etapa da vida, auferir informações contínuas e estritamente adequadas à vulnerabilidade de sua idade pelo fornecedor.

Faz-se imprescindível firmar, que, por suas condições intrínsecas, o consumidor idoso também se encontra hipervulnerável face à publicidade enganosa ou abusiva advinda dos planos de saúde.¹⁴⁴

¹⁴³ Segundo o magistério de MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*, p. 227: “Esta inversão de papéis, isto é, a imposição pelo CDC ao fornecedor do dever de informar sobre o produto ou o serviço que oferece (suas características, seus riscos, sua qualidade) e sobre o contrato que vinculará o consumidor, inverteu a regra do *caveat emptor* (que ordenava ao consumidor uma atitude ativa: se quer saber detalhes sobre o plano de saúde, informe-se, descubra o contrato registrado no Rio de Janeiro ou em São Paulo...atue ou nada poderá alegar) para a regra do *caveat venditor* (que ordena ao vendedor ou corretor de planos de saúde que informe sobre o conteúdo deles, riscos, exclusões, limitações etc.”

¹⁴⁴ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*, p. 391: “Apesar de não mencionar isso expressamente, o art. 37 do CDC preocupa-se com o idoso exposto à publicidade, como prática comercial (art. 29 do CDC). A publicidade discriminatória contra idosos é proibida, como aquela que ‘seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde e segurança’ (art. 37, § 2º do CDC). Como consumidor equiparado, o idoso pode ser induzido em erro (§ 1º do art. 37), como demonstra caso judicial envolvendo denominação de clínica geriátrica que incluiu, em seu nome, nome de hospital famoso no local de comercialização de seus serviços. Assim ementa: ‘Propriedade industrial-Marca nominativa-Nome de hospital-Uso da mesma expressão em nome comercial de sociedade geriátrica-Antecipação de tutela no sentido de abstenção-Agravo de Instrumento. A geriatria é um ramo da medicina que se ocupa com as doenças dos idosos. Assim, quando uma sociedade comercial, em seu nome, usa o vocábulo ‘geriátrico’, sucedido de expressão idêntica ao nome de um hospital, em princípio induz, perante o público, que a sociedade comercial é uma entidade ligada ao hospital, porquanto se ocupa com atividade afim. Agravo desprovido’ (TJRS, 5ª Câmara Cív., AGI 598023299, rel. Dês. Irineu Mariani, j. 26.03.1998.)*Em outras palavras, as exigências de boa-fé em relação ao consumidor idoso são mais altas, há que se reconhecer sua*

De tal maneira, o princípio da boa-fé objetiva como dever de informar adequadamente a pessoa idosa apresenta-se essencial nos contratos de plano de saúde visto que, sobrelevam nesses ajustes, a causa fim do contrato e a necessária proteção contra condutas que firam o direito desse consumidor especial – hiper vulnerável em questões relacionadas à assistência privada de sua saúde e mais suscetível às práticas emocionais e agressivas de venda – de estar plenamente ciente de todas as condições do ajuste celebrado para que não se deixe enganar e aufera a necessária tutela jurídica do seu direito fundamental e prioritário à saúde também na esfera privada.

vulnerabilidade em matéria de saúde (por exemplo, limitando a publicidade de remédios e dos profissionais da medicina), há que reconhecer que é mais suscetível às práticas emocionais e agressivas de venda, muitas proibidas pelo art. 39 do CDC.” [grifou-se]