



UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
DEPARTAMENTO DE DIREITO
PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS

BRUNA FIALHO MATOSO BARROS

**OS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE E A RETROATIVIDADE DO
PRINCÍPIO DA NÃO DISCRIMINAÇÃO AO IDOSO**

NATAL
2014

BRUNA FIALHO MATOSO BARROS

**OS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE E A RETROATIVIDADE DO
PRINCÍPIO DA NÃO DISCRIMINAÇÃO AO IDOSO**

Monografia apresentada à Universidade do Estado do Rio Grande do Norte - UERN, como requisito obrigatório para obtenção do título de Pós Graduada em Direitos Difusos e Coletivos.

ORIENTADOR: Professor Paulo Roberto Dantas de Souza Leão

NATAL
2014

BRUNA FIALHO MATOSO BARROS

**OS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE E A RETROATIVIDADE DO
PRINCÍPIO DA NÃO DISCRIMINAÇÃO AO IDOSO**

Monografia apresentada à Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UERN - como requisito obrigatório para obtenção do título de Pós Graduada em Direitos Difusos e Coletivos.

Aprovada em: ____/____/____.

Banca Examinadora

Professor Paulo Roberto Dantas de Souza Leão
Orientador

Carlos Sérgio Gurgel da Silva

Valéria Maria Lacerda Rocha

“A miséria de uma criança interessa a uma mãe, a miséria de um rapaz interessa a uma rapariga, a miséria de um velho não interessa a ninguém”.

(HUGO, Victor. **Os Miseráveis**, 1862.)

AGRADECIMENTOS

Agradeço em primeiro lugar à Deus, que iluminou meu caminho, me dando força e coragem durante esta conquista.

Dedico esta, bem como todas as minhas conquistas, aos meus amados pais, Floriano e Lêda.

Agradeço ao meu marido, Bruno, pelo apoio e pela paciência, principalmente pela paciência, não medindo esforços para que eu chegasse até esta etapa de minha vida.

Agradeço também aos meus preciosos filhos, João Guilherme e Marina, que apesar de não terem conhecimento disto, iluminaram de maneira especial os meus pensamentos me levando a buscar mais conhecimentos.

Por fim, agradeço ao professor Paulo Leão, orientador do presente trabalho, por todas as dicas, conselhos e por ter acreditado no sucesso desta pesquisa.

RESUMO

Este trabalho tem por escopo discorrer sobre o direito à saúde, em face à Constituição Federal. Considera que o SUS não tem capacidade de abarcar toda a demanda que lhe é atribuída. Análise da lei n.º 9.656/98, que alterou substancialmente a saúde suplementar no país, regulamentando os planos de saúde, impedindo modificações aleatórias de reajustes anuais. Posteriormente, com a Lei n.º 10.741 no ano de 2003 (Estatuto do Idoso), proibiu-se que houvesse aumentos oriundos de mudança de faixa etária após o usuário completar 60 anos de idade. Verifica-se que os planos de saúde, mesmo que sigam à risca o descrito na legislação, conseguem incutir aumentos por faixa etária abusivos, porque grave a brecha legislativa. Neste caso deve-se fazer uma análise dos princípios da função social do contrato, da equidade, dos ditames do estatuto do idoso, e verificação aprofundada da Lei n.º 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) para que se possa anular ou modificar cláusulas contratuais de forma a impedir aumentos abusivos ou arbitrários que venham a ferir diretamente o direito dos idosos/consumidores, ainda que os aumentos estejam na conformidade da legislação. Verifica-se por fim, a possibilidade de retroação do Estatuto do Idoso para abarcar contratos firmados anteriormente a vigência da referida lei. Para este fim foi utilizada pesquisa bibliográfica, doutrinária, legislativa e jurisprudencial, pretendendo-se levantar o estado da arte que a temática exige.

Palavras-chave: Direito à saúde; Saúde Suplementar; Planos de Saúde; Estatuto do Idoso; Reajuste etário.

ABSTRACT

This work has the purpose to discuss the right to health, due to the Federal Constitution. Considers that the National Health System is unable to cover all the demand assigned to it. Analysis of the Law 9.656/98, which substantially affect the health supplementary system in the country, regulating private health plans, preventing random changes of annual adjustments. Later, with the Law n.º 10.741 in 2003 (the Elderly Statement), banned if there were increases arising from change of age after you turn 60 years old. It appears that health plans, even if they follow what is described in the legislation, could still be abusively increases because of serious legislative loophole. In this case we should make an analysis of the principles of the social function of contracts, equity, the dictates of the elderly statement, and thorough examination of the Law n.º 8.078/90 (Consumer Protection Code) so you can cancel or modify contract terms in order to prevent unfair or arbitrary that may directly injure the right of the elderly / consumer, although the increases are in accordance with legislation. There is finally the possibility of using the Elderly Statement to the modification of contracts even if they were previously signed. For this purpose we used literature, doctrinal, jurisprudential and legislative research, looking to explain everything that the subject requires.

Keywords: Right to Health; Supplemental Health; Health Plans; The Elderly Statement; Age adjustment.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 O DIREITO À SAÚDE	13
1.1 Princípios formadores do Direito Constitucional à Saúde.....	13
1.2 Saúde Complementar <i>versus</i> Saúde Suplementar.....	16
2 OS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE	19
2.1 Período anterior à Lei n.º 9.656 de 03 de junho de 1998.....	21
2.2 As alterações propostas pela Lei de Planos de Saúde (Lei n.º 9.656/98).....	24
3 O ESTATUTO DO IDOSO E A VEDAÇÃO À DISCRIMINAÇÃO	30
3.1 A retroação do Estatuto do Idoso.....	34
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS	41
REFERÊNCIAS	44

INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 possui características que a filiam ao Estado Democrático de Direito. Assim, se localizam os direitos fundamentais, dentre eles a saúde, em evidente caráter vinculativo em relação ao legislador, ao Poder Público, aos órgãos administrativos, ao Poder Executivo, aos Juízes, aos Tribunais, e, também, no âmbito das relações jurídico-privadas.

Também o artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, subscrita pelo Brasil, reconhece a saúde como direito fundamental ao asseverar que ela é condição necessária à vida digna.

Acaso restasse alguma dúvida sobre ser a saúde um direito fundamental do homem, bastaria a simples leitura do disposto no artigo 2º da Lei Federal n.º 8.080/90 para dirimi-la: “A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”.

Sendo fundamental ao homem, o direito à saúde é autoaplicável, conforme expressa previsão do artigo 5º, parágrafo 1º, da CF: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

O artigo 6º da Constituição Federal de 1988 atribuiu à saúde o *status* de direito social fundamental, conferindo à União, estados e municípios a competência para cuidar da saúde e assistência pública (art. 23, II, CF/88).

O direito à saúde é um direito público subjetivo oponível contra o Estado, podendo sua tutela, em face do princípio da inafastabilidade da jurisdição, ser realizada, inclusive, judicialmente.

Pelo seu caráter social, além de servir de vetor à garantia do princípio da dignidade da pessoa humana, cuja normatização prevista na Carta Magna é de plena eficácia, não depende de qualquer regulamentação ou mesmo da vontade do administrador. Ao revés, os programas de políticas públicas devem irrestrita obediência à preservação da saúde dos cidadãos.

No entanto, o legislador consciente das limitações do Estado e com fulcro de fomentar o desenvolvimento das atividades de pesquisa científica e afins no âmbito da saúde, permite ao particular, ainda que de forma suplementar, a atuação neste setor.

Neste sentido a Constituição Federal (art. 197) afirma ser de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos

da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

A partir desta disposição, o Estado possui o poder de regulamentação, fiscalização e controle a fim de verificar se este serviço esta sendo prestado de acordo com as normas e princípios norteadores da sociedade como um todo.

Para tanto, foi através da Lei n.º 9.656/98 (que dispõe sobre os planos privados de assistência à saúde) a qual passou a se regular a matéria. Esta lei trouxe benefícios expressivos aos usuários de planos de saúde como regulamentação do aumento anual, limitação dos percentuais e número máximo para aumentos derivados de faixa etária.

Logo em seguida, por meio da Medida Provisória n.º 1.928/99, reeditada por duas vezes e finalmente convertida na Lei n.º 9.961 de 28 de janeiro de 2000, atribuiu-se a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, que atua em todo o território nacional, regular, controlar e fiscalizar as atividades que garantam a assistência suplementar à saúde, surgindo, a partir de então, verdadeira complementação do marco regulatório para a saúde.

Neste ínterim, a ANS busca na sua 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.

Assim, as prestadoras de serviço de plano de saúde devem seguir exatamente os ditames regulamentares, o que deveria dar segurança para os consumidores e trazer lucro as empresas, entretanto, por não raras vezes, apesar de o setor se apresentar lucrativo para as prestadoras, os valores cobrados se tornam insustentáveis para os consumidores.

Ademais os serviços de planos de saúde são prestados através de contratos, tipo de pactuação que vem tomando destaque expressivo nos últimos anos, especialmente devido ao falível sistema público de assistência médica e pelo alto valor do serviço particular.

É de se salientar, que mesmo não sendo exigível que o ente particular ao prestar o serviço realize-o de forma gratuita, também não se pode aceitar que sejam fixados preços abusivos, onerando de sobremodo o usuário.

Caso isso aconteça, é comum que os usuários socorram-se do Poder Judiciário, para que este possa se valer da interpretação, com carga axiológica, visando especialmente aplicar os preceitos da Constituição e outras normas de direito público, como o Código de Defesa do Consumidor, para, a partir de então, perquirir o entendimento que visa, com melhor resguardo, a proteção da vida e saúde dos cidadãos, frente aos contratos de prestação de serviços de saúde.

Assim é que se verifica que, infelizmente, para que haja uma congruência na lógica do Estado Democrático de Direito, cabe ao judiciário retirar a visão tão somente do lucro que permeia algumas relações particulares para trazer justiça às relações envoltas do setor de saúde suplementar, sendo imponente resgatar a histórica noção de supremacia da Constituição para poder reequilibrar o setor.

Especialmente, quando do outro lado da balança encontra-se parte duplamente vulnerável, como se dá no caso de que o confronto é entre empresa de plano de saúde e idoso-consumidor.

O idoso, conforme reza seu Estatuto próprio (Lei n.º 10.741/03), goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral, lhe sendo assegurado, por quaisquer meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental, em condições de liberdade e dignidade (art. 2º do Estatuto do Idoso).

A partir daí se torna obrigação de todos, inclusive do Poder Público, assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida e, conseqüentemente à saúde, para poder se falar em respeito a sua dignidade (art. 3º do Estatuto do Idoso).

O fato é que a aquisição e o acesso aos serviços dos planos de saúde não podem ser dificultados ou impedidos em razão da idade, condição de saúde ou deficiência do consumidor.

Além disso, os locais de venda devem estar aptos a atender a todos os potenciais consumidores ou beneficiários, sem qualquer tipo de restrição em razão da idade ou condição de saúde.

O Estatuto do Idoso, reconhecendo a hipossuficiência dos maiores de sessenta anos, trouxe algumas conseqüências aos planos de assistência à saúde, dentre elas a mudança de faixas etárias estabelecidas nos contratos de prestação de serviços com Operadoras de Planos de Saúde e vedações de reajuste das

mensalidades de planos de assistência à saúde quando o beneficiário possuir 60 (sessenta) anos ou mais.

Significa dizer que aos planos de saúde ficou vedada a discriminação ao idoso, sendo essa caracterizada em caso de cobrança por valores diferenciados em razão da idade (art. 15º, §3º do Estatuto).

O intuito do presente trabalho não é o esgotamento do assunto, mas apenas a exposição do entendimento acerca dos reajustes por faixa etária nos planos de saúde, respeitando assim, a Constituição Federal, o Estatuto do Idoso e o Código de Defesa do Consumidor.

Antes de adentrarmos nas diferenças entre os contratos de planos de saúde antes e após vigência do marco regulatório, cumpre-se realizar uma leve introdução sobre conceitos fulcrais ao desenvolvimento do trabalho.

Primeiramente, há de se adentrar em aspectos tratados pelos planos de saúde e qual a sua contraprestação, para, a partir daí verificar quais as mudanças ocorridas no comparativo anteriormente a Lei n.º 9.656/98 e posteriormente a essa regulamentação, e, por fim, após a vigência do Estatuto do Idoso.

Há de se perquirir que se formaram posições jurisprudenciais antagônicas de interpretação quanto à retroatividade ou não do Estatuto do Idoso para abarcar situações pretéritas a sua vigência.

Além disso, ao se considerar o Código de Defesa do Consumidor como norma de efeitos cogentes, buscar-se-á averiguar se os contratos, ainda que seguindo à risca os regramentos previstos na lei competente estará confrontando princípios expressos neste Código, como a vulnerabilidade, lealdade e não abusividade, especialmente, pela natureza destes contratos ser eminentemente consumerista.

Ainda há princípios constitucionais de grande envergadura que devem estar presentes nessas contratações, à exemplo do princípio da função social do contrato, dignidade da pessoa humana, solidariedade, justiça social e boa-fé nos contratos.

Por fim, se analisará, com base no estudo jurisprudencial e também doutrinário, qual parece ser a posição mais acertada para interpretar cláusulas contratuais que regulam relações entre planos de saúde e consumidores idosos, as quais, muitas vezes, parecem ser abusivas e contrárias à intenção do legislador.

2 O DIREITO À SAÚDE

O direito à saúde passou a ser reconhecido internacionalmente com a aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos pela Organização das Nações Unidas. Momento em que, no Brasil, surgiu a necessidade de reconhecer este direito que foi consagrado expressamente pela Constituição Federal de 1988, a qual preceituou, em seu artigo 196:

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

A norma constitucional implica na afirmação da evolução proposta pelos ditames da justiça social, que impulsionou o surgimento do constitucionalismo social, voltado para a realização do bem comum, reduzindo-se as desigualdades existentes entre as classes mais favorecidas e a massa marginalizada.

A Constituição Federal de 1988 trouxe consigo os fundamentos do Estado Social demonstrando que estes buscam a erradicação das desigualdades e da miséria, promovendo, dessa maneira, o bem estar de todos, e não apenas de uma elite que, por ser detentora do poder econômico, não sofre da mesma maneira as mazelas sociais que assolam a maioria da população menos favorecida economicamente.

2.1 Princípios formadores do Direito Constitucional à Saúde

Diante da constatação da importância do direito à saúde a toda população, a Constituição Federal, no seu art. 196, já delineado, erigiu o acesso à saúde como norma programática, ou seja, de eficácia limitada, a necessitar de lei para delinear seus limites.

Para Raul Machado Horta¹, a Constituição apresenta normas de realização imediata e normas programáticas. As primeiras seriam responsáveis pelo

¹ HORTA, Raul Machado. **Estudos de Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 225.

direcionamento da organização, competência, direitos e deveres, enquanto que as normas programáticas se caracterizam por necessitar de legislação posterior garantindo sua aplicabilidade, apesar de já serem exequíveis desde a sua criação, ou nas palavras do autor:

A norma programática vincula-se a normas constitucionais que estabelece fundamentos, fixam objetivos, declaram princípios e enunciam diretrizes. Nesses casos, o comento da norma programática é exequível por si mesmo, sem necessidade de complementação legislativa ulterior.

O fato é que, dentre as normas programáticas que positivam direitos sociais, o direito à saúde merece maior realce, graças aos constantes debates derivados das ações judiciais que pleiteiam a prestação de serviços públicos na área².

O direito à saúde vincula, portanto, os Poderes Públicos (Legislativo, Executivo e Judiciário), além do que, não pode ser subtraído da Constituição, ainda que por via de emenda constitucional.

Com a norma estabelecida constitucionalmente, a humanidade pôde enfim, afirmar que a saúde é um direito fundamental e que exige o envolvimento do Estado, seja para preservar as liberdades fundamentais, especialmente por meio da eficiente atuação do Poder Judiciário, seja para abolir progressivamente as desigualdades, especialmente planejando e implementando políticas públicas³.

No mesmo entendimento Paulo Alves⁴:

o constituinte foi além de sua proclamação como direito fundamental social, estabelecendo ainda, no artigo 196 da Carta Constitucional, ser a saúde um direito comum a todos e cuja efetivação é obrigação do Estado. Atribui, dessa forma, mesmo que não explícito no texto constitucional, competência concorrente à União, Estados, Municípios e Distrito Federal de modo a promover sua proteção e defesa.

O direito consagrado como pertencente a todos e de obrigação do Estado, teve, para garantir sua consecução, estabelecidos alguns princípios basilares, como

² BENDER, Caroline Dimuro. **A concretização do Direito à Saúde no Contexto do Estado Socioambiental**. IV Mostra de Pesquisa de Pós-Graduação. Programa de Pós Graduação em Direito – Mestrado, PUCRS, 2010, p. 343.

³ DALLARI, Sueli Gandolfi. Direito Sanitário. In ARANHA, Marcio Iorio (Org.) **Direito Sanitário e Saúde Pública**. v. I Coletânea de Textos. Brasília DF: 2003, p. 46.

⁴ ALVES, Paulo Roberto Ramos, et. al. **Do constitucionalismo sanitário ao Estatuto do Idoso: o direito à saúde como aquisição evolutiva e suas formas de efetivação**. RBCEH, Passo Fundo, v. 5, n. 2, p. 141-149, jul./dez. 2008.

da universalidade do atendimento público de saúde, do atendimento integral, e da participação complementar das instituições privadas.

A proposta da universalidade do atendimento público de saúde encontra respaldo especialmente no art. 194, inciso I da CF/88. O princípio reza que a prestação de serviço público de saúde alcance a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país com gratuidade nos serviços através da política pública atribuída ao Sistema Único de Saúde⁵. A intenção é de que o atendimento seja irrestrito a qualquer camada da sociedade, considerando-a, no entanto, como plural e diversa.

Desta forma, cumprir a obrigação de propiciar acesso universal igualitário significa, na medida do possível, considerar a diversidade cultural, social, econômica, geográfica, presente nos indivíduos e grupos destinatários das políticas públicas de saúde, tornando o sistema de fornecimento de bens e serviços pertinentes à saúde capaz de atendê-los.

O segundo princípio constitucional informador que merece comentário neste ponto é a integralidade, prevista no art.198, inciso I da CF/88⁶. O atendimento integral objetiva evitar uma atitude médica fragmentada diante dos pacientes, sendo assim, deve-se buscar a coordenação dos diversos serviços médicos, assistenciais e sociais, sem olvidar da organização administrativa e da cooperação entre as diversas esferas de ação governamental envolvidas no desenvolvimento do sistema único de saúde.

Assim, tanto a universalidade quanto a integralidade requerem racionalização do sistema de serviço, de modo hierarquizado, buscando a articulação de ações de baixa, média e alta complexidade, bem como humanizar os serviços e as ações do Sistema Único de Saúde. No entanto, como é de fácil percepção, infelizmente, o Sistema ainda está longe de concretizar a intenção de suas diretrizes.

O Sistema Único de Saúde (SUS), não consegue ser suficiente para a efetivação do direito à saúde a toda a população⁷. Neste ponto se torna

⁵ Carvalho. G. I. e SANTOS, L. **Sistema Único de Saúde** (Comentários à Lei Orgânica da Saúde, L. 8080/90 e L. 8142/90. São Paulo: HUCITEC, 1995, p. 24.

⁶ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - participação da comunidade.

⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Planos de Saúde**: a busca do STJ pela efetividade dos direitos do consumidor. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp

especialmente importante o terceiro princípio que merece especial reflexão: o princípio da participação complementar das instituições privadas.

2.2 Saúde Complementar *versus* Saúde Suplementar

A saúde complementar integra o SUS, com previsão expressa no art. 199, §1º da CF/88, e permite que o setor privado, com preferência por entidades filantrópicas, integre as ações e rede de serviços de saúde que fazem parte da rede de serviços do SUS. Para tanto o Poder Público impõe certas diretrizes a serem cumpridas com a formalização de um contrato de direito público.

A Lei n.º 8.080/90 é a responsável por regulamentar a saúde complementar, tendo como o objetivo de cumprir o princípio da universalidade e complementar a atenção básica de cumprir o atendimento integral.

Toda a digressão exposta até o presente tem como fulcro apresentar a diferenciação entre a saúde complementar, que busca completar eventuais lacunas impossíveis de serem prestadas pelo SUS na integralização da saúde dos beneficiários, e a saúde suplementar que permeará este estudo.

A saúde suplementar é outra faceta permitida pelo mesmo art. 199, *caput*, da CF/88, apresentado no seu *caput*, o qual permite a iniciativa privada explorar a assistência à saúde. Consente a atuação através de laboratórios, clínicas e hospitais particulares, assim como por meio de planos e seguros privados de assistência à saúde contratados pelos beneficiários destes junto a operadoras de saúde. Ou seja, apenas será prestado o serviço aos que comprovarem possuir renda o suficiente para contratar.

Nas palavras de Francisco Nunes⁸ a divergência entre assistência à saúde complementar e suplementar é a seguinte:

A assistência complementar se dá mediante a atividade de instituições privadas que participam do SUS de forma complementar por meio de contrato de direito público ou convênio, devendo seguir

.area=398&tmp.texto=100499>. Acesso em 07 de fev. de 2014.

⁸ NUNES, Francisco Pizzette. **Pluralismo jurídico e participação popular em saúde: do público ao privado**. Dissertação apresentada no curso de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, abril, 2011, p.156.

as diretrizes do SUS, dentre estas, a participação popular, motivo pelo qual as Conferências e Conselhos de Saúde podem deliberar a respeito das políticas e recursos destinados ao setor complementar. Por outro lado, a assistência suplementar atua através de laboratórios, clínicas e hospitais particulares, assim como por meio de planos e seguros privados de assistência à saúde contratados pelos beneficiários destes junto a operadoras de saúde suplementar, sendo que, diferente da saúde complementar, a saúde suplementar não possui uma vinculação direta com os princípios e diretrizes do SUS, motivo pelo qual, a princípio, a regulamentação e tutela dos interesses do setor não fazem parte da alçada de competência dos Conselhos e Conferências de Saúde.

Em realidade a saúde suplementar tem vinculação à Lei n.º 9.656/98, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, e à Lei n.º 9.961/00, que cria a ANS, além de algumas disposições da Lei n.º 8.080/90, tudo com o objetivo fulcral de preservar o interesse público.

O fato é que, determinados pela difícil situação que atinge o Sistema Público de Saúde atualmente no Brasil, com a grande demanda no setor e a hercúlea tarefa de atender a universalidade da população, vários cidadãos que têm a possibilidade de pagar por um sistema privado de saúde optam por fazê-lo, na expectativa de obter um atendimento melhor ou diferenciado.

Para tanto, os interessados pactuam através de um contrato de adesão com a prestadora de planos de saúde, momento em que se comprometem, por tempo indeterminado, a realizar o pagamento de parcelas que terão aumento gradativo na medida em que o usuário atinja idade mais avançada e que, por consequência, tenha uma maior probabilidade de necessitar com mais frequência dos serviços médicos e ambulatoriais.

Assim, essa parcela da população se apoia na busca pelo atendimento prestado pelos planos de saúde no ideário de conseguir acesso à garantia constitucional à saúde, pagando não raras vezes, com grande esforço as prestações.

Entretanto, passou-se a verificar que as prestadoras de serviço de planos de saúde, com grande frequência, adotam práticas abusivas e desleais em desfavor do beneficiário, conduta esta que não deve ser tolerada e que é passível, inclusive, de demanda coletiva caso seja verificado o rompimento de um direito individual homogêneo, ou seja, que abranja inúmeros beneficiários pelo mesmo fato comum.

Contudo, para poder entender a evolução legislativa dos contratos de plano de saúde, primeiramente há de se adentrar em seu histórico, conforme se segue.

3 OS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE

No caminhar da história, o Direito Romano clássico estruturou o contrato sobre a base de um acordo de vontades a respeito de um mesmo ponto. Ao longo de sua evolução, o direito romano manteve princípios norteadores como a tipicidade dos contratos, além de somente conhecer contratos obrigacionais, geradores de obrigações⁹.

Desde então, daquela época até os códigos modernos houve uma profunda evolução no conceito de contratos, especialmente por trazer a liberdade individual ao centro do sistema jurídico, libertando-o das cargas ritual, simbólica e formalista¹⁰.

Na idade moderna a concepção de contrato passa a ser o acordo de vontade por meio do qual as pessoas formam um vínculo jurídico a que se prendem, justificado pela ideologia individualista dominante na época de sua cristalização e do processo econômico de consolidação do regime capitalista de produção.

Já o Código Civil de 2002, principal instrumento regulador dos contratos brasileiros, se absteve de uma concepção que busca exaurir em si mesmo o conjunto do direito privado brasileiro relativo a matéria.

Conforme ensina Cristiano Chaves¹¹, a pós-modernidade é marcada pela fragmentação, em que o período atual marca a saída de cena do “cidadão comum” e a ênfase da “pessoa”, caracterizada por situações subjetivas existenciais e patrimoniais, ou seja, se valoriza o ser humano individualmente considerado através de leis específicas ou microssistemas que garantam os seus direitos fundamentais com um olhar mais profundo ao real interesse do cidadão, sem, contudo, deixar de lado a pluralização da subjetividade jurídica, em que se observa crescente realce aos direitos coletivos.

No entanto, o Código Civil, apesar de abarcar as obrigações civis e empresariais, exclui a regulação do âmbito de consumo, sendo utilizado apenas em complementariedade na matéria. Incide, então, relativo ao Direito de Consumo um microssistema próprio encabeçado pelo Código de Defesa do Consumidor.

Ademais, sabe-se que o atual direito dos contratos é fortemente caracterizado pelas relações consumeristas. Sendo assim, é com base no Código de

⁹ Para maior detalhamento sobre o tema consultar: FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. vol. 4. 2ª ed. Salvador: Jurispodvum. 2012.

¹⁰ FARIAS, C. C; ROSENVALD. *Op Cit.* p. 52-53.

¹¹ FARIAS, C. C; ROSENVALD. *Idem.* p. 282.

Defesa do Consumidor e apenas subsidiariamente o Código Civil que se deve analisar o conceito de contrato de plano de saúde, essencial para o estudo.

Contrato de plano de saúde é aquele em que uma das partes, a operadora, se obriga frente ao usuário ou consumidor, a promover a cobertura dos riscos de assistência à saúde, mediante a prestação de serviços médicos hospitalares em rede própria, bem como pelo reembolso das despesas efetuadas, ou pagamento direto ao prestador dos serviços em questão (art. 1º, I, da Lei n.º 9.656/98)¹².

Diferente dos contratos comuns, vários princípios do Direito Contratual foram mitigados ou ganharam maior destaque por necessidade de proteger a parte mais vulnerável da relação neste tipo de pacto.

O motivo é simples, a relevância do objeto do pacto e o fato de que trata de um contrato de adesão que limita de sobremaneira a liberdade de um dos polos.

Desta forma, a autonomia da vontade não é mais o princípio de maior relevo na contratação de serviços de planos de saúde, já que a função social do contrato influencia para que se predomine a igualdade entre as partes. De modo que a recusa da prestadora em contratar com determinado consumidor pode ensejar, inclusive, a caracterização de prática abusiva de consumo (art. 39 CDC).

Outro princípio a sofrer abrandamento foi a obrigatoriedade. Anteriormente a obrigatoriedade era regida pelo brocardo *pacta sunt servanda*, prevendo o vínculo entre as partes e o pacto firmado que merecia respeito incontestável, por fazer lei entre os interessados.

A mitigação ocorre em relação aos contratos de plano de saúde porque, infelizmente, o usuário é levado a assinar termos sem o conhecimento adequado, ficando imposto ao interesse da contratada, que seria capaz de abranger apenas as cláusulas que lhe fossem menos onerosas, colocando o usuário em situação de total desamparo. Além do que a evolução da medicina e dos tratamentos ambulatoriais exigem readequações constantes aos termos da avença, motivo pelo qual cabe a legislação e ao operador do direito reestabelecer sempre que preciso a comutatividade entre os contratantes.

Ganhou maior importância o princípio da boa-fé objetiva. Este marca uma cláusula geral de abrangência ampliativa a qual abarca diversos outros institutos. Baseia-se na confiança depositada entre o usuário e a operadora de que a partir de firmado o termo cada qual irá realizar tudo o que foi previamente estabelecido. É

¹²SAMPAIO, Aurisvaldo. **Contratos de Plano de Saúde**. São Paulo, Editora RT, 2010, p. 187.

forma de compelir o abuso do direito dada a cada um dos contratantes. Impede, portanto, a proposição de cláusulas dúbias capazes de abarcar diversas interpretações ou a proibição a vantagens exageradas para um lado da relação.

Além do Código de Defesa do Consumidor, outro instituto que serviu para regulamentar definitivamente os contratos de plano de saúde foi o diploma legal imposto pela Lei n.º 9.656 publicada em 03 de junho de 1998, a qual determinou o marco regulatório.

3.1 Período anterior à Lei n.º 9.656 de 03 de junho de 1998

Por vários anos, a saúde suplementar do país fez parte da vida dos brasileiros sem ter uma regulamentação efetiva, pois não se percebia necessidade de intervenção Estatal pelas características dos prestadores de serviços e dos próprios usuários¹³.

A origem primária dos planos de saúde no Brasil vem desde a fundação das Santas Casas de Misericórdia, instituições vinculadas à Igreja Católica com grave apelo às ações caritativas e filantrópicas.

As Santas Casas, que tinham viés muito mais de amparo do que científico, atuaram como principais prestadoras de serviços hospitalares no país, desde o período colonial, passando pelo Império e República Velha, estendendo-se até o Estado Novo, na primeira metade do século XX¹⁴.

A partir da década de sessenta, o país iniciou o processo de industrialização. Com a instalação das fábricas com a aceleração da urbanização aumentou-se o número de trabalhadores formais, a proliferação de doenças e, por consequência, as instituições hospitalares privadas consolidaram-se como as principais prestadoras de serviço à classe média emergente, tendo os segmentos de planos de saúde sofrido crescimento considerável.

Neste sentido Montone¹⁵:

¹³ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de Direito de saúde suplementar**: manual jurídico de planos e seguros de saúde. São Paulo: MP, 2006, p. 136.

¹⁴BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **ANS**: 10 anos buscando equilíbrio do setor. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/portal/site/_hotsiteANS10anos/apresentacao.html>. Acesso em 20 de jan. 2014.

¹⁵ MONTONE, Januário. **Planos de saúde**: passado e futuro. Rio de Janeiro: Medbook, 2009, p. 21.

As empresas de medicina de grupo e as cooperativas formavam a base inicial do setor, que cresceu a partir da urbanização acelerada dos anos 60, deteriorando ainda mais a já precária assistência pública de saúde, então vinculada ao mercado de trabalho. A entrada no sistema público era assegurada pela carteira de trabalho. A chegada de multinacionais e, depois, o crescimento econômico dos anos 70 marcaram a expansão do setor, uma vez que o atendimento diferenciado na saúde passou a integrar todas as pautas sindicais do Brasil. Categoria forte era a que conseguia um plano de saúde de qualidade e pago integralmente pelo patrão. Para as empresas, oferecer um bom plano de saúde era um diferencial competitivo na atração e manutenção dos melhores empregados.

Durante todo este período, até a entrada em vigor da lei de plano de saúde, ou seja, para os contratos assinados em qualquer momento antes de setembro de 1998, a autonomia privada era a principal reguladora desses contratos. E, por contar com a evidente superioridade das empresas em relação aos usuários, era comum a desigualdade nas obrigações pactuadas.

A verdade é que havia uma verdadeira seleção de riscos e usuários por parte das operadoras, não obstante, os aumentos eram arbitrariamente impostos pelas prestadoras, especialmente quando o usuário atingia determinada idade ou possuía problemas crônicos.

Os obstáculos verificados eram tão injustos que podia ocorrer de o paciente, beneficiário de plano de saúde, precisar ser internado após a carência do plano, e, ainda assim, ter limitados os dias de internações pelo termo contratual. Significava dizer que o consumidor, muitas vezes inconscientemente, podia contratar por determinados dias de internação, ficando os excedentes sob sua responsabilidade, ônus que, em geral, não podia suportar.

Evidente que as escolhas desses riscos pelas prestadoras apresentava flagrante abusividade em detrimento do paciente, o que, invariavelmente findava por ser mitigada pelo judiciário com base do Código de Defesa do Consumidor.

No entanto, havia certas cláusulas que despertavam grande divergência na jurisprudência. Como, por exemplo, os reajustes do plano de saúde. Havia diversos tipos de reajustes, sendo os mais comuns o aumento por sinistralidade, o derivado de reajuste anual e por mudança de faixa etária.

O reajuste de sinistralidade se caracterizava por um aumento imposto pela empresa sob a alegação de que o número de procedimentos e atendimentos cobertos foi maior do que o previsto em determinado período. Durante muito tempo

foi aceito quando o paciente necessitava de atendimentos imprevistos. Atualmente é considerada uma prática ilegal, posto significar uma variação de prestação realizada de modo unilateral, não prevista no contrato e impossível de ser antecipada pelo usuário.

Já o reajuste anual tem por objetivo repor a inflação do período nos contratos de planos de saúde. Mas, a contrário *sensu*, era comum que o valor aplicado fosse bem superior ao devido. Tal fato era possível por meio de condutas desleais impostas nos contratos que traziam expressões vagas e genéricas, como “variações monetárias” e “aumento de acordo com os custos médico-hospitalares”, tornando os aumentos surpresas para o consumidor, tipo de prática que atualmente também se considera ilegal¹⁶.

E, por fim, o reajuste por mudança de faixa etária, tema que merece especial atenção para este trabalho.

Este tipo de reajuste constituía-se de um acréscimo efetuado na mensalidade do plano de saúde, no mês de aniversário do beneficiário, quando este atingia determinada idade.

De forma que os planos de saúde previam em contrato blocos de faixa etária em que cada um correspondia a uma modificação de porcentagem do valor base do plano. Por exemplo, entre as idades de 0 à 17 anos correspondia uma faixa etária e a partir do mês de aniversário de 18 anos do usuário, este passaria a uma outra faixa correspondente a um reajuste de determinada porcentagem.

No entanto, não havia qualquer previsão a cerca da limitação dessas faixas. Os planos de saúde tinham plena liberalidade para estipular quantidade de faixas, porcentagem de aumento e com quantos anos o usuário teria o último reajuste etário.

Isso significava dizer que os planos de saúde poderiam impor aumentos sucessivos aos consumidores derivados de faixas muito próximas, ou ainda, que poderiam, as operadoras, realizar reajustes realmente expressivos, que ultrapassassem 100% do valor do mês anterior. Mas o pior abuso capaz de ser cometido era em virtude da mudança de faixa para 60, 70 ou 80 anos.

¹⁶ Atualmente os reajustes anuais permitidos pelos contratos de planos de saúde são fiscalizados e podem ser acompanhados pelo site da Agência Nacional de Saúde Suplementar: <www.ans.gov.br>.

O mais comum durante o período sem regulamentação era a contratação de planos em que o usuário a partir de 60 anos sofria aumentos derivados de faixa etária incrivelmente superiores a todo o período anterior de contratação.

As operadoras aguardavam que o consumidor pagasse o plano durante toda a sua vida, até que no momento em que mais iria precisar dos benefícios do investimento era coagido a deixar o plano pela impossibilidade de continuar honrando com as prestações. Tratava-se de um evidente abuso de direito, tornando a situação altamente lucrativa para as empresas e insustentável para a população.

3.2 As alterações propostas pela Nova Lei de Planos de Saúde

Após a Constituição de 1988, surgiram as primeiras discussões no Congresso Nacional sobre uma regulamentação efetiva do setor de saúde suplementar determinada pelo art. 197 da CF/88.

Especialmente após a chegada do Plano Real, notadamente graças a estabilização da moeda, foi possível se observar com evidência os abusos cometidos pelos planos de saúde, de forma que a pressão da sociedade por medidas no sentido de conter as condutas desonrosas faz com que, em 1997, se trouxesse a pauta mais uma vez perante o Congresso Nacional.

Não se pode deixar de mencionar que a regulação, via Poder Judiciário, já ocorria desde a vigência da Lei 8.078/90 que estatuiu o Código de Defesa do Consumidor, considerando que referida norma possui inúmeros artigos que possibilitam ao magistrado a intervenção no conteúdo do contrato, com a finalidade de resgatar o equilíbrio nas relações contratuais consumeristas, fato que culminou, inclusive, em Súmula, no ano de 2010, devido ao reiterado entendimento na matéria:

Súmula 469 do STJ: Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde.

Em precedentes que justificaram a Súmula, o Ministro Luis Felipe Salomão dissipou quaisquer dúvidas¹⁷:

¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp 418.572/SP. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, DJe 30/3/2009.

Tratando-se de contrato de plano de saúde de particular, não há dúvidas de que a convenção e as alterações ora analisadas estão submetidas ao regramento do Código de Defesa do Consumidor, ainda que o acordo original tenha sido firmado anteriormente à entrada em vigor, em 1991, dessa lei. Isso ocorre não só pelo CDC ser norma de ordem pública (art. 5º, XXXII, da CF), mas também pelo fato de o plano de assistência médico-hospitalar firmado pelo autor ser um contrato de trato sucessivo, que se renova a cada mensalidade.

Ainda assim, a desvantagem do beneficiário de plano de saúde era marcante em face do poderio das empresas e das amplas possibilidades de burlar a boa-fé objetiva.

Dessarte, era necessária a intervenção do Estado para trazer a equivalência dentro do contrato, pois se demonstrava que a intervenção mínima não era capaz de trazer a justiça social no caso apontado. De modo que, conforme já declinado, surgiu a Lei n.º 9.656 de 03 de junho de 1998, a partir de quando se procurou regulamentar a saúde suplementar no país¹⁸. O setor passou a sofrer, então, intensa transformação, materializando-se por meio da fiscalização proposta pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS)¹⁹.

No novo cenário apresentado pelo marco regulatório, o contrato de plano de saúde toma novos contornos, transmudando-se da determinação unilateral das prestadoras para um contrato de adesão de via dupla, na medida em que as operadoras foram forçadas a proporcionar um conteúdo mínimo a partir de então, ou, na visão de Cláudia Pinho²⁰:

A Lei nº 9.656/98 trouxe coberturas mínimas que um contrato de plano de saúde deveria ter. Assim deslocou o contrato de plano de saúde do campo do negócio jurídico com características de contrato de adesão, onde a operadora e plano de saúde era quem definia o serviço ou procedimento que seria ofertado para o instituto do ato

¹⁸ Ressalta-se que a Medida Provisória 2.177-44/01 trouxe diversas alterações e acréscimos que veio a enriquecer a aplicação da Lei em comento.

¹⁹ Vale constar que a criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) somente ocorre com a vigência da Lei 9.961/00, fazendo com que nos dois primeiros anos de vigência da Lei 9.656/98 a regulação ocorresse por meio da atuação conjunta do Ministério da Fazenda, do Ministério da Saúde, via Secretaria de Assistência à Saúde, e do Departamento de Saúde Suplementar, além da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP). (REZENDE, Paulo Roberto Vogel de. **Os contratos de plano de saúde e seu equilíbrio econômico-financeiro**: mutualismo, cálculo atuarial e o impacto econômico das decisões judiciais. Dissertação (Mestrado). Nova Lima: Faculdade de Direito Milton Campos, 2011. p.33)

²⁰ PINHO, Cláudia A. **A Agência Nacional de Saúde Suplementar**: 10 anos depois do marco regulatório – avanços e desacertos In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de (Coord.). **Direito econômico: evolução e institutos**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 338.

jurídico em sentido estrito, onde a lei é quem dita os direitos e obrigações, só havendo margem para o negócio jurídico, caso a operadora de planos de saúde queira ofertar um *plus* para o seu cliente além das determinações da Lei nº 9.656/98.

Neste sentido cabe demonstrar previsão do art.1º, §1º da Lei de Planos de Saúde:

§ 1º Está subordinada às normas e à fiscalização da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS qualquer modalidade de produto, serviço e contrato que apresente, além da garantia de cobertura financeira de riscos de assistência médica, hospitalar e odontológica, outras características que o diferencie de atividade exclusivamente financeira, tais como:

- a) custeio de despesas;
- b) oferecimento de rede credenciada ou referenciada;
- c) reembolso de despesas;
- d) mecanismos de regulação;
- e) qualquer restrição contratual, técnica ou operacional para a cobertura de procedimentos solicitados por prestador escolhido pelo consumidor; e
- f) vinculação de cobertura financeira à aplicação de conceitos ou critérios médico-assistenciais.

O parágrafo único do art. 16 da Lei prevê ainda, garantindo a informação ao consumidor, a obrigatoriedade de entrega de cópia do contrato com material explicativo, com “linguagem simples e precisa” de todos os seus direitos e obrigações, diminuindo as chances de a prestadora utilizar-se de palavras eruditas e expressões de difícil entendimento para ludibriar e minimizar o direito do usuário.

Vê-se que houve grande avanço em relação aos direitos dos consumidores dos serviços de planos de saúde, ainda que insuficiente.

Primeiramente, a lei não poderia retroagir para atingir o ato jurídico perfeito. Isso significa que os contratos pactuados anteriormente a Lei de Planos de Saúde não teriam adaptação automática, pois embora seja considerado como prestações de trato sucessivo, tal alteração imposta pela lei traria grave insegurança jurídica dos que já vinham contratando há vários anos. Por este motivo se abriu a possibilidade de adaptação dos antigos planos para a nova lei, desde que se adequassem as imposições desta.

Entretantes, por necessitar de revisão dos valores e possivelmente aumento nas prestações, muitos consumidores optaram por não migrar às novas condições.

Para estes consumidores, que sem sombra de dúvidas representam a parte mais frágil da relação contratual, o legislador previu que diversas variações nas contraprestações, a partir de então, estariam sujeitas a regulamentação e autorização prévia da ANS, como foi o caso de aumento para consumidores com mais de sessenta anos de idade e a alegação de doença ou lesão preexistente.

Ademais, ressalvados os casos de manifesto abuso que deverá ser analisado pelo judiciário, a nova lei de planos de saúde não terá influência alguma para estes pactos.

Já os contratantes que optaram por aderir a adaptação do regime, ou que contrataram após a entrada em vigor da Lei n.º 9.656 em setembro de 1998, passaram a ser regidos integralmente por ela.

Para estes usuários, o art. 15 da Lei estabelece que os aumentos de prestações em razão da idade somente poderão ocorrer no caso de previsão expressa no contrato inicial, demonstrando-se desde então os reajustes incidentes em cada uma. Fica a cargo da ANS a autorização dos reajustes e revisões das contraprestações pecuniárias dos planos privados de assistência à saúde, de acordo com parâmetros e diretrizes gerais fixados conjuntamente pelos Ministérios da Fazenda e da Saúde²¹.

Apesar da ressalva proposta pelo parágrafo único do mesmo artigo, que não poderia haver novos reajustes para consumidores com mais de sessenta anos de idade, desde que participantes de contrato de plano de saúde há mais de dez anos, se permitiu espaço ainda muito amplo para as operadoras, pois todo idoso que não possuísse pelo menos dez anos de contrato à época teria que se submeter a aumentos sucessivos derivados de mudança de faixa etária sem quaisquer limitações.

Com isso coube a Resolução do Conselho de Saúde Complementar, CONSU n.º 06/98²², estabelecer sete divisões de faixas etárias, sendo a primeira

²¹ Art. 3º, inciso XVII do Dec. nº 3.327 de 05 de jan de 2000.

²² Art. 1º Para efeito do disposto no artigo 15 de Lei 9.656/98, as variações das contraprestações pecuniárias em razão da idade do usuário e de seus dependentes, obrigatoriamente, deverão ser estabelecidas nos contratos de planos ou seguros privados a assistência à saúde, observando-se as 07 (sete) faixas etárias discriminadas abaixo:

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

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

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

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

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

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

para beneficiários entre 0-17 anos e a última somente quando o interessado atingisse a idade de 70 anos ou mais, sendo este, o último termo para possibilidade de aumentos derivados de faixa etária, qual seja, no mês de aniversário de 70 (setenta) anos do contratante.

Além disto, a norma regulamentar previu que o aumento percebido na última faixa etária não poderia ser superior a seis vezes o valor da primeira faixa²³. Isso significa dizer que ao chegar aos 70 anos, o usuário poderia sofrer um aumento total de até 600% do valor base.

Entrementes, as prestadoras passaram a utilizar as brechas da legislação com grande vivacidade.

Passou-se a verificar um aumento exorbitante concentrado nas últimas faixas. Era evidente que as operadoras de planos de saúde passaram a criar obstáculos para a permanência de consumidores de terceira idade em suas carteiras, através da imposição de altos reajustes por mudança de faixa etária nas últimas possibilidades que a operadora tinha de efetuar aumentos.

O comportamento desleal utilizado pelas empresas ultrapassava as raias da razoabilidade. Sem cessar os usuários adentravam em demandas judiciais tentando discutir a revisão das cláusulas do contrato ao darem-se conta de que ao chegar a “terceira idade” os aumentos do plano de saúde chegavam a 150% de uma só etapa.

Como o regulamento previa que entre a primeira e última faixa só poderia haver o aumento de no máximo 6 vezes, as operadoras passaram a incutir um acréscimo de 5,99 vezes.

O mais interessante é que o contrato redigido de tal forma estava dentro da legalidade estrita, não havia nenhuma afronta à norma e, portanto, era legítimo e passível de cobrança.

Entrementes, tal conduta forçava o idoso de 60 e 70 anos a uma situação vexatória e discriminatória. Ao atingir a tenra idade o usuário era automaticamente excluído do plano porque lhe tornava impossível o pagamento de prestações exorbitantes.

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

²³ BRASIL. Resolução do Conselho de Saúde Suplementar – CONSU n.º 06 de 3 de novembro de 1998. Art. 2º - As operadoras de planos e seguros privados de assistência à saúde poderão adotar por critérios próprios os valores e fatores de acréscimos das contraprestações entre as faixas etárias, desde que o valor fixado para a última faixa etária, não seja superior a seis vezes o valor da primeira faixa etária, obedecidos os parâmetros definidos no Art. 1º desta Resolução.

Sensibilizado com a situação, o legislador viu a necessidade de alterar o panorama legislativo, foi quando surgiu o Estatuto do Idoso com norma específica em relação a modificação por reajuste etário em planos de saúde.

4 O ESTATUTO DO IDOSO E A VEDAÇÃO À DISCRIMINAÇÃO

O Brasil está passando por um processo de modificação do perfil etário de sua população. Tal fato se caracteriza pelo aumento da longevidade dos cidadãos. Atualmente, a expectativa de vida no país vem sendo 71,3 anos para os homens e 78,5 anos para as mulheres. Com a melhoria da qualidade de vida e o avanço da medicina, nos últimos 20 anos, segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o número de idosos no país dobrou. Dentre os dados divulgados se apontou que, em 2060, um quarto da população brasileira será de pessoas com mais de 65 anos²⁴.

Ainda assim, a caminhada pelo reconhecimento do direito dos idosos vem sendo árdua e tormentosa. A própria sistematização jurídica que versava a respeito do tema antes da Constituição de 1988, ainda que esparsa, soia ser preconceituosa. O conceito jurídico que vinha a caracterizar uma pessoa idosa servia como parâmetro unicamente para definir limitações civis, penais ou para a aposentadoria. Até mesmo a Lei n.º 8.842/94, responsável por dispor sobre a Política Nacional do Idoso²⁵, tem um caráter predominantemente previdenciário e apenas propõe objetivos nacionais, sem função alguma de socialização ou integração da pessoa idosa.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 garantiu-se aos idosos os direitos primordiais a manutenção de sua dignidade como pessoa humana, a exemplo da saúde, educação e transporte público. Não obstante, notou-se a padronização da expressão “idoso”²⁶. Apesar de aparentemente simplória, a mera utilização deste termo na Carta Federal retira sua ofensividade, fazendo com que se deixe de lado eufemismos como “melhor idade”, “terceira idade” e afins. A seriedade

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **O STF e os dez anos do Estatuto do Idoso**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=249643>>. Acesso em 12. de out de 2013.

²⁵ A Política Nacional do Idoso, instituída pela Lei n.º. 8.842/94 e regulamentada pelo Dec. n.º. 1.948/96, tem como objetivo assegurar os direitos sociais do idoso, criando condições para promover sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade, nos termos do seu art. 1º.

²⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

§ 1º - Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares.

§ 2º - Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.

dada à nomenclatura traz ponto de partida para reflexões entre os operadores do direito.

Inclusive, de acordo com Elida Seguin: “incluir a proteção do idoso na CRF representou uma evolução, lançou luz sobre o tema e forçou o legislador infraconstitucional a manifestar-se²⁷”.

Pois bem, a partir da década de 1990, com o fortalecimento do Estado Social, surgiram os Estatutos com o objetivo de fortalecer e defender parte da população brasileira menos favorecida ou hipossuficiente. Foi a década marcada pelo surgimento do Estatuto da Criança e do Adolescente, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto dos Torcedores.

A exitosa superação conseguida através destas regulamentações culminou na manutenção da política durante os anos vindouros, neste sentido foi estatuído a Lei Maria da Penha, e, também, o Estatuto do Idoso.

O documento oficial de defesa do idoso foi publicado, de forma pensada, através da Lei n.º 10.741 de 1º de outubro de 2003, no exato dia internacional de homenagem ao idoso. A data foi instituída pela Organização das Nações Unidas em virtude da Assembleia Mundial sobre o Envelhecimento, realizada em 1982, na Áustria. A mesma data foi escolhida para a criação de um dia nacional dedicado aos brasileiros sexagenários²⁸.

Com a entrada em vigor da lei em 1º de janeiro de 2004, os maiores de 60 anos passaram a radical modificação de ter seus direitos transpostos de meras notas de rodapé em artigos doutrinários sobre direitos fundamentais, a real efetivação de pessoas sujeitas de direitos próprios.

Não significa dizer que o idoso seja diferente ou menos importante que as demais pessoas, pelo contrário, o legislador deixou claro que tem direitos iguais aos demais, mas com especial realce a sua dignidade na velhice.

Por este motivo o Estatuto inicia-se confirmando que o sexagenário goza de todos os direitos fundamentais a pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral (art. 2º). O intuito da lei neste ponto é vedar qualquer tipo de discriminação ou supressão em razão da idade. O art. 10 também confirma que é dever do Estado e

²⁷ SEGUIN, Elida. Proteção Legal ao Idoso. In: SEGUIN, Elida (Org.). **O Direito do Idoso**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 37.

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **O STF e os dez anos do Estatuto do Idoso**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=249643>>. Acesso em 12. de out de 2013.

da sociedade garantir-lhes a liberdade, o respeito, a dignidade e todos os direitos civis, sociais e individuais garantidos pela Constituição.

No entanto, para este trabalho, o ponto fulcral do Estatuto reside no art. 15, §3º, o qual estabelece o seguinte: “É vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade”.

A “discriminação do idoso” redigida na norma jurídica trata de diferenciação etária, ocasionada em razão da idade²⁹. Esta é caracterizada por atitude adversa causada por característica específica, neste caso a idade, por rotular os idosos como fracos, dependentes, senis ou doentes.

Com o crescimento deste grupo, sua vulnerabilidade e especialmente pelo fato de que todas as pessoas gostariam de chegar nesta idade com dignidade, além de princípios constitucionais como a solidariedade, o legislador atentou para o fato de que é necessária a elaboração de estratégias sociais que validem o combate ao preconceito, discriminação e estereótipos.

Ora, sendo o envelhecimento uma das principais conquistas da humanidade, este não deve ser visto como um peso para a sociedade, mas uma conquista, não sendo cabível o Estado permitir, portanto, a exploração econômica desmedida dos idosos.

Destarte, a norma que impede a discriminação dos idosos em razão da idade, tem o fulcro de minimizar a incidência do preconceito sobre os idosos, considerando-os como frágeis e com problemas de saúde mais sérios do que os jovens e o conseqüente ato discriminatório de impor reajustes exorbitantes, capaz de fortalecer o conceito pré-estipulado.

Ocorre que, mesmo com a lei que regulamentou os planos de saúde, a possibilidade de aumentos derivados de modificação de faixa etária até os 70 anos de idade do usuário permitia as empresas impor modificações que demonstravam verdadeira discriminação.

Então, a partir de 2004, com a criação do Estatuto do Idoso e a proibição do aumento de mensalidade acima dos 60 anos em razão da idade, coube a ANS regulamentar a padronização das novas faixas etárias de modo a impedir o reajuste a partir dos 60 anos de idade³⁰. Assim, foram criados dez blocos de idade:

²⁹ Para mais sobre o tema ver: QUARESMA, M. L.; FERNANDES, A. A.; CALADO, D. F. **O sentido das Idades da Vida: interrogar a solidão e a dependência**. Lisboa: CESDET, 2004.

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

- I - 0 (zero) a 18 (dezoito) anos;
- II - 19 (dezenove) a 23 (vinte e três) anos;
- III - 24 (vinte e quatro) a 28 (vinte e oito) anos;
- IV - 29 (vinte e nove) a 33 (trinta e três) anos;
- V - 34 (trinta e quatro) a 38 (trinta e oito) anos;
- VI - 39 (trinta e nove) a 43 (quarenta e três) anos;
- VII - 44 (quarenta e quatro) a 48 (quarenta e oito) anos;
- VIII - 49 (quarenta e nove) a 53 (cinquenta e três) anos;
- IX - 54 (cinquenta e quatro) a 58 (cinquenta e oito) anos;
- X - 59 (cinquenta e nove) anos ou mais.

Além disto, manteve-se a mesma orientação de que o valor entre a primeira e a última faixa não poderia superar 600%, mas se acrescentou também que a variação acumulada entre a sétima (inciso VII) e a décima faixas (inciso X) não poderia ser superior a ocorrida entre a primeira (inciso I) e a sétima faixas.

Mais uma vez é notável o nobre interesse legislativo de minimizar a pressão capaz de ser exercida pelos prestadores de planos de saúde nas últimas faixas.

Entretantes, como já era de se esperar, o avanço legislativo não foi suficiente para conter as condutas abusivas por parte das empresas.

Na prática, o que aconteceu foi a antecipação dos reajustes que ocorriam nas faixas entre 60 e 70 anos de idade da Resolução do Conselho de Saúde Complementar, CONSU n.º 06/98, a primeira regulamentação da ANS. Agora estes reajustes passaram a ocorrer nas novas faixas entre 54 e 59 anos de idade, mais uma vez se notou a “expulsão” dos mais velhos das carteiras através das parcelas exorbitantes.

Aumentos comuns observados pela jurisprudência notam parcelas que aumentam cerca de 50% aos 54 anos e 80% no aniversário de 59 anos do contratante.

Infelizmente, a modificação proposta pelo Estatuto por si só não é capaz de conter os abusos que as empresas insistem em praticar. O fato é que a interpretação do contrato de plano de saúde deve ser analisada com base em toda a sua função social e o seu objeto primário, que é a saúde do cidadão.

Ainda assim, mesmo que sozinho o Estatuto do Idoso não seja capaz de driblar quaisquer comportamentos contrários à boa-fé capazes de serem praticadas pelas prestadoras, a sua normatização vem com o fulcro de fortalecer o interesse

³⁰ BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Resolução Normativa – RN nº 63 de 22 de dez. de 2003. Define os limites a serem observados para adoção de variação de preço por faixa etária nos planos privados de assistência à saúde contratados a partir de 1º de janeiro de 2004.

dos idosos-consumidores e junto com os outros institutos e princípios dão forte amparo legislativo para o judiciário resguardar o direito do interessado.

Por este motivo, desde que o Estatuto entrou em vigor estabeleceu-se uma controvérsia quanto a sua aplicabilidade: ele pode ser aplicado aos contratos pactuados antes de sua entrada em vigor, ou somente para os instrumentos assinados depois de 1º de janeiro de 2004.

4.1 A retroação do Estatuto do Idoso

Como é comum no direito, faces da mesma moeda se armam para tentar proteger os seus interesses. No caso vertente os dois lados são fortemente respaldados por motivos razoáveis.

Numa primeira monta tem-se o lado das empresas que prestam serviços de planos de saúde. Para os interessados, o principal argumento jurídico em seu favor é o art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal que rege acerca do direito adquirido e ato jurídico perfeito.

Como é sabido, as leis somente podem produzir efeito sobre atos que se derem depois de sua entrada em vigor³¹. De forma que as empresas se fundam na norma de cunho constitucional para garantir a impossibilidade de modificação do contrato ocorrida pelo Estatuto, que é posterior ao contrato firmado.

Evidente que o interesse das operadoras se justifica pela grande modificação financeira e econômica que será observada, também, caso se aceite a interferência da norma em todos os contratos.

O fato se agrava em relação a possibilidade da desestabilização financeira dessas prestadoras que poderão chegar a falência ou ao encerramento de suas atividades.

Certamente que a “quebra” das empresas não é, sequer de longe, o interesse do legislador ou mesmo dos contratantes, muito pelo contrário, a

³¹ Neste mesmo sentido o art. 6º da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro (LINDB). Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. § 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou. § 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbitrio de outrem.

manutenção de suas atividades estimula a concorrência, além do que a sua saída do mercado apenas iria deixar mais consumidores sem amparo.

Por este motivo, inclusive, a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS opta pela aplicação do Estatuto somente para os contratos firmados após janeiro de 2004³².

No entanto, as jurisprudências dos tribunais de segundo grau têm decisões tanto no sentido da não retroatividade como no sentido oposto.

A grave discordância jurisprudencial a respeito do tema, somado com a relevância do bem discutido levou o Supremo Tribunal Federal a reconhecer a repercussão geral do caso através do Recurso Extraordinário (RE) 630852. O processo foi interposto pela Cooperativa de Serviços de Saúde dos Vales do Taquari e Rio Pardo Ltda. (Unimed), e distribuído originalmente à ministra Ellen Gracie.

A cooperativa médica sustenta que a aplicação do estatuto em contrato de plano de saúde firmado antes de sua entrada em vigor viola o ato jurídico perfeito (artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição). No recurso, a cooperativa questiona acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ-RS) que considerou abusivo o reajuste da mensalidade do plano de saúde quando a consumidora completou 60 anos de idade.

Com a aposentadoria da ministra Ellen Gracie, o recurso foi distribuído à ministra Rosa Weber, que já deferiu o ingresso de várias operadoras para adentrarem na ação na condição de *amicus curiae*.

No entanto, o resultado do referido Recurso ainda não foi julgado, de modo que ainda não se é possível estabelecer uma determinação sobre qual a posição será adotada pela Suprema Corte.

Por outro lado, a tendência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) parece já estar caminhando para a definição, mesma disposição que se espera ser observada pelo Guardião da Constituição. Neste sentido o julgado abaixo transcrito³³:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.
PROCESSUAL CIVIL. REAJUSTE DE MENSALIDADE POR FAIXA

³² Para mais consultar: <<http://www.ans.gov.br/planos-de-saude-e-operadoras/espaco-do-consumidor/reajustes-de-precos-de-planos-de-saude>>.

³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp: 1285591 RS 2011/0242122-3, Relator: Ministro Sidnei Beneti, Data de Julgamento: 22/11/2011, T3 - TERCEIRA TURMA, DJe 02/12/2011.

ETÁRIA. SOBRESTAMENTO. DESNECESSIDADE. RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS NºS 282/STF E 211/STJ. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. LEI Nº 9.656/98. APLICABILIDADE. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA Nº 7/STJ.

1. O recurso especial cuja apreciação esbarre em óbices relativos à sua admissibilidade não merece ter seu julgamento sobrestado em virtude do reconhecimento da repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal.
2. Ausente o prequestionamento de dispositivos apontados como violados no recurso especial, incidem as Súmulas nºs 282/STF e 211/STJ.
3. Não há falar em negativa de prestação jurisdicional se o Tribunal de origem motiva adequadamente sua decisão, solucionando a controvérsia com a aplicação do direito que entende cabível à hipótese.
4. A reforma do julgado demandaria o reexame do contexto fático-probatório dos autos, procedimento vedado na estreita via do recurso especial, a teor da Súmula nº 7/STJ.
5. A orientação jurisprudencial desta Corte é firme no sentido de que é abusiva a cláusula contratual que prevê o reajuste da mensalidade de plano de saúde com base exclusivamente em mudança de faixa etária, sendo irrelevante que o contrato tenha sido celebrado antes da vigência do Estatuto do Idoso, da Lei nº 9.656/98 ou do Código de Defesa do Consumidor.
6. Agravo regimental não provido.

O posicionamento visado pelo STJ, neste caso, arrisca-se dizer, é a melhor interpretação, pois é fidedigno com os princípios contemporâneos do contrato, já demonstrados, além do que reproduz com maior fidelidade o interesse do Estatuto do Idoso.

No entanto, para os idosos que haviam contratado seus planos de saúde antes de 2004, mas que já tinham 60 (sessenta) anos antes da entrada em vigor do Estatuto, o STJ³⁴ não tem considerado a retroatividade. Neste sentido a seguinte ementa³⁵:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE EM DECORRÊNCIA DE MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. ESTATUTO DO IDOSO. VEDADA A DISCRIMINAÇÃO EM RAZÃO DA IDADE. - O Estatuto do Idoso veda a discriminação da pessoa idosa com a cobrança de valores diferenciados em razão da idade

³⁴ Entendimento replicado nos seguintes julgados: AgRg no Ag 978565/RJ, do REsp 989380/RN, do AgRg no REsp 707286/RJ, do AgRg no AgRg no REsp 533539/RS, do REsp 1106557/SP e do AgRg no REsp 325593/RJ.

³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 809329/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/03/2008, DJe 11/04/2008.

(art. 15, § 3º). - **Se o implemento da idade, que confere à pessoa a condição jurídica de idosa, realizou-se sob a égide do Estatuto do Idoso, não estará o consumidor usuário do plano de saúde sujeito ao reajuste estipulado no contrato, por mudança de faixa etária.** - A previsão de reajuste contida na cláusula depende de um elemento básico prescrito na lei e o contrato só poderá operar seus efeitos no tocante à majoração das mensalidades do plano de saúde, quando satisfeita a condição contratual e legal, qual seja, o implemento da idade de 60 anos.- **Enquanto o contratante não atinge o patamar etário preestabelecido, os efeitos da cláusula permanecem condicionados a evento futuro e incerto, não se caracterizando o ato jurídico perfeito, tampouco se configurando o direito adquirido da empresa seguradora, qual seja, de receber os valores de acordo com o reajuste predefinido.** - Apenas como reforço argumentativo, porquanto não prequestionada a matéria jurídica, ressalte-se que o art. 15 da Lei n.º 9.656/98 faculta a variação das contraprestações pecuniárias estabelecidas nos contratos de planos de saúde em razão da idade do consumidor, desde que estejam previstas no contrato inicial as faixas etárias e os percentuais de reajuste incidentes em cada uma delas, conforme normas expedidas pela ANS. No entanto, o próprio parágrafo único do aludido dispositivo legal veda tal variação para consumidores com idade superior a 60 anos. - E mesmo para os contratos celebrados anteriormente à vigência da Lei n.º 9.656/98, qualquer variação na contraprestação pecuniária para consumidores com mais de 60 anos de idade está sujeita à autorização prévia da ANS (art. 35-E da Lei n.º 9.656/98). - Sob tal encadeamento lógico, o consumidor que atingiu a idade de 60 anos, quer seja antes da vigência do Estatuto do Idoso, quer seja a partir de sua vigência (1º de janeiro de 2004), está sempre amparado contra a abusividade de reajustes das mensalidades com base exclusivamente no alçar da idade de 60 anos, pela própria proteção oferecida pela Lei dos Planos de Saúde e, ainda, por efeito reflexo da Constituição Federal que estabelece norma de defesa do idoso no art. 230. - A abusividade na variação das contraprestações pecuniárias deverá ser aferida em cada caso concreto, diante dos elementos que o Tribunal de origem dispuser. - **Por fim, destaque-se que não se está aqui alçando o idoso a condição que o coloque à margem do sistema privado de planos de assistência à saúde, porquanto estará ele sujeito a todo o regramento emanado em lei e decorrente das estipulações em contratos que entabular, ressalvada a constatação de abusividade que, como em qualquer contrato de consumo que busca primordialmente o equilíbrio entre as partes, restará afastada por norma de ordem pública.** Recurso especial não conhecido. (Grifou-se)

A respeitável decisão da terceira turma do Tribunal Superior no ano de 2008, considera que idosos que completaram 60 anos antes da entrada em vigor do Estatuto do Idoso concluíram o termo final para o ajuste, tornando a prestação líquida e exigível havendo, neste caso, o ato jurídico perfeito, que não poderia ser modificado nem mesmo por nova lei.

Neste caso cria-se a seguinte situação: usuários que contrataram o plano de saúde desde antes da vigência da lei, terminariam por pagar prestações maiores do

que os que contrataram posteriormente a esta, pois ainda teriam aumentos sucessivos ao chegar a faixas superiores a de 59 anos de idade.

A consequência é que usuários que contribuíram por menos tempo com o plano de saúde após a reforma legislativa terminariam por pagar menos, pois jamais haveria a possibilidade de aumentos posteriores aos sessenta anos de idade.

Para aqueles interessados será necessária a revisão de seus contratos, caso se faça possível, unicamente com normas como o Código de Defesa do Consumidor.

O fato impõe, não raras vezes, que o idoso seja obrigado a deixar o plano de saúde que pagou durante toda a sua vida por causa das prestações exageradas que os deixam em situação de verdadeiro desamparo.

De toda forma, o entendimento anteriormente esposado por meio de ementa no ano de 2008 continua sendo o igual aos julgados mais recentes³⁶. Tal fato faz presumir que a tendência jurisprudencial do STJ já foi consolidada, restando-se apenas a manifestação do STF a respeito do tema, para enfim, trazer solução ao imbróglio instaurado desde o ano de 2004.

Entretanto, esse posicionamento não deve ser acatado. Aceitar o posicionamento do STJ, implica em impor aos sexagenários à época da entrada em vigor do Estatuto o socorro através de outras formas previstas em lei caso desejem revisar as cláusulas de seus contratos, deixando-os sem o amparo pretendido pelo Estatuto. Evidente que o entendimento implicado afronta o interesse da norma prevista na legislação pátria.

Primeiramente porque há de se perquirir que as normas representadas pelo Estatuto do Idoso, assim como as do Código de Defesa do Consumidor são normas de natureza cogente, ou seja, de ordem pública e aplicação obrigatória, não pode

³⁶ CIVIL E PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA E DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C PERDAS E DANOS. SEGURO SAÚDE. REAJUSTE DE MENSALIDADES EM RAZÃO DE MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. CONTRATO CELEBRADO ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA LEI 9656/98 E DO ESTATUTO DO IDOSO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA E INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. 1. O surgimento de norma cogente (impositiva e de ordem pública), posterior à celebração do contrato de trato sucessivo, como acontece com o [Estatuto do Idoso](#), impõe-lhe aplicação imediata, devendo incidir sobre todas as relações que, em execução contratual, realizarem-se a partir da sua vigência, abarcando os planos de saúde, ainda que firmados anteriormente à vigência do [Estatuto do Idoso](#). 2. O consumidor que atingiu a idade de 60 anos, quer seja antes da vigência do Estatuto do Idoso, quer seja a partir de sua vigência (1º de janeiro de 2004), está sempre amparado contra a abusividade de reajustes das mensalidades dos planos de saúde com base exclusivamente na mudança de faixa etária. 3. Em relação ao reajuste efetivado pela recorrida em período anterior à vigência da norma protetiva do idoso, a análise deve-se dar sob a ótica do [Código de Defesa do Consumidor](#). [...] (REsp 1228904/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/03/2013, DJe 08/03/2013).

então o julgador deixar de afastar a aplicação de cláusula contratual em desacordo com os princípios do Estatuto.

As normas cogentes tratam de classificação de normas através da função que desempenham no ordenamento, em relação a sua força de incidência. As normas imperativas ou cogentes, quando estabelecem comportamentos obrigatórios ou proibidos, não podem ser afastadas pela vontade das partes, diferente das normas dispositivas, que estabelecem comportamentos permitidos, podendo ser afastas pela vontade das partes.

Normas de ordem pública são cogentes e trazem disposições que devem prevalecer ante a vontade das partes, já as normas de ordem privada são dispositivas, podendo deixar de ser cumpridas pelas partes.

Neste sentido Cláudia Marques³⁷:

As normas de ordem pública estabelecem valores básicos e fundamentais de nossa ordem jurídica, são normas de direito privado, mas de forte interesse público, daí serem indisponíveis e inafastáveis através dos contratos.

Ademais, o Código de Defesa do Consumidor foi expressamente considerado norma cogente, porque seu art. 1º informa desde já:

Art. 1º O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.

Por outro lado, o Estatuto do Idoso não traz dicção expressa acerca da força de incidência de suas normas. Entrementes, é de se fazer crer que o Estatuto não é menos importante ou merece menor incidência do que o Código de Defesa do Consumidor. Ambos resguardam interesse público e socialmente indisponíveis. É evidente o caráter imperativo da norma, inderrogável por manifestação das partes.

Desta forma, o Estatuto do Idoso permite até mesmo sua aplicação de ofício pelo julgador, além de impossibilitar, no caso concreto, a alteração das situações jurídicas regulada por ele, ou seja, se houver vinculação em contrato de reajuste após o usuário completar 60 anos de idade, a cláusula deverá ser declarada nula de pleno direito até mesmo de ofício.

³⁷ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 53.

Especificamente em relação aos contratos de planos de saúde, a norma cogente prevista no art. 15, §3º do Estatuto do Idoso, que estabelece a não discriminação ao idoso devido à idade, deve retroagir porque o consumidor, quando contrata um plano de saúde, pactua um serviço contínuo, objetivando a garantia do futuro. O usuário pagará prestações para quando e se houver necessidade de uso esteja protegido pelo contrato.

Até mesmo porque o consumidor estabelece com a operadora de plano de saúde uma relação duradoura, que se estende por anos, num típico contrato de trato sucessivo, em que as prestações vão sendo executadas ao longo de toda relação contratual.

Com a evolução da sociedade, a legislação também tende a se modificar, impossibilitando a estagnação do contrato que versa sobre objeto de interesse social.

Não por este motivo que qualquer lei terá efeito de impor a modificação de contratos, muito pelo contrário, apenas e somente as leis que forem consideradas de ordem pública ou de interesse social. Além do que apenas os contratos que forem caracterizados como de trato sucessivo poderão ter incidência da norma.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A saúde, no Brasil, é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. Tanto é que cabe ao Estado de garantir a saúde aos seus cidadãos através na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

Dentro desse íterim, formou-se um conjunto de ações e serviços de saúde no país, criando-se o Sistema Único de Saúde, que tem por objetivo promover a formulação de política de saúde destinada a agenciar, nos campos econômico e social, a observância do que for necessário para garantir o direito à saúde dos cidadãos.

No entanto, apesar disto, o órgão não é capaz de atender toda a demanda com eficiência.

Por isso a Constituição Federal no seu art. 199 permite que o setor privado atue de forma a complementar o atendimento à população por meio, principalmente, de planos de saúde privados.

No entanto, o setor suplementar, que até o final da década de 90 era regido tão somente pela autonomia privada, passou a mostrar forte de necessidade de regulamentação na medida em que se aumentou o descontentamento dos usuários em razão das práticas abusivas praticadas pelas prestadoras de serviços que não poderiam mais ser toleradas.

Neste sentido, o trabalho cuidou de trazer um breve histórico sobre a saúde suplementar no país que culminou na lei de planos de saúde demonstrando as mudanças ocorridas no comparativo anteriormente a Lei n.º 9.656/98 e posteriormente a essa regulamentação.

Pôde se observar que durante todo período caracterizado até a entrada em vigor da lei havia seleção de riscos e usuários por parte das operadoras, não obstante, os aumentos eram arbitrariamente impostos pelas prestadoras, especialmente quando o usuário atingia determinada idade.

A lei de planos de saúde trouxe aos contratos novos contornos, transformando de uma determinação unilateral das prestadoras para um contrato de adesão de via dupla, na medida em que as operadoras foram forçadas a proporcionar um conteúdo mínimo de cobertura e limites máximos de reajustes.

O entanto, mesmo com a regulamentação verificou-se que os contratos passaram a prever aumentos desproporcionais quando o consumidor atingia determinada idade, a partir dos 60 anos.

Entretantes, o fato é que a Constituição Federal garantiu aos idosos os direitos primordiais a manutenção de sua dignidade como pessoa humana, dentre estes a saúde. O legislador infraconstitucional não poderia ficar silente ao verificar os abusos que vinham sendo cometidos pelas operadoras de planos de saúde ao praticamente expulsar os idosos de suas carteiras quando atingiam idade que passavam a necessitar com mais frequência dos serviços, pois os reajustes em razão da idade dificultavam os pagamentos das parcelas, forçando os consumidores a deixarem o plano.

Por este motivo, verificou-se que o Estatuto do Idoso, Lei nº. 10.741, publicada em 1º de outubro de 2003 proibiu expressamente a discriminação contra os idosos em razão da sua idade, vedando a cobrança de valores diferentes nas mensalidades, impedindo qualquer reajuste aos maiores de 60 anos.

Pode-se notar que a impossibilidade de reajuste a partir dos 60 anos não foi suficiente para impedir o aumento expressivo das parcelas de plano de saúde ao chegar nas últimas faixas etárias dos planos de saúde.

A análise proposta no estudo demonstrou que, mesmo que as operadoras sigam a risca o que foi previsto em lei, ainda há a permissão de aumentos realmente suntuosos trazendo grave prejuízo aos consumidores, principalmente os idosos.

Entretantes, tanto a lei de planos de saúde quanto o Estatuto do Idoso têm suprema importância, pois vêm possibilitando o debate a cerca da discricionariedade permitida às prestadoras, e, ainda, permitem, juntamente com outros institutos, especialmente o Código de Defesa do Consumidor, a reanálise e revisão dos contratos já firmados e as possibilidades de melhoria do setor.

Contudo, longe de estar trazendo o tema a exaustão, ainda há grave controvérsia em relação a possibilidade ou não de retroação do Estatuto do Idoso para abarcar contratos firmados antes do início da vigência de sua lei de origem.

Sustentou-se, apesar das divergências, que o Estatuto do Idoso trata de norma cogente, já que tanto versa sobre interesse de ordem pública como de viés social, devendo abarcar todos os tipos de contrato. Além disto, por ser o plano de saúde um pacto de trato sucessivo não há que se falar em ato jurídico perfeito, pois cada parcela renova o instituto.

Acredita-se que as inúmeras demandas propostas em face do mesmo contrato, ou até mesmo de contratos diversos, mas que derivem do mesmo tema tratado no presente trabalho, devem ser unificadas pelos tribunais na medida de suas possibilidades como demandas coletivas, com o objetivo de dar maior celeridade aos julgamentos e impedir decisões contraditórias, especialmente porque os autores são pessoas com idade avançada e que, por muitas vezes, devido a mora do judiciário, sequer chegam a usufruir das consequências das decisões.

Certamente este entendimento é o que aplaca com maior propriedade os interesses previstos na própria Constituição, à exemplo do princípio da função social do contrato, dignidade da pessoa humana, solidariedade, justiça social e boa-fé nos contratos.

Portanto, evidente que o debate está longe do fim, mas se espera que em breve o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, conforme Recurso Extraordinário a que já foi dada repercussão geral irá confirmar a posição que parece ser mais certada para interpretar cláusulas contratuais que regulam relações entre planos de saúde e consumidores idosos, objetivando primordialmente o interesse dos idosos e consumidores em favor da intenção do legislador.

REFERÊNCIAS

Referências Bibliográficas:

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico** – Existência, validade e eficácia. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BENDER, Caroline Dimuro. **A concretização do Direito à Saúde no Contexto do Estado Socioambiental**. IV Mostra de Pesquisa de Pós-Graduação. Programa de Pós Graduação em Direito – Mestrado, PUCRS, 2010.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BOAS, Marco Antonio Vilas. **Estatuto do idoso comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CARVALHO. G. I. e SANTOS, L. **Sistema Único de Saúde** (Comentários à Lei Orgânica da Saúde, L. 8080/90 e L. 8142/90. São Paulo: HUCITEC, 1995.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Direito Sanitário. In ARANHA, Marcio Iorio (Org.) **Direito Sanitário e Saúde Pública**. v. I Coletânea de Textos. Brasília DF: 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. vol. 4. 2ª ed. Salvador: Jurispodvum. 2012.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de Direito de saúde suplementar**: manual jurídico de planos e seguros de saúde. São Paulo: MP, 2006.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **A Saúde pública na Constituição e as operadoras de planos de saúde**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, nº 6. Bahia: IBDP, maio / 2006.

HORTA, Raul Machado. **Estudos de Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos**: conceito e legitimação para agir. 4ª ed. São Paulo: RT, 1997.

MONTONE, Januário. **Planos de saúde**: passado e futuro. Rio de Janeiro: Medbook, 2009, p. 21.

NUNES, Francisco Pizzette. **Pluralismo jurídico e participação popular em saúde**: do público ao privado. Dissertação apresentada no curso de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, abril, 2011.

PINHO, Cláudia A. **A Agência Nacional de Saúde Suplementar**: 10 anos depois do marco regulatório – avanços e desacertos In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de (Coord.). **Direito econômico: evolução e institutos**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PINHEIRO, Naide Maria (coord.). **Estatuto do Idoso comentado**. Campinas: LZN, 2006.

QUARESMA, M. L.; FERNANDES, A. A.; CALADO, D. F. **O sentido das Idades da Vida: interrogar a solidão e a dependência**. Lisboa: CESDET, 2004.

REZENDE, Paulo Roberto Vogel de. **Os contratos de plano de saúde e seu equilíbrio econômico-financeiro**: mutualismo, cálculo atuarial e o impacto econômico das decisões judiciais. Dissertação (Mestrado). Nova Lima: Faculdade de Direito Milton Campos, 2011.

SAMPAIO, Aurisvaldo. **Contratos de Plano de Saúde**. São Paulo, Editora RT, 2010.

SEGUIN, Elida. **Proteção Legal ao Idoso**. In: SEGUIN, Elida (Org.). **O Direito do Idoso**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

WEICHERT, Marlon Alberto. A saúde como serviço de relevância pública e a ação civil pública em sua defesa. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho; HENRIQUES FILHO, Tarcísio Humberto Parreiras; CAZETTA, Ubiratan. **Ação Civil Pública: 20 anos da Lei 7.347/85**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

Referências de sítios da internet:

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **ANS: 10 anos buscando equilíbrio do setor**. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/portal/site/_hotsiteANS10anos/apresentacao.html>. Acesso em 20 de jan. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **O STF e os dez anos do Estatuto do Idoso**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=249643>>. Acesso em 12. de out de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Aplicação do Estatuto do Idoso a planos de saúde será analisada em repercussão geral**. <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=177572>>. Acesso em 01 de jan. de 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Planos de Saúde: a busca do STJ pela efetividade dos direitos do consumidor**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=100499>. Acesso em 07 de fev. de 2014.

Referências Jurisprudenciais:

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 809329/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/03/2008, DJe 11/04/2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1228904/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/03/2013, DJe 08/03/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp 418.572/SP. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, DJe 30/3/2009.