
CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE E OS DIREITOS DO IDOSO

Guilherme Calmon Nogueira da Gama - Mestre e Doutor em Direito Civil pela UERJ. Professor Associado de Direito Civil da UERJ e Professor Permanente do PPGD da UNESA. Desembargador Federal do TRF da 2a. Região. Conselheiro do CNJ.

Álvaro Andrade Antunes Melo - Membro do Grupo de Pesquisa do PIBIC/UERJ

Marina de Almeida Gussem - Membro do Grupo de Pesquisa do PIBIC/UERJ

Resumo: O artigo objetiva proceder à análise do tema referente aos contratos de plano de saúde e a função social do contrato. Busca-se desenvolver argumentos científicos e parâmetros que permitam solucionar as questões polêmicas.

Palavras-chave: Direito do Consumidor. Função social do contrato. Vulnerabilidade do idoso.

1- INTRODUÇÃO

É evidente a íntima ligação entre a necessidade de se garantir o equilíbrio nas relações contratuais estabelecidas com planos de saúde e a concretização dos direitos fundamentais do idoso. Imprescindível se faz observar que o idoso beneficiário de plano de saúde se mostra duplamente vulnerável perante a seguradora ou operadora. Primeiramente, em razão das dificuldades físicas e psicológicas naturalmente enfrentadas pela idade avançada. Por outro lado, também não se pode deixar de ressaltar que,

como consumidor e aderente, o idoso se mostra novamente vulnerável, levando em consideração sua hipossuficiência técnica, caracterizada pela falta de conhecimento especializado sobre os serviços contratados, sobre os medicamentos e procedimentos necessários para manutenção de sua saúde.

Nesse sentido, conforme se pretende demonstrar no presente trabalho, o ordenamento jurídico brasileiro, para efetiva concretização das normas extraídas da Constituição Federal, demandou grau de especialidade cada vez maior quanto à legislação a reger os contratos de plano de saúde e as questões envolvendo a figura do idoso. Atualmente, dispõem simultaneamente sobre o referido tema o Código de Defesa do Consumidor, a Lei 9.656/98, assim como o Estatuto do Idoso e as Resoluções Normativas editadas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

Diante da pluralidade normativa, os antigos critérios que levavam em conta a cronologia, a especialidade e a hierarquia das normas para resolução de antinomias se tornaram insuficientes e ultrapassados, sendo necessária, para verdadeira efetividade da ordem constitucional brasileira, a compreensão e o uso da técnica denominada “diálogo das fontes”, sobre a qual se destacam as valiosas noções apresentadas pela Professora Cláudia Lima Marques. Entende-se o termo em questão pela necessidade de se extrair uma interpretação harmônica para aplicação simultânea das leis que regem determinado tema. O que se busca é que a aplicação de uma das leis não exclua a aplicação de outra, mas que, pelo contrário, complemente e endosse o sentido de suas normas, objetivando sempre a concretização dos princípios constitucionais da solidariedade e da função social do contrato para promoção do melhor interesse do idoso em equilíbrio com a manutenção das seguradoras e operadoras de planos de saúde.

Merece ainda atenção especial a Lei 9.961/2000 que, como desdobramento da Lei 9.656/98, criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar. A ANS foi denominada a agência reguladora responsável pelo controle e pela fiscalização da atuação das seguradoras e operadoras de planos de saúde. Para desenvolvimento do tema, faz-se necessário entender o sentido do surgimento da referida agência reguladora, a fim de que se compreenda o seu importante desempenho em relação à proteção da figura do beneficiário idoso.

Finalmente, cumpre ressaltar que a análise da relação entre contratos de planos de saúde e os direitos do idoso deve ser feita à luz do princípio da função social do contrato. Sendo assim, imprescindível entender a razão de ser de um contrato de assistência à saúde e seu objetivo maior de viabilizar o acesso aos procedimentos e medicamentos necessários para manutenção da saúde do beneficiário.

2- BREVE EXPOSIÇÃO DA LEGISLAÇÃO SOBRE OS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE

Em um primeiro momento, as relações entre beneficiários e seguradoras de planos de saúde foram regidas pelo Código Civil de 1916. Mencionado diploma legal, porém, sob forte influência da corrente liberal, supervalorizava aspectos patrimoniais e a autonomia da vontade, permitindo com que se consagrasse no ordenamento brasileiro a famosa premissa do Código Civil Francês de que o contrato fazia lei entre as partes, sendo ignorada, no entanto, a existência de eventuais desequilíbrios permeando certas relações contratuais.

Em 1988, o advento da atual Constituição da República Federativa do Brasil trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro um viés mais existencialista, consagrando como valor maior a dignidade da pessoa humana.

A Constituição Federal de 1988, embora preveja como dever dos entes federativos a promoção do direito fundamental à saúde através do Sistema Único de Saúde nos moldes de seu artigo 200, reconhece as limitações do sistema público, de modo a expressamente mencionar, em seu artigo 199, a livre iniciativa privada em relação à assistência à saúde. Depreende-se, portanto, que o fundamento para a existência de pessoas jurídicas de direito privado voltadas à finalidade de operar planos de assistência à saúde é extraído da própria ordem constitucional vigente.

Deve-se ainda ressaltar que, a partir da constatação do notável desequilíbrio existente nas relações consumeristas, em que o consumidor figura como parte vulnerável perante o fornecedor de produtos e serviços, a Constituição Federal de 1988 impõe ao Estado o dever de promover a defesa do consumidor em seu artigo 5º, XXXII, bem como consagra em

seu artigo 170, V, como princípio da ordem econômica, o princípio da defesa do consumidor.

Sendo assim, como desdobramento dos mencionados ditames constitucionais, objetivando reestabelecer o equilíbrio nas relações de consumo, em 11 de setembro de 1990 foi sancionada a Lei nº 8.078, o Código de Defesa do Consumidor.

Durante a maior parte da década de 90 do século XX, o Código de Defesa do Consumidor foi o principal diploma legal que regeu os contratos de planos de saúde, já que o beneficiário se enquadra claramente na definição de consumidor, sendo pessoa que utiliza serviço como destinatário final.

O Código de Defesa do Consumidor mostrou-se um marco importante para defesa dos direitos dos beneficiários nas relações com seguradoras de planos de saúde, tendo atuação eficaz principalmente no que tange à anulação de cláusulas abusivas e à responsabilização por falhas na prestação de serviços.

Os contratos de plano de saúde, porém, por tratarem uma relação tão específica, demandaram uma legislação altamente especializada. Em 03 de junho de 1998, foi sancionada a Lei 9.656 destinada a reger a atuação dos planos privados de assistência à saúde.

A Lei 9.656 trouxe importantes avanços em relação à proteção especial destinada genericamente à figura do consumidor beneficiário de planos de saúde, assim como tentou delimitar questões controvertidas recorrentes e específicas deste tipo de relação, buscando conferir maior estabilidade para as partes contratantes. A referida lei serviu, ainda, como fundamento para a edição da Lei 9.961/2.000, criadora da ANS.

Ainda de grande importância para o tema abordado foi o advento do atual Código Civil, sancionado no ano de 2002, que em harmonia com a Constituição Federal reforçou como princípio maior a permear as relações entre particulares o princípio da dignidade da pessoa humana. Embora não seja o Código Civil norma específica que trate as relações de consumo estabelecidas em contratos de planos de saúde, tampouco a proteção específica aos direitos do idoso, tem o referido diploma legal grande importância para o tema tratado, considerando que trouxe, de forma geral,

para o direito das obrigações e para as relações contratuais o conceito de boa-fé objetiva e de deveres anexos de cooperação e informação, valorizando, ainda, questões existenciais, de maneira a revogar o antigo paradigma patrimonialista do Código Civil de 1916.

Finalmente, com o intuito de concretizar os direitos fundamentais do idoso previstos na Constituição Federal, como desdobramento do princípio constitucional da solidariedade, em outubro de 2003 foi sancionada a Lei 10.741, o Estatuto do Idoso.

O Estatuto do Idoso dispõe sobre questões relativas à proteção dos direitos de cada indivíduo de idade igual ou superior a sessenta anos, estabelecendo normas que buscam a sua inclusão social, reafirmando direitos e programando políticas de ação afirmativa. Desta forma, prescrevem-se meios para que se persiga a igualdade material, uma vez constatada a vulnerabilidade da figura do idoso, entendendo-se a necessidade da discriminação positiva em uma situação em que o tratamento igualitário e indiferente deixaria que se passassem despercebidas graves violações a direitos fundamentais e à própria Constituição Federal.

Nesse sentido, estando o direito à dignidade e à saúde do idoso intimamente ligados a questões envolvendo contratos celebrados com planos de saúde, não poderia o Estatuto do Idoso se abster de prever normas que intensificassem a proteção já garantida à figura do idoso pelo restante da legislação que trata, simultaneamente, este assunto.

A breve apresentação deste elenco normativo, embora não pretenda exaurir as regras, tampouco os princípios, que regem as relações estabelecidas por contratos celebrados entre beneficiários idosos e planos de saúde, permite que se constate a pluralidade de normas que, de forma direta ou indireta, regulam este tipo de vínculo jurídico. Cada lei supramencionada, porém, trata o tema em questão sob uma ótica específica, de forma que, para que se torne possível a sua compatibilização, é de suma importância que se analisem suas particularidades, perseguindo sempre o paradigma do equilíbrio contratual, objetivo comum dos referidos diplomas normativos, diante da percepção da condição de vulnerabilidade especial do beneficiário idoso.

3- TRATAMENTO JURÍDICO ESPECÍFICO À FIGURA DO IDOSO BENEFICIÁRIO DE PLANOS DE SAÚDE

Embora seja o Código de Defesa do Consumidor norma destinada a perseguir o equilíbrio generalizado das relações consumeristas, como já observado anteriormente, foi a única lei em vigor no período de 1991 a 1999 a proporcionar algum tipo de proteção à figura do beneficiário idoso, por ele se encontrar na situação de consumidor.

Importante destacar que a Lei 8.078/90 faz expressa menção, em seu Título II, “Das Infrações Penais”, à figura do idoso, quando em seu art. 76, IV, “b”, considera como causa agravante de pena em crimes praticados contra o consumidor o fato de ser a vítima pessoa de idade superior a sessenta anos.

Deve-se observar ainda que o rol de vítimas listadas no art. 76, IV, “b” abrange, além da figura do idoso, as figuras do operário ou rurícula, da criança, do adolescente e do portador de deficiência. Figuras estas sobre as quais o legislador constatou uma vulnerabilidade maior, garantindo-lhes proteção mais intensa ao atribuir maior responsabilidade penal ao fornecedor de produtos e serviços que pratica uma das ações tipificadas entre os arts. 63 a 74 do Código de Defesa do Consumidor em seu detrimento.

Nesse sentido, a análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro permite constatar vários julgados que, no período entre 11 de março de 1991 – data em que entrou em vigor a Lei 8.078 – e 02 de janeiro de 1999 – quando entrou em vigor a Lei 9.656 – embora sob a égide liberal do Código Civil de 1916, aplicam o Código de Defesa do Consumidor para proteção dos direitos dos beneficiários de planos de saúde de diversas faixas etárias. Nesse contexto, merece destaque a aplicação do art. 51, que anula cláusulas abusivas, assim como do art. 54, § 4º, que determina, sob pena de nulidade, que sejam redigidas de maneira clara e visível as cláusulas, contidas em contratos de adesão, que impliquem restrições de direitos, como se observa nos seguintes julgados:

Civil. Processual. Seguro-saúde. Cláusula limitativa de internação, que pode ser prorrogada a critério da empresa. Sogro de filiada ao plano, nele inscrito como dependente dela, que foi internado para submeter-se à cirurgia de revascularização de membro inferior esquerdo, havendo a Seguradora se recusado a cobrir despesas de

sua internação a partir do dia seguinte, porque haveria ultrapassado o prazo de trinta dias coberto no contrato. (...) Cláusula limitativa que não prevalece ante solicitação formulada por médico do paciente, não podendo a empresa se recusar a cobrir a internação. Não está seu prosseguimento adstrito a juízo exclusivo dela, pois equivaleria à condição potestativa pura, coibida no art. 115 do Código Civil, e a cláusulas abusivas, crivadas de nulidade no Código de Defesa do Consumidor (art. 51, I, IV e IX).¹

Apelação cível. Seguro-saúde. Ressarcimento de despesas médico-hospitalares. Contrato firmado entre a Golden Cross e a Associação de Servidores da UFRJ - ASUR. Estipulação de condições gerais de plano de saúde, para seus associados. Adesão da genitora da autora. Filha que necessita de internação em UTI Neonatal. Seguradora que recusa-se a pagar o período de internação superior a 30 dias. Existência de cláusula contratual expressa exoneratória de cobertura, para prazo excedente. Sentença monocrática declarando a nulidade da cláusula. Recursos. Não é nula a cláusula limitativa de riscos. Inteligência do art. 1460, do Código Civil. Em se tratando, todavia de contrato de adesão, a cláusula que implique em limitação a direito do consumidor tem que ser redigida com destaque. Possibilidade de fácil e imediata compreensão. Circunstância não ocorrente na hipótese. Caso de ineficácia da cláusula, mas não de nulidade. Interpretação do artigo 54, §4º, do Código de Defesa do Consumidor. Provimento parcial do recurso.²

Os julgados do mesmo tribunal, porém, também permitem perceber a insuficiente proteção dada pelo Código de Defesa do Consumidor à figura do idoso e a demanda por legislação que cuidasse especificamente da condição de vulnerabilidade especial da pessoa com idade superior a sessenta anos. A leitura do julgado a seguir, sugere que, embora já percebessem os juízes que a figura do idoso merecia proteção especial, suas decisões, ao lhes garantir a devida proteção, não encontravam fundamento em norma específica positivada:

Agravo de Instrumento, comprovado o “periculum in mora”, ante a impossibilidade de senhora de 85 anos de idade aguardar prazo de carência de plano de assistência médica, mantém-se a liminar; as questões pertinentes ao direito hão de ser objeto de apreciação

¹ RIO DE JANEIRO, Apelação Cível nº 1410/97 – Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça – Relator: Desembargador Luiz Roldão – 07/07/1996

² RIO DE JANEIRO, Apelação Cível nº 2361/97 – Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça – Relator: Desembargador Marcus Faver – 27/05/1997.

nos autos da ação. Recurso desprovido. (...) A avançada idade da agravada, constitui fundamento inafastável para manutenção da liminar, pelo que, indefiro o efeito suspensivo à decisão recorrida; de ordem, comunique-se e solicitem-se as informações.³

Antes de se adentrar na análise das questões relativas à Lei 9.656/98 e suas expressas referências à figura do idoso, é de suma importância o destaque das diversas modificações que sua redação original sofreu por intermédio de Medidas Provisórias. Deve-se reconhecer que, embora tenham as derrogações de variados dispositivos acarretado considerável instabilidade, as mesmas foram imprescindíveis para que se caminhasse em busca da solução de questões delicadas e, conseqüentemente, polêmicas, suscitadas pela mencionada lei como se verá adiante.

Como bem observa a Professora Cláudia Lima Marques⁴, a atual Lei sobre Planos de Saúde se dirige à figura do beneficiário idoso em três momentos, em seus arts. 14, 15 e 35-E.

Conforme os ensinamentos da mencionada jurista, o art. 14, ao declarar a ilegalidade do ato de se impedir o ingresso em planos privados de assistência à saúde em razão de idade ou de se portar deficiência física, expressa uma ação afirmativa no sentido de se promover a inclusão social de figuras vulneráveis, garantindo o direito de contratar em prol da concretização do direito fundamental à saúde. Naturalmente, a posituação da norma em questão foi resultado de consecutivas práticas abusivas de discriminação, sendo certo que, para a efetiva concretização dos direitos individuais e sociais, não basta que o Estado se abstenha e deixe imperar a autonomia da vontade; pelo contrário, em determinados casos deve o Estado atuar positivamente de modo a garantir que a realidade social de fato reflita os ditames constitucionais.

Os arts. 15 e 35-E – conseqüências da Medida Provisória 2.177-44, de 2001 – são, simultaneamente, resultantes e propagadores de enorme controvérsia no que tange à questão do reajuste das mensalidades pagas pelo beneficiário conforme a progressão de sua faixa etária.

³ RIO DE JANEIRO, Agravo de Instrumento nº 34/97 – Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça – Relator: Desembargadora Valéria Maron – 12/05/1997.

⁴ 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**, Ingo Sarlet (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.213-219.

O art. 15 da Lei 9.656/98 prevê que as mensalidades nos contratos de assistência privada à saúde somente poderão variar em razão da idade do consumidor se houver previsão no contrato inicial a respeito das faixas etárias e de seus respectivos percentuais de reajustes incidentes, estando sujeitas à regulamentação da ANS. O mesmo artigo, porém, apresenta uma única ressalva, contida na hipótese do art. 35-E da mesma lei.

Antes de se mencionar o polêmico art. 35-E, no entanto, imprescindível que se trate a regra do parágrafo único do art. 15, que veda qualquer tipo de reajuste decorrente da mudança de faixa etária para consumidores com mais de sessenta anos de idade que tenham estabelecido vínculo contratual com o Plano de Saúde por período superior a dez anos, velando pela manutenção da relação contratual em momento de maior vulnerabilidade do beneficiário, considerando o aumento dos riscos relacionados à necessidade de amparo médico e cuidados à saúde quando atingida a terceira idade.

Finalmente, estabelece o art. 35-E, da Lei de Planos de Saúde, normas relativas aos contratos celebrados em período anterior à sua própria vigência, dentre as quais o condicionamento da aplicação de reajustes ao valor das contraprestações para consumidores idosos a prévia aprovação da ANS e a repactuação de contratos que tenham estabelecido reajustes em função de faixa etária com idade inicial em sessenta anos ou mais, nos termos previstos pelos incisos seguidamente listados.

Alvo de inúmeras modificações realizadas por Medidas Provisórias, muito já se discutiu acerca da constitucionalidade do art. 35-E. Em 21 de agosto de 2003, ao longo do julgamento de Medida Cautelar na ADI nº 1.931, entendendo constituir o art. 35-E ofensa aos institutos do direito adquirido e do ato jurídico perfeito (protegidos pelo art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal) decidiu unanimemente o Supremo Tribunal Federal pela sua aparente inconstitucionalidade, determinando a suspensão de sua eficácia e, conseqüentemente, a não aplicabilidade da lei 9.656/98 a contratos anteriores à sua vigência. No entanto, como já observara o Ministro Nelson Jobim naquela ocasião, "(...) nos casos concretos, as situações previstas nas normas ora reconhecidas como inconstitucionais poderão estar tratadas, validamente, a partir de outras normas eventualmente aplicáveis, como o Código de Defesa do Consumidor, por exemplo".

O Estatuto do Idoso vem, finalmente, positivar o antigo sentimento comum de grande parte da sociedade, atribuindo-lhe fundamento legal, de que é preciso garantir um tratamento especial, um cuidado maior, àqueles que atingem a terceira idade, seja pela fragilidade física, ou pelas dificuldades na adaptação a novos contextos sociais. Prevê a Lei 10.741/03 meios de destacar positivamente a figura do idoso de modo a promover a igualdade material no sentido de garantir a real concretização dos direitos que lhe são inerentes como a toda pessoa humana.

No tocante às relações contratuais estabelecidas com planos privados de assistência à saúde, determina o Estatuto do Idoso, em seu art. 15, § 3º, que as sociedades de seguro saúde estão vedadas a cobrar valores diferenciados em razão da idade. O legislador pretende, com esta norma, garantir que a pessoa de idade igual ou superior a sessenta anos tenha condições de cumprir com as contraprestações estipuladas para que tenha acesso, em momento de maior vulnerabilidade de sua saúde, à cobertura do valor de medicamentos e procedimentos médicos, os quais lhe poderão ser necessários.

4 – NOÇÃO DE DIÁLOGO DAS FONTES

Certamente, o Direito, tal como molda, também é moldado pela realidade social, de forma a portar em sua essência a dinâmica de constantes inovações e reinvenções. Como já mencionado, são diversas as leis que regem simultaneamente as relações entre beneficiários idosos e sociedades de planos de saúde. Dada a complexidade do tema abordado, o legislador se vê na obrigação de atender às intensas demandas sociais para aperfeiçoamento do ordenamento jurídico, acarretando, porém, certa instabilidade com a ocorrência de conflitos intertemporais de leis. Naturalmente, resta ao intérprete a difícil tarefa de determinar o comando adequado a ser extraído a partir dos enunciados conflitantes para aplicação em casos de aparentes antinomias.

Uma teoria mais simplória defenderia que um conflito de leis no tempo implicaria, necessariamente, a exclusão de uma das leis conflitantes do ordenamento jurídico, ou seja, sua revogação, segundo os critérios clássicos da cronologia, da especialidade ou da hierarquia.

Em busca da melhor solução, porém, fez-se imprescindível que se trouxesse para o direito interno brasileiro o conceito proposto por Erik Jayme para resolução de conflitos normativos na área do direito internacional privado que, detectando a tendência pós-moderna à pluralidade normativa, já sustentava na década de 90 que:

*Dès lors que l'on évoque la communication en droit international privé, le phénomène le plus important est le fait que la solution des conflits de lois émerge comme résultat d'un dialogue entre les sources le plus hétérogènes. Les droits de l'homme, les constitutions, les conventions internationales, les systèmes nationaux: toutes ces sources ne s'excluent pas mutuellement; elles parlent l'une à l'autre. Les juges sont tenus de coordonner ces sources en écoutant ce qu'elles disent.*⁵

Nesse sentido, são extremamente valiosas as lições de Cláudia Lima Marques que, ao discorrer sobre o Direito do Consumidor, nos ensina sobre a interpretação que deve ser atribuída à expressão consagrada por Erik Jayme:

*"Diálogo" porque há influências recíprocas, "diálogo" porque há aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção pela fonte prevalente ou mesmo permitindo uma opção por uma das leis em conflito abstrato – uma solução flexível e aberta, de interpenetração, ou mesmo a solução mais favorável ao mais fraco da relação (tratamento diferente dos diferentes)."*⁶

Sob este paradigma, a opção pela solução mais favorável à parte vulnerável encontraria fundamento na própria Constituição Federal.

Ainda com base nos ensinamentos da Professora Cláudia Lima Marques, pode-se compreender como o ordenamento jurídico brasileiro comporta perfeitamente a concepção sobre o diálogo das fontes:

[...] a regra é a do diálogo das fontes, da continuidade das leis especiais e gerais no sistema, pois, segundo o § 1.º do art. 2.º

⁵ JAYME, Erik. Cours General de Droit International privé - Tiré à part du Recueil de Cours. The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1995, p. 259. Ainda que alguém invoque a comunicação em direito internacional privado, o fenômeno mais importante é o fato de que a solução de conflitos de lei surge como o resultado de um diálogo entre as fontes mais dispares. Os direitos, constituições, convenções internacionais, os sistemas nacionais: todas essas fontes não são mutuamente excludentes, elas falam umas com as outras. Os juízes são necessários para coordenar essas fontes, ouvindo o que elas dizem (tradução nossa).

⁶ MARQUES, Cláudia Lima. Manual de Direito do Consumidor. 2ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.89-90.

da LINDB, a lei posterior revogará a anterior somente quando: 1) expressamente o declare; 2) regule inteiramente a matéria de que tratava a anterior; 3) seja com ela incompatível. Esta regra é repetida no § 2.º do art. 2.º da LINDB, que afirma: “A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”. O diálogo das fontes visa preservar a coerência do sistema, utilizando a lei mais benéfica ao vulnerável, de forma a solucionar a antinomia com os valores constitucionais “pro homine” [...]”⁷

Desse modo, fora situações em que ocorrer revogação expressa, regulação integral ou completa incompatibilidade da lei posterior sobre a lei anterior, o intérprete deverá empregar a técnica do diálogo das fontes, permitindo-se aplicar simultaneamente, complementarmente ou subsidiariamente, normas que a princípio seriam conflitantes, extraindo delas um sentido inédito como produto da busca pela coerência do sistema normativo, perseguindo-se sempre a *ratio*, a finalidade a qual justifica a existência de ambas as normas.

Numa primeira avaliação, constata-se um conflito intertemporal entre a Lei 8.078/90, a Lei 9.656/90 e a Lei 10.741/2003, que estão aptas a reger o mesmo tema, no mesmo espaço territorial, embora foquem suas abordagens sob perspectivas diversas. Refutando o paradigma clássico que invocava os critérios da cronologia, da hierarquia e da especialidade para resolução de antinomias, o qual implicaria a derrogação das outras leis por aquela considerada mais adequada, deve-se buscar a aplicação da técnica do diálogo das fontes, de forma a perseguir a *ratio* das referidas leis e permitir que estas se influenciem mutuamente a fim de que se possa extrair a interpretação mais adequada.

Deve-se ainda ressaltar que, ao longo da aplicação da técnica do diálogo das fontes, além das leis conflitantes, é preciso que se considere o ordenamento jurídico brasileiro como um todo, de forma que não se poderão ignorar quaisquer outras regras ou princípios, legais ou constitucionais, em vigência.

A priori, percebe-se que as normas previstas nas referidas leis em aparente conflito podem ser aplicadas cumulativamente e subsidiariamente

⁷ MARQUES, Cláudia Lima. Manual de Direito do Consumidor. 2ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.97-98.

em prol da garantia de uma proteção mais consistente ao consumidor idoso. Nesse sentido, não há dúvidas de que o beneficiário idoso que celebrou contrato com seguradora ou operadora a partir de 01 de janeiro de 2004, estando em vigor tanto o Código de Defesa do Consumidor, como a Lei sobre Planos de Saúde e o Estatuto do Idoso, gozará de plena proteção das referidas leis, sendo considerada, sempre, a interpretação que lhe for mais benéfica.

A dificuldade no diálogo das fontes surge, porém, no momento da aplicação das normas a contratos celebrados em período anterior à vigência das Leis nºs 9.656/98 e 10.741/2003. Nesse sentido, a polêmica se dá, principalmente, no que tange à possibilidade de se conferir efeitos retroativos a uma norma legal, diante da proteção constitucional garantida ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito.

No tocante às especificidades quanto ao tratamento do beneficiário idoso, a questão de maior polêmica envolve o reajuste etário da mensalidade paga a título de contraprestação. O Estatuto do Idoso veda expressamente a diferenciação do valor cobrado pelas sociedades empresárias de planos de saúde para os consumidores idosos. Já a Lei de Planos de Saúde estabelece, em seu art. 15, a possibilidade de variação nas contraprestações pecuniárias cobradas para beneficiários idosos, contanto que haja previsão no contrato inicial das faixas etárias e dos percentuais de ajuste em conformidade com os regulamentos das ANS. Ainda a Lei de Planos de Saúde prescreve, em seu polêmico art. 35-E, cuja eficácia foi suspensão por decisão do STF que, em contratos anteriores à vigência da própria lei, qualquer variação nos valores cobrados a beneficiários idosos estaria sujeita à prévia autorização da ANS, estabelecendo ainda parâmetros para repactuação de contratos que já previam este tipo de reajuste. O Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, nada trata especificamente acerca do tema, porém, prevê, em seu art. 51, IV, a nulidade de cláusulas abusivas, assim como em seu art. 39, X, veda o aumento do preço de produtos e serviços sem justa causa.

Primeiramente, cumpre dissertar sobre a controversa questão da constitucionalidade do art. 35-E. Com a devida vênua ao STF, entende-se, a partir de interpretação segundo a técnica do diálogo das fontes, que o

mencionado dispositivo legal não viola em momento algum os preceitos constitucionais do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, consagrados como cláusula pétrea.

A partir da clássica divisão das modalidades de retroatividade em máxima, média e mínima, a situação levantada pelo art. 35-E, se encaixa perfeitamente no conceito de retroatividade mínima, eis que se trata da aplicação de lei nova a efeitos de contratos anteriores que, estando ainda pendentes, só ocorrerão em momento posterior à sua vigência. Nesse sentido, conforme muito bem observado por Gustavo Tepedino em relação à retroatividade mínima:

*Esse mecanismo não viola direito adquirido, simplesmente pelo fato de que as partes, nos contratos de trato sucessivo ou de execução diferida, limitam-se a ter a expectativa de direito no sentido de que os efeitos contratuais sejam produzidos na forma pactuada, segundo os preceitos legais em vigor no momento de sua produção.*⁸

No entanto, ainda diante da decisão do STF na ADI nº 1.931, entende-se que os contratos celebrados em período anterior à vigência das Leis nºs 9.656/98 e 10.741/2003, deveriam também se sujeitar à norma que veda a variação do valor das contraprestações para beneficiários com idade superior a sessenta anos sem prévia autorização da ANS. Isso porque, utilizando novamente a técnica do diálogo das fontes de modo a permitir um diálogo de reciprocidade entre as normas, tanto o art. 15 da Lei de Planos de Saúde, como o art. 15, § 3º do Estatuto do Idoso, consistem em mera consolidação da correta interpretação a ser adotada quanto ao conteúdo já previsto pelo Código de Defesa do Consumidor, ao decretar a nulidade de cláusulas abusivas e a vedação da variação injustificada aos preços dos serviços prestados.

Por fim, deve-se ainda atentar que, em certas ocasiões, a técnica do diálogo das fontes deverá ser utilizada como fundamento para a ponderação entre os interesses das operadoras de planos de saúde e dos seus beneficiários. Ponderação esta que nem sempre deverá ser realizada pelo Poder Legislativo ou pelo Poder Judiciário, cabendo, em muitos casos, ao Poder Executivo,

⁸ TEPEDINO, Gustavo. A noção de direito adquirido no diálogo de fontes normativas: um ensaio na perspectiva civil-constitucional. In: O Novo Direito Internacional – Estudos em Homenagem ao Professor Erik Jayme, Cláudia Lima Marques e Nadia de Araújo (org.). Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005, p. 131.

através da ANS, a regulação acerca de certas minúcias relacionadas ao tema, que requerem maior conhecimento técnico e céleres atualizações.

Nesse sentido, como bem assevera Paulo Cesar M. de Cunha:

É certo, também, que, na maioria das vezes, os interesses do fornecedor e do consumidor se encontrarão em polos opostos [...]. Ao poder público, no vértice desta relação triangular, caberá a incumbência de ditar regras que, por vezes, poderão inviabilizar os interesses, tanto para o fornecedor, quanto para o consumidor. A meta de uma agência reguladora deve sempre ser voltada para o fato de haver uma independência técnica, no sentido de que não deve haver uma ingerência política. Ela deve buscar um ponto ótimo, equidistante, de conflitos em tensão que atenda aos interesses dos interessados na relação tripartite.⁹

5- AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR

Antes de se adentrar no estudo da ANS e dos contratos de plano de saúde, é importante traçar um paralelo com a forma que o texto constitucional trata o direito à saúde. A Constituição de 88 consagrou à saúde como *política social* – art. 6º, *direito de todos e dever do Estado* – art. 196. Trata-se de política de *relevância pública* – art. 197, parte integrante da *Seguridade Social* – art. 194, devendo ser *financiada por toda a sociedade*, de forma direta e indireta, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios – art. 195, e, §§ 1º e 2º, I, II e III do art. 198, além de contribuições sociais – incisos I, II e III, do art. 195, e outras fontes – art. 198, § 1º, sendo também um direito de aplicabilidade imediata – art. 5º, § 1º.

Como se depreende do texto constitucional, a assistência à saúde, além de direito, constitui um dever do Estado que, juntamente com o direito à vida, integra a própria noção de dignidade da pessoa humana – art. 1º, inciso III, da CF/88. Esse dever prestacional pressupõe a realização de uma atividade pela qual se viabilize a fruição do mesmo. Tal dever abrange, simultaneamente, a consecução de medidas para salvaguarda da saúde,

⁹ CUNHA, Paulo Cesar M. de, Regulamentação Jurídica da Saúde Privada. In: Temas de Direito Médico, Roberto Lauro Lana e Antônio Macena Figueiredo (coord.) Rio de Janeiro: Editora Espaço Jurídico, 2004, p. 529.

bem como a organização de “ações que viabilizem o seu gozo, traduzindo-se também pelo fornecimento direto de serviços e bens materiais aos titulares do direito fundamental”¹⁰.

É dever do Estado tutelar e promover o direito à saúde de seus cidadãos, garantindo políticas sociais e medidas econômicas que visem ao acesso universal e igualitário aos serviços de saúde. Porém, essa função de proteção e promoção do direito à saúde pode pertencer tanto a Administração Pública, ao atuar diretamente na assistência à saúde, ou a terceiros, que têm tal obrigação delegada pelo Estado e devem seguir normas específicas e serem objeto de constante fiscalização - art. 197 da Constituição.

De acordo com Maria Sylvia Di Pietro¹¹, serviço público seria “toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico ou parcialmente público”. Utilizando dessa definição, fica claro que a prestação do serviço de saúde, mesmo quando efetuado por entes privados – como as operadoras de planos de saúde – continua sendo um serviço público, obrigando o prestador a exercer as suas atividades segundo os ditames da Administração Pública. A tudo isso se soma que o fato de a Administração, ao delegar o serviço de saúde, não se exime de suas obrigações, como bem destaca o art. 200, I a VIII da Constituição Federal.

A Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS - foi criada pela lei nº 9.961/90. Trata-se de uma agência reguladora com personalidade jurídica de Direito Público, constituída sob a forma de autarquia e vinculada ao Ministério da Saúde. Sua função, de acordo com o art. 3º da mesma lei, é “promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País”. A mesma lei também estabelece, ao longo do seu art. 4º, diversas competências de tal agência, tais como regular, normatizar e fiscalizar a atuação de toda atividade referente à prestação de assistência suplementar à saúde, trabalhando para incentivar a

¹⁰ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à Saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 65.

¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo/SP: Atlas, 1997, p. 84.

concorrência no mercado de saúde suplementar, fazendo-se diminuir ou excluir os efeitos dos monopólios. Sua relação de trabalho encontra-se sob regime estatutário, com seus agentes regidos pela Lei nº 10.781/04 e dotados de poder de polícia para realizar as devidas fiscalizações.

Apreciados os diplomas legais referentes à matéria, cabe agora o estudo das diferentes formas de atuação da ANS.

A referida agência reguladora se insere nesse contexto como de instrumento da Administração Pública para fiscalizar a atuação dos entes privados – como as Operadoras de planos de saúde – garantindo que os direitos fundamentais dos cidadãos sejam concretizados da melhor forma possível. A ANS disponibiliza em seu sítio eletrônico as diversas formas de atuação, que vão desde publicações de estudos e análise de dados demonstrativos sobre a qualidade das atividades prestadas pelo SUS até a efetiva fiscalização do cumprimento dos contratos de planos de saúde, com uma forte campanha para o aumento do poder regulatório de tal agência.¹²

Uma das imposições referente à ANS foi o ressarcimento ao SUS, no qual a operadora do plano de saúde deverá ressarcir o SUS por todo atendimento que um dos beneficiários do plano receba pelo sistema público de saúde. Isso se deve porque, em tese, se o beneficiário já é assistido pelo plano privado de assistência à saúde, não haveria necessidade de se utilizar de recursos públicos escassos do SUS para seu atendimento, o que explica tal ressarcimento pelas Operadoras.

É possível encontrar também, no supracitado sítio eletrônico, uma lista de programas e ações de tal autarquia, como a qualificação das operadoras que prestam assistência à saúde. Essa qualificação se dá através do IDSS – Índice de Desempenho de Saúde Suplementar – no qual as Operadoras devem enviar diversas informações e indicadores que permitam analisar tanto a situação econômico-financeira da mesma quanto a satisfação do consumidor com os serviços adquiridos. Anualmente, a nota é divulgada para tais Operadoras, podendo variar de 0 a 100.

¹² <http://www.ans.gov.br/acessoainformacao/-acoes-e-programas/1489-lista-de-programas-e-acoes-da-ans>. Acesso em 25 de julho de 2014.

6- FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

A função social é um tema de especial relevância em matéria contratual atualmente, e que surgiu com a edição do Código Civil de 2002, que no seu art. 421 dispõe: “a liberdade de contratar será exercida em razão nos limites da função social do contrato”. A função social do contrato já era estudada e analisada anteriormente ao Código Civil, mas sempre no plano metajurídico ou baseada no Código de Defesa do Consumidor, que correspondia ao papel que o contrato deveria desempenhar como atividade de fomento às trocas e ao comércio como um todo.

Diante desse novo instituto, a doutrina se dividiu para tentar elaborar o conteúdo e o alcance da função social do contrato, dando origem a três principais correntes doutrinárias no Direito Privado brasileiro.

A primeira delas sustenta que a função social do contrato não é dotada de eficácia jurídica autônoma, sendo uma espécie de orientação de política legislativa constitucional, que revela seu significado através de outros institutos que já estão positivados, seja no próprio Código Civil quanto no texto da Constituição – exemplos como resolução do contrato por onerosidade excessiva (CC, art. 478) e simulação como causa de nulidade (CC, art. 167). Tais normas têm seu fundamento na função social do contrato. Essa não parece a melhor interpretação para a noção da função social, justamente porque esvazia todo o seu conteúdo, limitando a sua eficácia apenas a normas já positivadas, além de cometer o equívoco de interpretar os princípios constitucionais em função do Código Civil, quando o Constitucionalismo moderno se direciona justamente em sentido contrário, como consequência do princípio da interpretação conforme à Constituição.

A segunda corrente de pensamento afirma que a função social do contrato expressa o valor social das relações contratuais, enaltecendo a importância destas relações na ordem jurídica. Tal concepção concebe a função social do contrato como forma de reforçar a posição do contratante mesmo em face de terceiros, que teriam a obrigação de respeitar a situação jurídica anteriormente estabelecida pelo contrato – trata-se da “teoria do terceiro cúmplice”. De acordo ainda com essa teoria, o terceiro poderia ser responsabilizado se, conhecendo a existência de contrato anterior, contribui de alguma forma para o descumprimento das obrigações de uma das partes.

Todavia, essa corrente doutrinária peca em diminuir a importância da função social do contrato a um mero instrumento de garantia da posição contratual das partes, sem tecer parâmetros de comportamento e atuação entre as próprias partes no âmbito daquele contrato.

Nesse sentido, como bem assevera o professor Gustavo Tepedino:

*“A função social em última análise, importa na imposição aos contratantes de deveres extracontratuais, socialmente relevantes e tutelados constitucionalmente. Não deve significar, todavia, uma ampliação da proteção dos próprios contratantes, o que amesquinhará a função social do contrato, tornando-a servil a interesses individuais e patrimoniais que, posto legítimos, já se encontram suficientemente tutelados pelo contrato”.*¹³

A terceira corrente, que parece mais acertada, preenche a função social do contrato com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana - art. 1º, inciso III, do valor social da livre iniciativa - art. 1º, IV, e da solidariedade social - art. 3º, inciso I, no qual os contratantes têm a obrigação de perseguirem, além dos próprios interesses individuais, interesses extracontratuais socialmente úteis e relevantes, principalmente aqueles que dizem respeito a direitos fundamentais, que possam de alguma forma se relacionar ou até mesmo serem atingidos pelo contrato.¹⁴

Tendo em mente a presente definição de função social dos contratos, podemos estudar a fundo as disposições dos contratos de plano e seguro-saúde, analisando a forma que se dá a sua função social.

7- FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE

Ainda que a Constituição Federal tenha facultado aos particulares a assistência complementar à saúde, não têm os planos e operadoras de saúde a mesma liberdade contratual que existe em outros contratos, uma vez que tal a essencialidade do direito à saúde e a série de restrições que o ordenamento impõe – tanto a nível de regulamentos até proteção

¹³ TEPEDINO, Gustavo. Novos princípios contratuais e a teoria da confiança: a exegese da cláusula do the Best knowledge of the Sellers, in Temas do Direito Civil, t. 2, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.251, nota 14.

¹⁴ TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002, In: Temas de direito civil, t. 2, cit. p. 20.

constitucional – impedem que os entes privados fixem preços abusivos, que onerem demais o usuário. Assim, pode-se dizer que a ANS tem o papel de fiscalizar o correto cumprimento da função social do contrato de plano de saúde, garantindo ao segurado todo o tratamento necessário, assegurando uma vida com dignidade, no que diz respeito ao procedimento de combate à enfermidade sofrida. Essa série de obrigações não torna a assistência particular à saúde um negócio gratuito, mas demonstra que essa atividade não visa primordialmente a aferição de lucro, o que obriga ao particular que, caso queira investir seu dinheiro em alguma área de alta lucratividade como prioridade de sua atividade, que procure outra área para investimento.

Os contratos de planos de saúde são contratos de cooperação e solidariedade, cuja essência é justamente o vínculo recíproco de cooperação, de interdependência de cada um de seus participantes, que têm consciência da necessidade de direcionar-se para o mesmo fim, apoiando um ao outro na busca pela realização do contrato. A solidariedade deve estar presente não só enquanto mutualidade, mas também enquanto cooperação com os mais velhos, oferecendo possibilidade de acesso por esses vulneráveis ao sistema suplementar de saúde e garantindo uma divisão paradigmático-objetiva da sinistralidade, e não subjetiva¹⁵.

Tratam-se também, conforme ensina Cláudia Lima, de contratos cativos de longa duração, pois envolvem por muitos anos um fornecedor e um consumidor, com uma finalidade em comum: assegurar para o consumidor o tratamento e ajudá-lo a suportar os riscos futuros envolvendo à saúde deste, de sua família, dependentes ou beneficiários.

Aqui está presente um elemento moral dos contratos, que é o princípio da boa-fé objetiva, já consagrado em precedente do STJ, no qual “impõe aos contratantes, desde o aperfeiçoamento do ajuste até sua execução, um comportamento de lealdade recíproca, de modo a que cada um deles contribua efetivamente para o atendimento das legítimas expectativas do outro, sem causar lesão ou impingir desvantagem excessiva¹⁶”.

Na ocasião, a ministra Nancy Andrighi afirmou que, se uma pessoa contribui

¹⁵ MARQUES, Cláudia Lima. Manual de Direito do Consumidor. 2ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.207-209.

¹⁶ BRASIL, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1378703 – Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça – Relator: Ministro Sidnei Beneti

para um seguro-saúde por longo tempo, durante toda a sua juventude, colaborando sempre para o equilíbrio da carteira, não é razoável, do ponto de vista jurídico, social e moral, que em idade avançada ela seja tratada como novo consumidor. “Tal postura é flagrantemente violadora do princípio da boa-fé objetiva, em seu sentido de proteção à confiança”, afirmou.

A vulnerabilidade e a solidariedade são dois fatores principais dos contratos de plano de saúde. A solidariedade é um fator ligado justamente à idade dos consumidores. O grupo de segurados ou de consumidores presentes no plano se une, em mutualidade, pois expostas aos mesmos perigos, unem-se para organizar uma espécie de fundo gerado pelo fornecedor que organiza uma cadeia de prestadores de saúde ou reembolsa despesas de saúde e gere as verbas. Para garantir que poderão manter-se no sistema, apesar de aposentados e mais propícios a doenças comuns da idade avançada, os consumidores ligam-se ao sistema ainda quando jovens e por muito tempo contribuem para o sistema, devendo os cálculos do fornecedor assegurarem que os mais novos poderão sustentar no sistema aqueles com maior sinistralidade. Só deve ser possível o aumento ou reajuste geral por faixas que não seja objetivo, específico ou por sinistralidade, e sim um aumento do risco abstrato de doenças.

Os contratos de plano de saúde são, portanto, de alta catividade: com o avançar da idade do consumidor, com novas contribuições feitas 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. Há, então, um dever de boa-fé no sentido de cooperar para a manutenção do vínculo contratual e de respeito a vulnerabilidade do idoso contratante. Vide jurisprudência abaixo.

Ementa: CIVIL. Seguro Saúde. Plano de Assistência Médico – Hospital. Resilição Unilateral. 1. Constitui abuso do exercício de direito, após manter o contrato de assistência médico-hospitalar por largos aos, invocar cláusula contratual e resili-lo, justamente no momento em que o segurado, por sua idade avançada, mais carece da cobertura. 2. Apelação Provida.¹⁷

¹⁷ RIO GRANDE DO SUL, Apelação Cível Nº 596177501, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça, Relator: Décio Antônio Erpen, Julgado em 26/11/1996.

Portanto, a catividade típica dos contratos de plano de saúde gera uma vulnerabilidade especial, que obriga um tratamento legislativo diferenciado para o assunto, no qual são consideradas abusivas as cláusulas de fim de vínculo e de aumentos arbitrários face à faixa etária.

A função social do contrato de plano de saúde é recorrentemente utilizada pelos tribunais, como se pode observar nos julgados transcritos a seguir.

*EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, embargante pretende rediscutir a decisão, afirmando que a obrigação de assistência plena à saúde é do Estado. A função social do contrato de plano de saúde impõe à seguradora o dever de cobertura de todas as doenças e procedimentos, não podendo cobrir aqueles menos custosos e negar atendimento aos mais custosos Não há qualquer violação ao princípio da legalidade em vista de seu sopesamento com a função social do contrato. Embargos rejeitados.*¹⁸

*PLANO DE SAÚDE. Recusa indevida de cobertura para procedimento prescrito por médico cooperado. Negativa de cobertura que implicaria quebra do sinalagma do contrato, pois o prêmio seria pago sem a correspondente cobertura de sinistro - Ilícitude da exclusão contratual da cobertura para o procedimento cirúrgico com uso de bisturi harmônico - Forma especial de cirurgia, com diversas vantagens, tanto para a paciente quanto para a cooperativa - Exclusão contratual da cobertura que afrontaria a própria função social do contrato de plano de saúde, impedindo o acesso da segurada ao tratamento de moléstia coberta pelo contrato. Método cirúrgico recomendado pelo profissional que assiste a paciente. Dano Moral. Inocorrência. Dissabor que não atinge o patamar do dano moral indenizável. Ação parcialmente procedente. Recursos improvidos.*¹⁹

Cabe, todavia, buscar uma definição da função social do contrato de plano de saúde, com vistas a aplicar tal conceito de uma forma científica e que busque o melhor equilíbrio entre os direitos dos consumidores vulneráveis do plano – dando ênfase aos idosos, que são ainda mais vulneráveis que os consumidores comuns – e as próprias operadoras de plano.

¹⁸ SÃO PAULO, TJ - ED: 1044002720078260000 SP 0104400-27.2007.8.26.0000, Relator: José Carlos Ferreira Alves, Data de Julgamento: 04/09/2012, 2ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 06/09/2012

¹⁹ SÃO PAULO, TJ - APL: 16314520118260114 SP 0001631-45.2011.8.26.0114, Relator: Francisco Loureiro, Data de Julgamento: 25/10/2012, 6ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 27/10/2012

Conforme já dito anteriormente, os contratantes têm a obrigação de perseguirem, além dos próprios interesses individuais, interesses extracontratuais socialmente úteis e relevantes, principalmente aqueles que dizem respeito a direitos fundamentais, que possam de alguma forma se relacionar ou até mesmo serem atingidos pelo contrato. A função social do contrato de planos de saúde, ao ser vista sob uma ótica de proteção ao direito dos idosos, busca protegê-los de cláusulas arbitrárias, que violam sua expectativa legítima de serem atendidos pelo plano, terem suas sinistralidades cobertas e garantindo segurança e tranquilidade ao longo – já que é um contrato de grande catividade – e principalmente, no final de sua vida. Por outro lado, é importante também levar em consideração à saúde econômico-financeira das Operadoras de planos, que frequentemente têm seus orçamentos abalados por várias sentenças judiciais determinando o cumprimento da prestação de um tratamento caro e específico, que por vezes não está expressamente previsto no contrato.

Não se trata aqui de proteger um desproporcional “direito à lucratividade” no setor da saúde, mas sim encontrar um meio-termo, que seja este capaz de garantir a efetividade dos direitos dos idosos, que são vulneráveis frente às Operadoras de Planos de saúde -seja por intervenção direta ou por regulação da ANS - e oferecer espaço para a atuação da iniciativa privada, uma vez que a atuação exageradamente garantista do Poder Judiciário (judicialização da saúde) pode ameaçar o mercado, afastando possíveis novas sociedades que poderiam prestar serviços melhores e mais competitivos, o que a médio e longo prazo prejudicaria apenas os próprios consumidores. Todo contrato possui uma função social, e não função assistencial – essa sim deverá ser prestada pelo Estado, que possui outros meios para tal.

No caso, a melhor saída para uma aplicação desse princípio no caso concreto é analisar se aquela enfermidade específica, que não estava coberta pelo plano de saúde: a) pode ter seu tratamento coberto sem por em risco a própria segurança do sistema (evitando assim tratamentos de valores astronômicos); b) se o número de casos idênticos ou semelhantes àquele for baixo (já que seriam poucos os indivíduos portadores de tal enfermidade); c) o quão grave aquela enfermidade afeta a dignidade da pessoa que vier a contratar o plano.

Não restam dúvidas de que a função social do contrato nos planos de saúde é um instrumento importante para a proteção e concretização do direito fundamental à saúde, justifica o estudo sobre o tema e implica numa conceituação e boa aplicação pelo Poder Judiciário e pelas próprias Operadoras e Usuários, de forma que todos possam alcançar seus objetivos – seja a lucratividade para um e a segurança na vida para outro – da melhor forma possível, respeitando todos os relevantes valores da nossa Constituição.

8- CONCLUSÃO

Em prol da concretização do princípio da dignidade da pessoa humana e da garantia constitucional ao direito fundamental à saúde, a figura do idoso, como beneficiário em contratos de plano de saúde, faz jus à proteção especial por sua acentuada vulnerabilidade.

Com esta constatação, o ordenamento jurídico pátrio comporta um amplo elenco de normas constitucionais, legais e infralegais, que dispõem, genérica ou especificamente, acerca do tema, proporcionando diversas garantias ao beneficiário idoso em busca da manutenção do equilíbrio contratual.

Nesse contexto, é de suma importância a aplicação da técnica do diálogo das fontes a fim de que as normas definidoras de garantias sejam interpretadas harmonicamente, de forma a se construir uma proteção devidamente consistente à figura do beneficiário idoso.

Além disso, é importante ressaltar a importância de uma atuação séria da ANS e uma boa regulamentação dos contratos de plano de saúde, de forma que os direitos dos beneficiários idosos sejam preservados nas relações com as Operadoras de Plano de Saúde, garantindo a fruição do direito fundamental à Saúde e à Segurança na fase final da vida de todas as pessoas humanas.

Abstract: The paper aims to analyse the theme related to health care contracts and the social function of agreements. It seeks to develop scientific statements and parameters to solve controversial issues.

Key words: Consumer Law. Social function of contract. Vulnerability of the elderly.

REFERÊNCIAS

- BRASIL, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1378703 – Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça – Relator: Ministro Sidnei Beneti
- CUNHA, Paulo Cesar M. de, Regulamentação Jurídica da Saúde Privada. In: Temas de Direito Médico, Roberto Lauro Lana e Antônio Macena Figueiredo (coord.) Rio de Janeiro: Editora Espaço Jurídico, 2004.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella . Direito Administrativo. 8. ed. São Paulo/SP: Atlas, 1997.
- FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Direito Fundamental à Saúde. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- <http://www.ans.gov.br/acessoainformacao/-acoes-e-programas/1489-lista-de-programas-e-acoes-da-ans>. Acesso em 25 de julho de 2014.
- JAYME, Erik. Cours General de Droit International privé - Tiré à part du Recueil de Cours. The Hague/ Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1995.
- 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, Ingo Sarlet (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- MARQUES, Cláudia Lima. Manual de Direito do Consumidor. 2ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- SÃO PAULO, TJ - ED: 1044002720078260000 SP 0104400-27.2007.8.26.0000, Relator: José Carlos Ferreira Alves, Data de Julgamento: 04/09/2012, 2ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 06/09/2012
- SÃO PAULO, TJ - APL: 16314520118260114 SP 0001631-45.2011.8.26.0114, Relator: Francisco Loureiro, Data de Julgamento: 25/10/2012, 6ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 27/10/2012
- RIO DE JANEIRO, Apelação Cível nº 1410/97 – Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça – Relator: Desembargador Luiz Roldão – 07/07/1996
- RIO DE JANEIRO, Apelação Cível nº 2361/97 – Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça – Relator: Desembargador Marcus Faver – 27/05/1997.
- RIO DE JANEIRO, Agravo de Instrumento nº 34/97 – Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça – Relator: Desembargadora Valéria Maron – 12/05/1997.
- RIO GRANDE DO SUL, Apelação Cível Nº 596177501, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça, Relator: Décio Antônio Erpen, Julgado em 26/11/1996.
- TEPEDINO, Gustavo. A noção de direito adquirido no diálogo de fontes normativas: um ensaio na perspectiva civil-constitucional. In: O Novo Direito Internacional – Estudos

em Homenagem ao Professor Erik Jayme, Cláudia Lima Marques e Nadia de Araújo (org.). Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005..

TEPEDINO, Gustavo. Novos princípios contratuais e a teoria da confiança: a exegese da cláusula do the Best knowledge of the Sellers, in Temas do Direito Civil, t. 2, Rio de Janeiro: Renovar, 2006..