

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL - UFRGS  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO DO CONSUMIDOR E DIREITOS  
FUNDAMENTAIS**

**CINTIA IRAMAR RIES**

**O RECONHECIMENTO DA HIPERVULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR IDOSO  
E A RELAÇÃO DE CONSUMO COM OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE  
SUPLEMENTAR**

**Porto Alegre  
2016**

**CINTIA IRAMAR RIES**

**O RECONHECIMENTO DA HIPERVULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR IDOSO  
E A RELAÇÃO DE CONSUMO COM OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE  
SUPLEMENTAR**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Especialista em Direito Do Consumidor e Direitos Fundamentais pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof.Dr. Cristiano Heineck Schmitt

Porto Alegre  
2016

**CINTIA IRAMAR RIES**

**O RECONHECIMENTO DA HIPERVULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR IDOSO  
E A RELAÇÃO DE CONSUMO COM OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE  
SUPLEMENTAR**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Especialista em Direito do Consumidor e Direitos Fundamentais pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Aprovada em \_\_\_\_\_, 2016.

**BANCA EXAMINADORA**

---

**Prof. Dr.**

---

**Prof. Dr.**

---

**Prof. Dr.**

## DEDICATÓRIA

Ao meu filho Guilherme, motivo pelo qual luto por minhas conquistas.

À Deus pela força em superá-las.

## AGRADECIMENTOS

*Ao meu orientador Dr. Cristiano Heineck Schmitt, pela oportunidade de aprendizado.*

*Aos meus queridos pais e à minha irmã, pelo apoio e amor em todos os momentos.*

*Á Deus que sempre ilumina nossos caminhos.*

*“...tudo posso naquele que me fortalece”*

*(Filipenses 4.13)*

## RESUMO

O impulso que constantemente abarca o mercado de consumo e movimenta a economia implica em causar disparidade na relação entre o consumidor e o fornecedor, necessitando do amparo legal na proteção daquele que é reconhecidamente a parte mais vulnerável desta conexão. A pesquisa tem o condão de demonstrar em uma abordagem singela a origem dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988 e a proteção à vida e a saúde do cidadão, bem como o funcionamento da prestação do serviço de saúde privado e suplementar ao serviço público e a configuração da relação de consumo existente entre operadoras de planos de saúde e o consumidor. Da mesma forma como demonstra o reconhecimento da vulnerabilidade e da hipervulnerabilidade do consumidor idoso pela legislação infraconstitucional e jurisprudência, bem como o apontamento de casos onde ocorre o reconhecimento da existência de cláusulas abusivas nestas relações com o consumidor hipervulnerável, em especial o idoso na relação de consumo. O método empregado para a construção deste trabalho consistiu no indutivo.

**Palavras chave:** Direitos Fundamentais. Direito à Saúde. Direito do Consumidor. Hipervulnerabilidade. Idoso. Planos de Saúde Complementar. Relação de Consumo.

## ABSTRACT

Constantly, the impulse that embraces the consumer market and moves the economy causes disruption in the relationship between the consumer and the supplier. Admittedly, the most vulnerable part in these relationship needs of legal support for its protection. The research shows in a simple approach the origin of fundamental rights in the Federal Constitution of 1988 and the protection of life and health of citizens. Furthermore, the functioning of the complementary private and health service to the public service and the configuration of consumer relationship between healthcare plan providers and consumers. The same way, it demonstrates the recognition of vulnerability and hiper-vulnerability of elderly consumers by infra-constitutional legislation and jurisprudence, and also selection of cases in which there is recognition of unfair terms in these relationships with hiper-vulnerability consumers, especially the elderly within consumer relationship. The method used in this work was the inductive.

**Keywords:** Fundamental Rights. Right to Health. Consumer Rights.  
Hiper-vulnerability. Elderly. Complementary Health Plans. Consumer relationship.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>1 OS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE SUPLEMENTAR</b> .....	12
1.1 A ORIGEM DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE PROTEÇÃO À VIDA E A SAÚDE .....	12
1.2 TIPOS DE CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE SUPLEMENTAR .....	16
<b>2 A RELAÇÃO DE CONSUMO NOS CONTRATOS COM OPERADORAS E O RECONHECIMENTO DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR NA RELAÇÃO DE CONSUMO</b> .....	23
2.1 PLANOS DE SAÚDE E RELAÇÃO DE CONSUMO .....	23
2.2 RECONHECIMENTO DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR .....	26
<b>3 A HIPERVULNERABILIDADE</b> .....	36
3.1 O RECONHECIMENTO DA HIPERVULNERABILIDADE .....	36
3.2 CLÁUSULAS ABUSIVAS E A RELAÇÃO DE CONSUMO COM O HIPERVULNERÁVEL .....	43
3.3 CASOS DE OCORRÊNCIA DE ABUSIVIDADE NAS CLÁUSULAS EM CONTRATOS FIRMADOS COM CONSUMIDOR HIPERVULNERÁVEL .....	48
<b>CONCLUSÃO</b> .....	56
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	59

## INTRODUÇÃO

O mercado de consumo é uma constante necessária no impulso da economia. A Constituição Federal de 1988 destinou em seu texto proteção efetiva e garantia de um Estado Democrático de Direito com preocupação voltada para o efetivo crescimento da economia bem como a promoção social e a tutela dos direitos fundamentais consagradas.

Constantemente o mercado de consumo é contemplado com novos paradigmas que impulsionam o crescimento e alavancam a economia, gerando num contexto social a disparidade entre o economicamente mais forte e aquele destinatário final na relação consumerista, sendo empregadas técnicas avançadas tendentes ao convencimento do consumidor para a aquisição de determinado produto ou serviço.

Os mecanismos de defesa dos interesses dispostas no texto constitucional, dispensou ao legislador, a regulamentação de normas infraconstitucionais para garantia e eficácia destes institutos protetivos, com intuito de regulamentar o mercado de consumo e a constante evolução, quase que instantânea que implica a estes meios, como o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto do idoso.

Da mesma forma, no que concerne a tutela dos direitos fundamentais a vida e por consequência o direito fundamental à saúde, com a edição de legislação pertinente para regulamentar à relação jurídica existente entre o consumidor, e por consequência o reconhecimento da vulnerabilidade, e operadoras de planos de saúde.

Neste arcabouço de mudança crescente e evolução tecnológica, o reconhecimento da vulnerabilidade do Consumidor, bem como o reconhecimento da hipervulnerabilidade do consumidor idoso disposta no Código de Defesa do Consumidor, vieram como uma constatação da potencialidade da vulnerabilidade existente nestes consumidores, se não protegida, acabaria por causar lesões aos direitos fundamentais, entre eles o bem maior, ou seja, a vida.

Esta pesquisa está dividida em três capítulos. O primeiro capítulo se propõe a demonstrar, de maneira sucinta, a evolução dos direitos fundamentais, em especial

a vida e a saúde do consumidor, a origem dos planos de saúde no Brasil e os tipos de contratos com as operadoras de planos de saúde complementar.

No segundo capítulo, trata-se sobre a relação de consumo e a vulnerabilidade do consumidor, a relação de consumo existente entre a operadora e o consumidor e o reconhecimento, pelo Código de Defesa do Consumidor acerca da vulnerabilidade.

O terceiro capítulo é o levantamento que envolve a hipervulnerabilidade do consumidor e o seu reconhecimento da legislação constitucional e infraconstitucional apontando os indivíduos que direcionados a essa potencial fragilidade, bem como o reconhecimento de cláusulas abusivas e a configuração destas na relação de consumo e aos casos de ocorrência destas abusividade nos contratos com o consumidor hipervulnerável, em especial o idoso.

É um tema enigmático e denota pela vasta pesquisa e poucos resultados doutrinários a cerca do tema. As decisões judiciais abarcam argumentos sucintos e o tema ainda requer desfecho na instância Superior.

A exploração doutrinária é condizente com o tema, muito embora limitada a poucas obras sobre o contexto atual.

Para a realização da pesquisa utilizou-se a doutrina, jurisprudência e legislação pertinentes ao caso, compreendendo obras e artigos nacionais.

## 1 OS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE SUPLEMENTAR

A preocupação com a saúde mental e psíquica do indivíduo é algo que tem se mostrado crescente na sociedade, principalmente após o período das grandes guerras, marco histórico de violência praticada contra o ser humano, reproduzindo violações severas a integridade física e psíquica dos cidadãos. Chamando a atenção para a necessidade de uma intervenção mais protetiva do Estado em relação ao cidadão na tutela da vida e a saúde como um direito fundamental, como passaremos a comentar.

### 1.1 A ORIGEM DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE PROTEÇÃO À VIDA E A SAÚDE

A origem dos direitos fundamentais encontra-se na Declaração dos Povos da Virgínia de 1776 *Bill of Rights*, e posteriormente na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, ponto máximo da Revolução Francesa.

Foi somente após a Revolução Industrial e do surgimento do proletariado e as manifestações socialistas e impulsionada pelo clamor que oferecesse aos menos favorecidos, justiça social, “nascem os direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais compostos pela vindicação do eficaz exercício das liberdades positivas e com o condão de assegurar, aos mais necessitados, igualdade de oportunidades próprias de um Estado de Direito dirigido também pela justiça material”<sup>1</sup>.

Modernamente a doutrina classifica os direitos fundamentais em direitos fundamentais de primeira geração (direitos e garantias individuais e políticos clássicos), direitos fundamentais de segunda geração (direitos sociais, econômicos e culturais) e direitos fundamentais de terceira geração (direitos de solidariedade).<sup>2</sup>

Os direitos fundamentais, recepcionados na Constituição Federal não nasceram de um evento histórico apenas, mas foram se consolidando como direito

---

<sup>1</sup> BARLETTA, Fabiana Rodrigues. **O Direito à Saúde da Pessoa Idosa**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 129.

<sup>2</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Atlas. 2001, p. 57.

positivo aplicável a partir de processos históricos de reivindicações que ocorreram em diversas partes do mundo até alcançar atual *status*.<sup>3</sup>

Pode-se dizer que os direitos fundamentais, a partir de uma leitura filosófica, são a moralidade legalizada, pois se apresentam como valores jurídicos, expressando a concepção de uma moral humanista de liberdade e de dignidade, próprios de uma democracia, pluralista, de um Estado Social e Democrático de Direito. (SCHMITT, 2014, p.8).

Grandes transformações sociais ocorrerem a partir do século XX na sociedade. O Surgimento de direitos englobando as transformações sociais, como o direito da comunicação, direito espacial, direito ambiental, biodireito, direito do consumidor, entre outros, dispensou às ciências jurídicas a adequação quase que imediata de legislação pertinente para solver conflitos oriundos desses “novos direitos”<sup>4</sup>.

Importa evidenciar neste trabalho, a concepção dos direitos fundamentais de segunda geração, os direitos sociais, em especial a saúde, que nos detém maior relevância.

[...] os direitos fundamentais sociais constituem exigência inarredável do exercício efetivo das liberdades e garantia da igualdade de chances (oportunidades), inerentes à noção de uma democracia e um Estado de Direito de conteúdo não meramente formal, mas, sim, guiado pelo valor da justiça material. (SARLET, 2008, p. 71)<sup>5</sup>

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 destinou, no Título VIII, Capítulo II, seção II “Da Saúde” e discorreu em um rol de cinco artigos sobre a aplicação e fiscalização das atividades pública e privada voltada a saúde do cidadão. Da mesma forma que dispõe no Título I, sobre os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito e elenca no art. 1º, inciso III a dignidade da pessoa humana.

Por sua vez, o art. 1º da Magna Carta, dispõe o art. 5º<sup>6</sup> da Carta Magna dispõe os direitos e deveres individuais e coletivos e o direito a vida, entre outros,

<sup>3</sup> SCHMITT, Cristiano Heineck. **Consumidores Hipervulneráveis: a proteção do idoso no mercado de consumo**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 7.

<sup>4</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 447.

<sup>5</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2008, p.71.

<sup>6</sup> Rogério Gesta Leal apud SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Jurisdição e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 167, defende a ideia de ações estatais vinculadas: “[...] quero sustentar que qualquer política pública no Brasil tem como função nuclear a de servir como esfera de intermediação entre o sistema jurídico constitucional (e infraconstitucional) e o mundo da vida Republicano, Democrático e Social que se pretende instituir no país. Em outras palavras, é através de ações Estatais absolutamente vinculadas/comprometidas com os

como um bem maior e um direito fundamental do cidadão. Sendo o direito à vida, “o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito para todos os demais direitos.”<sup>7</sup> dispondo no inciso XXXII, a promoção da defesa do consumidor na forma da Lei.

Por conseguinte, o direito a saúde é um direito fundamental, Constitucionalmente previsto, um direito de todos e um dever do Estado. Nesse contexto, o art. 196 da Constituição Federal <sup>8</sup>, determina a incumbência ao Estado na promoção de políticas sociais e econômicas com escopo de salvaguardar a saúde psíquica e física do cidadão.

Todo cidadão é titular de direitos fundamentais e por consequência o direito à saúde, um direito inerente ao direito fundamental à vida e, portanto “um direito de todos e um dever do Estado”, como alude o texto Constitucional no art. 196, segundo Ingo W. Sarlet, (2008, p. 229):

De acordo com o princípio da universalidade, todas as pessoas, pelo fato de serem pessoas, são titulares de direitos e deveres fundamentais, o que, por sua vez, não significa que não possa haver diferenças a serem consideradas, inclusive, em alguns casos, por força do próprio princípio da igualdade, além de exceções expressamente estabelecidas pela Constituição, como dá conta a distinção entre brasileiro nato e naturalizado, algumas distinções relativas aos estrangeiros entre outras.

Adotar medidas para resguardar a saúde de cada cidadão implicaria ao Estado delimitar recursos de grande monta. Razão pela qual, delegou essa incumbência a iniciativa privada, criando lei que disciplina essa relação entre o que depende de um atendimento eficiente, e o que pode prestar, diante de uma contra prestação financiada pelo cidadão que adquire um plano de saúde suplementar.

A saúde pública, instituída pelo poder público, através do SUS (Sistema Único de Saúde) não sustenta a demanda prestacional de atendimento ao cidadão no tocante à saúde, como bem pretendeu o texto Constitucional. Razão pela qual,

---

indicadores parametrizantes de mínimo existencial previamente delimitados, que vai se tentar diminuir a tensão entre validade e faticidade que envolve o Estado e a Sociedade Constitucional e o Estado e a Sociedade Real no Brasil.

<sup>7</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Atlas. 2001, p. 61.

<sup>8</sup> Art. 196 da Constituição Federal: 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.

atualmente 50 milhões de pessoas possuem vínculo com operadoras de planos de saúde<sup>9</sup> privado nas mais diversas modalidades.

Por outro lado, a saúde pública é um direito de todo o cidadão, inclusive àquele que possui um plano de saúde suplementar<sup>10</sup>, podendo fazer uso do serviço prestacional estatal independente de ser ou não usuário de plano de saúde privado. Ou seja, os planos de saúde suplementar, como o próprio nome alude, são complementares a saúde pública e uma garantia constitucional a todo cidadão.

Ocorre que na prática, a prestação estatal sequer consegue atender com eficiência a população de baixa renda, excluída do rol dos adquirentes dos planos de saúde privados, destinando poucos recursos a hospitais e médicos conveniados, constituindo-se num modelo de assistência de pouca ou quase nenhuma eficiência.

Cumprido destacar a relevância do serviço público de saúde e a sua abrangência e essencialidade, sendo que numa “proporção de 75% da população brasileira dependam do Sistema Único de Saúde”<sup>11</sup>.

O Sistema Único de Saúde (SUS) é mantido com recursos orçamentários através da Seguridade Social, cujas competências estão definidas no art. 200 da Constituição Federal.<sup>12</sup>

Com o advento da Constituição Federal, o art. 199 da CF/88<sup>13</sup>, passou a autorizar a iniciativa privada na atuação da saúde.

<sup>9</sup> AGUILLAR, Fernando Herren; BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani. (Coord.) **Planos de Saúde: doutrina, jurisprudência e legislação**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 21.

<sup>10</sup> ESMERALDI, Renata Gil da Silva Lopes; LOPES, José Fernando da Silva. **Planos de Saúde no Brasil: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 97.

<sup>11</sup> BARLETTA, Fernanda Rodrigues. **O Direito à Saúde da Pessoa Idosa**. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 167.

<sup>12</sup> Art. 200 da CF/88: Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde; IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; V - incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015); VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano; VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

<sup>13</sup> Na CF/88 o Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de

[...] desde que de forma complementar ao SUS atendendo as diretrizes previamente estabelecidas, por meio de convênio ou contrato de direito público, com certa predileção pela contratação com entidades ou organizações sem fim lucrativo ou mesmo filantrópicas. (AGUILLAR; BARBUGIANI, 2015, p. 32)

Ainda no mesmo artigo, veda a participação indireta de empresas ou capitais estrangeiros, salvo nos casos previstos em lei.

Da mesma forma que há entidades que atuam nesta área de forma exclusivamente privada, conforme art. 197, da CF<sup>14</sup>, e que são fiscalizadas pela ANS (Agência Nacional de Saúde Suplementar).

Esta agência reguladora pode exercer poder de polícia na fiscalização destas operadoras, aplicando multas e sanções administrativas àqueles que infringirem a lei e seus regulamentos constantemente editados. No *site* da ANS, o consumidor tem acesso a determinados planos ofertados no mercado de consumo e os que estão suspensos por sanções disciplinares, demonstrando assim transparência ao consumidor que tem acesso aos meios eletrônicos e pode consultar sobre a credibilidade da operadora antes de contratar.

## 1.2 TIPOS DE CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE SUPLEMENTAR

Os planos de saúde podem ser individuais ou familiares, mas também, coletivos<sup>15</sup>, divididos conforme seu objeto<sup>16</sup> em contratos de reembolso (pela garantia de pagamento ou de reembolso das despesas efetuadas), contratos de

---

saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos;

§ 2º É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.

§ 3º É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei; § 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

<sup>14</sup> Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

<sup>15</sup> Consulta ao *site* da ANS. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/planos-de-saude-e-operadoras/contratacao-e-troca-de-plano/dicas-para-escolher-um-plano/formas-de-contratacao-de-planos-de-saude>>. Acesso em 05 jun. 2016.

<sup>16</sup> Rol do art 35-F da Lei nº 9.656/98.

disponibilização de serviços (garantia da prestação de serviços específicos, diretamente ou por meio de terceiros contratados para prestá-los) e contratos de autogestão (o objeto contratual consiste no administrar e gerenciar contratos ou no contratar administração e gerência deles e, contratar as respectivas prestações de serviços de assistência à saúde, conforme se venha a pactuar)<sup>17</sup>.

São contratos típicos de adesão<sup>18</sup>, em que a sua elaboração seja feita por apenas uma das partes e não haja discussão sobre seus termos, cabendo ao consumidor apenas o aceite. O contrato de adesão é negócio jurídico no qual a participação de um dos sujeitos aceita uma série de cláusulas formuladas antecipadamente, de modo geral e abstrato, para constituir o conteúdo normativo e obrigacional de futuras relações concretas. São contratos feitos em massa, padronizados para determinados segmentos de mercado.

Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas são estabelecidas unilateralmente pelo parceiro contratual economicamente mais forte (fornecedor), *ne varietur*, isto é, sem que o outro parceiro (consumidor), possa discutir ou modificar substancialmente o conteúdo do contrato escrito. (MARQUES, 1998, p. 53)

Esse contratos, firmados entre as operadoras, seus negociadores e o consumidor insatisfeito com a assistência estatal, ainda que no modelo de contrato de massa ou adesão, tem amparo legal para seu efetivo cumprimento e garante ao consumidor um padrão de cobertura contratual mínimo, denominado plano-referência<sup>19</sup>, conforme arts. 10 e 12 da Lei 9.656/98.

A Organização Mundial de Saúde, OMS, classifica todas as patologias conhecidas e edita constantemente sua lista de “Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde”<sup>20</sup>, bem como o art. 10 da Lei 9.656/98 faz menção a referida lista. Os procedimentos e eventos em saúde decorrentes destas patologias são definidos por normas regulatórias editadas

<sup>17</sup> ESMERALDI, Renata Maria Gil Lopes; LOPES, José Fernando da Silva. **Planos de Saúde no Brasil**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 97.

<sup>18</sup> MARQUES, Claudia de Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

<sup>19</sup> ESMERALDI; LOPES, Op. cit., p. 97.

<sup>20</sup> Disponível em: <<http://concla.ibge.gov.br/classificacoes/por-tema/saude/cid-10.html>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

pela ANS, como bem determina o art. 10, § 4º da Lei 9.656/98 e art.4º, inciso III da Lei nº 9.961/2000<sup>21</sup>.

Assim, sempre que a OMS alterar a sua lista, implicará na alteração/atualização da cobertura assistencial no que se refere as doenças, objeto da contratação, bem como ao Rol de procedimentos e Eventos dos normativos da ANS, ocasionam alteração/atualização dos procedimentos compreendido pelo contrato.

Essa especificação de cobertura e modalidade de sistematização da cobertura assistencial constitui valorosa alternativa legal e interventiva do Estado nas contratações de assistência suplementar à saúde na medida em que a lei conferiu ao Estado o poder-dever de instituir a atualizar a cobertura contratada retirando das operadoras a legitimação para definir ou escolher o objeto mínimo da contratação [...]. (ESMERALDI; LOPES, 2015, p. 100).

Sendo assim, o legislador, criou mecanismos para salvaguardar a efetividade destes contratos a serem cumpridos e limitando as operadoras as regras amplamente impostas pelo legislador.

Ocorre que em virtude da divergência interpretativa e da Lei, o judiciário tem sido abarrotado de ações mandamentais, para o cumprimento da obrigação contratada, deixando a cargo do magistrado a resolução destes conflitos, judicializando<sup>22</sup> estes mecanismos vislumbrados na lei.

Trata-se de contrato aleatório<sup>23</sup> (arts. 458 a 461 do Código Civil), pois decorre de um contrato que não se perfectibiliza de imediato, mas sim de uma necessidade que poderá sobrevir em virtude de alguma enfermidade que poderá ou não ocorrer com o titular ou seus dependentes de determinado plano de saúde suplementar.

Ao consumidor, cabe a expectativa do cumprimento da obrigação firmada no contrato e, quer pela necessidade de exames laboratoriais ou internação, próteses, consultas médicas ou odontológicas.

---

<sup>21</sup> ESMERALDI, Renata Maria Gil da Silva Lopes; LOPES, José Fernando da Silva. **Planos de Saúde no Brasil**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 99.

<sup>22</sup> Conforme a autora Renata Gil da Silva Lopes Esmeraldi: “O quadro inicial de insegurança, agravado por situações de resistência e de conflitos que sucediam e se sucedem, transformou nosso congestionado poder judiciário, bem mais do que seria desejável, no grande mediador de soluções de controvérsias na área assistencial de saúde, compelidos os Magistrados, antes de trabalhar com os parâmetros de lei e com a respectiva aplicabilidade delas, a exercer verdadeira missão assistencial de socorro público em favor de pessoas que se encontram em situações emergenciais de saúde, assim gerados precedentes à margem da boa aplicação da lei e da correta aplicação das cláusulas dos próprios contratos.” (ESMERALDI; LOPES, 2015, p. 29).

<sup>23</sup> ESMERALDI; LOPES, Op. cit., p. 98.

A condição física do ser humano implica na necessidade de amparo médico em algum momento da sua vida. O corpo humano tende a envelhecer naturalmente e é esse o motivo pelo qual o consumidor pactua com um determinado plano de saúde.

Os planos de saúde são geridos pelas operadoras, financiados pelos aderentes e fiscalizados por órgãos criados pelo poder público. Daí a referencia constitucional que determina tal incumbência ao poder público na criação e fiscalização dos mecanismos para a garantia deste acesso à saúde.

Inicialmente, os planos de seguro-saúde eram regulados pelo Decreto-Lei 73/66, abrangendo duas modalidades: os contratos de *reembolso* (art. 129 do referido Decreto Lei) e os contratos de *pré-pagamento* (art. 135 da mesma Lei)<sup>24</sup>, modalidade mais usada atualmente. Sendo que, o consumidor paga importância monetária a operadora pela ocorrência de evento futuro, que poderá ou não ocorrer. Esse Decreto Lei é anterior a Constituição Federal de 1988. Posteriormente, a Lei 9.656/98 foi criada para disciplinar os contratos de planos de saúde privados, inclusive abrangendo os contratos firmados anteriormente a data da sua entrada em vigor, conforme art. 35-E<sup>25</sup>. Essa nova Lei causou alguns pontos divergentes na

<sup>24</sup> MARQUES, Claudia de Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p.189.

<sup>25</sup> Lei nº 9.656/98, no seu art. 35-E. A partir de 5 de junho de 1998, fica estabelecido para os contratos celebrados anteriormente à data de vigência desta Lei que: (Vide Medida Provisória nº 1.665, de 1998) (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001) (Vigência); I - qualquer variação na contraprestação pecuniária para consumidores com mais de sessenta anos de idade estará sujeita à autorização prévia da ANS; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001); II - a alegação de doença ou lesão preexistente estará sujeita à prévia regulamentação da matéria pela ANS; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001); III - é vedada a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato individual ou familiar de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei por parte da operadora, salvo o disposto no inciso II do parágrafo único do art. 13 desta Lei; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001); IV - é vedada a interrupção de internação hospitalar em leito clínico, cirúrgico ou em centro de terapia intensiva ou similar, salvo a critério do médico assistente. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001); § 1º Os contratos anteriores à vigência desta Lei, que estabeleçam reajuste por mudança de faixa etária com idade inicial em sessenta anos ou mais, deverão ser adaptados, até 31 de outubro de 1999, para repactuação da cláusula de reajuste, observadas as seguintes disposições: (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001); I - a repactuação será garantida aos consumidores de que trata o parágrafo único do art. 15, para as mudanças de faixa etária ocorridas após a vigência desta Lei, e limitar-se-á à diluição da aplicação do reajuste anteriormente previsto, em reajustes parciais anuais, com adoção de percentual fixo que, aplicado a cada ano, permita atingir o reajuste integral no início do último ano da faixa etária considerada; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001); II - para aplicação da fórmula de diluição, consideram-se de dez anos as faixas etárias que tenham sido estipuladas sem limite superior; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001); III - a nova cláusula, contendo a fórmula de aplicação do reajuste, deverá ser encaminhada aos consumidores, juntamente com o boleto ou título de cobrança, com a demonstração do valor originalmente

aplicação, implicando a sua alteração pelo número de quarenta e quatro Medidas Provisórias<sup>26</sup>.

A ANS (Agência Nacional de Saúde Suplementar), foi instituída pela Lei 9.961/2000 como autarquia integrante da estrutura do Ministério da Saúde, com suas competências definidas em um número de quarenta e um incisos do art. 4º<sup>27</sup> da referida lei.

---

contratado, do valor repactuado e do percentual de reajuste anual fixo, esclarecendo, ainda, que o seu pagamento formalizará esta repactuação; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001); V - a cláusula original de reajuste deverá ter sido previamente submetida à ANS; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001); V - na falta de aprovação prévia, a operadora, para que possa aplicar reajuste por faixa etária a consumidores com sessenta anos ou mais de idade e dez anos ou mais de contrato, deverá submeter à ANS as condições contratuais acompanhadas de nota técnica, para, uma vez aprovada a cláusula e o percentual de reajuste, adotar a diluição prevista neste parágrafo. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001); § 2º Nos contratos individuais de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, independentemente da data de sua celebração, a aplicação de cláusula de reajuste das contraprestações pecuniárias dependerá de prévia aprovação da ANS. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001); § 3º O disposto no art. 35 desta Lei aplica-se sem prejuízo do estabelecido neste artigo. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

<sup>26</sup> ESMERALDI, Renata Maria Gil da Silva Lopes; LOPES, José Fernando da Silva. **Planos de Saúde no Brasil**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 27.

<sup>27</sup> 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; 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 subsegmentações 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

O CONSU (Conselho de Saúde Suplementar), foi inserido na Lei nº 9656/98 por Medida Provisória (2.177/2001), criando o art. 35-A que define as competências.

---

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. (Revogado pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001).

É um órgão ligado ao Ministério da Saúde e tem como presidente o Chefe da Casa Civil.<sup>28</sup> Como agência reguladora<sup>29</sup>, a ANS (Agência Nacional de Saúde Suplementar), foi instituída pela Lei nº 9.961 de 28 de janeiro de 2000, tendo abrangência em todo o território nacional, tendo suas competências definidas pelo art. 4º da referida lei.

---

<sup>28</sup> AGUILLAR, Fernando Herren; BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani. (Coord.) **Planos de Saúde: doutrina, jurisprudência e legislação**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 22.

<sup>29</sup> A agência reguladora foi instituída para fiscalizar a prestação dos serviços públicos praticados pela iniciativa privada.

## 2 A RELAÇÃO DE CONSUMO NOS CONTRATOS COM OPERADORAS E O RECONHECIMENTO DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR NA RELAÇÃO DE CONSUMO

As modernas técnicas empregadas no mercado de consumo necessárias para impulsionar a economia e o constante desenvolvimento dos produtos e serviços ofertados ao consumidor, motivando a criação e aplicação de legislação protetiva nesta cadeia de consumo e o reconhecimento desta fragilidade do consumidor em relação ao fornecedor de produtos e serviços, reconhecendo a aplicação deste diploma nas relações de consumo entre operadoras de planos de saúde e o consumidor.

### 2.1 PLANOS DE SAÚDE E RELAÇÃO DE CONSUMO

O Código de defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/90, é uma norma de ordem pública<sup>30</sup>, que tem a sua origem na Constituição Federal de 1988, art. 5º, XXXII, expresso como um direito fundamental e o comando mandamental descrito no referido artigo, para que o legislador infraconstitucional garantisse a proteção ao consumidor “na forma da lei”<sup>31</sup>.

Cumprido salientar que o legislador não se limitou apenas ao regime das situações descritas no Código, e nem as práticas sancionáveis se reduzem àquelas em seu corpo inseridas, pois o legislador fez consignar em seu texto norma geral que acolhe, como protegidos, outros direitos reconhecidos aos consumidores em tratados, convenções e em leis especiais e derivadas de princípios gerais de direito, analogia, costumes, equidade, conforme descrito no art. 7º do CDC.

---

<sup>30</sup> Art. 1º da Lei nº 8078/90: “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.

<sup>31</sup> 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;

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor sobreveio com o escopo de dar plena e irrestrita eficácia à norma inserida na Constituição Federal. Nessa senda, uma das células mais importantes de movimento da economia nacional é a pessoa do consumidor. É para ele que são destinados os produtos e os serviços e a ele destinada a publicidade. Sem o consumidor, não há giro da economia. Sem o consumidor e o fornecedor, nesse contexto econômico, impossível a manutenção incólume da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da iniciativa privada; da sociedade livre, justa e solidária; do desenvolvimento nacional; e, enfim, difícil se mostra a erradicação da pobreza e da marginalização, assim como a redução das desigualdades sociais e regionais.

Este instituto protetivo foi elaborado para regulamentar e tutelar as relações de consumo e resguardar direitos atinentes à parte mais vulnerável neste mercado em mutabilidade, acrescido constantemente de novas formas de negociação, como por exemplo, a oferta de produtos e serviços nos meios eletrônicos e os contratos de massa, denominados contratos de adesão, tipicamente usados nos contratos com operadoras de planos de saúde.

O art. 2º dispõe sobre conceito de Consumidor:

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

Por sua vez, a art. 3º conceitua o fornecedor:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Percebe-se que os planos de saúde suplementar se enquadram com perfeição no conceito de fornecedor de serviço, pois a atividade das operadoras é “atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração”. Por sua vez, o adquirente desta modalidade de serviço, se enquadra com perfeição no conceito de consumidor, pois adquire o produto ou serviço como destinatário final.

Embora haja legislação específica destinada a regulamentar a relação entre as operadoras de planos de saúde e os usuários, e fiscalização por parte das agências reguladoras, o Código de Defesa do consumidor tem sido um arcabouço necessário e complementar para resguardar os direitos do consumidor que é a parte mais vulnerável nesta relação.

Em um vasto rol de artigos do Código de Defesa do Consumidor, podemos adequar a relação entre o consumidor e operadoras de planos de saúde e a necessidade de aplicação das mais diversas regras e princípios.

Como bem destaca o Professor Luiz Henrique Sormani Barbugiani, (2015, p. 43):

Como direitos de conteúdo mínimo dos consumidores há, no art. 6º do CDC, a preocupação com a vida, a saúde e a segurança dos indivíduos, a informação e educação sobre perigos, a melhor forma de utilização e a melhor forma de escolha da diversidade de opções dos serviços, a tutela impeditiva da publicidade abusiva e enganosa e demais práticas abusivas, a correção da desproporcionalidade das prestações contratuais, a reparação e prevenção por meio da atuação dos órgãos públicos dos danos individuais e coletivos de maneira eficiente e com métodos que incluam a inversão do ônus da prova, para facilitar a defesa em juízo do consumidor, se constatado que ele é hipossuficiente ou suas alegações forem de verossimilhança razoável, entre outras prerrogativas permeadas na legislação consumerista.

Da mesma forma que o art. 35 da Lei nº 9.656/98, menciona no seu texto o termo consumidor. Demonstrado inegável o reconhecimento do legislador da relação jurídica de consumo existente entre os contratantes.

Art. 35. Aplicam-se as disposições desta Lei a todos os contratos celebrados a partir da sua vigência, assegurada aos consumidores com contratos anteriores, bem como àqueles com contratos celebrados entre 2 de setembro de 1998 e 1º de janeiro de 1999, a possibilidade de optar pela adaptação ao sistema previsto nessa Lei. (Redação dada pela Medida Provisória n. 2.177-44, de 2001)

Nessa linha, o STJ reconheceu a relação de consumo nos contratos de planos de saúde, com a edição da súmula 469: *Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde*. Assim, não restando dúvidas acerca da relação de consumo existente entre operadora e consumidor contratante.

Já o art. 29 especifica que “equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas”, no tocante as Práticas Comerciais e Proteção Contratual, como bem descrito por Claudia Lima Marques (1998, p. 154):

A jurisprudência valorizou a técnica do próprio CDC de instituir “consumidores-equiparados” ao lado dos consumidores *stricto sensu* e passou a passar a exercer um controle de cláusulas abusivas em contratos de adesão que estariam inicialmente fora do campo de aplicação do CDC, como o contrato entre dois profissionais; assim como a valorar práticas comerciais abusivas entre dois fornecedores ou dois grupos de empresários, práticas que possuiriam reflexos apenas mediatos no que se refere à proteção dos consumidores *stricto sensu*.

Com o intuito na busca pela defesa dos interesses do consumidor em juízo, o CDC dispõe de numerosos dispositivos aplicáveis as defesas dos interesses dos consumidores em relação aos contratos pactuados com as operadoras de planos de saúde e tem sido o garantidor dos princípios e normas elencados na Constituição Federal na primazia pelos direitos fundamentais do cidadão.

## 2.2 RECONHECIMENTO DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR

A aplicação do referido diploma nestas relações, implica no respeito aos princípios norteadores e as regras do CDC, sendo eles: Princípio da vulnerabilidade, vulnerabilidade agravada do consumidor criança, vulnerabilidade agravada do consumidor idoso, Princípio da solidariedade, Princípio da boa-fé, Princípio do equilíbrio, Princípio da intervenção do Estado, Princípio da efetividade e Princípio da harmonia das relações entre consumidores e fornecedores<sup>32</sup>.

Importa salientar que neste trabalho alguns princípios merecem maior destaque. Embora todos de suma importância na relação jurídica de consumo.

O princípio que merece maior ênfase nesta pesquisa, ainda que todos mereçam, dispõe sobre a vulnerabilidade do consumidor e hipervulnerabilidade agravada pelas condições atinentes a idade, saúde e condição social. Sendo o consumidor idoso será estudado com maior zelo nos capítulos que seguem.

---

<sup>32</sup> 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) [...] III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores; [...].

Não há como falar isoladamente de cada um destes princípios, sem estabelecer um liame que os estreitam.

Um dos princípios amplamente ligados à vulnerabilidade do consumidor, é princípio da boa-fé.

Este princípio tem a sua origem na construção consumerista e o conceito dado pelo Novo Código Civil teve a inspiração do art. 4, inciso III do CDC e na I Jornada de Direito Civil, realizada pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em 2002, reconheceu a necessidade de relacionar a boa-fé objetiva constante no Novo Código Civil com a regra constante no referido artigo do CDC pelo teor do enunciado n. 27: “ na interpretação da cláusula geral da boa-fé, deve-se levar em conta o sistema do Código Civil e as conexões sistemáticas com outros estatutos normativos e fatores metajurídicos”.<sup>33</sup>

O princípio da boa-fé é norteador das relações de consumo, mas não apenas este é o basilar desta relação, como bem leciona a professora Claudia Lima Marques (1998, p. 342)<sup>34</sup>:

O *caput* do art. 4º do CDC menciona além da *transparência*, a necessária *harmonia* das relações de consumo. Esta harmonia será buscada através da exigência de *boa-fé nas relações entre consumidor e fornecedor*.

Assim, diante da interpretação deste princípio “máximo orientador do CDC”<sup>35</sup>, pressupõe-se que tal princípio esteja intrínseco na conduta de cada indivíduo, pois ele é a base condutora de relações sociais. Boa-fé se pressupõe e a análise interpretativa na relação de consumo, sendo que o consumidor, parte vulnerável contrata com boa-fé sem esperar inadimplência do fornecedor.

Como já demonstrado anteriormente, a aplicação dos princípios da boa-fé e equilíbrio nas relações de consumo, deve ser visto como uma necessidade nestas relações, sendo que o consumidor é a parte vulnerável, frágil desta conexão e de certa forma, cria com o fornecedor, um elo de dependência na expectativa do cumprimento da obrigação futura, para a qual despendeu parte de seu orçamento.

---

<sup>33</sup> TARTUCE, Flavio; ASSUMPÇÃO, Daniel Amorim. **Manual de Direito do Consumidor**: direito material e processual. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo Método, 2016. p. 68.

<sup>34</sup> MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: RT, 1998.

<sup>35</sup> Idem.

Para que haja desenvolvimento econômico dentro de um Estado democrático de direito, há que se preservar aquele que impulsiona o mercado, ou seja, o consumidor, mas também garantir o crescimento da economia com o intuito de preservar interesses de toda coletividade como a geração de empregos.

Para o professor José Geraldo Brito Filomeno (2005, p. 60-61)<sup>36</sup>:

Ao contrário do que se tem ouvido de alguns, o Código ora instituído entre nós não é instrumento de 'terrorismo' ou então de fomento da discórdia entre os protagonistas das relações de consumo ou, mais grave ainda, como pretendem ver alguns leitores mais afoitos e apressados do texto sob análise, elemento desestabilizador do mercado, eis que encara o fornecedor como o vilão da história, atribuindo-se-lhe todas as mazelas e distorções verificadas no mercado de consumo. Muito pelo contrário, e como já salientado linhas atrás, visa exatamente à harmonia das sobreditas 'relações de consumo', porquanto se por um lado efetivamente se preocupa com o atendimento das necessidades básicas dos consumidores (isto é, respeito à sua dignidade, saúde, segurança e aos seus interesses econômicos, almejando-se a melhoria de sua qualidade de vida), por outro visa igualmente à paz daquelas, para tanto atendidos certos requisitos, como serão analisados a seguir, dentre os quais se destacam as boas relações comerciais, a proteção da livre concorrência, do livre mercado, da tutela das marcas e patentes, inventos e processos industriais, programa de qualidade e produtividade, enfim, uma política que diz respeito ao mais perfeito possível relacionamento entre consumidores - todos nós em última análise, em menor ou maior grau - e fornecedores.

É indiscutível a relevância da Lei nº 8.078/90 como norma de proteção do consumidor frente à velocidade das implicações no mercado de consumo e o próprio desequilíbrio da relação jurídica estabelecida entre consumidor e fornecedor de produto ou serviço, contudo devido à própria sistematização do CDC através de seus princípios específicos previstos em seu art. 4º e aos princípios constitucionais da ordem econômica bem como os objetivos fundamentais da República disposta no rol do art. 3º da CF<sup>37</sup>, há que se manter uma proteção efetiva ao consumidor em desvantagem na relação entre consumidor e fornecedor, sem esquecer das necessidades voltadas para o desenvolvimento econômico focado no equilíbrio e equidade.

Da mesma forma como em consonância com o princípio básico da transparência, a boa-fé demonstra ser essência dos contratos. Ser transparente na

<sup>36</sup> FILOMENO, José Geraldo Brito *In* GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro do Consumidor, comentado pelos autores do anteprojeto**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

<sup>37</sup> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

relação de consumo consiste em ser claro e demonstrar as características certas do produto ofertado.

Transparência significa informação clara e correta sobre o produto a ser vendido, sobre o contrato a ser firmado, significa lealdade e respeito nas relações entre fornecedor e consumidor, mesmo na fase pré-contratual, isto é, na fase negocial dos contratos de consumo. (MARQUES, 1998, p. 286)

Cumpra ressaltar, que o consumidor se utiliza da boa-fé ao contratar e, na maioria das vezes, desconhece as cláusulas objeto do contrato, daí a necessidade da transparência destes instrumentos.

O que se argumenta, é a inadimplência da operadora que não cumpre com o objetivo, ou seja, aquele de suplementar a assistência pública no momento da satisfação do direito do consumidor, muitas vezes compelido a buscar amparo judicial, que poderia ter sido satisfeita de imediato sem desviar seu foco produtivo<sup>38</sup> no âmbito social.

Da mesma forma, o princípio do equilíbrio nas relações de consumo, está ligado à vulnerabilidade do consumidor. Sendo que nestes dois polos da relação consumerista, está àquele que detém o poder econômico e àquele economicamente mais fraco.

[...] princípio do equilíbrio incide sobre as consequências patrimoniais da relação de consumo, em geral para o consumidor, protegendo o equilíbrio econômico das prestações do contrato de consumo. (MIRAGEM, 2014, p.137)

Como já vimos, o consumidor, muitas vezes seduzido a ceder aos apelos midiáticos ou impulsionado pela necessidade física ou psíquica de pertencer a determinados grupos sociais, ou pela falta de esclarecimento específico do fornecedor de produto ou serviço, sobre reajustes nas parcelas, carência para o uso do plano, entre outros, acaba por contratar algo que poderá ocasionar perdas significativas do seu orçamento, comprometendo muitas vezes seu sustento e de sua família.

---

<sup>38</sup> Desvio produtivo do Consumidor é a tese do professor Marcos Dessaune, em que o consumidor, diante da inadimplência do fornecedor, é retirado do meio produtivo, perdendo seu tempo, que poderia estar sendo usado no trabalho, convívio com sua família, entre outros exemplos. Disponível em: <<http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/71/artigo255346-1.asp>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

Ao reconhecer a condição de vulnerável do cidadão consumidor, previsto no art. 4º do CDC, o legislador infraconstitucional o colocou numa posição de protetiva recebendo tratamento desigual pela sua condição de disparidade com o fornecedor.

Todo momento o consumidor é bombardeado por ofertas de produtos, estímulos, mensagens comerciais, que geram impulso de compra, seja na sua casa, no transporte, no ambiente de trabalho e em praticamente todos os lugares, com o intuito de vender algum produto.

Essa situação de constante publicidade ao consumidor gerou na sociedade moderna, um modelo de consumidor fragilizado e carente de uma tutela do direito, criado pela necessidade de contrabalançar essa posição e frear as ações lesivas praticadas por fornecedores.

Veja-se que a vulnerabilidade do consumidor não se confunde com a hipossuficiência. Enquanto esta é traço marcante e individual de alguns consumidores, particularmente considerados, aquela é geral e engloba todos consumidores indistintamente.” ( KHOURI, 2005, p. 35)<sup>39</sup>

A aplicação do princípio da vulnerabilidade se justifica pela desproporção de forças que ocorre entre o consumidor e fornecedor, como bem explica o professor Bruno Miragem (2014, p. 122)<sup>40</sup>:

A vulnerabilidade do consumidor constitui presunção legal absoluta, que informa se as normas do direito do consumidor devem ser aplicadas e como devem ser aplicadas. Há na sociedade atual o desequilíbrio entre dois agentes econômicos, consumidor e fornecedor, nas relações jurídicas que estabelecem entre si. O reconhecimento desta situação pelo direito é que fundamenta a existência de regras especiais, uma lei *ratione personae* de proteção do sujeito mais fraco da relação de consumo.

A vulnerabilidade constante no art. 4º, I do CDC, se distingue da hipossuficiência prevista no art. 6º, VIII, sendo esta um requisito de avaliação pelo juiz no momento da inversão do ônus da prova na relação processual, enquanto a vulnerabilidade se identifica com a noção de fraqueza, de debilidade do consumidor em relação ao fornecedor.

O reconhecimento desta vulnerabilidade ocorre quando um dos sujeitos é desprovido de condições de competir com o outro na relação de consumo.

---

<sup>39</sup> KHOURI, Paulo Roberto Roque Antônio. **Direito do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2005. p. 35.

<sup>40</sup> MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 5 ed. São Paulo: RT, 2014.

Dessa forma, o legislador preocupado com a rapidez que avança nos meios de negociação no mercado de consumo, colocou no texto da Lei, tal preceito com o fim de garantir maior equilíbrio dentro deste contexto de disparidade entre fornecedor e consumidor.

Este desequilíbrio, típico dos contratos de massa ou contratos de adesão, posicionam o consumidor numa situação de desigualdade, não lhe oportunizado a modificação, supressão ou adição de alguma cláusula, pois são contratos prontos, bastando apenas a concordância do consumidor.

A fragilidade negocial dos grupos de consumidores vê-se intensificada também em razão dos contratos de massa, decorrência do fortalecimento econômico dos empresários, da expansão industrial e comercial do século XIX. Esta realidade acaba impondo novas construções para a teoria contratual, como forma de manter a convivência justa, digna e, até mesmo, pacífica entre os indivíduos, embora essa perspectiva tenha se protraído no tempo, postergando o início de um processo de concretização.” (Artigo doutrinário de SCHMITT, Cristiano Heineck. A proteção do interesse do consumidor através da garantia à liberdade de concorrência. **Revista JURIS PLENUM**, (CD-ROM), n. 109, nov./2009).

Por outro lado, esta celeridade com que os meios de negociação movimentam o mercado de consumo, é determinante para o impulso da economia. Tais mecanismos geram emprego<sup>41</sup>, estimulam a circulação de moeda e alavancam o mercado de consumo. Requisito essencial num mercado globalizado, necessitando de uma efetiva proteção ao vulnerável neste contexto célere e globalizado.

A rapidez com que os meios eletrônicos emergem no mercado de consumo, contrasta com a capacidade de determinado grupo de pessoas acompanhar tal desenvolvimento tecnológico, como por exemplo, o consumidor idoso, em sua maioria.

Segundo Bruno Miragem<sup>42</sup>, na lição de Claudia Lima Marques distinguiu a vulnerabilidade em três grandes espécies: “vulnerabilidade técnica, vulnerabilidade jurídica; e vulnerabilidade fática”. Agregando recentemente ao grupo, a chamada vulnerabilidade informacional.

---

<sup>41</sup> BONATTO, Claudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Questões Controvertidas no Código de Defesa do Consumidor**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 47.

<sup>42</sup> MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 5 ed. São Paulo: RT, 2014. p.123.

O consumidor vulnerável tecnicamente desconhece as características técnicas e essenciais do produto. Ele não detém o conhecimento necessário para absoluta compreensão do produto ou serviço que está adquirindo. Por sua vez, presume-se que o fornecedor tenha esse conhecimento.

A vulnerabilidade jurídica, pressupõe desconhecimento do consumidor em relação aos seus direitos e deveres nesta relação de consumo. Muitos consumidores sequer sabem da existência de institutos protetivos.

Já a vulnerabilidade fática, nas palavras de Bruno Miragem (2014), “abrange genericamente diversas situações, a mais comum é a vulnerabilidade econômica do consumidor em relação ao fornecedor”.

O consumidor é a parte mais frágil deste emaranhado de postos numa cadeia de consumo. É só imaginar que para o produto alcançar o interesse do consumidor, passa por uma série de indivíduos ligados a este determinado produto. Desde a sua criação, desenvolvimento, distribuição, venda, até alcançar o consumidor, que na maioria das vezes, sequer tem conhecimento da origem do produto, seja ele nacional ou importado, imagina-se seu desconhecimento das informações atinentes a técnica empregada para a sua confecção.

Não há como falar na construção de um diploma destinado a proteção do consumidor, sem coloca-lo na condição de vulnerável frente ao fornecedor de produto ou serviço.

Nesse sentido, bem leciona José Geraldo Brito Filomeno (2005, p. 62)<sup>43</sup> ao explanar sobre o princípio da vulnerabilidade do consumidor e seus reflexos aliados ao reconhecimento da responsabilidade objetiva e a inversão do ônus da prova em favor do consumidor, parte vulnerável nessa relação de consumo:

Exatamente por isso é que, dentre os direitos básicos do consumidor está a facilitação de seu acesso aos instrumentos de defesa, notadamente no âmbito coletivo, como o estabelecimento da responsabilidade objetiva, aliada a inversão do ônus da prova.

---

<sup>43</sup> FILOMENO, José Geraldo Brito *In*: GRINOVER, Ada Pelegrini et al. **Código Brasileiro do Consumidor, comentado pelos autores do anteprojeto**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

No tocante a responsabilidade civil objetiva que exclui o critério da culpa para a responsabilização por algum dano causado pelos seus agentes ao consumidor, limitando-se apenas a existência do dano e o nexo de causalidade, deixando que o fator culpa, não seja obrigação de prova do consumidor (art. 12). Justamente pelas deficiências que agregam o conceito e a condição vulnerável deste diante do fornecedor para fazer prova, numa relação processual, da existência da culpa por parte do fornecedor.

O equilíbrio da relação entre consumidor e fornecedor, de outro modo, é protegido não apenas com relação ao contrato, senão também com relação a responsabilidade civil extracontratual (pela regra da responsabilidade objetiva, sem culpa), assim como pelo equilíbrio processual das partes, garantido pelo papel do juiz na lide, mas principalmente pela possibilidade de inversão do ônus da prova. (MIRAGEM, 2014, p. 138).

Ao colocar no mercado de consumo determinada atividade, o fornecedor assume os riscos desta, pois auferir vantagem econômica com a sua exploração e portanto não há dano que não deva ser ressarcido, é a chamada Teoria do risco do empreendimento, como bem explana Sergio Cavalieri Filho (2007, p. 459)<sup>44</sup>:

[...] Todo aquele que se disponha a exercer alguma atividade no mercado de consumo tem o dever de responder pelos eventuais vícios ou defeitos dos bens e serviços fornecidos, independentemente da culpa. Este dever é imanente ao dever de obediência às normas técnicas e de segurança, bem como os critérios de lealdade, que perante os bens e serviços ofertados, quer perante os destinatários dessas ofertas. A responsabilidade decorre do simples fato de dispor-se alguém a realizar atividade de produzir, estocar, distribuir e comercializar produtos ou executar determinados serviços. O fornecedor passa a ser o garante dos produtos e serviços que oferece no mercado de consumo, respondendo pela qualidade e segurança dos mesmos.

Assim, o Código de Defesa do Consumidor ao caracterizá-lo como vulnerável, analisou a condição de fragilidade, fraqueza frente a outra parte mais forte e que está em vantagem frente ao consumidor, mas também vislumbrou essa incapacidade deste consumidor, de dispor dos meios necessários para, num determinado litígio com o fornecedor, estar amparado para ter legitimado seu direito, fazendo prova com os meios que seu conhecimento dispõe. Ou seja, não lhe

---

<sup>44</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

cabendo a prova da culpa por não dispor dos meios necessários para prová-la, como bem dispõe o art. 12 do CDC <sup>45</sup>.

Da mesma forma como disponibiliza processualmente ao juiz a seu critério e discricionariedade sobre a análise da inversão do ônus probatório, que neste caso caracteriza o consumidor como hipossuficiente na relação processual no art. 6º, VIII do CDC, é a análise fática da condição do consumidor provar suas alegações. Nesse sentido, como bem exemplificado pelo professor Cristiano Heineck Schmitt (2014)<sup>46</sup>, em uma ação de reparação civil por fato do produto, o consumidor, numa prova pericial, não ter as mesmas condições técnicas que o fornecedor daquele produto. Pois é ele, fornecedor, que detém o conhecimento sobre as condições técnicas do produto, origem do dano.

O consumidor brasileiro, em geral, caracteriza-se por não ter nível de escolaridade extenso, podendo ser, inclusive, analfabeto, ou simplesmente, possuir conhecimentos limitados. Essa carência manifesta-se também nas transações comerciais, deflagrada escolha de produtos de qualidade duvidosa, ou pela eleição de maus fornecedores como parceiros contratuais. (SCHMITT, 2014, p. 216)

Ao considerar a situação de vulnerável de determinada pessoa em relação a outra, pressupõe-se situação de desequilíbrio entre elas. Uma situação de vantagem de uma sobre a outra. Analisando o princípio da igualdade, entre os indivíduos, imagina-se neste caso, uma situação de tratar desigualmente aqueles que por sua condição requer desigualdade. É uma ligação entre a proporcionalidade aplicada proporcionalmente a cada pessoa. Sobre o princípio da igualdade material:

A concretização do princípio da igualdade, dentro de um Estado Democrático e de Direito, traduz a igualdade material e através da lei, com implementação de políticas públicas, com participação mais efetiva do Poder Judiciário, devendo-se tratar de forma equivalente aquilo que é igual e garantir-se tratamento desigual ao que não o é, pressupondo-se diferenciações necessárias. (SCHMITT, 2014, p. 150).

---

<sup>45</sup> CDC, no art. 12: O fabricante, os produtos, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

<sup>46</sup> SCHMITT, Cristiano Heineck. **Consumidores Hipervulneráveis**: a proteção do idoso no mercado de consumo. São Paulo: Atlas, 2014. p. 216.

Como bem ressaltado neste trabalho, a vulnerabilidade é uma característica intrínseca do ser humano. Traduz um vocábulo de um indivíduo que pode ser facilmente ferido, atingido por algum mal.<sup>47</sup>

---

<sup>47</sup> SCHMITT, Cristiano Heineck. **Consumidores Hipervulneráveis: a proteção do idoso no mercado de consumo**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 203.

### 3 A HIPERVULNERABILIDADE

As relações de consumo sempre existiram na sociedade e necessárias para o desenvolvimento econômico. No Brasil, foi a partir da Constituição Federal que a figura do consumidor passou ser vista de uma maneira mais voltada para cidadão e na perspectiva de sua posição frágil em relação ao fornecedor, reconhecendo a sua vulnerabilidade nestas relações, e posteriormente com a edição do CDC, a figura do hipervulnerável.

#### 3.1 O RECONHECIMENTO DA HIPERVULNERABILIDADE

Na cadeia de consumo, o consumidor, como já vimos, é a parte mais fraca desta relação e a norma do inciso IV, se refere a proibição do fornecedor em “prevaler-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista a sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços”<sup>48</sup>.

No que se refere às situações concretas que a norma entende qualificadoras da abusividade, são evidentemente exemplificativas. A idade é importante, quer se trate de criança ou de idoso; a saúde pode colocar o consumidor em desvantagem exagerada, na medida em que, por estar precisando de ajuda, dele se pode abusar. (NUNES, 2009, p. 546).

Entendemos ser a saúde, a questão mais determinante que potencializa a vulnerabilidade, demonstrando a hipervulnerabilidade do consumidor. Pois esta ligada a condição de qualquer ser humano e em qualquer idade, que pode ser acometido causando extrema fragilidade pela surpresa do diagnóstico de alguma doença que demande tratamento prolongado.

Basta pensar numa pessoa portadora de alguma patologia grave ao fazer uso de seu plano de saúde e surpreendida pela negativa da operadora na realização de procedimentos determinantes, alegando não estar previsto no contrato pactuado.

---

<sup>48</sup> NUNES, Luis Antônio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**: com exercícios. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 546. (Inciso IV do art. 39 do CDC).

Bem como situação comum de hospitais que exigem da família do convalécido, que despenda de grandes quantias para que se opere a internação.

A relevância da prestação jurisdicional na tutela do idoso, torna-se mecanismo prestacional, muitas vezes definidor da vida e da morte.

Ademais, em questões de saúde, há que se ter em conta o caráter de emergência da prestação buscada por meio de uma decisão judicial, posto que o indeferimento de tal pedido, especialmente a um idoso, pode acarretar comprometimento irreversível nas suas condições psicofísicas, ou mesmo o sacrifício de sua vida, razão pela qual se impõe a consideração do direito à saúde como um direito subjetivo do indivíduo invocável judicialmente. Levando-se em conta, muitas vezes, a emergência da prestação reclamada, torna-se urgente a tutela jurisdicional em caráter liminar. (BARLETTA, 2010, p.142 ).

Com relação à hipervulnerabilidade do consumidor idoso, O Estatuto do Idoso, prevê algumas situações que lhes garantam tratamento diferenciado e no art. 3º *caput*, dispendo as cerca do direito à prioridade, buscando o atendimento preferencial numa série de serviços públicos e privados.

O que importa salientar neste trabalho, e que segundo pesquisas já percebemos, é que a expectativa de vida da população tem crescido significativamente a alguns anos. Os avanços da medicina e as diversas técnicas empregadas, tem sido o arcabouço para garantir a longevidade de alguns cidadãos.

Ocorre que grande parte da população sequer tem acesso a esta eficiência na área da medicina e tampouco tratamento condizente com sua condição de hipervulnerabilidade, fundamentalmente pelas condições econômicas.

A Constituição Federal e algumas leis infraconstitucionais, como o Estatuto do Idoso e o Código de Defesa do Consumidor, quando da tutela dos direitos fundamentais, tem se mostrado eficientes a tutelar os interesses destes seres tão fragilizados pelo avanço da idade e que estão aumentando significativamente e contribuindo para movimentar a economia do país em muitos setores.

Alguns setores do mercado de consumo, tem investido em massa na expectativa de cativar estes novos consumidores em idade avançada, e proporcionar a eles, ofertas de produtos diferenciados, como por exemplo, pacotes de viagens a terceira idade, *spas* para idosos, entre outros, com a proposta de descanso, integração e divertimento. Embora outros setores econômicos, vejam

neste consumidor, um atrativo para produtos mascarados de boas intenções, como é o caso, dos empréstimos consignados, planos de capitalização, entre outros.

Por outro lado, estes mecanismos garantidores dispostos em lei, em grande parte necessitam da intervenção do judiciário para a defesa destas prerrogativas atinentes aos consumidores desprovidos de conhecimento e potencialmente vulneráveis em sua condição.

O que importa saber como a velhice do ser humano é e será tratada futuramente em quais as condições acolheremos nossos idosos.

O Estatuto do Idoso reconhece como pessoa idosa, aquela que tem idade igual ou superior a 60 anos, e reconhece que a partir desta idade, o ser humano necessita de tratamento diferenciado:

O avanço da idade para sessenta anos ou mais não significa por si decreptude, doença grave ou morte iminente. Todavia, o organismo idoso adoce mais. Portanto, enquanto houver vida, faz-se necessário que as especificidades desse corpo e dessa mente sejam cuidados, uma vez que os direitos da personalidade decorrem das necessidades específicas de cada ser humano, segundo a sua personalidade ontológica.<sup>49</sup>

Por sua vez, o art. 39, inciso IV do CDC, dispõe sobre a hipervulnerabilidade do consumidor, alcançada pela sua fragilidade em virtude da sua idade, saúde ou condição social.

Art. 39: É vedado ao fornecedor de produtos os serviços, dentre outras práticas abusivas:  
[...]  
IV – prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista a sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços; [...].

Este comando no regramento consumerista, visa à proteção de quem na condição de maior vulnerabilidade não tem discernimento necessário para avaliar a condição proposta pelo fornecedor de produto ou serviço.

No mercado de consumo, o fornecedor detém as técnicas necessárias para captar o consumidor específico para aquele produto ou serviço, como bem

---

<sup>49</sup> BARLETTA, Fabiana Rodrigues. **O Direito à Saúde da Pessoa Idosa**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 39.

esclarecem os doutrinadores Claudio Bonatto e Paulo Valério Dal Pai Moraes (1998, p. 43)<sup>50</sup>:

Neste afã de impor produtos ou serviços, os agentes econômicos usam de técnicas muito bem estudadas de *marketing*, as quais induzem o expectador a realizar condutas previamente determinadas, sem que a pessoa perceba. Estas maneiras subliminares de inculcar ideias na psique humana, geralmente não são identificadas com facilidade, pelo que a reiteração das mesmas passa, com o tempo, a integrar o subconsciente do indivíduo, determinando que ele proceda da forma originalmente planejada.

O consumidor está naturalmente em posição de desvantagem em relação ao fornecedor, pois não detém conhecimento aprofundado sobre determinado produto. Ademais encontra-se em desvantagem econômica em relação a este. Por sua vez, o consumidor idoso, criança ou deficiente mental, ocupa a posição dentre os demais consumidores numa condição de maior vulnerabilidade, pois sequer tem o discernimento necessário para avaliar os riscos e condições da aquisição de determinado produto ou serviço.

Tal regra protetiva ao hipervulnerável, tem o condão de afastar vendas oportunistas e condições desfavoráveis em uma negociação, que (constrangem) o consumidor, sem dar margem para questionamentos.

Há que se aceitar que o idoso na sua condição de consumidor, e a vulnerabilidade potencializada pelas circunstâncias biológicas, na maioria das vezes não consegue acompanhar os avanços tecnológicos de internet, *homebanking* e a relação com máquinas, que atualmente são instrumentos necessários, usados diariamente nesse mercado que movimenta a economia do país, sem falar-se na sua vulnerabilidade econômica, onde a grande maioria da população idosa sobrevive com poucos recursos que denotam o equivalente a menos de um salário mínimo de rendimentos<sup>51</sup>.

<sup>50</sup> BONATTO, Claudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Questões Controvertidas no Código de Defesa do Consumidor**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

<sup>51</sup> IBGE lança o Perfil dos Idosos Responsáveis pelos Domicílios. A população de idosos representa um contingente de quase 15 milhões de pessoas com 60 anos ou mais de idade (8,6% da população brasileira). As mulheres são maioria, 8,9 milhões (62,4%) dos idosos são responsáveis pelos domicílios e têm, em média, 69 anos de idade e 3,4 anos de estudo. Com um rendimento médio de R\$ 657,00, o idoso ocupa, cada vez mais, um papel de destaque na sociedade brasileira. Os resultados estão na nova publicação do IBGE que traz números sobre a situação no Brasil, nas Grandes Regiões, nas Unidades da Federação e é acompanhado por um CD-ROM com informações dos 5.507 municípios do País. Disponível em:

Não há como olhar o consumidor de uma forma única. Há “níveis diferenciados de fragilidade dos consumidores”, defendido pelo professor Cristiano Heineck Schmitt (2014, p. 202).

Entendemos que cada classe de consumidor tem um nível de vulnerabilidade no mercado de consumo e essa é a vislumbrada nos consumidores classificados como hipervulneráveis, em especial o idoso, que se comporta de forma mais fragilizada em relação aos demais. Sua vulnerabilidade é perceptível fisicamente, economicamente, tecnicamente e assim por diante.

Em razão do avanço e da tecnologia e a multiplicidade de técnicas empregadas atualmente no mercado de consumo, vislumbram no perfil do consumidor um alvo fácil para venda de determinados produtos.

Um exemplo de técnica empregada para a comercialização de serviços, é a denominada venda por *telemarketing*, em que a via de acesso a esse consumidor é o telefone. Muitos idosos, fadados a solidão sem a família e o amparo alheio, em que o vendedor, muitas vezes é a única pessoa que dá a atenção que o idoso precisa naquele dia. Esse consumidor acaba realizar a compra por impulso e sequer tem a real noção do comprometimento da sua renda e do valor empregado.

Este consumidor, em decorrência da sua fragilidade, necessita de proteção mais efetiva em virtude de sua condição física e frágil no mercado de consumo.

O idoso representa um percentual de mais de 10% da população brasileira, ou seja, mais de 20,5 milhões de pessoas possuem mais de 60 anos.<sup>52</sup>

A proteção ao idoso, amparada pelo texto Constitucional é norma de ordem pública e direito fundamental. O art. 230 da CF, defende a participação do idoso na comunidade, garantia do direito ao bem-estar e direito a vida com a participação da família e da sociedade.

**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.

---

<<http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/25072002pidoso.shtml>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

<sup>52</sup> Disponível em: <<http://sbgg.org.br/envelhecimento-no-brasil-e-saude-do-idoso-sbgg-divulga-carta-aberta-a-populacao-2/>>. Acesso em: 17 jun. 2016.

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

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

No Brasil, a Constituição Federal reconheceu a importância de uma tutela mais efetiva em relação aos idosos, mas a Lei infraconstitucional, Estatuto do Idoso, somente foi editada cinco anos depois<sup>53</sup>.

Cristiano Heineck Schmitt (2014)<sup>54</sup>, demonstra em sua obra, a preocupação internacional a cerca do tema e refere o texto da Recomendação nº 18, do Plano de Ação Internacional de Viena sobre envelhecimento, convocada em 1978, por meio da Resolução nº 33/52 da Assembleia Geral da ONU:

Os governantes deverão: a) Garantir que os alimentos, os produtos domésticos, as instalações e os equipamentos cumpram normas de segurança levando em conta a vulnerabilidade das pessoas de idade; b) Incentivar o uso seguro dos medicamentos, os produtos químicos domésticos e outros produtos, exigindo que os fabricantes coloquem nesses produtos as advertências e as instruções necessárias para seu uso; c) Facilitar a disponibilidade de medicamentos, aparelhos auditivos, próteses dentárias, óculos e outras próteses, para que os idosos possam continuar uma vida ativa e independente; d) Limitar a publicidade intensiva e outras técnicas de venda destinadas fundamentalmente a explorar os escassos recursos dos idosos. Os organismos governamentais deverão colaborar com as organizações não governamentais em programas de educação do consumidor. Deve-se insistir junto as organizações internacionais interessadas para que promovam uma ação conjunta dos Estados Membros para proteger os consumidores idosos.

Para o doutrinador Bruno Miragem, citado pelo professor Cristiano Heineck Schmitt (2014, p. 218)<sup>55</sup>, sustenta que a vulnerabilidade do consumidor idoso está confirmada em dois aspectos: a) a diminuição ou perda de determinadas aptidões físicas ou intelectuais que o torna mais suscetível e débil em relação a 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.

<sup>53</sup> **Lei nº 10. 741 de 01 de outubro de 2003.** Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/L10.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm)>. Acesso em: 20 jun. 2016.

<sup>54</sup> SCHMITT, Cristiano Heineck. **Consumidores Hipervulneráveis:** a proteção do idoso no mercado de consumo. São Paulo:Atlas. 2014.

<sup>55</sup> Idem.

Em relação ao primeiro aspecto assinalado, nota-se que as mesmas regras de proteção da criança e do adolescente se projetam também para a proteção do consumidor idoso. Isto porque a publicidade que se aproveita da deficiência da compreensão do idoso, ou aproveita de qualquer modo esta condição, para impingir-lhe produtos e serviços – mesmo sem expressa indicação na norma – é qualificada como espécie de publicidade abusiva, uma vez que desrespeita valores éticos socialmente reconhecidos. Igualmente, a mesma regra, do art. 39, IV, que classifica como prática abusiva a conduta do fornecedor que busca prevalecer-se do consumidor em razão- dentre outros critérios- de sua idade, tem aplicação na proteção do idoso. Não é demais lembrar que o art. 10, §2º do Estatuto do Idoso, igualmente assegura o direito dos idosos ao respeito, protegendo sua integridade física, psíquica e moral.

Em relação ao segundo aspecto distintivo da vulnerabilidade do consumidor idoso, é evidente que uma maior necessidade em relação a produtos ou serviços de parte do idoso, faz presumir que eventual inadimplemento, por parte do fornecedor dê causa a danos mais graves do que seriam se indicar aos consumidores em geral. (MIRAGEM, 2014, p. 128) .

O ser humano é vulnerável em relação ao fornecedor de produtos ou serviços, a hipervulnerabilidade é a vulnerabilidade potencializada pela idade, saúde e condição social, e neste caso poderá ser o consumidor criança, idoso ou deficiente mental.

Essa fragilidade física e psíquica que potencializa com o avanço da idade e atinente a todos os indivíduos, é este, o fator determinante da hipervulnerabilidade do consumidor idoso na disparidade da relação de consumo entre este e o fornecedor de produtos ou serviços.

A Lei nº 10.741 de 2003, que dispõe sobre o Estatuto do Idoso, que representa aquele com idade igual ou superior a 60 anos, determina em seu texto a proteção e garante a este um tratamento com dignidade à pessoa humana:

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.

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.

Pelo que se extrai do texto da Lei, caberia ao Estado, a família e a comunidade, a promoção de condições de oportunizar ao idoso o convívio saudável e as condições que assegurassem uma velhice digna, agregando ao meio social.

Outra questão a cerca da fragilidade do idoso é a que concerne a sua condição perante os demais indivíduos do contexto social. Vivemos numa sociedade que se importa mais com o ter do que o ser. Leva ao extremo a necessidade da perfeita aparência física e da condição de uma vida saudável, como se percebe na publicidade veiculada na mídia e na quantidade de cirurgias plásticas e tratamentos de rejuvenescimento, ofertados constantemente no mercado, que acaba por traduzir a este consumidor, já em avançada idade, uma realidade não mais existente e a sua condição de exclusão a esse meio, debilitando-o emocionalmente.

Sabe-se que muitas pessoas em idade avançada, são excluídas do convívio familiar e colocadas em clínicas de repouso ou aos cuidados de terceiros, que não sua família. Muitos moram sozinhos e sequer possuem parentes próximos, fadados à solidão. Tal situação de vulnerabilidade tona-os vítimas fáceis destes apelos midiáticos.

Muitas vezes, pessoas idosas são vítimas de oportunistas que vendem produtos de origem duvidosa e que se aproveitam da fragilidade de conhecimento e de sua vulnerabilidade exacerbada, com a promessa de curas milagrosas, fazem do idoso um alvo fácil para a venda do produto.

Na esperança de obter saúde e protelar seu tempo de vida, muitos idosos são vítimas de compras mal fadadas e com valores exacerbados em relação a produtos semelhantes e de origem honesta, comprometendo sua renda e condição de sobrevivência.

### 3.2 CLÁUSULAS ABUSIVAS E A RELAÇÃO DE CONSUMO COM O HIPERVULNERÁVEL

As normas que obstam a aplicação das cláusulas abusivas, são normas de ordem pública e dispostas no CDC, atuam para que o consumidor, na sua condição

de vulnerabilidade, esteja amparado, pela sua real vontade e expectativa diante da contratação com fornecedor.

Se anteriormente existia a força valorativa aos contratos e a máxima do *pacta sunt servanda*<sup>56</sup> era levada ao extremo, em que a “visão clássica, liberal e individualista do Código Civil”<sup>57</sup>, com o advento do Código de Defesa do Consumidor, valores superiores ao dogma da vontade passaram a ser priorizados, como a “equidade contratual, os quais permitem ao poder judiciário um novo e efetivo conteúdo dos contratos de consumo”<sup>58</sup>, priorizando ao pactuar um contrato de adesão, a vulnerabilidade fática do consumidor.

A criação do código tem dois momentos, como afirma Claudia Lima Marques (1995), o primeiro abrange a criação destes direitos do consumidor propriamente ditos, e o segundo momento, destina-se a criação das proibições da aplicação das cláusulas abusivas.

A propósito, o núcleo do conceito de abusividade<sup>59</sup> das cláusulas contratuais do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor está na existência de cláusulas contratuais que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada perante o fornecedor, que resulta do desequilíbrio das posições contratuais.

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

- I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;
- II - subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código;
- III - transfiram responsabilidades a terceiros;
- IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;
- V - (Vetado);

<sup>56</sup> ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário Jurídico Acquaviva**. São Paulo: Ridell, [s.d.]. Conceito de Pacta Sunt Servanda: “Os contratos devem ser observados nos seus estritos termos. Tal preceito foi suplantado, quase inteiramente, pela teoria da imprevisão, em face da qual os termos de um contrato valem na medida de acontecimentos futuros que venham a exigir sua alteração. Exemplo de adoção desta teoria pela Lei Brasileira, nos dá o art. 478 do CC de 1916.”

<sup>57</sup> MARQUES Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo:RT, 1995. p. 401.

<sup>58</sup> Idem.

<sup>59</sup> “A ideia de abusividade tem relação com a doutrina do abuso de direito. Foi a Constatação de que o titular de um direito subjetivo pode dele abusar no seu exercício que acabou por levar o legislador a tipificar certas ações como abusivas.” (NUNES, 2009, p. 138).

VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor;  
 VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem;  
 VIII - imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor;  
 IX - deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor;  
 X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral;  
 XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor;  
 XII - obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor;  
 XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração;  
 XIV - infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais;  
 XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor;  
 XVI - possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias.

Importa salientar que as cláusulas caracterizadas como abusivas, são “nulas de pleno direito”, como bem pretendeu o legislador ao inserir no *caput* do referido artigo.

Neste atual cenário globalizado, em que as negociações entre fornecedor e consumidor ocorrem em velocidade incompatível com a presteza do legislador na criação de mecanismos de tutela, são estabelecidas limitações objetivas aos contratos, protegendo a parte mais fraca que, concretamente, não tem como escapar da vontade de seu contratante.

Por esse motivo, o desequilíbrio vislumbrado nessas posições contratuais decorre do monopólio da produção das cláusulas contratuais por um dos contratantes e as obrigações que decorrem desta posição contratual de inferioridade e que exigem adimplência do consumidor.

O conceito de abusividade das cláusulas contratuais tem, portanto, âmbito próprio de atuação, não se confundindo com o conceito de abuso de direito, que muito embora estejam atrelados pelo princípio da função social do contrato (TARTUCE, 2007, p. 296)<sup>60</sup>. O abuso de direito constitui ato ilícito e, via oblíqua, gera a responsabilidade civil. E, embora sua configuração dependa de análise judicial, certo é que prescindirá totalmente do elemento subjetivo da conduta, que

<sup>60</sup> “Eventuais cláusulas contratuais tidas como violadoras da função social dos contratos, podem ser tidas como nulas. O exemplo típico pode ser retirado do direito do consumidor, com a nulidade das cláusulas abusivas conforme o rol exemplificativo do art. 51 da Lei 8.078/1990.” TARTUCE, Flavio; **Função Social dos Contratos: Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002**. São Paulo: Método, 2007. (Coleção Prof. Rubens Lomongi França; v. 2.)

dispensa a culpa ou o dolo, conforme se depreende do art. 187 do Novo Código Civil, muito embora o referido artigo faça menção ao princípio basilar do CDC, ou seja a boa-fé objetiva.

A diferença, porém, é mais de grau do que de natureza. Neste sentido, correta a conclusão que as cláusulas abusivas são também contrárias ao direito, ilícitas, se compreendermos o direito não só como o conjunto de leis e de normas, mas como seus princípios gerais, entre os quais, claramente, inclui-se o da boa-fé objetiva. (MARQUES, 1995, p. 405)

Quando o Código de Defesa do Consumidor, procura suprimir dos contratos as cláusulas que demonstram abusividade, destes “instrumentos negociais divorciados da boa-fé negocial”<sup>61</sup> o que se tem em vista não é evitar o abuso de direito, mas buscar impedir a estipulação de cláusulas contratuais que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada perante o fornecedor.

A análise dos princípios estabelecidos pelo artigo 4º e pelo artigo 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor, autoriza a conclusão segundo a qual o equilíbrio das relações de consumo e da boa-fé, são princípios básicos que o Código de Defesa do Consumidor houve consagrar. Não se trata somente de equilíbrio das posições econômicas, mas principalmente, equilíbrio das posições contratuais, o que significa, em outras palavras, evitar que a elaboração unilateral das cláusulas contratuais acabe por configurar em abuso.

As cláusulas abusivas não se restringem aos contratos de adesão, mas cabem a todo e qualquer contrato de consumo, escrito ou verbal, pois o desequilíbrio contratual, com a supremacia do fornecedor sobre o consumidor, pode ocorrer em qualquer contrato, concluído mediante qualquer técnica contratual. (GRINOVER, Ada Pelegrini et al. **Código Brasileiro do Consumidor, comentado pelos autores do anteprojeto**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 558).

A sanção escolhida pelo legislador, para coibir o abuso das cláusulas abusivas dispostas na lista do art. 51<sup>62</sup>, que é apenas exemplificativa<sup>63</sup>, bem como no art. 53<sup>64</sup> é a nulidade absoluta<sup>65</sup>.

<sup>61</sup> SCHMITT, Cristiano Heineck *In*: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). **Doutrinas essenciais direito do consumidor**: contratos de consumo. v. IV, São Paulo: RT, 2011, p. 290-291.

<sup>62</sup> Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis; II - subtraíam ao consumidor

Sobre as sanções cabíveis pelo uso de práticas abusivas em contratos de consumo, além da nulificação de quaisquer contratações havidas, perspectiva que pode ser obtida no âmbito judicial, são cabíveis reprimendas administrativas, como aquelas previstas no art. 56 do CDC. Observa-se também a garantia de reparação pelos danos sofridos pelo consumidor, à luz do art. 6º, incisos VI e VII do CDC, podendo recorrer-se a uma tutela preventiva, inibitória, apta a interromper o fluxo de lesões perpetradas pelo fornecedor, conforme permite o art. 84 do diploma consumerista. (SCHMITT, 2014, p. 237).

---

a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código; III - transfiram responsabilidades a terceiros; IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; V - (Vetado); VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor; VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem; VIII - imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor; IX - deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor; X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral; XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor; XII - obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor; XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração; XIV - infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais; XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor; XVI - possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias. § 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que: I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence; II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual; III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso. § 2º A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes. § 3º (Vetado). § 4º É facultado a qualquer consumidor ou entidade que o represente requerer ao Ministério Público que ajuíze a competente ação para ser declarada a nulidade de cláusula contratual que contrarie o disposto neste código ou de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes.

<sup>63</sup> GRINOVER, Ada Pelegrini et al. **Código Brasileiro do Consumidor, comentado pelos autores do anteprojeto**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 561.

<sup>64</sup> Art. 53. Nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado. § 1º (Vetado). § 2º Nos contratos do sistema de consórcio de produtos duráveis, a compensação ou a restituição das parcelas quitadas, na forma deste artigo, terá descontada, além da vantagem econômica auferida com a fruição, os prejuízos que o desistente ou inadimplente causar ao grupo. § 3º Os contratos de que trata o caput deste artigo serão expressos em moeda corrente nacional.

<sup>65</sup> MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 1995. p. 409.

### 3.3 CASOS DE OCORRÊNCIA DE ABUSIVIDADE NAS CLÁUSULAS EM CONTRATOS FIRMADOS COM CONSUMIDOR HIPERVULNERÁVEL

A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício, e em não havendo a proteção do Estado, dentro do sistema único de saúde (SUS), que é órgão estatal, criado para assegurar o atendimento na área da saúde, disposta no texto constitucional para o cumprimento da sua função de tutela ao idoso e um bem maior, que neste caso a saúde e a vida, cumpre então ao judiciário como garantidor dessas normas protetivas para assegurar ao idoso, atendimento digno dentro do que contratou com a operadora de saúde suplementar. Ou seja, o judiciário fazendo com que a norma seja cumprida para a proteção do hipervulnerável.

Nesse sentido, percebe-se a importância do judiciário como membro atuante na construção dessa ideia de proteção ao hipervulnerável, como bem destaca Renata Maria Gil da Silva Lopes Esmeraldi e José Fernando da Silva Lopes:

O poder judiciário que nunca atua por livre iniciativa, tem como dogma a sua acessibilidade, atualmente estampada e garantida pelo comando de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito” (CF, art. 5º, XXXV) a revelar que o acesso ao sistema de distribuição de Justiça não pode ser bloqueado nem mesmo por alguma lei e está, sempre, disponível a qualquer interessado em obter controle judicial diante da lesão ou ameaça a direito. (ESMERALDI; LOPES, 2015, p. 195).

Quase que inexistia a busca pelo auxílio judicial<sup>66</sup> na solução de conflitos nas relações de consumo anterior a Constituição Federal, posteriormente as leis que a sucederam, houve a busca considerável pela proteção ao vulnerável.

A análise das decisões judiciais constitui relevante fonte para o conhecimento da trajetória percorrida no enfrentamento da matéria frente aos casos concretos, demonstrando as decisões atribuídas aos comandos do texto Constitucional.

De início os dispositivos constitucionais regulamentadores do direito à saúde demonstraram certa resistência dos operadores do direito no sentido da efetividade destas normas sendo posteriormente, com o advento da legislação

---

<sup>66</sup> ESMERALDI, Renata Maria Gil da Silva Lopes; LOPES, José Fernando da Silva. **Planos de Saúde no Brasil: Doutrina e Jurisprudência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

infraconstitucional, obtendo maior efetividade. Art. 15, caput do Estatuto do Idoso assim dispõe:

É assegurada a atenção integral à saúde do idoso, por intermédio do Sistema Único de Saúde - SUS, garantindo-lhe o acesso universal e igualitário, em conjunto articulado e contínuo das ações e serviços, para a prevenção, promoção, proteção e recuperação da saúde, incluindo a atenção especial às doenças que afetam preferencialmente os idosos. [...]  
 § 3º É vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade.

Sabe-se que o consumidor contrata com plano de saúde suplementar na esperança de auxílio pessoal e a seus dependentes e abusivamente é surpreendido pela operadora com reajustes excessivamente altos ou ainda, o acesso negado por alguma irregularidade ou exigência do plano.

Entendemos que essa vulnerabilidade se ressalta no instante da necessidade. Basta imaginar um cidadão que pagou um prêmio mensalmente e regularmente por dez anos e em determinado momento da sua vida descobre que tem uma doença que necessita de aplicações de quimioterapia. Imaginado que o plano vai cobrir essa necessidade, ao solicitar ao plano a autorização do procedimento, descobre naquele momento de tamanha vulnerabilidade que o plano não cobre está técnica imprescindível para o prolongamento de sua vida.

Assim, o consumidor, dentro da sua vulnerabilidade potencializada em decorrência da sua enfermidade, se vê obrigado a acessar o judiciário para que a operadora seja compelida a satisfazer a necessidade para a qual contratou<sup>67</sup>, como se percebe pela pesquisa jurisprudencial no Tribunal gaúcho, o que por vezes, pode nem sequer chegar a ter a sua pretensão satisfeita por ocorrência do óbito, razão da negativa de cobertura da operadora e da demora na concessão da medida liminar.

Em razão da idade avançada e a necessidade constante de auxílio médico com mais frequência, essas operadoras de planos de saúde, veem no consumidor idoso um cliente desinteressante. Fato este que propicia abusos por parte das

<sup>67</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível Nº70057265233**. Apelantes: RICARDO LUIS WALTHER e ANA LUIZA SIMCH WALTHER. Apelado: Unimed Porto Alegre. Relator: Sylvio José Costa da Silva Tavares, Julgado em 18/06/2015. Disponível em: <

fornecedoras de serviços, como se percebe na prática constante da omissão do envio de boletos ou a emissão destes boletos com valores equivocados com a intenção de que o consumidor idoso não efetue o pagamento e fique inadimplente gerando a exclusão do respectivo plano, como se percebe na jurisprudência do TJRS<sup>68</sup>:

[...] tem se nisso uma atitude de atroz desumanidade, eivada de ampla má-fé, revelando manifesto constrangimento, sofrimento e humilhação suportados pelo consumidor idoso descartado ilegalmente do âmbito de proteção do plano ou do seguro de saúde. (SCHMITT, 2014, p. 243).

Ademais, a vulnerabilidade que acomete um idoso, muitas vezes torna impossível a busca de solução imediata para determinados tipos de conflito, pois dependem da ajuda de outras pessoas para a busca de solução. Sendo que além da sua vulnerabilidade na compreensão, muitos apresentam altas taxas de dependência e declínio da capacidade funcional e perda de autonomia nas funções comuns do dia a dia.

Notícia relevante citada por Aguillar e Barbugiani (2015, p. 102) em relação à manutenção de aposentado em plano de saúde : “ A Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) garantiu a um aposentado e seus dependentes o direito de continuar como beneficiários de planos de saúde coletivo, operado pela Intermédici Serviços Médicos, isentos de carência, nas mesmas condições de cobertura assistencial e de preço *per capita* do contrato. O aposentado deverá assumir o pagamento integral da contribuição.” A jurisprudência do STJ vem sedimentando o entendimento para que sejam mantidas as condições anteriores do contrato de plano de saúde do aposentado, conforme art. 31 e ao empregado desligado por exoneração ou rescisão do contrato de trabalho, art. 30, ambos da Lei nº 9.656/98.

Entendemos que o STJ ao conceder a permanência do aposentado ao plano de saúde empresarial, reconheceu a hipervulnerabilidade do consumidor idoso, mantendo esse vínculo do aposentado ao plano de saúde mesmo após a desvinculação com a empregadora.

<sup>68</sup> APELAÇÃO DA RÉ DESPROVIDA. APELAÇÃO DO AUTOR PROVIDA. **Apelação Cível Nº 70067856195**, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge André Pereira Gailhard, Julgado em 25/05/2016). Diário da Justiça do dia 02/06/2016. Disponível em: <[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%C3%A7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=70067856195&num\\_processo=70067856195&codEmenta=6777883&temIntTeor=true](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%C3%A7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70067856195&num_processo=70067856195&codEmenta=6777883&temIntTeor=true)>. Acesso em: 16 jun. 2016.

Para o aposentado, perder o plano de saúde, implicaria em desamparo a sua saúde e a de seus dependentes. Ademais, a idade avançada e a vulnerabilidade decorrente desta, que por si só produzem no indivíduo a fragilidade física, e ainda potencializada pela sensação de inutilidade para seus familiares e amigos e a baixa autoestima comum que acomete as pessoas que se aposentam.

A concessão deste benefício, tem o condão de presentear com merecido descanso, o trabalhador que dedicou a maior parte da sua vida no labor e esperando para dignamente aproveitar os anos de vida que lhe restam e viver a velhice tranquila ao lado de sua família. Chegar a este estágio da vida e ser surpreendido pelo desamparo da assistência médica privada, acabaria por condenar ao aposentado a sensação de desamparo, típica de quem depende do atendimento do Sistema Único de Saúde.

Cumprе salientar que, no Brasil, a saúde privada não constitui extravagância, pois a esse setor da economia se recorre diante da falta de qualidade dos serviços públicos notoriamente deficitários. Assim, resta evidente a angústia do idoso, quando este é informado do cancelamento do plano de saúde, tendo que depender do setor público para atendimento à saúde. (SCHMITT, 2014, p. 243).

É considerada ilegal a recusa de operadora de seguro saúde, de contratar ou renovar contrato com consumidor idoso, pela probabilidade de risco de determinadas patologias que viessem a onerar em demasia a os custos da empresa, pratica conhecida como *cream-skimming* (separar a nata)<sup>69</sup>. Ou seja, projetar seu foco em consumidores livres de risco.

Nesse caso, analisando a sistemática das condições físicas de determinado grupo, muitas operadoras se utilizavam da estratégia como forma “a obter a menor soma de indenizações possíveis”<sup>70</sup>.

A aplicação desta estratégia de selecionar determinados grupos, em relação a discriminação ao consumidor em idade avançada, diz respeito a oferta do plano de saúde com valor superior ao ofertado a outro consumidor mais jovem. Neste caso as somas representam valores tão superiores que torna impossível, economicamente para o idoso contratar.

---

<sup>69</sup> SCHMITT, Cristiano Heineck. **Consumidores Hipervulneráveis**: a proteção do idoso no mercado de consumo. São Paulo: Atlas, 2014. p. 245.

<sup>70</sup> Idem, p. 246.

Outro exemplo em relação aos planos de saúde e a conduta abusiva utilizada pelas operadoras, diz respeito à limitação do tempo de internação hospitalar, o que inviabiliza a permanência do consumidor no leito hospitalar pelo plano contratado. Nesse caso, a operadora obrigava, nestas condições de hipervulnerabilidade, o consumidor a migrar de plano, com um custo mais elevado, e suspendia o atendimento alegando a carência por migração. Com a edição da Súmula 302 do STJ, a cláusula que limita o tempo de internação foi reconhecida como abusiva.

Constantemente condutas reprováveis são praticadas nas relações consumeristas em relação ao idoso, a exemplo disso, o reajuste em decorrência da alteração da faixa etária é considerado abusivo, pois fere o Estatuto do Idoso e o Código de Defesa do Consumidor, ambas, normas de ordem pública e que têm como fonte expressa determinação constitucional.

Cumprido ressaltar, no que concerne ao reajuste das mensalidades nos contratos de planos de saúde firmados anteriormente a vigência da Lei 9.656/98, o STF suspendeu a incidência do parágrafo 2º deste artigo, e da cláusula de reajuste aprovada pela ANS aos contratos firmados anteriormente a vigência da Lei<sup>71</sup>, respeitando o dispositivo legal do art. 15, § 3º, que veda a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade, bem como dispositivo do Código de defesa do Consumidor.

Conforme a ANS, autarquia criada pela Lei nº 9.961/2000, responsável pelo controle nos aumentos das mensalidades dos planos, e segundo esta agência, os reajustes podem ocorrer em três situações: pela necessidade de atualização das mensalidades decorrente da variação dos custos assistenciais; pela mudança de faixa etária do consumidor; em decorrência de uma reavaliação do plano, designada como revisão técnica<sup>72</sup> (SCHMITT, 2014, p.219).

A razão sustentada pelas operadoras para o reajuste dos planos de saúde por faixa etária está calcada na frequência da utilização destes planos, entendendo-se que quanto mais velho for o consumidor, maior a necessidade de atendimento médico e por consequência aumentando os custos operacionais.

---

<sup>71</sup> AGUILLAR, Fernando Herren; BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani. (Coord.) **Planos de Saúde: doutrina, jurisprudência e legislação**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 162.

<sup>72</sup> SCHMITT, Cristiano Heineck. **Cláusulas Abusivas nas Relações de Consumo**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014a. p. 221.

Concordamos necessário para o desenvolvimento e manutenção destes planos, que ocorra reajuste condizente com as necessidades das operadoras na sua manutenção, mas discordamos das disparidades que ocorrem nos reajustes.

Ademais, há regras a serem respeitadas na aplicação destes reajustes com a necessária fiscalização da Agência Reguladora.

A norma referida na Lei nº 9.656/98 admite o reajuste por faixa etária, observando-se a data da contratação do plano ou de seguro-saúde três situações são apresentadas: “a) Contratos celebrados antes de janeiro de 1999; B) Contratos ajustados entre 02 de janeiro de 1999 e 1º de janeiro de 2004; c) contratos pactuados após 1º de janeiro de 2004.”<sup>73</sup>

Conforme determinação do art. 15 da Lei nº 9.656/98 cabe a ANS a necessidade de estabelecer critérios para a fixação dos reajustes de reajuste das mensalidades de plano de saúde em razão da idade do beneficiário editou a Resolução 6/98 e, posteriormente, em razão da necessidade de adequação aos ditames do Estatuto do Idoso, expediu a Resolução Normativa 63/03, que assim dividiu as faixas etárias<sup>74</sup>:

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

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

Deste modo, respeitadas as condições estabelecidas pela agência reguladora, os planos de saúde estão autorizados a fixar percentuais de aumento da mensalidade em cada mudança de faixa etária, desde que em conformidade com os princípios norteadores do Estado Democrático de direito na Constituição Federal e

<sup>73</sup> SCHMITT, Cristiano Heineck. **Consumidores Hipervulneráveis**: a proteção do idoso no mercado de consumo. São Paulo: Atlas, 2014. p. 249.

<sup>74</sup> Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/index.php/legislacao/busca-de-legislacao>>. Acesso em: 30 jun. 2016.

nas leis infraconstitucionais, em especial o Estatuto do Idoso e a regulamentação da ANS.

No mesmo art. 15 da Lei nº 9.656/98, o parágrafo único dispõe sobre a vedação para os usuários com mais de 60 anos de idade e que participam do plano ou dos que o antecederam há pelo menos 10 anos.

Da mesma forma que, a Resolução Normativa nº 32 da ANS, publicada em dezembro de 2003 determina que o valor fixado para a última faixa etária (59 anos ou mais) não pode ser superior a 06 vezes o valor da primeira faixa etária (0 a 18 anos).

Por sua vez, o Estatuto do Idoso, Lei nº 10.741 de 01.10.2003, no capítulo que trata do direito à saúde, em seu art. 15, assegura amplo e irrestrito acesso do idoso ao Sistema Único de Saúde. No §3º veda a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade.

Pela interpretação do STJ, prevalece o entendimento de que a partir do Estatuto do Idoso, não importando seja o contrato anterior ou posterior, bastando o segurado implementar 60 anos da vigência da lei, nenhum percentual de reenquadramento é devido <sup>75</sup>, ficando o contrato valendo pelo reajuste imediatamente anterior à faixa etária, mais os reajustes anuais autorizados pela ANS.

Por óbvio que qualquer reajuste por faixa etária ou mesmo de mera atualização monetária das contraprestações ao longo do tempo, se em percentual abusivo e aplicado sem qualquer justificativa do plano, não podem ser tolerados.

Ocorre que esse entendimento não resta dúvidas a cerca da aplicabilidade das normas em harmonia com os princípios e normas ao hipervulnerável, embora não sedimentado pelos Tribunais dos respectivos Estados e ainda pendente de decisão do STF.

---

<sup>75</sup> **REsp 809.329/RJ**, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/03/2008, DJe 11/04/2008. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200600037836&dt\\_publicacao=11/04/2008](https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200600037836&dt_publicacao=11/04/2008)>. Acesso em: 16 jun. 2016.

Numa análise deste dispositivo, caberia reajuste por faixa etária aos contratos celebrados anteriores a Lei 9.656/98, desde que não afrontem princípios gerais do direito, como por exemplo, o da boa-fé objetiva<sup>76</sup>.

Cumpra ressaltar que a interpretação deverá obedecer, que na análise temporal da celebração destes contratos, os ditames protetivos do Código de Defesa do consumidor.

No acórdão, cuja Ministra Relatora Fátima Nancy Andrighi, citado na obra do professor Cristiano Heineck Schmitt<sup>77</sup>, afasta a possibilidade de reajustes por faixa etária, sustentando a permissão do art. 15 da Lei, “desde que estejam previstas no contrato inicial as faixas etárias e os percentuais de reajustes incidentes em cada uma delas, conforme normas expedidas pela ANS. No entanto o próprio parágrafo único do aludido dispositivo legal, veda tal variação para consumidores com idade superior a 60 anos.” E ainda sugere que cada Tribunal externar seu entendimento a cada caso concreto.

O argumento do STJ, tem sido no sentido de entender como abusivos os referidos reajustes por faixa etária para indivíduos com 60 anos de idade ou mais, com base no Estatuto do Idoso, norma que passou a vigorar em 2004, mesmo em contratos celebrados em contratos anteriores a sua vigência<sup>78</sup>.

Tal posicionamento ainda aguarda uma resolução do Supremo Tribunal Federal, no que concerne aos contratos firmados anteriormente a Lei de Planos de Saúde, sob análise a ADIn 1.931.

---

<sup>76</sup> SCHMITT, Cristiano Heineck *In*: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). **Doutrinas essenciais direito do consumidor**: contratos de consumo. V. IV. São Paulo: RT, 2011. p. 307.

<sup>77</sup> SCHMITT, Cristiano Heineck. **Cláusulas Abusivas nas Relações de Consumo**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014a. p. 221.

<sup>78</sup> SCHMITT, Cristiano Heineck. **Consumidores Hipervulneráveis**: a proteção do idoso no mercado de consumo. São Paulo: Atlas, 2014. p. 253.

## CONCLUSÃO

A preocupação com a posição de fragilidade do consumidor, inserido neste contexto de profundas mudanças que tem acontecido a partir de transformações sociais e tecnológicas ocorridas no final do século XX, implicou na necessidade de proteção mais efetiva voltada para o consumidor, em comando reconhecido na Constituição Federal de 1988 e posteriormente com a edição do Código de Defesa do Consumidor.

Com a edição do diploma consumerista, houve o reconhecimento da figura do consumidor vulnerável na cadeia de consumo, evidenciadas as novas concepções voltadas para a proteção do sujeito mais fraco, sendo que o consumidor é figura imprescindível para o crescimento da economia e circulação de bens e serviços, e é a parte frágil que demonstra forte descompasso de forças com o fornecedor, detentor da posição de suficiência e do capital.

Em maior posição de fragilidade na relação de consumo, que o vulnerável, percebeu-se a existência de um sujeito que demanda maior atenção, pelas suas condições físicas e econômicas neste cenário de consumo, nascendo a figura do consumidor hipervulnerável.

Com uma preocupação mais voltada para o estudo do consumidor vulnerável na perspectiva do direito fundamental à vida, sobretudo à saúde, tentou-se demonstrar a adequação das normas infraconstitucionais e o entendimento doutrinário e jurisprudencial no enfoque dos dispositivos constitucionais e a tutela de proteção ao consumidor idoso.

A tutela do consumidor hipervulnerável, reconhecidamente o idoso, encontra amparo na legislação constitucional e infraconstitucional, sendo objeto de enfoque deste trabalho, o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto do Idoso e a Lei dos Planos de Saúde.

Dentre os direitos fundamentais dispostos no texto constitucional, a saúde desponta, como o direito prioritário de toda a pessoa, sobretudo ao idoso. Prioritariamente este deve ser assistido, pela família, sociedade e Estado.

Este consumidor destoa dos demais, e a ele deve ser dado atendimento prioritário no tocante ao atendimento a saúde, por três razões: A primeira, e mais importante apontada neste trabalho, é a que diz respeito a rapidez com que sua condição degenera comparada a pessoa mais jovem, sendo que, a condição temporal no atendimento da sua pretensão, pode ser a diferença entre a vida e a morte. A segunda, diz respeito a condição econômica da maioria dos nossos velhos. Muitos sobrevivem com poucos recursos e superlotam filas da assistência pública a espera de atendimento. E a outra razão, esta embasada na condição de debilidade física e psíquica que acomete a maioria dos idosos e impede a locomoção e o acesso igualitário aos estabelecimentos e órgãos de atendimento.

No primeiro capítulo, procurou-se demonstrar a evolução dos direitos fundamentais do cidadão, em especial a vida e saúde, e o reconhecimento no texto constitucional, da mesma forma demonstrado o comando constitucional da tutela da saúde ao Estado. Nesse sentido, nos couberam indagações a cerca da efetiva prestação do serviço que se mostra ineficiente, diante da má gestão estatal e a necessidade da prestação complementar da iniciativa privada.

No segundo capítulo demonstramos a relação de consumo existente entre os contratos firmados com as operadoras e o consumidor, bem como o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor na legislação infraconstitucional.

Por sua vez, no terceiro capítulo, procuramos demonstrar o a admissão da vulnerabilidade potencializada, a hipervulnerabilidade, em especial a do idoso e a necessidade crescente da efetiva proteção a estes nas relações contratuais, em especial os contratos com operadoras de planos de saúde suplementar. Bem como, demonstramos situações vivenciadas e a carência pela busca da tutela do Poder Judiciário para o reconhecimento das cláusulas abusivas.

Sendo a saúde um direito fundamental do ser humano e a sua proteção prevista em norma constitucional, a interpretação deverá sempre tutelar o bem maior, ou seja, a vida e a sua manutenção, a que se destina toda e qualquer norma.

Nesse sentido, embora haja satisfação de cunho legislativo, pela criação dos institutos voltados para o bem estar destes cidadãos, cabe ainda ao poder executivo, a efetiva promoção das políticas públicas como bem se intencionou o legislador constitucional, voltadas para a plenitude de condições dignas a esses cidadãos, mas também aos aplicadores do direito na construção dos instrumentos de instigação e de convencimento para a fundamentação das decisões em prol destes consumidores.

Muito se produziu nestes vinte e cinco anos de aplicação do diploma consumerista, mas a dinâmica das relações sociais implica constante construção destes alicerces que sustentam a sociedade e o estado democrático de direito voltado para o crescimento econômico e a redução das desigualdades sociais.

## REFERÊNCIAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário Jurídico Acquaviva**: São Paulo: Ridell, [s.d.].

AGUILLAR, Fernando Herren; BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani. (Coord.) **Planos de Saúde**: doutrina, jurisprudência e legislação. São Paulo: Saraiva, 2015.

BARLETTA, Fabiana Rodrigues. **O Direito à Saúde da Pessoa Idosa**. São Paulo: Saraiva, 2010.

BONATTO, Claudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Questões Controvertidas no Código de Defesa do Consumidor**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2007.

ESMERALDI, Renata Gil da Silva Lopes; LOPES, José Fernando da Silva. **Planos de Saúde no Brasil**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2015.

FILOMENO, José Geraldo Brito *In*: GRINOVER, Ada Pelegrini et al. **Código Brasileiro do Consumidor, comentado pelos autores do anteprojeto**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

KHOURI, Paulo Roberto Roque Antônio. **Direito do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2005.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). **Doutrinas essenciais direito do consumidor**: contratos de consumo. V. IV. São Paulo: RT, 2011.

\_\_\_\_\_. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

\_\_\_\_\_. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 5 ed. São Paulo: RT, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Atlas. 2001.

NUNES, Luis Antônio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**: com exercícios. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

\_\_\_\_\_. (Org.). **Jurisdição e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

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

\_\_\_\_\_. **Cláusulas Abusivas nas Relações de Consumo**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014a.

\_\_\_\_\_. *In*: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). **Doutrinas essenciais direito do consumidor**: contratos de consumo. v. IV, São Paulo: RT, 2011, p. 290-291.

SCHMITT, Cristiano Heineck. A proteção do interesse do consumidor através da garantia à liberdade de concorrência. **Revista JURIS PLENUM**, (CD-ROM), n. 109, nov./2009.

TARTUCE, Flavio, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor**: Direito Material e Processual. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2016.

\_\_\_\_\_. **Função Social dos Contratos**: Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002. São Paulo: Método, 2007. (Coleção Prof. Rubens Lomongi França; v. 2.)