

**CENTRO UNIVERSITÁRIO AUTÔNOMO DO BRASIL – UNIBRASIL  
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEMOCRACIA**

**SIBHELLE KATHERINE NASCIMENTO**

**A DISCRIMINAÇÃO DO IDOSO NOS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE**

**CURITIBA  
2016**

**SIBHELLE KATHERINE NASCIMENTO**

**A DISCRIMINAÇÃO DO IDOSO NOS CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE**

Dissertação apresentada no Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* (Mestrado) em Direitos Fundamentais e Democracia do Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre.

Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Rosalice Fidalgo Pinheiro

**CURITIBA  
2016**

**FOLHA DE APROVAÇÃO**

**SIBHELLE KATHERINE NASCIMENTO**

**A DISCRIMINAÇÃO DO IDOSO  
NOS CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE**

Dissertação aprovada no Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* (Mestrado) em Direitos Fundamentais e Democracia do Centro Universitário Autônomo do Brasil – Unibrasil, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre, pela banca examinadora, composta pelos seguintes membros.

---

Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Rosalice Fidalgo Pinheiro

---

---

---

---

Curitiba,

*Aos Deuses Universais por me permitirem conhecer o real sentido da felicidade.*

## AGRADECIMENTOS

Nós, seres espirituais numa experiência terrena, por vezes somos agraciados pelo encontro daqueles que nos fazem experimentar o mais nobre dos sentimentos. À minha querida Mirian (*in memoriam*) que me deixou dias depois da conclusão dessa etapa, fazendo-se presente em todos meus sonhos e realizações.

Formatado: Fonte: Itálico

Ao melhor companheiro dessa vida cuja dedicação me fez concretizar essa pesquisa, doando-me seu sentimento mais nobre, sendo meu guardião fiel e maior incentivador, Waldir José Czyn (*in memoriam*) cuja estrela me empresta seu brilho, pra que de lá do plano espiritual, continuar me incentivando.

~~queles cuja dúvida foi meu maior incentivo, mas em especial~~ à minha orientadora Rosalice Fidalgo Pinheiro que me despertou a paixão pelo tema e me fez acreditar que a realização desse sonho seria possível.

## RESUMO

O envelhecimento das populações vem ditando o ritmo das prioridades da vida moderna, o que vem trazendo reflexos sobre os contratos de consumo. Concomitantemente ao fenômeno do amadurecimento e desta especial proteção, surge ~~o fenômeno da~~ necessidade de proteger e tutelar os sujeitos contra ~~as discriminações~~ violações que ~~passou~~ passaram a se instaurar também no âmbito do Direito Privado. Ao mesmo tempo em que a discriminação parece inadmissível nas sociedades modernas, já que ~~ad~~ dissociada ~~de~~ os Direitos Humanos, sua fundamentação suscita a tensão existente entre o princípio da liberdade contratual e o princípio da igualdade de tratamento. Este repúdio ao tratamento desigual e discriminatório exige da legislação vigente a necessidade de tutela frente às discriminações, rompendo-se com a aceitação de comportamentos que se pretende identificar como proibidos ou proibitivos. Portanto, o objetivo deste trabalho é examinar as situações de discriminação de pessoas idosas em contratos de planos de saúde, enunciando sua proibição no direito brasileiro. Utilizar-se-á a experiência europeia nesta matéria e as teorias acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, para sustentar a incidência do direito à igualdade de tratamento nos contratos de planos de saúde de consumidores idosos com vistas a conter discriminações. —Para tanto, a pesquisa utilizará o método dedutivo e o procedimento bibliográfico, dividindo-se o plano de trabalho em três partes: a primeira relaciona o envelhecimento com os mecanismos de proteção das pessoas idosas e a proibição de sua discriminação; a segunda trata dos contratos de planos de saúde como contratos de consumo e da eficácia dos direitos fundamentais nestas relações; e a terceira parte da proibição de discriminação dos idosos nos contratos de plano de saúde em razão da idade do segurado, fazendo-se um comparativo entre o direito brasileiro e o direito europeu, além do debate entre a colisão dos direitos fundamentais envolvidos naquela relação consumerista para examiná-la nos contratos de plano de saúde realizados com consumidor idoso no direito brasileiro.

**Palavras-chave:** Direitos Fundamentais; discriminação; contrato de plano de saúde; consumidor; idoso.

Formatado: Português (Brasil)

## ABSTRACT

The aging of populations is dictating the pace of the priorities of modern life, which has brought reflections on the contract. Concurrently, consumption ripening phenomenon and this special protection, comes the phenomenon of the need for protection against discrimination that went on to establish also under the Private Law. While that discrimination seems unacceptable in modern societies, as related to human rights, its reasoning raises the tension between the principle of contractual freedom and the principle of equal treatment. This repudiation of unequal and discriminatory treatment requires the current legislation the need for front protection against discrimination, breaking with the acceptance of behaviors to be identified as banned or prohibitive. Therefore, the objective of this study is to examine the situations of discrimination against older people in health insurance contracts, stating its ban in Brazilian law. It will use the European experience in this field and theories about the effectiveness of fundamental rights in private relationships, to sustain the impact of the right to equal treatment in contracts of older consumers health plans with a view to curb discrimination. To this end, the research uses the deductive method and bibliographic procedure, dividing the work plan in three parts: the first relates to the aging mechanisms to protect the elderly and the prohibition of discrimination against them; the second deals with the contracts of health plans and consumer contracts and the effectiveness of fundamental rights in these relationships; and the third part of the prohibition of discrimination in European law to examine it in health plan contracts held with senior consumer in Brazilian law.

**Keywords:** Fundamental Rights; discrimination; health plan contract; consumer; old man.

Formatado: Cor da fonte: Vermelho

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>1 O DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE DE TRATAMENTO E A PESSOA IDOSA</b> .....	14
1.1 O DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE DE TRATAMENTO .....	14
1.1.1 Da igualdade formal à igualdade substancial .....	14
1.1.2 O direito fundamental à igualdade de tratamento .....	17
1.2 AS DIFERENTES PERSPECTIVAS DO ENVELHECIMENTO NO BRASIL .....	22
1.2.1 A saúde da população idosa no Brasil .....	23
1.2.2 A pessoa idosa e o mercado de consumo .....	28
1.3 A PROTEÇÃO DO IDOSO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO .....	31
1.3.1 O advento da Lei 10.741/2003 .....	33
1.3.2 A prioridade absoluta da pessoa idosa e a proteção dos seus direitos fundamentais .....	36
1.3.3 A proibição de discriminação do idoso .....	39
<b>2 OS CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE E O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE DO CONSUMIDOR IDOSO</b> .....	42
2.1 O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E A CONSTITUIÇÃO DE 1988 .....	42
2.1.1 O direito fundamental à saúde do idoso .....	47
2.2 O CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE E AS RELAÇÕES DE CONSUMO .....	49
2.2.1 O contrato de plano de saúde e a Lei 9.656/98 .....	50
2.2.2 A delimitação do contrato de plano de saúde como relação de consumo .....	54
2.3 A EFICÁCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL NOS CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE E O CONSUMIDOR IDOSO .....	56
2.3.1 Teoria da eficácia direta .....	59
2.3.2 Teoria da eficácia indireta .....	62
2.3.3 Teoria dos deveres de proteção .....	65
2.4 O DIREITO FUNDAMENTAL À DEFESA DO CONSUMIDOR <del>DO</del> IDOSO .....	70
<b>3 O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO E OS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE DE CONSUMIDORES IDOSOS</b> .....	74
3.1 AUTONOMIA PRIVADA E DISCRIMINAÇÃO .....	74
3.1.1 A tutela constitucional da autonomia privada .....	78
3.1.2 O princípio da não discriminação no Direito Privado .....	82
3.2 A PROTEÇÃO CONTRA DISCRIMINAÇÃO E A EXPERIÊNCIA EUROPÉIA .....	84
3.2.1 As diretivas da União Européia contra discriminação .....	84
3.2.2 A incorporação do direito antidiscriminatório pelos países europeus .....	87
3.3 O DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE DE TRATAMENTO E A PROIBIÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO NO CONTRATO .....	90
3.3.1 A função social do contrato e o direito à igualdade de tratamento .....	90
3.3.2 Instrumentos de proteção contratual contra discriminação .....	93

3.3.3 A proibição de discriminação do idoso no contrato de plano de saúde.....	96
<del>4</del> <b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	106
<del>5</del> <b>REFERÊNCIAS</b> .....	109

*“Errei mais de 9.000 mil cestas e perdi quase 300 jogos. Em diferentes finais fui encarregado de jogar a bola e vencer o jogo... E falhei! Tenho uma história repleta de falhas e fracassos em minha vida. E é exatamente por isso que sou um sucesso”.*

*Michael Jordan*

## INTRODUÇÃO

No mundo globalizado, o aumento da expectativa de vida da população traz como consequências reflexos que influenciam as experiências de viver com saúde, com a morte e com o luto. Essas experiências não ocorrem na mesma proporção nos países em desenvolvimento, já que nesses países a experiência de envelhecer convive com problemas decorrentes da pobreza, do subdesenvolvimento e da ausência de políticas públicas que atendam a população idosa, especialmente para prevenção e tratamento de doenças.

Esta explosão demográfica das populações idosas acarreta implicações para as políticas sociais, já que subsiste no universo mundial a ideia de que os idosos necessitam de tratamentos de saúde mais caros, o que geraria sobre carregamento dos orçamentos governamentais.

Esse processo de envelhecimento social, determinado pela idade cronológica do indivíduo, decorre da combinação de processos biológicos, psicológicos e sociais, que por sua vez são influenciados por fatores externos ligados à oferta de condições que propiciem uma vida digna, já considerados os avanços da nutrição e da saúde, bem como sua disponibilidade e condições de acesso.

Diversas teorias buscam explicar a natureza do envelhecimento e seus aspectos levando em conta critérios sociológicos, tais como as desigualdades dentre os idosos, a feminilização da velhice e a influência das etnias para compreensão dos aspectos que marcam a nova era dessa classe. Assim, com base nesses dados, observa-se que o agrisalamento da população mundial implica em investimentos em aposentadorias, assistência social e serviços de saúde.

Concomitantemente a esse processo decorrente da evolução de tratamentos de saúde e da profilaxia de doenças, observa-se que a população idosa tornou-se consumidora de produtos de saúde, cujas escolhas demonstram uma postura ativa em relação à sua própria saúde e aos conceitos de doença. Essas novas direções no pensamento popular contribuem para transformações profundas dentro dos sistemas de tratamentos de saúde à medida que a mudança de escala de doenças e sua natureza também mudam, alterando, significativamente, o estilo de vida das pessoas que buscam um maior controle de seu estado de saúde como medida profilática ao risco de desenvolvimento ou contração de doenças.

Observa-se, portanto, que os indivíduos têm a certeza de que as doenças são uma experiência de vida negativa que acarretam dor, sofrimento, desconforto,

confusão, conflitos existenciais e outras dificuldades, embora eles não desprezem a perspectiva de viver com determinados problemas de saúde que requeiram tratamentos regulares que lhes possibilitem a vivência de uma vida digna da forma mais normal possível.

Deste modo, portanto, observa-se a necessidade de uma especial proteção aos idosos, especialmente nas relações que envolvam sua saúde, já que sem esse quesito, torna-se inviável ~~à~~ própria existência do indivíduo.

Destaca-se, portanto, dentre os direitos fundamentais, o direito à saúde e sua fundamentabilidade para o exercício do direito à vida, como faceta do mínimo existencial, indissociado, portanto, do princípio da dignidade da pessoa humana sob o qual se fundamentam as Declarações Internacionais de Direitos Humanos. Classificado como direito fundamental social, previsto na Constituição Federal ~~do~~ nosso país em seu artigo 6º, o direito à saúde destina-se tanto ao poder público quanto aos particulares, proporcionando a eficácia do exercício da igualdade, eis que o direito à saúde é sedimentado no princípio da dignidade da pessoa humana e se revela componente de maior relevância para a concretização deste princípio.

O Estado Democrático de Direito pretende a construção e a efetivação de um conjunto de direitos fundamentais próprios de uma determinada época e tradição, sem desconsiderar, portanto, o aspecto histórico, sociológico e humano das populações. É isso que se observa quando da análise dos direitos da pessoa idosa, o que enseja a necessidade de uma resposta por parte do Estado, no sentido de lhes proteger, garantindo-lhes o mínimo de condições para sua existência digna.

A sociedade globalizada, pautada pelo modo de produção capitalista e regulada por lei de mercado, exige uma especial proteção dos idosos enquanto “consumidores de saúde”, a fim de que não sejam marginalizados em sua condição de hipossuficiência.

Construído esse cenário, a presente pesquisa abordará os meios que o Estado dispõe para proteção e efetividade do mínimo existencial na proteção da pessoa idosa nos contratos de plano de saúde, com vistas à garantia da efetividade dos direitos fundamentais, questionando os critérios contratuais estabelecidos entre as partes para reajuste de mensalidades como critério discriminatório nas relações de consumo. ~~Eis que tal~~ Referida prática tem como consequência a discriminação dos idosos em planos de saúde especialmente porque em decorrência do mito de maior possibilidade de uso, recai sobre eles o ônus de mensalidades exorbitantes

Formatado: Cor da fonte: Automática

previstas em contratos com reajustes baseados na idade do segurado, e não em índices inflacionários.

Referida análise, objeto do presente estudo, além de passar pela intervenção do Estado na autonomia privada e pela eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, abordará a limitação daquele princípio em prol dos direitos fundamentais e sua eficácia.

Apesar da proibição constitucional da discriminação, verifica-se que referida questão ao ser debatida pelos Tribunais brasileiros, acaba por não discutir a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, pautando suas decisões em conceitos clássicos vinculados ao Direito Privado~~à autonomia privada~~. Apesar da especial proteção outorgada ao consumidor em nossa legislação, o Judiciário tem sido invocado a se manifestar em temas que afrontam os direitos fundamentais e sua eficácia nas relações privadas. Logo, a análise da discriminação nos contratos de consumo exige a análise conjunta dos princípios da igualdade, da não discriminação, da dignidade da pessoa humana, bem como da dimensão de seus reflexos e a eficácia da autonomia privada.

A discriminação e seu combate pressupõem a violação de um direito fundamental cuja tutela foi internacionalizada desde a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948. Contudo, observa-se que no direito brasileiro, as discriminações encontram um campo fértil nas relações de consumo, devido à massificação dos contratos e à vulnerabilidade do consumidor frente ao fornecedor.

A metodologia aplicada nesse trabalho é a de uma pesquisa teórica descritiva que utiliza como método de procedimento o bibliográfico e como método de análise o categórico dedutivo, por meio de questionamentos de temas atuais relacionados aos contratos de saúde envolvendo idosos a partir de julgados jurisprudenciais.

Como norte para o desenvolvimento deste trabalho, propõem-se os seguintes objetivos: (i) analisar o conceito de envelhecimento nas populações modernas, (ii) compreender os fundamentos e os conceitos envolvidos nas concepções do direito à saúde como faceta do mínimo existencial e sua receptividade no ordenamento jurídico brasileiro; (iii) examinar a experiência europeia sobre proibição de discriminação nos contratos; (iv) buscar no direito brasileiro instrumentos que possibilitem coibir as situações de discriminação nos contratos de planos de saúde com usuários idosos, notadamente, o direito fundamental à igualdade de tratamento e sua incidência nas relações privadas.

O primeiro capítulo aborda o direito fundamental à igualdade de tratamento e a discriminação do idoso, abordando aspectos relacionados ao envelhecer das populações mundiais e seus reflexos nas relações sociais, especialmente nas de consumo, partindo da premissa de que a proteção do idoso é uma conquista no ordenamento jurídico brasileiro. Para melhor compreensão do tema é necessário definir-se o conceito moderno de “idoso” aliado à compreensão do que sejam “discriminações”.

Na sequência, abordar-se-ão as teorias relativas à eficácia dos direitos fundamentais e a possibilidade de se impor ou não as normas que legitimam sua aplicação nas relações privadas, especificadamente decorrentes da tutela da dignidade da pessoa humana no âmbito do contrato de consumo.

A igualdade, o princípio da não discriminação nas relações de consumo e a dignidade da pessoa humana constituem os pilares do Estado Democrático de Direito e evidenciam a problemática que envolve a eficácia dos direitos fundamentais, na tentativa de se refutar a proliferação de contratos que visem apenas à obtenção de lucros, na busca pelo equilíbrio das partes no contrato e da efetiva justiça contratual.

Formatado: Cor da fonte: Automática

Formatado: Cor da fonte: Automática

Formatado: Cor da fonte: Automática

## 1. O DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE DE TRATAMENTO E A PESSOA IDOSA

### 1.1. —O DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE DE TRATAMENTO

A igualdade como norma de direito fundamental estabelece tratamento isonômico a todos os indivíduos, contudo, a desigualdade desponta como reflexo de uma sociedade de classes marcada por disparidades econômico-financeiras entre contraentes. A implicação direta de sua previsão formal é a vedação à discriminação, situação em que indivíduos hipoteticamente iguais perante a lei, passam a ser comparados segundo critérios socialmente relevantes para diferenciá-los.

Em que pese ~~à~~ vedação à discriminação decorrente da igualdade formal que prevê que todos são iguais perante a lei, garante-se a todos o exercício dos direitos fundamentais previstos na Constituição. Deste modo, portanto, o aspecto formal do princípio da igualdade visa a proibição de atos que ameassem ou afrontem a isonomia a que todos têm direito, desconsiderando elementos que possam privilegiar alguns indivíduos em detrimento de outros.

A igualdade alimenta todo sistema jurídico para proteção da isonomia dentro de um sistema construído sobre diferenças e que repudia a discriminação, ao mesmo tempo em que democraticamente elaborado deve respeitar as diferenças instituindo condições para efetivar a igualdade material.

#### 1.1.1 Da Igualdade Formal à Igualdade Substancial

O contrato reflete uma realidade de interesses que cumprem uma função instrumental, um conjunto de regras e princípios que materializa a vontade das partes na relação econômica e notadamente está vinculado à ideia de transferência de riquezas. Logo, a contratação está indissociada de interesses econômicos.

O contrato moderno deixou de revestir passivamente a operação econômica para ser seu elemento ativo, no contexto econômico-social no qual se insere, adquirindo relatividade quanto à função assumida. Deste modo, o contrato passou a identificar as sociedades nascidas da Revolução Burguesa, seja para exprimir vontades ou para legitimar o despotismo.

Antes da Revolução Francesa, a titularidade das terras estava nas mãos da nobreza que as exploravam economicamente por meio de vassalos, sem que estes tivessem quaisquer perspectivas de adquiri-las. Com a tomada do poder pela burguesia, não existiam elementos que pudessem transferir esse domínio ou propriedade à nova classe. Surge, então, o conceito de propriedade moderna em que individualidade e liberdade puderam ser instrumentalizadas por meio do contrato.

A burguesia passou a absorver o capital – como a terra ou a sua produção – por meio do consentimento, materializado no contrato, consolidando a “propriedade perfeita” e, posteriormente, o capitalismo, já que a circulação de bens (inclusive da terra) deu ensejo ao modelo capitalista de produção. A propriedade passou a ser o fundamento da liberdade e, posteriormente, da autonomia<sup>1</sup>.

Como relata Enzo Roppo, a liberdade de contratar significava “livre possibilidade, para a burguesia empreendedora, de adquirir os bens da nobreza, detentora e improdutiva da riqueza, e livre possibilidade de fazê-los frutificar com o comércio e com a indústria<sup>2</sup>”. Deste modo, portanto, o contrato foi estruturado a partir da projeção dos modos de adquirir e, principalmente, de transferir a propriedade<sup>3</sup>.

Verifica-se que o consentimento passou a ser elemento nuclear do contrato moderno, ao contrário do que ocorria no direito romano que se preocupava em observar apenas a forma do contrato, desconsiderando o direito subjetivo envolvido.

A escola pandecista alemã renovou o conceito de contrato conceituando-o como elemento central de um sistema jurídico calcado na declaração de vontade. O contrato assim considerado resulta da vontade dos envolvidos com irradiação dos efeitos próprios, bastando que as manifestações de vontade coincidam, evidenciando a auto composição dos interesses envolvidos<sup>4</sup>.

Claudia Lima Marques caracteriza a versão clássica do contrato, conforme a definição de Savigny, segundo o qual o contrato é a união de dois ou mais

---

<sup>1</sup> Conteúdo ministrado em sala de aula pela Professora Rosalice Fidalgo Pinheiro no Curso de Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia da Unibrasil, referente à matéria Direitos Fundamentais e Relações privadas no segundo semestre de 2014.

<sup>2</sup> ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 1988. p. 45.

<sup>3</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Contratos**. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 21.

<sup>4</sup> Idem, p. 16.

indivíduos para uma declaração de vontade em consenso<sup>5</sup>. A concepção tradicional de contrato não se preocupava com sua função social, tendo como alicerce apenas a declaração de vontade livre do indivíduo capaz, o que favorecia a manutenção de grupos econômicos detentores de capital no poder e o individualismo.

Contudo, a nova realidade contratual concebe o contrato como acordo de vontades que une pessoas a partir de interesses particulares que acabaram por consolidar o modo capitalista de produção. Essa igualdade formal calcada no consentimento livre, segundo Rosalice Fidalgo Pinheiro tornou os indivíduos apenas vozes por trás das mercadorias<sup>6</sup>, fazendo com que o contrato moderno se desenvolvesse lastreado em seu conteúdo econômico e patrimonial, desprendido de uma função social.

A atual sociedade de consumo com seus métodos de contratação em massa afastou a paridade de cláusulas dando origem aos contratos de adesão ou por adesão, em que a parte contratada predispõe antecipadamente as condições que se aplicarão indistintamente às futuras relações contratuais<sup>7</sup>.

Nesse sentido incluem-se os contratos de planos de saúde regulamentados pela Lei 9.656/98 e também subordinados ao Código de Defesa do Consumidor, especialmente ao disposto em seu artigo 6º, pois são considerados serviços de consumo para os quais não importa a denominação a eles aplicada. A identificação constitucional do consumidor (art. 48 do ADCT) e sua especial proteção criou essa nova classe de sujeitos de direitos a partir de um sistema de normas que visa atribuir eficácia aos direitos protegidos.

Claudia Lima Marques destaca que o direito fundamental do consumidor no Brasil não é um direito negativo de igualdade, mas sim um direito positivo, do direito à igualdade material reconstruída por ações positivas do Estado em prol do indivíduo identificado com determinado grupo<sup>8</sup>.

Contudo, apesar da busca pela eficácia do direito à igualdade dirigida ao consumidor, Claudia Lima Marques questiona se as ações executadas até agora são

<sup>5</sup> MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6ª ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 61/63.

<sup>6</sup> PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contratos e Direitos Fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 34.

<sup>7</sup> MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6ª ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 65.

<sup>8</sup> MARQUES, Claudia Lima. Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de ações afirmativas em contratos de planos de saúde e planos funerários frente ao consumidor idoso. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang ([Org. Org.](#)). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 188-189.

suficientes para garantia de ofertas e manutenção de serviços contratados entre consumidores idosos, já que, referida dúvida também é objeto do presente estudo.

Em que pese as modernas discussões acerca do conceito de igualdade, questiona-se se há algum vestígio dessa garantia na aceitação de cláusulas contratuais que segreguem pessoas idosas por questões ligadas às condições biológicas. Com base nesse raciocínio tem-se que não é a isonomia e a dignidade da pessoa humana que preexistem (dentro os contratos de planos de saúde realizados por pessoas idosas), mas sim a exclusão destes princípios.

#### 1.1.2 O Direito Fundamental a Igualdade de Tratamento

A promulgação da Constituição Federal de 1988 tornou-se marco inicial para o reconhecimento dos direitos fundamentais depois de um longo período ditatorial instaurado no Brasil em que referidos direitos eram desprezados. A supressão de direitos decorrentes da vigência dos chamados atos institucionais, ~~além de suprimir o habeas corpus~~, pautou-se em um modelo político que se valia da tortura para punir opositores do regime, além de suprimir o habeas corpus. No plano econômico, a abstração do Estado na implementação de políticas públicas, aumentou o número de pessoas pobres ampliando a miséria e o endividamento, gerando um contingente de ~~excluídos~~ socialmente excluídos, os quais permaneciam mantidos à margem de qualquer processo de desenvolvimento social.

A Constituição Federal de 1988, nas palavras de Paulo Ricardo Schier:

Conhecida como “Constituição Cidadã”, a lei fundamental em vigor consagrou a democracia, retomou o Estado de Direito, afirmou uma série de princípios fundamentais pautados na tutela da dignidade humana, do pluralismo político, da cidadania, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Consagrou, ainda, extenso rol de direitos fundamentais. Inovou, neste campo, ao incluir um significativo número de direitos sociais vinculados à ordem econômica, ao trabalho, cultura etc. Ao mesmo tempo em que garantiu direitos que já haviam sido incorporados ao patrimônio histórico e jurídico da comunidade brasileira, também apresentou algumas respostas para problemas do passado (como o repúdio à tortura, à censura, ao tratamento desumano ou cruel) e projetos para o futuro (erradicação da pobreza; construção de uma sociedade livre, justa e solidária; busca do pleno emprego e outras propostas típicas de um constitucionalismo dirigente)<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. Constitucionalização do direito no contexto da Constituição de 1988. In: CLÉVE, Clèmerson Merlin. (Org.). **Direito Constitucional Brasileiro**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, v. 1, p. 43-60.

Formatado: Cor da fonte: Automática

Formatado: Cor da fonte: Automática

A Constituição Federal de 1988, portanto, reconhece a igualdade como um dos valores supremos da sociedade, constituindo-se como signo fundamental da democracia<sup>10</sup>. Não obstante, as modernas discussões acerca do conceito de igualdade, questiona-se se há algum vestígio dessa garantia na aceitação de cláusulas contratuais que segreguem pessoas idosas por questões ligadas às condições biológicas. Com base nesse raciocínio tem-se que não é a isonomia e a dignidade da pessoa humana que preexistem (dentro os contratos de planos de saúde realizados por pessoas idosas), mas sim a exclusão desses critérios.

Neste mesmo diapasão, tem-se que a dignidade da pessoa humana assegurada no plano constitucional reclama a satisfação dos valores mínimos fundamentais descritos no âmbito da Constituição Federal em seu art. 6º, constituindo-se como verdadeiro mínimo existencial a ser assegurado pelo Estado Democrático de Direito. Consequentemente, tem-se que referido princípio, veda ao legislador infraconstitucional a definição de categorias de direitos segundo critérios odiosos, explicitando a vedação constitucional a quaisquer tipos de discriminações, sob pena de se admitir a mitigação do princípio da dignidade da pessoa humana, que é signo do Estado Democrático de Direito.

Acerca do princípio da dignidade da pessoa humana, Ingo Wolfgang Sarlet o define como diretamente conectado com o núcleo essencial dos direitos fundamentais, embora não possa ser confundido com o próprio conteúdo da dignidade da pessoa humana. Deste modo,

<sup>a</sup> a noção de mínimo existencial, compreendida, por sua vez, como abrangendo o conjunto de prestações materiais que asseguram a cada indivíduo uma vida com dignidade, que necessariamente só poderá ser uma vida saudável, que corresponda a determinados patamares qualitativos que transcendam a mera garantia de sobrevivência física (mínimo vital), nos revela que a dignidade da pessoa atua (ainda que não exclusivamente) como diretriz jurídico-material tanto para a definição do núcleo essencial, quanto para a definição do que constituía garantia do mínimo existencial, que, na esteira de farta doutrina, abrange bem mais do que a garantia da mera sobrevivência física, não podendo ser restringido, portanto, à noção de um mínimo vital ou a uma noção estritamente liberal de um mínimo suficiente para assegurar o exercício das liberdades fundamentais<sup>11</sup>.

Formatado: Cor da fonte: Automática

<sup>10</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p.193.

<sup>11</sup> ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. (Coord.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. In: SARLET, Ingo W. **A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 120.

A dignidade da pessoa humana exige a satisfação dos direitos fundamentais por meio de prestações positivas e negativas, tal como a inviolabilidade de medidas que fiquem abaixo do patamar desejável de garantia dos direitos fundamentais. Este princípio não pode ser considerado criação da ordem constitucional, mas ~~como~~ princípio enquanto considerado, deve ser respeitado e protegido, devido ao seu valor supremo que é alicerce da ordem jurídica democrática<sup>12</sup>.

A dignidade, portanto, derivada de concepções humanistas, propõem a proteção de quaisquer tipos de vulnerabilidade, especialmente de grupos que exigem a especial proteção da lei. Deste substrato que protege a integridade de pessoas, dimana o princípio da igualdade, concebido como o direito de não se dispensar qualquer tratamento discriminatório, no direito de ter direitos iguais ~~à~~ aos ~~de~~ todos os demais<sup>13</sup>.

A preposição de igualdade formal disseminada pelo Estado de Direito Liberal, que pressupunha um acordo de vontades entre pessoas formalmente iguais e livres, foi substancialmente afetada pela concepção emancipatória dos direitos fundamentais, contrapondo-se à inequívoca condição de igualdade calcada apenas na autonomia da liberdade privada.

Deste modo, portanto, a igualdade como fundamento jurídico da dignidade da pessoa humana deixou de ser apenas formal para se tornar substancial, trazendo à baila questionamentos acerca da especial proteção dada ~~à~~ determinados grupos (idosos, mulheres, negros, homossexuais, pessoas em situação de vulnerabilidade social, entre outros), já que a pluralidade de culturas evidencia que a igualdade dependerá de comparativos que se baseiam em conteúdos pré-concebidos.

Na concepção consumerista, a igualdade é um direito positivo, reconstruído por meio de ações positivas do Estado, na busca pela igualdade material. A condição de hipossuficiência atribuída ao consumidor no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor foi uma necessária concretização do princípio da igualdade material diante dos riscos envolvidos no mercado de consumo, dados pela complexidade das relações contratuais atuais, pluralidade de agentes, cláusulas discriminatórias e mesmo abusivas, dentre outras que mitigam referido princípio.

---

<sup>12</sup> SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. **O conceito de dignidade humana**: substrato axiológico e conteúdo normativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 115.

<sup>13</sup> Idem, p. 118.

A tutela prevista em lei, portanto, é dirigida à pessoa, ao seu valor no ordenamento jurídico, sendo que, nas palavras de Cláudia Lima Marques:

as leis brasileiras de proteção ao consumidor realizam o mandamento constitucional do art.5º, XXXII da CF/88: o Estado protegerá os interesses do consumidor. Procura-se, assim, alcançar no mercado de consumo a igualdade material (art.5º, I, da CF/88), o objetivo de proteção da dignidade da pessoa humana (art. 3º, CF/88) e a garantia de liberdade de escolha dos cidadãos (art. 5º, *caput*, da CF/88)<sup>14</sup>.

Formatado: Cor da fonte: Automática

Logo, ante a supremacia dos direitos fundamentais, não mais se admite no Estado Democrático de Direito, proteção irrestrita e incondicional da autonomia privada em detrimento à liberdade.

Os Direitos Humanos, positivados por meio da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), constituem verdadeiro referencial ético para formulação de normas dos Estados pactuantes, antecipando o conteúdo ético jurídico dos direitos fundamentais. Referidos direitos, portanto, carregam em seu bojo o caráter normativo e vinculante, capaz de alterar normas fundamentais de um Estado, redimensionando modelos para efetivação de prestações negativas ou positivas antes não concebidas no Estado de Direito Liberal. São direitos marcados pela universabilidade, indivisibilidade e interdependência, em que uma geração de direitos não exclui a outra, mas com ela interage, conforme estabelecido na Resolução 32/130 da Assembleia Geral das Nações Unidas, cujo conteúdo exige um mínimo ético irredutível, dependente da democracia para sua efetividade.

Para Joaquim Herrera Flores

Os direitos humanos, no mundo contemporâneo, necessitam de uma visão complexa, dessa reacionalidade de resistência e dessas práticas interculturais, nômades e híbridas, para superar resultados universalistas e particularistas que impedem uma análise comprometida dos direitos, há muito tempo. Os direitos humanos não são, unicamente, declarações textuais. Tampouco, são produtos unívocos de uma cultura determinada. Os direitos humanos são os meios incursivos, discursivos, expressivos e normativos que pugnam por reinserir os seres humanos no circuito de reprodução e manutenção da vida, permitindo-lhes abrir espaço de luta, para particular manifestação da dignidade humana<sup>15</sup>.

Formatado: Cor da fonte: Automática

Logo, a concepção dos Direitos Humanos, que é posterior às Guerras Mundiais e à Declaração Universal desses direitos, reflete a necessidade de

<sup>14</sup> MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6ª ed., rev., atual e ampl. São Paulo: 2006. p. 187.

<sup>15</sup> FLORES, Joaquim Herrera. **Direitos Humanos, interculturalidade e racionalidade jurídica**. Disponível em <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15330/13921>. Acesso em: 09 Out de 2015.

reafirmação da pessoa em si, segundo critérios de racionalidade, dignidade, liberdade (no sentido da autonomia) e moralidade. Este movimento de proteção internacional dos direitos humanos projetou o chamado constitucionalismo global, ou seja, criou uma diretriz para formação do poder constituinte dos Estados vinculando princípios e regras de Direito internacional segundo o *jus cogens* por este prolapado. Deste modo, a especial proteção dos Direitos Humanos promove a revisão da soberania absoluta dos Estados tornando o indivíduo um fim em si mesmo como sujeito de direitos.

Com a transição do Estado de Direito Liberal para o Estado de Direito Social, ocorre uma alteração do paradigma de reconhecimento meramente formal de direitos fundamentais para uma eficácia concreta desses direitos, afirmando a democracia e o resgate da dimensão humana, na tentativa de promover a igualdade substancial entre os homens, cujos direitos foram abolidos no período pós-guerra com a negação do valor da pessoa humana como valor-fonte do direito<sup>16</sup>.

O surgimento dos direitos sociais além de garantir a proteção de determinados bens da vida, criam núcleos constitucionais de irradiação a partir de uma matriz que se sobrepõe à normas infraconstitucionais e direciona o padrão de comportamento dos agentes públicos para consecução daquelas normas.

Contudo, o processo de globalização calcado no neoliberalismo, representa uma ameaça aos direitos sociais à medida que os flexibiliza, agravando as desigualdades sociais e a exclusão socioeconômica. Flávia Piovesan empresta as palavras de Amartya Sen ao dizer que “A negação da liberdade econômica, sob a forma de pobreza extrema, torna a pessoa vulnerável a violações de outras formas de liberdade. (...) A negação da liberdade econômica implica na negação da liberdade social e política”<sup>17</sup>.

A completa realização da democracia liberdade e igualdade exige a proteção dos direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que a democracia vincula-se a esses direitos e fornece instrumentos para consecução efetiva da igualdade material<sup>18</sup>. José Afonso da Silva classifica a igualdade perante a lei, enunciado que se confunde com a mera isonomia formal e que tem como destinatários tanto o

<sup>16</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 9.

<sup>17</sup> PIOVESAN, Flávia. **A universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos: desafios e perspectivas**. São Paulo; Renovar, 2004. p. 68.

<sup>18</sup> CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. 19ª ed. rev. atual. São Paulo : Saraiva, 2011, p. 51.

legislador como aplicadores da lei<sup>19</sup>, a igualdade entre homens e mulheres, a igualdade jurisdicional, a igualdade sem distinção de idade, entre outras.

Conclui-se, por derradeio, que do princípio da igualdade decorre da exigência constitucional da não discriminação, cuja análise dependerá do caso concreto, interessando para o presente estudo as cláusulas discriminatórias de reajuste em desfavor do consumidor idoso de plano de saúde, que contrata o serviço na tentativa de obtenção de tratamentos condignos, independentemente de sua situação econômica, cuja realização do direito dependerá da própria realização do contrato.

## 1.2- AS DIFERENTES PERSPECTIVAS DO ENVELHECIMENTO NO BRASIL

Afinal, quem são os idosos? A legislação brasileira utilizou um critério universal para definição do idoso desconsiderando a heterogeneidade entre grupos sociais diferentes, definindo-o como o indivíduo com idade igual ou superior a sessenta anos. Sob o aspecto social, a definição de idoso é realizada com o objetivo de distinguir demandas na saúde, no mercado de trabalho e nas famílias. Essa definição cria expectativas em relação aos papéis sociais dos idosos que ao atingir os sessenta anos, deixam de ser enquadrados em idade de trabalho - devido à concorrência com os jovens e adultos- mas também não se identificam com sinais de senilidade e decrepitude.

A feminilização da velhice, a dependência financeira de famílias inteiras do benefício previdenciário (ou social) recebido por idosos, sua permanência no mercado de trabalho como medida para complementação da renda, as dificuldades de acesso à informação enfrentadas pelos idosos, idosos mais jovens cuidando de idosos mais velhos e idessesoutros que optam por viverem sozinhos são algumas das características que identificam essa classe, segundo dados fornecidos pelo IPEA, nos últimos vinte anos<sup>20</sup>.

Identificar a velhice em seus diferentes aspectos permite estabelecer uma relação de dependência entre arranjos familiares e melhores condições de vida, propiciando a elaboração de políticas previdenciárias que beneficiem o maior

<sup>19</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 218.

<sup>20</sup> Disponível em: <[www.ipea.gov.br](http://www.ipea.gov.br)>. Acesso em: 04 ~~Fev~~Fev. 2016.

número possível de idosos, oferecendo-lhes condições de sobrevivência com dignidade, dissociada da concepção de dependência.

### 1.2.1 A Saúde da População Idosa no Brasil

No Século das Luzes, o envelhecimento estava associado à definição de uma estrutura familiar, ao casamento e ao papel de cada membro dentro dos lares. A presença dos avós nas famílias, nos retratos de família e na vida social de modo geral, evidenciava o envelhecimento da população, antes acostumada ao término da vida antes mesmo do tão almejado descanso decorrente da aposentadoria.

A ambição para que direitos referentes à aposentadoria fossem garantidos, fez superar a ideia de que a velhice pudesse ser identificada como um risco, realocando a função social dos idosos naquelas famílias. Deste modo, eles passaram à, sendo esses considerados símbolo de *status* e influência sobre os demais membros. E, embora não existam relatos sobre o envelhecimento e o papel dos idosos da época que vai da Renascença ao Século das Luzes. A expectativa média de vida aumentou muito ao longo do Século XIX, fazendo-se com que o conceito de morte fosse dissociado da própria vida. Por conseguinte, o comportamento de deixar a pessoa morrer em hospitais, costume introduzido nos anos nas décadas de trinta e quarenta 1930 e 1940, é persistente até os dias atuais<sup>21</sup>.

Essa ideia de que a morte é sinônimo de fracasso do corpo físico e de apodrecimento, associado ao desligamento de tudo que a vida possa oferecer, é que tem incentivado a busca por hábitos de vida saudáveis como medida profilática àquele perecimento. Neste cenário, observa-se dentre a população idosa, a adoção por estilos de vida associados à longevidade, cumulativamente àa associação ema planos de saúde que ofereçam aos seus cooperados condições contratuais compatíveis com a legislação, para tratamentos e profilaxia de doenças.

A visão social de saúde dentre idosos normalmente está associada à relação entre doenças e envelhecimento, tornando ambos sinônimos. Assim, saúde e doença passam a ser concebidos como um binômio que afasta a concepção médica

<sup>21</sup> ARIÈS, Philippe; CHARTIER, Roger (Coords.). **História da vida privada, 3:** da Renascença ao Século das Luzes. Trad. Hildegard Feist. São Paulo: Companhia das Letras, 1991, p. 255.

que entende a doença como um processo biológico decorrente do desgaste físico do corpo, associados ou não a fatores genéticos, externos ou internos.

A longevidade da população, contudo, depende de investimentos que obrigam os poderes públicos a atentar para questões relacionadas ao bem estar da população idosa, cujos problemas crônicos de saúde, (associados a níveis financeiros muito baixos e falta de uma ocupação dentre os objetivos da sociedade), exige que o envelhecimento seja analisado segundo aspectos psicológicos, sociais e culturais.

Para Ruth Gelehrter da Costa Lopes<sup>22</sup>

(...) Enquanto a longevidade desponta como conquista no campo da saúde, o processo de envelhecimento alerta para novas demandas e atenções nos serviços e benefícios- lazer, médico, psicológico, previdência – prestados pela sociedade.

Formatado: Cor da fonte: Automática

O envelhecimento decorre do desgaste natural de todo organismo, contudo seu avanço está diretamente ligado à nutrição adequada, habitação digna, profilaxia de doenças, saneamento básico, previdência social efetiva, dentre outros. A promoção da saúde do idoso normalmente posterga o aparecimento de enfermidades, gerando o chamado envelhecimento sociogênico<sup>23</sup> como alternativa à discriminação contra os idosos.

Gradativamente o modelo social de jovem poderoso, saudável, bem resolvido financeiramente, dentro de um modelo capitalista em que o homem ideal constrói e reproduz o capital, passa a ser substituído pela estabilidade emocional, financeira e pela catividade de questões que envolvem idosos, buscando afastar a magnitude das perdas que chegam com a idade e novas concepções positivas da velhice.

Para realização da melhoria da condição humana e de uma vivência digna, atribuíram-se valores às diferentes fases da vida do homem, o que inclui a até a redefinição do próprio conceito de velhice, distanciado do aspecto biológico que concebia essa fase humana como decadente, conclusiva de todos os potenciais evolutivos e em que ocorre a exclusão da vida social. Essa concepção social

<sup>22</sup> LOPES, Ruth Gelehrter da Costa. **Saúde na Velhice**: as interpretações sociais e os reflexos no uso do medicamento. São Paulo: EDUC, 2000, p. 22.

<sup>23</sup> Idem, pg. 43.

Formatado: Português (Brasil)

enraizada no Brasil decorre da visão segundo a qual os idosos tinham pouca ou nenhuma utilidade na produção e reprodução da riqueza<sup>24</sup>.

Os ideais da Revolução Burguesa acabaram sendo mitigados pelo avanço do capitalismo, pois à medida que o sistema se perpetuava, negava todos os princípios sob os quais havia se amparado, especialmente da igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana, uma vez que retirava dos idosos a expectativa de fruição de toda riqueza produzida pelo sistema. Essa perda de valores trouxe o desprestígio do próprio direito à vida e dos demais direitos fundamentais até a consolidação do Estado Democrático de Direito representado pelo coroamento de uma vida digna por meio de prestações positivas e negativas e do reconhecimento da velhice como direito fundamental.

Essa fundamentabilidade atribuída aos direitos fundamentais representa um marco na limitação do poder e respeito aos direitos constitucionalmente garantidos e essenciais a qualquer processo civilizatório. ~~Nesse contexto a velhice reconhecida como Direito Humano e fundamental traduz a o direito à vida e a sua fruição com dignidade.~~ A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu bojo inúmeras garantias aos idosos, garantias essas decorrentes do envelhecimento da população brasileira e do reconhecimento da “velhice” como Direito Humano fundamental, especialmente porque ~~no em seu~~ art. 3º foi explicitamente estabelecido que a República deve promover o bem de todos, sem preconceitos de qualquer natureza, traduzindo o direito à vida à sua fruição com dignidade. Esse objetivo constitucional foi objetivamente previsto no Capítulo VII, Título VIII e se traduz na especial proteção dirigida à família, à criança, ao adolescente e ao idoso assegurando a ~~este~~ grupo especial proteção, com o objetivo de tornar o direito à velhice digno e eficaz.

Observa-se que o aumento da população idosa no Brasil não foi um processo decorrente do aumento de investimentos sociais, mas sim do avanço do capitalismo, da inserção da mulher no mercado de trabalho reduzindo as taxas de fecundidade e do avanço no campo da medicina por meio de vacinas<sup>25</sup>, o que gerou um envelhecimento artificial, mas que foi capaz de transpor o eixo da senilidade do âmbito familiar para torná-la questão social.

<sup>24</sup> RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **A velhice na Constituição**. Disponível em <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/viewFile/15513/14069>>, pg. 87/88. Acesso em: 09 Out 2015.

<sup>25</sup> RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **A velhice na Constituição**. Disponível em <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/viewFile/15513/14069>>, pg. 87/88. Acesso em: 09 Out 2015.

Segundo pesquisa realizada pela ANS<sup>26</sup> em Junho de 2015 e divulgada em seu site oficial em Setembro do mesmo ano, o Brasil contava com 50.516.992 beneficiários de planos de saúde de assistência médica, dos quais 11.495.729 estão acima dos 50 anos de idade, o que corresponde a 22,756% daquele total. Segundo projeções do IBGE, a população idosa no Brasil em 2030 será correspondente a 13,44% do total para um índice de envelhecimento nacional de 76,39 anos<sup>27</sup>.

Quanto à taxa de ocupação de idosos no mercado de trabalho, a estabilidade financeira dos idosos já aposentados acaba sendo um dos fatores preponderantes na sua contratação face aos mais jovens. Entre seus diferenciais estão a maior facilidade de aceitação na execução de suas tarefas e a assiduidade decorrente da inexistência de filhos ou dependentes menores, a desoneração do empregador do pagamento do vale-transporte, a desnecessidade de concessão de licenças, entre outros.

O crescimento da população idosa, portanto, exige investimentos cada vez mais altos na saúde e na previdência. Há uma conformação social de que a senilidade está associada à dependência de tratamento médicos caros, porquanto as doenças as quais os idosos são acometidos normalmente são incuráveis e/ou dependem de recursos tecnológicos de alto custo para seu acompanhamento. Partir desse pressuposto, contudo, significa desconsiderar todos os avanços da medicina, a existência de doenças congênitas, bem como os fatores externos que influenciam o surgimento de doenças dentre outras faixas etárias.

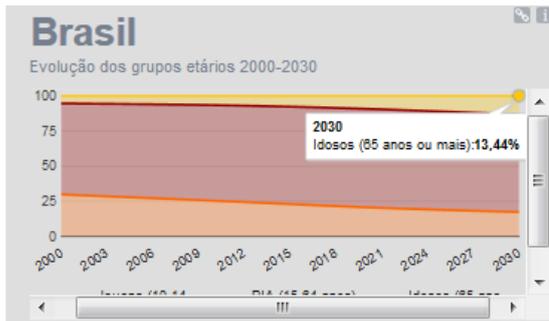
<sup>26</sup> Disponível em <<http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-e-indicadores-do-setor>>. Acesso em: em 08 Jan 2016.

<sup>27</sup> Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>>. Acesso em: 08 Feb, 2016.

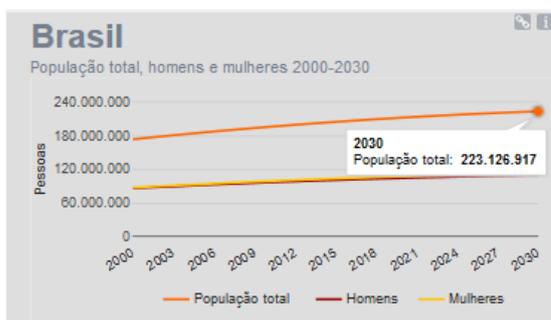
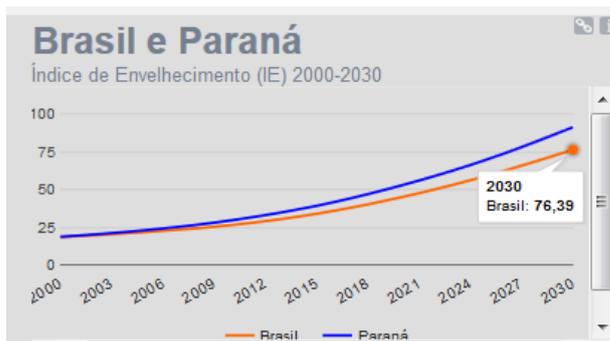
Código de campo alterado

Código de campo alterado

Projeção da população brasileira por faixa etária entre os anos 2000 e 2030:<sup>28</sup>



Projeção da população do Brasil segundo o IBGE:



<sup>28</sup> Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>>. Acesso em: 08 FebFev. 2016.

### 1.2.2 A Pessoa Idosa e o Mercado de Consumo

O envelhecimento da população favorece o surgimento de famílias unipessoais, ou seja, de idosos vivendo sós e usufruindo de benefícios sociais, de avanços tecnológicos, de novos meios de comunicação, de acessibilidade e transporte, o que não significa que referidos meios sejam uma alternativa ao descaso das famílias e do Estado que relegam seus idosos à solidão.

Dentre a população mais carente, segundo dados obtidos em pesquisas realizadas pelo IPEA<sup>29</sup>, é cada vez mais comum a responsabilização de idosos pelo sustento e manutenção de seus lares sendo considerados arrimos de suas famílias, pois do benefício social recebido depende seu próprio sustento e dos que estão a sua volta. Assim, a co-residência ou ampliação das famílias com idosos configura-se como uma estratégia familiar utilizada para beneficiar gerações mais novas e mais velhas, na busca por melhores condições de vida, já que a saída dos filhos da casa dos pais está diretamente ligada a inserção dos jovens no mercado de trabalho e a formação de uma nova família.

Essa dinâmica social - que acaba excluindo jovens do instável mercado de trabalho -, aliada à inconsistência das relações afetivas e as restrições econômicas que dificultam a aquisição da casa própria, têm se conduzido es levado a uma dependência financeira da família em relação ao idoso, mantendo-os na posição de provedores de lares.

Deste modo, a instabilidade do cenário financeiro e social, associa-se à garantia de recebimento do benefício social pago em favor dos idosos, criando um mercado voltado especialmente para que idosos contraiam empréstimos e demais produtos teoricamente concebidos para o bem-estar da família.

O crédito consignado, portanto, surge como um produto oferecido por instituições financeiras em que o idoso realiza um empréstimo mediante pagamento mensal do valor contratado que será descontado diretamente do benefício por ele aferido.

<sup>29</sup> Há diversos artigos publicados no site do IPEA relacionados aos idosos, tendo servido como referencial para elaboração do presente trabalho os seguintes artigos: (i) TD 0685 - **O Acesso ao Capital dos Idosos Brasileiros: Uma Perspectiva do Ciclo da Vida**, (ii) TD 0681 - **Como vai o Idoso Brasileiro?**; (iii) TD 0830 - **O Idoso Brasileiro no Mercado de Trabalho**; (iv) TD 0950 - **Famílias com Idosos: Ninhos Vazios?**; (v) **Os Novos Idosos Brasileiros: Muito Além dos 60?**. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?searchword=idoso&ordering=category&searchphrase=all&lt;emid=32&option=com\\_search](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?searchword=idoso&ordering=category&searchphrase=all&lt;emid=32&option=com_search). Acesso em: 10 de **FevFev**, 2016.

Seu limite estabelecido em 35% (trinta e cinco por cento) da renda do beneficiário, não obsta o assédio sofrido por idosos dentro de seus lares, fazendo com que esse percentual seja desrespeitado, já que o mercado se articulou para que o idoso tivesse acesso ao crédito de diversas formas. Visitas em casa para realização de contratos de empréstimos e ofertas em caixas eletrônicos com cartão magnético do benefício torna o assédio praticado por parentes de idosos uma questão social de difícil controle pelo Ministério Público, aumentando as estatísticas de crimes cometidos contra ~~esse grupo de pessoas-classe~~. Apesar disso, os idosos aceitam o assédio proveniente de seus parentes já que não concebem a ideia de que membros de sua família possam ser condenados pela ação ou omissão de seus deveres legais e até mesmo pelo cometimento de crimes de estelionato, apropriação indébita, retenção do cartão do benefício social e maus-tratos.

A contratação de empréstimos por idosos reforça a ideia de responsabilidade pelo sustento da família ao mesmo tempo em que reafirma sua importância social no mercado de consumo, diante da possibilidade imediata de ter dinheiro e sanar despesas emergenciais ou simples desejos de consumo, mediante pagamento em até setenta e duas parcelas, podendo-se refinar a dívida para obtenção de novo crédito.

As regras sobre o crédito consignado estão contidas da Instrução Normativa nº 28 do Instituto Nacional da Seguridade Social (INSS)<sup>30</sup>, que estabelece as diretrizes para autorização de descontos, os percentuais autorizados para concessão, entre outros.

---

<sup>30</sup> IN 28/08 (INSS): Estabelece critérios e procedimentos operacionais relativos à consignação de descontos para pagamento de empréstimos e cartão de crédito, contraídos nos benefícios da Previdência Social. Disponível em: <<http://www3.dataprev.gov.br/SISLEX/paginas/38/INSS-PRES/2008/28.htm>>. Acesso em: 10 ~~Fev~~Fev. 2016.

### Perfil dos idosos responsáveis pelos domicílios no Brasil 2000:<sup>31</sup>

Tabela 1 - População residente, total e de 60 anos ou mais de idade, por sexo e grupos de idade, segundo as Grandes Regiões e Unidades da Federação - 1991/2000 (continua)

Grandes Regiões e Unidades da Federação	População residente total	1991					
		População residente de 60 anos ou mais de idade, por sexo		Grupos de idade (%)			
		Total	Relativo	60 a 64	65 a 69	70 a 74	75 ou mais
<b>Brasil</b>	<b>146 825 475</b>	<b>10 722 705</b>	<b>7,3</b>	<b>2,5</b>	<b>1,9</b>	<b>1,3</b>	<b>1,6</b>
<b>Norte</b>	<b>10 030 556</b>	<b>463 957</b>	<b>4,6</b>	<b>1,6</b>	<b>1,2</b>	<b>0,8</b>	<b>1,0</b>
Rondônia	1 132 692	42 845	3,8	1,6	1,1	0,6	0,6
Acre	417 718	19 948	4,8	1,6	1,3	0,9	1,0
Amazonas	2 103 243	88 805	4,2	1,5	1,1	0,7	0,9
Roraima	217 583	7 233	3,3	1,2	0,9	0,5	0,6
Pará	4 950 060	241 906	4,9	1,7	1,2	0,8	1,1
Amapá	289 397	11 349	3,9	1,3	0,9	0,6	1,0
Tocantins	919 863	51 871	5,6	1,9	1,5	1,0	1,3
<b>Nordeste</b>	<b>42 497 540</b>	<b>3 087 586</b>	<b>7,3</b>	<b>2,2</b>	<b>1,9</b>	<b>1,3</b>	<b>1,8</b>
Maranhão	4 930 253	298 553	6,1	1,9	1,6	1,2	1,4
Piauí	2 582 137	171 247	6,6	2,1	1,7	1,2	1,7
Ceará	6 366 647	490 505	7,7	2,3	2,0	1,3	2,0
Rio Grande do Norte	2 415 567	199 122	8,2	2,3	2,1	1,5	2,2
Paraíba	3 201 114	289 756	9,1	2,5	2,3	1,8	2,4
Pernambuco	7 127 855	559 068	7,8	2,4	2,0	1,5	1,9
Alagoas	2 514 100	161 263	6,4	2,0	1,6	1,2	1,6
Sergipe	1 491 876	101 182	6,8	2,0	1,7	1,2	1,9
Bahia	11 867 991	816 890	6,9	2,1	1,7	1,3	1,8
<b>Sudeste</b>	<b>62 740 401</b>	<b>4 984 058</b>	<b>7,9</b>	<b>2,8</b>	<b>2,1</b>	<b>1,4</b>	<b>1,7</b>
Minas Gerais	15 743 152	1 188 992	7,6	2,6	2,0	1,3	1,7
Espírito Santo	2 600 618	175 001	6,7	2,4	1,7	1,1	1,5
Rio de Janeiro	12 807 706	1 182 594	9,2	3,3	2,4	1,6	2,0
São Paulo	31 588 925	2 437 471	7,7	2,8	2,0	1,3	1,6
<b>Sul</b>	<b>22 129 377</b>	<b>1 699 531</b>	<b>7,7</b>	<b>2,7</b>	<b>2,0</b>	<b>1,4</b>	<b>1,6</b>
Paraná	8 448 713	577 423	6,8	2,5	1,8	1,2	1,4
Santa Catarina	4 541 994	306 806	6,8	2,4	1,8	1,2	1,4
Rio Grande do Sul	9 138 670	815 302	8,9	3,1	2,3	1,6	2,0
<b>Centro-Oeste</b>	<b>9 427 601</b>	<b>487 573</b>	<b>5,2</b>	<b>1,9</b>	<b>1,4</b>	<b>0,9</b>	<b>1,0</b>
Mato Grosso do Sul	1 780 373	104 852	5,9	2,1	1,5	1,0	1,3
Mato Grosso	2 027 231	88 080	4,3	1,7	1,1	0,7	0,8
Goiás	4 018 903	230 435	5,7	2,1	1,5	1,0	1,2
Distrito Federal	1 601 094	64 206	4,0	1,6	1,1	0,6	0,7

### 1.3 A PROTEÇÃO DO IDOSO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Os microsistemas foram criados para instrumentalizar os direitos fundamentais previstos em sede constitucional reafirmando o ordenamento jurídico como unidade constitucional erigida em um sistema aberto que busca correspondência com aqueles que se deve tutelar. Esse diálogo direto que existe

<sup>31</sup> Disponível em: <[http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/perfilidoso/tabela1\\_1.shtm](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/perfilidoso/tabela1_1.shtm)>. Acesso em: 10 ~~Fev~~<sup>Fev</sup>. 2016.

entre a Constituição e os microsistemas conduz à necessidade de equilíbrio nas relações fazendo do Estatuto do Idoso um instrumento para melhor atenção do ~~idoso~~ mesmo e da manutenção da dignidade da pessoa humana.

~~O Estatuto do Idoso a~~ Ao definir seus tutelados leva em conta apenas critérios biológicos partindo da premissa que ao atingir aquele patamar definido em lei (sessenta anos) o indivíduo passa a ter sua capacidade diminuída, devido à concepção social de que idosos são pessoas debilitadas fisicamente, o que, portanto, os tornaria mais vulneráveis.

Referida vulnerabilidade atribuída aos idosos decorre de fatores sociais, dentre os quais do estigma social disseminado pelo conhecimento popular de que pessoas idosas necessitam de maiores cuidados com a saúde, devido à fragilidade do seu corpo. Concomitantemente ao estigma popular, tem-se que o agrisalamento da população brasileira não decorreu de uma melhoria na condição social dos indivíduos ou no atendimento à saúde ~~dessa~~ grupo de pessoas-classe que comumente não dispõem de recursos para pagamento ou manutenção de um plano de saúde. Muito pelo contrário, o envelhecimento da população decorreu da ampliação de programas de imunização que acabaram por atingir a população mais carente, contribuindo, assim, com a erradicação de doenças que vitimavam brasileiros aumentando a expectativa de vida.

O aumento da expectativa de vida, aliado à garantia constitucional de proteção à pessoa idosa, ~~calca~~ ae na dignidade da pessoa humana, trouxe ~~da~~ a necessidade de outorgar especial proteção aos idosos, o que decorre da feição garantista do Estado Democrático de Direito.

As garantias sociais aplicáveis a todos os cidadãos são inclusivas aos idosos e foram ampliadas para se tornarem questões sociais, deixando de ocupar apenas o ambiente doméstico. Esse conjunto de ações voltadas para proteção da dignidade da pessoa humana busca resgatar a isonomia necessária para garantia dos direitos dos idosos, notadamente excluídos da dinâmica capitalista.

A tradição legalista brasileira fez concretizar o Estatuto do Idoso trazendo em seu bojo disposições acerca da atuação estatal em prol ~~dessa~~ ae classe-grupo, tais como o direito à assistência familiar, o direito a ~~não-discriminação~~ não discriminação, ao recebimento de um benefício mensal que lhes garanta o sustento, garantia de transporte gratuito à nível intermunicipal ou interestadual, e especialmente, de atenção integral à saúde, vedando-se a discriminação ~~da~~ esse classe-grupo de

pesoas pela cobrança de valores diferenciados em planos de saúde em razão da idade.

Salvaguardar os direitos dos idosos, notadamente afastados do mercado de consumo, torna a velhice sinônimo de fracasso, excludente, já que nem as famílias nem o Estado prepararam-se para garantir o futuro daqueles que perdem sua capacidade de produção. Neste diapasão, o Estatuto do Idoso surge como instrumento jurídico necessário para reafirmação da dignidade da pessoa humana, inserindo-os socialmente naquela almejada eficácia constitucional, reafirmando a tradição democrática, cidadania e respeito.

A sociedade, portanto, foi convocada ao reconhecimento de novos direitos que buscam suprir diferenças concretas, deficiências políticas e sociais relativas à omissão da família e do Estado em dar efetividade à diretriz constitucional, resgatando a dignidade dos idosos, integrando-o à vida social e democrática. Anteriormente tratados como “velhos”, tanto a Constituição Federal de 1988 como o Estatuto do Idoso passaram a usar o termo idoso para definir pessoas com idade superior a sessenta anos, inserindo-os em um plano que não leva em consideração apenas suas possibilidades de consumo de bens, mas também a necessidade de tutela de seus direitos.

A proteção ao idoso prevista no artigo 230 da Constituição Federal de 1988 equipara-se à destinada às crianças e adolescentes impondo à família que integram e à sociedade, a obrigação de por eles zelar. Neste mesmo sentido, o Estatuto do Idoso surge como um instrumento para realização da cidadania plena, cujo propósito é operacionalizar a garantia dos direitos consagrados, por meio de políticas públicas e mecanismos processuais.

A emissão de regras específicas de proteção e execução de integração social por meio da Política Nacional do Idoso é de competência concorrente entre União, Estados e Municípios e criam condições para promover o prolongamento da vida do idoso. O Estatuto do Idoso prevê a criação de Conselhos que zelarão pelo cumprimento dos direitos dos idosos, dentre os quais se destacam o atendimento preferencial junto a órgãos públicos e privados prestadores de serviços à população; o estabelecimento de mecanismos para divulgação de informações de caráter educativo acerca de aspectos biossociais do envelhecimento; a garantia de acesso do idoso à serviços de saúde e de assistência social; fornecimento de medicamentos

e tratamentos de saúde e reabilitação gratuitos, sistemas de cotas em moradias construídas com recursos federais; entre outros.

O Estatuto do Idoso trouxe a regulamentação de disposições constitucionais dirigidas a pessoas que vivem na chamada terceira idade, trazendo respeito e dignidade a essa parcela da população que cresce a cada dia, em decorrência do aumento da expectativa de vida.

O capítulo I do Estatuto do Idoso trata em seus artigos 8º e 9º do direito à vida, consagrando o direito ao envelhecimento como direito personalíssimo, cuja proteção é um direito social, garantido pelo Estado mediante efetivação de políticas públicas cabendo ao Ministério Público sua fiscalização no cumprimento da lei.

Neste mesmo diapasão de proteção aos idosos, foi sancionada em Dezembro de 2015 a Lei 13.228 com propósito de estabelecer causa de aumento de pena na hipótese de estelionato cometido contra idosos. Não se pode esquecer, porém, que não houve ampliação da pena para outros crimes patrimoniais em geral, mas referida majorante já evidencia a vontade do legislador em desestimular a prática de crimes contra idosos.

Apesar da proteção integral a favor de pessoas idosas, não há previsão na legislação de implementação de políticas públicas de educação, capacitação para o mercado de trabalho e garantia de uma política de reajuste que garanta manutenção de valores pagos pela Previdência Social em favor desse público, o que ainda favorece a discriminação de-contra os idosos.

Conclui-se, por derradeiro, que o prolongamento da vida por meio da medicina e do progresso científico não é garantia de envelhecimento com dignidade, já que não houve conscientização da população para garantia de respeito à população idosa e dos sinônimos do envelhecimento.

### 1.3.1 O Advento da Lei 10.741/2003

O direito ao envelhecimento com dignidade foi positivado na Constituição Federal de 1988, amparada nos princípios de cidadania e dignidade da pessoa humana, cuja proteção dirigida à pessoa idosa passou a compor o conjunto de direitos voltados à concretização de uma sociedade mais justa e igualitária, dentro dos objetivos do Estado Democrático de Direito.

A cidadania e a dignidade da pessoa humana decorrem do reconhecimento das diretrizes relativas aos direitos humanos, partindo do pressuposto que diferenças reconhecendo as diferenças são respeitadas,—dentre as prestações positivas do Estado, nas quais se insere a proteção dos idosos em seus mais diversos aspectos.

Neste sentido, pondera Paulo Roberto Barbosa Ramos:

À primeira vista talvez não se perceba a importância desse dispositivo constitucional para as pessoas idosas. Todavia, trata-se de enorme engano. (...)

A afirmação de que a República Federativa do Brasil fundamenta-se na cidadania e na dignidade da pessoa humana orienta toda a atuação do Estado e da sociedade civil em direção à efetivação desses fundamentos, diminuindo, com isso, o espaço de abrangência da concepção de que as pessoas, na medida em que envelhecem, perdem seus direitos. Esse dispositivo constitucional, portanto, aponta no sentido de assegurar a cidadania, que é uma decorrência da garantia da dignidade da pessoa humana, durante toda a sua vida<sup>32</sup>.

Acrescenta ainda o autor que

Assegurar os direitos fundamentais das pessoas idosas é uma alternativa inteligente para a garantia dos direitos de todos os seres humanos. Todavia, fez-se observar que somente serão assegurados os direitos fundamentais aos idosos na medida em que aos seres que envelhecem seja garantido, durante a existência, o direito à dignidade<sup>33</sup>.

As prestações positivas do Estado, decorrentes de seu modelo social dos quais derivam as diretrizes constitucionalmente positivadas, aplicam-se a todos os cidadãos, os quais se incluem os idosos. A proteção à pessoa idosa prevista constitucionalmente—no artigo 230 da Constituição Federal de 1988 estabelece regras de cunho protetivo que balizam a atividade do legislador infraconstitucional e as políticas públicas necessárias para efetivação dessa proteção.

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.  
§ 1º Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. Direito à velhice: a proteção constitucional da pessoa idosa. In: Ministério Público do Estado do Espírito Santo. **Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional**. Pessoa Idosa e Pessoa Portadora de Deficiência: da Dignidade Necessária. Vitória: CEAFF, 2003. p. 133.

<sup>33</sup> Idem, p. 149.

<sup>34</sup> Brasil. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Artigo 230, §1º.

A dinâmica social e a tradição legalista estabelecida no Brasil acabaram por estabelecer a necessidade de ampliação do texto legislativo de proteção, trazendo infra constitucionalmente as diretrizes necessárias para garantia de sua efetividade. Desde modo, portanto, concebeu-se primeiramente a Lei 8.442/94 que dispunha sobre a Política Nacional do Idoso que devido à sua insuficiência trouxe à discussão a efetividade da proteção almejada em prol do idoso.

Na sequência, sancionou-se a Lei 10.741/2003, batizada como Estatuto do Idoso, trazendo, finalmente, em seu bojo definições e disposições específicas de proteção estatal e dos deveres de proteção àqueles que envolvem toda sociedade.

Iniciando-se no núcleo familiar, a proteção ao idoso invoca o direito à assistência familiar, assistência social e do Estado, fundamentados numa doutrina de especial proteção, a fim de que o conteúdo da norma constitucional não se esvaziasse, acarretando a exclusão social dos idosos.

O Estatuto do Idoso, portanto, apresenta-se como um conjunto de medidas estatais para resguardar os direitos dos idosos, viabilizando-lhes o exercício da cidadania por meio de medidas capazes de minimizar as diferenças no plano concreto, as quais devem ser fiscalizadas por órgãos criados para efetivação dessas vantagens. Essa necessidade decorre da cultura brasileira que entende o envelhecimento como uma fase da vida negativa tanto para homens e mulheres, cujo amadurecimento carrega em seu bojo uma ideia formada de que o indivíduo perde sua condição humana de autonomia e independência. Com base nessa ideia disseminada culturalmente, os idosos tendem a alimentar o processo de exclusão social do qual o Estado Democrático de Direito procura se afastar criando instrumentos para realização da cidadania plena.

O Estatuto define o Idoso como a pessoa com idade igual a superior a sessenta anos<sup>35</sup>, em contraponto ao estigma criado pela palavra “velho” que carrega em seu bojo uma carga pejorativa que em nada se assemelha à experiência decorrente da idade.

O direito dos idosos é um ramo do direito público destinado à tutela dessa classe que, em decorrência de sua idade, pressupõem-se sua hipossuficiência econômica e social, em face da suposta propensão às doenças decorrentes do avanço da idade. Desta forma, o Estatuto do Idoso, ao refutar o estigma da

---

<sup>35</sup> Brasil. **Estatuto do Idoso**. Art. 1º da Lei 10.741/03.

inutilidade associado ao avanço da idade, trouxe a inserção dos idosos ao mercado de consumo, cuja ampliação do critério cronológico atende o critério formal da lei, independentemente do critério subjetivo que leva o indivíduo a se sentir idoso.

Contudo, apesar do avanço de políticas sociais de inclusão de idosos, o Estatuto do Idoso não estabeleceu prioridades para sua implementação, tampouco fontes para o seu financiamento. O estabelecimento de medidas sem a definição de uma fonte pagadora resulta na sua não implementação, ocasionando conflitos intergeracionais, como por exemplo, ao se instituir a meia-entrada em favor dos idosos sem subsidiar o custo aos proprietários dessas atividades de lazer, acaba repassando à sociedade seu financiamento indireto por meio do aumento de preços. Outro fator negativo do Estatuto refere-se à variação de idade entre esse grupo de pessoas-a-idade: a amplitude do intervalo etário - que se inicia aos sessenta anos - resulta em uma população idosa bastante heterogênea e com necessidades diferenciadas, mas que não recebe a chamada destinação privilegiada de recursos públicos para proteção e defesa do idoso.

Apesar das discrepâncias encontradas nos casos concretos, o Estatuto estabeleceu a proteção integral ao idoso resgatando sua inclusão social visando a manutenção de uma vida digna. Referida proteção respeita os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade, reconhecendo-se que os idosos estão em constante processo de envelhecimento e declínio biológico, deve afastar afastando-a ideia de hipossuficiência que gera desigualdade de tratamento e afasta o idoso da vida social e do mercado de consumo.

### 1.3.2 A Prioridade Absoluta da Pessoa Idosa e a Proteção dos seus Direitos Fundamentais

A Política Nacional do Idoso e o Estatuto do Idoso são instrumentos legislativos surgidos para salvaguarda daqueles que exigem especial atenção devido à vulnerabilidade decorrente da idade. Possuem como finalidade atribuir à pessoa idosa as mesmas possibilidades jurídicas de outros grupos constitucionalmente protegidos, já que com o avançar da idade, passam a sofrer com a fragilização do corpo e da psique, tornando-se socialmente vulneráveis.

A proteção constitucional e infraconstitucional protege os idosos dos agravos ocasionados pela idade ao mesmo tempo em que reconstrói o conceito de igualdade

atrelado à inclusão social. Ser cidadão e ter direitos assegurados é ponto de partida para outorgar eficácia a direitos formalmente abstratos.

Deste modo, em sintonia com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da cidadania, da liberdade positiva, da igualdade material, da solidariedade social e da não discriminação, o Estatuto do Idoso visa atender as necessidades dos idosos por meio de políticas de integração entre Estado e sociedade, já que a falta de representação desse de grupos de pessoas marginalizados em seus -considerados marginalizados, tal como os idosos-

Inconscientemente, tem-se que a marginalização faz com que a cidadania e seu exercício percam seu sentido, criando um cenário de exclusão que não interessa ao capitalismo. O exercício dessa cidadania e a inclusão social desses grupos, portanto, depende da oferta de condições para manutenção da vida digna, em especial, da preservação do direito à saúde. Dentre os idosos, a preservação da sua saúde garante a participação na vida pública em sociedade, efetivando a construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária.

Nesse diapasão, tem-se que a inclusão de determinados grupos pressupõe o exercício da tolerância por meio da solidariedade. Alçar os mais vulneráveis às condições de igualdade permite-lhes criar um sentimento de pertença e reciprocidade dentro da sociedade, afastando as debilidades e fragilidades decorrentes do grupo aos quais pertencem. A especial proteção conferida aos idosos é instrumento afirmativo que consolida o princípio da igualdade, outorgando absoluta prioridade aos direitos dos idosos. Nesse sentido, o Estatuto do Idoso dispõe em seu art. 3º que é obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público, assegurar 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.

Além das prioridades elencadas no art. 3º do Estatuto do Idoso é assegurado ao idoso (i) atendimento preferencial no Sistema Único de Saúde (SUS); (ii) recebimento gratuito de medicamentos, especialmente aqueles de uso contínuo (tratamentos de diabetes, hipertensão, entre outros); (iii) tratamento de habilitação ou reabilitação com fornecimento de próteses e órteses pelo Poder Público; (iv) direito à acompanhante em caso de internamento; (v) direito ao transporte público gratuito para maiores de sessenta e cinco anos, (vi) reserva mínima de 10% dos

assentos dos veículos de transporte público; (vii) a reserva de duas vagas gratuitas em cada veículo no transporte interestadual feito por comboio ferroviário ou embarcação do serviço convencional de transporte interestadual de passageiros, para idosos com renda igual ou inferior a dois salários-mínimos (conforme Decreto nº 5.934 de 2006<sup>36</sup>); (viii) reserva mínima de 5% das vagas de estacionamentos posicionadas de forma a garantir a comodidade do idoso, cabendo ao Poder Público sua regulamentação; (ix) prioridade no recebimento de restituições do Imposto de Renda; (x) direito à prestação alimentícia na forma da lei civil; (xi) pagamento de meia entrada em atividades de cultura esporte e lazer; (xii) prioridade de tramitação em processos e procedimentos judiciais; (xiii) a idade como primeiro critério de desempate em concursos públicos; (xiv) garantia de recebimento de um salário-mínimo aos idosos comprovadamente pobres, nos termos da lei Orgânica da Assistência Social.

A Constituição consagrou a solidariedade entre gerações garantindo o cuidado especial entre pais e filhos e advindo da família aos idosos, segundo o seu melhor interesse. O princípio do melhor interesse do idoso é composto pelos subprincípios da proteção integral e da absoluta prioridade concedidos em favor ~~essa~~ ~~classe—grupo~~ ~~considerada~~ vulnerável. Inclui-se nesta proteção o oferecimento de oportunidades e facilidades para preservação da saúde física e mental das pessoas idosas, do aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e com dignidade.

O termo “absoluta prioridade” está expressamente consignado no art. 3º do Estatuto do Idoso e consagra a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, educação, lazer, além daqueles direitos que transcendem a órbita individual para manutenção do seu bem-estar. A inclusão social do idoso e o convívio com as demais gerações também lhes garantiu imediatez e individualização em atendimentos em ambientes públicos ou privados.

O melhor interesse do idoso decorre do princípio da dignidade da pessoa humana e exige igualdade de tratamento mesmo em situações em que se verifica a vulnerabilidade de uma das partes, interpretando seus direitos em conformidade

<sup>36</sup> BRASIL. Decreto 5.634 de 18 de outubro de 2006. Estabelece mecanismos e critérios a serem adotados na aplicação do disposto no art. 40 da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), e dá outras providências. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2004-2006/2006/decreto/d5934.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/decreto/d5934.htm)>. Acesso em: 11 ~~Fev~~~~Fev~~. 2016.

com os princípios constitucionais, bem como conferir-lhes prioridade em face de direitos de terceiros que se enquadram no mesmo *status*.

### 1.3.3 A Proibição de Discriminação do Idoso

A igualdade de tratamento, princípio basilar do Estado Democrático de Direito, parece não conceber situações de discriminação consideradas positivas ou até mesmo necessárias para atendimento de uma finalidade maior. Para Rosalice Fidalgo Pinheiro o direito à igualdade de tratamento compõe o substrato da dignidade da pessoa humana em sua dimensão substancial, impondo o direito de não receber tratamento discriminatório, sob pena de quebra da igualdade<sup>37</sup>.

Contudo, observa-se nos casos concretos que a legislação procurou anteceder-se a alguns fenômenos sociais contradizendo o disposto no art. 1º do Código Civil brasileiro que dispõe que “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. É o caso, por exemplo, da instituição do regime de separação obrigatória de bens aos maiores de setenta anos que contraírem núpcias.

Referida norma de caráter aparentemente protetivo mitiga a autonomia da vontade de pessoas maiores de setenta anos ao deixar de justificar, sem o devido processo legal, a imposição do regime de casamento por pessoas idosas, evidenciando o caráter discriminatório e sancionador contido em seu bojo.

O caráter protetivo atribuído à norma é dirigido aos herdeiros no nubente maior de setenta anos que terão assegurados pela lei o patrimônio a eles cabível. Neste sentido, tem-se que a imposição do regime de bens ao nubente maior de setenta anos além de violar sua autonomia privada, contraria o disposto no artigo 10, §1º da Lei 8.842/94 que assim dispõe “§ 1º É assegurado ao idoso o direito de dispor de seus bens, proventos, pensões e benefícios, salvo nos casos de incapacidade judicialmente comprovada”.

A autonomia privada decorre da interpretação ao direito geral de liberdade e não pode ser limitada ou restringida sem argumentação, quando incidente nas relações inter privadas, tal como o casamento. Caio Mario da Silva Pereira define o princípio da autonomia formal como a capacidade do indivíduo de ser “livre de, pela

---

<sup>37</sup> PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contratos e Direitos Fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 113.

declaração de sua própria vontade, em conformidade com a lei, criar direitos e contrair obrigações<sup>38</sup>”.

A imposição de regime ao relativizar a capacidade do nubente bem como sua autonomia não considerou que para os demais atos da vida civil, tal como vender, comprar, alienar, contratar de modo geral, sua suposta vulnerabilidade – concebida como incapacidade de determinar a destinação e administração de seus bens após o casamento- não é considerada.

Instaura-se no ordenamento brasileiro uma presunção absoluta acerca da incapacidade do maior de setenta anos em eleger o regime matrimonial que mais lhe convier, afrontando ao princípio da isonomia e da dignidade da pessoa humana que a norma encerra. Para Paulo Lôbo

“A hipótese é atentatória do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, por reduzir sua autonomia como pessoa e constrangê-la à tutela reducionista, além de estabelecer restrição à liberdade de contrair matrimônio, que a Constituição não faz. Consequentemente, é inconstitucional esse ônus<sup>39</sup>”.

A violação à dignidade da pessoa humana, segundo Daniel Sarmento, ocorre quando o homem tem sua dignidade aviltada não apenas quando se vê privado de alguma das suas liberdades fundamentais, cabendo ao Estado não apenas o dever de se abster de praticar os atos que atentem contra esse princípio como também de promovê-lo por meio de condutas ativas<sup>40</sup>.

Nesta perspectiva, Rosalice Fidalgo Pinheiro relata que sempre que houver um conflito entre uma situação subjetiva existencial e outra, patrimonial, tal como a que ocorre na imposição de regime matrimonial aos idosos, aquela deve prevalecer em face da dignidade da pessoa humana<sup>41</sup>.

A imposição de regime reflete o caráter patrimonialista do Código Civil impingindo uma violação aos direitos da pessoa idosa e à sua dignidade à medida que os infantiliza e os ridiculariza ao associar a senilidade à rechaçada inutilidade e incapacidade, entendendo-se como dispensável a suposta proteção dirigida ao indivíduo em função de seu patrimônio e idade avançada. Para Maria Berenice Dias “... das hipóteses em que a lei determina a separação obrigatória de bens, a mais

<sup>38</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 305.

<sup>39</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Código Civil Comentado**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 242-243.

<sup>40</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 71.

<sup>41</sup> PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contratos e Direitos Fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 116.

desarrazoada é a que impõe sanção aos nubentes maiores de setenta anos (CC 1641, II) em flagrante afronta ao Estatuto do Idoso<sup>42</sup>.

Com devido respeito à vulnerabilidade atribuída aos idosos não se pode admitir que, no Estado Democrático de Direito, motivações de cunho estritamente patrimonial esvaziem o conteúdo essencial dos direitos fundamentais<sup>43</sup>, fulminando a própria dignidade da pessoa humana.

---

<sup>42</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito de famílias**. 9 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 257.

<sup>43</sup> Segundo Virgílio Afonso da Silva, em seu artigo intitulado "O Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais e a Eficácia das Normas Constitucionais", publicada na Revista de Direito do Estado 4, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais envolve uma série de problemas relacionados, especialmente aqueles ligados (i) à análise daquilo que é protegido e suas possíveis restrições, (ii) à relação entre o que é protegido e suas possíveis restrições; e (iii) como fundamentar tanto o que protegido como as suas restrições, sendo a relação entre essas variáveis que se define o conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Neste sentido, o autor aprofunda o estudo acerca das teorias da eficácia dos direitos fundamentais, ampliando a discussão sobre a colisão entre princípios, regras e a aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido estrito (sopesamento/ponderação). É exatamente a dificuldade em definir o conteúdo de um direito fundamental que pode levar à sua rejeição ou ao esvaziamento de seu conteúdo, caso não haja uma ponderação de bens e interesses envolvidos no caso concreto.

## 2. OS CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE E O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE DO CONSUMIDOR IDOSO

### 2.1. O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Os direitos fundamentais podem ser entendidos como Direitos Humanos positivados pelo ordenamento constitucional, nos quais desaparecem as fronteiras entre o público e o privado. São reconhecidos e garantidos para satisfação do valor das pessoas e da igualdade, para manutenção do binômio igualdade jurídica e direitos fundamentais.

A garantia constitucional de igualdade dos indivíduos perante a lei permite concluir que o *direito à vida* é essencial para exercício dos demais direitos, cabendo ao Estado assegurá-lo, oferecendo condições para manutenção e subsistência da própria vida. Daí decorre a necessidade de oferecer aos indivíduos elementos que tornem o exercício do direito à vida adequado às condições de sobrevivência, tais como alimentação, educação, lazer, cultura, assistência social, assistência médica, meio ambiente equilibrado, entre outros, todos pautados na dignidade da pessoa humana e nos demais valores consagrados no ordenamento.

Destaca-se, dentre os direitos fundamentais sociais, o direito à saúde e sua eficácia para exercício do direito à vida, como faceta do mínimo vital, indissociado, portanto, do princípio da dignidade da pessoa humana sob as quais se fundamentam as declarações internacionais de Direitos Humanos.

O direito à vida, bem como sua garantia pelo Estado deve ser dado dentro de um nível adequado que obedeça aos princípios que o regem, criando para este uma dupla obrigação: a) de cuidado com toda pessoa que não disponha de recursos suficientes e que seja capaz de obtê-los por seus próprios meios e b) efetividade na prestação de serviços públicos essenciais para garantia de um nível mínimo de dignidade da vida. Admite-se, portanto, que ações e serviços de saúde possam ser realizados por terceiros, seja pela livre iniciativa ou convênios destinados à promoção, proteção e recuperação da saúde por meio de ações que garantam o funcionamento dos serviços.

Sedimentada no princípio da dignidade da pessoa humana, a saúde revela-se componente de maior relevância para concretização deste princípio. Este direito social consagrado como universal e igualitário, aos quais se vinculam União, Estados e Municípios em competência concorrente para cumprimento de suas diretrizes (art. 23, CF), é considerado serviço de relevância pública (art. 197, CF) estruturados por meio do SUS (art. 198, CF) para atendimento e prevenção de doenças com a participação da comunidade.

O artigo 197 da Constituição Federal de 1988 preceitua que a saúde pode ser prestada diretamente pelo Poder Público, através do Sistema Único de Saúde (SUS), como, também, por entidades privadas de serviços de assistência à saúde, que poderão participar de forma complementar ~~ao SUS~~ àquele sistema, caracterizando ~~o sistema~~ como híbrido.

Contudo, em que pese a garantia constitucional do direito universal à saúde como dever do Estado, Jessé Souza<sup>44</sup> chama atenção para o problema da saúde pública no Brasil apontando a ineficiência do Sistema Único de Saúde como resultado da falta de reconhecimento da cidadania daqueles que utilizam o sistema, pois a atenção à saúde universal e igualitária não possui condições objetivas de se concretizar, evidenciando os problemas decorrentes da falta de investimentos públicos no setor.

Referido autor relata em sua obra, o que denomina de “doenças da pobreza”, tais como a malária, tuberculose, hanseníase, entre outras doenças que atingem uma parcela da população que não possui meios de evitar a contaminação, já que referidos males possuem tratamentos que alcançam uma alta incidência de cura, mas que esbarram em problemas sociais e culturais, cujo resultado morte não importa para a grande parcela da sociedade<sup>45</sup>.

Nesse sistema híbrido, instituído pela Constituição Federal de 1988, o Estado estendeu à iniciativa privada, por meio da saúde suplementar, a oportunidade de complementar tais serviços, atendendo-se, portanto, ao princípio da continuidade dos serviços prestados.

---

<sup>44</sup> SOUZA, Jessé. **A ralé brasileira**. Quem é e como vive. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2011, p. 306.

<sup>45</sup> Idem, p. 311.

Como define Gabriel Schulman

<sup>46</sup>...entende-se por saúde suplementar a prestação de serviços à saúde, realizada fora da órbita do Sistema Único de Saúde, vinculada a um sistema privado e organizado de intermediação mediante pessoas jurídicas especializadas - operadoras de planos de saúde<sup>46</sup>.

Formatado: Cor da fonte: Automática

O artigo 199 da Constituição Federal de 1988 prescreve que: “A assistência à saúde é livre à iniciativa privada”. Nestes termos, a saúde suplementar no Brasil, pode ser prestada pelo setor privado, o que está dentro da esfera das relações econômicas, com a exploração da atividade lucrativa pelas operadoras de planos de saúde, eis que, aos contratos de plano de saúde aplica-se o princípio da livre iniciativa.

O Estado tem o poder e o dever de organizar e fornecer os meios para que sejam garantidos os direitos dos cidadãos, atendendo-se ao princípio da universalidade, que por vezes esbarram em questões político-administrativas, trazendo ao debate a eficácia dos direitos fundamentais como ferramenta para garantir o atendimento necessário ao exercício de uma vida digna. Deste modo, evidencia-se que a igualdade material pode ser traduzida na efetividade de prestação de serviços pelo Estado, fornecendo tratamento igualitário dos indivíduos na medida de suas necessidades, oferecendo tratamentos que atinjam o maior número possível de beneficiários para atendimento da garantia constitucional de proteção à vida e à dignidade.

A deficiência no cumprimento das diretrizes de atendimento à saúde, que resulta em uma rejeição do direito constitucionalmente garantido, provoca a judicialização das questões referentes ao seu atendimento, pois o Judiciário é frequentemente chamado a interpretar o caráter programático das normas definidoras de direitos sociais.

As decisões que buscam a concretização do direito à saúde certamente afetam toda sociedade, motivos pelos quais não podem ter sua eficácia adstrita por determinadas atividades do legislador. Observe-se, também, que o direito fundamental à saúde permite incursões sobre políticas públicas e democracia, já que a constante abstenção do Estado na garantia deste direito fundamental,

<sup>46</sup> SCHULMAN, Gabriel. **Planos de saúde: saúde e contrato na contemporaneidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 201.

notadamente justificada pela falta de recursos, tem provocado a judicialização deste direito, obrigando o Judiciário a manifestar-se ante a ausência do legislador.

Logo, a dificuldade reside na extensão da eficácia do direito fundamental à saúde, já que a concretude destes direitos fica adstrita à concretização legislativa, disponibilidade de recursos, além de outros meios materiais. Neste sentido, Daniel Sarmento sustenta que o direito à saúde depende da elaboração de normas infraconstitucionais que lhe atribuam maior densidade e concretude<sup>47</sup>.

A controvérsia acerca da eficácia dos direitos sociais, em especial o da saúde, permite classificá-lo em uma dimensão defensiva e ao mesmo tempo prestacional, embora a mensuração de sua eficácia exija tratamento diverso em ambos os casos. Em sua dimensão defensiva, este direito fundamental implica na exigência de que o poder público e os particulares se abstenham de adotar medidas que impliquem na sua vulnerabilidade, ou seja, que possam lesionar bens juridicamente protegidos relacionados à saúde. Em sua dimensão prestacional, este direito implica na atribuição de obrigações positivas para garantia e promoção da saúde que deve ser prestada dentro de critérios mínimos indispensáveis ao seu exercício, atendendo-se à população com dignidade.

Nesse sentido Ingo Wolfgang Sarlet

partindo da classificação dos direitos fundamentais em direitos de defesa (negativo) e direito à prestações (positivos), é o fato de que o direito à saúde pode, dependendo de sua função no caso concreto, ser reconduzido a ambas categorias, o que, como ainda se terá oportunidade de verificar, acarreta reflexos importantes no âmbito da eficácia e efetividade<sup>48</sup>.

No âmbito privado, a extensão desta eficácia na esfera prestacional causa inúmeras divergências, já que a imposição de condutas positivas para o exercício desse direito pode significar a violação à segurança jurídica, à autonomia privada e a liberdade contratual.

Nesta esteira, surgem, portanto, correntes que defendem a aplicabilidade e a eficácia dos direitos fundamentais em diferentes planos, colaborando com a crescente atuação do Judiciário com temas que ficam à margem de regulamentação jurídica ou que passem a ser enfrentados como a constitucionalização de políticas públicas. Neste último caso, o Judiciário é chamado a agir diante da omissão do

<sup>47</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen, 2008, p. 303.

<sup>48</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 97.

Formatado: Cor da fonte: Automática

Formatado: Cor da fonte: Automática

Legislativo e do Executivo sem que suas respostas sejam necessariamente de cunho constitucional, embora devam guardar relação com os princípios constitucionais para garantia da segurança jurídica.

O Poder Judiciário, portanto, tem sido invocado a exercer uma função socioterapêutica, corrigindo desvios na consecução das finalidades a serem atingidas para a proteção dos direitos fundamentais, além de assumir a gestão da tensão entre a igualdade formal e a justiça social. Nesta esteira, portanto, o conceito de juiz social é consectário de uma teoria material da Constituição e da legitimidade do Estado Social de Direito, fundadas em postulados de justiça, inspirados na universalidade, eficácia e aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.

O reconhecimento *prima facie* dos direitos fundamentais, em especial, o da saúde, significa que além do caráter programático da norma, sua restrição não admite como consequência a ineficácia do direito, mas sim a exigibilidade de ponderação dos direitos dentro daquilo que o indivíduo possa exigir da sociedade.

Neste sentido, Ingo Wolfgang ~~Sarlet~~Sarlet.

<sup>49</sup> O que se reconhece, então, é que a promoção e proteção à saúde (diretamente vinculadas ao direito à vida e a dignidade da pessoa humana), como objetivos da União, Estados e Municípios, expressam conteúdo de norma programática, o que não exclui seu conteúdo como direito fundamental subjetivo, sujeito, portanto, à proteção jurisdicional<sup>49</sup>.

Formatado: Cor da fonte: Automática

Formatado: Cor da fonte: Automática, Português (Brasil)

Formatado: Cor da fonte: Automática

A Constituição brasileira ao alçar a saúde à categoria de direito fundamental, bem como tratar a vida como o bem jurídico maior - que de fato é-, torna imperativo o afastamento de quaisquer dos argumentos que possam afastar a efetividade do direito à saúde, que não pode ser renegada por questões de ordem burocrática, devido ao princípio da dignidade da pessoa humana. Além disso, faz-se *mister* ressaltar que eventuais dificuldades de ordem orçamentária não devem traduzir-se em fato impeditivo para obtenção da prestação pretendida. Estes fatores não podem sobrepor-se ao direito à saúde, à vida e à dignidade da pessoa humana, devido ao caráter programático e cogente do artigo 196 da Constituição Federal de 1988, que tem primazia sobre os princípios e regras de direito financeiro e administrativo.

De igual modo, observa-se que a ordem econômica abraçada pelo Estado ao prever sua intervenção na economia, a fim de buscar efetivar os valores e

<sup>49</sup> SARLET, Ingo W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 312.

princípios que o regem, assegurando a todos uma existência digna pautada na justiça social.

### 2.1.1 O Direito Fundamental à Saúde do Idoso

O direito à saúde possui ~~suas~~ peculiaridades por estar atrelado ao direito à vida e, além de garantido constitucionalmente, foi reafirmado na legislação infraconstitucional na Lei 8.080/90 e Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso). O Estatuto do Idoso garantiu para todos os idosos, independente de sua condição financeira, o direito a tratamentos de saúde com fornecimento de medicamentos, próteses, órteses e outros recursos necessários.

Conforme dito acima, o envelhecimento com saúde tem sido sinônimo de uma vida mais digna, de modo que a conjugação do bem-estar físico, mental, psíquico e social, proporcione ao idoso a compatibilização das diversas ofertas para preservação da saúde com as limitações decorrentes da própria idade e seu avanço.

De igual modo, observa-se também, conforme já dito, que o envelhecer tem sido uma busca pela preservação da saúde e de alternativas de tratamentos adequados ao aparecimento de doenças, que possibilite aos idosos uma vida digna e distante da ideia da morte.

O envelhecer, portanto, não pode ser generalizado como uma etapa da vida em que ocorre a perda da saúde e a propensão a enfermidades- o que notadamente ensejaria ao idoso a perda de sua dignidade – já que a preservação da boa saúde está associada a fatores externos ligados à disponibilidade de condições de exercitar direitos e ao quadro psíquico de cada indivíduo.

É a garantia do direito fundamental à saúde que propicia a fruição da própria vida e dos demais direitos a ela inerentes, garantia esta prevista na Constituição Federal e também no artigo 2º do Estatuto do Idoso:

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<sup>50</sup>.

Formatado: Cor da fonte: Automática

<sup>50</sup> BRASIL. **Estatuto do Idoso**. Art. 2º da Lei 10.741/03.

As deficiências do Poder Público no cumprimento das diretrizes relacionadas ao exercício do direito à saúde tornaram a assistência privada uma alternativa àquelas deficiências. Essa atividade paralela aos deveres do Estado teve seu marco regulatório com a promulgação da Lei 9.656/98, bem como a criação da ANS, cuja competência e a finalidade foi estabelecida por meio da Lei 9.961/2000.

De forma pioneira e protetiva, a MP 2177-44/2001, estabeleceu em seu artigo 35-E, que os contratos realizados anteriormente à vigência da Lei n. 9.656/98 também estariam sujeitos à autorização da ANS para reajustar as mensalidades dos planos de saúde de consumidores com mais de 60 anos.

Neste sentido, o artigo 15 do Estatuto do Idoso prevê que os idosos sejam protegidos da cobrança de valores diferenciados nos contratos de planos de saúde, em razão da idade, eis que referida prática revela-se discriminatória e como tal, repudiada pelo ordenamento brasileiro.

Lei nº 10.741/03, art. 15. §3º: 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<sup>51</sup>.

O intento deste dispositivo foi salvaguardar o consumidor idoso para concretização da almejada igualdade material entre as partes contratantes, devido à vulnerabilidade daquele que notadamente contrata por adesão, pela necessidade de assegurar sua saúde frente à ineficiência do Poder Público no cumprimento de suas diretrizes.

Observa-se, portanto, que a legislação flui no sentido de garantir a permanência do consumidor no plano de saúde contratado, já que o estabelecimento de critérios materiais previamente dispostos em contrato para reajuste de mensalidades tem o condão de evitar violações contra suas expectativas, especialmente quanto à catividade e efetividade do serviço contratado.

Partir do pressuposto que pessoas idosas adoecem mais, favorecendo o uso e a dependência do plano de saúde, é o mesmo que desconsiderar os fatores externos e internos que influenciam a saúde e os elementos que dela dependem.

<sup>51</sup> BRASIL. **Estatuto do Idoso**. Art. 15, §3º da Lei 10.741/03.

Formatado: Cor da fonte: Automática

Formatado: Cor da fonte: Automática

Conseguir que o idoso usufrua do envelhecimento de forma digna depende não só da assistência à saúde, mas de medidas profiláticas que evitem sua decrepitude, tais como, a (i) existência de saneamento básico como medida de prevenção à doenças; w (ii) alimentação saudável - sendo assim considerada aquela cujos nutrientes ofereçam uma dieta mínima de 2000 calorias; v (iii) acesso à vacinas; - (iv) inclusão social para que valorizados não sofram de doenças associadas à depressão atingindo sua saúde mental. Contudo, referidas medidas dependem de uma transformação social em que a própria sociedade se identifique com o processo de envelhecimento reconhecendo nos idosos a sua importância para o desenvolvimento de gerações posteriores.

Formatado: Cor da fonte: Automática

## 2.2 O CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE E AS RELAÇÕES DE CONSUMO

O direito social e fundamental à saúde está inserido no art. 6º da Constituição Federal de 1988 e regulamentado pela Lei n. 8.080/1990 que dispõem as condições para sua promoção, proteção e recuperação. Decorre do Estado Social de Direito e corresponde a uma efetiva função prestacional em relação aos indivíduos. No âmbito privado, a regulamentação dos planos de saúde é disciplinada pela Lei n. 9.656/98 e suas relações também estão sujeitas à proteção ao Código de Defesa do Consumidor, dado seu caráter essencialmente consumerista.

Classificado como direito fundamental social, que segundo a classificação de Paulo Bonavides, se enquadra na segunda geração de direitos fundamentais<sup>52</sup>, o direito à saúde impõe ao Estado a função de promovê-lo e se destina tanto ao poder público quanto a particulares, proporcionando a eficácia do direito à igualdade, exigindo do legislador a edição de atos normativos concretizadores que vinculem os demais direitos sociais ao direito à saúde.

Formatado: Cor da fonte: Automática

Formatado: Cor da fonte: Automática

Verifica-se, no caso brasileiro, que o envelhecimento da população criou uma massa de consumidores idosos cujo nicho vem sendo amplamente disputado no mercado de consumo, especialmente por operadoras de planos de saúde, devido à necessidade do produto ou serviço contratado notadamente associado à ideia de um tratamento de saúde digno, com qualidade e bem-estar. Por tais motivos, reconhecer a vulnerabilidade ~~esses dos~~ consumidores idosos nas relações de

<sup>52</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

consumo é preponderante para exigir dos fornecedores a contraprestação necessária pelo serviço contratado, evitando-se a propagação de empresas que visam apenas o lucro.

Tem-se, portanto, que o direito à saúde rompe com a dicotomia entre direito público e privado, transitando por ramos do direito administrativo, constitucional, consumidor, civil, da seguridade social, entre outros, exigindo do legislador regulamentação infraconstitucional que dite as diretrizes de assistência à saúde no país.

#### 2.2.1 O Contrato de Plano de Saúde e a Lei 9.658/98

Há atualmente no Brasil, segundo dados da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), 50,3 milhões de beneficiários diretos de planos de assistência à saúde com ou sem odontologia<sup>53</sup>, o que por si só demonstra a relevância desse mercado do ponto de vista econômico e social. Nesse contexto, referida agência reguladora ~~Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS)~~ estabelece diretrizes entre as operadoras e os beneficiários de planos de saúde, cuja exploração econômica encontra fundamento no art. 197 e seguintes da Constituição Federal de 1988.

Os contratos de plano de saúde são bens ou mercadorias, não homogêneos, mas que possuem entre si a cobertura referencial básica assegurada, regulamentados pela Lei 9.656/98, resultado da previsão constitucional que assegura a assistência à saúde como livre à iniciativa privada, e, concomitantemente, -sujeita ao Código de Defesa do Consumidor. Devem, portanto, atender aos princípios da boa-fé, da continuidade do serviço prestado, da equidade, do acesso à informação - sobre reajustes, taxas e controle dos aumentos -, da transparência, ainda que sejam contratos de adesão com execução diferida e prazo indeterminado.

A fiscalização da atividade de gestão das operadoras de planos privados de saúde foi delegada à ~~Agência Nacional de Saúde Suplementar~~ (ANS) que atua como órgão normativo e regulador, promovendo a fiscalização, regulamentação e controle

<sup>53</sup> Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-e-indicadores-do-setor>> .Acesso em: 04 Fev Fev. 2016.

do setor, voltando-se para promoção da saúde, afastando-se de modelos assistenciais de cunho estritamente mercantil. Esse processo regulatório caracteriza-se pelo constante aperfeiçoamento na busca pela, integralidade e resolutividade do serviço prestado.

Neste mesmo sentido, o artigo 39 do Código de Defesa do Consumidor discrimina positivamente o consumidor idoso ao protegê-lo de práticas abusivas do mercado de consumo. enquanto que a Lei 9.656/98 estabeleceu em seu artigo 14 da Lei 9.656/98 estabelece uma regra geral de não discriminação do idoso em relação à idade do consumidor e o artigo 15 do mesmo diploma estabelece dispõe que os reajustes de planos da saúde devem estar previstos no contrato inicial, segundo faixas etárias e percentuais incidentes em cada uma delas, conforme normas expedidas pelos órgãos regulamentadores.

A intervenção estatal nesse setor, feita por intermédio de um processo regulatório, visa minimizar a tensão decorrente da disputa por consumidores pertencentes a determinados nichos, bem como de potenciais beneficiários que não interessam como clientes, o que resulta m na exclusão de acesso de alguns grupos de pessoas considerados de maior risco da contratação de planos privados e seguros e saúde, como idosos ou portadores de doenças crônicas. Considere-se, ainda, a tensão entre prestadores hospitalares com interesses múltiplos que normalmente atendem ao setor público e privado, além da existência de informações díspares entre consumidores e operadoras de planos de saúde privados que acabam por macular informações entre médico e paciente.

A regulação do setor de saúde suplementar decorre do compartilhamento de riscos entre Estado e sociedade, dificultando restrições de atendimento e impedimentos de participação, tornando o mercado mais competitivo ao impor a obrigação de difusão de informações essenciais para permitir a escolha adequada aos consumidores.

Observe-se que no caso das operadoras de plano de saúde, a mercadoria ofertada é a manutenção do bem “saúde”, que pode ser definido como infungível e como tal, insubstituível. Contudo, a lei de regência dos planos de saúde em seu artigo 12, inciso V, ao estabelecer a possibilidade da mobilidade com portabilidade das carências entre operadoras de saúde<sup>54</sup>, demonstrando que apesar de distintos

<sup>54</sup> Resultado da Consulta Pública 29/2008 promovida pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

entre si - mas com cobertura assistencial básica assegurada -, proporcionou ao consumidor desses serviços liberdade de contratar, flexibilizando a catividade que prolongava contratos de forma indeterminada.

Com a definição de cobertura mínima, os principais problemas apontados pelos consumidores como exclusão de doenças e tratamentos, carências e reajustes abusivos foram minimizados. A exigência de consignação no bojo do contrato de planos de saúde privados de (i) hipóteses de exclusão de cobertura, (ii) reajustes, (iii) carências e seus prazos, (iv) o acesso aos produtos de saúde suplementar por portadores de doenças ou lesões preexistentes e (v) rede de atendimento, obrigou as operadoras a produzirem serviços integrais à saúde<sup>55</sup>.

Até a edição da Lei 9.656/98 era comum que beneficiários de planos da saúde que demandassem atendimentos de alto custo fossem encaminhados à rede pública de saúde desonerando as operadoras da prestação de serviços para as quais foram contratadas. Contudo, referida lei inovou ao prever o ressarcimento por parte das operadoras por atendimentos realizados aos seus segurados<sup>56</sup>, cuja polêmica foi objeto da ação direta de inconstitucionalidade 1.931-8/DF no Supremo Tribunal Federal, mantendo-se referido dispositivo previsto no artigo 32 daquela lei.

Estabeleceu-se, ainda, na Lei 9.656/98 o que deve ser considerado urgência e emergência, bem como vedação às discriminações ocorridas em razão da idade ou outras dirigidas ao consumidor portador de deficiência, senão vejamos:

Art. 14. Em razão da idade do consumidor, ou da condição de pessoa portadora de deficiência, ninguém pode ser impedido de participar de planos privados de assistência à saúde<sup>57</sup>.

Dentro do processo de aperfeiçoamento dos serviços prestados por operadoras de planos de saúde privados, a Agência Nacional de Saúde suplementar (ANS) elaborou ao longo desse processo regulatório, um rol de procedimentos que são considerados referência básica em cobertura assistencial. Esse rol de procedimentos é constantemente atualizado por meio de consultas públicas, disponibilizadas no site da própria agência reguladora e elaborados conjuntamente com órgãos representantes dos profissionais da saúde.

<sup>55</sup> Em conformidade com o estabelecido na Súmula 19/2011 da ANS.

<sup>56</sup> Ressarcimento vinculado ao cumprimento de exigências legais.

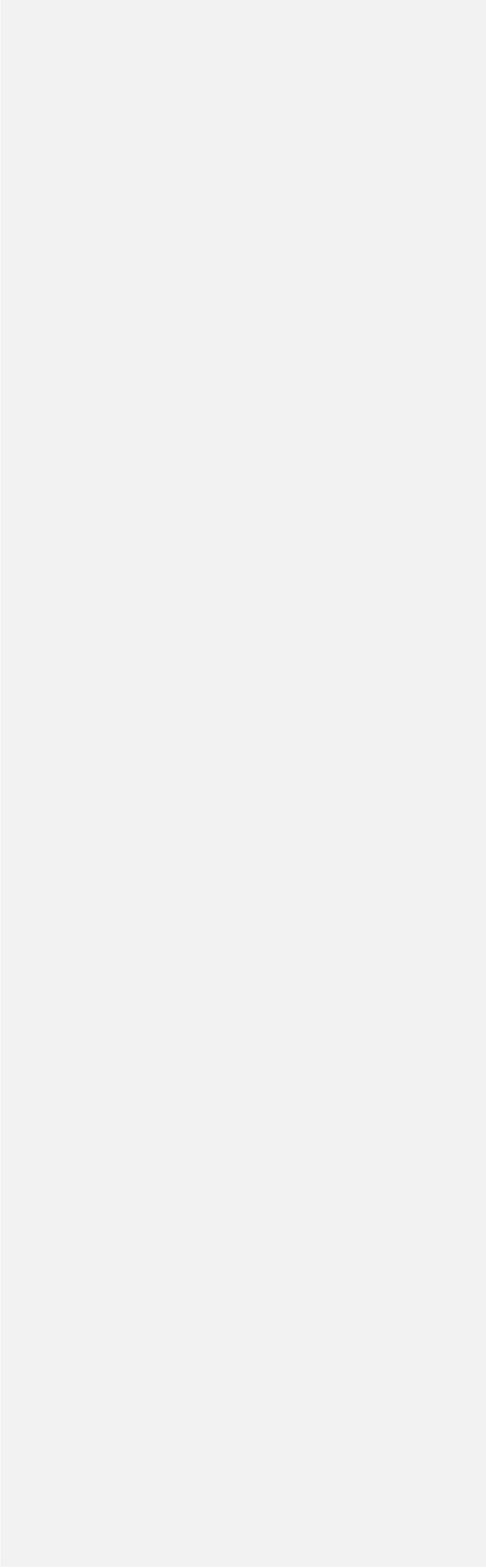
<sup>57</sup> BRASIL. Lei 9.656/98, artigo 14.

De igual modo, estabeleceu-se, no artigo 10 da Lei 9.656/98, as possibilidades de exclusões assistenciais dos seguintes procedimentos: (i) tratamento clínico ou cirúrgico experimental; (ii) procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, bem como órteses e próteses para o mesmo fim; (iii) inseminação artificial; (iv) tratamento de rejuvenescimento ou de emagrecimento com finalidade estética; (v) fornecimento de medicamentos e produtos para a saúde importados não nacionalizados; e (vi) fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar, (vii) fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico (viii) tratamentos ilícitos ou antiéticos, assim definidos sob o aspecto médico, ou não reconhecidos pelas autoridades competentes; e (ix) casos de cataclismos, guerras e comoções internas, quando declarados pela autoridade competente.

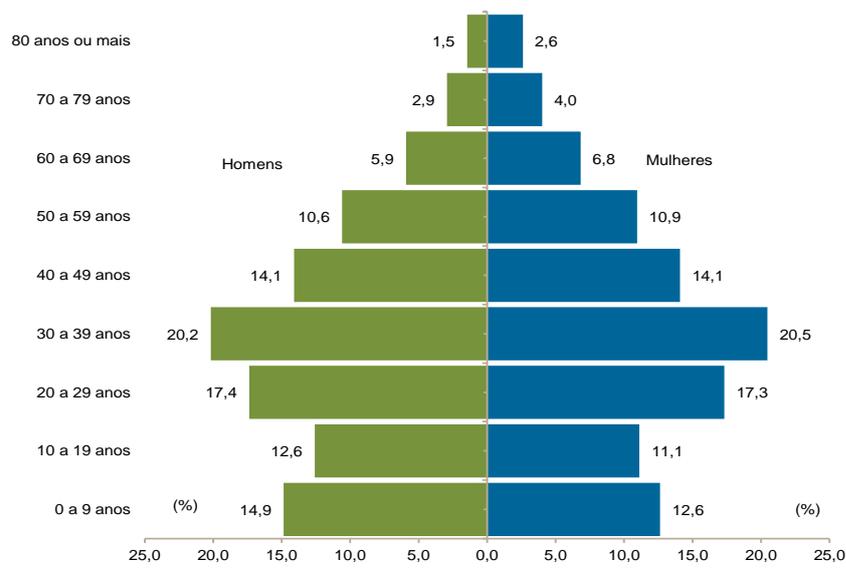
Observe-se que o consumidor de saúde difere do consumidor de outros bens, por não possuir conhecimento suficiente para tomar decisões acerca do que deva ou não consumir. Esse consumo está atrelado à relação entre médico e paciente, pois nessa relação, valioso ponderar que quem decide a melhor forma para obtenção da cura de seu paciente não é ninguém senão o médico, que acompanhou a evolução do quadro e possui conhecimento técnico suficiente e adequado para determinar a alternativa mais certa para tratar o doente.

Trata-se de uma relação de consumo em que não existe a possibilidade de barganha entre os contraentes, cabendo ao contratante apenas a aceitação das condições impostas. O não cumprimento das condições estabelecidas em contratos de planos de saúde privados deve ser apurado mediante processo administrativo para aplicação das penalidades aplicáveis, conforme estabelecido no artigo 25 da Lei 9.656/98.

Conclui-se que a legislação buscou minimizar os efeitos da seleção adversa ao vedar o impedimento de participação de potenciais contratantes de serviços de saúde e estabeleceu o regramento relativo ao reajuste por faixa etária. Ainda, na tentativa de reduzir os efeitos do risco moral, previu prazos máximos de carência, bem como a possibilidade de majoração da contraprestação pecuniária paga pelo beneficiário como alternativa à cobertura parcial temporária de procedimentos relativos às patologias preexistentes à contratação na tentativa de afastar os planos de saúde existentes de uma acepção mercantil, ao promover a saúde e a prevenção de doenças.



Pirâmide da estrutura etária dos beneficiários de planos privados de assistência médica (Brasil - setembro/2015):<sup>58</sup>



### 2.2.2. A Delimitação do Contrato de Plano de Saúde como Relação de Consumo

As relações de consumo podem ser definidas como aquelas compostas por fornecedores (de bens ou serviços) e por consumidores vinculados à satisfação de interesses contrapostos, calcados na autonomia privada. Contudo, conforme dito alhures, diante da possibilidade de violação por particulares aos direitos constitucionalmente garantidos, bem como o reconhecimento da hipossuficiência e vulnerabilidade do consumidor, a Constituição Federal de 1988 trouxe expressamente a proteção ao consumidor como princípio geral da atividade econômica.

Refletindo os ideais constitucionais, o Código de Defesa do Consumidor foi criado para tutelar o equilíbrio das relações contratuais e de consumo, na tentativa de impedir violações decorrentes da hipossuficiência econômica, técnica e intelectual dos consumidores, com base em normas e princípios específicos de

<sup>58</sup> Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-e-indicadores-do-setor>>. Acesso em: 04 FevFev. 2016.

proteção para efetivação de direitos em detrimento de práticas abusivas existentes no mercado.

Neste diapasão, tem-se, portanto, que o consumidor goza da chamada estabilidade constitucional garantida por clausula pétrea que não pode ser abolida por emenda ou revisão constitucional já que se inclui nas disposições contidas no art. 60, § 4º, inciso IV da Constituição Federal. Essa tutela dirigida aos interesses patrimoniais do consumidor, pautada na dignidade da pessoa humana, decorre da vulnerabilidade e hipossuficiência a esses outorgados nas relações contratuais, por força da constitucionalização do Direito Civil<sup>59</sup>, os quais refletem nestas, valores existenciais.

A proteção ao consumidor, elevada à esfera constitucional e decorrente da dignidade da pessoa humana, justifica a intervenção do Estado na atividade privada, com intuito de amenizar as desigualdades que o submetem à parte mais privilegiada, reservando especial proteção aos consumidores notadamente considerados vulneráveis nas relações de consumo e sujeitos às variações do mercado.

Positivada, a proteção e defesa do consumidor atende à fundamentabilidade formal (por sua precisão normativa) e material (por seu conteúdo, que deve ser eficaz, ao mesmo tempo em que impede o Estado de modificar suas diretrizes de especial proteção).

Para Claudia Lima Marques, tratando-se de um direito fundamental, ela garante e assegura a efetivação da Dignidade do Homem, já que o direito fundamental à defesa e proteção do consumidor é um direito positivo, construído por meio de ações ~~positivas~~ que refletem a igualdade material do indivíduo identificado em determinado grupo<sup>60</sup>.

Essa proteção constitucional e jurídica é refletida no Código de Defesa do Consumidor com a positivação do princípio da boa fé objetiva, do equilíbrio nas

---

<sup>59</sup> Paulo Luiz Netto Lôbo em seu artigo 'Constitucionalização do Direito Civil' explica que esse fenômeno exige a demarcação de espaços, pois onde havia a disjunção atualmente há a unidade hermenêutica, tendo a Constituição como ápice conformador da elaboração e aplicação da legislação civil. Deste modo, o jurista deve interpretar o Código Civil segundo a Constituição e não a Constituição segundo o Código, como ocorria com frequência. O autor conclui que "a constitucionalização é o processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do direito civil, que passam a condicionar a observância pelos cidadãos, e a aplicação pelos tribunais, da legislação infraconstitucional".

<sup>60</sup> MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6ª ed., rev., atual e ampl. São Paulo: 2006, p. 54.

relações e na considerada vulnerabilidade do consumidor. Ter assegurado um direito fundamental reflete a busca pela igualdade material, bem como pela efetivação da dignidade da pessoa humana por parte do Estado.

### 2.3 A Eficácia do Direito Fundamental à Saúde nos Planos de Saúde e o Consumidor Idoso

As normas garantidoras de direitos fundamentais exigem a garantia deste direito por parte do Estado, bem como que o titular deste direito o exerça, devido ao seu caráter indisponível que exige uma especial proteção. Ingo Wolfgang Sarlet nesse sentido leciona que

... o termo 'eficácia' engloba indubitavelmente uma múltipla gama de aspectos passíveis de problematização e análise, ainda que esta se restrinja ao direito constitucional, constituindo, além disso, ponto nevrálgico para o estudo da Constituição, na medida em que intimamente vinculado ao problema da força normativa de seus preceitos<sup>61</sup>.

Formatado: Cor da fonte: Automática

Para Robert Alexy, a eficácia dos direitos fundamentais depende da fundamentabilidade formal e da fundamentabilidade material:

Direitos fundamentais e normas de direitos fundamentais são fundamentalmente substanciais porque, com eles, são tomadas decisões sobre as estruturas normativas básicas do Estado e da sociedade. Isso vale independentemente do quanto de conteúdo é a eles conferido. Aquele que confere a eles pouco conteúdo delega muito ao legislador, o que pode ser considerado como uma decisão indireta acerca da estrutura normativa básica do Estado e da sociedade. O fato de as decisões sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade é algo que decorre dos objetos regulados. Questões relativas à liberdade e à igualdade não são apenas de um ramo do direito, elas permeiam todos os ramos. As formas como elas são solucionadas em cada um desses ramos do direito não é, para esses ramos do direito, uma questão específica, mas uma questão fundamental<sup>62</sup>.

Formatado: Cor da fonte: Automática

Neste mesmo sentido, Ingo Wolfgang Sarlet leciona que o direito à saúde comunga da fundamentabilidade formal e material, decorrentes do regime jurídico que lhes outorgou a Constituição Federal de 1988. A fundamentabilidade em sentido material opera como garantia das condições necessárias à fruição dos demais direitos, fundamentais ou não, gerando interdependência e mútua conformação de

<sup>61</sup> SARLET, Ingo W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 392.

<sup>62</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 520.

todos os direitos humanos e fundamentais. A fundamentabilidade formal decorre da previsão constitucional que enseja sua garantia e proteção<sup>63</sup>.

As condições de vida e sobrevivência dos indivíduos estão diretamente ligadas ao direito à saúde, direito este considerado ao mesmo tempo individual, coletivo, metaindividual e materialmente vinculado ao princípio da dignidade da pessoa humana. A prestação de serviços públicos essenciais que assegurem uma vida digna aos indivíduos é comum aos direitos sociais, portanto se observa a indissociação da vinculação do direito à vida ao direito à saúde. Deste modo, portanto, as ações e serviços de saúde são considerados serviços de relevância pública, de acesso universal e gratuito, buscando a adequada distribuição e justa oferta, objetivando a redução das desigualdades sociais.

O direito fundamental à saúde é universal e garantido pelo Estado, decorrente da dignidade da pessoa humana, princípio basilar do Estado Democrático de Direito e que deve atender o maior número possível de beneficiários, dentro de critérios de eficácia e continuidade. Referidas garantias constitucionais, também reproduzidas no ~~microssistema inerente aos~~ Estatuto do Idosos, tem o fito de aperfeiçoar a proteção integral decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana.

Sobre o direito à vida e o direito fundamental à saúde, José Cretella Junior assim dispõe:

Nenhum bem da vida apresenta tão claramente unidos o interesse individual e o interesse social, como o da saúde, ou seja, do bem-estar físico que provém da perfeita harmonia de todos os elementos que constituem o seu organismo e de seu perfeito funcionamento. Para o indivíduo saúde é pressuposto e condição indispensável de toda atividade econômica e especulativa, de todo prazer material ou intelectual. O estado de doença não só constitui a negação de todos estes bens, como também representa perigo, mais ou menos próximo, para a própria existência do indivíduo e, nos casos mais graves, a causa determinante da morte. Para o corpo social a saúde de seus componentes é condição indispensável de sua conservação, da defesa interna e externa, do bem-estar geral, de todo progresso material, moral e político<sup>64</sup>.

A densidade normativa do direito social à saúde confere-lhe aplicabilidade plena, impondo ao poder público a tarefa de maximizar sua eficácia, por meio de

<sup>63</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **O direito fundamental à proteção e promoção da saúde no Brasil: principais aspectos e problemas.** Disponível em <<http://www.editorajuspodivm.com.br/iv/ingo.pdf>>. Acesso em: 19 Jul, 2015.

<sup>64</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição de 1988**, vol. VIII/4332-4334, item n. 181, 1993, Forense Universitária.

Formatado: Cor da fonte: Automática

medidas concretas que respeitem, e ao mesmo tempo promovam, os direitos fundamentais. Contudo, o caráter prestacional do direito à saúde está adstrito à liberação de recursos que serão previamente definidos pela discricionariedade do administrador, por meio da opção de políticas públicas. Obedecendo à separação de poderes e ao princípio da legalidade, cabe à Administração Pública (sujeito) a fixação e autorização dos tratamentos e medicamentos que devem ser fornecidos à população, executando programas e políticas com racionalização entre custo e benefícios dos tratamentos, atingindo-se o maior número possível de beneficiários.

Portanto, a garantia da atuação da livre iniciativa na área da saúde está condicionada ao respeito de normas cogentes, de caráter público, as quais cabem apenas ao Poder Público sua regulamentação, fiscalização e controle, a fim de que o direito à saúde não seja limitado por contratos com cláusulas preestabelecidas, que suprimem direitos essenciais ou que prevejam reajustes exorbitantes em decorrência da idade do segurado. Por tais motivos, os planos de saúde são marcados pela cooperação e mutualidade, para realização de expectativas legítimas de todos.

Neste sentido, Claudia Lima Marques leciona:

Os contratos de plano de saúde são contratos de cooperação, regulados pela Lei 9.656/98 e pelo Código de Defesa do Consumidor, onde a solidariedade deve estar presente não só como mutualidade (típica nos contratos de seguro, que já não mais são, *ex vi*, a nova definição legal como “planos”), mas como cooperação entre consumidores, como divisão paradigmático-objetiva e não subjetiva da sinistralidade, como cooperação para manutenção dos vínculos e do sistema suplementar de saúde, como possibilidade de acesso ao sistema e de contratar, como organização do sistema para possibilitar a realização das expectativas legítimas do contratante mais fraco<sup>65</sup>.

Ainda nessa sequência a autora aborda a boa-fé nos contratos de plano de saúde

Aqui está presente o elemento moral, imposto *ex vi lege* pelo princípio da boa-fé, pois solidariedade envolve a ideia de confiança e cooperação. (...) Em outras palavras, o legislador consciente de que este tipo contratual é novo, dura no tempo, de que os consumidores todos são cativos e de que alguns consumidores, os idosos, são mais vulneráveis do que os outros, impõem a solidariedade na doença e na idade e regula de forma especial as relações contratuais e as práticas comerciais dos fornecedores<sup>66</sup>.

<sup>65</sup> MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6ª ed., rev., atual e ampl. São Paulo: 2006, p. 492.

<sup>66</sup> MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6ª ed., rev., atual e ampl. São Paulo: 2006, p. 493.

O prazo indeterminado dos contratos de plano de saúde aliado à catividade do segurado e à sua hipossuficiência como consumidores trazem à baila discussões acerca da extensão da prestação de serviços de saúde contratados, bem como da aplicação do Estatuto do Idoso em cláusulas referentes aos reajustes de mensalidades.

A jurisprudência dos Tribunais é uníssona no sentido de reconhecer a aplicabilidade do Estatuto do Idoso em questões em que se discute a aplicação de reajustes em decorrência da idade, reconhecendo a abusividade e a discriminação dessas cláusulas e conseqüentemente declarando-as nulas.

Esta conquista reflete as diretrizes constitucionais pautadas na igualdade material, solidariedade e dignidade da pessoa humana, pois em um Estado carente de recursos em que a população da terceira idade não consegue receber uma proteção assistencial e da saúde de forma extensiva, é fundamental que essa parcela da população possa contar com a estabilidade de seu custo de vida.

Essa nova ordem reflete os valores constitucionais, reafirmando os valores previstos na Constituição e evidenciando a necessidade de intervenção do Estado na esfera privada para manutenção da eficácia horizontal dos direitos fundamentais em atenção à dignidade da pessoa humana.

### 2.3.1. Teoria da Eficácia Direta

A teoria da eficácia direta ou imediata foi desenvolvida na Alemanha por Hans Carl Nipperdey e preleciona que os direitos fundamentais não estão restritos à proteção da liberdade do indivíduo frente ao Estado, incidindo também nas relações privadas, independentemente de regulações legislativas. Conforme art. 5º, §1º da Constituição Federal de 1988, “As normas definidoras de garantias fundamentais têm aplicação imediata”, o que significa, para Ingo Wolfgang Sarlet que “(...) a nossa Constituição não estabeleceu distinção desta natureza entre os direitos de liberdade e os direitos sociais, encontrando-se todas as categorias de direitos fundamentais sujeitas, em princípio, ao mesmo regime jurídico”<sup>67</sup>.

<sup>67</sup> SARLET, Ingo W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 285-286.

A percepção de que as violações aos direitos poderiam advir da simples garantia do exercício da liberdade nas relações privadas, bem como a oponibilidade *erga omnes* dos direitos fundamentais- inclusive frente a terceiros -, fundamentou a teoria da eficácia imediata que busca restabelecer a igualdade entre as partes, mitigando a garantia constitucional da autonomia privada. A oponibilidade do contrato contra todos, ou *erga omnes*, alude à necessidade da sociedade civil em conhecê-lo e respeitá-lo.

Nesse aspecto, Tiago Sombra compreende que,

— embora a temática da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares possua um amplo âmbito de configuração nas relações *inter privados*, é nas relações contratuais que ela revela suas maiores controvérsias, afinal, ambos os contratantes também são titulares de direitos fundamentais<sup>68</sup>.

Formatado: Cor da fonte: Automática

Defende-se, portanto, que os direitos fundamentais aplique-se diretamente às relações estabelecidas entre particulares de maneira ampla e irrestrita, dispensando-se a atuação concretizadora do legislador e do juiz, conferindo-lhes, segundo Joaquim José Gomes Canotilho<sup>69</sup>, uma eficácia absoluta.

Contudo, a percepção de que os direitos fundamentais que obrigam o Estado e os próprios indivíduos em si a respeitá-los nas suas relações privadas, trazendo uma simultânea correspondência entre violador e titular de um direito fundamental, evidencia as peculiares características dessa teoria.

Para Ingo Wolfgang Sarlet

Em suma, cuida-se saber até que ponto o particular (independentemente da dimensão processual do problema) recorrer aos direitos fundamentais nas relações com outros particulares, isto é, se, quando, e de que modo poderá opor direito fundamental do qual é titular relativamente a outro particular, que, neste caso, exerce o papel de destinatário (obrigado), mas que, por sua vez, também é titular de direitos fundamentais? A natureza peculiar desta configuração decore justamente da circunstância de que os particulares envolvidos na relação jurídica são, em princípio, ambos (ou todos) os titulares de direitos fundamentais, de tal sorte que se impõem a proteção dos respectivos direitos, bem como a necessidade de se estabelecer restrições recíprocas, estabelecendo-se uma relação de cunho conflituoso, inexistente, em regra, no âmbito das relações entre particulares e as entidades estatais (poder público em geral), já que estas, ao menos em princípio, não podem opor direito fundamental aos primeiros<sup>70</sup>.

Formatado: Cor da fonte: Automática

<sup>68</sup> SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 73.

<sup>69</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 448.

<sup>70</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 112-113.

Depreende-se das palavras do autor que a teoria na eficácia direta ou imediata, os direitos fundamentais aplicam-se diretamente às relações privadas em face do núcleo de proteção da Constituição que irradia seus efeitos por todo ordenamento, dispensando-se a atuação do legislador ordinário para lhes atribuir eficácia.

Este aspecto, portanto, é que torna essa teoria alvo de críticas, já que para atendimento de um direito fundamental de maneira ampla e irrestrita, devem-se analisar as situações concretas, em que notadamente os direitos não se limitarão a uma garantia mútua, mostrando-se dissonantes e conflituais entre si<sup>71</sup>, mas que sempre deverão buscar a máxima efetividade dos direitos fundamentais no sistema jurídico vigente. Ariadna Rull entende que a aplicação da teoria da eficácia imediata afasta a intervenção dos poderes públicos à medida que obriga particulares a renúncia espontânea de seus direitos<sup>72</sup>, cuja disposição só poderia ser feita por lei.

Rosalice Fidalgo Pinheiro, neste aspecto, ressalta que

[...] justifica-se a eficácia direta do princípio da igualdade entre particulares como argumento que lhe serve de apoio: a quebra de exclusividade do papel do Estado como possível ofensor dos direitos fundamentais. Supera-se a concepção traçada para a liberdade individual pelo liberalismo clássico, a de direitos de defesa contra o Estado. Eis que este último, ao lado dos particulares, despe-se do papel de mero garantidor dos direitos fundamentais para seu protagonista, com vistas a desfazer as desigualdades econômicas e sociais geradas pelo liberalismo oitocentista<sup>73</sup>.

Formatado: Cor da fonte: Automática

Thiago Sombra questiona a necessidade de intervenção do legislador como forma de estender a eficácia dos direitos fundamentais às relações particulares devido à fundamentabilidade e aplicabilidade direta das normas jusfundamentais. Trata-se de não lhes negar a eficácia, senão vejamos:

Subordinar a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares a uma prévia conveniência e discricionariedade legislativa significa, em verdade, transformar os direitos fundamentais em direitos meramente legais, além de negar a aplicabilidade direta e a fundamentabilidade que lhes é inerente<sup>74</sup>.

Formatado: Cor da fonte: Automática

<sup>71</sup> ANDRADE, José Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 107.

<sup>72</sup> RULL, Ariadna Aguilera. **Contratación y diferencia: Prohibiciones de discriminación por sexo y origen étnico en el acceso a bienes y servicios disponibles al público**. p. 30.

<sup>73</sup> PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contrato e Direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 63.

<sup>74</sup> SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 79.

Assim, ao defender a aplicabilidade imediata ou direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, defende-se na mesma medida, em consequência, a aplicabilidade do direito fundamental à liberdade (de contratar ou não contratar) traduzida na possibilidade do seu titular reduzir ou, dependendo do caso, renunciar espontaneamente à incidência de direito fundamental. A colisão decorrente da existência de direitos fundamentais com idêntico peso, certamente levaria a necessariamente à redução ou anulação do direito de uma das partes. Alexy sugere a aplicação da regra do sopesamento para resolução de conflitos no caso concreto.

Referida teoria, portanto, sinaliza que os direitos fundamentais não necessitam, em princípio, de transformações para serem aplicados no âmbito das relações privadas o que decorre do rompimento da dicotomia do direito público e Direito Privado. O caráter dúplice dos direitos fundamentais permite invocar direitos subjetivos fundamentais também perante sujeitos privados, exigindo-se especial proteção do Estado, sem que se viole o princípio da separação dos poderes para sua garantia e efetividade por meio de decisões judiciais que necessariamente reconduzirão à eficácia horizontal calcada na dignidade da pessoa humana.

### 2.3.2. Teoria da Eficácia Indireta

A teoria da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais preleciona que referidos direitos não incidem como direitos subjetivos constitucionais oponíveis *erga omnes*, mas como normas objetivas de princípios que se constituem como uma ordem objetiva de valores carecedores de mecanismos de intermediação que lhes proporcionem a efetividade, cujas decisões influenciam a interpretação do Direito Privado. Referida teoria propõe-se a resolução do problema do efeito horizontal das garantias constitucionais efetivando o conteúdo dos direitos fundamentais nas cláusulas gerais e conceitos jurídicos gerais e indeterminados de Direito Privado.

Neste sentido, Rosalice Fidalgo Pinheiro leciona que

▲ ... embora não ingressem no Direito Privado como direitos subjetivos, dotados de oponibilidade *erga omnes*, os direitos fundamentais representam princípios objetivos, uma ordem de valores, cuja eficácia irradiante ocorre por meio de pontes entre o Público e o Privado. Essas pontes são construídas pelo legislador e pelo juiz, delineando sua interpretação e aplicação por meio de normas e parâmetros característicos do Direito Privado. Em um primeiro plano, a mediação estatal é tarefa atribuída ao legislador: cabe-lhe, por meio de normas jurídicas mais específicas, determinar o alcance dos direitos fundamentais nas relações privadas<sup>75</sup>.

Formatado: Cor da fonte: Automática

Esta intervenção decorre precipuamente da atividade legislativa e posteriormente do Judiciário para que referidas normas ingressem na seara privada, sob pena de se gerar um incremento do poder estatal sobre a autonomia privada, o que gera inevitavelmente uma penetração menos conflituosa e sacrificante no sistema formado pelo Direito Privado para que a autonomia privada não restasse fulminada<sup>76</sup>.

Acerca da teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais, Thiago Sombra leciona que

▲ O cerne da teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares circunscreve-se ao papel desempenhado inicialmente pelo legislador e, em um segundo momento, pelos juizes na atividade de concreção do conteúdo normativo das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados. Ademais, cabe consignar que a polêmica sobre a eficácia mediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares ganha relevo à medida que os valores consagrados pela Constituição não coincidem necessariamente com aqueles resguardados pelo direito privado<sup>77</sup>.

Formatado: Cor da fonte: Automática

Os direitos fundamentais, portanto, não são considerados direitos subjetivos oponíveis nas relações privadas por serem relativizados pela garantia da autonomia privada, pois a titularidade individual desses direitos vincula o Estado como destinatário de normas que vinculam o próprio poder estatal.

Robert Alexy destaca que para essa teoria, os efeitos nas relações privadas são consequência da vinculação do Estado aos direitos fundamentais como direitos públicos subjetivos, na medida em que ao criar e impor um sistema de direito

<sup>75</sup> PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contrato e Direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 65.

<sup>76</sup> SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 76.

<sup>77</sup> *Idem*, p. 77.

privado, participa das possíveis violações consideradas intervenções estatais cometidas por um cidadão a bens e direitos fundamentais de outro cidadão<sup>78</sup>:

▲ Em última análise, isto significa que os direitos fundamentais não são – segundo esta concepção – diretamente oponíveis, como direitos subjetivos, nas relações entre particulares, mas que carecem de uma intermediação, isto é, de uma transposição a ser efetuada precipuamente pelo legislador e, na ausência de normas legais privadas, pelos órgãos judiciais, por meio de uma interpretação conforme aos direitos fundamentais e, eventualmente, por meio de uma integração jurisprudencial de eventuais lacunas, cuidando-se, na verdade, de uma espécie de recepção dos direitos fundamentais pelo Direito Privado<sup>79</sup>.

Formatado: Cor da fonte: Automática

A interpretação de que a eficácia de normas definidoras de garantias e direitos individuais está adstrita à existência de normas infraconstitucionais que lhes atribuam fundamentabilidade, acaba por negar esse atributo dos direitos fundamentais, pois a abertura do sopesamento conduz a uma abertura do sistema jurídico substancialmente determinado pelas normas de direitos fundamentais<sup>80</sup>.

Neste sentido, Rosalice Fidalgo Pinheiro defende que a teoria da eficácia indireta ao exigir a mediação do legislador, acaba por negar a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, eis que estes se definem justamente pela indisponibilidade de seu conteúdo pelo autor da lei<sup>81</sup>.

Para Thiago Sombra, a crítica a essa teoria reside na almejada preservação do núcleo essencial do Direito Privado feita por meio da intervenção do legislador ou dos juízes, que será feita mediante a ponderação no caso concreto, o que implica necessariamente no sacrifício de algum direito fundamental<sup>82</sup>.

A teoria da eficácia mediata ou da eficácia irradiante das normas ~~de direitos~~ preleciona que no caso de lacunas de normas jurídico-privadas, a interpretação deve ser feita e por meio da -integração das cláusulas gerais e conceitos indeterminados do direito privado. Os primeiros são marcados pela imprecisão, enquanto que a aplicação de cláusulas gerais permite a incorporação de valores e princípios, ambos sujeitos à constante valoração social e às suas necessidades. Essa dinâmica social é que faz da integração interpretativa o elemento de transformação dos direitos

<sup>78</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 530.

<sup>79</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 125.

<sup>80</sup> ALEXY, **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros 2011, p. 544.

<sup>81</sup> PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contrato e Direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 68.

<sup>82</sup> SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 78.

fundamentais, cuja atividade do legislador deve preservar o princípio da autonomia privada<sup>83</sup> buscando a máxima efetividade daqueles direitos.

A teoria justifica a necessidade de intervenção legislativa ou do Judiciário decorrente da subordinação do caso concreto aos diversos ramos do Direito, construindo ou mantendo pontes entre seus diversos ramos, garantindo sua comunicabilidade com os ditames sociais e com o respeito aos direitos fundamentais, que é o pressuposto material de compromisso da democracia.

### 2.3.3. Teoria dos Deveres de Proteção

Formatado: Fonte: Negrito

A teoria dos deveres de proteção funciona como um meio termo entre as teorias monista e dualista, surgindo como uma terceira via de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, impondo ao Estado a obrigação de garantir, proteger e se abster da violação dos direitos fundamentais aos seus titulares.

Claus-Wilhelm Canaris ao conceber referida teoria, reconheceu nos direitos e garantias fundamentais sua natureza dupla, ou seja, ao impor seu reconhecimento e garantia aos poderes públicos, funcionam como proibições de ingerências na esfera privada, garantindo uma esfera de liberdade aos particulares frente às intervenções estatais; ao mesmo tempo em que funcionam como mandatos de proteção. Enquanto mandatos obrigam o Estado a adotar as medidas de proteção necessárias para garantia de eficácia do conteúdo do direito protegido pelo particular. Referia teoria, portanto, funda-se na ideia de que cabe ao Estado, destinatário e garantidor dos direitos fundamentais, o dever de tutelar o particular, titular de um direito fundamental e titular de um direito subjetivo à proteção do Estado contra violações advindas de outros particulares, por intermédio do legislador ou dos juízes<sup>84</sup>:

▲ Nesta quadra, sublinha-se que o Estado Democrático de Direito, que por definição é “amigo” dos direitos fundamentais, continua comprometido com a proteção efetiva dos direitos fundamentais também nos casos de

Formatado: Cor da fonte: Automática

<sup>83</sup> STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros. 2004, p.143/144.

<sup>84</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In. SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 235.

violações oriundas de atores privados, não sendo à toa que a teoria dos deveres de proteção estatais e os seus diversos desdobramentos tenham alcançado tanta importância também para o tema versado neste ensaio<sup>85</sup>.

Observa-se que a necessária intermediação do legislador ou do magistrado, assemelha a teoria dos deveres de proteção à teoria da eficácia indireta, exigindo-se, na interpretação das normas de Direito Privado, que elas sejam interpretadas em conformidade com os valores e princípios constitucionais. Contudo, enquanto a teoria da eficácia mediata só permite a eficácia horizontal dos direitos fundamentais mediante intervenção do legislador ou do magistrado, a teoria dos deveres de proteção exige dos particulares e do Estado a proteção dos direitos fundamentais, sem que necessariamente haja intervenção do legislador, ocasião em que o Judiciário pode decidir interpretando uma omissão legislativa ou até mesmo em sentido contrário do que dispõe a lei.

Para Marcelo Schenk Duque, a teoria dos deveres de proteção

Atualmente, (...) parte da compreensão dos direitos fundamentais como princípios objetivos, que obrigam o Estado a agir, na medida do possível, para a realização dos direitos fundamentais, sendo que, para alguns, encontra fundamento, inclusive, na cláusula do Estado Social<sup>86</sup>.

Formatado: Cor da fonte: Automática

Ao Poder Legislativo, portanto, cabe a produção normativa para disciplinar as relações no âmbito privado. Já o Poder Judiciário atua quando o particular invoca a intervenção do Estado no caso concreto, por meio da tutela judicial ou nos casos de omissão legislativa, integrando as normas e revelando o conteúdo dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Para Ingo Wolfgang Sarlet, a teoria dos deveres de proteção vincula o Estado e os particulares, senão vejamos:

A circunstância de que em primeira linha há de ser considerada a opção do legislador, que (assim como o Juiz que controla a legitimidade constitucional desta opção), ao regular os casos concretos presumidamente o faz em princípio levando a sério o seu dever de proteção dos direitos fundamentais e sua incidência nas relações privadas, não exclui, como advoga importante doutrina, a possibilidade de efeitos diretos e, portanto, também de uma vinculação direta dos sujeitos privados. A correta invocação dos deveres de proteção estatais neste contexto igualmente não conduz necessariamente – como já adiantado – a uma exclusão da eficácia direta, pois não afasta a possibilidade de se argumentar de modo diverso. Com efeito, é possível

Formatado: Cor da fonte: Automática

<sup>85</sup> Idem, p. 123.

<sup>86</sup> DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito Privado e Constituição: *Drittwirkung*** dos Direitos Fundamentais: construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 231.

argumentar que justamente pelo fato de os direitos fundamentais estarem sujeitos a violações oriundas de direitos uns dos outros (no mínimo é possível partir de um dever – juridicamente vinculativo – de respeito e não violação por parte dos sujeitos privados) é que o Estado, por estar vedado ao particular cuidar ele próprio da tutela dos seus direitos (salvo em casos excepcionais), possui um dever de proteção<sup>87</sup>.

Deste modo, portanto, observa-se que a teoria é instrumento destinado à garantia de liberdade dos particulares no curso das relações privadas, com vistas à proteção efetiva do bem jurídico em jogo, que se ameaçado, exige do Estado sua atuação de forma protetiva, ponderando bens juridicamente tutelados, atingindo o menor número possível de vítimas pelos danos provocados que encerra potencial lesão aos direitos fundamentais<sup>88</sup>. Esse dever geral de proteção do Estado decorre do monopólio estatal, próprio do Estado de Direito.

Pode-se concluir que a teoria dos deveres de proteção impõe a sujeição dos poderes públicos à Constituição e se traduz em um dever de dar efetividade aos direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que obriga o Estado a intervir na hipótese de agressão proveniente de particulares.

Por conseguinte, conclui-se que dentre os objetivos do Estado Democrático de Direito insere-se a proteção dos consumidores regulada pelo Código de Defesa do Consumidor, um conjunto de normas que assegura, segundo parâmetros e valores orientadores, eficácia àquele mandamento constitucional de proteção. O intervencionismo estatal, a publicização do Direito Privado no Século XX e a ideia de Estado de Direito Social resultaram no reconhecimento de uma função positiva da Constituição, ao determinar não só a abstenção do Estado, mas sua ação, a transfigurar e a impregnar como medida normativa todo sistema do Direito<sup>89</sup>.

A defesa do consumidor inserida na ordem pública e econômica é instrumento de eficácia prática dos direitos fundamentais, atendendo-se ao critério defensivo e prestacional destes direitos. O caráter prestacional da proteção de defesa dos direitos do consumidor é reflexo da ordem constitucional vigente, da atuação do Estado na limitação da autonomia privada e na relativização da

<sup>87</sup> SARLET, Ingo Wolfgang ([Org. Org.](#)). **Direitos Fundamentais e Direito Privado: uma perspectiva de direito comparado**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 132.

<sup>88</sup> DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito Privado e Constituição: Drittwirkung** dos Direitos Fundamentais: construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 320.

<sup>89</sup> MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6ª ed., rev., atual e ampl. São Paulo: 2006, p. 596.

autonomia da vontade, que passou a ser analisada com base na hipossuficiência do consumidor como diretriz à limitação da liberdade econômica.

Em sua dimensão defensiva, a defesa do consumidor é representada pela abstenção do Estado em tomar medidas que eventualmente representem a autorregulação do mercado, que restrinjam ou limitem direitos conquistados, dando ao próprio Estado a necessidade de intervir nas relações privadas, reduzindo o conflito entre normas colidentes e igualmente protegidas.

O Código de Defesa do Consumidor é microsistema que reflete a defesa do consumidor em si, seus direitos subjetivos, refletindo princípios constitucionais com o arrimo do princípio da boa-fé e equilíbrio contratual, configurando-se como lei que carrega em seu bojo uma função social que submete o eventual conflito de leis a uma hierarquia de lealdade de transparência nas relações de consumo.

Neste mesmo diapasão, visando à proteção de novos direitos voltados, dentre outros aspectos, para a tutela de determinadas categorias de indivíduos, colocados, por sua especial condição, à margem dos processos sociais contemporâneos, surge o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741, de 1º de Outubro de 2003).

Referido dispositivo, conforme dito alhures, busca atender o disposto na ordem constitucional que dispõe no artigo 1º da Constituição Federal de 1988, dentre seus fundamentos, a garantia da dignidade da pessoa humana e em seu artigo 3º, inciso IV, como objetivo fundamental, dentre outros, “promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, *idade* e quaisquer outras formas de discriminação”. Nesse sentido Paulo Roberto Barbosa Ramos leciona que

▲ A afirmação de que a República Federativa do Brasil fundamenta-se na cidadania e na dignidade da pessoa humana orienta toda a atuação do Estado e da sociedade civil em direção à efetivação desses fundamentos, diminuindo, com isso, o espaço de abrangência da concepção de que as pessoas, na medida em que envelhecem, perdem seus direitos. Esse dispositivo constitucional, portanto, aponta no sentido de assegurar a cidadania, que é uma decorrência da garantia da dignidade da pessoa humana, durante toda a sua vida<sup>90</sup>.

A previsão de referida diretriz constitucional já se faria suficiente para a tutela da pessoa idosa nos múltiplos aspectos de sua vulnerabilidade. Todavia,

<sup>90</sup> RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. *Direito à velhice: A proteção Constitucional da Pessoa Idosa. In: Os Novos Direitos no Brasil: natureza e perspectivas uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. WOLKMAR, Antonio Carlos; e LEITE, José Rubens Morato ([orgs.org](http://orgs.org)). São Paulo: Saraiva, 2013. p. 133.

reconhecendo a necessidade de uma descrição específica da pessoa do idoso como categoria jurídica passível de uma tutela diferenciada, o legislador constituinte optou por estabelecer normas específicas de proteção, fixando nos artigos 229 e 230 as regras de cunho protetivo que irão balizar a atividade do legislador infraconstitucional e as diretrizes da atuação do Estado como implementador das políticas públicas de proteção.

O diploma atual, fundado na doutrina da proteção integral, superou o disposto na Lei nº 8.842, de 04 de janeiro de 1994, ao estabelecer vários instrumentos para a defesa da pessoa idosa e sua integração na vida social. O Estatuto do Idoso estabeleceu, dentre outros, a especialização das agências públicas de atendimento, a imposição da realização de políticas públicas para a proteção da pessoa idosa e a regulamentação da atividade privada, neste caso estabelecendo posições de vantagem para o idoso nas relações de consumo e de convívio social, proporcionando ao tutelado um envelhecimento digno protegido pelo Estado, família e sociedade.

Neste sentido, o artigo 9º da Lei 10.741/03, *in verbis*:

Lei 10.741/2003. Art. 9º. É obrigação do Estado, garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade<sup>91</sup>.

Formatado: Cor da fonte: Automática

A Constituição Federal de 1988, embora fundamente e imponha a tutela do hipossuficiente (de onde há especial referência ao idoso e a outros segmentos sociais – criança e adolescente, índios etc.), como acima ponderado, por si só, acaba não fornecendo o potencial necessário a efetivação concreta de tais direitos. Por tais motivos, a legislação infraconstitucional ao cumprir a função de regulamentar o texto maior, acaba ganhando uma dimensão muito mais significativa, condicionando a efetividade de garantias à ordem constitucional e notadamente ao critério da especialidade, a fim de que a interpretação da lei não proporcione graves consequências jurídicas decorrentes da supressão de direitos.

<sup>91</sup> Brasil. **Estatuto do Idoso**. Art. 9º da Lei 10.741/03.

Nesse sentido, para Paulo Roberto Barbosa Ramos

▲ Assegurar os direitos fundamentais das pessoas idosas é uma alternativa inteligente para a garantia dos direitos de todos os seres humanos. Todavia, fez-se observar que somente serão assegurados os direitos fundamentais aos idosos na medida em que aos seres que envelhecem seja garantido, durante a existência, o direito à dignidade<sup>92</sup>.

Formatado: Cor da fonte: Automática

O Estatuto, ao oferecer proteção integral ao idoso, resgata sua dignidade por meio da inclusão social e da geração de recursos econômicos necessários para o acesso a bens indispensáveis à vida, bem como a garantia ao tratamento digno em suas relações, coloca-os como titulares de direitos comuns a toda e qualquer pessoa e humaniza seu tratamento ao reconhecê-los como sujeitos que necessitam do convívio social e familiar para seu desenvolvimento.

Conclui-se, por derradeiro, que a instituição pelo legislador de um sistema tutelar da pessoa idosa orientado sob os ditames da doutrina da proteção integral decorreu do imperativo dever de garantia por parte do Estado dos direitos fundamentais, resgatando a igualdade e da dignidade da pessoa idosa, especialmente pela via da tutela jurisdicional, efetivando a cidadania para todos.

#### 2.4 O DIREITO FUNDAMENTAL À DEFESA DO CONSUMIDOR DO IDOSO

Modernamente, o consumo é um atributo da sociedade cuja relevância social exige instrumentos normativos capazes de proteger o consumidor, impondo limites ao mercado para evitar a reificação e debilidade daqueledeste. Deste modo, a defesa do consumidor e sua eficácia surgem atreladas ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao equilíbrio nas relações sociais, amenizando ou atenuando as facetas da desigualdade enfrentadas por sua hipossuficiência nas relações de consumo.

A formalização do princípio da defesa e proteção ao consumidor está prevista no artigo 5º, XXXII, da Constituição Federal de 1988 e ao ser alçado à categoria de direito fundamental, a defesa do consumidor externa a necessidade do

<sup>92</sup> RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. *Direito à velhice: A proteção Constitucional da Pessoa Idosa*. In: **Os Novos Direitos no Brasil: natureza e perspectivas uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas**. WOLKMAR, Antonio Carlos; e LEITE, José Rubens Morato ([ergs.org](http://ergs.org)). São Paulo: Saraiva, 2013. p. 149.

Estado em intervir no mercado que comprovadamente não possui condições de autogestão.

Codificada, a defesa do consumidor revela sua supremacia normativa cuja fundamentabilidade material exprime-se por meio da imposição da ética nas relações de consumo consubstanciada no direito à informação, segurança, qualidade, publicidade e segurança jurídica, a partir do reconhecimento da condição de vulnerabilidade do consumidor.

O conteúdo essencial do direito fundamental à defesa do consumidor possui aplicabilidade imediata e plena, consolidando-se como cláusula pétrea em conformidade com o disposto no artigo 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988.

Considerado direito fundamental de terceira geração, a defesa e proteção do consumidor destina-se à proteção de pessoas com direitos de titularidade difusa ou coletiva, classificado em uma dimensão objetiva e ao mesmo tempo prestacional. Em sua dimensão objetiva, referido direito implica na exigência de que o poder público e os particulares se abstenham de adotar medidas que impliquem na sua mitigação, visando dirimir uma desigualdade intrínseca na relação consumerista. Em sua dimensão prestacional, este direito implica na atribuição de obrigações positivas para garantia e promoção da defesa do consumidor, fornecendo elementos mínimos indispensáveis ao seu exercício, atendendo-se à população com dignidade, elaborando leis que propiciem o exercício desse direito frente aos abusos praticados pelo mercado.

O Código de Defesa do Consumidor, portanto, decorre da Constituição e integra a ordem constitucional como legislação infraconstitucional que veio com a função de concretizar o direito fundamental à defesa e proteção do consumidor, impondo limites àqueles que estão em um patamar privilegiado nas relações de consumo e da iniciativa econômica, conforme se verifica no art. 170, inciso V, da Constituição Federal.

O acesso ao consumo tornou-se vital, já que o ato de consumir possui estreita vinculação com a sobrevivência humana e possibilita o desenvolvimento da economia. O consumo está associado a melhores condições de vida, conforto e bem-estar gerando um ciclo de riqueza e lucratividade em que o consumidor se sente parte central do sistema econômico.

Nessa seara, surge o dever de proteger determinados grupos considerados mais vulneráveis, entre os quais se destacam as crianças e os idosos. As crianças porque não possuem condições de decisão para adquirirem um produto, o que as torna presas fáceis de vendas casadas, de produtos desnecessários, mas ao mesmo com embalagens elaboradas especificadamente para ~~serem atraídasatrair esse público.~~

Quanto aos idosos, tendo a Constituição lhes outorgado especial proteção, há que se observar a garantia à informação necessária para aquisição do produto adquirido, exigência que se traduz no uso de embalagens com caracteres claros e em tamanho adequado para leitura e na confecção de contratos redigidos em termos claros e legíveis.

Neste sentido, o artigo 54, §3º, do Código de Defesa do Consumidor: “Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor”.

De igual modo, o artigo 39, do Código de Defesa do Consumidor veda o fornecedor de produtos e serviços de “prevaler-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços”.

Reproduzindo os ideais constitucionais de defesa e proteção ao consumidor, o Estatuto do Idoso vedou a discriminação dos idosos em contratos de plano de saúde em razão da idade (art. 15, §3º, Lei 10.741/2003). Deste modo, passou a se exigir que os contratos contenham em seu bojo a tabela por faixa etária dos planos de saúde expressa da seguinte forma: “59 anos ou mais”, sem qualquer outra indicação de idade.

A Súmula 19/2011 da ANS estabeleceu que a venda e/ou comercialização de planos privados de assistência à saúde feita diretamente ou indiretamente por operadoras de saúde, não pode desestimular, impedir ou dificultar o acesso ou ingresso de beneficiários em razão da idade, condição de saúde ou por portar deficiência, inclusive com a adoção de práticas ou políticas de comercialização restritivas direcionadas a estes consumidores. De igual modo, quem comercializa referidos planos deve oferecer em suas instalações, condições de acesso para atendimento de potenciais consumidores.

Em caso de lesão ou ameaça a direito aos idosos, esses poderão socorrer-se ao Poder Judiciário para revisão de cláusulas consideradas abusivas, tais como aquelas que excluem determinadas coberturas.

O cumprimento das diretrizes estabelecidas na Constituição Federal e no Código de Defesa do Consumidor é fiscalizado pelos Procons e pelo Ministério Público, efetivando o disposto no artigo 4º, inciso IV do *Códex*, ao dispor que 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: “IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo”.

A eficácia do direito fundamental de defesa e proteção do consumidor ficou adstrita à tradição legislativa do Brasil ao estabelecer-se que “o Estado promoverá na forma da lei, a defesa do consumidor<sup>93</sup>”, já que segundo Ricardo Weber referido dispositivo caracteriza-se como norma de caráter pragmático.

Tem-se, portanto, que a fundamentabilidade do direito, defesa e proteção do consumidor fica adstrita à atividade legislativa. Neste sentido, o Código de Defesa do Consumidor foi sancionado como instrumento para confirmar a aplicabilidade e eficácia –ainda que indireta – do direito fundamental de defesa e proteção do consumidor, embora Ricardo Weber defenda que “para maximizar a eficácia do consumidor constitucional é necessária a aplicação imediata deste direito fundamental”<sup>94</sup>.

A defesa e proteção do consumidor é direito fundamental de caráter positivo - ou prestacional - exigindo-se do Estado, portanto, a tarefa de impor-lhe maior concretude, afastando-se de interpretações abertas ou vagas nas relações entre particulares, tornando eficaz a proteção ao consumidor contra atos que atentem contra os direitos fundamentais.

A aplicabilidade e eficácia plena do direito à defesa e proteção do consumidor consagrado constitucionalmente resta mitigada diante da regulamentação infraconstitucional pertinente à matéria, outorgando ao consumidor

<sup>93</sup> BRASIL. Constituição Federal de 1988. Art. 5º, inciso XXXII.

<sup>94</sup> WEBER, Ricardo Henrique. **O direito fundamental de defesa do consumidor nas relações privadas**. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba, 2009, p. 61.

uma vulnerabilidade legalmente instituída, frente aqueles que notadamente detêm instrumentos necessários para fornecimento de bens e serviços e circulação de riquezas.

### 3 O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO E OS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE DE CONSUMIDORES IDOSOS

#### 3.1. Autonomia privada e discriminação nos contratos de consumo

Desde a Revolução Burguesa, a autonomia da vontade representa o fundamento do direito contratual, legitimando o contrato como fonte de obrigações e verdadeiro dogma do Estado de Direito Liberal, cujas relações jurídicas eram pautadas pela plena satisfação do interesse das partes, não se admitindo a intervenção do Estado nessas relações.

O contrato, desde o advento do Estado de Direito Liberal até os dias atuais, é sinônimo de circulação de riquezas e também resultado da vontade convergente de indivíduos que voluntariamente se obrigam segundo o dogma da autonomia da vontade, ou excepcionalmente se houver uma ordem jurídica que assim os obrigue.

A autonomia da vontade, portanto, além de ser pressuposto essencial das relações jurídicas, pressupõe que a relação jurídica estabelecida entre as partes seja legitimada pela própria vontade do indivíduo, obrigando os contraentes na medida de suas potencialidades, servindo a lei apenas como pano de fundo para cumprimento daquilo que foi estipulado naquela relação.

Para Claudia Lima Marques

(...) A vontade é, portanto, a força fundamental que vincula os indivíduos. A ideia de força obrigatória dos contratos significa que, uma vez manifestada a vontade, as partes estão ligadas por um contrato, têm direitos e obrigações e não poderão se desvincular, a não ser através de outro acordo de vontade ou pelas figuras da força maior e do caso fortuito (acontecimentos fáticos externos e incontroláveis pela vontade do homem)<sup>95</sup>.

A autonomia da vontade aqui debatida cinge-se àquela de cunho objetivo, o que não afasta, contudo, a possibilidade de discussão e revisão de cláusulas contratuais, outorgando ao contrato uma força obrigatória daquilo que ainda pode ser. Pode-se dizer, então, que essa possibilidade de revisão passa a ser mitigada pela liberdade daquilo que não é defeso por lei.

O advento do Estado de Direito Liberal colocou o indivíduo no cerne das relações, materializadas por meio do contrato. Essa emancipação do indivíduo que

<sup>95</sup> MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6ª ed., rev., atual e ampl. São Paulo: 2006, p. 62.

colocava a vontade como elemento central, influenciado pelas ideias do liberalismo e do individualismo, maximizava a vontade humana como fonte única de direito e obrigações na esfera contratual, refutando a intervenção do Estado para que as pessoas pudessem agir de acordo com seus interesses e regras, garantidos por um regime político que comandava as ações individuais.

Percebeu-se, contudo, que as violações aos direitos e garantias individuais poderiam partir de indivíduos, colocando em xeque a supremacia do Direito Privado sobre o Direito Público, que acabou sucumbindo ao intervencionismo estatal que posteriormente deu origem ao Estado Social de Direito.

Deste modo, as mudanças sociais decorrentes do constitucionalismo fizeram com que o Estado retomasse as rédeas das relações político-econômicas, já que o mercado por si só não conseguiria garantir os direitos dos indivíduos, dando origem ao Estado Social de Direito, pautado em princípios democráticos e na ideia de igualdade, em que o Estado passa a ocupar posição de supremacia perante o indivíduo.

O Estado Social de Direito caracteriza-se pela observância do princípio da legalidade na formação dos contratos para garantia do equilíbrio das partes, afastando-se do dogma do indivíduo como mero destinatário de normas gerais e abstratas para proteção dos direitos individuais na esfera privada. Rompe-se, portanto, a dicotomia público-privado propiciando a descodificação do Direito Privado, exigindo-se a reestruturação do contrato e da autonomia privada com base no equilíbrio contratual e na função social do contrato. Essa nova concepção, fruto de uma sociedade industrializada e com acesso ao mercado de consumo, exige do Estado a atuação ativa nos domínios econômicos e social para garantia dos chamados direitos de segunda geração, criando plurissistemas por intermédio de leis especiais que atendessem os anseios sociais.

José Vieira de Andrade leciona que diante da separação entre Estado e Sociedade, não admira que os direitos fundamentais pudessem ser e exclusivamente concebidos como direitos do indivíduo contra o Estado<sup>96</sup>.

A mudança de Estado de Direito Liberal para Social de Direito acarretou um crescimento excessivo de suas atribuições que culminaram na sua crise. A ideia de participação ativa, cidadania e implementação de medidas de bem-estar social para

<sup>96</sup> ANDRADE, José Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 272.

efetivação da democracia e realização dos direitos fundamentais passaram a ser objetivos do Estado Democrático de Direito, caracterizado também por considerar o público e privado como esferas complementares e não opostas, dando origem à constitucionalização do Direito Civil.

Com isso o valor da autonomia privada passa a ser relativizado para considerar o sujeito em sua concretude e especificidades cujos fundamentos do Estado Democrático de Direito lhe compense as desigualdades decorrentes de um sistema econômico pautado em interesses materializados por meio dos contratos.

Atualmente o contrato de consumo deixou de ser visto como mero instrumento de vontade das partes para atingir sua função social, fazendo com que a interpretação teleológica seja adotada como forma de atender à expectativa legítima das partes. A autonomia da vontade passou a ser concebida como a possibilidade de se agir dentro daquilo que é permitido por lei.

A nova concepção do contrato passou a observar se seu conteúdo atendia aos princípios da boa-fé, segurança, equilíbrio e equidade contratual, atendendo-se, portanto, ao princípio da dignidade da pessoa humana e o conteúdo axiológico contido no texto constitucional. A liberdade de escolha nos contratos passou a ser vinculada ao ideal de fruição de vida digna, tutelando o direito à igualdade e à liberdade dentre os indivíduos.

Nesse sentido, portanto, o respeito aos direitos fundamentais e a intervenção estatal nas relações privadas solidificou a proteção especial das pessoas dentro do princípio da igualdade que proíbe a discriminação para garantia de isonomia. Como se sabe, nos conflitos de interesses, torna-se papel do legislador editar normas que imponham aos agentes privados certos deveres sociais e econômicos. Nesse sentido, justifica-se a gratuidade de transportes para idosos, a imposição de regras de reajustes em planos de saúde para determinados grupos e a imposição de regras para as instituições financeiras destinarem parcela dos recursos obtidos para programas de financiamento de habitação popular<sup>97</sup>.

O princípio da igualdade permeia todo texto constitucional e dele decorre a vedação à discriminação, verificando-se que o legislador constituinte estipulou a igualdade material nas relações, especialmente nas privadas, a fim de que fossem

---

<sup>97</sup> DUQUE, Bruna Lyra; PEDRA, Adriano Sant'Ana. Os deveres fundamentais e a solidariedade nas relações privadas. *In: Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 154.

tuteladas e para que a autonomia privada integrasse a função de promoção à pessoa, adotando a não discriminação como expressão do princípio da igualdade.

O princípio da igualdade pressupõe isonomia, contudo, tanto a igualdade como a desigualdade, decorrem da comparação entre pessoas em situações que exijam determinado tratamento. A discriminação, portanto, pode ser definida como o ato de dispensar um tratamento injustificadamente diferenciado, marginalizando pessoas ou grupos, apenas aqueles que possuem repercussão social<sup>98</sup>, operando uma eficácia imediata nas relações privadas.

A discriminação nos contratos de consumo diz respeito à sujeição do consumidor ao fornecedor, caracterizado pelo domínio da produção e distribuição de bens e serviços. Com o fito de reduzir as desigualdades nas relações de consumo, o Estado outorgou especial proteção ao consumidor, reconhecendo sua condição de hipossuficiência, ante a vulnerabilidade que lhe é inerente.

Ao promover a tutela do consumidor considerado vulnerável para minimizar as desigualdades nas relações de consumo, impondo uma igualdade material entre fornecedor e consumidor, afastando a dimensão negativa da discriminação que se reporta à própria ~~proibição de discriminar~~ vedação à discriminação.

A proteção ao consumidor guarda estreita relação com a dignidade da pessoa humana. O consumo, além de ser considerado essencial à vida devido à necessidade de acesso aos bens imprescindíveis a uma vida digna, permite a inclusão social do indivíduo concretizando o mandamento de igualdade nas relações em respeito aos ditames da Constituição Federal. O rol não exaustivo nela contido não permite a inclusão e valoração constitucional de outros fatores socialmente relevantes de discriminação<sup>99</sup>.

A inobservância destes princípios implica em afronta à dignidade da pessoa humana que é fundamento de todo ordenamento jurídico que opera a proibição de discriminação.

---

<sup>98</sup> SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. A Proteção Contra Discriminação no Direito Contratual Brasileiro. In: SARLET, Ingo W. (org.). **Direitos Fundamentais e Direito Privado**: Uma perspectiva de direito comparado. Coimbra: Editora Almedina, 2007. p.393.

<sup>99</sup> STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 238.

### 3.1.1. A Tutela Constitucional da Autonomia Privada

A concepção clássica de contrato derivada do Direito Romano concebia o contrato como fonte de obrigações por excelência, sem qualquer tipo de preocupação com a isonomia das partes, calcado nos princípios da autonomia da vontade, do *pacta sunt servanda*, do consensualismo e da relativização dos efeitos do contrato, decorrentes dos ideais do liberalismo e do individualismo.

O desenvolvimento econômico decorrente da mudança da economia agrária para a industrial - e também capitalista-, impuseram mudanças aos contratos capazes de criar uma nova sociedade de consumo que exigia cada vez mais a intervenção dos poderes públicos tanto para proteção das novas relações criadas com o consumidor, concebido como parte mais vulnerável no contrato, mitigando, assim, a autonomia da vontade.

Superou-se, portanto, o dogma da autonomia da vontade e do *pacta sunt servanda* que tinham como pressupostos uma suposta igualdade formal dos contraentes, para dar espaço a novos deveres jurídicos que não estão vinculados à vontade, desencadeando uma nova concepção contratual, atingindo diretamente a autonomia da vontade e a imutabilidade contratual.

No contexto de constitucionalização do Direito Civil acabou-se por desencadear mudanças no direito contratual com a inserção de novos princípios decorrentes do Estado Social de Direito, que foram efetivados no Estado Moderno, especificadamente com a tutela dos direitos do consumidor. Essas novas diretrizes, condizentes com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, viabilizaram os princípios da Constituição que notadamente norteiam a ordem econômica atual. Pietro Perlingieri destaca que os organismos de Estado nesta nova ordem devem buscar exercer os direitos da pessoa de forma efetiva para o seu desenvolvimento e sua dignidade<sup>100</sup>.

O Estado Social de Direito, portanto, ao se colocar na função de regente das relações político-econômicas, orquestrou o movimento em prol de direitos e conseqüentemente do avanço do princípio democrático, já que a atividade legislativa foi capaz de viabilizar sua intervenção no domínio privado, vinculando democracia ao ideal de igualdade.

<sup>100</sup> PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade Constitucional**. Trad. Maria Cristina De Cicco. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

Contudo, o longo do Século XX com o início da produção industrial e, conseqüentemente, da implementação de uma sociedade de consumo, os anseios sociais passaram a usufruir e, posteriormente, exigir a proteção do Estado. O excesso de atribuições do Estado Social de Direito desencadearam sua crise, já que as políticas públicas desenvolvidas, além de não revelarem os anseios da sociedade, revelavam-se insuficientes para garantia de direitos sociais e fundamentais.

A resposta para esta crise pautou-se na necessidade de efetivação dos direitos e garantias individuais fazendo com que os pilares do Estado Democrático de Direito irradiassem por todo ordenamento jurídico, colocando a dignidade da pessoa humana como primado que passa a conceber o sujeito de direito em suas peculiaridades, compensando-se as desigualdades econômicas e sociais refletidas nas relações contratuais.

A constitucionalização do Direito Civil, reflexo de transformações ocorridas na sociedade, buscou efetivar os direitos fundamentais previstos nas constituições, promovendo a transformação da sociedade por meio da democracia, da intervenção no processo econômico, gestão de serviços sociais ao mesmo tempo em que disciplina as relações privadas, anteriormente relegadas ao crivo da autonomia privada.

~~O Estado, na qualidade de Sendo~~ responsável por efetivar políticas públicas ~~para garantia da a fim de garantir a~~ igualdade material, ~~o Estado~~ consagra políticas para promoção e proteção dos direitos fundamentais, estabelecendo diretrizes para atuação da esfera privada.

Para Pietro Perlingieri

O Estado Moderno (...) assume como própria principalmente a obrigação de respeitar os direitos individuais do sujeito – direito à informação, direito ao trabalho, direito ao estudo, essenciais e característicos de todos os cidadãos – e, portanto, de promovê-los, de eliminar aquelas estruturas econômicas e sociais que impedem de fato a titularidade substancial e o efetivo exercício. O Estado tem a tarefa de intervir e de programar na medida em que realiza os interesses existenciais e individuais, de maneira que a realização deles é, ao mesmo tempo, fundamento e justificação da sua intervenção<sup>101</sup>.

Os direitos previstos nas Constituições modernas deixaram de ser efetivamente formais, orientados pelo Estado a buscar a igualdade substancial entre

<sup>101</sup> PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade Constitucional**. Trad. Maria Cristina De Cicco. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 54.

os cidadãos. Concebidos inicialmente para exercício frente ao Estado, os direitos fundamentais adquiriam maior relevância e complexidade, passando a incorporar valores sociais que também protegessem os indivíduos nas relações privadas.

Deste modo, os direitos fundamentais passaram a transmitir o valor constitucional das normas jurídicas, exigindo do Estado o desenvolvimento e cumprimento de programas contidos na Constituição, efetivando direitos e vinculando indivíduos na observância de valores da dignidade humana, solidariedade e igualdade nas relações privadas.

Contudo, o princípio da autonomia privada, apesar de não estar expressamente previsto em nossa Constituição, é princípio e um bem constitucionalmente protegido que vincula e determina a pessoa à sua liberdade e a dignidade da pessoa humana. Observa-se, portanto, que o princípio da autonomia privada está diretamente ligado aos demais princípios, garantindo a todos uma existência digna, a busca de um desenvolvimento nacional por meio da construção de uma sociedade livre, justa e solitária, erradicando-se a pobreza, a marginalização e as desigualdades sociais respeitando-se a dignidade da pessoa humana.

Para Claudia Lima Marques, a autonomia da vontade

... permitiria com que os indivíduos agissem de maneira autônoma e livre no mercado, utilizando, assim, de maneira *optimal*, as potencialidades da economia, baseadas em um mercado livre, e criando, assim, outra importante figura: a livre concorrência. De outro lado, nesta economia livre e descentralizada, deveria ser assegurada a cada contraente a maior independência possível para se auto-obrigar nos limites que desejasse, ficando apenas adstrito à observância do princípio da *pacta sunt servanda*<sup>102</sup>.

Formatado: Cor da fonte: Automática

A tutela constitucional da autonomia privada representa o poder geral de autodeterminação e auto vinculação das pessoas, ou seja, de direitos garantidos e protegidos, como o direito à liberdade, o direito ao exercício de qualquer profissão, o direito à herança, o direito à moradia, o direito à propriedade dentre outros. Saliente-se, outrossim, que autonomia privada e autodeterminação são conceitos distintos: autodeterminação diz respeito à faculdade de agir externado do sujeito com ou sem

<sup>102</sup> MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6ª ed., rev., atual e ampl. São Paulo: 2006. p. 61.

efeito negocial, enquanto a autonomia privada conota um poder ativo de eficácia reguladora<sup>103</sup>.

---

<sup>103</sup> RIBEIRO, Joaquim de Souza. O problema do contrato. p. 48-51 *apud* GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**: os novos princípios contratuais. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 28.

Neste diapasão é preciso lembrar que as cláusulas contratuais, na espécie, devem ser analisadas à luz do Código de Defesa do Consumidor. Leciona Cláudia Lima Marques:

... a vontade das partes não é mais a única fonte de interpretação que possuem os juízes para interpretar um instrumento contratual. A evolução doutrinária do direito dos contratos já pleiteava uma interpretação teleológica pelas expectativas legítimas das partes, especialmente das partes que só tiveram a liberdade de aderir ou não aos termos pré-elaborados<sup>104</sup>.

Para Daniel Sarmiento, a proteção à autonomia privada prevista da Constituição Federal de 1988 é heterogênea, pois mais forte quando estão em jogo as dimensões existências da vida humana e menos intensa quando se trata de relações de caráter exclusivamente patrimonial<sup>105</sup>.

Nesse viés, o contrato sofreu significativas mudanças desde que o Estado passou a intervir nas relações privadas, para que a presumida igualdade proporcionada pela autonomia da vontade se transformasse em igualdade substancial, dentro de parâmetros permitidos pela liberdade concedida às partes contraentes. Deste modo buscou efetivar a dignidade da pessoa humana ao se proteger os novos direitos surgidos com as Constituições nascidas no Século XX do segundo Pós-Guerra.

O contrato, anteriormente concebido como instrumento pleno da vontade dos contraentes, passou a caracterizar as relações de consumo, diferenciando-se dentre os diversos ramos do direito, pela função que adquire na operação realizada.

Essa nova realidade contratual, resultado de transformações econômicas e sociais, superou o dogma da vontade e do *pacta sunt servanda* e novos deveres decorrentes de princípios jurídicos que compõem o direito contratual, tais como a função social do contrato, igualdade e boa-fé objetiva tornaram-se instrumentos para garantia do equilíbrio das relações contratuais.

Tem-se, portanto, que o contrato é consequência da relação de consumo, ainda que essa relação ocorra sobre partes juridicamente desiguais, mas cuja proteção está garantida pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código de Defesa

<sup>104</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Ed. RT, 4ª. ed., p. 227.

<sup>105</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen, 2008. p. 177.

do Consumidor, reconhecendo-se o direito à tutela efetiva dos direitos do consumidor.

Para Cláudia Lima Marques essa nova concepção de contrato

... é uma concepção *social* deste instrumento jurídico, para a qual não só o momento da manifestação da vontade (consenso) importa, mas onde também e principalmente os efeitos do contrato na sociedade serão levados em conta e onde a condição social e econômica das pessoas nele envolvidas ganha em importância<sup>106</sup>.

Formatado: Cor da fonte: Automática

Deste modo, portanto, o contrato deixou de ser mero instrumento de circulação de riquezas para exaltar a pessoa e sua dignidade, garantindo a autonomia privada como direito fundamental, reconhecendo-se a possibilidade dos particulares autorregularem seus interesses dentro dos parâmetros permitidos pelo ordenamento, observando-se o respeito à dignidade como limitador à iniciativa das partes envolvidas.

### 3.1.2. O Princípio da Não Discriminação no Direito Privado

A cláusula geral de igualdade em sua modalidade formal está prevista no *caput* do art. 5º da Constituição Federal de 1988. Observa-se, contudo, que por todo texto constitucional há uma efetiva preocupação do legislador com a efetividade dessa igualdade por meio de garantias que se estendem pela legislação infraconstitucional, aliados ao cumprimento dos objetivos estabelecidos na Constituição, especialmente para redução das desigualdades sociais e regionais.

Deste modo, além da previsão constitucional e do próprio anseio social para que a igualdade deixasse de ser apenas formal para se tornar material, fez com que as cláusulas gerais de proteção à pessoa se estendessem para que as relações privadas também fossem tuteladas, elevando-se o princípio da igualdade como primado de garantia de tratamento isonômico aos indivíduos.

O princípio da igualdade perante a lei, do qual decorre a proibição de tratamento discriminatório, não se trata de norma de caráter absoluto, já que a igualdade e a desigualdade fáticas notadamente são parciais. A discriminação

<sup>106</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6ª ed., rev., atual e ampl. São Paulo: 2006. p. 210.

decorre de um tratamento injustificado dirigido ao indivíduo que possui repercussão social<sup>107</sup>.

A especial proteção ao consumidor garantida constitucionalmente por meio da busca pelo equilíbrio nas relações sociais e contratuais evidencia sua eficácia imediata nas relações entre particulares, especialmente por ser reconhecer as limitações de determinados grupos sociais como idosos, índios, crianças e principalmente do consumidor vulnerável e hipossuficiente ante a sujeição imposta por aqueles que dominam a produção e distribuição de bens e serviços na relação de consumo.

A proteção ao consumidor, além de ser considerada cláusula pétrea, guarda estreita relação com o princípio da dignidade da pessoa humana. A disseminação do capitalismo deu-se pela propagação dos ideais de liberdade, notadamente vinculados ao acesso ao consumo de bens necessários para sobrevivência de modo digno. O consumo, portanto, se confunde com a própria fruição da vida, com condições mínimas de saúde as quais se espera que o mandamento de igualdade seja concretizado, especialmente nas relações entre particulares.

Em que pese a discriminação positiva dirigida ao consumidor, em virtude da condição de vulnerabilidade que lhe é inerente, observa-se que no caso do reajuste da mensalidade em contratos para consumidores idosos, a opção desse público por contratar acaba sendo substituída pela necessidade de amparo à saúde que aceita imposições contratuais notadamente discriminatórias.

A vedação à discriminação protege os indivíduos da marginalização a que estão expostos por sua condição social, física, biológica ou cultural e apesar de proibida, há situações em que discriminação é permitida.

Diante da falta de uma lei geral contra a discriminação no Direito **Privado brasileiro**, utilizam-se instrumentos do próprio Direito Privado: de indenizações por dano extrapatrimonial à proteção do consumidor, configurando-se o direito do consumidor por suas finalidades antidiscriminatórias sem que para isso se adentre no âmbito dos direitos fundamentais, podendo ensejar um ataque frontal à garantia da autonomia privada.

---

<sup>107</sup> SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. A proteção contra discriminação no direito contratual brasileiro. In: SARLET. Ingo Wolfgang org. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**: Uma perspectiva de direito comparado. Coimbra: Editora Almedina, 2007.p.393.

### 3.2. A Proteção Contra Discriminação e a Experiência Europeia

A dignidade da pessoa humana constitui-se como pilar fundamental do ordenamento jurídico brasileiro o qual não admite situações de discriminação por mais justificadas que possam parecer, irradiando efeitos por microssistemas que operam uma especial proteção contra violações e desfavorecimentos.

Parece longínqua a ideia de que as discriminação-discriminações possam ser consideradas s aceitáveis, contudo, sinais distintivos baseados na idade, sexo e etnia são comumente utilizados como parâmetro na realização de contratos firmados entre particulares. Contratos de seguros de automóveis, residenciais, de planos de saúde, de seguros de vida, entre outros comumente utilizam um tipo de discriminação que aparentemente não se demonstram como excludentes sociais. Repise-se, outrossim, que no âmbito dessas relações há uma eficácia horizontal entre os contraentes, fazendo com que a discriminação decorra do pertencimento do indivíduo a determinado grupo.

Destarte, importa ao presente trabalho os contratos de planos de saúde realizados entre idosos e operadoras que preveem em seu bojo, cláusulas de reajustes consideradas discriminatórias fazendo-se uma análise daquelas Diretivas Europeias.

#### 3.2.1. As Diretivas da União Europeia Contra Discriminação

O princípio da não discriminação é matéria que tem ocupado amplo debate no direito comunitário na tentativa de concebê-lo e incorporá-lo. A experiência europeia preocupa-se com a proteção da discriminação no Direito Privado estabelecendo diretivas que tratam da igualdade de oportunidades entre homens e mulheres e igualdade social e de acesso. Nos anos 90, o direito antidiscriminatório foi intensificado em face do processo de integração europeia, o que levou a Comissão Europeia à elaboração de propostas legislativas voltadas à luta contra discriminação, posteriormente, promulgadas pela União Europeia sob a forma de diretivas dirigidas à proteção da pessoa e sua diversidade.

Referidas Diretivas surgem para refutar a discriminação em razão do gênero, origem étnica, nacionalidade, religião, deficiências, idade e orientação sexual. A

proteção contra a discriminação fundamenta uma interessante tensão entre o princípio da liberdade contratual e da igualdade de tratamento, ampliando o campo de aplicação deste princípio nas relações entre particulares e de trabalho e ocupação entre homens e mulheres.

Surge, então, um novo enfoque de proteção à discriminação fugindo daquelas matérias tradicionalmente consideradas para atingir as relações contratuais e o acesso aos cidadãos de bens e serviços e seu fornecimento. Deste modo, as Diretivas 2000/43/CE e 2004/113/CE trouxeram à baila a discussão acerca da aplicação de certos direitos fundamentais nas relações privadas diante da impossibilidade de se estabelecer os limites existentes entre a autonomia privada e a liberdade de contratação de bens e serviços, partindo de um conceito de inclusão que não se contenta com a dignidade individual.

As Diretivas 2000/43/CE e 2004/113/CE passam a regulamentar o fenômeno da discriminação como aquilo que não possa ser justificado, compensando-se as respostas oferecidas pelo mercado que atua de forma antieconômica. A Diretiva 2000/43/CE, conhecida como diretiva da igualdade racial, oferece ao cidadão europeu um nível mínimo de proteção nos países que compõem a União Europeia, já que as diretivas ofereceram definições concretas de discriminação direta e indireta e suas formas de assédio.

No campo prático a Diretiva 2004/113/CE subordinou a liberdade das seguradoras à igualdade entre homens e mulheres, trazendo, contudo, uma exceção: permitiu aos Estados membros autorizar diferenças de prêmios e prestações, quando o sexo for fator determinante para avaliação do risco e quando estas diferenças sejam proporcionais e se considerem individualmente. Esta exceção demonstrou-se incompatível com a luta contra as discriminações de gênero que tem um valor hierárquico superior nas ações comunitárias. Neste mesmo sentido, a Diretiva 2000/78/CE que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional. O caráter universal das Diretivas desconsidera a natureza pública ou privada do ofensor bem como a alegação de possível desequilíbrio contratual entre vítima e ofensor.

Os mecanismos de correção dos desequilíbrios do poder contratual se expressam nas disposições antidiscriminatórias, cujo direito configura-se como

último baluarte do sistema de garantias jurídicas que está perdendo terreno aos imperativos da economia.

É possível concluir que este questionamento acerca da extensão da vedação às discriminações exige (i) a ponderação dos limites da autonomia privada; (ii) definir-se os limites da discricionariedade do agente discriminador a quem não é dada a opção de *não contratar*; (iii) o fim da individualidade ao considerar todos iguais, desconsiderando suas diferenças; (iv) a busca pela integração; (v) a participação integral da sociedade na formulação de normas; (vi) o fornecimento de instrumentos capazes de compensar os desequilíbrios contratuais decorrentes da obrigação de contratar, (vii) a delimitação entre diferença de tratamento e discriminação; entre outros cuja necessidade de implementação será verificada no caso concreto.

Apesar dos diversos instrumentos legais de vedação à discriminação, verifica-se que sua ocorrência é de difícil comprovação. Para tanto, embora de maneira obscura<sup>108</sup>, a Diretiva 2004/113/CE em seu artigo 9 prevê a inversão do ônus da prova, sendo imprescindível, contudo, que a vítima do dano convença o juiz da conduta antidiscriminatória. Nos casos de discriminação direta, a vítima deverá provar que recebeu um tratamento desfavorável em razão de seu sexo e origem étnica; enquanto que nos casos de discriminação indireta a vítima deve comprovar que os procedimentos adotados pelo ofensor, ainda que aparentemente neutros, resultam em um tipo de discriminação. Um exemplo típico desse tipo de discriminação que interessa ao presente trabalho é a negativa de contratação de idosos ou portadores de deficiência por operadoras de planos de saúde.

Acerca da vedação à discriminação, em sua forma direta, o Conselho Europeu trouxe no bojo da Diretiva 2000/43/CE o artigo 2.2 aqui reproduzido: “*Artículo 2.2: a) existirá discriminación directa cuando, por motivos de origen racial o étnico, una persona sea tratada de manera menos favorable de lo que sea, haya sido o vaya a ser tratada otra en situación comparable*”. De igual modo o artigo 2a da Diretiva 2004/113/CE:

*Artículo 2a: “A efectos de la presente Directiva, se entenderá por: ‘discriminación directa’: la situación en que una persona haya sido o pudiera*

<sup>108</sup> Entendimento segundo RULL, Ariadna Aguilera. **Contratación y diferencia: Prohibiciones de discriminación por sexo y origen étnico en el acceso a bienes y servicios disponibles al público.** Tese (Doutorado em Direito), Departament de Dret, Universitat Pompeu Fabra, Espanha, 2010, 495 p.

*ser tratada de manera menos favorable que es, ha sido o sería tratada otra en una situación comparable, por razón de sexo”.*

A reparação pelos danos morais sofridos pela vítima de discriminação está prevista no artigo 8.2 da Diretiva 2004/113/CE e prevê a obrigação dos Estados de instituir medidas para garantia de pagamento de uma quantia pecuniária à vítima, cumprindo uma função compensatória e ao mesmo tempo preventiva, senão vejamos:

*“las medidas necesarias para que cualquier persona que se considere perjudicada a causa de una discriminación [...] reciba una indemnización o compensación reales y efectivas del Estado miembro, de manera disuasoria y proporcional al daño sufrido”.*

Francisco Infante Ruiz, ao questionar a existência de um princípio geral de proibição e discriminação no ordenamento comunitário, chegou a conclusão que não há dúvidas sobre a existência de um princípio geral de não discriminação no direito comunitário<sup>109</sup>.

Conclui-se, por derradeiro, que o mandamento geral de igualdade equivale-se a proibições de diferenciação que protegem contra exclusão social, cuja manutenção afasta-se dos objetivos do Estado Democrático de Direito que deve promover o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, impondo-lhe, portanto, a tarefa de alcançar uma sociedade mais igualitária.

### 3.2.2. A Incorporação do Direito Antidiscriminatório pelos Países Europeus

A incorporação do direito comunitário ao direito interno dos países que compõem a União Europeia, submetendo as disposições das Diretivas às cortes dos países europeus, evidencia que os Tribunais Constitucionais Federais poderiam controlar atos comunitários considerados incompatíveis com os sistemas jurídicos nacionais, tornando a luta contra as discriminações um importante passo para a constitucionalização do Direito Privado. Esse controle de constitucionalidade decorre da necessidade de velar pela integração, cooperação e identidade constitucional da norma fundamental de cada país membro.

<sup>109</sup> RUIZ, Francisco J. Infante. Igualdad, ~~diversidad~~ ~~diversidad~~ y protección contra la ~~discriminación~~ ~~discriminación~~ ~~emen~~ el derecho privado. In: MARRERO, Mesa Carolina. Valencia: 2013, **Mujeres, contratos y empresa desde la igualdad de género**. p. 191-250.

Neste sentido, Aa Espanha sancionou diversas leis visando a integração de normas da Comunidade europeia, senão vejamos: (i) a Lei 51 de 02 de Dezembro de 2003 que incorporou as Diretivas 2000/43/CE e 2000/78/CE, que tratam da igualdade de oportunidades, não discriminação e acesso universal às pessoas com deficiência; (ii) a Lei nº 53 de 10 de dezembro de 2003 que trata de medidas fiscais, administrativas e de ordem social; e, por fim, (iii) a Lei orgânica nº 3 de 22 de março de 2007, sobre igualdade entre homens e mulheres, que abarca todos os setores do ordenamento jurídico. Já a Alemanha optou por sancionar a Lei Geral de Igualdade de Tratamento (AGG) de 14 de Agosto de 2006 em face do dever de incorporar o direito interno às diretivas comunitárias, impedindo ou eliminando qualquer desvantagem por razões de raça, origem étnica, religião, sexo, crença, deficiência, idade, ou identidade sexual.

A lei alemã estabeleceu elementos para conceituação de discriminação direta ou indireta, que contratos em massa se façam sem consideração à pessoa-ao indivíduo. Nos contratos de seguro a proibição de discriminação não é absoluta, sendo que na lei alemã prevê que se dispense tratamento diferenciado em razão do gênero, quando isso seja fator determinante para avaliação dos riscos, justificados em dados matemáticos e estatísticos.

A incorporação da Diretiva 2004/113/CE pelos países europeus estabeleceu a vedação à discriminação racial ou étnica no acesso à moradia e todos os lugares e serviços destinados ao uso público, estabelecendo a impossibilidade de exigência por parte do locador em exigir do locatário instrumentos que se configurem como discriminatórios para estabelecimento da relação contratual, tais como comprovação da origem étnica, da relação de emprego, do estado civil, bem como o estabelecimento de garantias que transcendam as possibilidades do locatário, entre outros.

Com a finalidade de dar efetividade ao direito antidiscriminatório o ordenamento jurídico alemão e espanhol estabeleceram remédios, bem como suas consequências jurídicas aplicáveis frente à proibição de discriminar nas relações jurídicas privadas. Tem-se, portanto, que a diferença ilícita quando não tem valor especial, contraria valores e princípios constitucionais, estabelecendo-se na legislação instrumentos que exigem a comprovação da contravenção objetiva da proibição de discriminar, sujeita à ação de abstenção frente ao ato ilícito; ações frente ao descumprimento contratual e outras similares, de ineficácia do negócio

jurídico pretendido e ações indenizatórias como elementos de ressarcimento pelos prejuízos decorrentes da discriminação.

Acerca da obrigação de contratar, tanto o ordenamento alemão quanto o espanhol não o previram expressamente, contudo Ariadna Rull defende a possibilidade de se impor a obrigação, desde que a vítima da discriminação comprove seu interesse nos bens ou na entrega do serviço e que haja um nexo de causalidade entre a conduta discriminatória e a negativa de celebração do contrato, além da exigência de que o conteúdo do contrato seja determinado e a celebração do contrato seja possível. Ou seja, a obrigatoriedade está vinculada à inexistência de alternativas no mercado para obtenção do serviço ou bem em questão<sup>110</sup>.

Na Bélgica, a incorporação das Diretivas pelo ordenamento daquele país, levou à anulação da lei belga de 21 de Dezembro de 12/2007 que introduz a Diretiva 2004/113/CE, após a propositura de ação ~~proposta~~ ajuizada pela associação de consumidores. Referida lei ~~que~~ colocava em exercício a faculdade de estabelecer critérios aparentemente neutros na elaboração do risco em contratos de seguro realizados por homens e por mulheres. Em resposta, a Corte Constitucional Belga submeteu o problema relativo à validade de uma disposição contida numa Diretiva da União, tendo obtido como resposta do Tribunal de Justiça Comunitário a anulação do contido no artigo 5.2 daquela Diretiva, considerando referida cláusula contrária à igualdade de gêneros.

A incorporação das Diretivas europeias pelos países membros depende da sensibilidade dos operadores do Direito em contemplar suas múltiplas possibilidades, especialmente a partir da análise de casos concretos – ou problemas endêmicos – que propiciem a melhora na legislação, sem que para isso seja necessário sua reformulação<sup>111</sup>, levando, contudo, a uma diversidade de soluções dos países que compõem a União Europeia.

<sup>110</sup> RULL, Ariadna Aguilera. **Contratación y diferencia** Prohibiciones de discriminación por sexo y origen étnico en el acceso a bienes y servicios disponibles al público, p. 439.

<sup>111</sup> RUIZ, Francisco J. Infante. El desarrollo de la prohibición de discriminar en el derecho de contratos y su consideración en la jurisprudencia. **Revista Aranzadi De Derecho Patrimonial**, ISSN 1139-7179, Nº 30, 2013, págs. 169-197. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4233715>>. Acesso em: 10 Jul. 2014.

Formatado: Espanhol (Espanha - Tradicional)

### 3.3 O Direito Fundamental à Igualdade de Tratamento e a Proibição da Discriminação no Contrato

O princípio da igualdade consagrado no art. 5º da Constituição Federal de 1988 estabelece o direito à igualdade de tratamento, delineando-se uma igualdade de cunho material que se traduz no mandamento de tratar as pessoas desiguais em conformidade com a sua desigualdade, cabendo à sociedade o reconhecimento dos direitos das minorias e a proibição da discriminação.

Apesar de a legislação outorgar ao consumidor um tratamento diferenciado, objetivando a igualdade de tratamento nas relações de consumo, a diferença de tratamento destinado aos consumidores pelos fornecedores resulta em um desfavorecimento que evidencia a discriminação em sua dimensão negativa. A proibição da discriminação, que é a dimensão negativa do direito fundamental à igualdade de tratamento depende de instrumentos normativos para torná-la eficaz, já que o Direito brasileiro apresenta um catálogo aberto de sinais protegidos em que os contratos devem atender ao mesmo tempo a função social do contrato e ao princípio da liberdade contratual e da autonomia privada.

#### 3.3.1 A Função Social do Contrato e o Direito à Igualdade de Tratamento

Conforme dito alhures, nos Séculos XVIII e XIX o contrato era fonte por excelência de obrigações, não importando as condições das partes envolvidas para seu cumprimento e execução, evidenciando o caráter individualista dos contratos, notadamente pautados na autonomia da vontade, no *pacta sunt servanda* e no consensualismo. No Século XX, contudo, o surgimento das Constituições ditas “cidadãs” resultado do avanço social, a autonomia da vontade passou a ser mitigada pela necessidade de intervenção do Estado nas relações privadas, depois de verificado que as violações a direitos e garantias fundamentais também poderiam ocorrer no âmbito privado, dando origem a uma nova teoria contratual<sup>112</sup>, que tinha como pressuposto a igualdade material dos contratantes.

<sup>112</sup> MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: 2006.

Esse anseio para efetivação da almejada igualdade material infiltrou-se na Constituição Federal, promovendo a constitucionalização do Direito Civil, fazendo com que o contrato passasse a cumprir sua função social, ou seja, que cumprisse princípios sob os quais se fundariam toda ordem econômica: proteção do consumidor, boa-fé objetiva, dever de informação e equilíbrio nas relações.

Essa imposição de deveres positivos à empresa detentora econômica do capital, da informação e dos bens e insumos necessários para circulação de riquezas, visa compensar o desequilíbrio decorrente da produção de contratos em massa em que notadamente a parte contratante não participa da elaboração das cláusulas contratuais, figurando como meros aderentes que se submetem às condições consideradas abusivas e até mesmo nulas, diante da necessidade do produto ofertado pelo fornecedor.

Contemporaneamente, as partes continuam com a garantia da liberdade para contratar, investidas pelo princípio da autonomia da vontade, relativizada, entretanto, pela função social do contrato e norteadas pelos princípios da boa-fé e probidade, estes, inegavelmente dispostos no Código Civil (arts. 421 e 422), distanciando-se dos ideais individualistas propagados pelo Estado de Direito Liberal. A função social do contrato representa a conformação com os interesses coletivos e individuais que impõem às partes o dever de cumprimento ao princípio da boa-fé, transparência, informação, efetivando-se a harmonização de interesses e equilíbrio nas relações, independentemente da parcela de vulnerabilidade atribuída ao consumidor nessas relações, projetando sua eficácia para além dos contornos do contrato.

Para Gustavo Tepedino a função social do contrato funciona como um instrumento de manutenção e defesa do contrato, para as partes contratantes, inclusive frente a terceiros, funcionando como instrumento que atribui aos terceiros estranhos àquela relação, a responsabilidade de preservar, ou melhor, de não prejudicar os interesses dos sujeitos participantes de uma relação jurídica

creditória<sup>113</sup>. Neste mesmo sentido, Teresa Negreiros preceitua que essa oponibilidade do contrato traduz-se na obrigação de não fazer, imposta àquele que conhece o conteúdo do contrato, embora dele não seja parte<sup>114</sup>.

Transpondo o conceito doutrinário de função social dos contratos para a relação de consumo existente entre beneficiários e operadoras planos de saúde, observa-se a aplicação do princípio do equilíbrio das relações na Súmula 469 do Superior Tribunal de Justiça<sup>115</sup>, que determina a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde.

Referida constitucionalização também foi observada no Código de Defesa do Consumidor que trouxe elementos para defesa do consumidor em juízo ou fora dele, tais como penalidades aos fornecedores que descumprem contratos, a possibilidade de declaração de nulidade de cláusulas contratuais, o dever legal de inversão do ônus da prova em favor do consumidor considerado hipossuficiente em juízo, buscando equalizar a relação de consumo entre sujeitos de direito. Foi esse *Códex* que contemplou de maneira explícita a boa-fé (conceituar), primeiro em seu artigo 4º, III e depois no artigo 51, IV como uma cláusula geral que estabelece deveres anexos às relações contratuais, ao proibir o emprego de cláusulas abusivas nos contratos de consumo.

A boa-fé, embora não definida em lei, pode ser definida como uma regra de conduta dentro de padrões de lealdade, confiança e observância de determinados deveres às partes contratantes. Em suma, a boa-fé é definida como aquele comportamento que se espera que o outro manifeste em suas relações sociais, comprometendo-se para garantia do resultado almejado entre as partes. Teresa Negreiros a define como

▲ um dever de conduta contratual ativo, e não um estado psicológico experimentado pela pessoa do contratante/ obriga a um certo comportamento, ao invés de outro, obriga a colaboração, não se satisfazendo com a mera abstenção, tampouco de limitando a função de justificar o gozo de benefícios que, em princípio não se destinariam aquela pessoa. (...) a boa-fé objetiva atua como eixo comum de diversas teorias que vem se difundindo seja na formulação de critérios de interpretação-

Formatado: Cor da fonte: Automática

<sup>113</sup> TEPEDINO, Gustavo. Notas Sobre a Função Social dos Contratos. In TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Edson Luís. (ceerds.coord.). **O Direito e o Tempo**: Embates Jurídicos e Utopias Contemporâneas: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 398.

<sup>114</sup> NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 265.

<sup>115</sup> Súmula 469, do STJ: "Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde".

integração do contrato seja para impor a criação de deveres no contexto da relação contratual, ou para limitar o exercício de direitos<sup>116</sup>.

Um contrato que realize sua função social atende ao princípio da dignidade da pessoa humana e da justiça social ressaltando as finalidades da ordem econômica disposta no artigo 170 da Constituição Federal de 1988 como a livre concorrência, a defesa do consumidor e do meio ambiente e a, redução das desigualdades, ao mesmo tempo em que promove a circulação de riquezas.

A função social do contrato não se confunde com a condição de hipossuficiência atribuída ao consumidor. Sua promoção visa tutelar interesses patrimoniais de uma das partes envolvidas no contrato, amparando igualmente sujeitos dotados de certa fragilidade, sem, contudo, ampliar a proteção dos contratantes.

O princípio da equidade ou da igualdade de tratamento fundamenta-se nos objetivos constitucionais de redução das desigualdades sociais ao mesmo tempo em que busca a e da igualdade material; e fornecendo mecanismos para revisão contratual, ao mesmo tempo em que protege indivíduos desiguais garantindo-lhes igualdade negocial e a exigibilidade de prestações positivas do Estado para proteção dos indivíduos contra atos atentatórios aos direitos fundamentais.

Nesse sentido, o Código de Defesa do Consumidor é instrumento de materialização da almejada igualdade e da não discriminação do consumidor nas relações de consumo, funcionando como um sistema limitador da autonomia das partes e garantidor da equidade contratual, atendendo as expectativas dos consumidores e a igualdade substancial das partes ao consagrar elementos capazes de impedir toda forma de discriminação.

### 3.3.2 Instrumentos de Proteção Contratual contra Discriminação

A proteção contra discriminação já consagrada no direito brasileiro torna eficaz o mandado de tratamento igualitário às pessoas ao dispor de instrumentos de proteção ao consumidor. Antes considerados absolutos, o princípio da liberdade de contratar e da autonomia da vontade foram relativizados para dar cumprimento a

<sup>116</sup> NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato**: Novos Paradigmas. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 130.

determinados comandos existentes na relação jurídica estabelecida entre consumidores e fornecedores.

**Formatado:** Cor da fonte: Automática

Paulo Motta Pinto destaca que

... a proteção contra a discriminação pode igualmente ter uma finalidade reportada à sociedade globalmente considerada. A manutenção da paz e da harmonia entre os membros da sociedade – entre os indivíduos e entre os grupos – e a manutenção das condições para uma formação de vontade democrática requer a integração – e não a segregação em 'condomínios' ou ghettos (ainda que em nome, ou como resultado, da defesa de uma 'opção multiculturalista'). [...] A proteção contra a discriminação tem igualmente como finalidade assegurar efectivas possibilidades de participação a indivíduos e grupos, evitando, assim, ao nível social geral, o colapso das condições para a integração social<sup>117</sup>.

Formatado: Cor da fonte: Automática

Formatado: Cor da fonte: Automática

Realizada a proposta apresentada pelo fornecedor, automaticamente ela vincula-se à publicidade contida no contrato, ocasião em que se aceita a proposta pelo consumidor, surge o dever de contratar e conseqüentemente de cumprir a obrigação nos exatos termos em que foi proposta. Em caso de descumprimento, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) prevê a possibilidade de cumprimento forçado da obrigação, abatimento proporcional do preço (art. 20, CDC) ressarcimento do valor dispendido na aquisição ou a rescisão do contrato, além da possibilidade de arbitramento de indenização por danos morais e materiais. O dever de contratar, portanto, protege o consumidor contra recusas contratuais discriminatórias e surge como uma possibilidade de igualar as partes e/ou impedir discriminações no campo das relações consumeristas, trazendo a possibilidade de indenização por recusa injustificada do cumprimento do contrato, cuja correspondência encontra-se no art. 14 da Lei 9.656/98.

A responsabilidade civil nas relações de consumo é verdadeira conquista, já que independe de aferição de culpa para gerar o dever de indenizar. Além da atribuição à responsabilidade objetiva nas relações de consumo, o Código de Defesa do Consumidor prevê a possibilidade de responsabilização a quaisquer fornecedores envolvidos na relação que compõe a cadeia de consumo. Desta forma, subsiste a responsabilidade de cada membro da cadeia para responder acerca da existência de eventual dano, vez que, a teor do artigo 7º, parágrafo único, de **CDC**aquele *Códex*, “Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo”. Neste sentido, portanto, tem-se que os contratos de plano de saúde que preveem reajuste da mensalidade em função da idade dos segurado, num típico caso de

Formatado: Fonte: Itálico

<sup>117</sup> PINTO, Paulo da Mota. Autonomia privada e discriminação: algumas notas. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 320.

discriminação indireta, os danos decorrentes dessa relação contratual independem de comprovação.

Noutro diapasão, tem-se que o fornecedor somente se exime de sua responsabilidade se provar que o fato ocorreu por culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, de acordo com o previsto no art. 14, § 3º, inciso II, daquele *Códex*. Contudo, incumbe-lhe o ônus de demonstrar que o evento danoso se verificou por caso fortuito, força maior ou por culpa exclusiva da vítima.

O Código de Defesa do Consumidor ainda previu a possibilidade de indenização por dano coletivo, notadamente obtidas por meio de ações civis públicas (art. 81, CDC), exigindo-se que os envolvidos no dano estejam ligados entre si por elementos de direito ou de fato, normalmente, relacionados a casos que envolvem discriminação indireta.

Outro elemento de proteção à discriminação nas relações de consumo é a publicidade e a oferta. A publicidade é fonte de obrigações (art. 30, CDC) para as quais se proíbe o engano e o abuso. A propaganda ou publicidade enganosa caracteriza-se pela oferta de um produto ou serviço com intuito de atrair o consumidor, mas na prática o fornecedor entrega outro de qualidade muito inferior (art. 30 e 31, CDC). Já a abusividade está relacionada a uma conduta antiética do fornecedor que atinge os valores pessoais de determinados indivíduos para incitar o desejo de consumo de determinado produto.

Ainda tratando dos elementos de proteção à discriminação nas relações de consumo, tem-se a proibição de cláusulas abusivas em contratos e de práticas abusivas em relações consumeristas. A abusividade de uma cláusula está ligada à violação do dever de boa-fé gerando um significativo desequilíbrio em desfavor do consumidor, independente da denominação atribuída. Embora não as defina, o [CDC Código de Defesa do Consumidor](#) prevê a possibilidade de declaração de nulidade dessas cláusulas, reconhecendo-se, ainda, o direito à indenização cabível. Interessa para o presente estudo a abusividade no aumento da contribuição por mudança de faixa etária em planos de saúde e seguro que normalmente obstam a continuidade do consumidor no plano.

Claudia Lima Marques traz alguns exemplos que a jurisprudência considera como cláusulas abusivas: (i) de exclusão ou limitação de responsabilidade contratual; (ii) de exclusão ou limitação de responsabilidade contratual e extracontratual; (iii) de limitação da obrigação em contratos que envolvam saúde

como: exclusão de determinadas doenças da cobertura do seguro ou plano, exclusão de determinados tratamentos, exames e limites à internação e, ainda, as que envolvem carências; (iv) de decaimento ou perda significativa das prestações pagas<sup>118</sup>, (v) venda casada; (vi) proibição do consumo de alimentos adquiridos fora da área de cinemas; (vii) imposição da responsabilidade pelo pagamento da comissão de corretagem ao consumidor; (ix) não cobertura de garantias legais por produtos estragados; dentre outras.

Note-se, contudo, que apesar das práticas e cláusulas abusivas serem repudiadas pelo ordenamento jurídico, a jurisprudência majoritária dos Tribunais Superiores não aprofunda o tema dos direitos fundamentais e sua eficácia na proteção dos direitos do consumidor, considerando abusivas cláusulas que afrontem o direito à dignidade da pessoa humana, à igualdade e a vedação à discriminação.

### 3.3.3 A Proibição de Discriminação do Idoso no Contrato de Plano de Saúde

No direito brasileiro, a proteção contra discriminação decorre diretamente da Constituição Federal de 1988. Contudo, para que possa se analisar a proibição da discriminação no direito brasileiro, exige-se a análise jurídica daquela palavra. Para José Afonso da Silva, o sentido jurídico da palavra discriminação leva em conta, entre os diversos tratamentos injustificadamente diferenciados, apenas aqueles que possuem significância social:

Por isso, os contornos da discriminação jurídica serão condizentes com os elementos constitutivos dessa política, como por exemplo, com os critérios que a legitima e as específicas finalidades perseguidas (por ex., a acentuar a garantia da dignidade ou a garantir a igualdade de chances). São essas razões que permitem que se fale com sentido de, por exemplo, uma discriminação contra fumantes, ainda que, juridicamente, o fato de fumar não justifique a incidência de regras antidiscriminatórias<sup>119</sup>.

A proibição de determinados tipos de discriminação exige do legislador a definição de parâmetros capazes de acolher o direito à igualdade de tratamento, delimitando situações de discriminação no Direito Privado consideradas permitidas, dado o caráter lícito da discriminação. Neste sentido, tem-se a discriminação positiva e a discriminação negativa. Na discriminação positiva o tratamento desigual visa

<sup>118</sup> MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6ª ed., rev., atual e ampl. São Paulo: 2006. p. 976 - 1138.

<sup>119</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito Constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 393.

proteger pessoas vulneráveis, concedendo-lhes um tratamento diferenciado, como por exemplo, a atribuição da condição de hipossuficiência ao consumidor nas relações de consumo. Na discriminação negativa o tratamento diferenciado acentua a vulnerabilidade entre as partes, criando marcas indeléveis ao seu portador, como por exemplo, aquela disseminada pelo conhecimento popular acerca da inferioridade intelectual atribuída à negros e índios que por longos Séculos serviram apenas como mão-de-obra escrava da aristocracia brasileira, cuja mácula social infelizmente persiste até os dias atuais.

A vedação contra a discriminação decorre do princípio da igualdade da proteção e da dignidade humana, tendo por finalidade evitar tratamentos desiguais que dificultem ou impeçam o livre desenvolvimento das potencialidades individuais, ou seja, da personalidade. Deste modo, portanto, tem-se que a vedação à discriminação afasta os critérios externos (gênero e espécie) na tentativa de garantir a igualdade de chances<sup>120</sup>. Tem-se, portanto, que o mandado de proteção de proibição à discriminação coloca no mesmo patamar o autor e a vítima da discriminação acabando com as diferenças entre indivíduos que a vedação à discriminação visa proteger, pois desconsidera suas desigualdades.

O comando constitucional de proibição à discriminação sobrepõe-se, portanto, à liberdade de contratação. Nesse sentido, Ariadna A. Rull aponta o entendimento de Hans Nipperdey ao justificar a eficácia imediata horizontal da norma que proíbe a discriminação.

Sin embargo, como el derecho de la víctima de la discriminación choca con la libertad de contratación del discriminador, que le garantiza la posibilidad de elegir libremente con quién establece relaciones comerciales, habrá que ponderar ambos principios<sup>121</sup>.

Na sequência, Ariadna explica que a teoria desenvolvida por Nipperdey da eficácia direta dos direitos fundamentais é criticada por Günther Dürig e Canaris ao se concluir que referida teoria poderia cair no paternalismo ao eliminar a possibilidade de que os particulares renunciem aos seus direitos, conduzindo a abolição da autonomia privada e conseqüentemente a noção em si de liberdade<sup>122</sup>.

<sup>120</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros. 2003, p. 395.

<sup>121</sup> RULL, Ariadna Aguilera. **Contratación y diferencia** Prohibiciones de discriminación por sexo y origen étnico en el acceso a bienes y servicios disponibles al público. p. 25.

<sup>122</sup> Idem, p. 30.

Os critérios considerados aceitáveis e repudiáveis utilizados para se definir a discriminação e suas possibilidades devem levar em consideração a proporcionalidade. Neste sentido Rosalice Fidalgo Pinheiro leciona que

Trata-se, portanto, de um comportamento que se dirige contra um grupo ou coletivo de pessoas, e cuja proibição não visa apenas evitar a exclusão do acesso à prestação, mas proteger a integridade dos membros do grupo<sup>123</sup>.

Contudo, no direito brasileiro, segundo José Afonso da Silva, a proteção jurídica contra discriminações é ainda muito pautada na proteção individual, sendo realizada por meio de normas não voltadas diretamente à vedação da discriminação<sup>124</sup>.

Segundo Jorge Cesa Ferreira da Silva, no direito brasileiro há um catálogo aberto de sinais protegidos contra discriminação, ou seja, aquilo que é levado em consideração na tomada de decisões, embora existam modalidades vedadas de discriminação facilmente identificáveis<sup>125</sup>. Esse catálogo aberto de sinais favorece a utilização de outros critérios para complementá-lo; conforme explica Jorge Cesa:

...pode-se cogitar a utilização do critério preconceito, expressamente referido pelo art. 3º, IV ao lado da ideia da discriminação, como elemento definidor. Ainda que preconceito e discriminação sejam conceitos só parcialmente conectados, o preconceito é capaz de estabelecer um critério material de escolha, além de ter a vantagem de pressupor a existência de um determinado grau de significado social para que o específico sinal seja incluído na lista<sup>126</sup>.

Na discriminação direta o indivíduo recebe tratamento menos favorável ao que possa ser dado a outrem em situação comparável, não havendo elementos que possam justificar a diferença de tratamento. O foco da vedação encontra-se, sobretudo na proteção ao indivíduo<sup>127</sup>.

A discriminação indireta é definida pela adoção de critérios aparentemente neutros que colocam a pessoa em situação de desvantagem comparativamente às

<sup>123</sup> PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **A proibição de discriminação nos contratos no direito brasileiro em face da experiência europeia**. Revista Direitos Fundamentais e Justiça. Porto Alegre: PUCRS, ano 8, n. 28, p. 52-81, Jul-Set/2014, p. 61.

<sup>124</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 402.

<sup>125</sup> SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **A proteção contra discriminação no direito contratual brasileiro**. In: SARLET, Ingo W. *Direitos Fundamentais e Direito Privado: uma perspectiva de direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 399.

<sup>126</sup> SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A Proteção Contra Discriminação no Direito Contratual Brasileiro*. In: SARLET, Ingo W. (org.). **Direitos Fundamentais e Direito Privado: Uma perspectiva de direito comparado**. Coimbra: Editora Almedina, 2007. p.399.

<sup>127</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 402.

demais. A utilização de critérios vinculados à idade, à disponibilidade de exercício de uma jornada de trabalho em tempo integral, a submissão a testes de inteligência, exames de saúde, bem como a exigência de peso e altura mínimos na seleção de empregados, contratação bancária e acesso ao crédito<sup>128</sup> bem como a existência de cadastros paralelos de informações referentes ao crédito para concessão de produtos desse mercado, figuram como alguns exemplos de discriminação indireta<sup>129</sup>. Neste sentido, é que ocorrem as discriminações nos reajustes de mensalidades em contratos de planos de saúde realizados por pessoas idosas. Elas decorrem de uma ideia geral de que os idosos necessitam de maiores cuidados com a saúde fazendo com que esse grupo acabe sendo colocado em desvantagem em relação a outras pessoas de outra faixa etária na contratação com as operadoras de saúde ou durante a vigência do contrato. Embora escassas, visto que as decisões não discutem a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, aquelas que reconhecerem a discriminação indireta estão atentas à realidade social e aos

<sup>128</sup> Apesar do fim da intangibilidade salarial ocorrida no primeiro mandato do governo Lula e regulamentada pela Lei 10.820/2003, observa-se no Brasil que, na prática, o acesso ao crédito é facilitado apenas aos funcionários públicos, aposentados e pensionistas, em detrimento aos empregados da iniciativa privada sob a justificativa dos riscos de mercado e da instabilidade nas relações de emprego. Para minimizar os efeitos dessa evidente forma de discriminação indireta e seu impacto social no acesso ao crédito, a Presidência da República do Governo Dilma Roussef, estuda a possibilidade de liberar o FGTS como garantia de empréstimos consignados, na tentativa de minimizar os efeitos da crise econômico-financeira que o país vem enfrentando desde 2014 e que perdura até os dias atuais.

<sup>129</sup> Um dos maiores exemplos de discriminação indireta passou a abarrotar os Tribunais de Justiça e aguarda manifestação do Superior Tribunal de Justiça para que haja uniformização das decisões: Trata-se da manutenção pelo SERASA S/A. de um cadastro para legal chamado *Concentre Scoring*, que repassa ao sistema de dados de seus filiados no comércio, informações relativas ao histórico de pagamentos de pessoas comuns que servirão posteriormente servirão para compor sua análise de crédito das mesmas. Referida entidade repassa aos seus associados informações contidas nesse cadastro referentes a um período de doze meses, sob alegação de fins apenas estatísticos, mesmo quando tais débitos já foram quitados. As decisões de primeiro e monocráticas e de 2º Grau consideraram o *Concentre Scoring* um sistema ilegal, cujos dados estatísticos utilizados para composição do perfil e histórico do crédito, caracteriza-se pela obscuridade dos elementos que os compõem e que alimentam referido sistema, criado como uma forma de burlar direitos fundamentais, afrontando toda sistemática protetiva instituída pelo Código de Defesa do Consumidor. Para Leonardo Roscoe Bessa, a SERASA S/A., ao disponibilizar esses dados sem que o consumidor autorize ou tenha acesso aos critérios utilizados em sua elaboração, viola os direitos dos consumidores à informação e transparência dos cadastros, especificados no art. 43, § 2º, CDC, artigo 4º da Lei 12.414/11 e artigo 5º, XXXII, CF/88, além, é claro, de violar o direito de reclamar por eventuais incorreções e ilegalidades dos apontamentos constantes naquele sistema. Esta modalidade de discriminação ao chegar ao STJ, suspendeu todos processos versando acerca da natureza dos sistemas de *scoring* diante da possibilidade de violação à princípios e regras do Código de Defesa do Consumidor, por meio de decisão monocrática do Min. Paulo de Tarso, proferida no REsp n. 1.419.697-RS em 27/11/2013, sob a justificativa da grande quantidade de processos semelhantes em trâmite em todos os tribunais. Segundo o Ministro Relator: "a) a suspensão abrange todas as ações em trâmite e que ainda não tenham recebido solução definitiva; b) não há óbice para o ajuizamento de novas demandas, mas as mesmas ficarão suspensas no juízo de primeiro grau; c) a suspensão terminará com o julgamento do presente recurso repetitivo".

princípios do Estado Democrático de Direito, dentre os quais, a busca pela igualdade material das partes.

Claudia Lima Marques afirma que a interpretação assegurada pela jurisprudência brasileira, sob análise do Código de Defesa do Consumidor, é favorável aos consumidores nos contratos de seguro, planos de saúde, planos funerários e previdência privada, ao presumir sua boa-fé subjetiva, o que originou o entendimento jurisprudencial das Súmulas 302, 229, 61 e 31, todas do STJ:

Os contratos de saúde foram responsáveis por uma grande evolução jurisprudencial no sentido de conscientização da necessidade de um direito dos contratos mais social, mais comprometido com a equidade e boa-fé e menos influenciado pelo dogma da autonomia da vontade, até chegarmos à Súmula 302, STJ: "É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita o tempo de internação do segurado"<sup>130</sup>.

O art. 3º da Constituição Federal de 1988 ao exigir uma proibição de discriminação por meio da aplicação direta dos direitos fundamentais - cuja tarefa de extinguir as discriminações foi expressamente atribuída ao Estado - tem exigido que o Judiciário manifeste-se acerca da extensão e eficácia de direitos aparentemente colidentes, devido à aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Ao contrário das ações julgadas contra o SERASA S/A. que suscitam a defesa e proteção do consumidor enquanto direito fundamental, as ações que pleiteiam o afastamento de cláusulas que impõem aos consumidores idosos o reajuste da mensalidade em função da idade apenas declaram a nulidade de cláusulas consideradas abusivas com base no Código de Defesa do Consumidor sem aprofundarem a reflexão acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Não que aquelas façam esse aprofundamento acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: elas apenas reconhecem que o dever de boa-fé objetiva afastando o caráter inquisitório na construção da informação odiosa que viola os direitos fundamentais para sua elaboração.

As situações de discriminação infelizmente são corriqueiras nas relações jurídicas, embora não se encontre uma motivação para diferenciação das partes. O texto constitucional não possui um rol exaustivo ao apontar fatores de discriminação, nesse sentido o art. 3º, inciso IV, CF, que dispõem "e quaisquer outras formas de discriminação" e o art. 5º, inciso, XLI, CF, "qualquer discriminação atentatória a

<sup>130</sup> MARQUES, Claudia Lima Marques. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6ª ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006 2005, p. 470.

direitos fundamentais”, dos quais se pode inferir a possibilidade de inclusão de valores constitucionais socialmente relevantes, em que se verifica uma vinculação entre a proibição de discriminação e o princípio democrático.

Segundo Rosalice Fidalgo Pinheiro isso ocorre porque no Direito Brasileiro há apenas um princípio implícito de proibição de discriminação no Direito Privado que remete exatamente aquele catálogo aberto de sinais que não alcança os casos de discriminação indireta revelando-se menos democrático que o Direito europeu<sup>131</sup>.

Segundo Ariadna Rull, o problema da discriminação decorre da não participação ativa de determinados grupos na configuração dos sistemas políticos e jurídicos aos quais deveriam ter sido integrados.

Sólo puede darse respuesta a la discriminación garantizando la inclusión de los colectivos excluidos, garantizando su participación activa en la comunidad, tendiendo a un ideal de justicia participativa. Los textos constitucionales sí conocen ese ideal de justicia y lo imponen al establecer el principio democrático. Sin embargo, justamente al actuar como límite a ese principio, al establecer un catálogo de derechos fundamentales que vinculan al legislador democrático, entran en una contradicción, que se hace patente en el derecho a no ser discriminado. No ser discriminado supone justamente ser tenido en cuenta también como autor, en la definición de esos derechos<sup>132</sup>.

Formatado: Fonte: Não Itálico

As relações entre consumidores e operadoras de planos de saúde demonstram que os custos para manutenção de saúde de seus beneficiários não são diluídos ao longo do contrato, concentrando-se no intervalo posterior ~~de~~ aos 59 anos. Apesar da estipulação infraconstitucional de vedação ao reajuste de mensalidades de planos de saúde em decorrência de idade, essa prática é muito comum no mercado em razão da suposto risco de inviabilidade do plano.

Dentre as ações propostas pelo Estatuto do Idoso, a proibição de cobrança pelos planos de saúde de valores diferenciados para maiores de 60 anos, baseia-se em sua fragilidade econômica. Segundo gestores dos planos de saúde, a eliminação da discriminação etária nos planos de saúde resulta no seu encarecimento, pois os aumentos dos custos decorrentes do envelhecimento dos segurados passarão a ser compartilhados com os demais participantes dos planos. Nesse mesmo sentido, a ANS estabeleceu no artigo 3º da Resolução 63 de 2003, que estabelece que o valor

<sup>131</sup> PINHEIRO, Rosalice Pinheiro *apud* SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. A proibição de discriminação nos contratos no direito brasileiro em face da experiência europeia. **Revista Direitos Fundamentais e Justiça**, Porto Alegre: PUCRS, v. 8, n. 28, p. 52-81, jul/set. 2014, p. 67.

<sup>132</sup> RULL, Ariadna Aguilera. **Contratación y diferencia**: Prohibiciones de discriminación por sexo y origen étnico en el acceso a bienes y servicios disponibles al público. Tese (Doutorado em Direito), Departament de Dret, Universitat Pompeu Fabra, Espanha, 2010, p. 59.

fixado para a última faixa etária não poderá ser superior a seis vezes o valor da primeira faixa etária<sup>133</sup>.

A jurisprudência brasileira dos Tribunais Superiores volta-se para os contratos de consumo aplicando a incidência do direito fundamental à igualdade de tratamento nas relações contratuais, especialmente nas ações que versam sobre o reajuste de mensalidades em contratos de planos de saúde vinculados à idade do segurado.

RECURSO INOMINADO. PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE EM DECORRÊNCIA DA MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. VIOLAÇÃO AO ESTATUTO DO IDOSO. NULIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL. RESTITUIÇÃO DOS VALORES COBRADOS A MAIOR. PRESCRIÇÃO DECENAL. APLICAÇÃO DO ART. 205 DO CÓDIGO CIVIL. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. 1. O Estatuto do Idoso, por se tratar de norma de ordem pública, é aplicável inclusive aos contratos de planos de saúde entabulados antes de sua entrada em vigor. 2. Por força do disposto no artigo 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor, impõe-se o reconhecimento da nulidade das cláusulas de plano de saúde que permitem o reajuste das mensalidades com base na faixa etária do associado, porquanto contrariam manifestamente a norma inserta no artigo 15, § 3º do Estatuto do Idoso. Recurso da autora provido. Recurso do réu desprovido.

1. O Estatuto do Idoso, por se tratar de norma de ordem pública, é aplicável inclusive aos contratos de planos de saúde entabulados antes de sua entrada em vigor. 2. Por força do disposto no artigo 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor, impõe-se o reconhecimento da nulidade das cláusulas de plano de saúde que permitem o reajuste das mensalidades com base na faixa etária do associado, porquanto contrariam manifestamente a norma inserta no artigo 15, § 3º do Estatuto do Idoso. Recurso da autora provido. Recurso do réu desprovido. (TJPR, RI nº 0005448-30.2015.8.16.0026, 2ª Turma Recursal, Rel. Marcelo de Resende Castanho, pub. em 19/11/2015).

De igual modo, o STJ tem reconhecido a aplicabilidade do disposto no artigo 15, § 3º do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003) que veda a discriminação do idoso nos contratos de plano de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade. Neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE PELA FAIXA ETÁRIA. ÍNDOLE ABUSIVA. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS 5 E 7/STJ. DECISÃO MANTIDA.

1. "O reajuste de mensalidade de plano de saúde em razão da mudança de faixa é admitido, desde que esteja previsto no contrato, não sejam aplicados percentuais desarrazoados, com a finalidade de impossibilitar a permanência da filiação do idoso, e seja observado o princípio da boa-fé

<sup>133</sup> Resolução Normativa - nº 63 de, 22 de dezembro de 2003: Define os limites a serem observados para adoção de variação de preço por faixa etária nos planos privados de assistência à saúde contratados a partir de 1º de janeiro de 2004. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=NzQ4>>. Acesso em: 11 FevFev. 2016.

objetiva" (EDeI no AREsp 194.601/RJ, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 26/8/2014, DJe de 9/9/2014).

2. Sempre que o consumidor segurado perceber abuso no aumento de mensalidade de seu seguro de saúde, em razão de mudança de faixa etária, poderá questionar a validade de tal medida, cabendo ao Judiciário o exame da exorbitância, caso a caso.

3. No presente caso, o Tribunal de origem, examinando o acervo fático-probatório dos autos, concluiu que o reajuste aplicado foi exorbitante e desproporcional. Alterar tal conclusão é inviável em recurso especial, ante o óbice das Súmulas 5 e 7 do STJ.

4. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ, AgRg no AREsp 60268 / RS, 4ª Turma, Rel. Ministro Raul Araújo, pub. DJe 23/02/2015).

Neste mesmo sentido, contudo, de modo mais abrangente ao se contemplar no bojo do acórdão o direito à vida, à dignidade e ao bem-estar de pessoas idosas e a necessidade de interpretação da legislação infraconstitucional de acordo com os princípios constitucionais, julgado do STJ:

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CLÁUSULA DO CONTRATO DE SEGURO SAÚDE QUE PREVÊ A VARIÇÃO DOS PRÊMIOS POR MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA REFORMADA PELO ACÓRDÃO ESTADUAL, AFASTADA A ABUSIVIDADE DA DISPOSIÇÃO CONTRATUAL. INSURGÊNCIA DA SEGURADA.

Ação ajuizada por beneficiária de plano de saúde, insurgindo-se contra cláusula de reajuste em razão da mudança de faixa etária. Contrato de seguro de assistência médica e hospitalar celebrado em 10.09.2001 (fls. e-STJ 204/205), época em que a segurada contava com 54 (cinquenta e quatro) anos de idade. Majoração em 93% (noventa e três por cento) ocorrida 6 (seis) anos depois, quando completados 60 (sessenta) anos pela consumidora. Sentença de procedência reformada pelo acórdão estadual, segundo o qual possível o reajuste por faixa etária nas relações contratuais inferiores a 10 (dez) anos de duração, máxime quando firmadas antes da vigência da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso).

1. Incidência do Estatuto do Idoso aos contratos anteriores à sua vigência. O direito à vida, à dignidade e ao bem-estar das pessoas idosas encontra especial proteção na Constituição da República de 1988 (artigo 230), tendo culminado na edição do Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003), norma cogente (imperativa e de ordem pública), cujo interesse social subjacente exige sua aplicação imediata sobre todas as relações jurídicas de trato sucessivo, a exemplo do plano de assistência à saúde. Precedente.

2. Inexistência de antinomia entre o Estatuto do Idoso e a Lei 9.656/98 (que autoriza, nos contratos de planos de saúde, a fixação de reajuste etário aplicável aos consumidores com mais de sessenta anos, em se tratando de relações jurídicas mantidas há menos de dez anos). Necessária interpretação das normas de modo a propiciar um diálogo coerente entre as fontes, à luz dos princípios da boa-fé objetiva e da equidade, sem desamparar a parte vulnerável da contratação.

2.1. Da análise do artigo 15, § 3º, do Estatuto do Idoso, depreende-se que resta vedada a cobrança de valores diferenciados com base em critério etário, pelas pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, quando caracterizar discriminação ao idoso, ou seja, a prática de ato tendente a impedir ou dificultar o seu acesso ao direito de contratar por motivo de idade.

2.2. Ao revés, a variação das mensalidades ou prêmios dos planos ou seguros saúde em razão da mudança de faixa etária não configurará ofensa ao princípio constitucional da isonomia, quando baseada em legítimo fator

distintivo, a exemplo do incremento do elemento risco nas relações jurídicas de natureza securitária, desde que não evidenciada a aplicação de percentuais desarrazoados, com o condão de compelir o idoso à quebra do vínculo contratual, hipótese em que restará inobservada a cláusula geral da boa-fé objetiva, a qual impõe a adoção de comportamento ético, leal e de cooperação nas fases pré e pós pactual.

2.3. Consequentemente, a previsão de reajuste de mensalidade de plano de saúde em decorrência da mudança de faixa etária de segurado idoso não configura, por si só, cláusula abusiva, devendo sua compatibilidade com a boa-fé objetiva e a equidade ser aferida em cada caso concreto. Precedente: REsp 866.840/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Rel. p/ Acórdão Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 07.06.2011, DJe 17.08.2011.

3. Em se tratando de contratos firmados entre 02 de janeiro de 1999 e 31 de dezembro de 2003, observadas as regras dispostas na Resolução CONSU 6/98, o reconhecimento da validade da cláusula de reajuste etário (aplicável aos idosos, que não participem de um plano ou seguro há mais de dez anos) dependerá: (i) da existência de previsão expressa no instrumento contratual; (ii) da observância das sete faixas etárias e do limite de variação entre a primeira e a última (o reajuste dos maiores de setenta anos não poderá ser superior a seis vezes o previsto para os usuários entre zero e dezessete anos); e (iii) da inexistência de índices de reajuste desarrazoados ou aleatórios, que onerem excessivamente o consumidor, em manifesto confronto com a cláusula geral da boa-fé objetiva e da especial proteção do idoso conferida pela Lei 10.741/2003.

4. Na espécie, a partir dos contornos fáticos delineados na origem, a segurada idosa participava do plano há menos de dez anos, tendo seu plano de saúde sido reajustado no percentual de 93% (noventa e três por cento) de variação da contraprestação mensal, quando do implemento da idade de 60 (sessenta) anos. A celebração inicial do contrato de trato sucessivo data do ano de 2001, cuidando-se, portanto, de relação jurídica submetida à Lei 9.656/98 e às regras constantes da Resolução CONSU 6/98.

4.1. No que alude ao atendimento aos critérios objetivamente delimitados, a fim de se verificar a validade do reajuste, constata-se: (i) existir expressa previsão do reajuste etário na cláusula 14.2 do contrato; e (ii) os percentuais da primeira e da última faixa etária restaram estipulados em zero, o que evidencia uma considerável concentração de reajustes nas faixas intermediárias, em dissonância com a regulamentação exarada pela ANS que prevê a diluição dos aumentos em sete faixas etárias. A aludida estipulação contratual pode ocasionar - tal como se deu na hipótese sob comento -, expressiva majoração da mensalidade do plano de saúde por ocasião do implemento dos sessenta anos de idade do consumidor, impondo-lhe excessivo ônus em sua contraprestação, a tornar inviável o prosseguimento do vínculo jurídico.

5. De acordo com o entendimento exarado pela Quarta Turma, quando do julgamento do Recurso Especial 866.840/SP, acerca da exegese a ser conferida ao § 3º do artigo 15 da Lei 10.741/2003, "a cláusula contratual que preveja aumento de mensalidade com base exclusivamente em mudança de idade, visando forçar a saída do segurado idoso do plano, é que deve ser afastada".

5.1. Conforme decidido, "esse vício se percebe pela ausência de justificativa para o nível do aumento aplicado, o que se torna perceptível sobretudo pela demasia da majoração do valor da mensalidade do contrato de seguro de vida do idoso, comparada com os percentuais de reajustes anteriormente postos durante a vigência do pacto. Isso é que compromete a validade da norma contratual, por ser ilegal, discriminatória".

5.2. Na hipótese em foco, o plano de saúde foi reajustado no percentual de 93% (noventa e três por cento) de variação da contraprestação mensal, quando do implemento da idade de 60 (sessenta) anos, majoração que, nas

circunstâncias do presente caso, destoam significativamente dos aumentos previstos contratualmente para as faixas etárias precedentes, a possibilitar o reconhecimento, de plano, da abusividade da respectiva cláusula.

6. Recurso especial provido, para reconhecer a abusividade do percentual de reajuste estipulado para a consumidora maior de sessenta anos, determinando-se, para efeito de integração do contrato, a apuração, na fase de cumprimento de sentença, do adequado aumento a ser computado na mensalidade do plano de saúde, à luz de cálculos atuariais voltados à aferição do efetivo incremento do risco contratado. (STJ, REsp 1280211/SP, 2ª Seção, Rel. Min. Marco Buzzi, pub. DJe 04/09/2014).

As decisões aqui reproduzidas demonstram que os Tribunais resolvem os casos de discriminação sem aprofundar a extensão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, atendo-se, apenas, aos instrumentos oferecidos pelo Direito Privado, tais como declaração de nulidade de cláusula considerada abusiva e a revisão de cláusulas contratuais. O afastamento dos fundamentos constitucionais das decisões proferidas pelos Tribunais Superiores viola dentre diversos princípios o da dignidade da pessoa humana oferecendo uma proteção mitigada contra discriminação nos contratos, o que deveria acentuar o papel hermenêutico do intérprete na incidência do direito à igualdade de tratamento nas relações privadas.

A delimitação dos direitos fundamentais no Direito Privado demarcaria a tênue relação entre liberdade e autonomia privada atendendo-se nos casos concretos as expectativas dos consumidores e a almejada igualdade substancial das partes, impedindo toda forma de discriminação.

O reconhecimento da dignidade da pessoa humana como princípio basilar do Estado Democrático de Direito e qualidade peculiar e insubstituível do indivíduo confirma-se pela igualdade de tratamento. Sob essa ótica, o Código de Defesa do Consumidor revela-se como uma ferramenta constitucionalmente valorada na busca da igualdade e da não discriminação do consumidor na relação de consumo.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Formatado: Cor da fonte: Automática

Essa ~~pesquisa~~ ~~artigo~~ abordou os argumentos e os reflexos apresentados como obstáculos à realização do direito social à saúde em contratos realizados por idosos, já que o Estado Democrático de Direito consagrou a efetividade dos direitos e garantias previstos na Constituição.

A evolução das relações sociais fez com que os direitos fundamentais passassem por uma mutabilidade na tentativa de se ampliar a proteção atribuída aos indivíduos e à sociedade, mediante reconhecimento da eficácia destes direitos também no âmbito das relações privadas. Concebidos em um primeiro momento como direitos apenas de defesa do indivíduo frente ao poder estatal, os direitos estatais ganharam um novo enfoque e dimensão, diante do reconhecimento que as violações aos direitos fundamentais poderiam também decorrer de atos praticados por particulares.

O contrato passou a revestir-se de novos valores sociais, cuja interpretação deve ser feita ~~à~~ guisa dos valores e princípios constitucionais para equilíbrio das relações contratuais, transmutando os institutos de Direito Privado. Nesse sentido, o Código de Defesa do Consumidor inseriu inúmeras restrições à liberdade contratual possibilitando ao consumidor uma maior proteção, inclusive quanto à vulnerabilidade que lhe é atribuída, efetivando a busca por uma sociedade mais justa, livre e solidária em que o acesso ao mercado de consumo passou a compor o mínimo existencial dos indivíduos.

A liberdade foi mitigada decorrendo daí suas feições positivas e negativas, dentre as quais a liberdade contratual, ~~e~~ ~~A~~ extensão do direito de não contratar e seus reflexos que podem ser considerados discriminatórios, ao mesmo tempo em que podem legitimar a defesa das partes envolvidas na relação negocial, justificando-se o exercício dos direitos fundamentais.

A análise dos casos de discriminação nas relações de consumo pelo Judiciário pauta-se muito mais na legislação infraconstitucional e nos instrumentos do Direito Privado do que no princípio da igualdade de tratamento ou da vedação à discriminação, confirmando a inexistência de um dever geral ~~de~~ proibição de discriminação no direito brasileiro, ao contrário do que ocorre na Comunidade Europeia. Neste mesmo sentido, observa-se um vácuo jurisprudencial acerca de questões que envolvam a obrigação de contratação, uma vez que referida exigência

imposta ao fornecedor desconsideraria o princípio da autonomia da vontade (constitucionalmente consagrado) ao mesmo tempo em que retiraria o caráter lícito das discriminações ao impor ao contratado o dever de contratar. Esse comportamento levaria à extinção de critérios legais e válidos criados para minimizar os efeitos da desigualdade nas relações privadas, acarretando uma renúncia tácita do contratado ou fornecedor do exercício do seu direito à liberdade, retirando-se um dos critérios da dimensão positiva do direito à igualdade que é o respeito às minorias e suas diferenças. O exercício do direito a igualdade pressupõe o respeito às minorias bem como que o Estado comprometa-se no fornecimento de instrumentos capazes de reduzir essas diferenças, atingindo os objetivos do Estado Democrático de Direito.

A Constituição, ao ser aplicada nas relações privadas de maneira direta, exige do magistrado a interpretação de conflitos de direitos fundamentais à luz da tábua axiológica que imanta o ordenamento jurídico e resulta na preceituação de novos valores como da dignidade da pessoa humana, solidariedade social e isonomia, elevando-se o discurso da extensão da eficácia dos direitos fundamentais às relações sociais.

A crítica acerca da não delimitação da eficácia do direito à saúde em contratos particulares permitiu incursões acerca dos desafios do constitucionalismo, pautadas na prática judicial e dos possíveis limites à própria eficácia dos direitos. A força normativa das normas constitucionais bem como a extensão da eficácia dos direitos fundamentais, em especial da saúde, tem sido comumente suscitada no âmbito dos tribunais nacionais devido à dificuldade de reconhecer-se a dimensão prestacional no direito à saúde no âmbito das relações jurídicas privadas e as implicações decorrentes do seu exercício. Neste sentido, a análise das teorias acerca da eficácia dos direitos fundamentais demonstrou que o ordenamento pátrio não fugiu à tradição legalista de regulamentar as disposições previstas em sede constitucional, mitigando – ou refutando – a eficácia imediata e plena dos direitos fundamentais. O legislador ao reproduzir o que já foi dito ou previsto na Constituição, retirou dos magistrados a tarefa de interpretar os princípios constitucionais e sua extensão, bem como a aplicação destes no caso concreto.

De igual modo, buscou-se refletir acerca das consequências do reconhecimento da eficácia direta do direito fundamental à saúde no âmbito das relações privadas que pode trazer como consequências a afronta direta ao princípio

da liberdade e autonomia da vontade, em decorrência de um ônus público transferido indevidamente aos particulares.

De modo breve e objetivo devido à imensidão e complexidade em torno do tema, optou-se por um recorte que viabilizasse a proteção e a eficácia do direito fundamental à saúde do consumidor idoso, justificando-se a divisão utilizada nesta pesquisa, concluindo-se pela ausência de um conceito uníssono do conteúdo do conceito do idoso. Ao identificar um indivíduo como "idoso", além de se determinar seu ponto de vida orgânico, situa-os em diversas esferas da vida social ao mesmo tempo em que muitas vezes simplifica a heterogeneidade existente no grupo, colocando no mesmo patamar, inclusive, aqueles que rejeitam esse status. É exatamente a classificação dos idosos como um grupo homogêneo que faz disseminar na cultura popular a proximidade desse grupo com a morte, priorizando-os dentre as políticas públicas.

~~-artigo-~~

A prestação de serviços públicos essenciais, bem como sua realização por particulares que assegurem uma vida digna aos indivíduos, busca tornar ~~eficaz os direitos sociais, observando-se a indissociação da vinculação do direito à vida ao direito à saúde evidenciando que o presente trabalho não esgota a análise de todo o tema~~eficazes os direitos sociais, observando-se a indissociação da vinculação do direito à vida, ao direito à saúde, evidenciando que o presente trabalho não esgota a análise de todo o tema, mas pretende contribuir para soluções conciliatórias entre a normatividade e a eficácia do direito fundamental à saúde resguardando as bases do Estado Democrático de Direito.

Formatado: Fonte: Itálico

## REFERÊNCIAS

ALEGRE, Marcelo; GARGARELLA (Coords-Coord.). **El Derecho a la Igualdade**: aportes para un constitucionalismo igualitario. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2007.

Formatado: Justificado

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

ANDRADE, José Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

ARIÈS, Philippe; CHARTIER, Roger (Coords.). **História da vida privada, 3: da Renascença ao Século das Luzes**. Trad. Hildegard Feist. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

BALDI, César Augusto (Org.). Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita. In: PIOVESAN, Flávia. **A universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos: desafios e perspectivas**. São Paulo: Renovar, 2004. p. 45-71.

BARLETTA, Fabiana Rodrigues. **O direito à saúde da pessoa idosa**. São Paulo: Saraiva: 2010.

BASTIDE, Paul Arbousse. A ideia do tempo e o envelhecimento. In: **Revista da Terceira Idade**. São Paulo: SESC, Ano X, nº 16, p. 3-10, 1999. Disponível em: <[http://www.sescsp.org.br/online/artigo/8144\\_A+IDEIA+DO+TEMPO+E+O+ENVELHIMENTO#/tagcloud=lista](http://www.sescsp.org.br/online/artigo/8144_A+IDEIA+DO+TEMPO+E+O+ENVELHIMENTO#/tagcloud=lista)>. Acesso em: 14/12/2015.

Código de campo alterado

Formatado: Cor da fonte: Automática

Formatado: Cor da fonte: Automática

BESSA, Leonardo Roscoe. **O consumidor e os limites dos Bancos de dados de proteção ao crédito**. São Paulo: RT, 2003.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 10 Out 2015. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, DO de 05 Out 1988, p. 1.

Código de campo alterado

Formatado: Cor da fonte: Automática

Formatado: Cor da fonte: Automática

BRASIL. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, D.O. de 12 Set 1990, Seção 1. Suplemento. p. 1. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm)>. Acesso em: 20 Dez. 2014.

Código de campo alterado

Formatado: Cor da fonte: Automática

Formatado: Cor da fonte: Automática

BRASIL. Lei 12.414, de 09 de Junho de 2011. Disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplimento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, RJ, (D.O.U.) de 10 ~~Jun~~Jun. 2011, Seção 1, Página 2 (Publicação Original). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ Ato2011-2014/2011/Lei/L12414.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2011-2014/2011/Lei/L12414.htm)>. Acesso em: 15 ~~Fev~~Fev. 2016.

Formatado: Cor da fonte: Automática

Formatado: Cor da fonte: Automática

Formatado: Cor da fonte: Automática

Código de campo alterado

Formatado: Cor da fonte: Automática

Formatado: Cor da fonte: Automática

BRASIL. Decreto 5.634 de 18 de outubro de 2006. Estabelece mecanismos e critérios a serem adotados na aplicação do disposto no art. 40 da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, RJ, (D.O.U.) de 19/10/2006, Seção 1, Página 1 (Publicação Original). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ ato2004-2006/2006/decreto/d5934.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ ato2004-2006/2006/decreto/d5934.htm)>. Acesso em: 11 ~~Fev~~Fev. 2016.

Formatado: Fonte: Não Negrito

Código de campo alterado

Formatado: Cor da fonte: Automática

Formatado: Cor da fonte: Automática

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Emenda Constitucional de 3 Set 1926. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1824-1899/constituicao-35081-24-fevereiro-1891-532699-publicacaooriginal-15017-pl.html>>. Acesso em: 09 Out 2015.

Código de campo alterado

Formatado: Cor da fonte: Automática

Formatado: Cor da fonte: Automática

BRASIL. Lei n. 9.656, de 03 de Junho de 1998. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, D.O. de 04 ~~Jun~~Jun. 1998, p. 1.

BRASIL. Medida Provisória n. 2.177-44/2001. Altera a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos privados de assistência à saúde e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, D.O. de 27 ~~Ago~~Ago. 2001. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/mpv/2177-44.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2177-44.htm)>. Acesso em: 10 Out. 2015. p. 38.

Código de campo alterado

Formatado: Cor da fonte: Automática

Formatado: Cor da fonte: Automática

BRASIL. Instrução Normativa n. 28/08 do Instituto Nacional da Seguridade Social (INSS): Estabelece critérios e procedimentos operacionais relativos à consignação de descontos para pagamento de empréstimos e cartão de crédito, contraídos nos benefícios da Previdência Social. Disponível em: <<http://www3.dataprev.gov.br/SISLEX/paginas/38/INSS-PRES/2008/28.htm>>. Acesso em: 10 Fev. 2016.

Formatado: Justificado

CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (org.) **Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. ONU. 1948. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 15 ~~Jul~~Jul. 2015.

Formatado: Cor da fonte: Automática

Formatado: Cor da fonte: Automática

Código de campo alterado

Formatado: Cor da fonte: Automática

DETOZ, Derlayne. **A hipervulnerabilidade e os direitos fundamentais do consumidor idoso no direito brasileiro.** Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito da Unibrasil. Curitiba: UniBrasil, 2011. 153 p. Disponível em: <~~www.unibrasil.com.br/.../20100724%20V43%20-%20Dissertação.pdf~~>. Acesso em: 17 ~~Jul~~Jul. 2015.

Formatado: Cor da fonte: Automática

Código de campo alterado

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito de famílias.** 9 ed. ~~revrev.~~, atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

Formatado: Justificado

~~DUQUE, Bruna Lyra; PEDRA, Adriano Sant'Ana. Os deveres fundamentais e a solidariedade nas relações privadas. In: Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 147-161, julho/dezembro de 2013.~~

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade.** Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ELIAS, Norbert. **A solidão dos moribundos, seguido de, Envelhecer e Morrer.** Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed, 2001.

FLORES, Joaquim Herrera. **Direitos Humanos, interculturalidade e racionalidade jurídica.** Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15330/13921>>. Acesso em: 09 Out. de 2015.

Código de campo alterado

GIDDENS, Anthony. **Sociologia.** Trad. Ronaldo Cataldo Costa. 6ª ed. Porto Alegre: Penso, 2012.

Formatado: Cor da fonte: Automática

GOEDERT, Rubia Carla. **A proibição de discriminação nos contratos de consumo e o direito fundamental à Defesa do consumidor.** Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito da Unibrasil. Curitiba: UniBrasil, 2013. 157 p. Disponível em: <[http://www.unibrasil.com.br/sitemestrado/pdf/dissertacoes\\_2011/15\\_rubia\\_goedert.pdf](http://www.unibrasil.com.br/sitemestrado/pdf/dissertacoes_2011/15_rubia_goedert.pdf)>. Acesso em: 17 ~~Jul~~Jul. 2015.

Código de campo alterado

GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian M. B. O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. **Revista da Faculdade de Direito de Campos,** Campos dos Goytacazes, v. 7, n. 9, Dez. 2006.

**Formatado:** Cor da fonte: Automática

~~LÔBO, Paulo Luiz Netto~~ **LÔBO, Paulo Luiz Netto.** **Constitucionalização do Direito Civil.** Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/453/r141-08.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 11 ~~Fev~~ **Fev.** 2016.

Formatado: Cor da fonte: Automática

Formatado: Cor da fonte: Automática

Código de campo alterado

Formatado: Cor da fonte: Automática

LOPES, Ruth Gelehrter da Costa. **Saúde na Velhice:** as interpretações sociais e os reflexos no uso do medicamento. São Paulo: EDUC, 2000.

MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. **A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais.** Coimbra: Almedina, 2005.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor:** o novo regime das relações contratuais. 6 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: 2006.

MARQUES, Claudia Lima. Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de ações afirmativas em contratos de planos de saúde e planos funerários frente ao consumidor idoso. *In:* SARLET, Ingo Wolfgang (~~Org~~ **Org.**). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 187-222.

MODENESI, Pedro. Função social dos contratos: questões polêmicas na doutrina e na jurisprudência do STJ. **Revista Trimestral de Direito Civil.** Rio de Janeiro, v. 10, n. 39, p. 185-208, jul./set., 2009.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato:** Novos Paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NUNES, Anelise Coelho. **Regulação e defesa do consumidor na assistência privada à saúde no Brasil sob a perspectiva dos direitos fundamentais.** Tese (doutorado em Direito), Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013, 52 p. Disponível em: <<http://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/4237/1/453611.pdf>>. Acesso em: 02 ~~Fev~~ **Fev.** 2016.

Código de campo alterado

Formatado: Cor da fonte: Automática

Formatado: Cor da fonte: Automática

Formatado: a-rodapés, Ajustar espaçamento entre texto latino e asiático, Ajustar espaçamento entre texto e números asiáticos

~~PEDRA, Adriano Sant'Ana; DUQUE, Bruna Lyra.~~ **Os deveres fundamentais e a solidariedade nas relações privadas.** *In:* **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia,** Curitiba, v. 14, n. 14, p. 147-161, jul/dez de 2013.

PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade Constitucional.** Trad. Maria Cristina De Cicco. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

Formatado: Justificado

PERROT, Michelle. **História da vida privada,** 4: da Revolução Francesa à Primeira Guerra. Trad. Denise Bottman, partes 1 e 2; Bernardo Joffily, partes 3 e 4. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

PETRY, Alexandre Torres. Mínimo Existencial e sua relação com o direito do consumidor. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo,** São Bernardo do Campo, n. 19, 2013. Disponível em:

<<http://www.ojs.fdsbc.servicos.ws/ojs/index.php/fdsbc/article/view/3>>. Acesso em: 25 Nov. 2014.

PETENATI, Ana Carolina Côrrea. **Saúde pública no brasil: direito fundamental universal à saúde e suas tensões.** *Dissertação (Mestrado em Direito)*. Programa de Pós-Graduação em Direito da Unibrasil. Curitiba: UniBrasil, 2013. 130 p. Disponível em: <[www.unibrasil.com.br/sitemestrado/\\_pdf/...2011/01\\_ana\\_petenati.pdf](http://www.unibrasil.com.br/sitemestrado/_pdf/...2011/01_ana_petenati.pdf)> . Acesso em: 17 ~~Jul~~Jul. 2015.

Formatado: Cor da fonte: Automática

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contrato e Direitos Fundamentais.** Curitiba: Juruá, 2009.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. A proibição de discriminação nos contratos no direito brasileiro em face da experiência europeia. **Revista Direitos Fundamentais e Justiça**, Porto Alegre: PUCRS, v. 8, n. 28, p. 52-81, ~~Jul~~Jul./set. 2014.

PINTO, Paulo da Mota. Autonomia privada e discriminação: algumas notas. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. Direito à velhice: A proteção Constitucional da Pessoa Idosa. *In*: **Os Novos Direitos no Brasil: natureza e perspectivas uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas**, organizadores WOLKMAR, Antonio Carlos; e LEITE, José Rubens Morato, São Paulo: Saraiva, 2013.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. (Coord.). Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. *In*: SARLET, Ingo W. **A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no Direito Constitucional Brasileiro.** São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 85-129.

ROPPO, Enzo. **O contrato.** Coimbra: Almedina, 1988.

RULL, Ariadna Aguilera. **Contratación y diferencia: Prohibiciones de discriminación por sexo y origen étnico en el acceso a bienes y servicios disponibles al público.** Tese (Doutorado em Direito), Departament de Dret, Universitat Pompeu Fabra, Espanha, 2010, 495 p. Disponível em: <[www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/31874/taa.pdf](http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/31874/taa.pdf)> .Acesso em: 02 ~~Fev~~Fev. 2016.

RUIZ, Francisco J. Infante. Igualdad, ~~diversidad~~diversidad y protección contra la ~~discriminacion~~discriminación ~~emen~~ el derecho privado. *In*: MARRERO, Mesa Carolina. Valencia: 2013, **Mujeres, contratos y empresa desde la igualdad de género.** p. 191-250.

RUIZ, Francisco J. Infante. El desarrollo de la prohibición de discriminar en el derecho de contratos y su consideración en la jurisprudência. **Revista Aranzadi De Derecho Patrimonial**, ISSN 1139-7179, n. 30, 2013~~Nº 30, 2013~~, págs. 169-197. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4233715>>. Acesso em: 10 ~~Jul~~<sup>Jul</sup>. 2014.

Código de campo alterado

Código de campo alterado

Formatado: Cor da fonte: Automática

Formatado: Cor da fonte: Automática

Código de campo alterado

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. 501 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang; NEUNER, Jörg; MONTEIRO, Antônio Pinto. (~~Org~~<sup>Org</sup>). **Direitos Fundamentais e Direito Privado**: uma perspectiva de direito comparado. Coimbra: Almedina, 2007.

SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (~~org~~<sup>org</sup>). Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres. *In*: SARLET, Ingo W. **Direitos fundamentais sociais, “mínimo existencial” e o direito privado**: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. São Paulo: Renovar, 2006, p. 551-602.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen, 2008.

SCHIER, Paulo Ricardo. Constitucionalização do direito no contexto da Constituição de 1988. *In*: CLÉVE, Clèmerson Merlin. (Org.). **Direito Constitucional Brasileiro**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, v. 1, p. 43-60.

SCHULMAN, Gabriel. **Planos de saúde**: saúde e contrato na contemporaneidade. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *In*: **Revista Eletrônica de Direito do Estado 4**, ISSN 1981-1888, v.1, nº [?], 2006, p. 23-51, Editora Renovar, 2006, p. 23-51. Disponível em: <[http://teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2006-RDE4-Conteudo\\_essencial.pdf](http://teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2006-RDE4-Conteudo_essencial.pdf)>. Acesso em: 08 Jan 2016.

Código de campo alterado

Formatado: Cor da fonte: Automática

SILVEIRA, Karyna Rocha Mendes da. **Doença preexistente nos planos de saúde**. São Paulo: Saraiva: 2009.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

SOUZA, Jessé. **A ralé brasileira**: Quem é e como vive. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2011.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. **Direitos humanos e relações jurídicas privadas**. *In*: Temas de Direito Civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.55-71.

TEPEDINO, Gustavo. Notas Sobre a Função Social dos Contratos. *In* TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Edson Luís. (~~coord.~~ coord.). **O Direito e o Tempo**: Embates Jurídicos e Utopias Contemporâneas: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

WEBER, Ricardo Henrique. **O direito fundamental de defesa do consumidor nas relações privadas**. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba, 2009, 115 p. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:W0o97HkK26YJ:www.publicadireito.com.br/artigos/%3Fcod%3Dfb09f481d40c4d3c+&cd=9&hl=pt-PT&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 02 ~~Fev~~ **Fev**. 2016.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 2. ed. rev. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.

Código de campo alterado

Formatado: Cor da fonte: Automática

Formatado: Cor da fonte: Automática