

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO**

**A HIPERVULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR IDOSO:
Uma análise da publicidade enganosa praticada pelas operadoras de planos de saúde.**

GIOVANNA DE ARAUJO SAROLDI

**RIO DE JANEIRO
2017/ 2º SEMESTRE**

GIOVANNA DE ARAUJO SAROLDI

A HIPERVULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR IDOSO:

Uma análise da publicidade enganosa praticada pelos planos de saúde.

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Dra. Fabiana Rodrigues Barletta**

RIO DE JANEIRO
2017/ 2º SEMESTRE

GIOVANNA DE ARAUJO SAROLDI

**A HIPERVULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR IDOSO:
Uma análise da publicidade enganosa praticada pelos planos de saúde.**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Dra. Fabiana Rodrigues Barletta**

Data da Aprovação: ____/____/____.

Banca Examinadora:

Professora Dra. Fabiana Rodrigues Barletta

Membro da Banca

Membro da Banca

**RIO DE JANEIRO
2017/2º SEMESTRE**

AGRADECIMENTOS

À professora Fabiana Barletta pela orientação no presente trabalho e por ser inspiração no estudo da pessoa idosa.

DEDICATÓRIA

Dedico a conclusão da minha graduação ao meu avô José Maria, a quem devo a inspiração para este trabalho e a preocupação com os idosos. Espero que, onde estiver, esteja orgulho da neta querida e da realização desse sonho que sempre foi nosso.

À minha mãe Maria José, minha melhor amiga, minha guerreira, meu exemplo de força, determinação e inteligência. Espero que eu possa ser metade da pessoa incrível que você é. Obrigada por investir nos meus sonhos e acreditar tanto em mim. Não tenho palavras para agradecer todo o apoio incondicional em todos os momentos da minha vida. Que eu possa um dia te retribuir por tudo e te dar o mundo.

RESUMO

Os avanços tecnológicos e a padronização dos contratos de consumo vêm trazendo prejuízos ao consumidor idoso, alvo de constante publicidade enganosa praticada pelas operadoras privadas de assistência à saúde. Isso porque estas não cumprem com seu dever de informação, visando exclusivamente ao lucro e deixando os consumidores alijados da cobertura assistencial, o que intensifica a fragilidade destes na relação consumerista. Nesse aspecto, é necessário destacar que o consumidor idoso enquadra-se na categoria de hipervulnerável, não só em razão da idade avançada, como também pela dificuldade de acesso a seus direitos. Assim, tendo em vista que o objeto desse tipo de contrato consiste no direito fundamental à saúde, cuja efetivação proporciona uma vida digna, é necessário evidenciar o papel da ANS como agência reguladora, que deve atuar para coibir os abusos praticados pelas fornecedoras de planos de saúde.

PALAVRAS-CHAVE: consumidor idoso; publicidade enganosa; hipervulnerabilidade; planos de saúde.

ABSTRACT

Technological advances and the standardization of consumer contracts have been causing losses to the elderly consumer, the target of constant misleading advertising practiced by private health care operators. This is because they do not comply with their duty of information, aiming exclusively at the profit and leaving consumers out of the care coverage, which intensifies their fragility in the consumer relationship. In this aspect, it should be pointed out that the elderly consumer falls into the hypervulnerable category, not only because of old age, but also because of the difficulty of accessing their rights. In view of the fact that the object of this type of contract is the fundamental right to health, which implementation provides a dignified life, it is necessary to highlight the role of the ANS as a regulatory agency, that must act to curb the abuses committed by the providers of health insurance.

KEY-WORDS: elderly consumer; misleading advertising; hypervulnerable; health insurance.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO 1: O DIREITO DO CONSUMIDOR.....	10
1.1. O conceito de consumidor.....	15
1.2. A fragilidade na relação de consumo à luz do Código de Defesa do Consumidor	20
CAPÍTULO 2: O DIREITO À SAÚDE DA PESSOA IDOSA	24
2.1. A identificação do idoso.....	27
2.2. As diretrizes do Estatuto do Idoso.....	28
2.3. A hipervulnerabilidade do consumidor idoso nos contratos de planos de saúde	30
CAPÍTULO 3: A PUBLICIDADE ENGANOSA E OS PLANOS DE SAÚDE	36
3.1. Conceito de publicidade.....	36
3.1.2 A publicidade enganosa	41
CAPÍTULO 4: OS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE DESTINADOS À PESSOA IDOSA..	45
4.1. Análise da publicidade enganosa praticada pelas operadoras privadas: abrangência da cobertura	54
CAPÍTULO 5: O PAPEL DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE.....	65
CONCLUSÃO	72
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	75

INTRODUÇÃO

A presente monografia terá como objeto de estudo a avaliação da hipervulnerabilidade do consumidor idoso no sistema privado de saúde, à luz da legislação vigente, a partir do estudo da publicidade enganosa praticada pelos planos de saúde.

A escolha do tema deve-se pela importância de se discutir os direitos dos idosos, já que foi preciso criar uma lei especial (Lei nº 10.741/2003) a fim de garantir um tratamento igualitário, tendo em vista que, muitas vezes, são mantidos à margem da sociedade. Atualmente, eles fazem jus à proteção integral e à tutela prioritária, tendo, portanto, preferência na efetivação de direitos fundamentais.

Será abordado o serviço de saúde por ser uma das maiores demandas colocadas pela terceira idade, principalmente pelas pessoas hipossuficientes, que não possuem condições de arcar com os altos custos dos planos de saúde, remédios, tratamentos, exames, operações, entre outros.

Assim, o presente trabalho busca analisar o direito à saúde, direito fundamental, à luz do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) e do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03), com foco na publicidade enganosa praticada pelas operadoras de planos de saúde em relação à abrangência da cobertura prevista no contrato, ressaltando a prevalência da preservação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Tal prática é recorrente diante da condição de hipervulnerabilidade do consumidor idoso, que detém, além da vulnerabilidade inerente ao consumidor, o caráter vulnerável decorrente da idade avançada e das condições de vida, o que fica ainda mais latente quando tratamos de pessoas de baixa renda, que compõem número expressivo na sociedade.

A relevância do tema relaciona-se com o fato de que a pessoa idosa ocupa uma faixa etária de risco, utilizando com maior frequência os serviços previstos no contrato estudado, ficando refém dos abusos praticados pelo agente que atua no mercado com o intuito de alcançar seu interesse patrimonial. Caracteriza-se, assim, ameaça ao direito fundamental à saúde dos consumidores hipervulneráveis.

Portanto, será realizado um estudo do tratamento legal que é dado à pessoa idosa quando integra a relação de consumo, bem como das características que a doutrina atribui à condição de hipervulnerabilidade do consumidor idoso na contratação dos planos de saúde.

Em seguida, será estudada a publicidade, com enfoque na enganosidade praticada pelas operadoras privadas de assistência à saúde. Após, será analisada a definição dos contratos de assistência à saúde prestados pela iniciativa privada, verificando o tratamento que é dado pelo Código de Defesa do Consumidor e pela Lei nº 9.656/98, que dispõe sobre os planos de saúde, com base, principalmente, na boa-fé objetiva como dever de informar adequadamente o consumidor, tendo em vista que a lei especial na tutela das relações de consumo é aplicada prioritariamente.

Assim, será examinada a atuação das operadoras nesses negócios jurídicos, verificando as violações às leis mencionadas, especialmente no que tange ao artigo 6º, inciso IV, da Lei nº 8.078/90, que trata a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva como direito básico do consumidor.

Tendo em vista a condição de hipervulnerabilidade do consumidor idoso já explicitada, e a necessidade de sua proteção, principalmente por meio de intervenção estatal, tendo em vista que a saúde é dever do Estado, conforme previsto no artigo 196 da Constituição Federal, é de extrema relevância estudar a eficácia desses contratos e como a Agência Nacional de Saúde Suplementar vem se posicionando sobre o tema, já que o consumidor idoso fica mais suscetível às práticas enganosas de venda, sendo fundamental que ele tenha ciência de todas as condições do contrato e consiga a garantia do seu direito essencial para que possa usufruir de uma vida em condições dignas.

Diante desse cenário, é necessário que haja uma fiscalização rigorosa, além de uma regulamentação que proteja o consumidor hipervulnerável e evite essa prática abusiva, o que deve ser feito pela ANS, através das Resoluções Normativas. Logo, será analisado o papel da agência reguladora, avaliando o rigor no controle, na fiscalização e na regulamentação da atuação das operadoras da iniciativa privada na área da saúde e na efetivação do direito à saúde da pessoa idosa.

CAPÍTULO 1: O DIREITO DO CONSUMIDOR

O direito do consumidor é um direito recente, que surgiu após a Constituição Federal de 1988. Sua tutela é prevista pela Lei nº 8.078/1990, o Código de Defesa do Consumidor (CDC), que se baseia no princípio da boa-fé e busca preservar a qualidade das relações privadas, através da solidariedade, lealdade, transparência e cooperação, protegendo os mais vulneráveis nas relações econômicas. Essa proteção ocorre a partir do reconhecimento de que a relação contratual de consumo é juridicamente desigual.

Ao tratar da nova teoria contratual criada após a Constituição da República, Leonardo Bessa(2013) ensina que:

A Lei Fundamental assume explicitamente que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana e os valores sociais da livre iniciativa (art. 1º, III e IV) e declara ser objetivo da República Federativa do Brasil construir uma sociedade solidária, a redução das desigualdades sociais e regionais, bem como a promoção do bem de todos (art. 3º)¹.

Acerca da base constitucional do CDC, Grinover e Benjamin (1991) *apud* Cáceres (2011, p.903) destacam:

[...] a opção por uma codificação das normas de consumo, no caso brasileiro, foi feita pela Assembleia Nacional Constituinte. A elaboração do Código, portanto ao contrário da experiência francesa, decorrente de uma simples decisão ministerial encontra sua fonte inspiradora diretamente no corpo da Constituição Federal.²

Ainda sob a ótica constitucional, a proteção dos consumidores consiste em direito fundamental, conforme art. 5º, XXXII, e princípio da ordem econômica nacional, de acordo com art. 170, V, da Carta Magna, sendo a promoção desse direito, portanto, um dever do Estado.

O artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias previu a elaboração do Código de Defesa do Consumidor pelo legislador ordinário para a tutela especial do consumidor. Dessa forma, a existência do Código que tutela os consumidores no Brasil

¹ BESSA, L.R. Proteção Contratual. In: BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 354.

² CÁCERES, Eliana. **Doutrinas Essenciais Direito do Consumidor, v. II Vulnerabilidade e Modelos de Proteção**, 2011, p. 903

ocorreu através da Constituição Federal, que também é responsável pela efetividade desse direito.³

O Código de Defesa do Consumidor é formalmente uma lei ordinária, já que não foi aprovado sob a forma de Código⁴ ou lei complementar. Porém, materialmente, é uma lei de função social, que valoriza o direito como garantidor do equilíbrio e protetor da confiança e das expectativas na relação de consumo.⁵

Sobre a defesa do consumidor, Schmitt (2011, p. 289) ensina:

A defesa do consumidor, no Brasil, é direito fundamental expresso na Constituição Federal, nela igualmente apresentado como princípio conformador da ordem econômica, sendo um dos fundamentos do Estado e instrumento para constituir-se em uma sociedade livre, justa e solidária, que garanta o desenvolvimento nacional, que busque erradicar a pobreza e a marginalização, reduzindo as desigualdades sociais e regionais, promovendo o bem de todos, sem discriminação.⁶

A ONU (Organização das Nações Unidas) o considera um direito humano de nova geração (ou dimensão), sendo um direito privado tripartite, já que formado pelo direito civil, pelo direito comercial e pelo direito do consumidor.⁷

O direito do consumidor, ramo de direito interno de cada país, busca a proteção do consumidor, sujeito de direitos mais fraco na relação de consumo, frente ao fornecedor, um profissional, empresário ou comerciante, com base nas normas de ordem pública e interesse social.⁸ Este direito é considerado como um “direito privado brasileiro mais social e preocupado com os vulneráveis de nossa sociedade, um direito privado solidário.”⁹

³BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 33

⁴Código é o conjunto de normas jurídicas, sistematicamente, organizado.

⁵BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 66

⁶SCHMITT, Cristiano Heineck. Doutrinas Essenciais Direito do Consumidor, v. 4, Contratos de Consumo, 2011, p. 289.

⁷BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 32-39

⁸MARQUES, Claudia Lima. Introdução ao Direito do Consumidor. In: BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 48.

⁹MARQUES, Claudia Lima. Introdução ao Direito do Consumidor. In: BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 36.

Assim, a Lei nº 8.078/1990 é centrada na dignidade da pessoa humana e na proteção do vulnerável, que se encontra em uma sociedade massificada, globalizada e informatizada¹⁰, bem como nos princípios da boa fé e função social da propriedade e dos contratos, já que, diante da condição desigual que ocupam as partes, faz-se necessário um olhar mais atento para “as desigualdades, as diferenças de poder, de informação, de especialização e de posição entre os sujeitos livres do mercado de consumo”¹¹, tratando os desiguais como desiguais, em busca do equilíbrio entre os contratantes. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) orienta:

É já cediça a compreensão, tanto pela doutrina, como pela jurisprudência, de que a única maneira de se otimizar a realização do princípio da igualdade é mediante o reconhecimento de que, em algumas situações, os sujeitos de uma relação jurídica não se encontram em posição similar. Nesses casos, em que as circunstâncias de fato provocam um desequilíbrio, tratar esses sujeitos de maneira objetivamente igual não basta para a plena realização do princípio da isonomia. É necessário reequilibrar os polos da relação, estabelecendo regras excepcionais que tutelem a parte mais frágil. Promove-se, com isso – sempre nos termos estritos da lei –, a igualdade substancial entre as partes, em detrimento da meta igualdade formal – que, em última análise, é apenas uma roupagem diferente para o arbítrio.” (REsp 691.738-SC, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 12.05.2005, DJ 26.09.2005 – voto, p. 7).¹²

O Professor Gustavo Tepedino relaciona o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, prevista no artigo 1º, III, da Constituição Federal, com o objetivo da República de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, previsto no artigo 3º, III, da Lei Suprema, destacando que há “clara intenção do legislador constituinte no sentido de romper a ótica produtivista e patrimonialista que muitas vezes prevalece no exame dos interesses dos consumidores.”¹³

Dessa forma, fez-se necessária a criação de normas especiais ao consumidor, assegurando direitos de ordem pública, com a aplicação de normas de direito privado, mas de forte interesse público, portanto, indisponíveis, diante do interesse social na relação privada (a proteção coletiva dos interesses dos consumidores)¹⁴, conforme preceitua o artigo 1º do CDC, *in verbis*:

¹⁰BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 47

¹¹MARQUES, Claudia Lima. Introdução ao Direito do Consumidor. In: BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 42.

¹²BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 43-44

¹³MIRAGEM, Bruno. **Doutrinas Essenciais Direito do Consumidor**, v. IV: Contratos de Consumo, 2011, p. 842

¹⁴BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 56

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.

Assim, as leis de ordem pública são mais interessantes para a sociedade do que para os particulares. Embora isso não torne o CDC uma lei hierarquicamente superior, lhe confere um caráter preferencial, mas que não pode prevalecer diante do direito à vida, à saúde e à segurança, necessários para o consumo, e diante dos direitos básicos do consumidor, conforme preceitua o artigo 6º, I, do CDC. Por estabelecer normas de ordem pública e tratar de direito fundamental de matriz constitucional, suas normas são inafastáveis pela vontade individual, retirando a possibilidade das partes de derogá-las, o que caracteriza uma limitação à autonomia e liberdade de contratar aos estritos limites da lei.¹⁵

O Capítulo III do CDC, com o título “Dos Direitos Básicos do Consumidor”, traz também a possibilidade expressa desses direitos estarem previstos em outras leis ou fontes. O STJ orienta: “O mandamento constitucional de proteção do consumidor deve ser cumprido por todo o sistema jurídico, em diálogo de fontes, e não somente por intermédio do CDC.” (REsp 1.009.591-RS, j. 13.04.2010, rel. Min. Nancy Andrighi)¹⁶.

A teoria do diálogo das fontes está prevista no artigo 7º do CDC, que estabelece a soma de uma lei que garante algum direito ao consumidor ao microsistema do Código, passando a ter a mesma preferência no trato da relação de consumo. Embora a Lei nº 8.078/90 seja, subjetivamente, uma lei especial quanto à relação jurídica entre consumidores e fornecedores, constitui-se uma lei geral, materialmente, já que se aplica a todas as relações, contratuais e extracontratuais, do primeiro sujeito no mercado de consumo.

Dessa forma, torna-se necessário o diálogo do microsistema com leis especiais, como o Estatuto do Idoso e a Lei dos Planos de Saúde, e também fontes administrativas, como as normas da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

¹⁵MIRAGEM, Bruno. **Doutrinas Essenciais Direito do Consumidor**, v. II: Vulnerabilidade e Modelos de Proteção, 2011, p. 43.

¹⁶BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 127

Neste caso, o Ministro Luiz Fux, no julgamento do AgRg no REsp 1196537/MG, 1ª T., em 03.02.2011, apresentou o seguinte posicionamento: “consoante a Teoria do Diálogo das Fontes, as normas gerais mais benéficas supervenientes preferem à norma especial (concebida para conferir tratamento privilegiado a determinada categoria), a fim de preservar a coerência do sistema normativo.”.¹⁷

Especificamente, quanto aos planos de saúde, o diálogo a ser feito entre a lei especial que os regula (Lei nº 9.656/98) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), deve ser “de coerência e de complementaridade, aplicando-se as duas leis especiais complementarmente e em uma convivência conforme aos valores da CF/1988.”.¹⁸

Cláudia Lima Marques (2013, p. 91) considera o direito do consumidor como uma interseção entre o direito civil, onde figura o leigo, e o direito de empresa, onde se situa o comerciante, profissional de produtos e serviços, detentor do capital e dos meios de produção, já que, quando o leigo adquire ou utiliza, como destinatário final, produto ou serviço fornecido pelo profissional, torna-se consumidor, passando essa relação a ser uma relação de consumo, regulada pelo CDC.¹⁹

O Código de Defesa do Consumidor foi importante para relativizar a autonomia privada nos contratos realizados nas relações de consumo. Assim, diante da vontade das partes, impera a lei, que atribuirá ou não eficácia ao negócio jurídico. É aqui que se encontra a função social do contrato, ou seja, a finalidade e utilidade do mesmo para as partes contratantes, buscando garantir a harmonia dos interesses envolvidos através da valorização da vontade, da boa-fé, da segurança e do equilíbrio da relação contratual.²⁰

O Código de Defesa do Consumidor busca, portanto, a proteção contratual do consumidor, de modo a preservar a confiança deste no fornecedor, para a realização da expectativa depositada pelo primeiro na celebração do contrato. A Lei nº 8.078/1990 baseia-

¹⁷BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, LeonardoRoscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 133

¹⁸BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, LeonardoRoscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 133

¹⁹MARQUES, Claudia Lima. Campo de Aplicação do CDC. In: BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, LeonardoRoscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 91

²⁰SCHMITT, Cristiano Heibeck. **Doutrinas Essenciais Direito do Consumidor**, v. IV: Contratos de Consumo, 2011, p. 85.

se, portanto, na lealdade, na transparência e no equilíbrio da relação de consumo, com enfoque nos princípios da boa-fé objetiva, da função social do contrato e do equilíbrio econômico, bem como nos valores constitucionais da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana.

1.1. O conceito de consumidor

Conforme já foi abordado no ponto anterior, o consumidor foi identificado constitucionalmente como agente que deve ser protegido de forma especial, através do Código de Defesa do Consumidor, referenciado na fala de Cláudia Lima Marques (2013, p. 31-32)²¹ da seguinte forma:

Antes este sujeito de direitos era identificado com outros nomes, como “contratante”, como “cliente”, como “comprador”, como aquele que é o transportado, o mutuário, quem contrata um serviço, o “terceiro” beneficiário de um seguro, enfim, o cocontratante ou o terceiro-vítima do fato de um produto e de um serviço. E por trás dessas denominações neutras, que indicavam quase sempre uma visão individual de seus direitos, raramente era destacado o possível aspecto coletivo ou de grupo social com os mesmos problemas e dificuldades (interesses metaindividuais). Destacava-se, assim, a posição momentânea e relacional deste agente econômico, naquela relação jurídica (na relação contratual ou delitual específica), não sua posição na sociedade (ou seu status) e como membro de um grupo com interesses semelhantes (interesses individuais homogêneos, coletivos e difusos).

Nesse sentido, a Lei nº8.078/90 passou a tratar do consumidor sob a ótica individual e também sob a ótica coletiva, conforme preceitua o artigo 81, *in verbis*:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.
Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:
I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;
II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;
III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

²¹BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 31-32

O que caracteriza o consumidor é sua capacidade econômica de adquirir um bem ou um serviço e utilizá-lo como destinatário final, atendendo uma necessidade pessoal, porém Schmitt (2014, p. 213) explica:

(...) consumidor é um aspecto da pessoa, de forma que, antes de consumidor, se tem o indivíduo, que, em vários momentos da sua vida, pratica atos de consumo, muitos deles por motivos exclusivamente subsistenciais. Portanto, o consumidor, antes de ser agente econômico do mercado, é pessoa e, como tal, merece ser tutelado²².

Nas palavras de Bruno Miragem (2011, p. 37)²³ a figura do consumidor “é, antes de tudo, o reconhecimento de uma posição jurídica da pessoa numa determinada relação, a relação de consumo”.

A reflexão subjetiva desse sujeito de direitos provoca a associação imediata ao indivíduo não profissional, que realiza um negócio jurídico ou se relaciona com um profissional, comerciante, industrial ou profissional liberal. Dessa forma, a definição de consumidor abrange um conceito relacional, tendo em vista a necessidade do fornecedor para que se caracterize a relação de consumo, contratual e extracontratual, individual ou coletiva.²⁴

Na França e na Alemanha, a definição de consumidor abrange somente a pessoa física. Porém, no Brasil, aplica-se a definição objetiva de consumidor, tratando esse sujeito como pessoa física ou jurídica, seja esta pública ou privada, com ou sem fim lucrativo, nos termos do artigo 2º do CDC:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

A legislação brasileira, portanto, estabelece que esse sujeito deve ser destinatário final fático e econômico do bem. Fático, ao adquiri-lo ou utilizá-lo, retirando-o do mercado, e econômico, ao finalizar a cadeia de produção. Assim, considera-se consumidor aquele que

²²SCHMITT, Cristiano Heibeck. **Consumidores Hipervulneráveis: A proteção do idoso no mercado de consumo**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 213

²³MIRAGEM, Bruno. O direito do consumidor como direito fundamental. In: **Doutrinas Essenciais Direito do Consumidor**, v. II: Vulnerabilidade e Modelos de Proteção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 37.

²⁴BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013p. 92-93

não adquire um bem para revenda nem para uso profissional, com o intuito de continuar a produzir, mas sim aquele que faz uso pessoal.²⁵

Cláudia Lima Marques (2013, p. 93-94)²⁶ aponta duas teorias sobre a definição de consumidor: a finalista e a maximalista. Os finalistas defendem que o consumidor é aquele que adquire ou utiliza um produto ou serviço para uso próprio e de sua família. Por não deter os mesmos conhecimentos que o profissional, recebe tutela especial devido à vulnerabilidade nas relações contratuais e a expressão “destinatário final” deve ser aplicada de forma restrita. A autora, adepta da primeira teoria, ensina:

Destinatário final seria aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. Logo, segundo esta interpretação teleológica, não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, levá-lo para o escritório ou residência – é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção cujo preço será incluído no preço final do profissional que o adquiriu. Neste caso, não haveria a exigida “destinação final” do produto ou do serviço, ou, como afirma o STJ, haveria consumo intermediário, ainda dentro das cadeias de produção e de distribuição. Esta interpretação restringe a figura do consumidor àquele que adquire (utiliza) um produto para uso próprio e de sua família. Consumidor seria o não profissional, pois o fim do CDC é tutelar de maneira especial um grupo da sociedade que é mais vulnerável. Parece-me que, restringindo o campo de aplicação do CDC àqueles que necessitam de proteção, ficará assegurado um nível mais alto de proteção para estes, pois a jurisprudência será construída em casos em que o consumidor era realmente a parte mais fraca da relação de consumo, e não sobre casos em que profissionais-consumidores que reclamam mais benesses do que o direito comercial já lhes concede.

Ademais, Bruno Miragem (2011, p. 38)²⁷ ressalta que, para os finalistas, é essencial que haja “a necessidade de subordinação econômica do consumidor em relação ao fornecedor.”.

A teoria finalista é, atualmente, majoritária, sendo aplicada, inclusive, nas decisões do Superior Tribunal de Justiça, que orientou: “Em regra, a aquisição de bens ou a utilização de serviços para implementar ou incrementar a atividade negocial descaracteriza a relação como

²⁵MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 115-116.

²⁶BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013— p. 93-94.

²⁷MIRAGEM, Bruno. O direito do consumidor como direito fundamental. In: **Doutrinas Essenciais Direito do Consumidor**, v. II: Vulnerabilidade e Modelos de Proteção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 38.

de consumo. Precedentes.” (Resp 1038645-RS, j. 19.10.2010, rel. Min. Sidnei Beneti).²⁸. No mesmo sentido, destacam-se os seguintes entendimentos:

A jurisprudência do STJ se encontra consolidada no sentido de que a determinação da qualidade de consumidor deve, em regra, ser feita mediante aplicação da teoria finalista, que, numa exegese restritiva do art. 2º do CDC, considera destinatário final tão somente o destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica. (REsp 1195642/RJ, j. 13.11.2012, rel. Min. Nancy Andrighi).²⁹

A relação jurídica qualificada por ser ‘de consumo’ não se caracteriza pela presença de pessoa física ou jurídica em seus pólos, mas pela presença de uma parte vulnerável, de um lado (consumidor), e de um fornecedor, de outro. Mesmo nas relações entre pessoas jurídicas, se da análise da hipótese concreta decorrer inegável vulnerabilidade entre a pessoa jurídica consumidora e a fornecedora, deve-se aplicar o CDC na busca do equilíbrio entre as partes. Ao consagrar o critério finalista para interpretação do conceito de consumidor, a jurisprudência deste STJ também reconhece a necessidade de, em situações específicas, abrandar o rigor do critério subjetivo do conceito de consumidor, para admitir a aplicabilidade do CDC nas relações entre fornecedores e consumidores empresários em que fique evidenciada a relação de consumo. São equiparáveis a consumidor todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas comerciais abusivas. (REsp 476428-SC, j. 19.04.2005, rel. Min. Nancy Andrighi)³⁰

Os maximalistas, no entanto, interpretam o artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor da forma mais abrangente possível, buscando a aplicação do CDC em um número cada vez maior, considerando todos os agentes do mercado e não somente o consumidor não profissional, como fazem os finalistas.

Dessa forma, a teoria maximalista busca a aplicação do CDC como um Código geral sobre o consumo, não avaliando a vulnerabilidade do consumidor, e, considerando que, nos contratos de massa, todos os contratantes seriam partes vulneráveis. Para os adeptos, torna-se irrelevante saber se a finalidade do indivíduo que adquire o produto ou utiliza o serviço é de lucro. Bastaria o simples fato de retirar o produto ou serviço do mercado e consumi-lo ou utilizá-lo, sendo relevante, apenas, sua caracterização como destinatário final fático.³¹

²⁸BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 94-95.

²⁹BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013p. 94-95

³⁰BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 94-95

³¹BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 95

Ademais, o CDC trata também de sujeitos que podem ser equiparados a consumidores, não sendo destinatários finais de produtos ou serviços, mas encontrando-se também em condição de vulnerabilidade, nos termos dos artigos 2º, parágrafo único; 17 e 29. Dentre eles, encontram-se a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo; todas as vítimas dos eventos decorrentes do produto e do serviço; todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas comerciais de oferta; de contratos de adesão; de publicidade; de cobrança de dívidas; de banco de dados.

Dessa forma, surge uma terceira corrente, a do finalismo aprofundado, que consiste em uma posição mais branda, contemplando os sujeitos em situações análogas de vulnerabilidade.³²

É o caso de aceitar a possibilidade do Judiciário, diante de uma pequena empresa ou profissional, que se encontra em estado de fragilidade, e, que adquiriu um produto fora do seu campo de especialidade, interpretar e aplicar o art. 2º de acordo com a proteção do mais fraco.³³

Conforme explica Cláudia Lima Marques (2013, p. 108-109):

O ponto de partida dessa extensão do campo de aplicação do CDC é a observação de que muitas pessoas, mesmo não sendo consumidores *stricto sensu*, podem ser atingidas ou prejudicadas pelas atividades dos fornecedores no mercado. Essas pessoas, grupos e mesmo profissionais podem intervir nas relações de consumo de outra forma, a ocupar uma posição de vulnerabilidade. Mesmo não preenchendo as características de um consumidor *stricto sensu*, a posição preponderante (Machtposition) do fornecedor e a posição de vulnerabilidade dessas pessoas sensibilizaram o legislador e, agora, os aplicadores da lei.³⁴

Em que pese essa equiparação seja admitida, parte da doutrina apresenta a seguinte crítica:

[...] só uma definição subjetiva e restrita da pessoa do consumidor permite identificar o grupo mais fraco na relação do consumo, único que mereceria a tutela especial do direito. Neste sentido, o necessário divisor de águas seria o fim de lucro do

³²BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 108.

³³MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 116.

³⁴BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 108-109.

profissional ao contratador; assim, no caso das pessoas jurídicas, só aquelas sem fins lucrativos poderiam ser assemelhadas a consumidores.³⁵

Há ainda que se ressaltar que uma ampliação do conceito de consumidor por equiparação, sem limites, pode enfraquecer a tutela do principal destinatário do CDC, qual seja, o consumidor pessoa física.

1.2.A fragilidade na relação de consumo à luz do Código de Defesa do Consumidor

Diante do acima exposto, a relação de consumo guarda uma desigualdade entre as partes, gerando uma fragilidade do agente que ocupa posição desfavorável no mercado, que faz com que a proteção desse sujeito seja o fundamento teleológico de todo o microsistema de defesa do consumidor. Destaca-se que a vulnerabilidade é o princípio-motor da Política Nacional das Relações de Consumo, sendo sua presunção prevista no artigo 4º, I, do CDC, *in verbis*:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)
I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

O princípio norteador da fragilidade é o princípio do *favor libertatis*, que consiste na condição favorável à liberdade do mais fraco. No tocante a este princípio, Cláudia Lima Marques (2013, p. 40), que a liberdade a ser tutelada pelo direito é a do mais fraco, a saber:

[...] a liberdade do outro, do *alter*, do parceiro mais fraco na relação de consumo. As máximas de proteção do devedor (*favor debitoris*) e de interpretação sempre contra aquele que elaborou ou estipulou as cláusulas do contrato (*contra stipulatorem*), são reações tutelares para forçar a mudança da visão do direito civil e comercial, que sempre se preocupou (e até hoje prioriza) com o credor e seu crédito, pois é ele quem transfere sua riqueza (produto ou serviço que comercializa, produz ou fabrica) para o consumidor (o leigo que é destinatário final deste produto ou serviço na sociedade de consumo atual).³⁶

Acerca dessa fragilidade, Clémence Lacour (2007, p. 29) *apud* Cristiano Heineck Schmitt (2014, p. 203), argumenta:

³⁵MARQUES, Cláudia Lima. Novas regras sobre a proteção do consumidor nas relações contratuais. In: MARQUES, Cláudia Lima e MIRAGEM, Bruno. **Doutrinas Essenciais Direito do Consumidor**, v. IV: Contratos de Consumo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 88.

³⁶BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 40.

A vulnerabilidade, vocábulo que deriva da terminologia latina *vulnus*, da qual se extrai o adjetivo *vulnerável*, traduz um indivíduo que pode ser facilmente ferido, atingido por algum mal. Sobretudo, vulnerabilidade é uma característica intrínseca do ser humano, que é mortal e se encontra exposto ao sofrimento.³⁷

O conceito de vulnerabilidade também é abordado por Cláudia Lima Marques(2013, p. 97) da seguinte forma:

Vulnerabilidade é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação de consumo. Vulnerabilidade é uma característica, um estado do sujeito mais fraco, um sinal de necessidade de proteção.³⁸

A interpretação do consumidor como sujeito vulnerável, como a parte mais frágil da relação de consumo, surgiu no início do século XX, tendo em vista a ausência de condição deste de avaliar o grau de perfeição dos produtos e serviços, ficando refém dos abusos praticados pelo fornecedor no mercado. Esta fragilidade decorre da condição de desconhecedor que o cidadão civil ocupa nas relações privadas diante dos fornecedores de produtos e serviços, grandes empresas e empresários, que se encontram em uma posição diferenciada, revestida de poder, por dominarem todas as informações sobre o produto ou o serviço. Nesse sentido, ensina Cláudia Lima Marques (2013, p. 40-41) que os consumidores:

[...] geralmente são leigos, não detêm informações sobre os produtos e serviços oferecidos no mercado, não conhecem as técnicas da contratação de massa ou dos materiais que compõem os produtos ou a maneira de usar os serviços, são, pois, mais vulneráveis e vítimas fáceis de abusos. É a vulnerabilidade que aqui chamaremos de vulnerabilidade técnica, vulnerabilidade jurídica (ou econômica), vulnerabilidade fática (ou monopolística) e vulnerabilidade informacional.³⁹

Sobre os tipos de vulnerabilidade acima expostos, o STJ manifestou o seguinte entendimento:

A doutrina tradicionalmente aponta a existência de três modalidades de vulnerabilidade: técnica (ausência de conhecimento específico acerca do produto ou serviço objeto de consumo), jurídica (falta de conhecimento jurídico, contábil ou econômico e de seus reflexos na relação de consumo) e fática (situações em que a insuficiência econômica, física ou até mesmo psicológica do consumidor o coloca

³⁷SCHMITT, Cristiano Heineck. **Consumidores Hipervulneráveis: A proteção do idoso no mercado de consumo**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 203.

³⁸BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, LeonardoRoscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 97.

³⁹BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, LeonardoRoscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 40-41.

em pé de desigualdade frente ao fornecedor). Mais recentemente, tem se incluído também a vulnerabilidade informacional (dados insuficientes sobre o produto ou serviço capazes de influenciar no processo decisório de compra). Apesar da identificação *in abstracto* dessas espécies de vulnerabilidade, a casuística poderá apresentar novas formas de vulnerabilidade aptas a atrair a incidência do Código de Defesa do Consumidor à relação de consumo. Numa relação interempresarial, para além das hipóteses de vulnerabilidade já consagradas pela doutrina e pela jurisprudência, a relação de dependência de uma das partes frente à outra pode, conforme o caso, caracterizar uma vulnerabilidade legitimadora da aplicação da Lei 8.078/1990, mitigando os rigores da teoria finalista e autorizando a equiparação da pessoa jurídica compradora à condição de consumidora. (REsp 1195642/RJ, j. 13.11.2012, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 21.11.2012)⁴⁰

Ademais, no entendimento do Ministro Eros Grau, a própria Constituição situa o consumidor em uma posição de debilidade e subordinação estrutural em relação àquele que produz o bem, produto ou serviço.⁴¹

Para atingir a igualdade material na relação de consumo, é preciso distinguir os fracos e os fortes, logo, consumidor e fornecedor. Em virtude dessa condição, o direito privado deve ser interpretado sempre a favor do consumidor, caracterizando, assim, uma limitação à autonomia da vontade da parte mais forte em relação à parte mais fraca, o que evidencia a função social do direito do consumidor.

Insta ressaltar que, conforme abordado no item anterior, a vulnerabilidade é essencial para que haja o reconhecimento da equiparação prevista no artigo 29 do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*:

Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.

Nesses casos, a doutrina e a jurisprudência aceitam a vulnerabilidade do profissional pessoa jurídica, como caso excepcional, equiparando-o à condição de consumidor. Isso ocorre nos casos em que a entidade ocupa o lugar de destinatária final econômica do bem ou serviço adquirido, que não pode ter conexão com a atividade econômica por ela desenvolvida, mas sim com uma necessidade pessoal.⁴² Embora haja essa possibilidade, o objeto de estudo do presente trabalho será a vulnerabilidade do consumidor pessoa física não profissional, que é

⁴⁰BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 98-99.

⁴¹MIRAGEM, Bruno. O direito do consumidor como direito fundamental. In: **Doutrinas Essenciais Direito do Consumidor**, v. II: Vulnerabilidade e Modelos de Proteção, 2011, p. 39.

⁴²BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 98-99

presumida pela jurisprudência e pela Lei nº 8.078/90, conforme previsto no art. 2º combinado com o art. 4º, inciso I.

Na década de 70, com o projeto do Código Civil de 2002, o princípio da boa-fé, a função social dos contratos, o combate à onerosidade excessiva e ao abuso de direito, passaram a ser expressos, porém, a vulnerabilidade do consumidor ganhou maior atenção somente com a Constituição de 1988, que previu a defesa do consumidor e a criação de um código específico para tanto, conforme artigo 5º, XXXII da Constituição Federal e artigo 48 do ADCT-CF/1988, respectivamente.⁴³

Destaca-se que o CDC dedicou um capítulo exclusivo para a proteção contratual do consumidor, nos artigos 46 a 50. No mercado de consumo, é nítido que a parte economicamente mais forte impõe seu interesse na relação contratual, conforme observa Leonardo Roscoe Bessa (2013, p.348):

A vulnerabilidade do consumidor é muito clara no campo contratual. É raro, senão impossível, encontrar um contrato que tenha sido elaborado a partir da discussão de cláusula por cláusula, de uma avaliação cuidadosa e criteriosa das diversas consequências jurídicas da assinatura do documento. A maioria dos contratos é de adesão, ou seja, já vêm prontos, elaborados unilateralmente pelo fornecedor. O consumidor não tem possibilidade real de modificar as cláusulas e condições apresentadas, as quais, invariavelmente, procuram resguardar apenas os interesses econômicos do empresário. O papel do consumidor cinge-se a aderir e assinar o documento. Além disso, por vezes, são utilizadas palavras complicadas, termos técnicos de difícil entendimento e compreensão.⁴⁴

É através do olhar atento para a vulnerabilidade do consumidor que se garante a justiça. Assim, o principal objetivo do Código de Defesa do Consumidor é assegurar o equilíbrio entre as partes, através da tutela da parte mais vulnerável da relação de consumo: o consumidor.

A proteção do consumidor também objetiva valores sociais. Dentre eles, encontra-se o direito à saúde. No capítulo a seguir, será estudado especificamente esse direito, focado na figura do consumidor idoso, sujeito considerado hipervulnerável na relação de consumo.

⁴³BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 59-60

⁴⁴BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 348.

CAPÍTULO 2: O DIREITO À SAÚDE DA PESSOA IDOSA

Com a queda da fecundidade e da mortalidade, o envelhecimento populacional cresceu em todo o mundo.

Embora a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 já tratasse da proteção do idoso, a tutela dos direitos da pessoa idosa recebeu atenção especial recentemente e é de extrema relevância falar desse sujeito de direitos, pois os estudos ainda são poucos.

As constituições brasileiras anteriores eram omissas em relação aos idosos ou tratavam apenas de questões previdenciárias em favor da velhice. Somente a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é que se iniciou a tutela de maneira singular desses membros vulneráveis, estabelecendo o amparo às pessoas idosas, de modo a garantir o direito à dignidade e à vida, e atribuindo esse dever à família, à sociedade e ao Estado, nos termos do artigo 230, *in verbis*:

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.

A Política Nacional do Idoso (Lei nº 8.842/1994) e o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03) representam a verificação, por parte do Estado, de que os idosos têm necessidades próprias e merecem regulação e proteção específica. Esses dispositivos legais foram essenciais para o reconhecimento do idoso como cidadão e, portanto, sujeito de direitos, de modo a promover sua integração e participação na comunidade. Nesse sentido, Fabiana Barletta (2010, p. 285) explica:

A Política Nacional do Idoso e o Estatuto do Idoso, cujos planos de ação e abertura incentivam o implemento de outros programas sociais em prol da pessoa idosa, são exemplos de ações afirmativas com vistas ao direito à igualdade material dos idosos e da superação de sua marginalização diante da sociedade utilitarista [...]⁴⁵

Dessa forma, a Lei nº 10.741/03, em seu artigo 8º, estabeleceu a proteção do envelhecimento como um direito social.

⁴⁵BARLETTA, Fabiana. **O Direito à Saúde da Pessoa Idosa**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2010, p. 285.

Um dos direitos de maior relevância a ser discutido quando se trata dos idosos é a saúde. A Constituição da República prevê em seu artigo 6º, o rol de direitos sociais, também conhecidos como direitos fundamentais de segunda geração, surgidos no século XIX, quais sejam a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados. Esses direitos são considerados fundamentais porque são “princípios do Estado de Direito e fazem parte do núcleo do constitucionalismo atual”.⁴⁶

Reforçando essa ideia, o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03) prevê o direito à saúde dentro do Título II, que trata dos direitos fundamentais da pessoa idosa. Ademais, a própria Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/90) também prevê esse direito como fundamental, de acordo com o artigo 2º, a seguir exposto:

Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

A justificativa dessa índole existencial se insere no princípio da dignidade da pessoa humana, direito fundamental de primeira geração, assegurado pelo artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, já que o direito à vida, em patamares decentes de dignidade, só se torna possível se houver condições mínimas de saúde. Além disso, o artigo 5º da Carta Magna prevê a inviolabilidade do direito à vida, fortalecendo, portanto, o caráter fundamental da proteção do direito à saúde.⁴⁷

A Lei Suprema também determina que a saúde é direito de todos e dever do Estado, conforme previsão do artigo 196, nos seguintes termos:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Insta salientar que os artigos 196 a 200 representam uma seção especialmente voltada para o direito abordado.

⁴⁶BARLETTA, Fabiana. **O Direito à Saúde da Pessoa Idosa**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2010, p. 136.

⁴⁷SCHMITT, Cristiano Heineck. Doutrinas Essenciais Direito do Consumidor, v. 4, Contratos de Consumo, 2011, p. 292.

Até 2050, 22,6% da população brasileira será formada por idosos (informação verbal)⁴⁸ e a Organização Mundial de Saúde – OMS estima que, até 2025, o Brasil ocupará o sexto lugar no *ranking* mundial, dentre os países com o maior número de pessoas idosas.

Considerando que aproximadamente 40% do tempo vivido pelos idosos brasileiros são sem saúde⁴⁹ e que a porcentagem dessa faixa etária na população só tende a aumentar ao longo dos anos, o estudo do direito à saúde da pessoa idosa é crucial.

É importante ressaltar que essas pessoas se encontram em situação de vulnerabilidade não só em razão da idade, estando o organismo mais suscetível a adoecer, como também em razão das condições de vida, decorrentes da falta de autonomia financeira, merecendo maior proteção, já que, para desfrutar de qualquer outro direito, é necessário viver em condições adequadas.

Logo, o direito à saúde é um direito prioritário, que enseja cuidados especiais, tendo em vista que, se garantido com dignidade, propicia a fruição dos demais direitos fundamentais, sejam eles de índole pessoal ou social⁵⁰ e permite que os idosos participem da vida pública e reivindiquem melhores condições de vida, de acordo com os direitos à cidadania e à liberdade.

Dessa forma, o acesso do idoso à saúde não deve ocorrer somente com a finalidade de recuperá-la no momento de fragilidade ao estar doente, mas também de forma preventiva, para que viva de maneira saudável e de forma digna.

A Organização Mundial de Saúde (OMS) considera saúde “um estado de completo bem-estar físico, mental, e social e não apenas a ausência de afecção ou doença.”⁵¹ Segundo essa definição, ser saudável não quer dizer somente estar livre de doenças, mas também viver em boas condições físicas, psicológicas e sociais, gozando de uma boa qualidade de vida.

⁴⁸Informação apresentada por Melissa Areal Pires, Superintendente da Secretaria de Estado de Direitos Humanos Políticas para Mulheres e Idosos – SEDHMI, no Curso de Capacitação sobre o Estatuto do Idoso, realizado na sede da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, em 11 de outubro de 2017.

⁴⁹BARLETTA, Fabiana. **O Direito à Saúde da Pessoa Idosa**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2010, p. 17-18

⁵⁰BARLETTA, Fabiana. **O Direito à Saúde da Pessoa Idosa**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2010, p. 73.

⁵¹BARLETTA, Fabiana. **O Direito à Saúde da Pessoa Idosa**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2010, p. 55.

Assim, na terceira idade, a tutela prioritária da saúde é salvaguarda do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Corroborando com esse entendimento, Fabiana Barletta (2010, p. 61) ensina:

A partir do caráter normativo do princípio da dignidade humana, todas as pessoas fazem jus a viver dignamente, gozando de saúde, em qualquer etapa de sua existência. Como os idosos são propensos às enfermidades iminentes da terceira idade, sua saúde, quando em bom estado, deve ser preservada a todo custo e, quando deficitária, precisa ser reabilitada com primazia, pois a queda na saúde de um idoso pode significar a perda da vida em dignidade.⁵²

Portanto, para a garantia prioritária do direito à saúde deste grupo específico, é importante delimitar quem se enquadra nessa categoria, o que será abordado no item a seguir.

2.1. A identificação do idoso

O Estatuto do Idoso considera pessoa idosa aquela com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos de idade, nos termos do artigo 1º, *in verbis*:

Art. 1º - É instituído o Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

A legislação especial considerou o critério etário para a definição do sujeito idoso, em que, conforme ensina Fabiana Barletta (2010, p. 30), pouco importa se “o ser humano possui ou não debilidade física ou psíquica, se é homem ou mulher, pobre ou abastado. Trata-se de um critério objetivo que visa a encerrar discussões acerca da sua procedência.”.⁵³

Insta salientar que a doutrina apresenta divergências quanto a esse critério ser ou não o mais correto. Pérola Melissa Braga(2005, p. 44), por exemplo, entende que:

[...] pode haver enorme diferença no estado de saúde (física e mental), entre duas pessoas sexagenárias, uma delas pode ser doente e debilitada, enquanto a outra se encontra em pleno vigor, sendo perfeitamente lúcida.

[...]

[...] certamente há enorme diferença entre um idoso (pelo critério da Lei n. 8.842/94) de sessenta anos e um outro de cem anos de idade, por isso se torna difícil a aceitação de um mesmo tratamento para ambos.⁵⁴

⁵²BARLETTA, Fabiana. **O Direito à Saúde da Pessoa Idosa**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2010, p. 61.

⁵³BARLETTA, Fabiana. **O Direito à Saúde da Pessoa Idosa**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2010, p.30.

⁵⁴BARLETTA, Fabiana. **O Direito à Saúde da Pessoa Idosa**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2010, p. 30-31.

Já Fabiana Barletta (2010, p. 31) considera que “o fato de pessoas com sessenta anos ou mais encontrarem-se em pleno vigor, não lhes retira a condição de pessoas biologicamente envelhecidas.”. A professora ainda explica:

Ao determinar que idoso é pessoa com idade igual ou maior que sessenta anos a legislação em comento buscou um critério uniforme, proveniente de investigações científicas da Organização Mundial de Saúde (OMS), que considera idosas pessoas de sessenta e cinco anos ou mais nas nações desenvolvidas e de sessenta anos ou mais nas nações em desenvolvimento. A Política Nacional do Idoso e o Estatuto pátrio seguiram tais diretrizes, já que o Brasil é considerado país em desenvolvimento.⁵⁵

A seguir, serão elencadas as principais diretrizes do Estatuto do Idoso, a fim de fundamentar a necessidade de tratamento prioritário à pessoa idosa.

2.2. As diretrizes do Estatuto do Idoso

O Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03) busca assegurar às pessoas idosas a igualdade em relação às pessoas das outras faixas etárias, tanto no âmbito jurídico, quanto no social. O referido diploma legal baseia-se nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade substancial, da liberdade positiva e da solidariedade social.

A Lei nº 10.741/03, ao tratar dos direitos fundamentais do idoso, tutelou a proteção à vida, acompanhada da saúde e da dignidade, nos termos do artigo 9º, *in verbis*:

Art. 9º É obrigação do Estado, garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade.

As principais diretrizes do Estatuto são o subprincípio da proteção integral do idoso e da absoluta prioridade outorgada à pessoa idosa, em conformidade com o princípio do melhor interesse.⁵⁶

Destaca-se que a proteção integral do idoso está prevista no artigo 2º da Lei nº 10.741/03, nos seguintes termos:

⁵⁵BARLETTA, Fabiana. **O Direito à Saúde da Pessoa Idosa**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2010, p. 31.

⁵⁶BARLETTA, Fabiana. **O Direito à Saúde da Pessoa Idosa**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2010, p. 94.

Art. 2º O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

Dessa forma, o Estatuto objetiva que a pessoa idosa tenha todas as oportunidades e facilidades para a preservação da sua saúde para que, assim, possa gozar de todos os seus direitos.

Quanto à caracterização da tutela integral como subprincípio, Fabiana Barletta (2010, p. 96) ensina:

[...] a tutela integral funciona como subprincípio, pois constitui critério teleológico-objetivo da interpretação a justificar a tomada de decisões em benefício do idoso, possui dimensão de peso, a qual ganhará relevância no sopesamento com outros princípios que com ele colidam, apresenta-se na modalidade de comando de otimização, ou seja, ordena que a tutela integral se realize na maior medida possível, de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas dadas por um caso concreto ou formuladas em abstrato, envolvendo o idoso. Ademais, possui como qualidade a determinação da realização de um fim juridicamente relevante, qual seja, a proteção integral do idoso, que só será realizada se adotado certo comportamento.⁵⁷

Em relação à absoluta prioridade, observa-se que sua previsão está contemplada no artigo 3º do Estatuto do Idoso, *in verbis*:

Art. 3º É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

Assim, os idosos devem receber tutela integral e prioritária, tendo, portanto, preferência na efetivação de seus direitos fundamentais.⁵⁸ As medidas garantidoras da prioridade do idoso estão previstas no parágrafo único do artigo supramencionado, mas também são aceitas outras ações que se fizerem necessárias para essa preservação.

Como orienta Fabiana Barletta (2010, p. 105)⁵⁹ “o subprincípio da proteção integral jungido ao subprincípio da absoluta prioridade consubstanciam um só princípio: o do melhor interesse do idoso”, considerando a condição de vulnerabilidade desse sujeito de direitos em relação às pessoas de outras faixas etárias.

⁵⁷ BARLETTA, Fabiana. **O Direito à Saúde da Pessoa Idosa**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2010, p. 96.

⁵⁸ BARLETTA, Fabiana. **O Direito à Saúde da Pessoa Idosa**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2010, p. 101-102.

⁵⁹ BARLETTA, Fabiana. **O Direito à Saúde da Pessoa Idosa**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2010, p. 105.

Portanto, este princípio está presente tanto nos artigos 2º e 3º quanto no artigo 4º do Estatuto do Idoso, tendo em vista que “pelo princípio do melhor interesse do idoso não se pode imaginar, em nenhuma hipótese, seja ele negligenciado ou discriminado por sua família, pelo Estado ou pela sociedade.”.⁶⁰

A autora supramencionada (2010, p. 126) ainda explica:

Nesse sentido, interpretar o direito dos idosos de acordo com o princípio do seu melhor interesse significa, em questões relativas à sua saúde, não só conceder-lhe esse direito fundamental de maneira prioritária em relação aos seus outros direitos, mas também de lhe conferir prioridade no acesso à saúde em face de direitos concorrentes da mesma estirpe de pessoas de outras faixas etárias.⁶¹

Ademais, insta salientar a base constitucional desse preceito, já que se relaciona com o princípio da dignidade da pessoa humana. Portanto, este deve ser levado em consideração na relação da pessoa idosa com a iniciativa privada na prestação de sua saúde, objeto de estudo do presente trabalho, observando que o Estatuto do Idoso, ao garantir o direito de liberdade no artigo 10, atribui autonomia para as pessoas de idade igual ou superior a sessenta anos escolherem como desejam viver.

2.3. A hipervulnerabilidade do consumidor idoso nos contratos de planos de saúde

Embora a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 faça referência a um Estado Democrático de Direito, que tem como princípios fundamentais a cidadania e a dignidade da pessoa humana, verifica-se, na sociedade brasileira, um cenário de exclusão de vários sujeitos.⁶²

Como já restou demonstrado no capítulo anterior, a vulnerabilidade é princípio básico do Código de Defesa do Consumidor. Porém, alguns consumidores podem apresentar uma vulnerabilidade potencializada, sendo denominados por Bruno Miragem *apud* Cristiano HeineckSchmitt (2014, p. 219) como “consumidores duplamente vulneráveis”⁶³. Sendo assim, esses sujeitos hipervulneráveis necessitam de uma maior proteção.

⁶⁰BARLETTA, Fabiana. **O Direito à Saúde da Pessoa Idosa**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2010, p. 106.

⁶¹BARLETTA, Fabiana. **O Direito à Saúde da Pessoa Idosa**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2010, p. 126.

⁶²BARLETTA, Fabiana. **O Direito à Saúde da Pessoa Idosa**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2010, p. 272-273.

⁶³SCHMITT, Cristiano Heineck. **Consumidores Hipervulneráveis: A proteção do idoso no mercado de consumo**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 219.

Dentre eles, estão os idosos, que, como exposto anteriormente, recebem proteção prioritária em matéria de saúde, em decorrência da posição desigual que ocupam na sociedade, fazendo jus a uma tutela especial, para que não haja violação ao princípio da igualdade substancial previsto no artigo 3º, inciso III, da Constituição.

Na relação de consumo, a fragilidade do consumidor idoso se justifica na falta de percepção, decorrente da idade avançada, e na necessidade de consumir determinados produtos e serviços para sua subsistência, o que o torna mais suscetível às práticas dos fornecedores.

Dessa forma, a vulnerabilidade negocial da pessoa idosa é ainda maior nos negócios jurídicos cujo objeto é a saúde, tendo em vista a essencialidade deste direito. Nesses casos, os fornecedores sabem que não existe a possibilidade do consumidor não contratar, já que este sujeito necessita do consumo daquele produto ou serviço para viver, fazendo com que a parte mais forte da relação de consumo se aproveite dessa situação para praticar atos abusivos.

Acerca da hipervulnerabilidade do consumidor idoso, Cristiano Heineck Schmitt (2014, p. 217-218) explica:

O prefixo *hiper* deriva do termo grego *hypére* serve para designar um alto grau, ou aquilo que excede a medida normal. Uma vez acrescentado este à palavra *vulnerabilidade*, obtém-se uma situação de intensa fragilidade, que supera os limites do que seria uma situação de fraqueza. Na ótica do consumidor idoso, tratá-lo como hipervulnerável significa compreender que a sua idade potencializa sua fragilidade como consumidor, exigindo-lhe um tratamento especial.⁶⁴

A potencialização da fragilidade guarda relação com a saúde na medida em que, além do sujeito encontrar-se frágil social, física e psiquicamente, em razão do avanço da idade, se doente, tem essa condição de vulnerável levada ao extremo. Além de ter consciência de sua enfermidade, ainda tem que pensar sobre os procedimentos a serem tomados e fazer escolhas em um cenário de circunstâncias desfavoráveis, que podem refletir nas suas condições de discernimento.⁶⁵

⁶⁴SCHMITT, Cristiano Heineck. **Consumidores Hipervulneráveis: A proteção do idoso no mercado de consumo**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 217-218.

⁶⁵BARLETTA, Fabiana. **O Direito à Saúde da Pessoa Idosa**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2010, p. 42

Ainda em relação à vulnerabilidade do idoso, Bruno Miragem *apud* Adolfo MamoruNishiyama e Roberta Densa (2011, p. 444), destaca:

[...] a vulnerabilidade do consumidor idoso é demonstrada a partir de dois aspectos principais: a) a diminuição ou perda de determinadas aptidões físicas ou intelectuais que o torna mais suscetível e débil em relação à atuação negocial dos fornecedores; b) a necessidade e catividade em relação a determinados produtos ou serviços no mercado de consumo, que o coloca numa relação de dependência em relação aos seus fornecedores.⁶⁶

Acerca do tema em epígrafe, o Superior Tribunal de Justiça orienta:

Os hipervulneráveis (...) são esses que, exatamente por serem minoritários e amiúde discriminados ou ignorados, mais sofrem com a massificação do consumo e a 'pasteurização' das diferenças que caracterizam e enriquecem a sociedade moderna. (...) Ser diferente ou minoria, por doença ou qualquer outra razão, não é ser menos consumidor, nem menos cidadão, tampouco merecer direitos de segunda classe ou proteção apenas retórica do legislador. (REsp 586.316-MG, j. 17.04.2007, rel. Min. Herman Benjamin).⁶⁷

Assim, a consequência de uma ação prejudicial ao idoso, praticada pelo fornecedor, atinge esse consumidor de maneira mais grave, devido à sua maior dependência a determinados produtos e serviços, como nos casos dos planos e seguros de saúde.

Quando o fornecedor adota conduta inadimplente nesses contratos, frustra as expectativas depositadas pelo consumidor idoso, violando diretamente o artigo 10, § 2º, da Lei nº 10.741/03, que assegura o respeito à pessoa idosa, através da inviolabilidade de sua integridade física, psíquica e moral⁶⁸, bem como o artigo 6º, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor, que assegura dentre os direitos básicos da parte mais fraca da relação de consumo o direito à proteção da saúde. Observa-se ainda que a Política Nacional das Relações de Consumo objetiva o atendimento dos consumidores respeitando a saúde destes.

Insta salientar a importância do reconhecimento, na relação contratual acima abordada, da vulnerabilidade jurídica do consumidor frente ao dever de informação do fornecedor quanto ao conteúdo do contrato e a abrangência do plano.

⁶⁶NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; DENSA, Roberta. A proteção dos consumidores hipervulneráveis. In: **Doutrinas Essenciais Direito do Consumidor**, v. II: Vulnerabilidade e Modelos de Proteção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 444.

⁶⁷BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 72.

⁶⁸NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; DENSA, Roberta. A proteção dos consumidores hipervulneráveis. In: **Doutrinas Essenciais Direito do Consumidor**, v. II: Vulnerabilidade e Modelos de Proteção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 444-445.

O STJ manifesta entendimento no sentido de que o fornecedor deve presumir que o consumidor é um leigo e cumprir seus deveres de boa-fé (conduta do sujeito em todas as fases contratuais: pré-contratual, contratual e pós-contratual) na divulgação das informações.⁶⁹

A boa-fé serve como “parâmetro de interpretação dos contratos, identificação de abuso de direito e criação de deveres anexos”⁷⁰. A boa-fé objetiva consiste no respeito da parte aos interesses, expectativas e direitos do seu parceiro contratual, sendo relevante para o presente estudo. É um dever, de ambas as partes, agir com lealdade, para que se cumpra a obrigação inerente ao negócio jurídico.

Devido à condição de hipervulnerabilidade do consumidor idoso, os produtos e serviços a ele destinados, bem como a publicidade dos mesmos, exigem ainda mais o dever de boa-fé por parte do fornecedor, nos termos dos artigos 37, §2º e 39, IV, do Código de Defesa do Consumidor.

Os contratos de planos de saúde consistem em contratos de adesão, o que evidencia a fragilidade do consumidor, tendo em vista que, nesses tipos de contrato, o fornecedor do produto ou serviço goza de uma segurança jurídica maior, já que se utiliza de cláusulas que muitas vezes prejudicam o consumidor e que este nada pode discutir, somente assinar e concordar com os termos expostos. Nesses casos, portanto, o idoso fica suscetível a práticas agressivas de venda, correndo maior risco de ser enganado. Nesse sentido, Fernando Noronha (2011, p. 162) ensina:

[...] o aderente é a parte “mais fraca”, sobretudo do ponto de vista econômico, mas também no aspecto psicológico. Enquanto o fornecedor é profissional e tem a obrigação de conhecer bem o produto ou o serviço que oferece, o aderente, em regra, é leigo e sem condições de avaliar criticamente as informações que lhe são passadas sobre o produto ou o serviço que lhe é oferecido e que uma publicidade insistente induz a adquirir, chegando a criar nele uma nova necessidade.⁷¹

⁶⁹MARQUES, Cláudia Lima. Campo de Aplicação do CDC. In: BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 102

⁷⁰BESSA, Leonardo Roscoe. Proteção Contratual. In: BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 356.

⁷¹Noronha, Fernando. Doutrinas Essenciais Direito do Consumidor, v. 4, Contratos de Consumo, 2011, p. 162.

Diante da necessidade de ter sua saúde assegurada, o idoso adere a esse tipo de contrato, depositando sua confiança em ter suas expectativas atendidas pela iniciativa privada, já que não confia nos cuidados oferecidos pelo Poder Público.

Assim, é de extrema importância olhar atenciosamente para o sujeito hipervulnerável, para que não haja violação aos seus direitos fundamentais ligados à dignidade da pessoa humana, já que quem prestará o serviço de que o idoso necessita é um agente que atua no mercado e visa exclusivamente o lucro.

A vulnerabilidade torna-se ainda maior quando abrange grupo de pessoas idosas que não possuem condições de arcar com a proteção do seu direito à saúde. Dessa forma, o presente trabalho volta-se para o consumidor idoso hipervulnerável e hipossuficiente, ou seja, economicamente fraco, que fica ainda mais propenso aos abusos do mercado, tendo em vista que o Brasil, até pouco tempo, possuía a maior parte de sua população em estado de pobreza extrema.⁷²

Conforme ensina Adolfo Mamoru Nishiyama e Roberta Densa (2011, p. 436), “a hipossuficiência deve ser analisada pelo magistrado, no caso concreto, e é caracterizada quando o consumidor apresenta traços de inferioridade cultural, técnica ou financeira.”⁷³

Ademais, outra prática muito comum é o aumento demasiado do custo dos planos, devido à atualização dos índices de reajuste, em razão da faixa etária, fazendo com que muitos não consigam arcar com os custos que praticamente dobram quando se chega na faixa dos 59 anos, o que inviabiliza o acesso do consumidor que está entrando na terceira idade e que sobrevive apenas com o valor da aposentadoria ou com a ajuda de familiares, gerando, em muitos casos, a rescisão do contrato e tendo que recorrer ao SUS ou às clínicas populares.

⁷²SCHMITT, Cristiano Heineck. **Consumidores Hipervulneráveis: A proteção do idoso no mercado de consumo**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 222.

⁷³NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; DENSA, Roberta. A proteção dos consumidores hipervulneráveis. In: **Doutrinas Essenciais Direito do Consumidor**, v. II: Vulnerabilidade e Modelos de Proteção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 436.

Sendo assim, a problemática dos planos de saúde atinge ainda mais os idosos, pessoas que contribuíram ao longo de todas as suas vidas para poder gozar do direito à saúde na fase em que mais precisam dos serviços médicos.

O Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03), bem como a Lei dos Planos de Saúde (Lei nº 9.656/98), proíbem o reajuste por mudança de faixa etária para indivíduos com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, nos termos do artigo 15, § 3º e 15, parágrafo único, respectivamente, tendo em vista que o aumento dos custos, nessa fase delicada da vida, torna-se uma barreira para a permanência desse sujeito de direito vulnerável no negócio jurídico.

Existe uma discussão quanto à possibilidade ou não de aplicar essa previsão em contratos celebrados anteriormente à vigência das referidas leis, porém, o Superior Tribunal de Justiça tem permitido essa aplicação, priorizando a proteção dos consumidores hipervulneráveis, como os idosos.⁷⁴

Insta salientar, ainda, que caso o consumidor idoso não seja capaz de arcar com o reajuste e tenha que abandonar o plano contratado, submetendo-se à outra operadora, será prejudicado, pois terá de enfrentar novo período de carência, sem cobertura para tratamentos.

O mercado atual visa uma maior liberdade de escolha e de combate à discriminação por idade, através do diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto do Idoso, bem como com a Lei dos Planos de Saúde.⁷⁵ Ressalta-se que o inciso II do artigo 6º do CDC traz o direito de liberdade de escolha e igualdade nas contratações, com enfoque nas normas referentes à parte pré-contratual, publicidade (art. 30 e ss) e práticas comerciais abusivas (art. 39 e ss). Sendo assim, o próximo capítulo analisará a publicidade enganosa praticada pelas operadoras privadas de assistência à saúde nos contratos celebrados com a pessoa idosa.

⁷⁴SCHMITT, Cristiano Heineck. **Consumidores Hipervulneráveis: A proteção do idoso no mercado de consumo**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 253.

⁷⁵BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 71.

CAPÍTULO 3: A PUBLICIDADE ENGANOSA E OS PLANOS DE SAÚDE

3.1. Conceito de publicidade

Com a Terceira Revolução Industrial e a globalização, os hábitos de consumo foram modificados pelo mundo virtual, diante da expansão da publicidade e da rapidez das informações.⁷⁶

Considerando que a Lei nº 8.078/90 não traz a definição de publicidade, merece destaque a noção trazida pelo Comitê de Definições da American Association of Advertising Agencies (AAAA) (Benjamin, 2013, p. 253)⁷⁷: “Publicidade é qualquer forma paga de apresentação impessoal e promoção tanto de ideias, como de bens ou serviços, por um patrocinador identificado”.

Como elementos essenciais desta, o ministro do STJ destaca a difusão (meio pelo qual a publicidade se expressa) e a informação (a finalidade da publicidade em atingir o consumidor).

A publicidade busca um objetivo comercial, estando vinculada, direta ou indiretamente, a um produto ou serviço. É importante destacar que a proteção do consumidor já se inicia antes mesmo da formalização do contrato de consumo. Como a publicidade é uma técnica de estimulação do consumo, que ocorre em momento pré-contratual, gerando uma expectativa, recebe tutela do Código de Defesa do Consumidor.⁷⁸

A doutrina destaca alguns princípios relacionados com a publicidade. Dentre eles: identificação da publicidade (art. 36, *caput*); vinculação contratual da publicidade (arts. 30 e 35); veracidade da publicidade (art. 37, § 1º); não abusividade da publicidade (art. 37, § 2º); inversão do ônus da prova (art. 38); transparência da fundamentação da publicidade (art. 36,

⁷⁶MARQUES, Claudia Lima. Introdução ao Direito do Consumidor. In: BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 48.

⁷⁷BENJAMIN, Antonio Herman V. Oferta e Publicidade. In: BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 253.

⁷⁸BENJAMIN, Antonio Herman V. Oferta e Publicidade. In: BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 257.

parágrafo único); correção do desvio publicitário (art. 56, XII) e lealdade publicitária (art. 4º, VI).⁷⁹

A publicidade aumenta a posição de fragilidade do consumidor, já que se aproveita do déficit informacional natural deste para influenciá-lo a consumir produto ou serviço que não domina. Sua regulação no Código de Defesa do Consumidor ocorre em capítulo próprio (Das práticas comerciais) e sua vinculação está disciplinada nos artigos 30 a 38 do CDC.

Pelo o que restou demonstrado no capítulo anterior, verifica-se que a vulnerabilidade informacional representa o maior fator de desequilíbrio na relação de consumo, tendo em vista que somente o fornecedor é detentor das informações sobre o produto ou serviço.

Cristiano Heineck Schmitt (2014, p. 205)⁸⁰ destaca que os fornecedores “agem com certa facilidade sobre o indivíduo mal informado, com pouca capacidade de resistência face aos apelos da mídia.”.

Assim, já que o poder deste sujeito fica concentrado na informação, deve compartilhar tudo o que sabe, para evitar o desequilíbrio que atinge o consumidor. Quanto maior a informação, maior a possibilidade do usuário de fazer uma boa escolha, baseada na relação qualidade-preço. O direito à informação consiste em direito fundamental, previsto no artigo 5º, inciso XIV, da Constituição da República e guarda relação com os princípios da transparência, da boa-fé objetiva e da confiança, todos previstos no Código de Defesa do Consumidor. Além disso, o CDC estabelece o dever de informar nos artigos 6º, III; 31 e 52, *caput*.

Outrossim, a Ministra Nancy Andrigli, em decisão proferida em 27.03.2012, no REsp 1121275/SP, DJe 17.04.2012, manifestou o seguinte entendimento:

O art. 6º, III, do CDC institui o dever de informação e consagra o princípio da transparência, que alcança o negócio em sua essência, porquanto a informação repassada ao consumidor integra o próprio conteúdo do contrato. Trata-se de dever intrínseco ao negócio e que deve estar presente não apenas na formação do contrato,

⁷⁹BENJAMIN, Antonio Herman V. Oferta e Publicidade. In: BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 258-259.

⁸⁰SCHMITT, Cristiano Heineck. **Consumidores Hipervulneráveis: A proteção do idoso no mercado de consumo**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 205.

mas também durante toda a sua execução. O direito à informação visa a assegurar ao consumidor uma escolha consciente, permitindo que suas expectativas em relação ao produto ou serviço sejam de fato atingidas, manifestando o que vem sendo denominado de consentimento informado ou vontade qualificada.⁸¹

É essencial e direito básico dos consumidores o acesso à informação adequada, correta, clara, precisa, ostensiva e completa sobre os produtos e serviços para que efetuem suas escolhas, já que não têm capacidade de, sozinhos, conhecerem sobre a qualidade do produto ou serviço ou obter as informações relevantes para a compra.

Logo, o comércio de produtos e serviços tem a obrigação de ser informativo, divulgando todas as informações pertinentes por meio de ampla publicidade, com base nos princípios da boa-fé objetiva e da transparência, preocupando-se não só com a celebração e a execução do contrato, mas também com a fase pré-contratual.

Insta salientar que, de acordo com o artigo 36 do CDC, a publicidade lícita é aquela que o consumidor consegue identificar de forma fácil e imediata.

Assim, o artigo 31 estabelece o dever do fornecedor de informar corretamente o consumidor sobre o produto ou serviço contratado e elenca os dados integrantes dessa obrigação, nos seguintes termos:

Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

Quanto à esta obrigação, ensina o STJ:

[...]

11. A obrigação de informação é desdobrada pelo art. 31 do CDC, em quatro categorias principais, imbricadas entre si: a) informação-conteúdo (= características intrínsecas do produto e serviço); b) informação-utilização (= como se usa o produto ou serviço); c) informação-preço (= custo, formas e condições de pagamento); e d) informação-advertência (= riscos do produto ou serviço).” (REsp 976.836-RS, j. 25.08.2010, DJe 05.10.2010).⁸²

⁸¹BENJAMIN, Antonio Herman V. Oferta e Publicidade. In: BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 239.

⁸²BENJAMIN, Antonio Herman V. Oferta e Publicidade. In: BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 239-247.

É importante ressaltar que o rol apresentado no artigo supramencionado é apenas enumerativo. Se houver outro elemento relevante, este também deve ser informado.

Conforme se extrai do artigo 30 do Código de Defesa do Consumidor, toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, vincula o fornecedor e passa a integrar o futuro contrato, criando uma obrigação pré-contratual.

No tocante a este momento pré-contratual, Leonardo Roscoe Bessa (2013, p. 360)⁸³ ressalta que “é justamente neste momento inicial de atração do consumidor para adquirir algum produto ou serviço que mais se falta com a verdade, informações relevantes são omitidas, procedimentos para induzir o comprador a erro ocorrem nesta hora.”

Por um tempo e em alguns casos a publicidade no Brasil era tratada apenas como uma proposta. Porém, o entendimento atual é de que se atribui efeito vinculante a esta. A oferta, inclusive, com base na proteção do consumidor, ganhou previsão tanto no CDC, quanto na Constituição Federal e passou a ser vista como uma tradução de vontade definitiva de uma das partes dirigida à outra para que aceite ou não.

Sobre os elementos que devem estar presentes na oferta, Antonio Herman V. Benjamin(2013, p. 236), assinala:

Na sua configuração original, com variações mínimas de sistema a sistema, exige-se que a oferta seja precisa (= autossuficiente, vale dizer, completa e inequívoca, sem vagueza ou incongruências, trazendo as cláusulas essenciais do contrato, pelo menos as relativas ao preço e à coisa), dirigida a seu destinatário (= declarada e, em alguns sistemas, como o argentino, com destinatário certo ou determinado) e firme (= séria, mesmo que com reservas, mas carreando, de qualquer maneira, a intenção inequívoca de obrigar-se). Tais requisitos são exigíveis tanto da oferta a pessoa determinada como da pública.⁸⁴

Acerca das formas de vinculação, o ministro (2013, p. 238-239) destaca:

A vinculação atua de duas maneiras: primeiro, obrigando o fornecedor, mesmo que se negue a contratar; segundo, introduzindo-se (e prevalecendo) em contrato

⁸³BESSA, Leonardo Roscoe. Proteção Contratual. In: BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 360.

⁸⁴BENJAMIN, Antonio Herman V. Oferta e Publicidade. In: BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 236.

eventualmente celebrado, inclusive quando seu texto o diga de modo diverso, pretendendo afastar o caráter vinculante.⁸⁵

Para que haja vinculação, é necessário que o consumidor tome conhecimento da proposta divulgada pelo fornecedor. Porém, a informação veiculada, por si só, não o vincula, devendo a oferta ser precisa e concisa.⁸⁶

Dessa forma, qualquer manifestação do fornecedor que induza o consentimento do consumidor passa a integrar o conteúdo do contrato.

Insta salientar que o Direito do Consumidor adota, como regra, o princípio da reparação integral, que determina que o consumidor deve ser reparado em todos os seus prejuízos, nos termos do art. 6º, VI e VII, do CDC. Isto posto, o princípio da vinculação contratual da mensagem publicitária impõe a responsabilidade civil objetiva do fornecedor em caso de descumprimento da oferta ou publicidade.

Assim, além da via persecutória penal e a das sanções administrativas (Capítulos XII e XIII), no caso de inadimplência por parte do fornecedor, o consumidor pode: a) exigir o cumprimento forçado da obrigação; b) aceitar um outro bem de consumo equivalente; c) rescindir o contrato já firmado, cabendo-lhe, ainda a restituição do que já pagou, monetariamente atualizado, e perdas e danos (inclusive morais), conforme delimita o artigo 35 do Código de Defesa do Consumidor. Portanto, é essencial que o fornecedor veicule informações corretas e que possam ser adimplidas.

Diante do exposto, a publicidade é essencial na sociedade consumerista, porém, deve ser realizada de forma pertinente, tendo em vista que os contratos de consumo são constantemente resultantes de práticas comerciais agressivas, que buscam induzir o indivíduo a consumir. Nesse sentido, é preciso que haja regulação e fiscalização do fenômeno publicitário, objetivando a proteção da parte mais fraca na relação de consumo.

⁸⁵BENJAMIN, Antonio Herman V. Oferta e Publicidade. In: BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 238-239.

⁸⁶BENJAMIN, Antonio Herman V. Oferta e Publicidade. In: BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 239-240.

Dessa forma, será analisada a publicidade enganosa voltada para os consumidores idosos no campo da saúde em que, por envolver bem jurídico necessário à vida humana, as normas devem ser interpretadas com maior rigorosidade.

No tocante à preocupação internacional com esses consumidores hipervulneráveis, insta salientar que a Recomendação nº 18, do Plano de Ação Internacional de Viena sobre Envelhecimento indicou, dentre outros, o dever do governo de “limitar a publicidade intensiva e outras técnicas de venda destinadas fundamentalmente a explorar os escassos recursos dos idosos.”. Ademais, o Plano de Ação aprovado pela Segunda Assembleia Mundial sobre o tema, ocorrida em Madri, Espanha, no ano de 2002, implementou leis para evitar abusos e práticas nocivas praticados aos idosos.⁸⁷

3.1.2 A publicidade enganosa

Como já abordado, com os avanços tecnológicos e o aumento da influência dos meios de comunicação social, as campanhas publicitárias ganharam mais força. Nesse contexto, o consumidor não possui condições de “julgar, por si mesmo, sobre a performance dos produtos e serviços; não tem possibilidade de influenciar o mercado, nem quanto aos preços nem quanto à qualidade; se submete a uma extraordinária pressão da publicidade, que tende a reduzir sua capacidade crítica.”.⁸⁸

Dessa forma, fica refém das práticas comerciais, podendo sofrer abusos ou ser enganado, o que é vedado pelo Código de Defesa do Consumidor no artigo 37, nos seguintes termos:

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

§ 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja

⁸⁷SCHMITT, Cristiano Heineck. **Consumidores Hipervulneráveis: A proteção do idoso no mercado de consumo**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 218.

⁸⁸CACERES, Eliana. Os direitos básicos do consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima e MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor: Vulnerabilidade do Consumidor e Modelos de Proteção**. Coleção Doutrinas Essenciais; vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 886.

capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

§ 3º Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.

§ 4º (Vetado).

Nesse sentido, a Lei nº 8.078/90 prevê a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva dentre os direitos básicos do consumidor, nos termos do inciso IV do artigo 6º, *in verbis*:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

A mera capacidade de induzir o consumidor ao erro já é suficiente para caracterizar a enganosidade. Além disso, não necessariamente a publicidade precisa ser falsa para ser enganosa. Se ela for verdadeira, porém, não tiver sido apresentada de forma completa, deixando de informar algum elemento relevante, ou não for clara, de modo que o consumidor não a entenda, enquadra-se na categoria estudada.

Assim, a publicidade enganosa pode ser dividida em dois tipos básicos: por comissão (ativa) e por omissão (passiva). Na primeira, “o fornecedor afirma algo capaz de induzir o consumidor em erro, ou seja, diz algo que não é” e “decorre de um informar positivo que não corresponde à realidade do produto ou serviço”. Na segunda, “o anunciante deixa de afirmar algo relevante e que, por isso mesmo, induz o consumidor em erro, isto é, deixa de dizer algo que é”, ou seja, omite dados essenciais que influenciam na decisão do consumidor.⁸⁹

Importante ressaltar que nesse tipo de publicidade, é irrelevante a boa ou má-fé do anunciante (fornecedor). Não há que se olhar para a intenção ou não de enganar por parte do deste, basta estar presente no anúncio o induzimento do consumidor ao erro, ou seja, ter tendência ou capacidade para enganar, tendo em vista que o Código de Defesa do Consumidor é uma lei especial que busca a proteção da parte mais fraca da relação de consumo. Sobre o tema, Antonio Herman V. Benjamin (2013, p. 264-265) esclarece:

⁸⁹BENJAMIN, Antonio Herman V. Oferta e Publicidade. In: BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 264-267.

A essência do desvio (a enganiosidade) não é a má-fé, a negligência, ou mesmo o descumprimento de um dever contratual ou paracontratual. Em suma: uma prática é enganosa mesmo quando inexistente qualquer intenção de enganar.

A publicidade é enganosa mesmo que sua capacidade de induzir em erro se manifeste apenas em relação a consumidores particularmente vulneráveis, como os idosos. [...] Em outras palavras, não se exige que a “maioria” dos consumidores seja atingida pela capacidade de induzir em erro.⁹⁰

Dessa forma, para avaliar se a publicidade é enganosa, deve-se observar a natureza da mensagem publicitária (conteúdo do anúncio) e a vulnerabilidade do consumidor (tipo de consumidor atingido ou atingível).

Relacionando essa noção com o consumidor idoso que realiza contrato para a garantia de sua saúde, cabe ressaltar que a lei especial considera prática abusiva e veda o comportamento do fornecedor de “prevaler-se da fraqueza ou da ignorância do consumidor tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços”, conforme estabelecido no artigo 39, inciso IV, do CDC.

Sobre o abuso de direito na relação de consumo, Bruno Miragem (2011, p. 232-233) ensina:

O abuso do direito no direito do consumidor, neste sentido, é antes o abuso de uma posição jurídica dominante de uma das partes (...), do fornecedor no mercado de consumo, cujo reconhecimento qualifica determinados modos de exercício da liberdade de contratar como abusivos, sobretudo quando este exercício de algum modo se utiliza ou aproveita da vulnerabilidade do consumidor.

É do vínculo lógico entre o abuso do direito e a vulnerabilidade do consumidor no Código de Defesa do Consumidor que resulta o caráter abusivo das cláusulas contratuais que lhe sejam desfavoráveis, quando violem a comando expresso do art. 51 do CDC, ou em situações nas quais possa se presumir sua imposição pelo fornecedor, dada a desvantagem exagerada que implica para o consumidor.⁹¹

Insta salientar que a publicidade enganosa não deve ser confundida com a publicidade abusiva. Nesta, o bolso do consumidor não é afetado, mas o bem-estar deste fica comprometido, enquanto naquela, configura-se dano patrimonial.

Conforme ensina Antonio Herman V. Benjamin, “são abusivas as práticas que atentem, já aludimos, contra a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), a igualdade de origem,

⁹⁰BENJAMIN, Antonio Herman V. Oferta e Publicidade. In: BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 264-265.

⁹¹MIRAGEM, Bruno. Nulidade das cláusulas abusivas nos contratos de consumo. In: MARQUES, Claudia Lima e MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor: Contratos de Consumo**. Coleção Doutrinas Essenciais; vol. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 232-233.

raça, sexo, cor e idade (art. 39, IV, do CDC), os direitos humanos (art. 3º, II, da CF), a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (art. 5º, X, da CF).”⁹²

No tocante aos consumidores com baixos recursos econômicos, as ferramentas utilizadas pelo fornecedor que se aproveitam da hipossuficiência do consumidor qualificam a prática como abusiva.⁹³

Alguns autores utilizam as palavras hipervulnerabilidade e hipossuficiência como sinônimas. No entanto, é importante ressaltar que a segunda está relacionada, essencialmente, com a capacidade de custear um processo, enquanto a primeira envolve a desigualdade das partes na relação jurídica. Acerca dessa distinção, Cristiano Heineck Schmitt (2014, p. 215)⁹⁴ ensina:

A distinção entre hipossuficiência e vulnerabilidade é necessária, pois, embora representem situações de fragilidade, a primeira nem sempre é verificável, de forma que somente receberá uma tutela mais intensa aquele consumidor que expressar as duas condições indicadas. Em alguns casos particularizados, a vulnerabilidade resta acentuada, vindo a se manifestar também no campo processual. Ocorrendo esta hipótese, além de vulnerável, que é uma característica intrínseca a tal sujeito especial, esse consumidor será também adjetivado de hipossuficiente, pode, em razão disso, obter fatores de proteção diferenciados.

Merece destaque o artigo 67 do CDC, que estabelece que a promoção de publicidade que seja capaz de induzir o consumidor a erro, comportando-se de forma prejudicial, configura-se infração penal, cuja pena é de detenção de três meses a um ano e multa.

⁹²BENJAMIN, Antonio Herman V. Práticas Abusivas. In: BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 279.

⁹³BENJAMIN, Antonio Herman V. Práticas Abusivas. In: BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 284.

⁹⁴SCHMITT, Cristiano Heineck. **Consumidores Hipervulneráveis: A proteção do idoso no mercado de consumo**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 215.

CAPÍTULO 4: OS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE DESTINADOS À PESSOA IDOSA

O acesso à saúde deve ser universal, conforme disposto no artigo 196 da Constituição Federal de 1988, tendo em vista a igualdade garantida pelo seu artigo 5º.

Sabe-se que o Estado não consegue prestar uma assistência adequada e suficiente para que cada pessoa tenha um tratamento de saúde digno. Assim, diante do sucateamento da saúde pública, mesmo tendo acesso ao Sistema Único de Saúde (SUS) de forma gratuita, a população brasileira se esforça para pagar um plano privado, o que é de grande dificuldade para as camadas mais baixas e para os idosos, já que estes muitas vezes têm como única fonte de renda uma aposentadoria cujo valor não é suficiente para atender todas as suas necessidades.

A própria Carta Magna reconheceu a dificuldade de implementação de um sistema de saúde gratuito que atenda cada cidadão, prevendo a atuação da iniciativa privada na assistência à saúde, como complemento à atividade exercida pelo SUS, nos termos do artigo 199, § 1º, *in verbis*:

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

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

Dessa forma, essa assistência prevista no artigo supracitado ocorre através dos planos privados de saúde, por meio de contratos ou convênios realizados entre o SUS e as instituições privadas, sendo pagos pelos usuários. Quanto à regulação, fiscalização e controle, estes são realizados pelo Poder Público.

Inclusive, o artigo 32 da Lei dos Planos de Saúde estabelece que, quando as instituições integrantes do SUS prestarem atendimento ao paciente que possui plano de saúde e cujo contrato abrange aquele serviço, a operadora deste deve ressarcir as referidas instituições.⁹⁵

⁹⁵BARLETTA, Fabiana Rodrigues. **O Direito à Saúde da Pessoa Idosa**. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2010, p. 172.

Assim, o foco do presente estudo é a saúde prestada pela iniciativa privada, que começou a se destacar a partir da década de 1960.

O principal marco da assistência privada à saúde ocorreu em 1998, com a promulgação da Lei n. 9.656, que legisla especificamente sobre os planos de saúde. Esses contratos também são regidos pelo Código de Defesa do Consumidor, conforme enunciado da Súmula 469 do Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista que representam contratos de consumo, formados pela operadora do plano (fornecedora do serviço de saúde em contrato oneroso) e o segurado (consumidor vulnerável).

Neste caso, o CDC é aplicável de forma prioritária, tendo em vista que, hierarquicamente, é superior, devido à sua base constitucional, enquanto a Lei dos Planos de Saúde é aplicada imediatamente em suas especificidades, desde que não contrarie o Código, conforme previsão do artigo 35-G, da Lei nº 9.656/98.

A definição de plano privado de assistência à saúde é apresentada pelo inciso I do artigo 1º da Lei dos Planos de Saúde (Lei nº 9.656/98), nos seguintes termos:

I - Plano Privado de Assistência à Saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

O contrato é um dos veículos utilizados para a transferência e circulação de bens e serviços, sendo, na relação de consumo, o meio pelo qual o consumidor é informado, protegendo sua autonomia de escolha. Os princípios fundamentais que o regem são a autonomia privada, a boa-fé e a justiça contratual. Sobre estes, Fernando Noronha (2011, p. 143-144)⁹⁶ ensina:

A autonomia privada consiste na liberdade de as pessoas regularem através de contratos, ou mesmo de negócios jurídicos unilaterais, quando possíveis, os seus interesses, em especial no que diz respeito à produção e à distribuição de bens e

⁹⁶NORONHA, Fernando. Contratos de consumo, padronizados e de adesão. In: MARQUES, Claudia Lima e MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor: Contratos de Consumo**. Coleção Doutrinas Essenciais; vol. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 143-144.

serviços. É nos contratos que autonomia privada ganha relevo especial, através do princípio da liberdade contratual, que é seu corolário. A boa-fé que é princípio contratual traduz-se no dever de cada parte de agir de forma a não defraudar a confiança da contraparte. Ela é indispensável para tutela da segurança jurídica, para garantia da realização das expectativas legítimas das partes. Quando a lei impõe a quem se obrigou a necessidade de cumprir o compromisso, está apenas protegendo, no interesse geral, a confiança que o credor legitimamente tinha em que o seu interesse particular seria satisfeito. O princípio da justiça contratual tem por finalidade a realização de um efetivo equilíbrio entre direitos e obrigação das partes (justiça substancial) nos contratos comutativos, que são, de longe, os mais importantes. Tal equilíbrio não poderá, porém, suprimir a liberdade das partes e destruir a autonomia privada, nem afetar a segurança das transações, que é pressuposta pela boa-fé.

No que tange aos contratos de planos de saúde realizados com a pessoa idosa, a função destes consiste na garantia do acesso adequado a um bem existencial.⁹⁷ O consumidor que adere a esse negócio jurídico deposita a expectativa de que lhe sejam prestados serviços de assistência médica quando deles necessitar.

Cláudia Lima Marques *apud* Fabiana Barletta (2010, p. 185)⁹⁸, refere-se aos planos privados de assistência à saúde como “contratos cujo objeto é a transferência onerosa de riscos à iniciativa privada referentes à futura necessidade de assistência médica e hospitalar” e em que “existe uma obrigação de resultado nesse tipo contratual que vincula o plano a oferecer serviços de medicina, exames, reembolso de quantias, medicamentos, alimentação, com qualidade e adequação, para a recuperação do segurado.”.

Assim, neste tipo de contrato, não se sabe quando irá ocorrer o cumprimento da obrigação, tendo em vista que a doença é futura e incerta. Porém, se esta surge, a assistência ao segurado ou seus dependentes deve ser imediata, pois é obrigação do plano, desde que o consumidor esteja cumprindo com sua obrigação de pagar as prestações mensais.

A revolução industrial do século XIX deu origem à massificação das relações contratuais. Em virtude disso, as relações de consumo modernas, baseadas na comercialização em grande escala, ocasionaram na padronização dos contratos. Os métodos de contratação em

⁹⁷BARLETTA, Fabiana Rodrigues. **O Direito à Saúde da Pessoa Idosa**. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2010, p. 240.

⁹⁸BARLETTA, Fabiana Rodrigues. **O Direito à Saúde da Pessoa Idosa**. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2010, p. 185.

massa, portanto, geraram uma “elaboração prévia e unilateral de um esquema contratual a ser aplicado indistintamente para uma série de relações futuras.”.⁹⁹

Nesses moldes, surgiram então, os contratos de adesão, através dos quais se busca uma maior rapidez na conclusão dos negócios.

Os contratos de assistência à saúde prestados pela iniciativa privada se encaixam nessa categoria, onde o consumidor não é livre para colocar suas vontades no conteúdo do negócio jurídico, preponderando a vontade do fornecedor, que elabora unilateralmente todas as cláusulas, geralmente com termos técnicos, complexos, extensos, pouco esclarecedores e com fonte em tamanho reduzido, com o intuito de dificultar a compreensão e a manifestação de vontade livre e consciente do cliente, o que evidencia a posição desigual dos contratantes e a vulnerabilidade jurídica do consumidor.

A única liberdade que este tem é de contratar, ou seja, aderir ou não ao contrato. Mesmo assim, essa liberdade deve ser criticada, ainda mais quando o negócio jurídico é o único meio de adquirir bens ou serviços essenciais e indispensáveis à vida, como a saúde.

Nesses casos, o consumidor não tem outra escolha, a não ser aderir àquele contrato naquelas condições pré-estabelecidas para ter acesso aos cuidados necessários, sem a possibilidade de discutir ou modificar as cláusulas contratuais, ou então terá que prolongar seu atendimento, procurando por outras empresas, que provavelmente oferecerão cláusulas bem parecidas. Dessa forma, é importante que a proteção do consumidor acompanhe a evolução das práticas de mercado.

Os contratos de adesão, portanto, devem ser objetivos e claros, de modo a não gerar dúvidas nem ambiguidades. Sobre esse tipo de contrato, a doutrina ressalta:

No contrato de adesão deparamos com uma restrição mais extensa ao tradicional princípio da autonomia da vontade.

[...]

O indivíduo que necessita contratar com uma grande empresa exploradora de um serviço público depara com um contrato-padrão, previamente elaborado, limitando-se a dar a sua adesão ao paradigma contratual já estabelecido. Ou se submete a ele,

⁹⁹DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. In: MARQUES, Claudia Lima e MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor**: Contratos de Consumo. Coleção Doutrinas Essenciais; vol. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 387.

sem chance de discutir o preço e outras condições propostas, contratando, ou se priva de um serviço muitas vezes indispensável.¹⁰⁰

Assim, os consumidores que desejarem contratar com a empresa ou mesmo com o Estado já receberão pronta e regulamentada, geralmente em formulários impressos, a relação contratual, seus direitos e obrigações, não havendo negociação individual dos termos desse contrato. Desta maneira, limita-se o consumidor a aceitar (muitas vezes sem sequer ler completamente) as cláusulas do contrato, assumindo um papel de simples aderente à vontade manifestada pela empresa no instrumento contratual massificado.¹⁰¹

Nesse sentido, qualquer consumidor contratante enfrenta dificuldades diante dos contratos de adesão. Porém, os consumidores idosos sofrem limitações ainda mais profundas, tendo em vista uma maior dependência dos serviços prestados pelos planos e seguros de saúde.

Por ser celebrado com frequência nas relações de consumo, esse contrato ganhou definição legal, prevista pelo artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*:

Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

Assim, apesar dessa espécie contratual ser indispensável nos tempos modernos, há uma restrição à liberdade contratual do consumidor, restando demonstrada, portanto, a vantagem das empresas que, ao elaborarem previamente os contratos, tendem a redigi-los da maneira mais favorável a elas, muitas vezes incluindo cláusulas abusivas (arts. 51 a 53, do CDC) e gerando riscos para os consumidores, que “aderem sem conhecer as cláusulas, confiando nas empresas que as pré-elaboram e na proteção que, esperam, lhes seja dada por um Direito mais social.”¹⁰²

Quanto a esse desequilíbrio na relação contratual, Cristiano Heineck Schmitt (2011, p. 468) enfatiza:

¹⁰⁰GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Contratos e Atos Unilaterais**, vol. 3, 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.100.

¹⁰¹MARQUES, Cláudia Lima. Novas regras sobre a proteção do consumidor nas relações contratuais. In: MARQUES, Cláudia Lima e MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor: Contratos de Consumo**. Coleção Doutrinas Essenciais; vol. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 83.

¹⁰²MARQUES, Cláudia Lima. Novas regras sobre a proteção do consumidor nas relações contratuais. In: MARQUES, Cláudia Lima e MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor: Contratos de Consumo**. Coleção Doutrinas Essenciais; vol. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 84.

Evidente que, quando uma determinada categoria exerce predomínio sobre a outra, ditando, por exemplo, as regras de um contrato, de forma livre e sem fiscalização alguma, não se poderá cogitar em relações equilibradas. Se um dos contratantes observa a vontade do outro reduzida à mera aceitação do trato, sem que lhe fosse possibilitado barganhar, aquele que usufrui de posição dominante estabelecerá regras que protejam somente os seus interesses, e, nesse caso, não se poderá falar em contrato de prestações equilibradas. Todos os contratantes almejam uma vantagem na relação; o problema, observamos assim, surge com o desvirtuamento da vantagem que, de justa, pode transformar-se em puro desequilíbrio contratual.¹⁰³

Assim, as leis de ordem pública, acompanhadas da atuação estatal, são essenciais para impor limites à liberdade contratual e estabelecer um equilíbrio entre as partes desiguais. Para tal fim, a Lei nº 8.078/90 estabeleceu deveres ao fornecedor, como o de redigir o contrato com base na boa-fé, sem dificultar a compreensão de seu sentido e alcance, nos termos do artigo 46.

Ademais, o parágrafo 3º do artigo 54 do CDC garante que os contratos de adesão devem ser redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, com fonte não inferior ao corpo doze, facilitando a compreensão do consumidor, sob pena de não obrigá-lo ao contrato, conforme preceitua o artigo 46. Além disso, este artigo também exige que o consumidor tenha oportunidade de tomar conhecimento prévio do conteúdo do negócio jurídico. Se em ambos os casos elencados pelo artigo 46 o fornecedor não cumprir com seu dever, o acordo de vontade será, portanto, inválido.

Quanto às cláusulas limitadoras de direito do consumidor, o parágrafo 4º do artigo 54 estabelece que estas devem ser redigidas com destaque, de modo a permitir uma compreensão fácil e imediata. Cláudia Lima Marques (2011, p. 98) critica a eficácia dessa regra, no seguinte sentido:

[...]o mestre italiano Alpa considera esta uma norma inócua, pois, se a cláusula é inequitativa ou abusiva, mesmo estando em destaque, com o método da adesão (*take it or leave it*), ela será aceita de qualquer maneira. E uma vez cumprido o dever de destacá-la, para a jurisprudência italiana ela se tornava, na prática, “intocável”. Mas no sistema do Codecon este dever de destaque não exime o fornecedor do controle judicial do conteúdo do contrato.¹⁰⁴

¹⁰³SCHMITT, Cristiano Heineck. A “hipervulnerabilidade” do consumidor idoso. In: MARQUES, Claudia Lima e MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor: Vulnerabilidade e Modelos de Proteção**. Coleção Doutrinas Essenciais; vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 468.

¹⁰⁴MARQUES, Cláudia Lima. Novas regras sobre a proteção do consumidor nas relações contratuais. In: MARQUES, Claudia Lima e MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor: Contratos de Consumo**. Coleção Doutrinas Essenciais; vol. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 98.

Ademais, também há quem entenda que não só as cláusulas limitadoras de direitos do consumidor devem ser destacadas, como também todas aquelas que tratem das principais obrigações do contratante decorrentes do negócio jurídico celebrado.¹⁰⁵

A vantagem é que, se os artigos supramencionados forem combinados com o disposto no artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor, que prevê a nulidade absoluta das cláusulas contratuais que configuram abuso de direito, caso o fornecedor descumpra o seu dever de redigir a cláusula de forma clara ou de destacar cláusula limitadora de direito do consumidor, estas podem ter sua nulidade decretada.

Além disso, diante da desigualdade econômica pertencente no contrato estudado, a Lei nº 8.078/90 considerou direito do consumidor a modificação de cláusulas com prestações desproporcionais ou a revisão de cláusulas contratuais que tenham se tornado excessivamente onerosas, permitindo, assim, a intervenção estatal na área dos contratos.¹⁰⁶

No tocante à interpretação das cláusulas contratuais dos contratos de adesão, estas devem ser interpretadas de maneira objetiva, considerando sempre o entendimento mais favorável ao consumidor e ao princípio do equilíbrio dos poderes contratuais que rege a relação de consumo, conforme determina o artigo 47 do CDC.

É importante ressaltar que o contrato de adesão não configura por si só abuso de direito. Essa forma de contratação é válida. Configura-se abuso quando o fornecedor se aproveita dessa espécie de contrato para exercer a autonomia da vontade de forma abusiva, trazendo cláusulas com desvantagens exageradas.

A doutrina também considera os contratos de assistência privada à saúde contratos de seguro, com previsão nos artigos 757 a 802 do Código Civil e no parágrafo 2º do artigo 3º do CDC. Carlos Roberto Gonçalves (2014, p.502)¹⁰⁷, ao citar Pedro Alvim, traz a seguinte

¹⁰⁵BESSA, Leonardo Roscoe. Proteção Contratual. In: BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013p. 364-365

¹⁰⁶ALMEIDA, João Batista de. A revisão dos contratos no Código do Consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima e MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor: Contratos de Consumo**. Coleção Doutrinas Essenciais; vol. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 p. 340.

¹⁰⁷GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Contratos e Atos Unilaterais**, vol. 3, 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.502.

definição “seguro é o contrato pelo qual o segurador, mediante o recebimento de um prêmio, assume perante o segurado a obrigação de pagamento de uma prestação, se ocorrer o risco a que está exposto.”.

Logo, também se enquadram nesta categoria, tendo em vista que o consumidor realiza prestações periódicas, as quais guardam relação de proporcionalidade com o grau de probabilidade de ocorrência do risco coberto, com o intuito de se precaver do evento danoso à sua saúde, ficando a seguradora obrigada a indenizar o segurado pelos custos com o tratamento necessário diante do surgimento de doença. Dessa forma, quanto mais avançada for a idade do segurado, maior é o valor do prêmio pago, tendo em vista que há maior risco à saúde.

No entanto, configuram-se uma modalidade especial, tendo em vista a presença do princípio da solidariedade social, que abarca a mutualidade, já que as pessoas idosas, em razão do avanço da idade e do surgimento de doenças, necessitam utilizar o plano com mais frequência do que as demais idades. A regulamentação das sociedades seguradoras nos planos privados de assistência à saúde ocorre através da Lei n. 10.185/01.¹⁰⁸

No tocante ao seguro-saúde, a Ministra Nancy Andrighi, em decisão proferida em 17.12.2009, publicada em 15.03.2010 no julgamento do REsp 1053810/SP¹⁰⁹, manifestou o seguinte entendimento:

O objetivo do contrato de seguro de assistência médico-hospitalar é o de garantir a saúde do segurado contra evento futuro e incerto, desde que esteja prevista contratualmente a cobertura referente à determinada patologia; a seguradora se obriga a indenizar o segurado pelos custos com o tratamento adequado desde que sobrevenha a doença, sendo esta a finalidade fundamental do seguro-saúde.

O que se verifica, na prática, é uma grande mercantilização da saúde, que deve ser repreendida, já que o consumidor idoso que paga pelo serviço de saúde deve ser visto como aliado da instituição privada, tendo em vista que promove o sustento desta.

¹⁰⁸BARLETTA, Fabiana Rodrigues. **O Direito à Saúde da Pessoa Idosa**. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2010, p. 216-217.

¹⁰⁹MIRAGEM, Bruno. O contrato do seguro e os direitos do consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima e MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor: Contratos de Consumo**. Coleção Doutrinas Essenciais; vol. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 596.

Quanto à função social dos contratos de planos de saúde, Fabiana Barletta (O Direito à Saúde da Pessoa Idosa, 2010, p. 236) ensina:

Cumpra esclarecer que, no ajuste de fornecimento da saúde por planos privados, sua função social encontra-se também no fornecimento adequado da saúde e não na obtenção de lucros astronômicos esquivando-se de prestá-la por meio de cláusulas contratuais no mínimo discutíveis que, se impõem grave prejuízo ao consumidor vulnerável, são mais prejudiciais para o consumidor idoso hipervulnerável.

Restou demonstrado, portanto, que mesmo contratando o sistema de assistência privada, o ramo da saúde apresenta deficiências que, nesse caso, aparecem diante dos abusos praticados pelas operadoras dos planos de saúde contra seus usuários, por considerarem o patrimônio da empresa mais importante que vida de seus clientes.¹¹⁰

Ressalta-se, ainda, a existência casos em que as operadoras de planos de saúde se negam a celebrar o contrato com consumidor idoso, o que viola a idéia de igualdade trazida pelo Código de Defesa do Consumidor, bem como artigo 14 da Lei dos Planos de Saúde, tendo em vista que ambas vedam a discriminação em razão da idade.¹¹¹

Nesse sentido, Cristiano Heineck Schmitt (2014, p. 246)¹¹² destaca:

Entende-se, assim, que resta afetada a dignidade do indivíduo que se vê excluído do consumo desse serviço essencial. Conduzida essa questão ao Poder Judiciário pátrio, este tem se orientado em obrigar a contratação por parte da operadora. Como ressalva Gregori, a Lei nº 9.656/98 tratou de limitar a autonomia da vontade das empresas fornecedoras de contratos de assistência privada à saúde, impedindo estas de vetarem o acesso de consumidores aos planos de saúde, em razão da idade ou da condição de saúde, bem como de rescindir contratos individuais ou familiares, salvo nas hipóteses de fraude e inadimplemento, assim previstas no art. 13 da referida norma.

Por isso, deve-se observar a finalidade maior do contrato, qual seja, assegurar a saúde e a vida de forma eficiente.

¹¹⁰SCHMITT, Cristiano Heineck. Cláusulas abusivas em contratos de planos e de seguros de assistência privada à saúde. In: MARQUES, Claudia Lima e MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor: Contratos de Consumo**. Coleção Doutrinas Essenciais; vol. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 293.

¹¹¹SCHMITT, Cristiano Heineck. **Consumidores Hipervulneráveis: A proteção do idoso no mercado de consumo**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 259.

¹¹²SCHMITT, Cristiano Heineck. **Consumidores Hipervulneráveis: A proteção do idoso no mercado de consumo**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 246.

4.1. Análise da publicidade enganosa praticada pelas operadoras privadas: abrangência da cobertura

Conforme já foi abordado, os contratos de consumo devem obedecer ao dever de informação e aos princípios da transparência, boa-fé objetiva e confiança. A fim de reiterar a importância da informação, merece destaque o pronunciamento do STJ:

5. O direito à informação, abrigado expressamente pelo art. 5º, XIV, da Constituição Federal, é uma das formas de expressão concreta do Princípio da Transparência, sendo também corolário do Princípio da Boa-fé Objetiva e do Princípio da Confiança, todos abraçados pelo CDC.
6. No âmbito da proteção à vida e saúde do consumidor, o direito à informação é manifestação autônoma da obrigação de segurança.
7. Entre os direitos básicos do consumidor, previstos no CDC, inclui-se exatamente a “informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços (...)”.
8. Informação adequada, nos termos do art. 6º, III, do CDC, é aquela que se apresenta simultaneamente completa, gratuita e útil, vedada, neste último caso, a diluição da comunicação efetivamente relevante pelo uso de informações soltas, redundantes ou destituídas de qualquer serventia para o consumidor. (...).
10. A informação deve ser correta (= verdadeira), clara (= de fácil entendimento), precisa (= não prolixa ou escassa), ostensiva (= de fácil constatação ou percepção) e, por óbvio, em língua portuguesa.
(...)
12. A obrigação de informação exige comportamento positivo, pois o CDC rejeita tanto a regra do *caveatemptor* como a subinformação, o que transmuda o silêncio total ou parcial do fornecedor em patologia repreensível, relevante apenas em desfavor do profissional, inclusive como oferta e publicidade enganosa por omissão.
(REsp 586.316-MG, j. 17.04.2007, Min. Herman Benjamin)¹¹³

Dessa forma, a informação assegura ao consumidor uma escolha consciente, proporcionando que as expectativas por ele depositadas no momento da contratação sejam de fato atingidas.

No tocante aos modelos padronizados de contratação e aos contratos de adesão, restou demonstrado que o fornecedor, ao elaborar exclusivamente as cláusulas contratuais, tende a redigi-las da maneira mais favorável a seus interesses, deixando, muitas vezes, de cumprir com seu dever de informar adequada e completamente o consumidor.

Com a crise econômica, bem como a perda do poder aquisitivo do consumidor idoso, associada à queda de produtividade inerente ao avanço da idade, muitos brasileiros não podem sustentar as prestações elevadas dos planos de saúde. Com isso, o mercado tem

¹¹³MARQUES, Cláudia Lima. A Lei 8078/90 e os Direitos Básicos do Consumidor. In: BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 74.

recorrido à apresentação de planos de baixo valor, porém, o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec) <http://www.consumidormoderno.com.br/2017/05/23/plano-baixo-custo-cobertura/> destaca que não é possível confiar nesses produtos, já que eles apresentam rede de atendimento reduzida e abrangência restrita.

No que tange ao caráter emergencial da prestação buscada nos contratos de planos de saúde, a situação é agravada quando se trata de pessoa idosa e de baixo poder aquisitivo, que não tem condições de arcar com gastos hospitalares elevados não contemplados pela cobertura do plano contratado, correndo o risco de sofrer um dano irreversível nas suas condições psicofísicas, ou mesmo o sacrifício de sua vida. Sobre essas pessoas, Fabiana Barletta explica (O Direito à Saúde da Pessoa Idosa, 2010, p. 203)¹¹⁴:

(...)as pessoas que se asseguram contra a doença por planos privados de saúde podem ser pobres ou ricas. Contudo, as que discutem cláusulas abusivas ou impedimentos lesivos levantados pelo plano em momentos dramáticos de suas vidas (...) não são ricas. (...) São os contribuintes pobres ou os que não possuem condições de arcar com o tratamento do qual necessitam, que morrem ou sofrem demasiadamente ao aguardar uma posição favorável do órgão jurisdicional.

É importante ressaltar que ao contratar o plano, o consumidor deposita expectativas, confia na operadora e acredita estar seguro quanto aos cuidados necessários.

Acerca do tema, Fabiana Barletta (2010, p. 200-202)¹¹⁵ salienta:

Sabe-se, porque corriqueiro, que pessoas idosas por muitos anos asseguradas em sua saúde mediante planos privados não gozam da pretendida assistência no momento em que mais precisam, por argumentos arbitrários das prestadoras de saúde que não medem esforços para alegar que o consumidor não tem o direito que pleiteia, em especial se esse direito custa caro. A iniciativa privada visa prioritariamente ao lucro e não a objetivos humanitários, razão pela qual o ser idoso depara-se com o paradoxo de ter pago pelo cuidado de sua saúde e não obtê-lo.

[...]

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

¹¹⁴BARLETTA, Fabiana Rodrigues. **O Direito à Saúde da Pessoa Idosa**. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2010, p. 203

¹¹⁵BARLETTA, Fabiana Rodrigues. **O Direito à Saúde da Pessoa Idosa**. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2010, p. 200-202.

constitucional. Além disso, há de ser extinta a concepção de que fornecedores de planos de saúde e seus consumidores idosos são adversários.

É importante ressaltar que a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) prevê um rol mínimo de procedimentos com cobertura obrigatória, sendo opção dos planos apresentar uma cobertura mais abrangente. Verifica-se que as maiores demandas judiciais dos consumidores idosos na área da saúde são relativas à cobertura de exames, tratamentos e procedimentos que não estão incluídos no rol de procedimentos da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), previsto na Resolução Normativa nº 428, caracterizando a insuficiência desta norma.

Inclusive, o Tribunal de Justiça de São Paulo consolidou entendimento na Súmula 102 no sentido de que “havendo expressa indicação médica, é abusiva a negativa de cobertura de custeio de tratamento sob o argumento da sua natureza experimental ou por não estar previsto no rol de procedimentos da ANS.”.

Sobre essa recusa, Fabiana Barletta (O Direito à Saúde da Pessoa Idosa, 2010, p. 208-211) destaca decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro na Apelação Cível nº 29.414/2005 e Apelação Cível nº 2006.001.17226, respectivamente:

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

Quando determinada cirurgia está coberta pelo plano, deve ser entendido que todos os suprimentos médicos indispensáveis ao bom êxito do ato médico também estejam, sob pena de se encontrar o consumidor em desvantagem exagerada.

Agora na difícil condição de paciente, literalmente “aberto” na mesa de operações e discutindo com o plano se ele está pagando esta ou aquela prótese. Além da ofensa à própria dignidade da pessoa humana, o comportamento dos planos de saúde beira a própria conduta criminoso.

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

[...]

[...] a condenação da parte Ré ao custeio das despesas relativas ao procedimento cirúrgico e ao pagamento da indenização por danos morais é a única medida que se afigura justa, uma vez que em jogo está a vida da pessoa que necessita a realização da intervenção cirúrgica com a implantação do *stent* e por se tratar de fato que, indubitavelmente, causaria abalo moral em qualquer pessoa, principalmente, naquelas mais idosas e que se encontram com a saúde debilitada.

No que concerne a alegação no sentido da ausência de previsão contratual para o custeio da intervenção cirúrgica pleiteada no recurso não merece acolhida uma vez

que a hipótese versa sobre procedimento de urgência, insuscetível de ser negada a cobertura pela seguradora diante do risco iminente à vida da autora. Assim, as limitações contratuais impostas são nulas de pleno direito e não podem impedir que a cirurgia se realize com o consequente custeio pela seguradora.

Os representantes das operadoras dos planos privados de assistência à saúde argumentam, nesses casos, que as informações referentes à cobertura estão expressas no contrato e que o consumidor tinha plena consciência de todos os termos.

Porém, sabe-se que “a declaração, ao final dos contratos de adesão, afirmada pelo consumidor de que conhece e compreende todas as cláusulas e condições, que começa a se generalizar, não tem qualquer valor”¹¹⁶ se a informação não é passada como a lei determina, ou seja, de forma clara, correta, legível, realmente compreensível e completa, sem omissões.

É importante lembrar que, ao ocultar circunstância que seria fundamental para a decisão de aderir ao contrato, como é o caso do alcance e dos limites do plano privado de assistência à saúde, ocorre o descumprimento do dever de informar, caracterizando-se uma publicidade enganosa por omissão.

Antonio Herman Benjamin (2013, p. 242)¹¹⁷, ao tratar desta irregularidade, ensina:

Se a informação refere-se a “dado essencial” (art. 37, § 3º), capaz de onerar o consumidor ou limitar seus direitos, deve acompanhar o próprio anúncio, nele integrada de forma clara, precisa e ostensiva (art. 31). Do contrário, caracterizada está a publicidade enganosa por omissão, sem prejuízo da aplicação das modalidades de cumprimento forçado referidas no art. 35.

Assim, caso “não seja permitido ao consumidor tomar conhecimento dos aspectos essenciais do ajuste, assim como das suas conseqüências e efeitos”, configura-se abuso de direito¹¹⁸, já que, provavelmente, se estivesse melhor informado, não iria adquirir aquele serviço.

¹¹⁶LÔBO, Paulo Luiz Netto. Contratos no Código do Consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima e MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor: Contratos de Consumo**. Coleção Doutrinas Essenciais; vol. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 178.

¹¹⁷BENJAMIN, Antonio Herman V. Oferta e Publicidade. In: BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 242.

¹¹⁸MIRAGEM, Bruno. Nulidade das cláusulas abusivas nos contratos de consumo. In: MARQUES, Claudia Lima e MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor: Contratos de Consumo**. Coleção Doutrinas Essenciais; vol. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 237.

No tocante à presença de cláusulas abusivas, é importante ressaltar que essa caracterização “independe de análise subjetiva da conduta do fornecedor, se houve ou não malícia, intuito de obter vantagem indevida ou exagerada. Em nenhum momento a Lei 8.078/1990 exige a má-fé, o dolo do fornecedor, para caracterização da abusividade da cláusula.”.¹¹⁹

Como restou apontado em momento anterior, o artigo 51 do CDC prevê a nulidade absoluta das cláusulas contratuais abusivas quando o fornecedor não cumprir com seu dever de informar de forma clara ou de destacar cláusula limitadora de direito do consumidor. Essa nulidade pode ser reconhecida de ofício pelo Judiciário, tendo em vista que as normas do Código de Defesa do Consumidor são de ordem pública e interesse social, hipótese em que o juiz poderia criar uma nova cláusula válida, de acordo com a vontade das partes.¹²⁰

Dentre as cláusulas enumeradas pelo artigo supracitado, merece destaque a do inciso IV, combinado com o parágrafo 1º do mesmo artigo. Conforme se extrai do primeiro mandamento, o CDC proíbe todas as disposições que “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”. Considera-se, aqui, o princípio da boa-fé objetiva, ou seja, a confiança que é depositada pelo consumidor em relação ao comportamento do fornecedor, bem como o princípio do equilíbrio econômico do contrato.

Já na análise do segundo, considera-se exagerada a vantagem que “ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence”, que “restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou o equilíbrio contratual”, que “se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares do caso.”.

¹¹⁹BESSA, Leonardo Roscoe. Proteção Contratual. In: BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 369.

¹²⁰MARQUES, Cláudia Lima. Novas regras sobre a proteção do consumidor nas relações contratuais. In: MARQUES, Claudia Lima e MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor: Contratos de Consumo**. Coleção Doutrinas Essenciais; vol. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 101.

Conforme destaca Leonardo Roscoe Bessa (2013, p. 381)¹²¹, esse dispositivo é aplicado na análise de cláusulas dos contratos de planos de saúde, como nocaute de vedação da limitação financeira das coberturas.

Havendo recusa por parte dos planos de saúde, alegando ausência de cobertura quanto ao produto ou serviço necessário para a garantia da saúde da pessoa idosa, direito fundamental, há evidente violação ao disposto no parágrafo 1º do artigo 51, configurando-se vantagem exagerada por parte do fornecedor.

Negar o acesso do idoso a direito essencial, que assegura sua vida, ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence, além de ameaçar o objeto do contrato, que é a saúde. Sendo assim o negócio torna-se excessivamente oneroso para a pessoa idosa, que contrata o plano e deposita a expectativa de que será atendida de forma integral quando necessitar de cuidados, porém, se vê diante da ausência do serviço completo, tendo que passar pelo constrangimento de decidir entre a sua saúde e um valor elevado para cobrir o serviço que a operadora do plano alegou não estar incluso no negócio jurídico celebrado.

Portanto, configura-se abusividade quando: a cláusula contratual provoca onerosidade excessiva ao consumidor ou há restrição de direitos e deveres fundamentais das partes decorrentes da natureza do contrato.

Insta salientar, ainda, que conforme previsão do parágrafo 2º do mencionado artigo, o reconhecimento de nulidade de cláusula abusiva não invalida o contrato, conservando-o na parte que remanescer, tendo em vista o direito de manutenção do contrato por parte do consumidor, exceto quando a ausência da cláusula gerar ônus excessivo a qualquer das partes, desestruturando a relação contratual, devendo, neste caso, ser o contrato invalidado.

Esse direito de manutenção do contrato é de extrema relevância nos contratos de planos de saúde, cuja prestação se projeta no tempo, principalmente para as pessoas idosas, já que

¹²¹BESSA, Leonardo Roscoe. Proteção Contratual. In: BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 381.

existe uma necessidade do consumidor em relação à prestação contratual e uma dependência deste em relação ao fornecedor.¹²²

Dessa forma, nesses tipos contratuais, as práticas abusivas comprometem o patrimônio material do consumidor, violando também “a sua integridade psíquica, sua dignidade, podendo causar-lhe severo abalo moral.”¹²³

O artigo 51, no inciso XV, também estabelece que deve ser declarada a nulidade de disposição contratual que contrarie o sistema de proteção ao consumidor. Logo, se há cláusula contrária à oferta, à publicidade e às informações praticadas pelo fornecedor em momento pré-contratual, também há de ser declarada a nulidade desta.

Além disso, outra previsão da Lei nº 8.078/90 é a alteração do conteúdo da cláusula, por meio da revisão do contrato, direito assegurado pelo artigo 6º, inciso V. Assim, em caso de abuso de direito, o juiz pode declarar a nulidade da cláusula ou modificá-la.¹²⁴

A título exemplificativo, serão explicitados alguns casos recorrentes de negativa de cobertura pelos planos de saúde: órteses e próteses, doenças preexistentes e transplantes.

Cristiano Heineck Schmitt (2011, p. 295)¹²⁵ destaca que os casos de negativa de cobertura de próteses e órteses são constantes nos tribunais brasileiros e que as operadoras dos planos de saúde demonstram resistência na cobertura de custos de material cirúrgico denominado *stent*, além dos procedimentos médico-hospitalares necessários para sua colocação.

Conforme se extrai do inciso II do artigo 10, a Lei dos Planos de Saúde elimina da cobertura do plano próteses e órteses para procedimentos com fins estéticos. Insta salientar

¹²²MIRAGEM, Bruno. Nulidade das cláusulas abusivas nos contratos de consumo. In: MARQUES, Claudia Lima e MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor: Contratos de Consumo**. Coleção Doutrinas Essenciais; vol. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 244.

¹²³SCHMITT, Cristiano Heineck. **Consumidores Hipervulneráveis: A proteção do idoso no mercado de consumo**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 242.

¹²⁴BESSA, Leonardo Roscoe. Proteção Contratual. In: BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 372.

¹²⁵SCHMITT, Cristiano Heineck. Cláusulas abusivas em contratos de planos e de seguros de assistência privada à saúde. In: MARQUES, Claudia Lima e MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor: Contratos de Consumo**. Coleção Doutrinas Essenciais; vol. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 295.

que essa exceção deve ser objeto de regulamentação pela ANS, conforme determina o § 1º do artigo mencionado. Combinando o dispositivo legal supracitado com o artigo 12 da Lei nº 9.656/98, inciso II, alínea e, extrai-se a necessidade dos planos saúde abarcarem a cobertura dos custos com materiais a serem utilizados nos procedimentos cobertos pelos planos que incluam internação hospitalar.

Pela expressão “materiais”, autores como Cristiano Heineck Schmitt consideram que “o fornecimento de próteses e órteses relacionados ao ato cirúrgico que esteja no seu âmbito de cobertura” devem ser prestados pelas operadoras dos planos de saúde.¹²⁶

Nesses casos, portanto, não deve ocorrer restrição ou recusa da cobertura por parte da iniciativa privada, já que além da operação, coberta pelo contrato, as próteses e órteses também são necessárias para assegurar uma vida saudável e em condições dignas ao consumidor idoso. Neste sentido:

“Apelação cível – Plano de saúde – Material cirúrgico – Cobertura negada pela seguradora – Inadmissibilidade – Reembolso de despesas médicas – Tabela da AMB.

I – A colocação de prótese é inerente ao ato cirúrgico que se fez necessário. Não são passíveis de exclusão, em contratos de seguro saúde, as despesas com implante de próteses, órteses e seus acessórios ligados ao ato cirúrgico, de acordo com o disposto na Lei 9.656/1998. Se o médico que assiste a paciente entendeu por bem indicar o material utilizado na cirurgia é porque está convencido de que esta foi a melhor alternativa na busca do controle/cura da doença. Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor.

II – Reembolso das despesas médicas a ser efetuado de acordo com a tabela da Associação Médica Brasileira, tal como contratado. Apelo parcialmente provido.” (TJRJ, 6ª Câmara, ApCiv 70031758295, rel. Des. LiegePuricelli Pires, j. 02.12.2009)¹²⁷

Sendo assim, é evidente a ineficácia da cobertura do seguro-saúde que abrange apenas internação e operação, excluindo material indispensável ao próprio procedimento cirúrgico. Diante do exposto, nesses casos, há de ser decretada a nulidade de cláusula que exclua da cobertura esses materiais necessários para a realização de procedimento coberto pelo plano.

¹²⁶SCHMITT, Cristiano Heineck. Cláusulas abusivas em contratos de planos e de seguros de assistência privada à saúde. In: MARQUES, Claudia Lima e MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor: Contratos de Consumo**. Coleção Doutrinas Essenciais; vol. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 297.

¹²⁷SCHMITT, Cristiano Heineck. Cláusulas abusivas em contratos de planos e de seguros de assistência privada à saúde. In: MARQUES, Claudia Lima e MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor: Contratos de Consumo**. Coleção Doutrinas Essenciais; vol. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 297.

Inclusive, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro consolidou esse entendimento na Súmula 112, *in verbis*: “É nula, por abusiva, a cláusula que exclui de cobertura a órtese que integre, necessariamente, cirurgia ou procedimento coberto por plano ou seguro de saúde, tais como *stent* e marcapasso.”.¹²⁸

Quanto à negativa de cobertura quanto a doenças pré-existentes, a Ministra Nancy Andrighi, no julgamento do REsp 1080973, manifestou entendimento no sentido de que “aufere vantagem manifestamente exagerada, de forma abusiva e em contrariedade à boa-fé objetiva, o segurador que, após longo período recebendo os prêmios devidos pelo segurado, nega cobertura, sob a alegação de que se trata de doença pré-existente.”¹²⁹

Nesse sentido, em decisão proferida em 17.12.2009, publicada em 15.03.2010 no julgamento do REsp 1053810/SP, a ministra, ao tratar de caso de transplante de órgãos, considerou abusiva a cláusula de seguro-saúde que exclui a realização de um novo transplante idêntico ao já realizado após a rejeição do órgão neste:

Direito civil. Contrato de seguro em grupo de assistência médico-hospitalar, individual e familiar. Transplante de órgãos. Rejeição do primeiro órgão. Novo transplante. Cláusula excludente. Invalidez.

[...]

a seguradora não está habilitada, tampouco autorizada a limitar as alternativas possíveis para o restabelecimento da saúde do segurado, sob pena de colocar em risco a vida do consumidor. Além de ferir o fim primordial do contrato de seguro-saúde, a cláusula restritiva de cobertura de transplante de órgãos acarreta desvantagem exagerada ao segurado, que celebra o pacto justamente ante a imprevisibilidade da doença que poderá acometê-lo e, por recear não ter acesso ao procedimento médico necessário para curar-se, assegura-se contra tais riscos. – Cercar o limite da evolução de uma doença é o mesmo que afrontar a natureza e ferir, de morte, a pessoa que imaginou estar segura com seu contrato de “seguro-saúde”; se a ninguém é dado prever se um dia será acometido de grave enfermidade, muito menos é permitido saber se a doença, já instalada e galopante, deixará de avançar para o momento em que se tornar necessário procedimento médico ou cirúrgico que não é coberto pelo seguro médico-hospitalar contratado. A negativa de cobertura de transplante – apontado pelos médicos como essencial para salvar a vida do paciente –, sob alegação de estar previamente excluído do contrato, deixa o segurado à mercê da onerosidade excessiva perpetrada pela seguradora, por meio de abusividade em cláusula contratual. A saúde é um direito social constitucionalmente assegurado a todos, cuja premissa daqueles que prestam tal assistência, deve ser a redução de riscos de doenças, para a sua promoção, proteção e recuperação, seja no plano privado, seja na esfera da administração pública. O interesse patrimonial da

¹²⁸SCHMITT, Cristiano Heibeck. Cláusulas abusivas em contratos de planos e de seguros de assistência privada à saúde. In: MARQUES, Claudia Lima e MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor**: Contratos de Consumo. Coleção Doutrinas Essenciais; vol. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 298.

¹²⁹BESSA, Leonardo Roscoe. Proteção Contratual. In: BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 381.

seguradora de obtenção de lucro, deve ser resguardado, por se tratar de um direito que lhe assiste, desde que devidamente prestado o serviço ao qual se obrigou, isto é, desde que receba o segurado o tratamento adequado com o procedimento médico ou cirúrgico necessário, que possibilite a garantia da saúde por inteiro, prestado de forma eficiente, integral e com qualidade, conforme assumido contratualmente e estabelecido constitucionalmente. Assegura-se o lucro, desde que assumidos os riscos inerentes à tutela da saúde, tais como expostos na Constituição Federal, que não podem ficar somente a cargo do consumidor-segurado; fatar a doença, ademais, não é o modo mais correto para obtenção de lucro. Com vistas à necessidade de se conferir maior acesso ao tratamento médico-hospitalar necessário -, deve ser invalidada a cláusula de exclusão de transplante do contrato de seguro-saúde, notadamente ante a peculiaridade de ter sido, o segurado, submetido a tratamento complexo, que incluía a probabilidade – e não a certeza – da necessidade do transplante, procedimento que, ademais, foi utilizado para salvar-lhe a vida, bem mais elevado no plano não só jurídico, como também metajurídico.¹³⁰

Além do que já foi exposto, cabe ressaltar, ainda, que tanto a doutrina quanto a jurisprudência entendem que “ao negar cobertura a determinados tipos de doenças a empresa atenta contra os direitos – absolutos – à saúde e à vida dos segurados e tal disposição será tida por ilícita exatamente porque descumprida está a função do contrato.”.¹³¹ Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça¹³² consolidou o seguinte entendimento:

1.As duas Turmas que compõem a Segunda Seção têm traçado orientação no sentido de considerar abusivas cláusulas que limitam os direitos dos consumidores de plano ou seguro-saúde (REsp 434699-RS).

2.Tal entendimento cristalizou-se com a edição da Súmula 302/STJ, assim redigida: ‘É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado.’

3.A exclusão de cobertura de determinado procedimento médico-hospitalar, quando essencial para garantir a saúde e, em algumas vezes, a vida do segurado, vulnera a finalidade básica do contrato.

4.A saúde é direito constitucionalmente assegurado, de relevância social e individual.”

(STJ, REsp 193.719-SP, j. 18.09.2008, rel. Min. Luis Felipe Salomão). – (grifou-se)

Dessa forma, ainda que o contrato traga previsão expressa quanto à exclusão da cobertura para aquele tipo de serviço ou produto, caso esta tenha relação com a saúde, direito fundamental, as cláusulas devem ser analisadas de acordo com a perspectiva acima apontada.

¹³⁰MIRAGEM, Bruno. O contrato de seguro e os direitos do consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima e MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor: Contratos de Consumo**. Coleção Doutrinas Essenciais; vol. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 596-597.

¹³¹MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. Seguro-saúde e abuso de direito. In: MARQUES, Claudia Lima e MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor: Contratos de Consumo**. Coleção Doutrinas Essenciais; vol. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 845.

¹³²MARQUES, Cláudia Lima. A Lei 8078/90 e os Direitos Básicos do Consumidor. In: BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 76.

Ademais, o STJ considera que “a recusa indevida à cobertura médica pleiteada pelo segurado é causa de danos morais, pois agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito daquele. Precedentes.” (REsp1037759-RJ, j. 23.02.2010, rel. Min Nancy Andrighi).¹³³

Na tentativa de amenizar essas práticas do mercado, tornou-se necessário um controle legal, através do Código de Defesa do Consumidor, bem como uma autorregulamentação e participação da Administração Pública e do Poder Judiciário, para conter os abusos praticados no âmbito da publicidade.¹³⁴

Como reflexo da lesão frequente oriunda da publicidade enganosa praticada pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde, ocorre o fenômeno crescente da judicialização.

Importante ressaltar que tramita em Comissão Especial da Câmara dos Deputados projeto para a reforma da Lei nº 9.656/98. Dentre as propostas, está a de restrição da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de planos de saúde, no que tange à cobertura, o que seria de enorme prejuízo aos pacientes, já que limitaria a responsabilidade das operadoras exclusivamente ao rol de procedimentos da ANS, impedindo o acesso do paciente a exames, procedimentos e tratamentos não incorporados na referida lista¹³⁵.

¹³³MARQUES, Cláudia Lima. A Lei 8078/90 e os Direitos Básicos do Consumidor. In: BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 79.

¹³⁴BENJAMIN, Antonio Herman V. Oferta e Publicidade. In: BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013p. 256.

¹³⁵<https://jus.com.br/artigos/61299/plano-de-saude-o-que-pode-mudar-com-a-reforma-da-lei>

CAPÍTULO 5: O PAPEL DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE

Para atingir a igualdade material dos desiguais nas relações de consumo é necessária a intervenção do Estado no mercado, a fim de preservar o equilíbrio da relação contratual, assegurando os direitos da parte mais fraca, os consumidores, e impondo deveres para a parte mais forte, os fornecedores de produtos e serviços¹³⁶, conforme artigo 4º, II, do CDC, *in verbis*:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)

II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:

- a) por iniciativa direta;
- b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas;
- c) pela presença do Estado no mercado de consumo;

O Estado tem o dever de proteger o sujeito vulnerável na relação de consumo, conforme cláusula constitucional pétrea, transcrita a seguir:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

Insta salientar que, conforme exposto por Eliana Cáceres (Doutrinas Essenciais Direito do Consumidor, v. 2, Vulnerabilidade do Consumidor e Modelos de Proteção, 2011, p. 894), quando um consumidor se vê diante de termos contratuais enganosos padronizados, este está sendo alvo de prática recorrente pelo fornecedor, que atinge também seus demais clientes.

Sendo assim, os contratos de planos de saúde, por serem de adesão, provocam uma onerosidade excessiva a ser suportada pelo consumidor, já que, fica obrigado a aderir ao negócio jurídico nos termos estipulados favoravelmente ao fornecedor, para que possa usufruir do direito necessário à vida e, depois, tem sua expectativa frustrada, tendo em vista que não são assegurados os direitos por ele esperados, reforçando, assim sua condição de

¹³⁶MARQUES, Cláudia Lima. Introdução ao Direito do Consumidor. In: BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 40

vulnerável. Por isso, a relevância da atuação dos órgãos de defesa do consumidor e do Poder Público em verificar os problemas do mercado e corrigi-los.

É importante ter uma estrutura que desenvolva, implante e controle políticas de proteção ao consumidor. Como ensina Fabiana Barletta (*O Direito à Saúde da Pessoa Idosa*, 2010, p. 193) “a parte fraca, porque titular de um direito fundamental, é também titular de um direito subjetivo à proteção por parte do Estado contra abusos do contraente detentor do poder econômico.”

Dentre os deveres do Estado, destacam-se o de garantir, mediante políticas sociais e econômicas, o direito à saúde, bem como o de amparar as pessoas idosas, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhe a vida, nos termos dos artigos 196 e 230, da Constituição Federal, respectivamente.

Reitera-se que a Carta Magna admitiu também a possibilidade da iniciativa privada prestar o serviço de saúde, através da fiscalização, regulamentação e controle pelo Poder Público, conforme preconizado no artigo 197.

Assim, nas relações entre as operadoras de planos de saúde e o consumidor idoso, é evidente o poder da fornecedora. Nesse sentido, tendo em vista que a saúde é um direito social, também considerado fundamental, o Estado fica obrigado a desempenhar ações que garantam uma base mínima de bem-estar, proporcionando os meios para uma vida em condições dignas¹³⁷, bem como tem o dever de regular a atividade econômica, de modo a minimizar a inferioridade do idoso.

Dessa forma, a atuação das operadoras de planos de saúde deve ser rigorosamente regulada, principalmente quando a relação jurídica envolve pessoa idosa, sujeito hipervulnerável na relação de consumo.

A intervenção estatal nos planos de saúde ocorre através de ação regulamentadora e revisão contratual, com base na aplicação dos princípios da função social do contrato e da

¹³⁷BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *O Direito à Saúde da Pessoa Idosa*. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2010, p. 130.

boa-fé objetiva, sendo objeto do presente trabalho os contratos celebrados entre a pessoa idosa e as instituições privadas prestadoras de serviços de saúde. Na lição de Fabiana Barletta (2010, p. 199)¹³⁸ ensina:

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

Ademais, conforme destaca Nelson Nery Junior (Doutrinas Essenciais Direito do Consumidor, v. 4, Contratos de Consumo, 2011, p. 923), essa interferência na autonomia privada “é decorrência própria da ordem pública, fundamento que norteia o fornecimento de serviço de seguro-saúde no mercado brasileiro.”.

Com a entrada em vigor da Lei dos Planos e Seguros Privados de Assistência à Saúde (Lei nº 9.656/98), tornou-se necessária a regulação estatal. Assim, com o intuito de preservar o equilíbrio entre as partes envolvidas no fornecimento e na prestação de serviços de saúde, foi instituída uma agência reguladora vinculada ao Ministério da Saúde. A Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, autarquia federal em regime especial, com autonomia administrativa, financeira e patrimonial, foi criada pela Lei nº 9.961/00 que, conforme determina o artigo 1º, é um órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantem a assistência suplementar à saúde.

A finalidade da ANS consiste em defender o interesse público nessa assistência, o que ocorre por meio da fiscalização e da regulação das atividades praticadas pelas operadoras de planos de saúde, nos termos do artigo 3º da Lei nº 9.961/00, de modo a contribuir para o desenvolvimento das ações de saúde no país.

¹³⁸ BARLETTA, Fabiana Rodrigues. **O Direito à Saúde da Pessoa Idosa**. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2010, p. 199.

Conforme destaca Cristiano Heineck Schmitt (Doutrinas Essenciais Direito do Consumidor, v. 4, Contratos de Consumo, 2011, p. 305):

A razão para o referido controle reside no fato de que, especialmente os contratos de planos de saúde ajustados com pessoas físicas, necessitam de uma proteção especial, em vista do reduzido poder de negociação frente a uma operadora. Outrossim, analisando-se o rol de serviços e produtos colocados no mercado, à disposição do consumidor, notoriamente nenhum deles é mais essencial de que aqueles voltados à preservação de sua saúde e, por consequência, de sua vida.

O papel da ANS, portanto, é de regulamentar o mercado, fiscalizar o cumprimento das normas e adotar medidas sancionatórias nos casos de descumprimento, intervindo diretamente na atividade das operadoras dos planos de saúde quando necessário.

É importante que o consumidor denuncie os problemas com a operadora do plano de saúde, tendo em vista que é papel da agência proibir e multar as condutas contrárias à legislação do setor.¹³⁹

Estando diante da prática de publicidade enganosa, cabe à ANS a revisão dos contratos, aplicando a legislação protetiva ao consumidor, na busca de solucionar a desigualdade presente no conteúdo das prestações e garantir o equilíbrio contratual, de modo que este receba todas as informações pertinentes ao produto ou serviço contratado, permitindo o consumo de maneira livre e consciente.

Considerando a importância da delimitação das atribuições da Agência Nacional de Saúde Suplementar, cabe a transcrição do artigo 4º da Lei nº 9.961/00, que apresenta o rol de competências da agência:

Art. 4º Compete à ANS:

- I - propor políticas e diretrizes gerais ao Conselho Nacional de Saúde Suplementar - Consu para a regulação do setor de saúde suplementar;
- II - estabelecer as características gerais dos instrumentos contratuais utilizados na atividade das operadoras;

¹³⁹ IDEC, **Seu plano de saúde: conheça os abusos e armadilhas**, São Paulo: Idec, 2007. Disponível em [http://sindmed-ma.org.br/_files/arquivos/cartilha%20sobre%20planos%20de%20saude\[1\]_53ac7fc584f4a.pdf](http://sindmed-ma.org.br/_files/arquivos/cartilha%20sobre%20planos%20de%20saude[1]_53ac7fc584f4a.pdf). Acesso em: 02/11/2017.

III - elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde, que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, e suas excepcionalidades;

IV - fixar critérios para os procedimentos de credenciamento e descredenciamento de prestadores de serviço às operadoras;

V - estabelecer parâmetros e indicadores de qualidade e de cobertura em assistência à saúde para os serviços próprios e de terceiros oferecidos pelas operadoras;

VI - estabelecer normas para ressarcimento ao Sistema Único de Saúde - SUS;

VII - estabelecer normas relativas à adoção e utilização, pelas operadoras de planos de assistência à saúde, de mecanismos de regulação do uso dos serviços de saúde;

VIII - deliberar sobre a criação de câmaras técnicas, de caráter consultivo, de forma a subsidiar suas decisões;

IX - normatizar os conceitos de doença e lesão preexistentes;

X - definir, para fins de aplicação da Lei nº 9.656, de 1998, a segmentação das operadoras e administradoras de planos privados de assistência à saúde, observando as suas peculiaridades;

XI - estabelecer critérios, responsabilidades, obrigações e normas de procedimento para garantia dos direitos assegurados nos arts. 30 e 31 da Lei nº 9.656, de 1998;

XII - estabelecer normas para registro dos produtos definidos no inciso I e no § 1º do art. 1º da Lei nº 9.656, de 1998;

XIII - decidir sobre o estabelecimento de sub-segmentações aos tipos de planos definidos nos incisos I a IV do art. 12 da Lei nº 9.656, de 1998;

XIV - estabelecer critérios gerais para o exercício de cargos diretivos das operadoras de planos privados de assistência à saúde;

XV - estabelecer critérios de aferição e controle da qualidade dos serviços oferecidos pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde, sejam eles próprios, referenciados, contratados ou conveniados;

XVI - estabelecer normas, rotinas e procedimentos para concessão, manutenção e cancelamento de registro dos produtos das operadoras de planos privados de assistência à saúde;

XVII - autorizar reajustes e revisões das contraprestações pecuniárias dos planos privados de assistência à saúde, ouvido o Ministério da Fazenda; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

XVIII - expedir normas e padrões para o envio de informações de natureza econômico-financeira pelas operadoras, com vistas à homologação de reajustes e revisões;

XIX - proceder à integração de informações com os bancos de dados do Sistema Único de Saúde;

XX - autorizar o registro dos planos privados de assistência à saúde;

XXI - monitorar a evolução dos preços de planos de assistência à saúde, seus prestadores de serviços, e respectivos componentes e insumos;

XXII - autorizar o registro e o funcionamento das operadoras de planos privados de assistência à saúde, bem assim sua cisão, fusão, incorporação, alteração ou transferência do controle societário, sem prejuízo do disposto na Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

XXIII - fiscalizar as atividades das operadoras de planos privados de assistência à saúde e zelar pelo cumprimento das normas atinentes ao seu funcionamento;

XXIV - exercer o controle e a avaliação dos aspectos concernentes à garantia de acesso, manutenção e qualidade dos serviços prestados, direta ou indiretamente, pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde;

XXV - avaliar a capacidade técnico-operacional das operadoras de planos privados de assistência à saúde para garantir a compatibilidade da cobertura oferecida com os recursos disponíveis na área geográfica de abrangência;

XXVI - fiscalizar a atuação das operadoras e prestadores de serviços de saúde com relação à abrangência das coberturas de patologias e procedimentos;

XXVII - fiscalizar aspectos concernentes às coberturas e o cumprimento da legislação referente aos aspectos sanitários e epidemiológicos, relativos à prestação de serviços médicos e hospitalares no âmbito da saúde suplementar;

XXVIII - avaliar os mecanismos de regulação utilizados pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde;

XXIX - fiscalizar o cumprimento das disposições da Lei nº 9.656, de 1998, e de sua regulamentação;

XXX - aplicar as penalidades pelo descumprimento da Lei nº 9.656, de 1998, e de sua regulamentação;

XXXI - requisitar o fornecimento de informações às operadoras de planos privados de assistência à saúde, bem como da rede prestadora de serviços a elas credenciadas;

XXXII - adotar as medidas necessárias para estimular a competição no setor de planos privados de assistência à saúde;

XXXIII - instituir o regime de direção fiscal ou técnica nas operadoras;

XXXIV - proceder à liquidação extrajudicial e autorizar o liquidante a requerer a falência ou insolvência civil das operadoras de planos privados de assistência à saúde; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

XXXV - determinar ou promover a alienação da carteira de planos privados de assistência à saúde das operadoras; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

XXXVI - articular-se com os órgãos de defesa do consumidor visando a eficácia da proteção e defesa do consumidor de serviços privados de assistência à saúde, observado o disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990;

XXXVII - zelar pela qualidade dos serviços de assistência à saúde no âmbito da assistência à saúde suplementar;

XXXVIII - administrar e arrecadar as taxas instituídas por esta Lei.

XXXIX - celebrar, nas condições que estabelecer, termo de compromisso de ajuste de conduta e termo de compromisso e fiscalizar os seus cumprimentos; (Vide Medida Provisória nº 1.976-33, de 2000) (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

XL - definir as atribuições e competências do diretor técnico, diretor fiscal, do liquidante e do responsável pela alienação de carteira. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

XLI - fixar as normas para constituição, organização, funcionamento e fiscalização das operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, incluindo: (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

a) conteúdos e modelos assistenciais; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

b) adequação e utilização de tecnologias em saúde; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

c) direção fiscal ou técnica; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

d) liquidação extrajudicial; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

e) procedimentos de recuperação financeira das operadoras; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

f) normas de aplicação de penalidades; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

g) garantias assistenciais, para cobertura dos planos ou produtos comercializados ou disponibilizados; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

XLII - estipular índices e demais condições técnicas sobre investimentos e outras relações patrimoniais a serem observadas pelas operadoras de planos de assistência à saúde. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 1º A recusa, a omissão, a falsidade ou o retardamento injustificado de informações ou documentos solicitados pela ANS constitui infração punível com multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), podendo ser aumentada em até vinte vezes, se necessário, para garantir a sua eficácia em razão da situação econômica da operadora ou prestadora de serviços. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 2º As normas previstas neste artigo obedecerão às características específicas da operadora, especialmente no que concerne à natureza jurídica de seus atos constitutivos.

Com base na análise da atuação da ANS e, considerando suas competências atribuídas pela legislação, verifica-se a postura omissa da agência reguladora quanto à publicidade enganosa praticada pelas operadoras privadas de assistência à saúde, que potencializa a hipervulnerabilidade do consumidor idoso.

Cabe registrar a dificuldade na busca das normas regulamentadoras na página eletrônica da agência, observada durante a realização do presente trabalho. Assim, verifica-se o desconhecimento do público sobre o papel da ANS. Recomenda-se, portanto, a atualização do portal, a fim de facilitar o acesso à sociedade civil e garantir efetividade na transparência das informações, de modo que os consumidores leigos possam conhecer e fazer valer os seus direitos.

Destaca-se ainda a importância da atuação proativa da agência com maior efetividade no seu papel regulamentador e fiscalizador como fator indutor da redução da judicialização decorrente dos abusos praticados pelas operadoras privadas nos contratos de planos de saúde.

CONCLUSÃO

Conforme restou demonstrado, o Estado tem o dever de assegurar a saúde e de amparar as pessoas idosas, de acordo com os artigos 196 e 230 da Constituição Federal.

Nesse sentido, a Política Nacional do Idoso (Lei nº 8.842/1994) e o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03) representam a verificação, por parte do Poder Público, de que os idosos têm necessidades próprias e merecem regulação e proteção específica. Esses dispositivos legais foram essenciais para o reconhecimento do idoso como cidadão e, portanto, sujeito de direitos, de modo a promover sua integração e participação na comunidade.

Um dos direitos de maior relevância a ser discutido quando se trata dos idosos é a saúde, direito fundamental de segunda geração, assegurado no artigo 6º da Constituição, cujo objetivo se traduz na atuação estatal, de forma que a justificativa dessa índole existencial se insere no princípio da dignidade da pessoa humana, já que o direito à vida, em patamares decentes de dignidade, só se torna possível se houver condições mínimas de saúde.

Assim, no tocante à pessoa idosa, este direito permite uma maior participação na vida pública, atrelada a uma maior possibilidade de se reivindicar melhores condições de vida, de acordo com os direitos à cidadania e à liberdade. Portanto, na terceira idade, a tutela da saúde deve ocorrer de forma prioritária, salvaguardando o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, bem como os subprincípios da proteção integral do idoso e da absoluta prioridade outorgada à pessoa idosa, em conformidade com o princípio do melhor interesse, que se traduzem nas principais diretrizes do Estatuto do Idoso.

Embora a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 faça referência a um Estado Democrático de Direito, que tem como princípios fundamentais a cidadania e a dignidade da pessoa humana, verifica-se, na sociedade brasileira, um cenário de exclusão de vários sujeitos. Dentre eles, destaca-se a pessoa idosa que, nas relações de consumo, tem sua fragilidade potencializada, sendo considerada hipervulnerável.

Nesse sentido, é importante ressaltar que a vulnerabilidade é princípio básico do Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista o desequilíbrio inerente à relação jurídica tida entre

consumidores e fornecedores. Sendo assim, faz-se necessária uma proteção especial ao sujeito mais fraco da relação consumerista.

Dessa forma, a vulnerabilidade negocial da pessoa idosa é ainda maior nos negócios jurídicos cujo objeto é a saúde, tendo em vista a essencialidade deste direito. Necessário destacar que a consequência de uma ação prejudicial ao idoso, praticada pelo fornecedor, atinge esse consumidor de maneira mais grave, devido à sua maior dependência a determinados produtos e serviços, como nos casos dos planos e seguros de saúde.

O Código de Defesa do Consumidor exige dos fornecedores o cumprimento de preceitos básicos, dentre os quais se encontra o dever de informação, a partir do qual as informações acerca do produto ou serviço comercializado devem ser claras e precisas, de modo que sejam de fácil assimilação pelo consumidor.

No entanto, conforme evidenciado no presente trabalho, contrária vem se mostrando a conduta das operadoras privadas de assistência à saúde, que se utilizam dos contratos de adesão para fazer valer os seus interesses patrimoniais, em detrimento da expectativa e da confiança depositadas pelo consumidor em todas as fases de formação do contrato. Para tanto, adotam cláusulas que muitas vezes prejudicam o contratante leigo, sendo certo que este nada pode discutir, somente assinar e concordar com os termos expostos. Nesses casos, portanto, em que o idoso se vê diante da necessidade de ter sua saúde assegurada, fica suscetível a práticas agressivas de venda, correndo maior risco de ser enganado.

Nessa perspectiva, o Código de Defesa do Consumidor prevê a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva. Cabe ressaltar que a mera capacidade de induzir o consumidor ao erro já é suficiente para caracterizar a enganabilidade, sendo irrelevante a boa ou má-fé do fornecedor. É importante lembrar que, ao ocultar circunstância que seria fundamental para a decisão de aderir ao contrato, como é o caso do alcance e dos limites do plano privado de assistência à saúde, ocorre o descumprimento dever de informar, caracterizando-se uma publicidade enganosa por omissão.

Ademais, nos casos de negativa de cobertura, ainda que o contrato de plano de saúde traga previsão expressa quanto à exclusão para aquele tipo de serviço ou produto, caso esta

tenha relação com a saúde, direito existencial, as cláusulas devem ser consideradas ilícitas, porque descumprida está a função do contrato.

Dessa forma, é preciso que haja regulação e fiscalização do fenômeno publicitário, objetivando a proteção da parte mais fraca na relação de consumo.

Com base na análise da atuação da ANS e, considerando suas competências atribuídas pela legislação, verificou-se a postura omissa da agência reguladora quanto à publicidade enganosa praticada pelas operadoras privadas de assistência à saúde, que potencializa a hipervulnerabilidade do consumidor idoso.

É importante que o consumidor denuncie os problemas com a operadora do plano de saúde, tendo em vista que é papel da agência proibir e multar as condutas contrárias à legislação do setor. Para tanto, é imperioso que se facilite o acesso aos canais de reclamação pela sociedade civil, de forma a garantir efetividade na transparência das informações, de modo que os consumidores leigos possam conhecer e fazer valer os seus direitos.

Por fim, ressalta-se a relevância de uma atuação proativa da agência, com vistas a promover maior efetividade no seu papel regulamentador e fiscalizador como fator indutor da redução da judicialização decorrente dos abusos praticados pelas operadoras privadas nos contratos de planos de saúde.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCÂNTARA, Alexandre de Oliveira; CAMARANO, Ana Amélia; GIACOMIN, Karla Cristina. **Política nacional do idoso: velhas e novas questões**. Rio de Janeiro: IPEA, 2016.

ALMEIDA, João Batista de. A revisão dos contratos no Código do Consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima e MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor: Contratos de Consumo**. Coleção Doutrinas Essenciais; vol. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 p. 340

BARLETTA, Fabiana Rodrigues. **O Direito à Saúde da Pessoa Idosa**. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2010.

BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BENJAMIN, Antonio Herman V. Oferta e Publicidade. In: BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 253

BESSA, Leonardo Roscoe. Proteção Contratual. In: BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BRAGA, Pérola Melissa Vianna. **Curso de Direito do Idoso**. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. In: MARQUES, Claudia Lima e MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor: Contratos de Consumo**. Coleção Doutrinas Essenciais; vol. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 p. 387.

CACERES, Eliana. Os direitos básicos do consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima e MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor: Vulnerabilidade do Consumidor e Modelos de Proteção**. Coleção Doutrinas Essenciais; vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. **Direitos e Garantias do Idoso: Doutrina, jurisprudência e legislação**. 3ª. ed. São Paulo, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Contratos e Atos Unilaterais**, vol. 3, 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.100.

IDEC, **Seu plano de saúde: conheça os abusos e armadilhas**, São Paulo: Idec, 2007. Disponível em [http://sindmed-ma.org.br/_files/arquivos/cartilha%20sobre%20planos%20de%20saude\[1\]_53ac7fc584f4a.pdf](http://sindmed-ma.org.br/_files/arquivos/cartilha%20sobre%20planos%20de%20saude[1]_53ac7fc584f4a.pdf) f. Acesso em: 02/11/2017.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Contratos no Código do Consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima e MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor: Contratos de Consumo**. Coleção Doutrinas Essenciais; vol. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 178.

MARQUES, Cláudia Lima. Novas regras sobre a proteção do consumidor nas relações contratuais. In: MARQUES, Cláudia Lima e MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor: Contratos de Consumo**. Coleção Doutrinas Essenciais; vol. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor: Vulnerabilidade do Consumidor e Modelos de Proteção**. Coleção Doutrinas Essenciais; vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, Cláudia Lima. Introdução ao Direito do Consumidor. In: BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARQUES, Cláudia Lima. A Lei 8078/90 e os Direitos Básicos do Consumidor. In: BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARQUES, Cláudia Lima. Campo de Aplicação do CDC. In: BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. Seguro-saúde e abuso de direito. In: MARQUES, Cláudia Lima e MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor: Contratos de Consumo**. Coleção Doutrinas Essenciais; vol. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 845

MIRAGEM, Bruno. O direito do consumidor como direito fundamental. In: MARQUES, Cláudia Lima e MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor: Contratos de Consumo**. Coleção Doutrinas Essenciais; vol. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.37.

MIRAGEM, Bruno. Nulidade das cláusulas abusivas nos contratos de consumo. In: MARQUES, Cláudia Lima e MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor: Contratos de Consumo**. Coleção Doutrinas Essenciais; vol. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 232-233.

MIRAGEM, Bruno. O contrato do seguro e os direitos do consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima e MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor: Contratos de Consumo**. Coleção Doutrinas Essenciais; vol. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 596

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru e DENSA, Roberta. A proteção dos consumidores hipervulneráveis. In: MARQUES, Cláudia Lima e MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor: Contratos de Consumo**. Coleção Doutrinas Essenciais; vol. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 436.

NORONHA, Fernando. Contratos de consumo, padronizados e de adesão. In: MARQUES, Cláudia Lima e MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor: Contratos de Consumo**. Coleção Doutrinas Essenciais; vol. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 137.

OLIVEIRA, Martha. **Idoso na saúde suplementar: uma urgência para a saúde da sociedade e para a sustentabilidade do setor.** Rio de Janeiro: Agência Nacional de Saúde Suplementar, 2016.

PINHEIRO, Naide Maria. **Estatuto do idoso comentado.** Campinas, SP: Servanda Editora, 2012.

SCHMITT, Cristiano Heibeck. In: MARQUES, Cláudia Lima e MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor: Contratos de Consumo.** Coleção Doutrinas Essenciais; vol. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 289.

SCHMITT, Cristiano Heineck. A “hipervulnerabilidade” do consumidor idoso. In: MARQUES, Cláudia Lima e MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor: Vulnerabilidade e Modelos de Proteção.** Coleção Doutrinas Essenciais; vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 468.

SCHMITT, Cristiano Heineck. **Consumidores Hipervulneráveis: A Proteção do Idoso no Mercado de Consumo.** São Paulo: Atlas, 2014.