

Revista



AB **ESA**
SÃO PAULO

Revista Científica Virtual

Uma instituição de Ensino com a Marca OABSP

VERÃO 2014 ANO V Nº16



Planos de saúde

UM OLHAR PARA NOSSOS IDOSOS

DIRETORIA

Presidente: Marcos da Costa

Vice Presidente: Ivette Senise Ferreira

Secretário-Geral: Caio Augusto Silva dos Santos

Secretário-Geral Adjunto: Antonio Fernandes Ruiz Filho

Tesoureiro: Carlos Roberto Fornes Mateucci



CONSELHO SECCIONAL

Conselheiros Efetivos:

Ailton José Gimenez
Alexandre Luis Mendonça Rollo
Américo de Carvalho Filho
Anis Kfoury Junior
Anna Carla Agazzi
Antonio Carlos Delgado Lopes
Antonio Carlos Rodrigues do Amaral
Armando Luiz Rovai
Benedito Marques Ballouk Filho
Carlos Alberto Expedito de Britto Neto
Carlos Alberto Maluf Sanseverino
Carlos Fernando de Faria Kauffmann
Carlos José Santos da Silva
Carlos Roberto Faleiros Diniz
Cid Antonio Velludo Salvador
Cid Vieira de Souza Filho
Claudio Peron Ferraz
Clito Fornaciari Junior
Dijalma Lacerda
Edmilson Wagner Gallinari
Edson Cosac Bortolai
Edson Roberto Reis
Eduardo Cesar Leite
Eli Alves da Silva
Estevao Mallet
Fábio Ferreira de Oliveira
Fábio Marcos Bernardes Trombetti
Fabiola Marques
Fernando Oscar Castelo Branco
Flávio José de Souza Brando
Gilda Figueiredo Ferraz de Andrade
Helena Maria Diniz
Horácio Bernardes Neto
Jairo Haber
Jamil Gonçalves do Nascimento
Jarbas Andrade Machioni
João Baptista de Oliveira
João Carlos Pannocchia
João Carlos Rizolli
João Emilio Zola Junior
José Antonio Khattar
José Eduardo Tavolieri de Oliveira
José Fabiano de Queiroz Wagner
José Maria Dias Neto
José Paschoal Filho
José Tarcísio Oliveira Rosa
Laerte Soares
Livio Enescu
Luiz Donato Silveira
Luiz Fernando Afonso Rodrigues
Luiz Silvio Moreira Salata
Manoel Roberto Hermida Ogando
Marcio Aparecido Pereira
Marcio Cammarosano
Marco Antonio Pinto Soares Junior
Marco Aurélio Vicente Vieira
Martim de Almeida Sampaio
Mauricio Januzzi Santos
Maurício Silva Leite
Moirá Virginia Huggard-Caine
Odinei Rogério Bianchin
Odinei Roque Assarisse
Paulo José Iasz de Moraes
Raimundo Taraskevicius Sales
Ricardo Cholbi Tepedino
Ricardo Lopes de Oliveira
Ricardo Luiz de Toledo Santos Filho
Ricardo Rui Giuntini
Roberto Delmanto Junior
Rosângela Maria Negrão
Rui Augusto Martins
Sergio Carvalho de Aguiar Vallim Filho
Sidnei Alzidio Pinto
Umberto Luiz Borges D'Urso
Uriel Carlos Aleixo

Conselheiros Suplentes:

Adriana Bertoni Barbieri
Adriana Galvão Moura Abílio
Aecio Limieri de Lima
Aleksander Mendes Zakimi
Alessandro de Oliveira Brecailo
Alexandre Trancho
Aluisio de Fátima Nobre de Jesus
André Simões Louro
Antonio Carlos Roselli
Antonio Elias Sequini
Antonio Jorge Marques
Antonio Ricardo da Silva Barbosa
Aristeu José Marciano
Arlei Rodrigues
Arles Gonçalves Junior
Benedito Alves de Lima Neto
Braz Martins Neto
Cesar Marcos Klouri
Charles Isidoro Gruenberg
Claudio Henrique Bueno Martini
Clemencia Beatriz Wolthers
Coriolano Aurelio de A Camargo Santos
Dirceu Mascarenhas
Domingos Sávio Zainaghi
Douglas José Gianoti
Eder Luiz de Almeida
Edivaldo Mendes da Silva
Eunice Aparecida de Jesus Prudente
Euro Bento Maciel Filho
Fábio Antonio Tavares dos Santos
Fábio Dias Martins
Fábio Guedes Garcia da Silveira
Fábio Mourão Antonio
Fernando Calza de Salles Freire
Flávio Pereira Lima
Francisco Gomes Junior
Frederico Crissiúma de Figueiredo
George Augusto Niaradi
Glaudecir José Passador
Henri Dias
Janaina Conceição Paschoal
José Meirelles Filho
José Nelson Aureliano Menezes Salerno
José Pablo Cortes
José Roberto Manesco
José Vasconcelos
Judileu José da Silva Junior
Julio Cesar da Costa Caires Filho
Katia Boulos
Lucia Maria Bludeni
Luis Cesar Barão
Luis Roberto Mastromauro
Luiz Augusto Rocha de Moraes
Luiz Tadeu de Oliveira Prado
Mairton Lourenço Candido
Marcelo Gatti Reis Lobo
Marcelo Sampaio Soares
Marco Antonio Arantes de Paiva
Marco Antonio Araujo Junior
Marco Aurélio dos Santos Pinto
Marcos Antonio David
Marcus Vinicius Lourenço Gomes
Miguel Angelo Guillen Lopes
Orlando Cesar Muzel Martho
Oscar Alves de Azevedo
Otávio Augusto Rossi Vieira
Otávio Pinto e Silva
Paulo Silas Castro de Oliveira
Pedro Paulo Wendel Gasparini
Rene Paschoal Liberatore
Ricardo Galante Andretta
Roberto de Souza Araujo
Sidney Levorato
Silvio Cesar Oranges
Tallulah Kobayashi de Andrade Carvalho

Valter Tavares
Vinicius Alberto Bovo
Vitor Hugo das Dores Freitas
William Nagib Filho
Wudson Menezes Ribeiro

Membros Natos:

Antonio Claudio Mariz De Oliveira
Carlos Miguel Castex Aidar
José Eduardo Loureiro
José Roberto Batochio
João Roberto Egydio De Piza Fontes
Marcio Thomaz Bastos
Mario Sergio Duarte Garcia
Rubens Approbato Machado

Conselheiros Federais Efetivos:

Guilherme Octavio Batochio
Luiz Flavio Borges D'Urso
Marcia Regina Approbato Machado Melaré

Conselheiros Federais Suplentes:

Aloísio Lacerda Medeiros
Arnoldo Wald Filho
Marcio Kayatt

DIRETORIA

Diretor: Rubens Approbato Machado

Vice-Diretor: Braz Martins Neto

Assessora Especial da Diretoria: Helena Maria Diniz

Coordenadora Geral: Ana Vieira

Conselho Curador

Presidente: Roberto Delmanto Junior

Vice-Presidente: Laerte Soares

Secretária: Lúcia Maria Bludeni

Conselheiros:

Horácio Bernardes Neto
Fábio Guedes Garcia da Silveira
Moira Virginia Huggard-Caine

Representantes do Corpo Docente:

Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho
Joung Won Kim
Sérgio Henrique Pardal Bacellar Freudenthal

Representante de Curso de Especialização Lato Sensu:

Luiz Antonio Rizzato Nunes



Sumário

Diretoria	02
Conselho Seccional	03
Conselho Curador	04
Editorial	05
Apresentação	06
Sobre a Revista	92

Artigos

08



Dagoberto José Steinmeyer Lima

Aplicação da Irretroatividade Constitucional às Normas de Planos de Saúde

32



Maria Stella Gregori

A Suspensão da Comercialização dos Planos de Saúde

80



Selma do Amaral

Planos de Saúde: Um Olhar da Defesa do Consumidor

14 José Luiz Toro da Silva

Os Planos de Saúde e o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Estabelecido pela Agência Nacional de Saúde Suplementar

26 Jung Won Kim

Plano de saúde – Rescisão Unilateral do Contrato pelo não Pagamento da Mensalidade por Período superior a sessenta dias

40 Regina Celia Manzano

Novas Tecnologias Aplicadas Ao Sistema De Home Care

46 Renato de Sousa Resende

Efeitos Ultrativos do Contrato de Trabalho e a Obrigação de Manutenção de Planos de Saúde

66 Sandra Regina Cavalcante

A Participação de crianças e adolescentes no ShowBusiness : Desafios para a saúde e o direito

86 Roberto Harudi Shimura e Carine Valeriano Damascena

Estatuto do Idoso X Lei de Planos de Saúde: Princípio da aplicação imediata da lei nova às cláusulas de reajuste por mudança de faixa etária nos contratos de prestação de serviço de assistência à saúde.

Expediente



Revista Científica Virtual da Escola Superior de
Advocacia da OAB-SP
Nº 16. (Verão - 2014.) - São Paulo: OAB/SP, 2013.

Conselho Editorial

Rubens Approbato Machado

Ana Vieira

Laerte Idalino Marzagão Júnior

Rizzatto Nunes

Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi

Coordenador de Editoração

Joung Won Kim

Colaboradores

Bruno Moraes

Marina Hungria

Roseleine Scalabrini França

Thiago Gomes dos Santos

Jornalista Responsável

Santamaria Nogueira Silveira

Contato:

Largo da Pólvora, 141 , Sobreloja - Liberdade

Telefone: (11) 3346 6800 - Site: www.esaoabsp.edu.br

E-mail: revista@esa.oabsp.org.br

Publicação Trimestral

ISSN - 2175 - 4462.

Direito - Periódicos. Ordem dos Advogados do Brasil

O Brasil é destacado como a sexta economia do mundo que, acompanhando a tendência mundial, especialmente dos países desenvolvidos e, surgindo as preocupações inerentes ao envelhecimento da sua população, traz a edição da presente Revista, a questão da assistência à saúde suplementar, ou planos de saúde, regulados pela Lei 9.656/1998, desde a polêmica discussão dos aumentos por faixa etária daqueles que se encontram vinculados aos contratos antigos, sem a adaptação ou migração às normas da respectiva legislação, trazendo importante reflexão da irretroatividade ou não do Estatuto do Idoso à luz da Constituição Federal.

Voltamos o nosso olhar assim para os nossos idosos, como propõe o título desta edição, a exemplo do artigo analítico apresentado por um dos órgãos pioneiros de promoção de defesa do consumidor, buscando esmiuçar a realidade que se desenhou nos dezesseis anos de vigência da lei a serem completados no ano de 2014.

São abordados, ainda, a regulação do setor e rol de coberturas; suspensão da comercialização dos planos de saúde; repercussões nos contratos de trabalho; aspectos de *home care* como o surgimento de novas tecnologias; o início de trabalho de artistas mirins, onde muitos não recebem qualquer cobertura dos contratantes (Tv, agências de publicidade etc.), tornando-se dependentes da

saúde pública na maturidade; e a rescisão contratual devido à somatória dos dias de atraso no pagamento das mensalidades.

Os artigos abrangendo todos os aspectos do plano de saúde, são importantes contribuições dos ilustres autores, profissionais que vivenciam diariamente as questões, o que pode ser facilmente constado nas leituras.

Dedico, finalmente, os agradecimentos à Diretoria, à Coordenação e toda equipe da Escola, tornando mais uma vez, a Revista temática, em sucesso editorial, contribuindo sempre para estudo e pesquisa científica de Direito e levando à necessária reflexão pela sociedade!



Joung Won Kim

Coordenadora do Curso de Prática em Direito do Consumidor da Escola Superior de Advocacia da OAB SP

Revista



Aplicação da Irretroatividade Constitucional às Normas de Planos de Saúde

Palavras-Chave: Planos De Saúde, Estatuto Do Idoso, Irretroatividade Da Norma Nova, Constituição Federal.



Dagoberto José Steinmeyer Lima - advogado especializado em Direito Empresarial, titular da ADVOCACIA DAGOBERTO J. S. LIMA, Diretor da SOMATÓRIA S/A CONSULTORIA EM SAÚDE, chefe da Assessoria Jurídica do Sistema ABRAMGE/SINAMGE/SINOG, da FBH – Federação Brasileira de Hospitais, da AHESP- Associação dos Hospitais do Estado de São Paulo, do Sindicato dos Hospitais, Clínicas, Casas de Saúde e Laboratórios de Pesquisas e Análises Clínicas de Osasco e Região – SINDHCLOR, advogado de Estabelecimentos de Serviços de Saúde e de Operadoras de Planos Privados de Assistência à Saúde.

Através do presente Artigo pretende-se discorrer sobre a irretroatividade do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003), para atingir contratos firmados anteriormente à vigência da citada Norma Legal, atos jurídicos perfeitos e acabados que são, fazendo outras considerações acerca da questão.

Com efeito. O art. 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal reza que **"a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada."**

O art. 6º do Decreto-lei nº 4.657/42, por sua vez, dispõe que **"a Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada."**

Não obstante as disposições ora transcritas, tem-se visto decisões judiciais que acabam por fazer retroagir a lei nova (Estatuto do Idoso) para atingir os contratos firmados pelas empresas operadoras de planos privados de assistência à saúde (atos jurídicos perfeitos e acabados), anteriormente à vigência da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003.

Trata-se de flagrante e abominável violação ao inciso XXXVI, do artigo 5º da Constituição Federal.

As alegações jurídicas, em sua maioria, são no sentido de que os contratos de planos de saúde são de trato sucessivo e daí poder neles aplicar a lei nova.

Essas alegações, contudo, não se sustentam quando analisadas à luz da irretroatividade das leis, desrespeitando o posicionamento do próprio Supremo Tribunal Federal em relação a esse tema, quando da análise do pedido de liminar formulado nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1931-8, proposta pela Confederação Nacional de Saúde, discutindo a inconstitucionalidade da Lei nº 9.656/98, que dispõe sobre os planos privados de assistência à saúde.

Em que pese ainda não haver decisão de mérito proferida pela Suprema Corte, nos autos da aludida Ação Direta de Inconstitucionalidade, o pedido de liminar, naquele feito, foi DEFERIDO EM PARTE, de modo a suspender a eficácia dos artigos 10, § 2º e 35-E e incisos da Lei nº 9.656/98. Ora, o art. 35-E, da Lei nº 9.656, de 1998, porque retroagem para alcançar os contratos celebrados anteriormente à data de vigência da Lei (5 de junho de 1998). Essa irretroatividade foi repelida, liminarmente, pela Suprema Corte, em

verdadeira sinalização de respeito ao art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal.

Dessa forma, não se entende correto o posicionamento que temos visto de que, por se tratarem de contratos de trato sucessivo, estariam os contratos de planos privados de assistência à saúde excluídos da proteção do manto da irretroatividade da lei. Entendimento contrário acabaria por levar por terra o entendimento da Suprema Corte do Brasil, já manifestado, com propriedade e liminarmente, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade aqui aludida.

Mas não é só!

Trata, a atividade desenvolvida pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde, de atividade regulamentada pela Lei Federal nº 9.656/1998.

Por força dessa regulamentação legal, as empresas que exercem a atividade de operação de planos privados de assistência à saúde estão sujeitas a rigorosas normas emanadas da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, Autarquia Federal Especial, que regula, normatiza e fiscaliza referida atividade econômica.

Dentre essas normas, destaca-se a necessidade de elaboração de nota técnica atuarial para cada um dos produtos de planos de saúde disponibilizados pelas operadoras aos seus beneficiários.

Para a elaboração dessas notas técnicas atuariais, leva-se em conta vários dados e informações relativos ao produto, inclusive e principalmente, os reajustes por mudança de faixa etária.

Tolher o direito das operadoras de planos de saúde de fazer valer o que consta de seu contrato de operação de plano de saúde, poderá ensejar, sem a mínima sombra de dúvida, o desequilíbrio econômico financeiro da operadora como um todo, como também de todos os planos operados pela empresa, sejam os familiares, sejam os individuais, sejam os coletivos, em detrimento de todos os usuários de seus planos de saúde.

E quanto a isso, o artigo 24 da Lei nº 9.656/98 é bem claro ao dispor:

Art. 24. Sempre que detectadas nas operadoras sujeitas à disciplina desta Lei insuficiência das garantias do equilíbrio financeiro, anormalidades econômico - financeiras ou administrativas graves que coloquem em risco a continuidade ou a qualidade do atendimento à saúde, a ANS poderá determinar a alienação da carteira, o regime de direção fiscal ou técnica, por prazo não superior a trezentos e sessenta e cinco dias, ou a liquidação extrajudicial, conforme a gravidade do caso.

Como se vê, o assunto aqui tratado não é assunto de tamanha simplicidade como comumente tentam, principalmente os órgãos de defesa do consumidor, fazer crer.

Trata-se de assunto de complexidade que reclama estudos profundos na impactação de eventual medida tendente a impedir as operadoras de planos privados de assistência à saúde a recompor seus custos em razão da mudança de faixa etária de seus beneficiários. Caso contrário, a saúde financeira da operação, como um todo, poderá ser colocada em risco, assim como em risco toda a população assistida pelas operadoras de planos de saúde.

Vê-se que acolher o pedido de aplicação do Estatuto do Idoso em contratos firmados antes da edição de tal norma legal poderá obrigar que muitas empresas operadoras de planos de saúde deixem a sua atividade, com a alienação de suas carteiras de beneficiários, podendo, até, vir a ser decretada a liquidação extrajudicial das mesmas.

Não obstante isto, é bom ressaltar que os beneficiários de planos de saúde sempre puderam ter plena ciência da possibilidade de reajuste do valor de seus planos de saúde, quando os contrataram.

Não se trata, portanto, de discriminação ao idoso, uma vez que não é em um ou noutro caso que o reajuste por mudança de faixa etária é aplicado. Esse reajuste é previsto atuarialmente e aplicado a toda a

população que aos planos privados de assistência à saúde recorre.

Esse reajuste nada mais é do que uma necessidade real da manutenção da saúde financeira da operação como um todo e por essa razão é devidamente regulamentada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS!

A pretensão dos autores, manifestada através das demandas judiciais, coloca em risco toda a massa de beneficiários assistida pelos demais planos de saúde operados por determinada empresa.

O acolhimento dessas pretensões desestabiliza o equilíbrio econômico financeiro de empresas que compõem o setor da economia cujas atividades, suplementares às do Estado, são consideradas essenciais, por atender às necessidades e à manutenção da saúde da população assistida.

Essas pretensões, com o devido respeito, demonstram o total desconhecimento da matéria com a qual se está lidando, com o risco de, sob o manto de se estar aplicando a justiça, provocar o colapso na saúde econômico financeira de empresas que se dedicam à garantia de custos assistenciais a todo um universo de beneficiários e não apenas ao grupo de beneficiários idosos, estes últimos, vale dizer, perfeitamente cientes das recomposições das contraprestações pecuniárias às quais se obrigaram quando da assinatura dos respectivos instrumentos contratuais, em manifestação da própria vontade.

Assim, quer pela inconstitucionalidade desses pedidos, quer pela catastrófica situação fática que o acolhimento dos mesmos pode ensejar, não é prudente, como vemos em decisões judiciais, o tolhimento do direito contratual, legal, das operadoras de planos de saúde de aplicar reajustes por mudança de faixa etária.

Não bastassem esses argumentos, as decisões, em sua maioria, fazem letra morta, também, a toda legislação específica que regula a matéria e, sobretudo, sem observar o disposto no inciso XXXVI, do artigo 5º da Constituição Federal (cláusula pétrea que traz a irretroatividade da Lei), conforme se passa a explicar.

Não há qualquer ilegalidade, abusividade, tampouco irregularidade na aplicação dos reajustes nas contraprestações pecuniárias, por mudança de faixa etária de beneficiários acima de 60 anos de idade, previstos contratualmente.

Há que ser considerado que as empresas operadoras de planos de saúde têm suas atividades regulamentadas pela Lei Federal nº 9.656/98. Referido Diploma Legal, em seu artigo 15, possibilita, sem qualquer restrição, o reajuste dos valores das mensalidades dos planos de saúde, por mudança de faixa etária, ao assim dispor:

Art. 15. A variação das contraprestações pecuniárias estabelecidas nos contratos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, em razão da idade do consumidor, somente poderá ocorrer caso estejam previstas no contrato inicial as faixas etárias e os percentuais de reajustes incidentes em cada uma delas, conforme normas expedidas pela ANS, ressalvado o disposto no art. 35-E.

O citado artigo 35-E, por sua vez, apenas prevê a prévia autorização da ANS dos reajustes para consumidores com mais de sessenta anos de idade. **Não o veda.**

Regulamentando esse artigo 15 da Lei nº 9.656/98, o Conselho de Saúde Suplementar, editou a Resolução CONSU nº 06/1998, que em seu artigo 1º, estabelece o limite de 7 (sete) faixas etárias para aplicação de reajustes na contraprestação pecuniária:

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

I – 0 (zero) a 17 (dezesete) anos de idade;

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

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

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

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

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

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

Art. 2º As operadoras de planos e seguros privados de assistência à saúde poderão adotar por critérios próprios os valores e fatores de acréscimos das contraprestações entre as faixas etárias, desde que o valor fixado para a última faixa etária, não seja superior a seis vezes o valor da primeira faixa etária, obedecidos os parâmetros definidos no Art. 1º desta Resolução.

Com o advento da Lei Federal nº 10.741, de 10 de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), que em seu artigo 15, Parágrafo 3º, veda a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade, a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, editou (em 22/12/2003), a Resolução Normativa RN nº 63, fixando que para os contratos firmados a partir de 1º de janeiro de 2004 (em total respeito ao princípio constitucional da irretroatividade da lei), as operadoras de planos de saúde deveriam adotar 10 (dez) faixas etárias, da seguinte forma:

Art. 1º A variação de preço por faixa etária estabelecida nos contratos de planos privados de assistência à saúde firmados a partir de 1º de janeiro de 2004, deverá observar o disposto nesta Resolução.

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

I - 0 (zero) a 18 (dezoito) anos;

II - 19 (dezenove) a 23 (vinte e três) anos;

III - 24 (vinte e quatro) a 28 (vinte e oito) anos;

IV - 29 (vinte e nove) a 33 (trinta e três) anos;

V - 34 (trinta e quatro) a 38 (trinta e oito) anos;

VI - 39 (trinta e nove) a 43 (quarenta e três) anos;

VII - 44 (quarenta e quatro) a 48 (quarenta e oito) anos;

Revista

VIII - 49 (quarenta e nove) a 53 (cinquenta e três) anos;

IX - 54 (cinquenta e quatro) a 58 (cinquenta e oito) anos;

X - 59 (cinquenta e nove) anos ou mais.

Art. 3º Os percentuais de variação em cada mudança de faixa etária deverão ser fixados pela operadora, observadas as seguintes condições:

I - o valor fixado para a última faixa etária não poderá ser superior a seis vezes o valor da primeira faixa etária;

II - a variação acumulada entre a sétima e a décima faixas não poderá ser superior à variação acumulada entre a primeira e a sétima faixas.

Assim, relativamente aos reajustes por mudança de faixa etária, (i) nos contratos firmados antes do advento da Lei nº 9.656/98, era livre a estipulação das faixas e dos percentuais de reajustes, desde que não se caracterizassem abusivos; (ii) nos contratos firmados entre 1º de janeiro de 1999 e 31 de dezembro de 2003, deveria ser observado o disposto na Resolução CONSU nº 06/1998; (iii) nos contratos firmados a partir de 1º de janeiro de 2004, deveriam ser observado o disposto na RN 63/2003, da ANS.

Não obstante toda a matéria de direito em que se fundam os reajustes por mudança de faixa etária praticados pelas operadoras de planos de saúde, vemos, ainda, decisões que flagrante e totalmente violam o inciso XXXVI, do artigo 5º da Constituição Federal, que dispõe que "A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada", tolher, sem qualquer fundamento técnico e aprofundamento no estudo de matéria de tão relevante importância, a recomposição atuarial dos custos de operação das empresas operadoras de planos de saúde.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, contudo, já se pronunciou acerca dessa matéria, decidindo em consonância com as arguições aqui trazidas, ao julgar o Agravo de Instrumento nº 540.281-4/4-00, em que figura como agravante AMIL ASSISTÊNCIA MÉDICA INTERNACIONAL LTDA. e, como agravado, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, de cujo Voto teor se extrai os seguintes trechos:

"Com efeito, a despeito de ser inegável que os contratos de planos de saúde são de trato sucessivo e que o Estatuto do Idoso é norma cogente, isso não é motivo, com a devida vênia, para permitir que a proteção ao idoso instituída pela Lei nº 10.741/03 possa alcançar contratos celebrados anteriormente à vigência desse diploma legal.

No citado aresto está posto que "O surgimento de norma cogente (impositiva e de ordem pública), posterior à celebração de contrato de trato sucessivo, como acontece com o Estatuto do Idoso, impõe-lhe aplicação imediata, devendo incidir sobre todas as relações que, em execução contratual, realizem-se a partir de sua vigência, abarcando os planos de saúde, ainda que firmados anteriormente à vigência do Estatuto do Idoso" (o destaque em negrito não é do texto original).

Com renovada vênia, não se pode considerar que com o advento do Estatuto do Idoso, os contratos de planos de saúde celebrados antes de sua vigência são por ele atingidos, de modo a impedir que cláusulas legalmente estabelecidas referentes a reajustes possam ser exigidas e, mais, que sejam consideradas abusivas.

A retroatividade da lei nova, para atingir efeitos futuros de contratos antes celebrados, é, como todo o respeito, manifesta e fere a nossa norma maior.

.....

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal deixa claro que para os contratos firmados antes do advento da Lei nº 9.656/98 continuam em vigor as cláusulas e condições que forma

livremente estipuladas pelas partes.”(os grifos são do original)

Nessa mesma esteira de raciocínio, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, através de julgado proferido em sede de Recurso Inominado interposto por SUL AMÉRICA SEGURO SAÚDE S/A em face de VERA LEMOS ETCHPARE (71000991810 2006/CÍVEL), tratou com especial acerto a questão, conforme se pode ver da reprodução de trechos do Voto do Eminentíssimo Relator Eduardo Kraemer, aqui reproduzir, *verbis*:

"O contrato foi celebrado em 05/02/1997, sendo que a parte autora, em cláusula grifada, foi alertada de que aos 71 anos teria alteração de sua faixa de contribuição para o plano de saúde.

Entendo que a cláusula deva ser mantida por duas razões:

a) não é possível se vislumbrar abusividade na medida em que realmente é razoável sustentar que pessoas com maior idade ocasionarão maior dispêndio do plano de saúde.

Necessária a manutenção do equilíbrio contratual. Caso aqueles que mais consomem não efetuem a contribuição devida haverá um desequilíbrio financeiro do contrato.

É necessária a preservação da boa fé dos contratantes. Não é razoável quebrar a expectativa da empresa ré de melhor remuneração em face da maior idade do beneficiário.

Tenho assim, ausente, qualquer abusividade na cláusula contratual a ensejar a aplicação do CDC.

b) preservação do ato jurídico perfeito.

O contrato como confessado pelo autor foi celebrado no ano de 1997, e o estatuto do idoso somente entrou em vigor em 2004.

Não é possível a aplicação da legislação de proteção aos idosos aos atos jurídicos praticados

anteriormente a entrada em vigor da lei. Existe necessidade de preservação da segurança jurídica.

É evidente que nos dias atuais não é possível a discriminação com aqueles que possuem mais de 70 anos, mas no passado a cláusula era absolutamente lícita.

Uma das maiores conquistas da modernidade é a preservação e a estabilidade dos regimes jurídicos. É inadmissível no Estado de Direito que haja a possibilidade de aplicação retroativa das leis de direito material. A irretroatividade, antes de ser uma conquista, é garantia da cidadania.

Voto, assim, pelo provimento do recurso, para julgar improcedente a ação.”

Por todas as razões jurídicas aqui expostas, o autor do presente artigo defende a irretroatividade do Estatuto do Idoso para atingir contratos de Planos Privados de Assistência à Saúde, firmados anteriormente à sua vigência. Entendimento de forma diferente, seria o mesmo que rasgar, em mil pedaços, não apenas a legislação infraconstitucional que rege a matéria, mas, principalmente, Constituição Federal, colocando em risco o Estado Democrático de Direito ao qual, a muito custo e após anos e anos de hibernação de todos os direitos e garantias fundamentais, conseguimos chegar!

O s Planos de Saúde e o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Estabelecido pela Agência Nacional de Saúde Suplementar

Sumário

- 1) Introdução
- 2) Resolução Normativa – RN n. 338
 - 2.1 Anexo I – Lista de procedimentos e eventos de cobertura mínima obrigatória.
 - 2.2 Anexo II – Diretrizes de Tratamento de Utilização
 - 2.3 Anexo II – Diretrizes Clínicas
 - 2.4 Anexo IV – Protocolo de Utilização - PROUT
- 3) Exclusões de cobertura.
- 4) Cobertura do Plano Ambulatorial
- 5) Cobertura do Plano Hospitalar
- 6) Cobertura do Plano Hospitalar com Obstetrícia
- 7) Cobertura do Plano Odontológico
- 8) Home Care
- 9) Órteses e Próteses
- 10) Conclusão

Palavras chaves

Rol de procedimentos e eventos em Saúde, Cobertura mínima assegurada pela ANS.



José Luiz Toro da Silva - É membro da Comissão de Planos e Assistência à Saúde da OAB/SP. Advogado e professor. Mestre em Direito Político e Econômico e Doutorando em Direito.

1) Introdução

Desde o advento da Lei n. 9.656, de 03 de junho de 1998, as operadoras de planos privados de assistência à saúde estão sujeitas a um rígido sistema de regulação de suas atividades, haja vista que aludida atividade, mesmo que exercida pela iniciativa privada, é considerada de relevância pública, em face do art. 197 da Constituição Federal, que reza:

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

É inegável que o Estado pode regulamentar, fiscalizar e controlar os planos privados de assistência à saúde, porém sempre dentro dos limites legais estabelecidos e sem desvirtuar os princípios da livre iniciativa contemplados no texto constitucional.

Verifica-se que aludido controle abrange não somente as condições dos contratos de planos privados de assistência à saúde, mas também requisitos de patrimônio mínimo ajustado, margem de solvência, provisões técnicas, constituição de ativos garantidores, obrigatoriedade de encaminhamento de relatórios gerenciais, auditoria externa independente, publicação de balanços, etc., que devem ser observados pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde, sob pena

de intervenção (direção fiscal ou direção técnica), suspensão da comercialização de planos, liquidação extrajudicial, multas e outras penalidades previstas na legislação aplicável.

Os planos são obrigados a cobrir todas as doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, estando fora da cobertura legal os seguintes procedimentos: a) tratamento clínico ou cirúrgico experimental; b) procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, bem como órteses e próteses para o mesmo fim; c) inseminação artificial; d) tratamento de rejuvenescimento ou de emagrecimento com finalidade estética; e) fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados; f) fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar, ressalvado os tratamentos antineoplásicos domiciliares de uso oral, incluindo medicamentos para o controle de efeitos adversos relacionados ao tratamento de adjuvantes, e para tratamentos antineoplásicos ambulatoriais e domiciliares de uso oral, procedimentos radioterápicos para tratamento de câncer e hemoterapia, na qualidade de procedimentos cuja necessidade esteja relacionada à continuidade da assistência prestada em âmbito de internação hospitalar; g) fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico; h) tratamentos ilícitos ou antiéticos, assim definidos sob o aspecto médico, ou não reconhecidos pelas autoridades competentes.

Percebe-se que o marco regulatório dos planos privados de assistência à saúde é frequentemente alterado, haja vista que a Agência Nacional de Saúde Suplementar, a cada dois anos, revisa o citado Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, que se constitui a “referência básica para cobertura mínima obrigatória da atenção à saúde nos planos privados de assistência à saúde, contratados a partir de 1º. de janeiro de 1999, e naqueles adaptados conforme a Lei n. 9.656, de 3 de junho de 1998”.

Aludido poder de atualização do rol foi conferido à ANS por força do disposto no § 4º. do art. 10 da Lei n. 9.656, de 1998, pois dispõe que “a amplitude das coberturas, inclusive de transplantes e de procedimentos de alta complexidade, serão definidos por normas editadas pela ANS”, e inciso III do art. 4º. da Lei n. 9.961, de 2000, que estabelece a competência do mencionado órgão regulador no sentido de “elaborar rol de procedimentos e eventos em saúde, que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei n. 9.656, de 3 de junho de 1998, e suas excepcionalidades”.

Apesar da posição adotada em alguns julgados, discordo do efeito retroativo que é conferido ao rol da ANS, entendendo que o mesmo viola o princípio constitucional da irretroatividade das normas, bem como enseja verdadeira insegurança jurídica.

Ademais, há que se discutir os limites da mencionada regulação exercida pela ANS, pois há que se fazer uma distinção entre o dever que é estabelecido ao Estado no art. 196 da Constituição Federal (“A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”) e aquele que é atribuído à iniciativa privada.

Atualmente, verifica-se que as operadoras de planos privados de assistência à saúde estão sujeitas a um nível de cobertura bem superior aquele que lhes foi atribuído por ocasião do advento da Lei n. 9.656, de 1998, pois as coberturas não mais se restringem aos atendimentos médico-hospitalares, abrangendo, procedimentos de fonoaudiologia, fisioterapia, psicologia, vasectomia e laqueadura, e, até mesmo, o fornecimento de determinados medicamentos.

Percebe-se que as operadoras estão cumprindo atividades que deveriam ser exercidas pelo Estado, em face do mencionado art. 196 da Constituição Federal, passando de saúde suplementar para verdadeira “saúde substitutiva” do Estado, sendo que tal fato aumenta o custo dos planos de saúde, que será suportado pelos consumidores e as pessoas jurídicas contratantes. Lembrem-se que “don’t have free lunch”, pois alguém sempre terá que pagar a conta.

À guisa de exemplo, lembrem-se que as operadoras devem proporcionar as mencionadas coberturas dentro de prazos máximos que são estabelecidos pela ANS (Resolução Normativa – RN n. 259), sendo que nem sempre o Estado, no atendimento que presta aos cidadãos-contribuintes, observa tal conduta, pois são frequentes e famosas “filas do SUS”.

2) Resolução Normativa – RN n. 338

Apesar das críticas que sempre faço ao mencionado rol, por não concordar com a sua aplicação de forma retroativa, devo mencionar que as resoluções da ANS que tratam do mencionado assunto são extremamente didáticas e passaram a resolver diversas dúvidas e controvérsias existentes com referência a aplicação da Lei n 9.656, de 1998.

O presente artigo não tem a pretensão de abordar todas as questões disciplinadas pela RN n. 338, porém quero chamar atenção para alguns aspectos que, muito frequentemente, não são do conhecimento dos operadores do direito.

A norma parte de alguns princípios de atenção à saúde na saúde suplementar, que devem ser observados em todos os níveis de complexidade de atenção, respeitando-se as segmentações contratadas, visando à promoção da saúde, à prevenção de riscos e doenças, ao diagnóstico, ao tratamento, à recuperação e à habilitação, a saber: a) atenção multiprofissional; b) integralidade das ações respeitando a segmentação contratada; c) incorporação de ações de promoção da saúde e prevenção de riscos e doenças, bem como de estímulo ao parto natural; d) uso de epidemiologia para monitoramento da qualidade das ações e gestão em saúde; e e) adoção de medidas que evitem a estigmatização e a institucionalização dos portadores de transtornos mentais, visando o aumento de sua autonomia.

Esclareça-se que a leitura da RN n. 338 deve ser feita em conjunto com os seus quatro anexos, a saber:

2.1) Anexo I – Lista os procedimentos e eventos de cobertura mínima obrigatória, respeitando a segmentação contratada – trata-se do anexo de leitura mais difícil, pois parte de termos médicos ou que não são de fácil entendimento para os leigos, porém refere-se a cobertura que deve ser assegurada, definindo, inclusive, aqueles procedimentos que estão sujeitos ao período de cobertura parcial temporária (prazo de carência diferenciado de 24 meses – a lei não utiliza a expressão carência para tais casos, que são vinculados às doenças e lesões preexistentes, mas sim CPT);

2.2) Anexo II – Apresenta as Diretrizes de Tratamento de Utilização – verifica-se que alguns procedimentos, mesmo que constantes do Anexo I, para que ocorra a sua cobertura, devem se sujeitar a algumas restrições ou ao preenchimento de alguns requisitos; são verdadeiros protocolos clínicos ou de utilização; as DUTs. alteram aquela lógica do “sim” ou “não”, pois algumas coberturas estão sujeitas ao “depende”, ou seja, para que elas sejam cobertas devem ser observados os requisitos da DUT;

2.3) Anexo III – Diretrizes Clínicas – define critérios para a cobertura de alguns procedimentos listados no Anexo I; e

2.4) Anexo IV – Protocolo de Utilização – PROUT para alguns procedimentos e eventos em saúde listados no Rol – o atual anexo refere-se ao fornecimento de equipamentos coletores e adjuvantes para colostomia, ileostomia e urostomia, sonda vesical de demora e coletor de urina.

3) Exclusões de cobertura:

Como já mencionado, a RN é extremamente didática, pois procura explicar cada uma das exclusões de cobertura previstas no art. 10 da Lei n. 9.656, de 1998, a saber:

1. Tratamento clínico ou cirúrgico experimental, isto é, aquele que:

1.1 Emprega medicamentos, produtos para a saúde ou técnicas não registrados/não regularizados no país;

1.2 É considerado experimental pelo Conselho Federal de Medicina – CFM ou pelo Conselho Federal de Odontologia – CFO; ou

1.3 Não possui as indicações descritas na bula/manual registrado na ANVISA (uso off-label).

2. Procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, bem como órteses e próteses para o mesmo fim, ou seja, aqueles que não visam restauração parcial ou total da função de órgão ou parte do corpo humano lesionada, seja por enfermidade, traumatismo ou anomalia congênita;

3. Inseminação artificial, entendida como técnica de reprodução assistida que inclui a manipulação de oócitos e esperma para alcançar a fertilização, por meio de injeções de esperma intracitoplasmáticas, transferência intrafalopiana de gameta, doação de oócitos, indução da ovulação, concepção póstuma, recuperação espermática ou transferência intratubária do zigoto, entre outras técnicas;

4. Tratamento de rejuvenescimento ou de emagrecimento com finalidade estética, assim como os spas, clínicas de repouso e estâncias hidrominerais;

5. Fornecimento de medicamentos e produtos para a saúde importados não nacionalizados, isto é, aqueles produzidos fora do território nacional e sem registro vigente na ANVISA;

6. Fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar, isto é, aqueles prescritos pelo médico assistente para administração em ambiente externo ao de unidade de saúde, com exceção dos medicamentos antineoplásicos orais constantes do Anexo II da RN e, ressalvado o disposto no art. 13 da Resolução Normativa;

7. Fornecimento de medicamentos prescritos durante a internação hospitalar cuja eficácia e/ou efetivamente tenham sido reprovadas pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias do Ministério da Saúde – CONITEC;

8. Fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico;

9. Tratamentos ilícitos ou antiéticos, assim definidos sob o aspecto médico, ou não reconhecidos pelas autoridades competentes;

10. Casos de cataclismo, guerras e comoções internas, quando declarados pela autoridade competente; e

11. Estabelecimentos para acolhimento de idosos e internações que não necessitem de cuidados médicos em ambiente hospitalar.

Evidencia-se, portanto, que em todas as segmentações (planos referência, ambulatorial,

hospitalar, hospitalar com obstetrícia e odontologia) os procedimentos supra mencionados estão excluídos de cobertura, lembrando que o plano referência é aquele que assegura “cobertura assistencial médico ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermagem, centro de terapia intensiva ou similar, quando necessária a internação hospitalar”, sem as restrições de urgência e emergência previstas na Resolução CONSU n. 13, de 03 de novembro de 1998.

Abaixo passo a relacionar as principais coberturas asseguradas aos planos ambulatorial, hospitalar, hospitalar com obstetrícia e odontológico, lembrando que tais coberturas podem ser disponibilizadas individualmente ou em conjunto, observada a forma de registro de cada produto na ANS.

4) Cobertura do Plano Ambulatorial

O Plano Ambulatorial compreende os atendimentos realizados em consultório ou em ambulatório, definidos e listados no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, não incluindo internação hospitalar ou procedimentos para fins de diagnóstico ou terapia que, embora prescindam de internação, demandem o apoio de estrutura hospitalar por período superior a 12 (doze) horas, ou serviços como unidade de terapia intensiva e unidades similares, observadas as seguintes exigências:

1. Cobertura de consultas médicas em número ilimitados em clínicas básicas e especializadas (especialidades médicas), inclusive obstétrica para pré-natal, reconhecidas pelo Conselho Federal de Medicina – CFM.
2. Cobertura de serviços de apoio diagnóstico, tratamentos e demais procedimentos ambulatoriais, incluindo procedimentos cirúrgicos ambulatoriais solicitados pelo médico ou cirurgião dentista assistente, mesmo quando realizados em ambiente hospitalar, desde que não se caracterize como internação conforme preceitua o caput deste artigo;
3. Cobertura de medicamentos registrados/regularizados na ANVISA, utilizados nos procedimentos diagnósticos e terapêuticos contemplados no Anexos e nos artigos da Resolução Normativa – RN n. 338;
4. Cobertura de consultas ou sessões com nutricionista, fonoaudiólogo, terapeuta ocupacional e psicólogo de acordo com o estabelecido nos Anexos da Resolução Normativa supra mencionada;
5. Cobertura de psicoterapia de acordo com o número de sessões estabelecido nos Anexos da Resolução Normativa, que poderá ser realizada tanto por psicólogo como por médico devidamente habilitados;
6. Cobertura dos procedimentos de reeducação e reabilitação física listados nos Anexos da Resolução Normativa, que podem ser realizados tanto por fisiatra como por fisioterapeuta, em número ilimitado de sessões por ano;
7. Cobertura das ações de planejamento familiar, listadas no Anexo I da Resolução Normativa, para segmentação ambulatorial;

8. Cobertura de atendimentos caracterizados como de urgência e emergência conforme resolução específica vigente sobre o tema;

9. Cobertura de remoção, depois de realizados os atendimentos classificados como urgência ou emergência, quando caracterizada pelo médico assistente a falta de recursos oferecidos pela unidade para a continuidade da atenção ao paciente pela necessidade de internação;

10. Cobertura de hemodiálise e diálise peritoneal – CAPD;

11. Cobertura de quimioterapia oncológica ambulatorial, entendida como aquela baseada na administração de medicamentos para tratamento do câncer, incluindo medicamentos para o controle de efeitos adversos relacionados ao tratamento e adjuvantes (medicamentos empregados de forma associada aos quimioterápicos citostáticos com a finalidade de intensificar seu desempenho ou de atuar de forma sinérgica ao tratamento) que, independentemente da via de administração e da classe terapêutica, necessitem, conforme prescrição do médico assistente, ser administrados sob intervenção ou supervisão direta de profissionais de saúde dentro de estabelecimento de Saúde;

12. Cobertura de medicamentos antineoplásicos orais para uso domiciliar de acordo com as Diretrizes de Utilização estabelecidas no Anexo II da Resolução Normativa, respeitando preferencialmente as seguintes características:

12.1 Medicamento genérico: medicamento similar a um produto de referência ou inovador, que se pretende ser com este intercambiável, geralmente produzido após expiração ou renúncia da proteção patentária, ou de outros direitos de exclusividade, comprovada a sua eficácia, segurança e qualidade, e designado pela Denominação Comum Brasileira – DCB ou, na sua ausência, pela Denominação Comum Internacional – DCI, conforme definido pela Lei nº 9.787, de 10 de fevereiro de 1999; e

12.2 Medicamento fracionado: medicamento fornecido em quantidade distinta da embalagem original, conforme necessidade do paciente e definição do órgão competente - ANVISA.

13. Cobertura dos procedimentos de radioterapia listados no Anexo I da Resolução para a segmentação ambulatorial;

14. Cobertura dos procedimentos de hemodinâmica ambulatoriais que prescindam de internação e de apoio de estrutura hospitalar por período superior a 12 (doze) horas, unidade de terapia intensiva e unidades similares e que estejam descritos no segmento ambulatorial do Anexo I da Resolução Normativa;

15. Cobertura de hemoterapia ambulatorial; e

16. Cobertura das cirurgias oftalmológicas ambulatoriais listadas nos Anexos da Resolução.

Para fins de aplicação do artigo 10 da Lei nº 9.656, de 1998 é permitida, para a segmentação ambulatorial, a exclusão de:

I - Procedimentos que exijam forma de anestesia diversa da anestesia local, sedação ou bloqueio;

II - Quimioterapia oncológica intra-tecal ou que demande internação; e

III - Embolizações.

5) Cobertura do Plano Hospitalar

O Plano Hospitalar compreende os atendimentos realizados em todas as modalidades de internação hospitalar e os atendimentos caracterizados como de urgência e emergência, conforme Resolução específica vigente, não incluindo atendimentos ambulatoriais para fins de diagnóstico, terapia ou recuperação, observadas as seguintes exigências:

1. Cobertura, em número ilimitado de dias, de todas as modalidades de internação hospitalar;

2. Quando houver previsão de mecanismos financeiros de regulação disposto em contrato para internação hospitalar, o referido aplica-se a todas as especialidades médicas, contudo a coparticipação nas hipóteses de internações psiquiátricas somente poderá ser exigida considerando os seguintes termos, que deverão ser previstos em contrato:

2.1 Somente haverá fator moderador quando ultrapassados 30 dias de internação contínuos ou não, nos 12 meses de vigência; e

2.2 A coparticipação poderá ser crescente ou não, estando limitada ao máximo de 50% do valor contratado.

3. Cobertura de hospital-dia (recurso intermediário entre a internação e o ambulatório, que deve desenvolver programas de atenção e cuidados intensivos por equipe multiprofissional, visando substituir a internação convencional, e proporcionando ao beneficiário a mesma amplitude de cobertura oferecida em regime de internação hospitalar) para transtornos mentais, de acordo com as Diretrizes de Utilização estabelecidas no Anexo II da Resolução Normativa;

4. Cobertura de transplantes listados nos Anexos

da Resolução Normativa, e dos procedimentos a eles vinculados, incluindo:

4.1 As despesas assistenciais com doadores vivos, as quais estão sob expensas da operadora de planos privados de assistência à saúde do beneficiário receptor;

4.2 Os medicamentos utilizados durante a internação;

4.3 O acompanhamento clínico em todo o período pós-operatório, que compreende não só o pós-operatório imediato (primeiras 24 horas da realização da cirurgia) e mediato (entre 24 horas e 48 horas da realização da cirurgia), mas também o pós-operatório tardio (a partir de 48 horas da realização da cirurgia), exceto medicamentos de manutenção; e

4.4 As despesas com captação, transporte e preservação dos órgãos na forma de ressarcimento ao SUS;

5. Cobertura do atendimento por outros profissionais de saúde, de forma ilimitada durante o período de internação hospitalar, quando indicado pelo médico assistente;

6. Cobertura de órteses e próteses ligadas aos atos cirúrgicos listados nos Anexos da Resolução Normativa;

7. Cobertura das despesas, incluindo alimentação

e acomodação, relativas ao acompanhante, salvo contra-indicação do médico ou cirurgião dentista assistente, nos seguintes casos:

7.1 Crianças e adolescentes menores de 18 anos;

7.2 Idosos a partir do 60 anos de idade; e

7.3 Pessoas portadoras de deficiências.

8. Cobertura dos procedimentos cirúrgicos buco-maxilofaciais listados nos Anexos da Resolução, para a segmentação hospitalar, conforme disposto no artigo 4º da Resolução Normativa, incluindo a solicitação de exames complementares e o fornecimento de medicamentos, anestésicos, gases medicinais, transfusões, assistência de enfermagem, alimentação, órteses, próteses e demais materiais ligados ao ato cirúrgico utilizados durante o período de internação hospitalar;

9. Cobertura da estrutura hospitalar necessária à realização dos procedimentos odontológicos passíveis de realização ambulatorial, mas que por imperativo clínico necessitem de internação hospitalar, com equipe de saúde necessária à complexidade do caso, incluindo exames complementares e o fornecimento de medicamentos, anestésicos, gases medicinais, transfusões, assistência de enfermagem e alimentação utilizados durante o período de internação hospitalar;

10. Cobertura obrigatória para os seguintes procedimentos considerados especiais cuja

necessidade esteja relacionada à continuidade da assistência prestada em nível de internação hospitalar:

10.1 Hemodiálise e diálise peritoneal - CAPD;

10.2 Quimioterapia oncológica ambulatorial, como definida no inciso XI do artigo 20 da Resolução;

10.3 Procedimentos radioterápicos previstos no Anexo I da Resolução para as segmentações ambulatorial e hospitalar;

10.4 Hemoterapia;

10.5 Nutrição parenteral ou enteral;

10.6 Procedimentos diagnósticos e terapêuticos em hemodinâmica descritos nos Anexos da Resolução Normativa;

10.7 Embolizações listadas nos Anexos da Resolução Normativa;

10.8 Radiologia intervencionista;

10.9 Exames pré-anestésicos ou pré-cirúrgicos;

10.10 Procedimentos de reeducação e reabilitação física listados nos Anexos da Resolução Normativa; e

10.11 Acompanhamento clínico no pós-operatório imediato, mediato e tardio dos pacientes submetidos aos transplantes listados nos Anexos da Resolução, exceto fornecimento de medicação de manutenção.

6) Cobertura do Plano Hospitalar com Obstetrícia

O Plano Hospitalar com Obstetrícia compreende toda a cobertura definida no artigo 18 da Resolução,

acrescida dos procedimentos relativos ao pré-natal, da assistência ao parto e puerpério, observadas as seguintes exigências:

1. Cobertura das despesas, incluindo paramentação, acomodação e alimentação, relativas ao acompanhante indicado pela mulher durante:

1.1 Pré-parto;

1.2 Parto; e

1.3 Pós-parto imediato por 48 horas, salvo contra-indicação do médico ou até 10 dias, quando indicado pelo médico assistente;

2. Cobertura assistencial ao recém-nascido, filho natural ou adotivo do beneficiário, ou de seu dependente, durante os primeiros 30 (trinta) dias após o parto; e

3. Opção de inscrição assegurada ao recém-nascido, filho natural ou adotivo do beneficiário, como dependente, isento do cumprimento dos períodos de carência, desde que a inscrição ocorra no prazo máximo de 30 (trinta) dias do nascimento ou adoção.

Para fins de cobertura do parto normal listado nos Anexos, este procedimento poderá ser realizado por enfermeiro obstétrico habilitado, conforme legislação vigente, de acordo com o artigo 4º desta Resolução.

7) Cobertura do Plano Odontológico

O Plano Odontológico compreende a cobertura de todos os procedimentos listados no Anexo

I da Resolução Normativa para a segmentação odontológica.

1. Os procedimentos buco-maxilo-faciais que necessitem de internação hospitalar não estão cobertos pelos planos odontológicos, porém têm cobertura obrigatória no plano de segmentação hospitalar e plano-referência.

2. Nas situações em que, por imperativo clínico, o atendimento odontológico necessite de suporte hospitalar para a sua realização, apenas os materiais odontológicos e honorários referentes aos procedimentos listados no Anexo I para a segmentação odontológica deverão ser cobertos pelos planos odontológicos.

3. É obrigatória a cobertura dos atendimentos caracterizados como urgência e emergência, conforme normas específicas vigentes sobre o tema.

8) Home care

Apesar dos atendimentos em home care não estarem previstos na cobertura descrita na Lei n. 9.656, de 1998, a ANS procura, através da RN n 338, disciplinar a sua utilização, caso a operadora ofereça tal serviço.

A ANS estabelece dos tipos de home care:

Internação domiciliar – quando a operadora oferece tal modalidade em substituição à internação hospitalar, com ou sem previsão contratual, devendo obedecer às exigências previstas nos normativos vigentes da ANVISA e as coberturas estabelecidas

para a internação hospitalar;

Assistência Domiciliar – o home care não é oferecido em substituição à internação hospitalar, mas visa cobrir determinados procedimentos que serão realizados no domicílio do beneficiário, devendo tal atendimento observar a previsão contratual, se existente, ou a negociação que será realizada pelas partes visando a prestação de tal assistência; recomenda-se que as partes estabeleçam as coberturas que serão asseguradas, incluindo, inclusive, a forma de extinção da citada cobertura.

9) Órteses e Próteses

Como já mencionado, a citada RN procura disciplinar, inclusive, alguns aspectos da relação existente entre os médicos e as operadoras de planos de saúde, principalmente com referência a indicação de órteses e próteses, lembrando que este é um dos aspectos que gera maior tensão entre os credenciados e os planos de saúde, principalmente diante dos expressivos valores envolvidos.

Apesar da ANS reconhecer que cabe ao médico ou cirurgião dentista assistente a prerrogativa de determinar as características (tipo, matéria-prima e dimensões) das órteses, próteses e materiais especiais – OPME necessárias à execução dos procedimentos contidos nos Anexos da RN n. 338, deixa evidenciado que as operadoras de planos privados de assistência à saúde podem determinar que esses profissionais justifiquem clinicamente

a sua indicação e ofereça pelo menos 03 (três) marcas de produtos de fabricantes diferentes, quando disponíveis, dentre aquelas regularizadas junto à ANVISA, que atendam às características especificadas. Evidencia-se que o médico tem a prerrogativa da escolha, porém esta não é absoluta, devendo informar as características necessárias, não a marca da órtese ou prótese ou o local ou forma de sua aquisição, sujeitando-se, inclusive, a eventual demonstração de sua pertinência clínica.

Em caso de divergência clínica entre o profissional requisitante e a operadora, a decisão caberá a um profissional escolhido de comum acordo entre as partes, com as despesas arcadas pela operadora, e o profissional requisitante pode recorrer até três nomes indicados pela operadora para a composição da junta médica.

Esclareça-se que o próprio Conselho Federal de Medicina, através da Resolução n. 1956, contemplou os mesmos princípios estabelecidos pela ANS para disciplinar a relação existente entre os médicos e as operadoras, visando coibir, inclusive, qualquer desvio ético que possa existir.

10) Conclusão

O presente artigo procurou demonstrar alguns aspectos do Rol de Procedimentos e Eventos em

Saúde estabelecido pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, deixando evidenciado que não tem a finalidade de tratar de todos os aspectos envolvidos.

Porém, verifica-se que muitos operadores do direito desconhecem a regulação que é exercida pela ANS, em conformidade com a legislação vigente, bem como que o Código de Defesa do Consumidor deve ser aplicado de forma subsidiária, como estabelecido no art. 35-G da Lei n. 9.656, de 1998. Esquecem-se que os planos privados de assistência à saúde estão sujeitos a um rígido controle econômico-financeiro, que os seus valores são fixados em conformidade com cálculos atuariais, que se fundamentam na cobertura estabelecida pela ANS.

Exigir coberturas acima daquelas acima descritas, significa desnaturar a equação econômico-financeira que lastreia a fixação dos preços dos planos de saúde, bem como negar vigência à Lei n. 9.656, de 1998, e a regulação exercida pela ANS, trazendo situação de verdadeira insegurança e instabilidade jurídica. Recorda-se que aludida atividade é considerada de relevância pública, porém se sujeita ao termos da lei, como descrito no citado art. 197 da Constituição Federal.

Revista



P LANO DE SAÚDE – RESCISÃO UNILATERAL DO CONTRATO PELO NÃO PAGAMENTO DA MENSALIDADE POR PERÍODO SUPERIOR A SESSENTA DIAS

Sumário

1. Introdução
 2. Dignidade da pessoa idosa: direito à saúde
 3. Repercussões no cotidiano das pessoas idosas
 4. Análise dos fatos no contexto das leis
 5. Conclusões
- Referências

Palavras-chave

Bem-estar; boa-fé; Constituição Federal; consumidor; contrato; dignidade; direito à saúde; direito à vida; direito social; estatuto do idoso; hipossuficiente; inadimplência; lei; mora; notificação; pessoa idosa; planos de saúde; princípios; seguro saúde; vulnerabilidade



Jung Won Kim - Advogada, Consultora Jurídica e Professora da Escola Superior de Advocacia – ESA/OAB-SP, especializada em Processo Civil pela PUC/SP.

1. Introdução

A Lei 9.656/1998 (Lei dos Planos e Seguros Privados de Assistência à Saúde Suplementar), com as alterações promovidas pela Medida Provisória nº 2.177-44, em 24.08. 2001, introduziu a possibilidade de suspender e até de rescindir o contrato de plano de saúde, caso o não pagamento da mensalidade tenha ultrapassado período superior a sessenta (60) dias, consecutivos ou não, nos últimos doze meses *"desde que o consumidor seja comprovadamente notificado até o quinquagésimo dia de inadimplência"*.¹

A complexidade da lei é notória, e aqui não se trata exclusivamente dos consumidores leigos, mas, também para nós Operadores do Direito. Então, seria possível imaginar as conseqüências dessa medida no cotidiano das pessoas idosas e seus familiares?

O artigo propõe a essa reflexão face à Constituição Federal, Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003) e o Novo Código Civil (Lei 10.406/2002).

2. Dignidade da Pessoa Idosa: direito à saúde

A Carta Magna de 1988, elegeu como um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), sendo que em caso de pessoas idosas, estabeleceu ao Estado, juntamente com a família e a sociedade, o dever de ampará-las, defendendo a sua dignidade e bem-estar, além de garantir-lhes o direito à saúde (art. 6º) e à vida (art. 230).²

1 Art.13. Os contratos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei têm renovação automática a partir do vencimento do prazo inicial de vigência, não cabendo a cobrança de taxas ou qualquer outro valor no ato da renovação. ([Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001](#))

Parágrafo único. Os produtos de que trata o **caput**, contratados individualmente, terão vigência mínima de um ano, sendo vedadas: ([Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001](#))
I - a recontagem de carências; ([Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001](#))
II - a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato, salvo por fraude ou não-pagamento da mensalidade por período superior a sessenta dias, consecutivos ou não, nos últimos doze meses de vigência do contrato, desde que o consumidor seja comprovadamente notificado até o quinquagésimo dia de inadimplência; e ([Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001](#))

2 Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como

Segundo Dalmo de Abreu Dallari, "o Estado, como sociedade política, tem um fim geral, constituindo-se em meio para que os indivíduos e as demais sociedades possam atingir seus respectivos fins particulares. Assim, pois, pode-se concluir que o fim do Estado é o bem comum, entendido este como o conceituou o Papa JOÃO XXIII, ou seja, o conjunto de todas as condições de vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana.", cuja diferença fundamental entre a sociedade humana e o Estado, "qualifica a finalidade do Estado: este busca o *bem comum de um certo povo, situado em determinado território*. Assim, pois, o desenvolvimento integral da personalidade dos integrantes desse povo é que deve ser o seu objetivo, o que determina uma concepção particular de bem comum para cada Estado, em função das peculiaridades de cada povo."¹

1 Elementos de Teoria Geral do Estado. São Paulo: Ed. Saraiva, 13ª ed., 1987, p. 91/92.

Inevitável, assim, eleger o direito à saúde, como uma das grandes preocupações da própria pessoa idosa e da família, não só referente à questão do envelhecimento, mas também, por seu custo e, a sociedade, por sua vez, em ofertar e prestar atendimentos adequados que venham a garantir o envelhecimento digno (CF/1988, art. 199).³

fundamentos: III – a dignidade da pessoa humana; Art. 6º - São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.; 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.

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

3. Repercussões no cotidiano das pessoas idosas

No primeiro caso, a ser analisado, a pessoa idosa não recebera mais pelo correio a fatura da mensalidade do mês competente para efetuar o pagamento. Quando apurados os fatos, não havia pago uma delas, prosseguindo, porém, nas outras até que a Operadora parou de lhe enviar os boletos. Depois de muitos anos de contribuição, com idade aproximada de 75 anos, perdera o plano de saúde. A Operadora enviara apenas a notificação do quinquagésimo dia de inadimplência.

No segundo caso, a pessoa idosa encontrava-se rigorosamente em dia com as mensalidades mas, assim mesmo, recebera um comunicado da Seguradora sobre a rescisão do seu contrato de seguro saúde, o qual trazia menção ao artigo 13, parágrafo único e inciso II, da Lei 9.656/1998 em questão sem maiores informações. A pessoa também era usuária há muitos anos, e quando recebera o aviso, encontrava-se nos seus 87 anos. Apurados os fatos, havia atrasado alguns dias numa mensalidade, outros dias em outros pagamentos, porém, somando mais de sessenta dias, no período de doze meses de vigência do contrato.

4. Análise dos fatos e os dispositivos legais

Na primeira situação, entendeu a Operadora que bastaria uma única notificação até o quinquagésimo (50º) dia de atraso, para o cancelamento do contrato.

A Lei 9.656/98, ao estipular a regra da notificação na condição especificada, não revogou e, nem poderia, a necessária constituição em mora dos trinta dias de atraso, previsto no Novo Código Civil ⁴

Pois, trata-se de requisito formal e imprescindível para efetivamente assegurar a dignidade da pessoa idosa, garantindo o direito à saúde e

consequentemente, o direito à vida.

Não se trata de um inadimplemento comum, por ser saúde um serviço essencial, tornando-se uma das principais preocupações das famílias brasileiras que, diante de precário e superlotado sistema de saúde pública, encontra na assistência de saúde privado, a única alternativa: "Saúde perde espaço no Orçamento da União. Fatia do setor caiu de 8%, em 2000, para 6,8% em 2010; governo priorizou programas de transferência de renda: A saúde perdeu espaço no Orçamento da União ao longo dos últimos dez anos, enquanto o governo federal preferiu priorizar, na área social, a expansão dos programas de transferência direta de renda para as famílias." ⁵

E nas duas circunstâncias descritas, a rescisão contratual torna-se extremamente onerosa para pessoa idosa, uma vez que, com o processo natural de envelhecimento, evidente o aumento na utilização dos serviços de saúde, e justamente, por prever a inversão da utilização desse serviço em razão da idade que, a proteção à saúde do idoso foi garantida constitucionalmente, obrigando-se o Estado e a sociedade à sua promoção, pelo Estatuto do Idoso.

O princípio da dignidade humana, também contemplado no Estatuto do Idoso, estabelece que deve ser assegurado ao idoso todas as oportunidades e facilidades para preservação de sua saúde física e mental ⁶, devendo para tanto, a sociedade, os órgãos públicos e privados de prestadores de serviços empenharem para sua garantia.

⁵ Folha de S. Paulo – poder A9 de 27.09.2011.

⁶ Art. 2º O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.; Art. 3º É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.; Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende: I – atendimento preferencial imediato e individualizado junto aos órgãos públicos e privados prestadores de serviços à população; Art. 4º Nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei.; Art. 5º A inobservância das normas de prevenção importará em responsabilidade à pessoa física ou jurídica nos termos da lei.; Art. 8º O envelhecimento é um direito personalíssimo e a sua proteção um direito social, nos termos desta Lei e da legislação vigente.

⁴ Art. 397. Parágrafo único – Não havendo termo, a mora se constitui mediante interpelação judicial ou extrajudicial.

Nos dois casos, nenhuma oportunidade ou facilidade foram apresentadas pelas Operadoras para retomada do plano de saúde pelos idosos, mas, apenas a reprodução insensível das cláusulas contratuais contemplando as disposições legais em análise, tudo em função do princípio *pacta sunt servanda*.

Sabedores do que vão enfrentar pela frente, ao terem cancelados os seus planos e seguros de saúde, como altíssimos preços de mercado para sua faixa etária, as carências novamente, muitos deles passam a sofrer de profunda tristeza, temor, depressão, abalo emocional, agravamento de doenças, só para citarmos algumas consequências dessa medida!

Diante disso, então, devemos nos perguntar, afinal, qual o princípio que deve prevalecer entre o princípio *pacta sunt servanda* ou a dignidade da pessoa idosa (o direito à vida e à saúde)?

Se considerarmos única e exclusivamente a hierarquia dos princípios, deve prevalecer a garantia da dignidade da pessoa humana do idoso.

“Cláudia Lima Marques aduz que: “A 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* contrato na sociedade serão levados em conta (...). À procura do *equilíbrio contratual*, na sociedade de consumo, o direito destacará o *papel da lei* como limitadora e verdadeira legitimadora da autonomia da vontade. A lei passará a proteger determinados interesses sociais” (*Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo: RT, 2.ed., p. 74).”¹

¹ Saúde e Responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde. São Paulo: Ed. RT, v. 13, p. 76 – nota de rodapé n.3.

A medida em análise da Lei 9.656/1998 também nos leva a verificar **dois** tratamentos distintos em caso de inadimplemento: o habitual onde em caso de mora, o devedor efetua o pagamento em atraso, com multa, correção e juros.

Já os devedores das mensalidades dos planos e seguros saúde, o simples pagamento do débito com acréscimos legais, não os isentarim da rescisão do contrato.

Rescisão que, perante o Código de Defesa do Consumidor, é flagrantemente abusiva, considerando a natureza do contrato, por exigir do consumidor idoso vantagem manifestamente excessiva a qual corresponde a própria rescisão do contrato em total desequilíbrio da relação, ofendendo os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence (CDC, artigos 47, 51, inciso § 1º, incisos e 39, inciso V)⁷, quais sejam, os princípios da boa-fé (CDC, art. 4º, inciso III), hipossuficiência (CDC, art. 6º, inciso VIII) e vulnerabilidade (CDC, art. 4º, inciso I) do consumidor.⁸

Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer assevera: “Outra importantíssima ênfase do Código de Defesa do Consumidor é a estabelecida na cláusula geral de boa-fé. É importante fixar que se exige a presença de boa-fé não somente no momento da celebração do contrato, mas também antes de sua celebração (nas tratativas e na publicidade) e no decorrer de

⁷ Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor; Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: § 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vontade que: I – ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence; II – restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual; III – se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.; Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: V – exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva;.

⁸ Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I – reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; III – harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores; Art. 6º São direitos básicos do consumidor: VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;.

sua execução. Assim, a conduta dos contratantes, no transcorrer da execução do contrato, deve obedecer à mais estrita boa-fé.”⁹

A hipossuficiência constitui-se no caso, na falta ou incapacidade técnica de compreensão de uma regra tão intrincada: que a somatória dos dias de atraso, de forma consecutiva ou não, perfazendo mais de sessenta dias, nos últimos doze meses de vigência contratual, pode acarretar na rescisão do contrato.

“No que tange à vulnerabilidade do consumidor, Fábio Konder Comparato explora interessante perspectiva, ressaltando que os consumidores são aqueles que não dispõem do controle sobre bens de produção e, por conseguinte, devem se submeter ao poder dos titulares destes. (...)”¹⁰

As circunstâncias ora narradas, integram outra assustadora realidade que os idosos, principalmente, dos contratos antigos (aqueles celebrados antes da vigência da Lei 9.656/1998), vêm enfrentando, mesmo após ter completado os 60 anos de idade: reajustes por faixa etária.

Para assegurar o direito de permanecer sem o susto econômico, os idosos têm recorrido às ações judiciais, onde “O juiz ao interpretar o contrato não será um simples servidor da vontade das partes será, ao contrário, um servidor do interesse geral. Ele terá em vista tanto o mandamento da lei e a vontade manifestada, quanto os efeitos sociais do contrato e os interesses das partes protegidos pelo direito em sua nova concepção social.”¹¹

E a interpretação dos nossos Tribunais, pode ser conferida nos trechos do aresto a seguir destacado: “... dado o relevo que prevalece em sede de cláusula que

busca tornar onerosa, discriminatória e proibitiva para o idoso sua intenção de manter-se filiado em plano de saúde e seguro, é que ela se situa como ineficaz, a não poder operá-la diante dos contratantes idosos, sob as penas de ferimento de direitos básicos, de iguais no plano constitucional.” “Senão mais, no plano chão e real, estando os cidadãos em geral desassistidos pelo Estado em matéria de saúde pela falência do sistema público de saúde, bem presente tem-se que a idéia do seguro saúde e pelos que ostentam potencial econômico é sua consecução continuada no correr do tempo, em uma parceria indefinida.” “Não se tem que essa política de faixa etária para os idosos constitua para a seguradora possuir esse mesmo interesse, pois a onerosidade excessiva para o idoso, seja por não mais dispor de potencialidade para receitas financeiras em correspondência, como por estar exposto com risco maior às doenças, deixa visto que seu desejo é encerrar a relação.” “Assim agindo, está a desfigurar o equilíbrio e a finalidade social como razão de sua atuação neste segmento, a ficar impedida de poder granjear vantagem indevida e politicamente incorreta”, (cf. Apelação Cível nº 209.812.4/4 – São Paulo).”¹²

5. Conclusão

As perspectivas são preocupantes, na medida em que, carteiras contemplando em grande parte pessoas idosas são vendidas para outras, sendo que o nível dos atendimentos e dos serviços prestados por novas Operadoras são questionáveis por apresentarem baixa qualidade: “Saúde. Empresa que comprou a carteira informou que, a partir do dia 20, internações, consultas e exames serão feitos em rede que não inclui o hospital. Cerca de 500 beneficiários com mais de 60 anos serão afetados. Para advogados, há margem para ação judicial. (...) A carteira, que foi vendida para

⁹ Saúde e Responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde. São Paulo: Ed. RT, v. 13, p. 77.

¹⁰ Saúde e Responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde. São Paulo: Ed. RT, v. 13, p. 77 – nota de rodapé n.4.

¹¹ Contratos no Código de Defesa do Consumidor, vol. I, 3ª edição, 1998, Ed. Revista dos Tribunais, p. 123

¹² Jurisprudência colacionada por D. Juíza Violeta Miera Arriba, da 2ª Vara do Juizado Especial Cível do Foro Regional I – Santana/São Paulo.

outra operadora, é composta de aproximadamente 500 pessoas – todas com mais de 60 anos. Boa parte delas se associou ao hospital na década de 60, quando a instituição buscava dinheiro para expansão. Em troca, receberam garantia de assistência médica.”¹³

Resta-nos honrarmos com os compromissos assumidos na promulgação da nossa Carta Magna, em 5 de outubro de 1998:

¹³ O Estado de S. Paulo – Vida A20 de 11.12.2010.

“PREÂMBULO

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.”

Referências

Constituição Federal de 1988

Código de Defesa do Consumidor

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 13ª edição. Ed. Saraiva, 1987

Estatuto do Idoso

Lei 9.656/1998

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo. Ed. RT, 3 ed., 1998

MARQUES, Cláudia Lima e outros coordenadores. **Saúde e Responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde**. São Paulo: Ed. RT, v. 13, 1999.

Revista



A Suspensão da Comercialização dos Planos de Saúde

Sumário

1. Introdução
 2. A Constituição Federal
 3. O Código de Defesa do Consumidor
 4. O Sistema de Saúde Suplementar
 5. A Agência Nacional de Saúde Suplementar
 6. A Fiscalização da Ans
 7. A Suspensão da Comercialização dos Planos De Saúde
 8. Considerações Finais
- Referências Bibliográficas

Palavras-chave: Consumidor; Assistência à Saúde; Saúde Suplementar; Planos de Saúde; Fiscalização; Suspensão dos Planos de Saúde



Maria Stella Gregori - Advogada. Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP. Professora da Faculdade de Direito da PUC/SP. Foi Diretora da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e Assistente de Direção do Procon/SP.

1. Introdução

O presente artigo objetiva tratar sobre a suspensão de comercialização dos planos de saúde pela Agência Nacional de Saúde Suplementar.

O texto irá abordar sobre as inovações trazidas pela Constituição Federal de 1988 para o ordenamento jurídico, especialmente, no que se refere aos campos da saúde e da proteção do consumidor. A seguir, passa-se a comentar o Código de Defesa do Consumidor, para demonstrar que a prestação de serviços no setor privado de saúde se configura como relação de consumo. Em seguida, tratar-se-á sobre o sistema de saúde suplementar e a Agência de Saúde Suplementar - ANS e, especialmente sobre seu papel fiscalizador. Por fim, comentar-se-á sobre a suspensão da comercialização dos planos de saúde, demonstrando que ANS, criou possibilidade diversa da lei reitora ao criar por meio de Resolução Normativa esse instrumento, ultrapassando os limites impostos pela legislação vigente, ao inovar na ordem jurídica.

2. A Constituição Federal

No Brasil, a partir da Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988, há transformações significativas no ordenamento jurídico. Inaugura-se uma nova era com a re colocação da sociedade no plano democrático e a inserção dos direitos sociais como valores supremos do Estado Democrático de Direito. Esta Constituição é a primeira a institucionalizar os direitos humanos, consagrando entre as garantias fundamentais, o direito à saúde e a proteção do consumidor.

Conhecida como Constituição Cidadã, agrega a concepção da solidariedade social, privilegiando uma categoria de direitos extrapatrimoniais, afirmando a preponderância do coletivo sobre o individual, ao incorporar como princípio maior a

dignidade da pessoa humana, postulado que norteia a interpretação de todos os direitos e garantias conferidos ao indivíduo e à coletividade. Consagra, também, os princípios do valor social do trabalho e da livre iniciativa, da solidariedade social e da igualdade substancial.

A Constituição determina que a ordem econômica será regida pelos primados da livre concorrência, da função social da propriedade, da redução de desigualdades, da defesa do meio ambiente e do consumidor.

A dignidade da pessoa humana, individual ou coletivamente considerada pressupõe um piso vital mínimo, que assegure os direitos sociais, enumerados, exemplificativamente, no art. 6º, da Constituição, em consonância com o respeito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado para as atuais e futuras gerações, como nos diz o art. 225.

Os direitos sociais são direitos fundamentais e englobam temas como: educação, saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados.

No campo da saúde, a Constituição mostra-se um documento inovador e arrojado, ao conferir nova dimensão aos sistemas públicos de proteção social. A saúde tomou parte da definição de seguridade social, em seu art. 194, como "um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinado a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social".

Saúde é, pois, um direito social básico, fundada nos princípios da universalidade, equidade e integralidade. Segundo o art. 196, saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, e ao acesso universal e igualitário

Revista



SÃO PAULO

às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Nesse sentido, a política estatal na área de saúde deve proporcionar o acesso a todos, propiciando a redução de desigualdades e não podendo criar quaisquer distinções entre os brasileiros.

A Constituição trata as ações e serviços de saúde com o enfoque do bem estar social, definindo claramente que o sistema que adotou envolve tanto a participação do setor público como da iniciativa privada na assistência à saúde. A prestação dos serviços pode se dar pelo Estado diretamente ou pela iniciativa privada, conforme o art. 199, não havendo, portanto monopólio estatal nesse setor. No entanto, dada à sua relevância pública, as ações e serviços de saúde devem ser regulamentados, fiscalizados e controlados pelo Poder Público, segundo o art. 197.

O sistema de saúde brasileiro se caracteriza, portanto, por seu hibridismo, sendo marcante a interação entre os serviços públicos e a oferta privada na conformação da prestação de serviços de assistência à saúde, dando origem a dois subsistemas. De um lado está o subsistema público, que incorpora a rede própria e a conveniada ou contratada ao Sistema Único de Saúde - SUS e, de outro, está o subsistema privado que agrupa a rede privada de serviços de assistência à saúde e a cobertura de risco pelas operadoras de planos de assistência à saúde.

A saúde pública no Brasil é prestada por meio do SUS, regulamentada pelas Leis nºs 8.080, de 19.09.90 e 8.142, de 28.12.90.

O sistema privado de saúde engloba a prestação direta dos serviços por profissionais e estabelecimentos de saúde ou a intermediação dos serviços, mediante a cobertura dos riscos da assistência à saúde pelas

operadoras de planos de assistência à saúde.

Em relação à proteção do consumidor a Constituição, também, foi moderna ao alçá-la como garantia de linhagem constitucional. O Direito do Consumidor foi tratado em nossa Carta, em vários de seus dispositivos, destacando-se primeiramente como item da cesta de direitos individuais e coletivos, conforme expressa o art. 5º, XXXII, ao determinar o dever do Estado brasileiro de promover na forma da lei, a defesa do consumidor e estabelecendo-a como princípio informador da ordem econômica brasileira, por força do mandamento inscrito no art. 170, V. Nesse sentido, o art. 48 das Disposições Transitórias dita, pontualmente, a elaboração do Código de Defesa do Consumidor.

3. O Código de Defesa do Consumidor

O Código de Defesa do Consumidor - CDC, materializado na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, e regulamentado pelo Decreto nº 2.181, de 20 de março de 1997, é o primeiro regramento específico do mercado de consumo no direito brasileiro. O CDC tem, pois, raiz constitucional. Todo o princípio da proteção ao consumidor acha-se constitucionalmente assegurado. Ele criou um microsistema próprio por se colocar-se, no ordenamento, como lei principiológica, isto é, a ela devem subordinar-se todas as leis específicas quando tratarem de questões atinentes às relações de consumo.

Os princípios fundamentais reitores das relações de consumo, que devem orientar todo o sistema jurídico estão dispostos nos primeiros sete artigos do CDC, são: o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor; a boa-fé objetiva, a transparência; educação e informação; proibição das cláusulas abusivas e responsabilidade civil objetiva do fornecedor.

A matéria regulada pelo CDC é a relação de consumo, assim entendida a relação jurídica existente entre

dois sujeitos: o consumidor¹ e o fornecedor², tendo por objeto a aquisição de produtos³ ou utilização de serviços⁴.

Esses requisitos devem necessariamente coexistir para se aplicar o CDC. Se alguns destes requisitos não se enquadrarem não há relação de consumo e não se aplica o CDC.

Retomando à temática da saúde, verifica-se que a relação jurídica de consumo nos serviços de assistência à saúde, entre o consumidor, configurado como os titulares de planos de saúde, os seus dependentes, os agregados, os beneficiários, os usuários, ou seja, todos os que utilizam ou adquirem serviços de saúde como destinatários finais ou equiparados, e o fornecedor, o qual pode ser operadora de planos de assistência à saúde, hospitais, clínicas, laboratórios ou médicos, todos aqueles que prestam assistência à saúde no mercado de consumo, está amparada pelo Código de Defesa do Consumidor.

4. O Sistema de Saúde Suplementar

Dez anos após a promulgação da Constituição Federal e oito da edição do Código de Defesa do Consumidor, dá-se a entrada do marco regulatório do sistema de saúde privado, também chamado supletivo ou suplementar. Surgiu com aprovação da Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998, e das Medidas Provisórias que sucessivamente a alteraram, hoje em vigor a Medida Provisória nº 2.117-44, de 24 de agosto de 2001, que dispõe sobre os planos privados de assistência à saúde, os chamados Planos de Saúde, incluindo, também, nessa terminologia, os Seguros-Saúde, que aguarda, até hoje, deliberação do Congresso Nacional. Antes, a normatização desse setor só existia para o seguro-saúde⁵ e, mesmo assim, apenas nos aspectos econômico-financeiros dessa atividade.

A Lei nº 9.656/98 impõe uma disciplina específica para as relações de consumo na saúde suplementar, além de estabelecer normas de controle de ingresso e permanência e saída das operadoras nesse mercado, estabelecer normas relativas à solvência e liquidez dessas operadoras, a fim de preservar sua sustentabilidade e transparência.

5. A Agência Nacional de Saúde Suplementar

No governo Fernando Henrique Cardoso, inicia-se a Reforma do Aparelho do Estado, consolidando um novo modelo: o Estado Regulador. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 174, ao dispor sobre a ordem econômica, fixou o papel do Estado como agente normativo e regulador e como executor subsidiário de atividades econômicas. Nesse diapasão, surgem as Agências Reguladoras⁶, órgãos do Estado, integrantes do setor das atividades exclusivas.

A partir de 2000, o setor de saúde suplementar passou a ser regulado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS⁷, agência reguladora vinculada ao Ministério da Saúde.

A ANS tem como escopo fiscalizar, regulamentar e monitorar as operações de planos privados de assistência à saúde, disciplinando e controlando as pessoas jurídicas que atuam nesse setor, no intuito de inibir práticas lesivas ao consumidor, estimular comportamentos que reduzam os conflitos e promovam a estabilidade do setor. Ela não regula todos os serviços de saúde, tais como prestadores de serviços, médicos, hospitais, medicamentos, mas apenas as operadoras de planos de assistência à saúde.

1 Arts. 2º; 2º parágrafo único; 17 e 29, CDC.

2 Art. 3º, CDC.

3 Art. 3º § 1º, CDC.

4 Art. 3º § 2º, CDC.

5 Decreto Lei nº 73/66 e Resoluções do Conselho Nacional de Seguros Privados

6 Na esfera federal foram criadas a ANEEL, ANATEL, ANP, ANVISA, ANS, ANA, ANTT, ANTAQ, ANCINE e ANAC.

7 A ANS foi criada pela MP nº 1.628, de 25.11.99, reeditada pela MP nº 2.012-2, com posterior promulgação da Lei nº 9.961, de 28.01.00.

Cabe salientar que, segundo Leila Cuellar⁸, as Agências Reguladoras são “pessoas jurídicas de direito público, com estrutura formal autárquica e competência para regulamentar, contratar, fiscalizar, aplicar sanções e atender os reclamos dos usuários/consumidores de determinado serviço público ou atividade econômica”.

A função essencial das Agências é a de executar as políticas de Estado de orientação e planejamento da economia, com vistas à eficiência do mercado, corrigindo, ou, ao menos, atenuando suas falhas, tais como: assimetria de informações, abuso do poder de mercado. Isso se dá por meio de intervenção direta nas decisões dos setores econômicos, como por exemplo, a formação de preços; competição; entrada e saída do mercado; garantias de operação, etc.

As Agências Reguladoras não se inserem no Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, pois o foco de atuação não está em resolver conflitos pontuais, agindo sobre os agentes de mercado sob a perspectiva de solução de casos concretos. A regulação se processa sobre o setor regulado como um todo, na busca de um modelo que privilegie a ética e as boas práticas empresariais, com respeito ao direito dos consumidores. As Agências detêm o poder fiscalizatório e normativo para regulamentar o setor. A defesa do consumidor para as Agências é prospectiva e preventiva, agem de forma macro em relação à sua proteção, sua atuação é imparcial, na promoção do equilíbrio entre fornecedores e consumidores.

Já a atuação dos órgãos de proteção e defesa dos consumidores é exclusivamente dirigida a eles e centrada na conciliação de casos concretos e em dimensão pontual.

Cabe comentar, sucintamente, que as Agências Reguladoras dentro de suas competências legais, podem regulamentar as normas emanadas pelo Poder Legislativo, ou seja, podem editar regulamentos

respeitando a lei. No entanto, a regulamentação de uma lei não pode ultrapassar os limites por ela impostos, não podendo inovar na ordem jurídica, não se pode criar ou extinguir direitos. Todos os atos administrativos encontram-se submetidos aos ditames legais, sob pena de serem considerados ilegais e inválidos.

Nesse diapasão, ensina-nos Leila Cuellar⁹ que “os regulamentos não podem desrespeitar as normas e princípios de direito que lhe são superiores. É-lhes vedado modificar, suspender, derrogar ou revogar as normas e princípios constitucionais, ou contrariar a lei, entendida em sentido amplo”.

A ANS, dentro de suas competências legais, pode regulamentar as normas emanadas pelo Poder Legislativo, ou seja, pode editar regulamentos observando os ditames do Código de Defesa do Consumidor e respeitando a lei dos planos de saúde, isto é, a Lei 9656/98. No entanto, a regulamentação da lei não pode ultrapassar os limites por ela impostos, não podendo inovar na ordem jurídica, não se pode criar ou extinguir direitos. Todos os atos administrativos encontram-se submetidos aos ditames legais, sob pena de serem considerados ilegais e inválidos.

6. A Fiscalização Da ANS

A fiscalização é a ação central da ANS e se desenvolve de duas formas: a fiscalização direta, pela verificação do cumprimento da legislação reitora por agentes especialmente designados e investidos no poder de polícia para esse fim; e a fiscalização indireta, realizada por meio de ações de monitoramento e acompanhamento do mercado.

A ANS iniciou o processo de regulação do setor, editando normas que permitissem a coleta de informações desse mercado. Disciplinou critérios de ingresso, operação e saída do setor; instrumentos de acompanhamento

⁸ Leila Cuellar. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 81.

⁹ Leila Cuellar. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 124.

econômico-financeiro das operadoras; condições essenciais para registro de produtos; aplicação de penalidades por descumprimento da lei e sua regulamentação; transferência de carteiras; e procedimentos para controle e adequação de preços.

Em um segundo momento, a ANS intensificou sua atuação no sentido de sanear e profissionalizar esse mercado setorial.

A fiscalização direta, inicialmente, exercida por meio de dois programas: o Cidadania Ativa e o Olho Vivo.

O foco do Programa Cidadania Ativa está na participação do consumidor quando faz suas denúncias à ANS, ao passo que o foco do Olho Vivo está na fiscalização permanente, que envolve a verificação das atividades das operadoras como um todo em relação ao cumprimento integral da legislação aplicável ao setor.

A partir de 2006¹ há uma mudança no enfoque da fiscalização direta, que passou a assumir um caráter mais leniente ao criar a mediação ativa de conflitos através do instituto da reparação voluntária e eficaz² e da notificação de investigação preliminar – NIP.³ A NIP é um instrumento de mediação que visa a solução consensual de conflitos entre consumidores e operadoras de plano de assistência à saúde. A partir de 2014, passa a incluir além dos procedimentos assistenciais, os não assistenciais. Todas as NIPs recebidas pela ANS são objeto de monitoramento, de acordo com o índice de fiscalização

1 A partir de 2006, o Programa Cidadania Ativa deixou de ser classificado como programa e assumiu a feição de Atendimento, mantendo sua competência original.

2 Considera-se reparação voluntária e eficaz a ação comprovadamente realizada pela operadora que resulte no cumprimento útil da obrigação.

3 O procedimento NIP, regulamentado inicialmente pela RN nº 226, de 05.08.2010, modificada pela RN nº 343, de 17.12.13, configura-se em instrumento de mediação que visa a solução consensual de conflitos entre consumidores e operadoras de planos de assistência à saúde. Ela pode ser assistencial, quando se referir à cobertura assistencial e, não assistencial, quando tratar de outros assuntos que não a cobertura assistencial, desde que o consumidor seja diretamente afetado pela consulta e a situação seja passível de mediação.

Essas modificações mostram que houve uma flexibilização dos procedimentos sancionadores, possibilitando a criação de um mecanismo de exclusão de punibilidade, ainda que tenha chegado ao conhecimento do órgão fiscalizador prática infrativa à Lei 9.656/1998 que, em seu art. 25,¹ estabelece claramente aplicação de penalidades nos casos de infrações aos seus dispositivos e regulamentos.

1 Art. 25 da Lei nº 9.656/1998: "As infrações dos dispositivos desta Lei e de seus regulamentos, bem como aos dispositivos dos contratos firmados, a qualquer tempo, entre operadoras e usuários de planos privados de assistência à saúde, sujeitam a operadora dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1.º do art. 1.º desta Lei, seus administradores, membros de conselhos administrativos, deliberativos, consultivos, fiscais e assemelhados às seguintes penalidades, sem prejuízo de outras estabelecidas na legislação vigente: I – advertência; II – multa pecuniária; III – suspensão do exercício do cargo; IV – inabilitação temporária para exercício de cargos em operadoras de planos de assistência à saúde; V – inabilitação permanente para exercício de cargos de direção ou em conselhos das operadoras a que se refere esta Lei, bem como em entidades de previdência privada, sociedades seguradoras, corretoras de seguros e instituições financeiras; VI – cancelamento da autorização de funcionamento e alienação da carteira da operadora".

Do exame da Lei 9.656/1998 verifica-se que a ANS tem competência para fiscalizar e impor multas nos casos de infração, mas observa-se, também, que o legislador criou dois mecanismos que possibilitam a resolução de conflitos e consequente extinção de punibilidade mediante o denominado Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta – TCAC, pacto celebrado com as operadoras, pelo qual elas se comprometem expressamente a cessar as irregularidades e reverter seus efeitos e o Termo de Compromisso, voltado à implementação de práticas que consistam em vantagens para os consumidores.

Portanto, na medida em que a ANS toma conhecimento de prática infrativa, ela tem o dever de abrir processo administrativo sancionador, que tão somente poderá ser suspenso com o firmamento desse termo entre a ANS e a operadora.

Percebe-se claramente que a ANS criou possibilidade diversa da prevista na lei reitora para solução de conflitos, ao criar instância preliminar à instauração de processo administrativo sancionador.

É necessário ressaltar que a ANS tem competência para regulamentar a Lei 9.656/1998 e sua lei de criação, a Lei 9.961/2000, de modo que não cabe ao órgão regulador ultrapassar os limites impostos pela legislação vigente. A ANS não pode inovar na ordem jurídica. Nesse ponto, é importante frisar que as agências reguladoras não foram concebidas para ser órgão conciliador, mas foram criadas na esteira de regulamentar e fiscalizar os setores regulados. O foco de atuação das agências reguladoras, e também da ANS, não está na solução de conflitos pontuais, pois devem agir sobre os agentes do mercado sob a perspectiva de solução de casos concretos. A regulação se processa sobre o setor regulado como um todo na busca de um modelo que privilegie a ética e as boas práticas empresariais, com respeito ao direito dos consumidores. Além da fiscalização, as agências detêm poder normativo para regulamentar o setor. As agências reguladoras atuam de forma imparcial, na promoção do equilíbrio entre os atores do mercado.

seja diretamente afetado pela conduta e a situação seja passível de mediação.

Os resultados são divulgados a cada três meses. Essas avaliações têm como finalidade mensurar o risco à qualidade ou à continuidade do atendimento. Se for constatado o descumprimento reiterado das operadoras, podem gerar desde a suspensão da comercialização de parte ou de todos os planos até a recomendação de elaboração de plano de recuperação assistencial, a instauração de regime especial de Direção Técnica e o afastamento dos dirigentes da operadora.

Para a ANS a suspensão da comercialização de planos de saúde é uma das medidas preventivas aplicadas para induzir a mudança de comportamento das operadoras e melhorar a qualidade do atendimento prestado aos beneficiários de planos. O objetivo da suspensão da comercialização é que os consumidores desses planos obtenham efetiva melhora na assistência prestada.

Já no que se refere efetivamente à proteção dos interesses dos consumidores, e no que tange a mediação de conflitos nesse universo, existem os órgãos para sua defesa, cuja atuação é a eles exclusivamente dirigida e centrada na conciliação de casos concretos e em uma dimensão pontual.

7. A Suspensão dos Planos de Saúde

A ANS criou o programa de Monitoramento da Garantia de Atendimento aos consumidores pelas operadoras de planos de assistência à saúde, que, inicialmente, acompanhava e avaliava as queixas dos consumidores a respeito do descumprimento de prazos máximos de atendimento, depois foi ampliado incorporando as negativas de cobertura assistencial e agora será também, incluído outros assuntos que não a cobertura assistencial, desde que o consumidor

A ANS ao instituir essas regras embasou-se no art. 9º, §§ 2º e 4º da Lei nº 9.656/98, que se referem aos produtos apresentados para registro, permitindo a suspensão da comercialização de todo ou de parte, caso identificar qualquer irregularidade contratual, econômico-financeira ou assistencial. Este dispositivo legal trata do ato de cadastro e registro do produto. Já o dispositivo legal que dá poder de polícia à ANS, a partir do registro dos produtos, é o art. 25 da Lei nº 9.656/98, como já comentado. Não há, portanto, previsão legal para a suspensão da comercialização de planos de saúde, após o seu registro na ANS.

Dessa forma, a ANS introduziu regra por meio administrativo, sem previsão legal, isto é, inovou no ordenamento jurídico.

8. Considerações Finais

A regulação, da qual se incumbe a ANS, se processa sobre o setor regulado como um todo, na busca de um modelo que privilegie a ética e as boas práticas empresariais, com respeito ao direito dos consumidores.

Portanto, a ANS dentro de suas competências legais, pode regulamentar as normas emanadas pelo Poder Legislativo, ou seja, pode editar regulamentos, observando os ditames do Código de Defesa do Consumidor e respeitando a lei, isto é, a Lei 9656/98. No entanto, a regulamentação da lei não pode ultrapassar os limites por ela impostos, não podendo inovar na ordem jurídica, não se pode criar ou extinguir direitos. Todos os atos administrativos encontram-se submetidos aos ditames legais, sob pena de serem considerados ilegais e inválidos.

A ANS, na medida em que toma conhecimento de prática infrativa, ela tem o dever de abrir processo administrativo sancionador, dando às operadoras de planos de assistência à saúde a possibilidade de defesa, obedecendo aos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

A ANS vem monitorando o mercado com base em uma regra que cria a possibilidade de suspensão da comercialização de parte ou de todos os produtos da operadora, quando não respeitados os prazos máximos de atendimentos das coberturas mínimas exigidas pela lei, ampliados também, para qualquer caso de negativa de cobertura assistencial ou outros assuntos que não assistenciais, mas que o consumidor seja afetado.

A ANS poderia fazer esse monitoramento? Sim, desde que seguisse as determinações e limites previstos na lei. No entanto, percebe-se claramente que a ANS criou possibilidade diversa da lei reitora ao criar por meio de Resolução Normativa o instrumento de

suspensão de comercialização dos planos de saúde.

Nesse diapasão, a ANS não poderia ter editado tal regra, pois sua competência é para regulamentar a Lei 9.656/98, de modo que não lhe cabe como órgão regulador ultrapassar os limites impostos pela legislação vigente. A ANS não pode inovar na ordem jurídica.

Não se tem dúvida de que o Brasil dispõe de um sistema normativo avançado, possui órgãos de proteção e defesa do consumidor e agência reguladora, que atuam, no intuito de inibir práticas lesivas e estimular comportamentos que reduzam os conflitos e promovam a estabilidade do mercado. Mas tudo deve estar sujeito a regras e normas previstas no arcabouço legal, que é elogiável pela sua extensão regulatória, mas não pode ultrapassá-lo, pois, aí fere um dogma: o Estado Democrático.

Referências Bibliográficas

CUELLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001.

GREGORI, Maria Stella. **Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor**. 3ª ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2011. (Biblioteca de Direito do Consumidor; v. 31)

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto- Lei 8078, 11 de setembro de 1990**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

Revista



Novas Tecnologias Aplicadas Ao Sistema De *Home Care*

Sumário:

1. Introdução
2. Histórico
3. Tecnologia Aplicada
4. Conclusões

Referências Bibliográficas

Palavras-chave: *Home Care*, Tecnologias, Atendimento domiciliar, Internação domiciliar, Telemedicina, desospitalização.



Regina Celia Manzano - Advogada; Pós-graduanda em Direito e Processo Civil; Formada em Computação pela Universidade Mackenzie.

1) Introdução

O termo *Home Care* tem sido difundido com o sentido de dar ao paciente, que recebeu alta hospitalar, a continuidade do tratamento em sua residência (visita, atendimento e internação). Percebe-se, portanto, que a relação entre a desospitalização¹ e a humanização dos cuidados de que o paciente necessita - seja fornecendo o suporte para que o tratamento tenha continuidade em casa, ou dando manutenção nos cuidados que a condição de sua enfermidade exige -, fazem parte de uma estratégia cada vez mais adotada por instituições hospitalares, que visam combater os custos crescentes das longas internações e promover a redução da falta de leitos disponíveis nos serviços de saúde.

Em conformidade com essa tendência, o IBGE divulgou que a expectativa de vida dos brasileiros passou de 74 anos em 2011, para 74,6 anos em 2012. Esse acréscimo é bastante significativo, considerando as projeções apontando o fato de que os idosos no Brasil deverão representar 26,7% da população em 2060.

Proporção 3,6 vezes maior do que a atual !

Em razão do crescente envelhecimento da população, e do aumento de doenças crônicas na população em geral, precisaremos cada vez mais de ferramentas e recursos capazes de atender à essa demanda por tratamento médico fora das instituições hospitalares.

2) Histórico

Nos EUA, a partir do século XIX, a tradição de *Home Care* teve início, derivando de iniciativas privadas. Através da Sociedade Beneficente de Charleston foram criados programas para atendimento aos doentes

pobres. As empresas de *Home Care* eram constituídas principalmente por profissionais de enfermagem.

Na Europa, a primeira vez que formalizaram a prática do que hoje conhecemos como *Home Care*, foi na cidade de Paris, em meados do século XX, cujo objetivo era prestar assistência domiciliar a pacientes crônicos e terminais.

No Brasil, com a profissionalização das enfermeiras visitadoras, deu-se o primeiro passo significativo para a adoção da prática de atenção à saúde domiciliar. Num segundo momento, o Hospital do Servidor público de São Paulo implantou, como atividade planejada do setor público, a Atenção à Saúde Domiciliar, cujo objetivo, já àquela época, era a redução do prazo de ocupação dos leitos hospitalares, oferecendo em contrapartida um conjunto que abrangia cuidados de baixa complexidade clínica. A efetiva regulamentação da prática de *Home Care*, se deu apenas em 26/01/2006, por meio da Resolução nº 11, pela Anvisa.

Em muitos países, decorrendo de evoluções sociais, políticas e econômicas, o *Home Care* se converteu na disponibilização de tratamentos multidisciplinares fora do ambiente hospitalar. Destacam-se dentre as muitas ofertas: a terapia ocupacional, fisioterapia, nutrição clínica, internação domiciliar, controle de doenças crônicas e trabalho social. Como parte do desenvolvimento, a pesquisa e adoção de novas tecnologias voltadas para a otimização das terapias e cuidados oferecidos se fazem necessárias, tendo como objetivo a melhoria da qualidade dos serviços e a resposta do paciente ao tratamento.

¹ Termo utilizado na área da saúde, que significa: "ato ou resultado de (se) desospitalizar ou de receber alta do hospital". (de des + (h)ospitalização).

Embora o termo americano *Home Care* tenha chegado ao país há mais de três décadas, houve enorme resistência ao seu uso; apesar dessa resistência inicial, a adoção do anglicismo foi inevitável. Contudo, surgiram outras terminologias, como: Atenção Domiciliar à Saúde, Internação Domiciliar de Saúde e muitos outros, com a simples intenção de comunicar a ideia de “cuidados no lar”.

Em 1990, o termo Atendimento Domiciliar e Internação Domiciliar passaram a vigorar; posteriormente a essa data, muitos outros foram criados. Não havendo consenso sobre a nomenclatura correta, nem predileção por algum termo em particular, o mercado acabou por adotar a antiga expressão americana: *Home Care*, para descrever o procedimento de continuação do tratamento hospitalar no domicílio do paciente. No entanto, mesmo o conceito de domicílio não é restrito à ideia de residência, considerando que o sistema *Home Care* pode ser levado a outros locais, diferentes da efetiva residência, desde que a sua localização não seja distante o suficiente para prejudicar a troca de informações entre o paciente e os responsáveis pelos cuidados de seu restabelecimento domiciliar.

3) Tecnologia Aplicada

Não se pode negar o impacto que o desenvolvimento e a aplicação de novas tecnologias têm sobre a forma como realizamos nossas tarefas no dia a dia. Há alguns anos era impensável a transmissão de dados via wireless ou aparelhos com alta definição de imagens.

É, portanto, no setor de saúde, que um sistemático desenvolvimento tecnológico se faz necessário, pois

considerando que a população está com a maior porcentagem de idosos e de doentes crônicos da história - que requerem maior atenção médica - este setor se vê frente à crescente demanda por recursos terapêuticos e diagnósticos de alto custo, onerando tanto os cofres públicos quanto as operadoras de saúde.

Há uma enorme capacidade de ampliação e aproveitamento de recursos de alta tecnologia a ser aplicada ao segmento de *Home Care*. Estima-se que grande parte dessa oferta, se concentre na presença de mão de obra especializada junto ao paciente (principalmente enfermeiros e auxiliares), havendo pouca disponibilização de tecnologia de monitoramento.

Percebe-se que a infraestrutura do *Home Care* esteja sofrendo ampliação em função do acesso a equipamentos e produtos médicos duráveis, como: macas, andadores, cadeiras de rodas, tapetes de segurança, etc. Ao cercar-se desses produtos, é possível ao paciente e seus responsáveis, reproduzir a segurança e praticidade de locomoção e acomodação que seriam oferecidas em um ambiente hospitalar. No entanto, a situação se inverte, quando a questão é a capacidade de proporcionar os cuidados que um ambiente hospitalar, como plantões de enfermagem e rondas médicas periódicas, poderiam oferecer.

Em outras palavras, é necessário que as mais recentes tecnologias desenvolvidas em equipamentos eletromédicos, como: telemedicina, aplicativos para saúde móvel, uso de sensores não invasivos e monitores interligados à estação de controle via transmissão de

dados, sejam empregadas no sistema de *Home Care*, para que haja real monitoramento do paciente, mesmo à distância.

Acreditando que a modalidade de atendimento à saúde domiciliar, ou *Home Care* é uma das maiores tendências na área da saúde na atualidade, Priscila Souza de Avelar, em sua tese, aponta a função do engenheiro clínico como aquela em quem recai o desafio de propor uma plataforma tecnológica, segura e com custo reduzido e efetivo. Avaliando os avanços tecnológicos e elegendo plataformas de e-Saúde, que administrem aplicações integradas voltadas à comunicação das informações relativas ao paciente, diretamente ao profissional que poderá efetivamente analisá-las, resultando em um acompanhamento rápido e seguro do paciente, mesmo nos casos em que a distância seja um fator crítico. Note-se que não importa qual foi o meio de comunicação adotado, podendo, na mesma plataforma, integrarem-se diversas aplicações, como: telemedicina, wireless, Bluetooth e Internet, entre outras.

Um exemplo de aplicação da Tecnologia no cuidado de uma doença crônica em sistema de *Home Care*, é um sensor contínuo de glicose denominado MiniMed Paradigm Real-Time.

Através de um sensor de glicose descartável, inserido na região do abdômen, esse sistema permite a monitoração à distancia de pacientes diabéticos do tipo 1 e 2, medindo os níveis de glicose por 3 dias continuamente. Aliado a um alarme que alerta para quedas ou elevações de glicose no sangue, monitora

e mostra a velocidade dessas alterações em gráficos, das últimas 3 horas. Os valores obtidos pelo sensor de glicose são enviados por sinal de radiofrequência, para o computador do domicílio, a cada 5 minutos. Conta ainda com a função de enviar as informações medidas nas últimas 24 horas, por infravermelho ou qualquer porta de comunicação conectada ao PC.

Ainda nesse sistema, há um software embutido, que permite calcular as doses de insulina necessárias, de acordo com a leitura dos níveis de glicose. Esse software calcula doses para correções das hiperglicemias, também considerando a insulina residual. Após obter essas informações, o paciente deve administrar a dose recomendada, fazendo uso da bomba de infusão de insulina.

Graças a essa tecnologia, o médico que faz o acompanhamento remoto da evolução do quadro crônico, pode tomar decisões terapêuticas mais precisas em relação ao tratamento da diabetes desse paciente em regime de *Home Care*.

Com base nesse exemplo, é fácil perceber o potencial inerente dos programas de Atenção e Internação Domiciliar. Apesar das dificuldades na adaptação inicial, acredita-se que o paciente, quando volta ao lar, responde melhor ao tratamento do que quando está internado.

Já existe a oferta no Brasil de serviços de *Home Care* em que os pacientes são monitorados 24 horas por uma central, onde os dados colhidos dos pacientes são armazenados e atualizados a cada meio minuto, direcionando essas informações aos profissionais habilitados.

Esse monitoramento é feito através de plataforma de telemedicina, por meio de aparelhos de captura de sinais vitais, como: pressão sanguínea, oximetria, temperatura, peso ou nível de glicemia à distancia. Esses aparelhos transmitem os dados via Bluetooth, e os profissionais autorizados podem acessar essas informações, em tempo real, de qualquer computador com acesso à internet, tablet ou smartphone. Quando é verificada uma situação fora da normalidade, a central pode enviar avisos de alerta através de SMS, e-mails ou alarmes no próprio perfil dos pacientes, para que todos os envolvidos com os cuidados – familiares, médicos, enfermeiros e cuidadores – sejam informados e procedam da forma mais adequada.

Obviamente esse tipo de tecnologia não é barata, afinal envolve equipamentos remotos, conexões de banda larga, pessoal qualificado e equipes de apoio. No entanto, é a opção em que há mais investimento, pois o conceito de *Home Care*, por si só, é bastante invasivo para os pacientes e outros moradores da residência, entretanto, acreditam os especialistas que, com a telemedicina essa sensação de invasão é diminuída, por não necessitar da constante presença de uma pessoa, seja esta profissional ou familiar, verificando os sinais vitais do paciente.

Outra questão pertinente ao emprego de tecnologia em *Home Care*, foi a aprovação do Testamento Vital pelo Conselho Federal de Medicina (resolução 1.995/12).

De acordo com essa resolução, os pacientes podem definir, junto ao médico, os limites terapêuticos em sua fase terminal. Dentro desses limites, escolher morrer

em casa, no conforto de seu lar, junto aos seus entes querido, é uma situação que não causa estranheza à natureza humana.

Porém, a desospitalização de um paciente terminal não é tarefa fácil para aqueles que devem cuidar dele. Daí a necessidade de receber todo o suporte e supervisão médica necessária.

Nesse caso, é imprescindível que o serviço de *Home Care* disponha de alta tecnologia, pouco invasiva, como: sistemas de redes wireless para monitoração, modalidades de Telemedicina, técnicas de processamento de imagem para diagnóstico, uso de sensores não invasivos, subcutâneos, etc. Tecnologias estas, que forneçam a supervisão das condições clínicas, ao mesmo tempo em que mantêm o ambiente doméstico do paciente livre de estímulos prejudiciais, repetindo o direito à privacidade da família.

4) Conclusões

Por se tratar de alternativa viável aos custos elevados e crescentes das internações hospitalares, aliada à perspectiva da alta hospitalar e da voltar ao lar, acredito que a Tecnologia associada ao sistema *Home Care*, seja a melhor solução para minimizar os riscos de falhas e maximizar os resultados.

A oferta de um serviço em área essencial é sempre submetida ao crivo da sociedade. Embora o sistema de *Home Care* exista para dar continuidade ao tratamento hospitalar no ambiente doméstico, nem sempre o serviço da operadora responsável pela sua execução é o mais eficiente. Uma das soluções para diminuir as falhas e carências do serviço, baixar os custos, e ampliar a oferta de produtos no segmento, é o investimento em Tecnologia.

Observando a tendência mundial dos hospitais abreviarem as internações - objetivando a liberação de leitos -, o envelhecimento populacional e o aumento da incidência de doenças crônicas, resta claro o grande potencial de crescimento no mercado de *Home Care* de alta tecnologia.

Referências Bibliográficas

AVELAR, Priscila Sousa de. **Modelo de Plataforma E-Saúde como Estratégia de Gestão de Tecnologia Médico-Hospitalar no Home Care: A Engenharia Clínica Incorporada ao Sistema de Home Care.** Florianópolis, 2007. Tese (Mestrado em Engenharia Elétrica) – Programa de Pós-graduação em Engenharia Elétrica, Universidade Federal de Santa Catarina.

BURITI, Maria Carolina. **Home Care: preconceito e regulamentação freiam desenvolvimento.** Disponível em saudeweb.com.br/41875/atencao-domiciliar-preconceito-e-desregulamentacao-freiam-desenvolvimento-da-pratica/ Acesso em 19 fevereiro 2014.

FONTES, Mariana. **TI é essencial para homecare.** Disponível em: deweb.com.br/15998/ti-e-essencial-para-homecare/ Acesso em 21 de fevereiro 2014.

KAYYALI, Basel; KIMMEL, Zeb; KUIKEN, Steve Van. **Alta tecnologia em home care: um potencial inexplorado.** Disponível em www.diagnostico.com.br/noticias/tecnologias/alta-tecnologia-em-home-care-um-potencial-inexplorado.html Acesso em 21 de fevereiro 2014.

SOUZA, Verena. **Doentes terminais x home care.** Disponível em <http://saudeweb.com.br/33298/hebe-camargo-escolheu-morrer-em-casa/> Acesso em 16 fevereiro 2014.

GLOBAL Care investe R\$ 2 milhões em telemedicina. Disponível em saudeweb.com.br/368w09/global-care-investe-r-2-milhoes-em-telemedicina/ Acesso em 16 fevereiro 2014.

INTERNAÇÕES Abreviadas. Disponível em www.einstein.br/einstein-saude/pagina-einstein/Paginas/internacoes-abreviadas.aspx Acesso em 16 fevereiro 2014.

Revista



Efeitos Ultrativos do Contrato de Trabalho e a Obrigação de Manutenção de Planos de Saúde

Sumário:

1. Propósito do artigo
2. A questão dos planos de saúde na suspensão contratual
3. Suspensão e Interrupção contratuais
4. A proteção à saúde jurídica do trabalhador como um conceito amplo

Conclusão

Renato de Sousa Resende - Juiz Titular da 2ª Vara do Trabalho de Poços de Caldas/MG, Doutorando em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo, Mestre em Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Especialista em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho pela PUC Minas Virtual

1. Propósito do artigo

A intenção deste escrito é não apenas reproduzir o estado atual do entendimento do Tribunal Superior do Trabalho sobre a questão da manutenção de planos de saúde instituídos pelo empregador, unilateralmente ou por via coletiva, durante os períodos de suspensão contratual, em casos de prestações previdenciárias de auxílio-doença (comum ou acidentário) e de aposentadoria por invalidez (comum ou acidentária), mas possibilitar abertura para reforçar algo que é muito próprio à formação e interpretação dos institutos do Direito do Trabalho, ou seja, a busca por um método particular, afastado do viés civilista de compreensão das relações privadas.

Nesse sentido, é importante o diálogo do Direito do Trabalho, ou mesmo do Direito Civil, com o Direito Constitucional para elevar a função dos contratos e inseri-los em perspectiva mais ampla, mais isonômica e compensatória, como característica dos Direitos Humanos, ramo no qual o Direito do Trabalho e, em última instância, toda espécie jurídica pode ser compreendida.

Como corolário, a súmula 440 do Tribunal Superior do Trabalho vem aplicar adaptação evolutiva de conceitos tido, majoritariamente, como imutáveis na doutrina trabalhista, como os efeitos decorrentes da suspensão e da interrupção contratuais. Aplicação esta que opta por uma função social do contrato, com fundamento na própria função social do Direito, servindo de exemplo, em visão amplificada, a outras questões, como a permanência de certas

obrigações contratuais além do término do contrato ou mesmo durante outras modalidades de aparente suspensão, como a greve.

Considerado o direito à saúde como abrangente de prestações verticalizadas, mas também horizontais e que a saúde do trabalhador não se restringe apenas a não ocorrência de males físicos derivados de acidentes típicos, porém englobando também o equilíbrio psíquico-social, em ultimação da felicidade humana como verdadeira representação do desiderato do trabalho, é possível argumentar que a súmula 440 do TST é apenas a inicialização de uma tomada de posição em favor de uma teleologia verdadeiramente social em atendimento à ontologia do Direito do Trabalho.

2. A Questão dos Planos de Saúde na Suspensão Contratual

A controvérsia usada como embasamento para o presente diz respeito aos variados casos surgidos e que desembocaram na edição, pelo Tribunal Superior do Trabalho, da súmula 440 (Auxílio-doença acidentário. Aposentadoria por invalidez. Suspensão do contrato de trabalho. Reconhecimento do direito à manutenção de plano de saúde ou de assistência médica. Assegura-se o direito à manutenção de plano de saúde ou de assistência médica oferecido pela empresa ao empregado, não obstante suspensão o contrato de trabalho em virtude de auxílio-doença acidentário ou aposentadoria por invalidez).

Trata-se da solução de uma aparente colisão de direitos entre o empregador, a fazer prevalecer seu ônus restrito ao cumprimento de obrigações contratuais dentro de uma ótica predominantemente civilista e a proteção da saúde do trabalhador como um dever social de magnitude.

Nessa linha, funciona como argumento empresarial, dentre outros, o de que o empregador encontra-se escudado na lei, a teor do artigo 471¹ da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, ao entender pela cessação ou postergação do exercício do plano de saúde em caso de afastamento do empregado, pois o contrato de emprego, durante o período de suspensão, não gera efeitos, à exceção dos depósitos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS, em casos de infortúnio laboral e estes por expressa disposição legal (artigo 15, § 5º da lei 8.036/90). Entendimento em sentido contrário implicaria oneração da atividade empresarial, pois se não há prestação de trabalho não há contraprestação correspondente. Ademais, ocorreria uma incompatibilidade lógica da permanência de um benefício durante a suspensão do contrato, pois, se inexistente o pagamento de salários, de modo correspondente, não haveria como efetuar-se o desconto de cota-parte imposta ao empregado quando da previsão da benesse.

Outro argumento: a concessão de plano de saúde não é imposta legalmente e, portanto, não faz parte dos direitos sociais mínimos que deveriam ser respeitados na formação da relação empregatícia (artigo 444² da CLT). Assim, o plano não seria obrigatório, mas decorreria da opção do empregado em aceitar desconto salarial e ficaria, portanto, adstrito às condições mínimas e restritivas resultantes da criação benéfica de seu empregador (artigo 114³ do Código Civil de 2002).

Ainda, para as hipóteses em que o plano fosse criação da negociação coletiva, o instrumento que dispusesse a respeito do fornecimento de plano de saúde teria que ser compreendido dentro das

limitações legais, isto é, na suspensão contratual nenhum efeito é gerado, notadamente se nada fosse expressamente manifesto no corpo do acordo ou convenção coletiva de trabalho. A hipótese contrária, exceção do comando legal, é que exigiria expressa previsão, isto é, a manutenção de planos de saúde ou odontológicos somente poderia acontecer com clara inserção desta condição.

Essa assertiva sairia reforçada por outra: se a doença não tivesse sido acarretada por culpa imputável à empresa, não haveria como esta arcar integralmente com custeio de algo para o qual não contribuiu. Quando a empresa participa do custeio da seguridade social, recolhendo as contribuições devidas, visa justamente ao suprimento das necessidades do período de suspensão contratual, o qual pode vir a ser prolongado caso haja a conversão do auxílio-doença comum em aposentadoria por invalidez.

Desta maneira, o acesso à saúde seria obrigação exclusiva do Estado, conforme disposto no artigo 196 da Constituição Federal e a garantia de tal dever, bem como a proteção à dignidade humana, consistiria obrigação estatal e as únicas obrigações do empregador, como particular, resumiriam-se ao recolhimento dos tributos taxativamente orientados pelo princípio da legalidade.

Pelo lado dos trabalhadores, os motivos fundam-se, de maneira básica, na responsabilidade social do empregador.

Desta maneira, mesmo em casos em que não tenha provocado o surgimento da doença acometida ao trabalhador a omissão da empresa vem a contribuir determinadamente para o agravamento

1 Art. 471 - Ao empregado afastado do emprego, são asseguradas, por ocasião de sua volta, todas as vantagens que, em sua ausência, tenham sido atribuídas à categoria a que pertencia na empresa .

2 Art. 444 - As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes

3 Art. 114. Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente

da saúde do empregado, além de prejudicar seus dependentes, os quais restam afetados por reflexo na medida em que os custos com a manutenção da saúde do adoentado pesam no orçamento familiar e são repartidos.

Diminui-se, assim, por uma condição estranha ao trabalhador, o equilíbrio econômico financeiro pretendido com a formação do contrato de trabalho ou com a instituição do plano de saúde, visto que, normalmente, os ganhos do trabalhador restam reduzidos quando passa a receber a prestação previdenciária, limitada pelo cálculo normalmente a menor do salário de benefício.

Além disso, mesmo a instituição da benesse ocorrendo pela via negocial coletiva, a leitura de uma cláusula normativa não poderia conduzir automaticamente à conclusão de sua supressão em certas situações. Tais, como exceção, deveriam ser objeto de expressa estipulação. Ou seja, o afastamento dos efeitos em hipótese de suspensão contratual não deveria ser a regra, mas a exceção e, nesta seara, vir detalhadamente disciplinada.

A manutenção do fornecimento do plano de saúde caminhará, assim, afinada com a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana e da proteção da vida e da saúde do indivíduo, valores amparados com galhardia pela nossa ordem jurídica.

Por fim, dentre possíveis argumentos invocados pelos trabalhadores, estaria a ausência de natureza salarial do fornecimento de planos de saúde, como, aliás, seria perceptível pela interpretação da Lei 9.656, de 3 de junho de 1.998, com a redação

da Medida Provisória 2.177-44, de 24 de agosto de 2.001, a qual estatui a continuidade do plano de saúde certo período após o encerramento do contrato de trabalho sem motivação do empregado. Ora, não sendo o plano contraprestativo não há que se depender, obviamente, da existência da prestação de serviços.

Vistos os argumentos dos dois lados, uma primeira conclusão, de tônica muito mais intuitiva do que fundada na lógica jurídica pura e simples é a de que a supressão da assistência médica em períodos de suspensão resulta em uma contradição, se não jurídica, com visível repercussão no mundo dos fatos, pois qual a lógica da instituição de um plano de saúde se no momento em que mais dele se necessita não se pode tê-lo como amparo?

A própria finalidade da benesse pressupõe que seu usufruto vá ocorrer em muitas ocasiões em que o contrato não estará em vigor pleno.

Ademais, há de se clarificar, primeiramente, a assertiva de ausência de produção de efeitos contratuais, à exceção do recolhimento dos depósitos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS.

Cada vez mais, ganha o entendimento de que a sustação da execução contratual pela suspensão não opera efeitos irrestritos e tão amplos como se poderia supor. Assim, além da aplicação do princípio da continuidade, pela preservação do liame empregatício nas hipóteses suspensivas do desenvolvimento contatual normal, persistem também algumas cláusulas contratuais mínimas.

A usar o escólio de Maurício Godinho Delgado (1)

Embora seja comum referir-se, no tocante à suspensão, à sustação plena e absoluta de todas as cláusulas expressas e implícitas do contrato, há que se ressaltar que persistem em vigência algumas poucas cláusulas mínimas do pacto empregatício. Trata-se, principalmente, de cláusulas que dizem respeito a condutas omissivas das partes. Por exemplo, não perdem plena eficácia as regras impositivas de condutas omissivas obreiras vinculadas aos deveres de lealdade e fidelidade contratuais (as condutas de não violação do segredo da empresa ou de não concorrência desleal – art. 482, “c” e “g”, CLT). Também não perdem plena eficácia as regras impositivas de certas condutas omissivas ao empregador (como, por exemplo, as condutas de respeito à integridade física e moral do obreiro- art. 483, “e” e “f”, CLT – e de não denúncia vazia do contrato – art. 471, CLT).

A interpretação meramente literal do artigo 471 da Consolidação das Leis do Trabalho não parece ser a mais correta. Como se percebe, até mesmo a saúde empresarial poderia ficar em risco se prevalecesse a inteligência de que os efeitos se suspendem completamente, de modo absoluto. Poderia o empregado, nesta linha de raciocínio, ver-se liberado dos deveres de respeitar segredo empresarial, ou implementar concorrência desleal ao empregador, e com isso, causar prejuízo à integridade da atividade econômica.

Do mesmo modo, a imposição de condutas

omissivas ao empregador no tocante ao respeito à integridade física e moral do trabalhador inclui, seguramente, evitar interpretações jurídicas para acarretar, de maneira enviesada, o desrespeito à vida e à dignidade.

Destarte, a distinção adotada por alguns doutrinadores entre casos de suspensão motivados pela conduta lícita ou ilícita do empregado e aqueles outros em que o motivo é estranho à vontade do trabalhador ganha pertinência.

Tomados os exemplos da prestação de serviço militar ou o afastamento em virtude de acidente do trabalho, os quais são situações correspondentes ao que a maioria, com esteio na classificação adotada pela CLT, define como suspensão, pela inexecução plena dos efeitos do contrato⁴, não há impedimento para a contagem do tempo de serviço, inclusive para a antiga estabilidade decenal celetista, como se depreende do artigo 4º, parágrafo único da legislação consolidada.

Ou seja, o próprio ordenamento jurídico diferencia casos quando a prestação de serviço militar ou o afastamento em virtude de acidente do trabalho não impedem a contagem do tempo de serviço, apesar de estarmos defronte a hipóteses típicas da chamada suspensão contratual. Além disso, a própria possibilidade de efetuarem-se depósitos junto ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço demonstra a escolha legal de inclusão de alguns efeitos em concomitância com a suspensão contratual.

⁴ A esse propósito, vide a análise de Arnaldo Süssekind (2), com a qual não concordamos totalmente: “Nos casos de suspensão, dado que o contrato não se executa em nenhum de seus aspectos, vigora a regra de que o respectivo período não é computado para efeito de aplicação das normas de proteção ao trabalhador. Os Tribunais do Trabalho têm observado essa norma, esteados na noção jurídica de que, quando o contrato não se executa, não é possível computar-se, para qualquer efeito, o tempo relativo a essa inexecução. Entretanto, a Lei n. 4.072, de 16.6.62, estabeleceu criticável exceção a essa regra, conforme veremos no item seguinte, ao determinar o cômputo do período de prestação de serviço militar, como tempo de serviço do empregado”. (Süssekind, Arnaldo et al. Instituições de Direito do Trabalho. 16ª ed. Atual. São Paulo: LTr, 1996, páginas 488 e 489). A discordância parcial nossa é sobre o fato de que as hipóteses de suspensão e interrupção não são rigidamente tratadas pelo ordenamento jurídico e muitas vezes se embaralham os conceitos. Não haveria, deste modo, nada de rigorosamente criticável no cômputo de tempo de serviço durante o período de prestação de serviço militar.

Assim, se há dependência da escolha legal para definição dos efeitos que cada motivo de afastamento acarretará no contrato e se a lei é somente um dos aspectos que informam a juridicidade⁵, pois a força normativa dos princípios também participa da construção do ordenamento jurídico, deve-se solucionar cada motivo novo de inexecução contratual (e o mundo dos fatos pode estar cheio deles) pelo recurso aos elementos centrais que compõem o Direito do Trabalho e o ordenamento jurídico.

Assim, é importante concentrar o foco nos princípios regentes do Direito do Trabalho e na força normativa de valores consagrados pela Constituição, além de tentar perquirir sobre a teleologia da imposição de hipóteses de suspensão do contrato, ou seja, por que razão o Direito do Trabalho prefere a manutenção do pacto e não a extinção simples.

Muito mais adequado que a intenção de valer-se da interpretação pelas modalidades lógica e racional sobre uma suposta pertinência de uma classificação divisória de hipóteses suspensivas e interruptivas, há de se ter em conta que a finalidade social é que deve permear a exegese da lei, como, aliás, há muito, preconiza a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro⁶, no artigo 5o., para

não falar nos princípios e valores consagrados constitucionalmente.

De acordo com Jorge Luiz Souto Maior (3),

Como já se disse, falar em regulamentação pela lei, restritamente, não significa falar em direito. A construção do direito é um passo além. O direito é um dado cultural. Consiste em agrupar o aglomerado de normas, compondo um conjunto cujos elementos se ligam coerentemente – daí a noção de sistema. O elemento aglutinante desse sistema são os princípios jurídicos. São eles que dão sustentação ao conjunto, influenciando a atuação de legisladores, intérpretes e aplicadores do direito. Sem se falar no aspecto de validade que se examina tendo à vista a noção kelseniana da norma fundamental, consoante acima referido.

Conforme observa José Eduardo de Oliveira Faria, “uma das características dos sistemas jurídicos é a de regular sua própria criação e aplicação mediante pressupostos, postulados e princípios unificadores que servem como elementos básicos tanto para a formulação de uma dada ordem jurídica quanto para a própria conceitualização da dogmática jurídica. Tal concepção, privilegiando as argumentações lógicas fundadas no princípio da não-contradição, deixa de lado os aspectos políticos e históricos de fenômeno jurídico, por considerá-los empiricamente contingentes, de um lado, destacando o racional-jurídico como universal e necessário e, de outro, reduzindo as condutas às estruturas normativas, numa contínua construção e reconstrução das próprias estruturas formais do direito”

⁵ Sabe-se que a compreensão correta hoje dada ao princípio da legalidade é a de que ele não se resolve somente na observância da lei em sentido formal, mas leva em conta, também, os princípios e valores constitucionais, além de coexistir com outras formas de manifestação de legalidade. Boa parte da doutrina substitui o princípio da legalidade pelo princípio da juridicidade, ou, com outras denominações, princípio da legitimidade, princípio da constitucionalidade ou da supremacia constitucional. Isto significa que não se submete somente à lei formal, mas a todo o Direito, incluindo as demais normas do ordenamento, especialmente a Constituição. Neste contexto, é primordial a força dos princípios, pois a normatividade destes se constrói como coadjuvante ou aspecto da legalidade. Como consequência, abandona-se, de uma vez por todas, a mera literalidade da lei, para reverenciar-lhe o conteúdo e não a forma. Além do mais, as leis contêm, com crescente frequência, conceitos flexíveis, indeterminados e programáticos que demandam, quase sempre, uma interpretação conforme à Constituição. Abandona-se o legicentrismo para se extrair a força da normatividade na Constituição, como ideal de reaproximação com a Justiça e utilizando-se a interpretação das normas pela chamada “filtragem constitucional”, com intuito de se fazer com que a realidade se transforme. Na nova ordem jurídica, de preponderância da normatividade constitucional, ao invés de legalismo passa-se a falar em constitucionalismo. A onipresença da Constituição substitui a independência das normas legais, a norma pura e simples opõe-se ou integra-se pelo valor e a subsunção cede lugar à ponderação. A legalidade não mais passou a ser vislumbrada sob uma ótica estrita formal. Ganhou relevo a legalidade material, com reduzida preocupação de análise de verificação de competências e estabelecimento de procedimentos, a partir da força normativa constitucional. Abriu-se espaço, assim, para um conceito mais aberto de submissão à lei como submissão ao ordenamento jurídico como um todo regido pela Constituição que contém os valores-vértice para a atuação de todos.

⁶ Atual denominação da Lei de Introdução ao Código Civil.

Não há sentido em privar o trabalhador do plano médico justamente no período em que mais dele necessita, quando está afastado do labor por motivo relacionado à sua saúde.

Ainda mais se se atentar para a circunstância de que a implementação de saúde pelo Poder Público é deficitária e deixa a desejar. Se a própria empresa acha por bem a implantação de um plano de saúde é porque reconhece que somente a prestação pública fornecida pela Seguridade Social e pelo Sistema Único de Saúde não é suficiente. Consequentemente, reconhece sua importância social e o fundamento da ordem econômica na valorização do trabalho humano, na existência digna e na justiça social.

Neste diapasão, vale lembrar que os direitos fundamentais, aí incluídos os relativos à vida e à integridade física, possuem também uma eficácia horizontal, em que a todos na sociedade compete concretizá-los, sem dependência de prestações públicas, num regime verticalizado.

Se a saúde é primacialmente dever do Estado, também cabe aos cidadãos e à livre iniciativa contribuir para que ela se mantenha.

Além do mais, é de se notar que o próprio artigo 458, § 2o, IV, da CLT⁷ imunizou de efeitos remuneratórios o fornecimento da utilidade "saúde", deixando de imputar ao empregador recolhimentos previdenciários e fiscais, bem como repercussões trabalhistas. Isto porque pretendeu impingir ao empresário o reconhecimento de sua responsabilidade social como modo de efetivação dos direitos sociais fundamentais, dentro de um processo de horizontalização de eficácia,

⁷ Art. 458 - Além do pagamento em dinheiro, compreende-se no salário, para todos os efeitos legais, a alimentação, habitação, vestuário ou outras prestações "in natura" que a empresa, por força do contrato ou do costume, fornecer habitualmente ao empregado. Em caso algum será permitido o pagamento com bebidas alcoólicas ou drogas nocivas. §1º... §2º Para os efeitos previstos neste artigo, não serão consideradas como salário as seguintes utilidades concedidas pelo empregador: ... IV - assistência médica, hospitalar e odontológica, prestada diretamente ou mediante seguro-saúde

não porque quisesse premiá-lo. Nesta linha, pouco importa saber se foi o empregador o causador dos problemas de saúde do trabalhador.

Com tal condicionamento, dificilmente se sustenta o argumento da suficiência dos tributos pagos pelo empresariado para amparo do empregado nos momentos de inatividade da prestação de serviços, pois sequer há exigência tributária na instituição de assistência médica. E se a lei, com todas as letras, não considerou a prestação salário, não se pode dizer que deixe de vigorar quando dos motivos de inatividade do empregado, pois não é modalidade contraprestativa, dependente do cumprimento da obrigação do trabalho.

Dentro desse enquadramento, é oportuna a invocação de observância do princípio da dignidade da pessoa humana, superprincípio que irradia efeitos sobre toda a interpretação constitucional e que constitui fundamento democrático do Estado de Direito (artigo 1o, III, da Constituição Federal).

Não se trata de proceder a uma interpretação meramente social, desvinculada de qualquer conteúdo jurídico. O princípio da proteção à dignidade da pessoa humana, na qualidade de superprincípio, tem uma carga de abstração maior que uma simples regra ou norma, como sóe acontecer aos princípios, porém isso não quer dizer não ter efetividade.

Pode, evidentemente, ser utilizado em variadas situações, e até em algumas delas aparentar poder ser aplicado aos dois lados de uma mesma controvérsia, mas nem por isso é lícito dizer que seja um lugar comum, sem importância. Serve como luz

na hermenêutica e integração do sistema jurídico.

Portanto, refoge à razoabilidade e é atentatório à dignidade da pessoa humana pretender a exclusão de um benefício cuja criação se mostra útil exatamente nas situações de suspensão contratual.

E aí não importa tanto saber se o ato foi originário de acréscimo benéfico pela via individual, ou seja, se foi o empregador, sem recurso a acordo ou convenção coletiva, quem, espontaneamente contratou, em favor do empregado, o plano de saúde, ou ainda, se foi resultante de negociação coletiva.

Pelas duas maneiras a supressão é contrária à ordem jurídica.

Se for pela via individual, o princípio tutelar atua com mais intensidade para que o benefício não possa ser excluído do contrato em nenhuma hipótese. Ora, se não pode ser retirado do cabedal de direitos que passam a integrar o patrimônio jurídico do empregado significa que encontra-se atrelado à própria existência da relação empregatícia, ainda que os efeitos desta estejam temporária e precariamente sustados.

Pela via coletiva, apesar das vozes contrárias à aplicação do princípio tutelar ao Direito Coletivo e das três teorias que regem a incorporação das cláusulas normativas ao contrato individual após o final da vigência do acordo ou convenção coletiva⁸, não deve, igualmente, ocorrer a exclusão em qualquer momento. Pelo menos nos casos dos trabalhadores contemporâneos à criação do plano e especialmente se eles estiverem com o contrato

suspenso por ocasião de finalização da norma coletiva ou de sua revogação por nova contratação.

Tal qual não se concebe que os reajustes salariais galgados pela atividade sindical durante contrato coletivo anterior venham a se perder com novo acordo ou convenção coletiva, restando incorporados definitivamente aos pactos laborais, de igual maneira não se poderia acolher a supressão fundada no exercício da autonomia privada coletiva que viesse a minorar direitos ligados à saúde, à integridade física e à vida do trabalhador. Pode-se dizer, por conseguinte, existir aí uma hipótese de ultratividade contratual, com a incorporação definitiva do acréscimo benéfico, resultante da proibição do retrocesso social e da natureza indisponível da norma, mesmo fruto da via negocial.

Assim, além de ser desnecessário que o instrumento coletivo diga que o plano de saúde vigorará, ou não, em momento de suspensão, pois tal declaração soaria contraditória com a natureza do direito criado, que é para fazer frente a situações de falta de saúde, também soaria ilógica a exclusão do direito, pelo exercício da autonomia privada coletiva, com o fito de prejudicar a vida e a integridade física.

O rompimento abrupto do benefício poderia acarretar, por exemplo, uma transferência de risco de um paciente entre nosocômios ou a revogação repentina de um tratamento médico, com malefícios indiscutíveis, apenas para satisfação de um interesse econômico empresarial ou de determinada categoria econômica.

A negociação coletiva, como cediço, é orientada pelo comando do artigo 7º, caput, da Constituição Federal, ou seja, a melhoria da condição social do trabalhador. Quando esse norte interpretativo chocar-se com o artigo 114 do Código Civil, pelo qual os negócios

⁸ Atualmente, após a alteração da súmula 277 pelo Tribunal Superior do Trabalho, em 14.9.2012, adotou-se a denominada "corrente mista", pela qual há aderência das cláusulas normativas desde que não haja revogação, ou seja, os efeitos das conquistas vigoram até novo diploma negocial os ab-rogar, de modo tácito ou expresso ("CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO OU ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. EFICÁCIA. ULTRATIVIDADE. As cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificados ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho").

jurídicos benéficos são interpretados restritamente, deverá prevalecer o que engrandece a posição do trabalhador. Na supressão abrupta do direito o negócio jurídico, até então benéfico, passa a produzir efeitos maléficos, abalroando o norte definido pela Lei Maior.

É inadequada a menção ao artigo 114 do Código Civil, pois não é permitido o afastamento de plano da negociação coletiva⁹, porém isto não implica a obrigatoriedade do entendimento desaguar em um acordo.

Quer se dizer, assim, que se o empregador (ou seu sindicato representante) não é obrigado a chegar a algum resultado pela via negocial, não pode, ao alcançar este, menoscar seus efeitos, mediante a adoção de uma interpretação restritiva. A negociação coletiva, como dito, é, à exceção das hipóteses previstas constitucionalmente (redução salarial e mudança do padrão de jornada) tomadas com certo cuidado, modo de elevação do patamar dos direitos sociais.

Então, se houver em algum direito a ser negociado dúvida sobre a geração integral ou parcial de efeitos sob determinadas ocorrências o comportamento esperado é que a intenção de reduzir venha inequivocamente disposta, e não pressuposta. Isto é, a minoração de efeitos comporta interpretação restritiva, não o inverso.

No entanto, reforça-se o argumento, seria desconexa a aceitação de implementação de um convênio médico sem validade exatamente quando a pessoa mais dele precisasse. Seria, então, uma assistência médica para doenças leves, de pouca gravidade? Seria razoável efetuar uma distinção desta ordem? Parece caber uma resposta negativa.

A manutenção da assistência médica é dever derivado das obrigações assumidas, em plano individual ou coletivo, para melhoria da condição social do trabalhador, como parte da responsabilidade social imposta ao empregador.

Mais um argumento: em plano coletivo, ficar o empregado alijado do acesso ao plano de saúde provocaria uma exclusão indevida de sua condição de pertencimento à categoria profissional, situação imposta pelo nosso modelo de organização sindical.

Ora, o empregado, pelo paradigma mitigado de liberdade sindical por nós adotado, não pode escolher estar fora da categoria profissional, encontrando-se, portanto, nela automaticamente inserido desde o início da relação empregatícia e até após esta (os aposentados, a rigor, não deixam de pertencer à categoria profissional a qual se vinculam - artigos 540, § 2º da CLT e 8º, VIII, da Constituição Federal). Não obstante, ficaria privado de valer-se dos benefícios alcançados pelo seu sindicato representativo (portanto, seu grau de pertencimento seria atacado) quando, nem ao menos, o contrato de trabalho fora rompido e, mais, por motivo alheio à sua vontade!

Por fim, as questões atinentes ao modo de operacionalização de descontos eventualmente previstos não chegam a prejudicar a persistência do benefício.

A rigor, a previsão de pagamento de cota-parte pelo empregado não é requisito para concessão da assistência médica, notadamente para elidir efeitos remuneratórios. Como visto, o artigo 458, § 2º, IV, da CLT previamente define a exclusão de efeitos salariais para repercussão em títulos trabalhistas ou descontos previdenciários e fiscais. Não é condição para a elisão de efeitos, se essa for a preocupação dos titulares da empresa.

⁹ Princípio da compulsoriedade negocial ou do dever de negociar.

Prevista, contudo, a coparticipação do trabalhador, deverá este, seja durante o interregno de sustação do contrato, ou, o mais indicado, após o término da causa suspensiva, quando recobrado, em parte, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, suportar o ônus, limitado a certo percentual e sem abuso de direito.

Esgotada a tarefa de assumir um posicionamento crítico em face da questão dos planos de saúde durante a suspensão do contrato de trabalho, convém examinar quais foram os motivos levados em conta pela jurisprudência para desaguar na Súmula 440 do Tribunal Superior do Trabalho, a qual, como previamente visto, não carrega em si os fundamentos do convencimento, mas tão somente diz não existir incompatibilidade.

E, assim, verifica-se que a jurisprudência arrolou, em síntese, os seguintes motivos: - a aderência contratual e o princípio da inalterabilidade contratual lesiva (artigo 468 da CLT)¹⁰; a manutenção do contrato de trabalho e não seu rompimento¹¹; - a geração de efeitos contratuais, mesmo durante

a suspensão, quando se está em jogo direitos de magnitude social, o princípio da dignidade da pessoa humana e o reconhecimento do valor social do trabalho, princípios fundantes da República Federativa do Brasil¹²; a não limitação expressa da assistência médica em instrumento coletivo comporta interpretação favorável à manutenção do benefício, sem risco de ofensa aos artigos 5º, II, da Constituição (princípio da legalidade) e 475 da CLT, em consonância com o substrato ético do Direito do Trabalho e dos princípios da dignidade da pessoa humana, da valorização do trabalho como alicerce da ordem econômica e de uma ordem social baseada no primado do trabalho¹³; a manutenção dos efeitos não ligados diretamente à prestação de serviço, mas compatíveis com a higidez do contrato

12 MANUTENÇÃO DO PLANO DE SAÚDE - SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO - APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. I - O recurso de revista não logra conhecimento por divergência jurisprudencial, uma vez que os três julgados colacionados às fls. 719/721 não contêm a fonte de publicação, desatendendo ao disposto na Súmula nº 337, I, "a", do TST. Já o paradigma de 721/724 não serve para o confronto de teses, uma vez que é de Turma desta Corte, não se adequando à norma contida no artigo 896, "a", da CLT. II - O artigo 475 da CLT não impulsiona o conhecimento do recurso de revista. A questão que se propõe é saber se durante a suspensão do contrato de trabalho em razão de aposentadoria por invalidez, o empregador está ou não obrigado a manter plano de saúde vinculado ao pacto laboral. III - Para tanto, é bom lembrar tratar-se de aposentadoria provisória, visto não haver indicação de ter decorrido o prazo de cinco anos para a sua conversão em aposentadoria definitiva, aposentadoria que efetivamente implica a suspensão das obrigações básicas inerentes ao contrato de trabalho, concernentes à prestação de serviço e à contraprestação pecuniária. IV - Não alcança contudo obrigações suplementares instituídas pelo empregador, mesmo que o sejam em caráter de liberalidade, que se singularizam por sua magnitude social, como é o caso da manutenção do plano de saúde, exatamente no período em que o empregado dele mais necessita. V - Com efeito, impõe-se a manutenção do plano, no período de suspensão do pacto laboral, a partir do princípio da dignidade da pessoa humana e o do reconhecimento do valor social do trabalho, princípios em que se fundamenta a República Federativa do Brasil, a teor do artigo 1º, incisos III e IV da Constituição, em relação aos quais não se pode admitir o alheamento patronal em momento de crucial importância para a saúde do empregado. VI - Daí sobressai incontestável o direito do recorrido à revalidação do plano de saúde enquanto perdurar o gozo da aposentadoria por invalidez, pelo período de cinco anos, findando no caso de essa se tornar definitiva, em virtude de trazer subjacente a dissolução do contrato de trabalho. VII - Recurso não conhecido. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. [RR 46500-66.2006.5.04.0006](#), 4ªT - Min. Antônio José Barros Levenhagen DEJT 29.05.2009/J-13.05.2009 - Decisão unânime

13 RECURSO DE REVISTA. ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. ASSISTÊNCIA MÉDICA E ODONTOLÓGICA. MANUTENÇÃO A EMPREGADO APOSENTADO POR INVALIDEZ. POSSIBILIDADE. O TRT da 15ª Região deixou claro que a assistência médica e odontológica dos empregados do Banco Bradesco é regulamentada por acordo coletivo, cujo conteúdo não traduzia restrição alguma ao aposentado por invalidez. Diferentemente do que alega o reclamado, a única norma coletiva a limitar os benefícios em pauta estaria destinada, tão-somente, aos empregados dispensados sem justa causa, e não ao empregado aposentado por invalidez. Eis a passagem do decisor da 15ª Região: -a norma coletiva de trabalho invocada pelo recorrente, para efeito de restringir o direito do autor à assistência médica ao prazo de 180 (cento oitenta) dias, concerne exclusivamente aos empregados dispensados sem justa causa, não sendo esta a hipótese dos autos- (fl. 157). Conclui-se, então, que o instrumento normativo, em não assinando qualquer limitação expressa do benefício de assistência médica e odontológica em relação aos demais empregados, possibilita a manutenção do plano de assistência à saúde a empregado aposentado por invalidez, tal qual interpretou a Corte Regional. Daí não se configurar a violação dos artigos 5º, II, da Constituição Federal e 475 da CLT. Acrescente-se, por fim, que o Direito não pode abdicar de seu substrato ético e o Direito do Trabalho em particular encontra-se vinculado aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana como fundamento da própria República (art. 1º, III), da valorização do trabalho como alicerce da ordem econômica (art. 170), de uma ordem social baseada no primado do trabalho, tendo por objetivo o bem-estar e a justiça sociais (art. 193). Toda essa principiologia leva à consideração da pessoa do trabalhador, que não pode ser descartado como qualquer engrenagem inútil quando, doente ou acidentado no trabalho, vem a ser aposentado por invalidez, período em que se mantém hígido, embora hibernado, o contrato de emprego. Recurso de revista não conhecido. (RR - 1801/2005-115-15-00.0, Rel. Min. Horácio Raymundo de Senna Pires, 6ª Turma, in DJ 20/02/2009).

10 RECURSO DE REVISTA. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ - SUSPENSÃO DO PLANO DE SAÚDE. A hipótese dos autos enquadra-se na regra contida no art. 468 da CLT, diante da presença de prejuízos, em momento crucial da vida do obreiro, eis que se encontra aposentado por invalidez, quando, seguramente, mais necessita da assistência de que se beneficiava, suprimida pelo empregador, de forma unilateral. Vale ressaltar, as condições de trabalho estabelecidas num contrato aderem ao mesmo, não podendo ser alteradas unilateralmente e, como tal, somente poderiam ser alterados por normas mais favoráveis, o que, no entanto, não ocorreria no caso dos autos. Recurso de revista conhecido e provido. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. [RR 100700-23.2005.5.05.0461](#), 2ªT - Min. Renato de Lacerda Paiva DEJT 07.11.2008/J-22.10.2008 - Decisão unânime

"RECURSO DE REVISTA - TELEMAR - APOSENTADORIA POR INVALIDEZ - SUSPENSÃO DO PLANO DE SAÚDE. A decisão regional que reconhece validade ao ato empresarial, consubstanciado na suspensão do plano de saúde do empregado, encerra ultraje ao princípio contido no art. 468 da CLT, pois as vantagens acrescidas espontaneamente pelo empregador e mantidas habitualmente amalgamam-se ao contrato de trabalho, de forma tácita, tornando-se insuscetíveis de posterior supressão ou diminuição (arts. 444 e 468 da CLT e Súmula nº 51 do TST). Assim, imprópria a exclusão do empregado do plano de saúde implementado espontaneamente pelo empregador com equívoco esteio na jubilação por invalidez. Correta, portanto, encontrava-se a condenação fixada pela sentença de origem no sentido do restabelecimento do plano de saúde do empregado. Recurso de revista conhecido e provido. (RR - 166/2006-461-05-00.5 Rel. Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 1ª Turma, in DJ 13/02/2009).

11 APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. MANUTENÇÃO DO PLANO DE SAÚDE. A aposentadoria por invalidez é devida enquanto perdurar a condição do trabalhador como incapacitado. Ela não é causa de extinção do contrato de trabalho, mas de suspensão, conforme estabelece o art. 475 da CLT. Ainda que ocorra a sustação temporária dos principais efeitos do contrato de trabalho em relação às partes, o contrato permanece íntegro. Assim, havendo apenas a suspensão do contrato de trabalho, e não a sua extinção, o reclamante continua a ser empregado da empresa, e o empregador não pode cancelar os benefícios fornecidos durante todo o contrato de trabalho, tal como o plano de saúde, quando o empregado estava na ativa. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. [RR 49500-91.2004.5.01.0341](#), 2ªT - Min. Vantuil Abdala DEJT 21.11.2008/J-05.11.2008 - Decisão unânime

de emprego¹⁴; o impedimento somente de efeitos incompatíveis com a prestação de trabalho, sem risco de violação ao princípio da autonomia privada coletiva¹⁵; a impossibilidade de restrição do direito à assistência médica, via negociação coletiva, apenas aos empregados da ativa¹⁶

3. Suspensão e Interrupção contratuais

Primeiramente, há de se verificar a ausência da classificação entre hipóteses de suspensão e

interrupção na doutrina e legislação estrangeiras, as quais tratam todas as condições justificadoras da falta de prestação de trabalho pelo trabalhador como causas de suspensão dos efeitos do contrato de trabalho. A divisão que nomeia causas de suspensão e de interrupção do contrato de trabalho é novidade da Consolidação das Leis do Trabalho, em seu título IV, Capítulo IV, seguida, majoritariamente, pelos nossos doutrinadores¹⁷.

No entanto, independente de saber sobre a pertinência da distinção de hipóteses de suspensão e interrupção, visto que o contrato de trabalho, a rigor, não se interrompe em nenhuma das situações, mas apenas suspende total ou parcialmente seus efeitos, de acordo com a presença, ou não, de obrigações por parte do empregador, posto que as do empregado, em nenhum dos casos, persistem¹⁸, o mais importante é reconhecer que o tratamento do tema perante o Direito do Trabalho se despega do tradicional do Direito Civil, como se percebe desta magistral passagem de Arnaldo Süssekind (6),

A disciplina legal da matéria revela, enfaticamente, os fundamentos e finalidades do Direito do Trabalho, que revolucionou os postulados básicos da teoria das obrigações advindas do Código de Napoleão. Daí por que certos fatos que, anteriormente, justificavam a rescisão do contrato de locação de serviços,

14 "SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. MANUTENÇÃO DO PLANO DE SAÚDE. Nos termos do art. 475 da CLT, a aposentadoria por invalidez opera a suspensão do contrato de trabalho. Suspenso o ajuste, paralisam-se apenas os efeitos principais do vínculo, quais sejam, a prestação de trabalho, o pagamento de salários e a contagem do tempo de serviço. Todavia, as cláusulas contratuais compatíveis com a suspensão continuam impondo direitos e obrigações às partes, porquanto subsiste intacto o vínculo de emprego. Considerando que o direito ao acesso ao plano de saúde, tal como usufruído antes da aposentadoria por invalidez, não decorre da prestação de serviços, mas diretamente do contrato de emprego - resguardado durante a percepção do benefício previdenciário -, não há motivo para sua cassação. Os arts. 30, caput e § 6º, e 31, caput e §§ 1º e 2º, da Lei 9656/98 cuidam da hipótese em que há a extinção do vínculo empregatício, e, não, da suspensão do contrato de trabalho. Aplicação da Súmula 296/TST. Recurso de revista integralmente não-conhecido. (RR - 1931/2004-372-02-00.4, Rel. Min. Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, 3ª Turma, in DJ 06/02/2009).

15 RECURSO DA RECLAMADA. CONCESSÃO AUXÍLIO-DOENÇA. SUSPENSÃO CONTRATO DE TRABALHO. MANUTENÇÃO PLANO DE SAÚDE. INEXISTÊNCIA VIOLAÇÃO PRINCÍPIO AUTONOMIA PRIVADA. A concessão do auxílio-doença ao trabalhador suspende o contrato de trabalho, mas não o plano de saúde, pois somente os efeitos incompatíveis com a prestação do trabalho é que são atingidos pela suspensão. Nesse contexto, em continuando incólume o contrato de trabalho, não se configura violação ao princípio da autonomia privada coletiva, devendo ser mantido o plano de saúde que era concedido pelo trabalho e não para a prestação do trabalho. MULTA DO ART. 475-J DO CPC. APLICABILIDADE AO PROCESSO TRABALHISTA. Diante do silêncio da CLT acerca da aplicação de sanção ao devedor que não paga seu débito judicial líquido logo após ele se tornar exigível, no prazo de até quinze dias, resta configurada omissão suficiente para respaldar a utilização do contido no CPC, art. 475-J, da mesma forma que se tem feito em relação a outras medidas de coerção econômica, como é o caso da multa por litigância de má-fé (CPC, arts. 17 e 18) e por embargos de declaração protelatórios (art. 538, parágrafo único). Contudo, deve ser observada a intimação da reclamada sobre o trânsito em julgado da decisão, diante do entendimento firmado pelo E. STJ. Recurso a que se dá provimento parcial. RECURSO DA RECLAMANTE. INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS. PRECLUSÃO. Evidenciado que o pedido relativo à indenização substitutiva não foi tratado na sentença e que a parte não opôs embargos declaratórios a fim de suprir a omissão, resta preclusa a matéria. Recurso a que se nega provimento (Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região - Paraíba. Tribunal Pleno. Acórdão 148132/Núcleo de Jurisprudência, publicação em 17.12.2013).

16 RECURSO DE REVISTA. VALORAÇÃO DA PROVA. Impossibilidade de processamento de recurso de revista interposto, quando o apelo encontra-se mal aparelhado tendo em vista não indicar nenhum dispositivo legal ou constitucional, na forma da Súmula 221/TST, e tampouco divergência jurisprudencial. Recurso de revista não conhecido. TUTELA ANTECIPADA. REQUISITOS. MULTA DIÁRIA. Presentes os pressupostos para a antecipação de tutela (verossimilhança das alegações e fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação), não se há falar em violação dos artigos 273 do CPC e 5º, LV, da Constituição Federal. Recurso de revista não conhecido. PRESCRIÇÃO. PLANO DE SAÚDE PREVISTO EM NORMA COLETIVA. Verifica-se que o autor pretende a reparação de lesão relativa à exclusão do plano de saúde ocorrida após a sua aposentadoria por invalidez em maio de 2008. Não havendo a discussão relativa a parcelas vencidas antes dessa data, não se há falar em alteração do pactuado ou em prescrição a ser declarada. Recurso de revista não conhecido. PLANO DE SAÚDE. CONTRATO DE TRABALHO SUSPENSO EM RAZÃO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. SÚMULA 440/TST. É pacífico o entendimento nesta Corte de que o direito à manutenção do plano de saúde depende da permanência do vínculo de emprego, e não da prestação de serviço. Ocorrendo a suspensão do contrato de trabalho, em razão da aposentadoria por invalidez, o trabalhador continuou a ser empregado, pelo que fazia jus à permanência no plano de saúde conforme dispõe a Súmula 440/TST. Ressalte-se que nem mesmo a limitação prevista em acordo coletivo celebrado para a manutenção do plano de saúde somente aos empregados da ativa e seus dependentes tem sido aceita pela jurisprudência desta e. Corte Superior, por deixar ao desamparo o trabalhador no momento em que se encontra enfermo, necessitando de cuidados médicos. Recurso de revista não conhecido. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. A divergência jurisprudencial colacionada não viabiliza o conhecimento do apelo porquanto inespecífica no tocante à existência de credencial sindical. Recurso de revista não conhecido. Conclusão: Recurso de revista integralmente não conhecido. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. RR - 58500-76.2008.5.17.0003 Data de Julgamento: 19/02/2014, Relator Ministro: Alexandre de Souza Agra Belmonte, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 21/02/2014.

17 De acordo com Orlando Gomes e Elson Gottschalk: "Trata-se de técnica peculiar apenas ao Direito pátrio, sem correspondência no Direito alienígena, e que, em verdade, se trata de mais uma terminologia ineficaz para substituir a suspensão parcial do contrato, cujo *vinculo juris* não se rompe nem se interrompe com ocorrências de determinadas causas, que apenas *suspendem temporariamente a relação de emprego*." (4)

18 Nessa senda, de acordo com Sebastião Machado Filho, citado por Arnaldo Süssekind, em todas as hipóteses ditas de suspensão e interrupção o que se tem é, em essência, apenas suspensão do cumprimento das cláusulas essenciais pelo empregado, pois os efeitos perante o empregador, ou por quem lhe faça as vezes, mediante pagamento de salário diferido, sempre existirão: "Para o precitado Professor, durante a suspensão da prestação de execução de serviço, o contrato de emprego continua em sua plena vigência, de vez que aquela constitui uma prestação de não-fazer integrante deste, como conteúdo institucional, que, consequentemente, se cumpre e só pode ser cumprida pressupondo a vigência ou existência atual do contrato de emprego". Em todas as hipóteses continuam vigentes as prestações do empregador, mesmo nos casos de auxílio-doença, aposentadoria por invalidez, acidente do trabalho e doença profissional, porque "as respectivas rendas mensais recebidas pelo empregado, cuja natureza jurídica se esteia na teoria do salário diferido, substitui e exclui, assim, o pagamento do salário diretamente pelo empregador" ('Teoria da suspensão da prestação de execução de serviço', 1966, págs. 172-173)."(5)

importam hoje somente na suspensão da execução do contrato de trabalho; e esteado na ideia de Justiça Social, impõe o Estado que, em determinadas circunstâncias, a prestação de serviços se interrompa, sem que o respectivo empregador se exonere da obrigação de pagamento, no todo ou em parte, o salário concernente ao contrato. Como faz notar o emérito Barassi, a velha doutrina civilista sempre entendeu que cada partícula de remuneração deveria corresponder a cada partícula de trabalho. E "a consequência dessa relação de proporcionalidade rígida seria a de que a retribuição não é devida nas interrupções do trabalho, com exceção da mora do empregador". Mas adverte: "O abandono desse rigor lógico se acentuou logo no atual Direito do Trabalho", que procura resolver, no pertinente aos efeitos da interrupção, o habitual conflito de interesses: "De uma parte, os interesses dos empregadores, que procuram pagar a retribuição só pelo trabalho efetivamente prestado, de modo que, segundo este conceito, o risco da interrupção deveria estar a cargo integralmente do trabalhador; de outra parte, as exigências do trabalhador que, por motivos de sustento, pode pretender que não esteja a seu cargo a interrupção, isto é, que as interrupções de duração não excessiva e sob certas garantias, se lhe deva a retribuição. Compreende-se que, em tal caso, o risco das interrupções esteja a cargo do empregador".

Aliás, dentro do próprio Direito do Trabalho, as situações de suspensão evidenciam que o sinalagma integrativo do conceito de relação de emprego não se depreende de modo detalhado, como prestações particularizadas, mas, nos dizeres de Alice Monteiro de Barros, o "contrato de emprego é sinalagmático em seu todo e não prestação por prestação" (7).

Na compreensão diferenciada do Direito do Trabalho sobre motivos que não levassem ao rompimento contratual e permitissem a sustentação do vínculo por ser o contrato de trabalho de prestação continuada envolvente de vicissitudes que podem afetar seu ator principal¹⁹, o trabalhador, está atrelado o princípio da continuidade, de modo ínsito.

O Direito do Trabalho atua em sentido contrário à terminação do emprego e isto por motivos óbvios: é mediante a relação empregatícia que o trabalhador tem acesso à democratização social, obtém dignidade, fica livre da marginalidade e, logicamente, do desemprego que traz prejuízos individuais e coletivos inegáveis.

O privilégio à continuidade da relação de emprego está compreendido em vários pontos do Direito do Trabalho, especialmente na valorização da contratação sem prazo pela restrição das hipóteses de contratação a prazo (artigo 443 da CLT), na vedação de mais de uma prorrogação dos contratos deste tipo (artigo 451/CLT), na observância de um interstício de seis meses entre um contrato e outro (artigo 452/CLT), além da fixação de prazos máximos para os ajustes com prazo determinado.

¹⁹ De acordo com Alice Monteiro de Barros, "Se a empresa poderá funcionar em caráter contínuo, o mesmo não ocorre com o empregado, cujo contrato está sujeito a vários acontecimentos, até certo ponto previsíveis, gerando a necessidade de interrompê-lo ou suspendê-lo em determinadas situações. Daí se infere que o tempo das partes nesse contrato nem sempre é idêntico" (8). Ou, ainda, conforme Antônio Carlos Flores de Moraes, "Em sendo a relação de emprego um contrato sinalagmático perfeito, comutativo e de trato sucessivo, exige que o direito de um corresponda à obrigação do outro, numa troca de certa forma equipolente, e que não se esgota numa só operação instantânea de crédito. Pacto de duração, fica sujeito às numerosas vicissitudes por que deve passar ao longo de sua existência. O exercício do contrato de trabalho não é uniforme, homogêneo e sempre com o mesmo ritmo. Nem sempre o empregado pode ou deve prestar serviço, nem sempre o empregador lhe pode proporcionar trabalho ou outras condições concretas de trabalho. Por isso, a legislação, mais do que a livre vontade das partes distribui os riscos na execução do contrato, fixando os direitos e os deveres das partes nessas ocorrências de ausência da prestação ou da contraprestação contratual. Claro, essa distribuição de riscos é muito relativa, principalmente numa legislação como a nossa, que adota a teoria do risco da empresa (art. 2º da CLT), como contrapartida do comando e do desempenho da sua atividade econômica. Por outro lado, ainda dentro do sentido protecionista do direito do trabalho, tudo é feito tendo em vista o valor maior da permanência do vínculo, que deve ser mantido, tanto quanto possível, ao longo de sua vida" (9).

Na própria terminação contratual, presume-se a modalidade rescisória cujos efeitos gerados sejam os maiores possíveis em favor do empregado, a fim de que se torne dificultoso, ao menos em tese, o rompimento de uma relação cuja pretensão é a perenidade.

Do mesmo modo na tolerância a vícios decorrentes de pactuação ilícita, com a concessão de efeitos mesmo em casos de contratos com elementos proibidos.

A sucessão trabalhista, prevista nos artigos 10 e 448 da legislação consolidada, e a soma de períodos de contratos anteriores (artigo 453) também são medidas da força que o Direito do Trabalho dá à continuidade da relação de emprego.

Por corolário, presencia-se a importância da continuidade do relacionamento empregatício na admissão de fatos que ensejam a suspensão e interrupção contratual, sem prejuízo da existência do contrato, bem como nas situações em que se estabelecem garantias provisórias de emprego.

O princípio da continuidade, por conseguinte, é ponto fulcral na análise do tema e tem com ele correlação visceral, pelos fins sociais que o permeia.

De acordo com José Augusto Rodrigues Pinto (10), citando Américo Plá Rodriguez,

Um dos princípios mais típicos do Direito do Trabalho, intimamente associado à proteção do trabalhador subordinado, é o da continuidade da relação de emprego.

Américo Plá Rodriguez, refletindo sobre ele, prelecionou que "tudo que vise à conservação da fonte de trabalho, a dar segurança ao trabalhador, constitui não apenas um benefício

para ele, enquanto lhe transmite uma sensação de tranquilidade, mas também redundando em benefício da empresa e, através dela, da sociedade, na medida em que contribui para aumentar o lucro e melhorar o clima social das relações entre as partes.

Krotoschin interpretou a continuidade da relação de emprego como "meio de integração para os fins específicos do direito social".

Porque "a relação empregatícia não é efêmera, mas pressupõe uma vinculação que se prolonga", o contrato individual de emprego, seu instrumento de realização, vai situar-se na classe dos de trato sucessivo e reveste-se de uma virtual couraça protetora de sua duração, a despeito dos choques que, normalmente, o levariam à extinção.

Assim, a análise das situações de suspensão contratual deve, sobretudo, levar em conta o fato de que são fruto da dinâmica das relações trabalhistas e, ainda, serem decorrência do feitio próprio que o Direito do Trabalho lhes dá em virtude dos princípios tutelar e da continuidade, visto a configuração da natureza compensatória detida por esse ramo jurídico.

A divisão rígida em espécies suspensivas e interruptivas nem sempre atende à compreensão do tema, pois misturam fatos muito próximos, os quais podem ter tratamento distinto. Um exemplo fácil: a parada para gozo do intervalo intrajornada do artigo 71 da CLT é tratada como suspensão (não há trabalho e não há recebimento), fundado na justificativa de recuperação de forças, diminuição de ocorrências infortunistas, dentre outras.

No entanto, outras paradas durante a jornada

possuem justificação assemelhada, mas são tratadas como interrupção (não há trabalho, mas há recebimento), sendo, por conseguinte, mais benéficas ao trabalhador, como as do artigo 253 (empregados que trabalham no interior de câmaras frigoríficas e para os que movimentam mercadorias do ambiente quente ou normal para o frio e vice-versa), artigo 72 (mecanografia), do digitador (NR 17, tópico 17.6.4, "d"), 238, § 5º (tempo de refeição dos ferroviários da categoria "c") e 298 (pausa de 15 minutos a cada 3 horas consecutivas no trabalho em minas de subsolo) da CLT.

No fundo, tanto a pausa do artigo 71 quanto as demais possuem o mesmo desiderato, a proteção jurídica da saúde do trabalhador, mas recebem um enfoque diversificado pela ordem jurídica.

Também há situações catalogadas como de suspensão, porém possuem parcialmente efeitos das chamadas "interrupções", consideradas assim suspensões *sui generis*, como aquelas tratadas pela legislação consolidada no artigo 4º, parágrafo único, de prestação de serviço militar e por motivo de acidente do trabalho (auxílio doença e aposentadoria por invalidez), que são capazes de gerar cômputo do tempo de serviço e de depósitos de FGTS.

E existem, ainda, situações cujos efeitos podem ser variáveis, a respeito das sete hipóteses tratadas por Evaristo de Moraes Filho e Antônio Carlos Flores de Moraes (11), a saber: doença do empregado em caso de concessão de novo benefício decorrente da mesma doença dentro de sessenta dias contados da cessação do benefício anterior, cujo enquadramento seria de suspensão desde então e independente de fluência dos quinze primeiros dias de afastamento (artigo 75, § 3º do Decreto 3.048/99); greve, cujas consequências, pelo artigo

7º da Lei 7.783/89 preleciona a suspensão, mas deixa aberta a conferência de efeitos diversos por acordo, convenção, laudo arbitral ou decisão da Justiça do Trabalho; exercício de mandato sindical, deixando de ser tratado como licença não remunerada e com expressa manutenção dos salários do dirigente ou representante sindical; diretor eleito, dependendo da aferição do grau de colaboração jurídica capaz de afastar o vínculo de emprego, ou não; a convocação militar do reservista (artigo 61 da Lei 4.375/64), com manutenção de dois terços dos salários pelo empregador ou opção pelo soldo da patente do empregado-reservista; previsão legal, contratual, convencional ou decisão normativa de manutenção das obrigações contratuais em caso de afastamento para exercício de encargo público; inquérito judicial para extinção do contrato de empregado estável, cujos efeitos poderão ser de interrupção ou suspensão conforme a procedência ou improcedência da ação judicial.

Mais curioso ainda é o caso do afastamento para qualificação profissional do artigo 476-A da CLT, cujo afastamento é retribuído por uma ajuda compensatória mensal sem natureza salarial e pode o empregado fazer jus a benefícios voluntariamente concedidos pelo empregador. A hipótese é tratada como de suspensão contratual, pela diminuição dos efeitos normais em prol do empregado, embora haja, em correspondência, nítido interesse empresarial em jogo ao ter sua mão de obra melhor qualificada.

O que se pretendeu demonstrar, por conseguinte, é que muito menos que respaldar uma separação rígida de hipóteses deve-se procurar usar a ordem jurídica, os princípios jurídicos, especialmente os de Direito do Trabalho e da normatividade derivada da Constituição e do princípio-mor da dignidade da pessoa humana para interpretar os efeitos que a sustação da prestação

de serviços causa no contrato de emprego.

Nessa linha, talvez ajude, a fim de corretamente apreender os efeitos, saber sobre os motivos que levaram à paralisia da execução contratual.

Arnaldo Süssekind (12), a esse respeito, discorre

Segundo Botija, as causas suspensivas do contrato de trabalho têm por fundamento, de um modo geral, razões de índole biológica (enfermidade e maternidade), físico-econômicas (acidentes, crises econômicas etc), político-administrativas (serviço militar e serviço cívico), político-sociais (greves e lockouts) e jurídico-penais (detenção policial e suspensão disciplinar do trabalhador). Releva acrescentar, entretanto, as hipóteses referentes ao repouso semanal e às férias anuais remuneradas, que se esteiam em motivos de caráter social e biológico; ao descanso em feriados, que atende a razões de natureza cívica ou religiosa; ao exercício de representação sindical, que corresponde aos interesses da política social, além de outras, relativas ao comparecimento à justiça, como parte, testemunha ou jurado, ao casamento, ao nascimento de filho, ao falecimento de parente próximo etc

Para José Augusto Rodrigues Pinto (13), são duas as modalidades de causas, as imperativas e as voluntárias:

Definem-se como imperativas todas as causas oriundas das fontes imperativas de Direito Individual do Trabalho. Essas causas nascem e se fazem sentir de fora para dentro dos sujeitos da relação de emprego.

Definem-se como voluntárias todas as causas geradas pela vontade individual dos contratantes, seja sua formação unilateral (a mais comum) ou bilateral.

Seria possível imaginar uma terceira vertente, alimentada pelas causas naturais de suspensão, alheias, na sua origem mais profunda, tanto à norma imperativa quanto à vontade dos contratantes, a exemplo da doença do empregado.

Entendemos, porém, que essa terceira vertente não passaria de um inútil preciosismo, pois toda causa natural se deixará absorver, de modo invariável, pela norma ou pela vontade dos contratantes.

Maurício Godinho Delgado (14), no tocante às modalidades de suspensão do contrato de trabalho, as classifica em três: a) modalidades de suspensão por motivo alheio à vontade do empregado, como nos casos de: afastamento previdenciário, por motivo de doença comum e por acidente do trabalho, a partir do décimo sexto dia (artigo 476 da CLT); aposentadoria provisória; motivo de força maior; para cumprimento de encargo público obrigatório (artigo 483, § 1º e 472, caput, da CLT); para prestação de serviço militar; b) modalidades de suspensão por motivos lícitos atribuíveis ao empregado: participação pacífica em greve (artigo 7º da Lei 7.783/89); encargo público não obrigatório (artigo 472, combinado com o § 1º do art. 483, CLT); eleição para cargo de direção sindical (artigo 543, §2º, CLT); eleição para cargo de diretor de sociedade anônima (súmula 269/TST); licença não remunerada concedida pelo empregador a pedido do obreiro para atenção a objetivos particulares; afastamento para qualificação profissional do obreiro; c) modalidades de suspensão por motivo

ilícito atribuível ao empregado: suspensão disciplinar (artigo 474/CLT); suspensão do empregado estável ou com garantia especial de emprego (dirigente sindical) para instauração de inquérito para apuração de falta grave, sendo julgada procedente a ação de inquérito (artigo 494 da CLT e súmula 197 do STF).

Para os casos de motivos alheios à vontade do empregado, Maurício Godinho ensina que a ordem jurídica atenua as repercussões drásticas da suspensão contratual, considerando o Direito do Trabalho o fator suspensivo de tal natureza que seus efeitos contrários ao trabalhador devem ser minorados, distribuindo-se os ônus da suspensão também para o sujeito empresarial da relação empregatícia. Afinal, são fatores alheios à vontade obreira e em alguns dos casos indicados são fatores francamente desfavoráveis à pessoa do trabalhador (15).

4. A proteção à saúde jurídica do trabalhador como um conceito amplo

Convém, portanto, para dar amarração às ideias, entender que muitas causas configuráveis como suspensão ou interrupção, em sentido amplo como motivos de suspensão dos efeitos contratuais, devem receber tratamento e interpretação jurídicas adequados de acordo com os valores envolvidos.

Em se tratando de motivos alheios à vontade do empregado ou aqueles de índole biológica (enfermidade e maternidade), físico-econômica (acidentes), político-administrativa (serviços militar e cívico) ou mesmo lícitos atribuíveis ao empregado, também enquadráveis como político-sociais (greves), além dos ligados à recuperação do trabalhador, por ter um caráter social biológico, há de se pautar o tratamento da matéria de modo a conjugar a dignidade da pessoa humana do

trabalhador, os valores da proteção à sua saúde e da própria comunidade em que está inserido.

Como é de conhecimento, a saúde é o resultado e a correspondência eficaz de um meio ambiente saudável, o qual não se restringe às dependências onde se desenvolve a atividade profissional, mas nelas também se integra. Apenas uma concepção gestáltica do homem integrado ao seu meio é que permitirá a evolução e o aprimoramento do Direito do Trabalho no concernente à proteção da saúde como um todo.

Quando se reconhece a assistência médica competindo a todos, isto é, também ao empregador, dá-se um passo no vislumbre de uma sociedade mais equânime e menos egocêntrica.

Há efeitos produzidos pelo contrato cujas repercussões são amplas, seja no sentido de prevenção de danos, seja para funcionar como reflexo do grau de amadurecimento social e da participação comunitária em prol de um benefício maior.

A criação das hipóteses de suspensão dos efeitos contratuais são parte dessa repercussão mais ampla, como se os personagens do contrato do trabalho, à vista de certos eventos, voltassem os olhos ao seu entorno e sentissem a necessidade de soluções mais ampliadas.

Assim porque se resolveu dar título a esse artigo de efeitos ultrativos do contrato. Ultratividade para representar a emissão de efeitos além do universo restrito das partes. A manutenção da assistência de saúde é um exemplo, pois há valores sociais e de dignidade envolvidos empurrando para um tratamento diferenciado, além de uma lógica jurídica restritiva.

Revista



SÃO PAULO

Do mesmo modo, certas obrigações contratuais permanecem ainda com a extinção do pacto laboral. Para citar algumas: a cláusula de não concorrência do empregado; a proibição de prejudicar o empregado na obtenção de nova colocação mediante prestação de informações desabonadoras; a imposição de pagamento de pensão decorrente de acidente ou doença do trabalho, e até nas hipóteses de óbito do trabalhador; o acompanhamento do estado de saúde do empregado que laborou exposto ao Asbesto, de acordo com a Norma Regulamentadora 15, Anexo 12, Tópico 19, do Ministério do Trabalho e Emprego, e, por aplicação analógica, o mesmo acompanhamento quando de exposição a radiações ionizantes, com fulcro na Convenção 115 da OIT, em conjugação com os dispositivos de nossa Constituição republicana, a prevalecer o axioma de onde existir a mesma razão de fato deve existir a mesma razão jurídica.

Se há obrigações persistentes além do contrato existem, obviamente, obrigações que não são restritas pelas causas de suspensão, como a tratada quanto aos planos de saúde.

Do mesmo modo, em relação à greve e à garantia dos melhores meios para que seu exercício torne-se efetivo, e não meramente simbólico, há uma preocupação social passível de traduzir-se como parte da saúde da comunidade. É um direito fruto de conquistas históricas mediante o qual se logrou avançar em termos jurídicos em muitos pontos dos quais hoje sequer damos conta. Liga-se, portanto, com a possibilidade de dar guarida ao princípio da melhoria contínua da condição social do trabalhador, insculpido no artigo 7º da Constituição república.

Assim, primordial assegurar também o ganho dos salários durante o período de interrupção do trabalho, sendo a interpretação mais adequada ao alcance do artigo 9º da Lei Maior, reconhecendo a

inconstitucionalidade de uma interpretação focada nos estritos termos da legislação infraconstitucional.

Certamente, o direito exercido não como um risco exclusivo do empregado, mas um ônus a ser partilhado por todos, inclusive empregador, em prol de um benefício social maior, contribui para a emancipação e avanço social, trazendo equilíbrio e saúde, como integridade psicossocial, contribuindo para a qualidade de vida.

Nesse diapasão, valem os ensinamentos de Sebastião Geraldo de Oliveira (16),

As primeiras preocupações foram com a segurança do trabalhador, para afastar a agressão mais visível dos acidentes do trabalho; posteriormente, preocupou-se, também, com a medicina do trabalho para curar as doenças; em seguida, ampliou-se a pesquisa para a higiene industrial, visando a prevenir as doenças e garantir a saúde ocupacional; mais tarde, o questionamento passou para a saúde do trabalhador, na busca do bem-estar físico, mental e social. Agora, pretende-se avançar além da saúde do trabalhador: busca-se a integração deste com o homem, o ser humano dignificado e satisfeito com a sua atividade, que tem vida dentro e fora do ambiente de trabalho, que pretende, enfim, qualidade de vida.

Aliás, cada vez mais se observa que não se pode isolar o homem-trabalhador do homem-social, como se o trabalhador pudesse deixar no portão de entrada da empresa toda a sua história pessoal, ou se na saída retirasse do corpo físico e mental toda a carga de significado imposta pelo dia de trabalho.

Atualmente, o homem não busca apenas a saúde no sentido estrito, anseia por qualidade de vida; como

profissional não deseja só condições higiênicas para desempenhar sua atividade, pretende qualidade de vida no trabalho.

Conclusão

Ao longo destas páginas procurou-se destacar que a essência da natureza do Direito do Trabalho procura um método próprio de compreensão das relações privadas, dentro de uma teologia verdadeiramente social, e não uma simples aplicação da proporcionalidade em ponderação de interesses aparentemente em colisão.

O debate que cumou no surgimento da Súmula 440 do Tribunal Superior do Trabalho trouxe, do lado empresário, argumentos no sentido de (1) a suspensão do contrato de trabalho não gera efeitos, (2) há oneração da atividade empresarial, na medida em que deixa de existir prestação, mas há contraprestação correspondente, (3) as condições benéficas merecem interpretação restritiva (artigo 114 do Código Civil brasileiro), (4) ausência de imposição legal e (5) falta de obrigação de arcar com algo para o qual o empregador não concorreu (casos de doenças e afastamentos não acidentários ou acidentários sem responsabilidade subjetiva) e (6) o acesso à saúde é obrigação exclusiva do Estado, assim como o é a proteção da dignidade da pessoa humana.

De outra parte, consistiram argumentos dos trabalhadores: (1) a existência de responsabilidade social do empregador; (2) a omissão da empresa vem a contribuir com o agravo, diminuindo-se o equilíbrio econômico financeiro; (3) as exceções à aplicação das cláusulas de instrumentos coletivos devem ser expressamente previstas; (4) a diretriz do princípio da dignidade da pessoa humana e da proteção à saúde e à vida do indivíduo; (5) ausência de natureza remuneratória da assistência à saúde, não sendo utilidade contraprestativa.

Em face do conflito, a constatação mais simples foi a da contradição de conceder um benefício ligado à saúde não utilizável nas situações em que o trabalhador mais dele necessitar.

Além disso, não comporta rigidez a divisão entre atos de suspensão e interrupção contratual, sendo pertinente a divisão entre atos estranhos à vontade do trabalhador ou não, levando em conta, também, ser, ou não, exercício de um direito legitimado pela ordem jurídica.

A escolha dos efeitos da suspensão e interrupção contratual depende de lei, porém não há como olvidar que a lei é somente um dos aspectos que formam a juridicidade, ganhando relevância, na interpretação dos fatos, a normatividade dos princípios constitucionais (princípio da dignidade da pessoa humana) e os princípios do Direito do Trabalho (princípio protetor, princípio da continuidade). É razoável, portanto, perquirir sobre a teleologia da imposição de hipóteses de suspensão, notadamente pela finalidade social que permeia a exegese da lei (artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

Quando o empregador institui a assistência médica, pela via individual ou coletiva, reconhece sua importância social e o fundamento da ordem econômica na valorização do trabalho humano, na existência digna e na justiça social.

Desta maneira, afina-se com o fato de a eficácia horizontal dos direitos fundamentais caber também aos cidadãos e à livre iniciativa, o que, aliás, é suposto pela ordem jurídica que imuniza de efeitos remuneratórios a prestação de assistência à saúde (artigo 458, § 2º, IV, da CLT).

Nesta senda, pouco importa saber se o empregador

foi o causador dos problemas de saúde do empregado, pois não se trata de modalidade contraprestativa. Faz parte da eficácia horizontal e concretude dos direitos fundamentais.

Igualmente não interessa perquirir se a benesse foi criada pela via individual do contrato de trabalho ou por negociação coletiva.

Ainda que a assistência médica resulte de contratação coletiva, os efeitos não podem ser interpretados de modo a contrariar o artigo 7º, caput, da Constituição, em prol do artigo 114 do Código Civil. Solução deste tipo, além de vilipendiar a hierarquia dinâmica das fontes em Direito do Trabalho, acarreta a exclusão do pertencimento à categoria pelo empregado, justamente em um regime sindical organizado pela unicidade.

Em relação à motivação jurisprudencial resultante na Súmula 440 do Tribunal Superior do Trabalho, podemos ver, em síntese, a opção judicial pela manutenção do plano de saúde em situações de sustação ampla do contrato de trabalho, com os seguintes motivos: a aderência contratual e o princípio da inalterabilidade contratual lesiva (artigo 468 da CLT); a manutenção do contrato de trabalho e não seu rompimento; a geração de efeitos contratuais, mesmo durante a suspensão, quando se está em jogo direitos de magnitude social, o princípio da dignidade da pessoa humana e o reconhecimento do valor social do trabalho, princípios fundantes da República Federativa do Brasil; a não limitação expressa da assistência médica em instrumento coletivo comporta interpretação favorável à manutenção do benefício, sem risco de ofensa aos artigos 5º, II, da Constituição (princípio da legalidade) e 475 da CLT, em consonância com o substrato ético do Direito do Trabalho e dos princípios da dignidade da pessoa humana, da valorização do trabalho como alicerce da ordem econômica e de uma ordem social baseada no primado do trabalho; a manutenção dos

efeitos não ligados diretamente à prestação de serviço, mas compatíveis com a higidez do contrato de emprego; o impedimento somente de efeitos incompatíveis com a prestação de trabalho, sem risco de violação ao princípio da autonomia privada coletiva; a impossibilidade de restrição do direito à assistência médica, via negociação coletiva, apenas aos empregados da ativa.

Em um contexto mais amplo, verifica-se que o tratamento das hipóteses de sustação de trabalho é diferente do Direito Civil, pois o contrato de trabalho possui como característica o de ser sinalagmático em seu todo, e não por prestações particularizadas, além de ser informado pelo princípio da continuidade, ponto fulcral na análise do tema.

Essa diferença é importante para a interpretação das hipóteses, longe de um conceito de separação absoluta, pois o enquadramento delas junto ao Direito do Trabalho demonstra existir casos de suspensão *sui generis* e situações em que fatos assemelhados são tratados de modo diferente (pausas durante a jornada, por exemplo).

Em virtude disso, torna-se relevante compreender que fatos alheios à vontade do trabalhador ou ligados ao exercício de um direito legítimo, a exemplo o de greve, não podem cair na vala comum de uma divisão interpretativa rígida fundada em uma compreensão insuficiente do próprio Direito do Trabalho.

Em uma compreensão razoável, os valores de proteção à saúde do trabalhador e da comunidade em que está inserido devem ser considerados. A saúde, assim, corresponde a um meio ambiente saudável não restringível apenas à atividade profissional, mas com a integração do homem trabalhador ao seu meio, em concepção gestáltica.

O contrato, portanto, para poder produzir efeitos de

saúde, de modo amplo, tem que ser capaz de provocar uma repercussão em situações de ultratividade, além do universo restrito das partes, para devolver à comunidade o que se espera.

A manutenção do plano de saúde insere-se, assim, dentro destes efeitos ultrativos benéficos do contrato de emprego, mas não é a única hipótese. Também em relação ao direito de greve, a ordem jurídica demanda melhor interpretação, consentânea com seus fins e com a juridicidade, para não se prejudicar o exercício de uma conquista histórica dos trabalhadores.

Deve-se entendê-lo, por conseguinte, como modo de tradução da saúde da comunidade, ligado ao princípio da melhoria contínua da condição social do trabalhador.

A garantia de salários durante o período de greve, destarte, vai ao encontro do real alcance do artigo 9º da Lei Maior, sendo incompatível a acolhida de interpretação diferente com fulcro em legislação infraconstitucional.

O exercício de um direito, seja ele o de poder ter acesso a um plano de saúde, seja o de poder ter acesso a uma ordem social mais justa, não pode ser encarado como um risco exclusivo do empregado, mas deve ser partilhado por todos em prol de um benefício social maior.

É o que se tinha a dizer.

Referências Bibliográficas

- (1) DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012, página 1076
- (2) SÜSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de Direito do Trabalho**. 16ª ed. Atual. São Paulo: LTr, 1996, Vol. 1, páginas 488 e 489
- (3) MAIOR, Jorge Luiz Souto. **O direito do trabalho como instrumento de justiça social**. São Paulo: LTr, 2000, páginas 287 e 288

(4) GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, página 342

(5) SÜSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de Direito do Trabalho**. 16ª ed. Atual. São Paulo: LTr, 1996, Vol. 1, página 485 (nota de rodapé 2)

(6) Mesmos autor e obra, página 486

(7) BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 4. ed. rev. e ampl. - São Paulo: LTr, 2008, página 858

(8) BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 4. ed. rev. e ampl. - São Paulo: LTr, 2008, página 857

(9) MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antônio Carlos Flores de. 9. ed. São Paulo: LTr, 2003, páginas 355 e 356

(10) PINTO, José Augusto Rodrigues. **Curso de Direito Individual do Trabalho: noções fundamentais de direito do trabalho, sujeitos e institutos de direito individual**. 5 ed. São Paulo: LTr, 2003, página 453

(11) MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antônio Carlos Flores de. 9. ed. São Paulo: LTr, 2003, páginas 363 a 367

(12) SÜSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de Direito do Trabalho**. 16ª ed. Atual. São Paulo: LTr, 1996, Vol. 1, página 487

(13) MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antônio Carlos Flores de. 9. ed. São Paulo: LTr, 2003, página 457

(14) DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012, páginas 1077 a 1079

(15) mesmos autor e obra, página 1078

(16) OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção jurídica à saúde do trabalhador**. 4.ed. São Paulo: LTr, 2002, página 81

sítios eletrônicos: www.lexml.gov.br, www.tst.jus.br, www.adj.org.br

Revista



A Participação de crianças e adolescentes no *ShowBusiness*: Desafios para a saúde e o direito

Sumário:

1. Introdução
2. Aspectos históricos e normativos
 - 2.1 Proteção integral e proibição do trabalho infantil
 - 2.2 O trabalho infantil artístico
3. Caracterização: riscos e consequências
4. Considerações finais

Referências

Palavras-chave: trabalho infantil artístico, saúde do trabalhador, saúde pública, direito do trabalho, artista mirim, participação artística, criança, adolescente



Sandra Regina Cavalcante - Advogada, mestre e doutoranda em Saúde Pública pela Universidade de São Paulo, autora de "Trabalho Infantil Artístico: do deslumbramento à ilegalidade" (Editora LTr, 2011). Especialista em Direito do Trabalho pela Escola Superior de Advocacia da OAB-SP e em Direito Ambiental pela Universidade de São Paulo. Radialista, professora e conciliadora. Bolsista da CAPES – Proc. nº BEX 2109/31-1

1. Introdução

[pesquisadora] – “Há risco nesta atividade?”

[mãe de ator mirim] – “Sim, existe na saúde física e saúde mental: as físicas, tenho a preocupação de que primeiro, é muito cansativo, e a gente sabe que ‘stress’ e cansaço acaba levando a problema físico, facilidade de pegar doença, depressão etc. Emocional mais ainda, de vários ângulos, emocional do ‘bullying’ que sofreu quando colegas da escola descobriram que dançava, da exposição, da experiência de sucesso com 13 anos de idade, que veio muito cedo e pode não acontecer de novo no futuro como está acontecendo agora, dessa forma. Tenho que ficar muito atenta, porque é muito sucesso para uma pessoa que não lutou nada pra conseguir e que veio fácil e a gente sabe que a vida não é assim, né? Eu acho que é uma ilusão que depois pode dar uma queda muito grande... [a vida de artista] é uma ilusão... e até, sei lá... um risco de entrar precocemente na sexualidade, riscos como contato com drogas, é uma exposição de alguém muito imaturo”.

...

[atriz mirim – idade: 11 anos] – “Eu me acostumei... eu vejo criança saindo chorando do teste aí eu fico triste por causa da criança, mas pra mim tudo bem; alguns sabem como dar esta notícia e outros não, eles pensam ‘coitada da criança’, mas não pensam tanto ‘ai, eu não posso magoar’ e tal... uma vez eu fui fazer um catálogo e aí era o teste e o comercial no mesmo dia; eu fiquei o dia inteiro lá, eu saí da escola e fui para lá; eles chamaram todas as crianças e falaram: ‘olha, estas pessoas passaram e o resto

não’, e pronto; aí as pessoas saíam chorando... e eu tinha passado, aí eu ia entrando e eles iam saindo... dava dó, passavam por mim e falavam chorando ‘parabéns’ (...). De vez em quando eu não passo no teste e a minha mãe chora e eu não, e eu falo ‘mãe pára de chorar, vai ter outra chance’ ... é difícil passar.”

Os trechos escolhidos para iniciar este artigo foram extraídos do estudo que ouviu artistas mirins, familiares e profissionais dos segmentos publicitário, do entretenimento e da moda¹ (Cavalcante, 2012). Essas falas contextualizam o tema e sinalizam sua complexidade. Os riscos à saúde biopsicossocial da criança e do adolescente nem sempre são aparentes a quem está fora do meio artístico, como os existentes antes mesmo da atividade, no caso dos concorridos testes e seleções, ou aqueles decorrentes de uma carreira artística de sucesso alcançada precocemente.

¹ O termo “show-business” foi utilizado no título por razão de simplificação, porém com a intenção de abranger a participação de crianças e adolescentes nos segmentos publicitário, do entretenimento e da moda.

O assunto apresenta grande relevância para a área da Saúde Pública, já que o trabalho é um dos espaços da vida determinantes na construção e na desconstrução da saúde (Lima, 2000). Para abranger o emaranhado de fenômenos que envolvem as dimensões humanas implicadas no trabalho, a saúde deve ultrapassar a concepção de ausência de doenças, expandindo-se para os aspectos econômicos e sociais. Nesta abordagem, a saúde se confunde com bem estar, é mais do

Revista



SÃO PAULO

que saúde física, é segurança para pessoas no seu curso de vida (Assunção e Lima, 2001).

A participação do artista mirim no show-business é um dos assuntos mais controvertidos entre os operadores do direito e órgãos que lidam com a saúde e defesa dos direitos da criança e do adolescente. Nos últimos anos, o debate começou a ganhar espaço nos meios de comunicação e na sociedade em geral. Se alguns são contrários à autorização da participação de crianças e adolescentes nesse tipo de atividade, com o argumento de que muitos artistas mirins sofrem prejuízos psicológicos e sociais no ambiente de trabalho, outros entendem que o trabalho artístico é um direito da criança e do adolescente e que pode ser exercido em conformidade com o princípio da proteção integral.

O tema apresenta importantes desafios para a saúde e para o direito; alguns aparentemente já estão resolvidos e em fase de implementação, como a mudança da competência, para a emissão dos alvarás, das varas da infância e da juventude na justiça estadual para a justiça do trabalho. Outros foram apenas assinalados, como a verificação dos riscos existentes na atividade artística, consideradas a vulnerabilidade e limitações do artista mirim, para possibilitar a criação de normas e orientar a atuação neste segmento, com vistas à proteção da saúde e segurança de crianças e adolescentes. Importante e necessário campo, pois, para novas pesquisas científicas e produção doutrinária.

2. Aspectos históricos e normativos

2.1 Proteção integral e proibição do trabalho infantil

A forma como a sociedade trata suas crianças e adolescentes variou no decorrer da história. De adultos em miniatura a seres frágeis que precisam de cuidados especiais, o status de ser humano em formação que precisa ser protegido foi alcançado graças à progressiva construção social, que envolveu descobertas científicas, alterações no comportamento da sociedade e mudanças legislativas (Ariès, 2006; Postman, 1999; La Taille, 2009).

Hoje a criança e o adolescente são "sujeitos" de direitos, com garantia à proteção integral e prioritária em muitos países. No Brasil, a Constituição Federal e o ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente) reconhecem a vulnerabilidade da comunidade infantojuvenil e sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento que deve gozar de prioridade absoluta. O dever de protegê-los com prioridade não é só da família e do Estado, mas de toda a sociedade (art. 227 CF e art. 4º ECA). É o princípio da proteção integral às crianças e adolescentes, que pode ser compreendido como um desdobramento do princípio da dignidade humana (Oliva, 2006; Cavalcante, 2013).

A exploração do trabalho infantil foi proibida porque se verificou que o trabalho precoce põe em risco a educação e compromete o desenvolvimento físico e psicológico de crianças e adolescentes. Isso ocorre devido à competição que se estabelece entre as atividades de trabalho e as atividades escolares, de

esporte e lazer, essenciais para a saudável formação do indivíduo (diminuição do tempo disponível para brincar, conviver com familiares e comunidade, impossibilidade de se dedicar adequadamente às atividades educativas dentro e fora do horário escolar). A imaturidade, inexperiência, distração e curiosidade, traços comuns nesta fase da vida, somados à menor possibilidade de defesa e reação, aumentam a vulnerabilidade do grupo aos riscos do trabalho (Asmus et al., 1996; NIOSH, 1997; Fisher et al., 2000; Oliveira et al., 2001; Galli, 2001; Fisher et al., 2003; Teixeira et al., 2010; Artes e Carvalho, 2010; Palmeira Sobrinho, 2010).

A legislação brasileira proíbe a realização de qualquer trabalho antes dos 16 anos de idade, exceto na condição de aprendiz, a partir de 14 anos (art. 7º, XXXIII CF). Tal limite deve ainda considerar diversas restrições: proibição de crianças e adolescentes (ou seja, antes de 18 anos) no trabalho noturno, perigoso, penoso, insalubre, prejudicial ao desenvolvimento físico, psíquico, moral ou social, bem como em locais que não permitam a freqüência à escola; e vedação de atividades no subterrâneo e em estivas para trabalhadores com menos de 21 anos.

2.2 O trabalho infantil artístico

O fenômeno que passou a ser chamado de TIA - Trabalho Infantil Artístico (Oliveira, 2007; Melro, 2007; Marques, 2009; Oliva, 2010; Cavalcante, 2011) ou Trabalho Infantojuvenil Artístico é aquele realizado por criança ou adolescente antes dos 16 anos em atividade com finalidade econômica, diversa do âmbito recreacional ou escolar. Essa participação, seja como ator, cantor, apresentador, músico, artista circense, dançarino, entre outros, é

parte integrante de um produto maior com valor de mercado. Mesmo que a atuação se dê em troca de roupas (comum em desfiles e fotos para catálogos) ou simplesmente pela oportunidade de exposição da imagem, visando o reconhecimento do trabalho e possibilidade de novos contratos, o trabalho infantojuvenil artístico estará caracterizado. Afinal, o objetivo econômico muitas vezes não é do artista ou de sua família, mas de quem o contrata.

Cabe destacar que o trabalho é caracterizado por sua finalidade e não pela atividade em si (Guérin, 2001). Assim, não é o fato de ser transmitida pela televisão que transformará uma apresentação com crianças em trabalho infantil artístico, mas sim a finalidade dessa participação, ou seja, o fato de ser uma atividade subordinada, realizada sob direção de um terceiro, que cobra do artista obrigações inerentes à sua atuação, que é parte integrante do produto criado para o interesse do seu contratante. Por isso não se pode comparar atividades extracurriculares realizadas no contra-turno das aulas, por crianças que ficam em período integral na escola, com as gravações vespertinas de novela por artistas mirins que frequentam a escola pela manhã¹.

Não se deve olvidar, contudo, que a atividade artística é importante elemento na formação dos indivíduos, por agregar cultura, criatividade, sensibilidade e autopercepção (Coli, 2006; Cavalcante, 2012). A liberdade de expressão artística e acesso às fontes de cultura é direito de todos garantido constitucionalmente (art. 5º, IX), inclusive às crianças e adolescentes. O ensino

¹ Comentário espontâneo no sentido oposto foi feito por mães de artistas mirins durante observação realizada em 2010 nos bastidores de gravação de novela, relatado no Anexo 5 da dissertação de mestrado (Cavalcante, 2012).

da arte é, nesse sentido, componente curricular obrigatório na educação básica, segundo a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (art 26, § 2º da Lei 9394/1996). Porém a experiência artística será positiva na infância e na adolescência se levar em conta o perfil de pessoa em desenvolvimento e respeitar suas fragilidades biológicas e psicológicas, ainda que seja no âmbito recreacional e escolar, principalmente se tal participação artística ocorrer no contexto empresarial.

Não há, na lei brasileira, dispositivos que determinem as condições necessárias para que o trabalho infantil artístico aconteça. A Lei 6533/78, que com o Decreto 82.385/78 regulamenta as profissões de artista e de técnico em espetáculo de diversões, não faz qualquer menção à participação de crianças e adolescentes neste segmento profissional.

O ECA não faz referência à atividade artística quando trata do trabalho do adolescente. Mas ao delimitar a competência do Juiz da Infância e da Juventude, inclui a emissão de alvarás para autorizar a participação de criança e adolescente em espetáculos públicos, seus ensaios e desfiles. O mesmo artigo de lei impõe ao juiz que, antes de autorizar, caso a caso, esta participação, verifique a adequação daquele ambiente e da natureza do espetáculo à participação infantojuvenil (art. 149, parágrafo 1º). Não fica claro, porém, se esta participação artística seria apenas para o contexto pedagógico (escolas, clubes, igrejas) ou se incluiria a atuação infantojuvenil no segmento empresarial artístico, ou seja, na indústria do entretenimento, da publicidade e da moda (Santos, 2007; Cavalcante, 2013).

A CLT (Consolidação das Leis do Trabalho), por sua vez, dispõe que alvará judicial aos adolescentes com idade entre 14 e 18 anos (art. 402) poderá autorizar o trabalho prestado em teatros de revista, cinemas, cabarés e estabelecimentos análogos, bem como em empresas circenses e outras semelhantes (art. 405, parágrafo 3º), desde que a representação tenha fim educativo ou a peça não possa ser prejudicial à sua formação moral. Outra situação prevista na lei trabalhista é aquela em que o juiz certifique-se de que a atividade artística não trará prejuízo à formação moral do adolescente e que esta ocupação seja essencial à subsistência sua e de seus familiares (art. 406 I e II). Há anos, contudo, se discute a constitucionalidade desses artigos e segundo o Ministério Público do Trabalho, os dispositivos 405 e 406 da CLT não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988 (Marques, 2009; Medeiros Neto e Marques, 2013).

Já a Convenção 138 da OIT (Organização Internacional do Trabalho), que trata da idade mínima para o trabalho e foi ratificada pelo Brasil, expressamente autoriza a situação na qual a criança e adolescente poderiam atuar excepcionalmente no trabalho artístico, mesmo abaixo da idade mínima (art. 8º). Além de autorização judicial específica para aquela participação pontual, esta norma impõe que sejam feitas restrições quanto às condições de trabalho e duração da atividade.

Assim, a interpretação conjunta das leis nacionais e internacionais aplicáveis às participações infantojuvenis na indústria do espetáculo autoriza, caso a caso, essa atuação no Brasil, desde que exista um alvará judicial contendo restrições de proteção aos riscos da atividade (Medeiros Neto e Marques,

2013; Cavalcante, 2012; Oliva, 2010; Nascimento, 2007; Robortella e Peres, 2005).

Embora tal opinião enfrente resistência de importantes juristas, que sustentam que a situação atual da legislação brasileira não permite o trabalho infantil artístico antes dos 16 anos de idade (Oliveira, 2007; Santos, 2007; Minharro, 2003; Costa et al., 2010; Silva, 2008), a questão caminha para o reconhecimento da legalidade dessas autorizações judiciais: em agosto de 2012, o Conselho Nacional do Ministério Público e o Conselho Nacional de Justiça realizaram o I Encontro nacional sobre Trabalho Infantil para ajustar a atuação de procuradores, juízes do trabalho, juízes comuns e promotores de justiça sobre o assunto. Concluíram que não cabe autorização judicial para o trabalho antes da idade mínima prevista no art. 7º, XXXIII da CF, salvo na hipótese do art. 8º, I da Convenção 138 da OIT². Ou seja, a única exceção admissível antes dos 14 anos é o trabalho infantil artístico.

Na mesma ocasião prevaleceu o entendimento de que é da Justiça do Trabalho a competência para receber tais pedidos de alvarás. Embora possa parecer evidente, para quem chega ao debate, tal constatação, principalmente ao saber que é pacífica a competência da justiça laboral para decidir sobre questões advindas do curso desta relação (como dano moral, acidente de trabalho, fiscalizações do ministério do trabalho e emprego etc.), continuava sendo violada a competência trazida pela Emenda Constitucional 45/2004, pois juízes das varas de infância e juventude permaneceram recebendo os pedidos e concedendo autorizações judiciais. O

próprio Superior Tribunal de Justiça se pronunciou pela competência da Justiça Estadual para receber esses pedidos de alvará, com a justificativa de que a jurisdição seria voluntária e que não haveria relação de trabalho antes da assinatura de tal autorização³. Porém, no caso das participações artísticas de crianças e adolescentes, há um “Termo de autorização e ajuste de condições para participação do espetáculo” que é previamente assinado pelos responsáveis e produção, cujas cláusulas configuram a existência de um contrato de trabalho firmado antes mesmo da concessão do alvará judicial.

O Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo (TRT-2ª Região) mostrou o caminho ao criar, por meio de ato assinado em setembro de 2013, condições para que sejam processados na Justiça do Trabalho os pedidos de autorização para o trabalho infantil artístico. O ato GP 19/2013 criou o Juízo Auxiliar da Infância e Juventude no âmbito do TRT-SP e prevê o encaminhamento, caso necessário, de solicitações de diligências e medidas cabíveis às seções de atendimento psicológico e de serviço social do tribunal.

3. Caracterização: riscos e consequências

Os resultados da pesquisa qualitativa concluída em 2012 revelam que a mão de obra do artista mirim é solicitada em diferentes áreas, conforme a seguinte lista meramente exemplificativa: teatro/musicais, cinema, fotos publicitárias, filmes publicitários, programas para a TV, dublagem, espetáculos de dança, eventos corporativos, apresentações

² Conclusões dos grupos de trabalho do Encontro Nacional sobre Trabalho Infantil. Disponível em <http://www.tst.jus.br/documents/2237892/2362745/Conclus%C3%B5es+do+Primeiro+Encontro+Nacional+sobre+Trabalh+Infantil+-+CNJ+e+CNMP>. Acesso em 21 fev 2014.

³ Conflito de Competência nº 98.033 (julgado em 2008). Disponível em https://ww2.stj.jus.br/websecstj/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=838059&sReg=200801746969&sData=20081124&formato=PDF. Acesso em 21 fev 2014.

musicais (cantores e instrumentistas), desfiles de moda, apresentações circenses e programas de rádio (Cavalcante, 2012).

O estudo dos aspectos organizacionais deste segmento evidenciou que a participação infantojuvenil tem natureza de trabalho, que inexistem cuidados especiais para adaptar o processo produtivo às necessidades do artista mirim e que as relações são estabelecidas em ambiente de pressão, competição e vaidade. A lei com frequência é desrespeitada, seja devido à falta de alvarás judiciais, seja devido à impossibilidade dos acompanhantes responsáveis permanecerem junto ao artista mirim durante a realização de testes, gravações e apresentações.

Quando questionados sobre as consequências da atividade para a sua saúde, os artistas mirins relacionaram aspectos positivos: conhecer pessoas novas, aprender novas habilidades, receber aplausos e elogios. E negativos: dificultar convivência com família, atrapalhar relação de amizade, às vezes quer ir a um lugar e não pode porque tem gravação / teste / apresentação. Já as mães ouvidas apontaram como efeitos positivos do trabalho infantil artístico: amadurecimento, melhora de autoestima, aumento do interesse pela dança, aprendizado de novas habilidades. E negativos: filho ficou muito autocrítico, baixou a autoestima, piora na alimentação, virou motivo de gozação, tem falta de ar devido ambiente competitivo, não quer se dedicar ao colégio, sofreu bullying quando souberam que dançava.

Esses resultados confirmaram outros estudos que indicam que são diversos os fatores que influenciam no tipo de experiência, se positiva ou negativa, para determinada criança ou adolescente; depende

da sua personalidade e do ambiente, bem como da frequência da participação (que não pode comprometer o tempo disponível para outros interesses da criança e adolescente), o tipo de atividade solicitada, a idade do artista mirim e como os adultos (profissionais e pais) conduziram aquela participação: com pressão e cobrança ou apoio e cuidados (Bahia, 2008; Bahia, 2007; Melro; 2007; Lacombe, 2006).

A partir das observações e entrevistas realizadas na pesquisa de 2012, foi possível identificar quais características do trabalho infantil 'clássico' estavam presentes no trabalho infantil artístico. Seguem, pois, dois quadros, que se complementam, desenvolvidos em estudos sobre o trabalho infantil e que receberam adaptações para identificar qual característica está presente na participação artística infantojuvenil. No primeiro, baseado na lista da UNICEF (1997) para identificar o trabalho prejudicial ao desenvolvimento infantojuvenil, foi selecionada a característica e informado o local ou situação na qual, durante o trabalho de campo, tal situação foi observada ou relatada. O segundo é uma adaptação de quadro elaborado por pesquisadores brasileiros com as principais causas e consequências do trabalho infantil na saúde (Franklin et al., 2001). A coluna "artista mirim" foi incluída para indicar quais causas de doenças do trabalho precoce foram encontradas nas observações e entrevistas realizadas.

Condições de trabalho prejudiciais identificadas na atividade do artista mirim a partir das observações e relatos (Cavalcante, 2012)

O trabalho é prejudicial ao desenvolvimento de crianças e adolescentes nas seguintes condições (UNICEF, 1997):

I) aquele realizado em tempo integral, em idade muito jovem;

II) o de longas jornadas

III) o que conduza à situações de estresse físico, social ou psicológico;

IV) o que seja prejudicial ao pleno desenvolvimento psicossocial

Presença na atividade do artista mirim

Não observado

Gravação de comerciais, séries para televisão e filmes (criança fica à disposição enquanto resolvem problemas técnicos, pode ultrapassar 12 horas e adentrar madrugada)

Ensaios de musicais (esgotamento físico e estresse psicológico, decorrente de repetições sob alta exigência e competição); Ensaios fotográficos (manter-se estático em posições nem sempre confortáveis, até sorriso durante muitos minutos causou câimbra); Agências e produções não informam previamente sobre etapas da seleção ou sobre reprovação (passa os dias na expectativa de ser chamado)

Contatos raros e esporádicos com familiares devido a agenda lotada ou mudança de cidade, tratamento diferenciado na escola, brincadeiras de boneca apenas no contexto de desfiles e testes, outros o tratam como a figura criada/personagem e não como ele mesmo criança/adolescente

Revista

V) o exercido nas ruas em condições de risco para a saúde e a integridade física e moral das crianças

Algumas externas (gravações fora de estúdio) sem cuidados adequados (proteção solar, hidratação, alimentação); exposição ao assédio público

VI) aquele incompatível com a frequência à escola;

Gravação de comerciais (criança à disposição o dia inteiro); necessidade de viajar para gravar comerciais, filmes, séries; quando ausência foi maior do que dois meses, mãe e filho mudaram de cidade (afastamento do pai, familiares e conhecidos; mudança de escola e residência)

VII) o que exija responsabilidades excessivas para a idade

Ser protagonista de novela, ter que honrar compromisso profissional (não ficar doente, indisposto, não faltar apesar cansaço, tempestade ou festa do amigo); ter que fazer certo (lembrar texto memorizado e movimentos em cena) senão terá que repetir e fazer todo conjunto de adultos trabalhar mais (fazer televisão, cinema e teatro é um trabalho de equipe). No teatro fica o constrangimento do errar e prejudicar o resultado final

VIII) o que comprometa e ameace a dignidade e a autoestima da criança, em particular quando relacionado com trabalho forçado e com exploração sexual

Contato com temas inadequados que podem ser traumáticos (violência, temas adultos, terror); ambiente competitivo e de vaidade exagerada (egos acentuados) pode prejudicar autoestima; amadurecimento precoce

IX) trabalhos sub-remunerados

Não observado no grupo estudado, mas relatos indicam a existência (desfiles e fotos sem cachê pelas roupas ou chance de aparecer); atuação em filmes de produção modesta, sem cachê e pela oportunidade de participar, visando divulgação para novos convites. Porém entrevistados relataram que cachê do artista mirim é de 10 a 30% o valor da remuneração do adulto com mesma carga de trabalho

Causas de doenças identificadas na atividade do artista mirim a partir das observações e relatos (Cavalcante, 2012)

Causas	Consequências	Artista mirim
Longas jornadas de trabalho Esforço físico Horários indevidos	Fadiga crônica	X
Horários inadequados de trabalho	Distúrbios do sono e/ou irritabilidade excessiva	X
Exposição a ruídos	Progressiva perda auditiva	X
Iluminação excessiva ou deficiente	Irritação ocular	X
Má postura Esforços exagerados Movimentos repetitivos	Contraturas musculares Distensões Entorses	X
Carregamento de peso Posturas inadequadas	Deformações ósseas	-
Equipamentos e mobiliário inadequados	Lombalgia, cefaléia, mialgias	-
Alimentação inadequada	Distúrbios digestivos	X
Esforço repetitivo dos dedos, mãos e braços	Tendinite Lesão por Esforço Repetitivo – LER	-
Exposição excessiva ao sol, umidade, frio, calor, vento e poeira	Mal estar	-
Falta de proteção contra luz solar e outros agentes físicos, químicos e biológicos	Ferimentos de pele - Alergias, dermatites, furunculoses e câncer de pele	X
Inalação de poeiras e fibras. Exposição ao ar-condicionado sem manutenção	Bronquite, pneumonia, rinite e faringite	X
Inalação e fixação de partículas sólidas espalhadas na atmosfera (carvão, sílica)	Pneumoconioses	-

Fonte: Franklin et al., 2001 (adaptado)

Revista

4. Considerações finais

Embora a atividade artística possa significar a realização plena de potencialidades e talentos natos ou desenvolvidos, quem a realiza, em muitas situações, viveu estresse, pressões e fadiga que, no caso dos artistas mirins, podem comprometer a sua saúde e formação. Os ambientes nos quais ocorrem as participações, os períodos prolongados que tomam do tempo dessas crianças e adolescentes, bem como a atração exercida por eventuais remunerações significativas ou pelo “glamour” conferido à atividade podem sujeitar essa população a situações capazes de afetar sua saúde, desenvolvimento biopsicossocial e aproveitamento escolar. Há rotina de horários, ensaios, ritmo, exigências. O desconhecimento dos direitos, riscos e reais necessidades dos filhos levam famílias a expor a saúde e comprometer a boa formação de suas crianças e jovens.

Mesmo assim, muitas crianças inseridas neste universo transformam determinados momentos em diversão. É preciso, pois, considerar o interesse de crianças e adolescentes e seu direito de proteção integral e prioritária a fim de se estabelecer mecanismos que cuidem para que a experiência seja positiva. A regulamentação desta participação parece ser a melhor opção, porque estabelecerá critérios mínimos que nortearão produções, agências, pais, fiscalização, magistrados e procuradores. E que fique evidente que serão as produções que devem se organizar em função das limitações dos artistas mirins, adaptando seus horários e roteiros às crianças, e não o contrário, como vem acontecendo.

Há casos, porém, que a proibição parece ser o único

caminho possível, como a participação infantojuvenil em anúncios publicitários. As piores experiências narradas aconteceram neste segmento: inexistência de alvarás judiciais, longos períodos de espera, falta de cuidados com a criança, falta de estrutura para comportar artistas mirins e acompanhantes nos testes (Cavalcante, 2012). Já é possível afirmar que existe um consenso, entre os que atuam no enfrentamento do trabalho infantil, de que deve ser abolida qualquer participação de crianças e adolescentes em peças publicitárias, por ser inaceitável que pessoas nessa faixa etária sejam utilizadas para vender produtos, em uma situação sem caráter artístico e voltada aos interesses do mercado⁴. O próprio Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária passou a recomendar, desde 2006, que crianças e adolescentes não figurem em campanhas promovendo produtos e serviços incompatíveis com a sua condição.

O Ministério Público do Trabalho editou orientações referentes ao trabalho infantojuvenil artístico, que têm guiado as ações e dado visibilidade ao efetivo cumprimento da Proteção Integral à população infantojuvenil. Dentre os pressupostos de constituição válida e regular dessa relação excepcional, a serem observados pelas produções e incluídos nos alvarás judiciais que autorizarem o exercício de trabalho infantil artístico, está a assistência médica, odontológica e psicológica (Medeiros Neto e Marques, 2013). Porém, a pesquisa já mencionada constatou que a contratação de planos de saúde para os artistas mirins ocorre raramente e em casos de atuação prolongada e

⁴ Os limites do trabalho artístico, artigo de Fernanda Sucupira no site do TST. Disponível em http://www.tst.jus.br/web/trabalho-infantil/noticias/-/asset_publisher/RG9f/content/os-limites-do-trabalho-artistico-infantil. Acesso em 21 fev 2014.

com papel fixo em algumas grandes produtoras ou emissoras de televisão. A regra praticada no mercado é pela não contratação de planos de saúde nem pelas agências, nem pelas emissoras ou produtoras. Assim, as crianças e adolescentes, se acometidos de doenças ou lesões no percurso da atividade artística, utilizam os planos privados dos pais, como dependentes, ou da saúde pública, em caso de inexistência daqueles.

Observam-se, portanto, avanços recentes neste tema, em direção à proteção da saúde dessas crianças e adolescentes, mas ainda há muito por fazer. Que a partir de estudos, desenvolvimento e aplicação de medidas de segurança e proteção à saúde do trabalhador, a sociedade possa usufruir dos momentos de encanto e reflexão trazidos pela atuação de talentosos artistas mirins, porém com a certeza de que alguém os protege nos bastidores; afinal, não é admissível a diversão para muitos à custa da exploração de infâncias e adolescências de alguns.

Referências bibliográficas

Ariès F. **História social da criança e da família**. Rio de Janeiro: LTC; 2006

Artes ACA, Carvalho MP. **O trabalho como fator determinante da defasagem escolar dos meninos no Brasil: mito ou realidade?** Cad. Pagu. [periódico na internet]. 2010 jun [acesso em 17 nov 2010]; 34: 41-74. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332010000100004&lng=pt&nrm=iso

Asmus CIRF, Barker SL, Ruzany MH, Meirelles ZV. **Riscos ocupacionais na infância e na**

adolescência: uma revisão. J Pediatría. 1996; 72(4): 203-8

Assunção AA, Lima FPA. **A contribuição da ergonomia para a identificação, redução e eliminação da nocividade do trabalho**. In: Mendes R, organizador. A Patologia do Trabalho. Belo Horizonte: Ateneu; 2001; 1767-1789

Bahia S, Pereira I, Monteiro P. **Participação em espectáculos, moda e publicidade: Fama enganadora**, in: J. Cadete (Org.), PETI: 10 anos de combate à exploração do trabalho infantil. Lisboa: MTSS / PETI - Fundo Social Europeu; 2008: 207-242 [acesso em 20 fev 2014] Disponível em: <http://repositorio.ul.pt/handle/10451/2708>

Bahia S, Janeiro I, Duarte R. **Personal and contextual factors in the construction of acting careers**. *Electronic Journal of Research in Educational Psychology*; 2007; 5(1): 57-74

Cavalcante SR. **Trabalho Infantil Artístico: do deslumbramento à ilegalidade**. São Paulo: LTr; 2011

Cavalcante SR. **Trabalho artístico na infância: estudo qualitativo em saúde do trabalhador**. 2012. Dissertação (Mestrado em Saúde Pública) - [acesso em 20 fev 2014] São Paulo: FSP/USP. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/6/6134/tde-2552012-141746/>

Cavalcante SR. **Trabalho infantil artístico: conveniência, legalidade e limites**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho. 2013; (79): 139-158

Coli J. **O que é arte**. 15 ed. São Paulo: Brasiliense; 2006

Costa KR, Leme LR, Custódio AV. **O trabalho infantil em atividades artísticas: violação de normas internacionais.** Revista Ceciliana Dez. 2010; 2(2): 38-40

Fischer FM, Oliveira DC, Teixeira LR, Teixeira MC, Amaral MA. **Efeitos do trabalho sobre a saúde de adolescentes.** Ciência e Saúde Coletiva. 2003; 8(4): 973-984

Fischer FM, Martins IS, Oliveira DC. **Relatório final do projeto: saúde, educação e trabalho nos Municípios de Monteiro Lobato e Santo Antônio do Pinhal-SP.** São Paulo: Faculdade de Saúde Pública da USP; 2000; v. III

Franklin RN, Pinto ECMM, Lucas JT, Linné M, Peixoto R, Sauer MTN, Silva CH, Nader PJH. **Trabalho precoce e riscos à saúde.** Revista Adolescência Latinoamericana. 2001; 1414-7130/2:80-89

Galli, R. **The economic impact of child labour [discussion paper on line] 2001.** [acesso 20 fev 2014] Genebra: ILO Decent Work Research Programme. Disponível em: http://www.ilo.org/inst/publication/discussion-papers/WCMS_193680/lang--en/index.htm

Guérin F, Laville A, Daniellou F, Duraffourg J, Kerguelen A. **Compreender o trabalho para transformá-lo. A prática da Ergonomia.** Sznelwar L, tradutor. São Paulo: Edgard Blucher; 2001

Lacombe R. **A infância dos Bastidores e os Bastidores da Infância: Uma Experiência com crianças que trabalham em televisão** [Dissertação de Mestrado]. Rio de Janeiro: Faculdade de Psicologia da PUC/RJ; 2006

La Taille Y. **Formação Ética: do tédio ao respeito de si.** Porto Alegre: Artmed; 2009

Lima FPA. **A Ergonomia como instrumento de segurança e melhoria das condições de trabalho.** In: Anais do I Simpósio Brasileiro sobre Ergonomia e Segurança do Trabalho Florestal e Agrícola. Belo Horizonte, BR. Viçosa:UFV/Fundacentro; 2000

Marques RD. **Trabalho infantil artístico: proibições, possibilidades e limites.** Revista do Ministério Público do Trabalho. São Paulo: LTr; 2009; 19(38): 13-53

Medeiros Neto XT, Marques RD. **Manual de atuação do Ministério Público na prevenção e erradicação do trabalho infantil.** Brasília: Conselho Nacional do Ministério Público; 2013

Melro ALR. **Actividades de crianças e jovens no espectáculo e no desporto: a infância na indústria do entretenimento na contemporaneidade** [dissertação de mestrado]. Portugal: Instituto de Estudos da Criança da Universidade do Minho; 2007

Minharro ERS. **A criança e o adolescente no Direito do Trabalho.** São Paulo: LTr; 2003

Nascimento AM. **Curso de Direito do Trabalho.** 22ª Ed. São Paulo: Saraiva; 2007

NIOSH. **National Institute for Occupational Safety and Health. Special hazards review – Child Labor Research Needs. Recommendations from the NIOSH child labor work team** [on line]. Atlanta: CDC; 1997 [acesso

em 20 fev 2014]. Disponível em <http://www.cdc.gov/niosh/docs/97-143/>

Oliva JRD. **O Princípio da Proteção Integral e o trabalho da criança e do adolescente no Brasil**. São Paulo: LTr; 2006

Oliva JRD. **O Trabalho Infanto-juvenil artístico e a idade mínima: sobre a necessidade de regulamentação e a competência para sua autorização**. Revista da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 15ª Região – AMATRA XV. São Paulo: LTr; 2010; (3): 130-152

Oliveira DC, Sá CP, Fischer FM, Martins IS, Teixeira LR. **Futuro e liberdade: o trabalho e a instituição escolar nas representações sociais de adolescentes**. Estud. Psicol. [periódico na internet]. Natal: 2001 [acesso em 20 fev 2014]; 6 (2): 245-258 Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-294X2001000200012&lng=en&nrm=iso

Oliveira O. **Trabalho Infantil Artístico. [monografia na internet]**. Rio de Janeiro; 2007 [acessado em 20 jul 2009]. Disponível em: http://www.fnpeti.org.br/artigos/trabalho_artistico.pdf/view [palestra apresentada na abertura do Seminário "Trabalho Infantil Artístico: Violação de Direitos Humanos?", organização - MPT-1ª Região]

Palmeira Sobrinho Z. **O trabalho infantil: um balanço em transição**. In: Nocchi ASP, Velloso GN e Fava MN (org). Criança, Adolescente, Trabalho. São Paulo: Ltr; 2010; 21-44

Postman N. **O desaparecimento da infância**. Rio de Janeiro: Graphia, 1999

Robortela LCA e Peres AG. **Trabalho artístico da criança e do adolescente: valores constitucionais e normas de proteção**. Revista LTr. São Paulo: 2005; 69(2): 148-157

Santos EA. **A naturalização do trabalho infantil. Revista do Tribunal Superior do Trabalho** [periódico na internet] 2006. [acesso em 21 jan 2010]; 72(3): 105-122. Disponível em: http://www.fnpeti.org.br/artigos/art_ea2.pdf

Santos EA. **O trabalho artístico em face da proteção integral da criança e do adolescente**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 18 Região. Goiás: 2007; 10(1): 110-118

Silva HBM. **Curso de direito do trabalho aplicado: segurança e medicina do trabalho – Trabalho da mulher e do menor**. Rio de Janeiro: 2008

Teixeira LR, Lowden A, Moreno CC, Turte SL, Nagai R, Latorre MRDO, Valente D, Fischer FM. **Work and excessive sleepiness among Brazilian evening school students. Effects on days-off. International Journal of Occupational and Environmental Health**. 2010; (16): 172-177

UNICEF. **The state of the world's children**. 1997 [acesso em 12 de outubro de 2011]. Disponível em: <http://www.unicef.org/sowc97/>

P

lanos de Saúde: Um Olhar da Defesa do Consumidor

Palavras-chave: planos de saúde, consumidor, assistência médica, Defesa do Consumidor, Código de Defesa do Consumidor, “falsa coletivização”, Agência Reguladora, impacto regulatório.



Selma do Amaral - Formada em ciências sociais pela FFLCH da USP, atua há 22 anos como Especialista de Proteção e Defesa do Consumidor na Fundação Procon SP, onde, desde 2011, responde pela Diretoria de Atendimento e Orientação ao Consumidor.

Quando as demandas referentes a planos privados de assistência á saúde começaram a alcançar grande expressividade junto aos órgãos públicos e entidades civis que atendem individual e coletivamente os consumidores constatou-se, em pouco tempo, que o cenário de serviços deficientes, inadequados e insatisfatórios do setor público de saúde se reproduzia, por diferentes motivos, na área da chamada medicina supletiva que, nas décadas de oitenta e noventa, ganhava a adesão de milhares de consumidores através da intensificação da oferta de planos individuais/familiares, revelando-se como setor não apenas viável, mas economicamente promissor, fazendo proliferar organizações de distintas naturezas jurídicas: medicina de grupo, seguros, cooperativas médicas, associações com outros fins e até hospitais.

Ao mesmo tempo em que a publicidade, inclusive televisiva, criava, para aqueles que a condição econômica permitia, expectativas de uma assistência irrestrita e avançada em termos de tecnologia médico assistencial, e sem os percalços do sistema público, o que contratualmente e efetivamente se garantia era um "suplemento" como se, por analogia ao ensino regular, a escola particular garantisse o ensino de fragmentos das disciplinas, ou excluísse algumas delas: quem quer o programa completo, deve se socorrer da escola pública (esta sim com obrigações), ou de outras alternativas particulares.

E assim, gerações de beneficiários de planos de saúde padeceram com dias contados de cobertura em UTI, limitações de tratamentos, restrições de atendimento a uma série de doenças, dramáticas rescisões de contrato que atingiam especialmente doentes crônicos e idosos e uma infinidade de exclusões que comprometiam o próprio objeto dos contratos e indicavam o público de interesse das empresas: os jovens e/ou saudáveis.

A entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor e os esforços iniciais para a sua implementação e aplicação de seus princípios e normas à relação plano de saúde-usuário, trouxe à tona e escancarou, não apenas a enganabilidade e as arbitrariedades cometidas em um mercado que atuava sem qualquer regulação específica, mas, ainda que de forma tímida, pôs em cheque a proposta de assistência suplementar em si que, divorciada, pela lógica das regras de mercado, da natureza pública e social, própria dos serviços de saúde, e apartada de suas diretrizes, mostrava-se incompatível com conceitos de qualidade em assistência à saúde.

Refletia-se, na Defesa do Consumidor, a pertinência de criação de um corpo de normas que regulasse a atividade dos entes que atuavam como planos de saúde e sua relação com os consumidores, bem como de um órgão responsável pela normatização e fiscalização do segmento. As dúvidas eram suscitadas pelas incertezas quanto à suficiência e poder de alcance do CDC na composição justa e equilibrada entre os vários atores envolvidos no segmento.

Sem que essa discussão fosse desenvolvida, a edição da Lei 9656/98 e criação da Agência Reguladora fixaram o marco regulatório do setor. Passados 16 anos, quem se aventurar a conhecer mais de perto o funcionamento da área terá que lidar com um cipoal de normas editadas pela Agência, em seu dever de conciliar e equilibrar interesses. Importantes avanços são reconhecidos, entretanto renovam-se problemas básicos de acesso aos serviços com qualidade satisfatória, subsistindo a insegurança gerada pelas dúvidas quanto à sustentabilidade do “sistema”, que não deixou de exibir, aos olhos dos consumidores que vivem com as incertezas de se manterem em um plano de saúde ao longo do tempo, sua face mais perversa.

Muito embora esse verdadeiro “angu de carço”, forma com que a complexidade das questões nessa área se apresentam, não esteja presente apenas na mesa do brasileiro, já que é um desafio para governantes de todo o mundo, destaca-se no cotidiano de milhões de consumidores brasileiros e mais recentemente também na chamada “nova classe média”. Vale, assim, uma rápida observação sobre o impacto promovido pela regulação.

Respondendo ao cenário daquela época, a Lei dos planos de saúde, como ficou conhecida, tratou de forma especial o contratante pessoa física, ou seja, o consumidor de plano individual/familiar, assegurando-lhe, expressamente, o direito de

recebimento de cópia do contrato; índices de reajustes pré-aprovados pela Agência; respeito às carências cumpridas e proteção contra rescisões ou suspensões unilaterais de contrato pela operadora.

A partir daí, assiste-se a uma reconfiguração do mercado, com a crescente participação dos planos coletivos, empresariais e de adesão. As operadoras não apenas migraram do segmento de maior controle regulatório, o dos planos individuais, como muitas deixaram de oferecer este tipo de contratação. E nada as obriga a manter a oferta a novos e potenciais interessados, comprometendo, inclusive, os efeitos desejados com as regras criadas para portabilidade de carências, com as quais se pretende o fortalecimento do poder de escolha dos consumidores, maior concorrência entre operadoras e conseqüente melhoria de qualidade dos serviços prestados.

Mas o constante crescimento da participação dos planos coletivos deveu-se em grande parte a um fenômeno conhecido como “falsa coletivização”, efeito colateral e indesejável da regulação. O público de planos individuais permaneceu existindo e, obviamente, apesar de retirarem esse produto de seu leque de ofertas, ou de oferecê-lo a preços proibitivos e muito superiores aos dos coletivos, as operadoras não quiseram perder vendas para esse nicho. Os consumidores, por sua vez, sem acesso a um plano coletivo propiciado pelo empregador, ou por uma entidade de classe a qual pertencessem e que lhes garantissem um preço mais palatável, foram levados pelos agentes de vendas a aderirem a alguma entidade, com a qual não possuíam qualquer vínculo, ou mesmo a formarem entidades para contratação coletiva. Para tanto, bastava algum

CNPJ ou adesão a alguma associação, mesmo que carente de qualquer legitimidade. Nessa verdadeira burla, ou desvirtuamento da contratação coletiva, milhares de planos “coletivos”, alguns compostos por 3, 4, 5 pessoas, foram comercializados.

Não demorou muito para que esses consumidores constatassem a verdadeira armadilha em que caíram: índices altíssimos de reajuste decorrentes do repasse de sinistralidade; rescisões unilaterais de contrato pela operadora.

Essa grave distorção parece ter sido em parte corrigida pela Agência, que procurou moralizar a venda de planos coletivos, com a aprovação de novos normativos que, no entanto, além de esbarrarem nas disposições da Lei 9656 e, portanto, mantendo os consumidores sem a devida proteção contra reajustes e rescisões unilaterais, acabaram por fortalecer a figura da Administradora de Benefícios que atua como administradora ou estipulante de plano coletivo, criando-se outros desdobramentos negativos para os aderentes de planos coletivos e, nesse sentido, reforçando um cenário atual em que a situação, relativamente ao momento pré-regulação, se inverteu, ou seja, são os contratantes de planos coletivos, especialmente os que compreendem um menor número de vidas, os mais vulneráveis. Os planos individuais por sua vez, estão hoje entre os sonhos de consumo de muitos.

Com o número relativamente pequeno de planos individuais/familiares, sobre os quais incide o maior controle, pergunta-se o que sobrou no mercado para a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS exercer suas competências de forma mais incisiva, muito embora termos nos últimos anos acompanhado uma produção normativa em que a Agência, adotando uma estratégia de indução de comportamentos por parte das operadoras, através de um conjunto de normas como a da portabilidade de carências, prazos de atendimento, pool de risco, etc., que, conjugadas com medidas como o monitoramento e suspensão da venda de planos, parece apostar em resultados de curto e, especialmente, de médio e longo prazos.

Entretanto, as medidas não se refletem, como era de se esperar, na redução de reclamações. Em 2013 somente a ANS registrou 31 % de aumento nas reclamações contra operadoras, recepcionadas em seus canais de atendimento aos beneficiários de planos de saúde e o segmento permanece como um dos mais demandados nos órgãos de defesa dos consumidores, como é o caso do Procon de São Paulo, em que fica atrás somente dos setores de telecomunicações, bancos e de alguns produtos recordistas de vendas, como os aparelhos celulares. A judicialização dos conflitos também permanece expressiva.

Fonte: Fundação Procon

Revista



ASSUNTOS MAIS DEMANDADOS

2012

1º Instituições financeiras	74.987
2º Telecomunicações	66.618
3º Celular - aparelho	18.253
4º Móveis	14.250
5º Planos de Saúde	13.491

2013

1o Telecomunicações	75.401
2o Instituições financeiras	66.929
3o Celular - aparelho	19.008
4o Microcomputador /Produtos da Informática	14.099
5o Planos de Saúde	12.859

A esse quadro vem se agregar a crescente preocupação com a sustentabilidade do setor, quando se considera o aumento da expectativa de vida da população e avanços da medicina, acompanhados de altos custos da tecnologia médica e a necessidade, a par da tônica que se quer para a disseminação de um atendimento à saúde básico e preventivo, de se garantir também o acesso a meios curativos e de diagnóstico mais sofisticados.

Soma-se, ainda, o fato de um modelo de saúde suplementar que, desarticulado do sistema público, pretende duplicá-lo sem, no entanto, compartilhar efetivamente de suas diretrizes políticas, apesar dos esforços da Agência em imprimir ao setor princípios que norteiam as ações de saúde pública, como a integralidade do atendimento e a prevalência de ações de promoção e prevenção. Os usuários do sistema, por sua vez, obrigados a seguir a lógica reinante, não têm a chance de desenvolver uma consciência sanitária que lhes propiciaria um consumo mais adequado dos serviços. As iniciativas das operadoras, induzidas pela divulgação de indicadores de qualidade a atuarem como gestoras em saúde, são tímidas, isoladas e desarticuladas.

Mas, se este é por enquanto o modelo de que se dispõe, melhor nos atermos a aspectos práticos do "sistema" suplementar de saúde que precisam ser corrigidos e

que devem compor a agenda regulatória para o setor.

Nesse sentido, o cotidiano vivido pelos consumidores em sua relação com os serviços de saúde intermediados pelas operadoras, sob a forma de redes credenciadas, próprias ou referenciadas, pode ser extremamente revelador de distorções decorrentes de sistemáticas, deliberadas ou não, que comprometem gravemente o acesso adequado aos serviços e que são de difícil caracterização, mesmo para os que são suas vítimas.

Se por um lado os problemas relacionados com o dimensionamento correto da rede prestadora de serviços, com a necessidade de manutenção de sua qualidade ao longo do tempo, com o acesso aos serviços pelos consumidores em prazo razoável vêm sendo tratados, direta ou indiretamente, pelas normas editadas para o setor e, por outro, estão as operadoras sujeitas a disponibilizarem Serviço de Atendimento ao Consumidor – SAC, nos termos do Decreto Federal 6523/2008, o mesmo não ocorre com as linhas de contato do usuário com o seu plano, relativas a prestação de serviços.

Trata-se aqui dos telefones e fac símiles, através dos quais o consumidor deve obter autorizações prévias, senhas de liberação para atendimento de procedimentos solicitados/justificados pelo médico. Pois bem, na falta de um processo claro e transparente desses encaminhamentos, os consumidores ficam absolutamente reféns de abusos, irracionalidades e casuísmos e, não raro, lhes é repassado todo o ônus de interlocução com médicos, laboratórios, clínicas, plano de saúde de origem, administradora, etc., para cumprimento das exigências impostas pela operadora, quando caberia a ela esse papel.

Tudo indica que até esses procedimentos mais cotidianos na operação de um plano de saúde, em sua relação com o usuário, terão, lamentavelmente, que ser objeto de norma que se somará aos inúmeros normativos que compõem a regulação do setor, de difícil compreensão e assimilação pelo consumidor e que, ao invés de empoderá-lo, acaba por fragilizá-lo, reforçando sua vulnerabilidade.

Revista



Estatuto do Idoso X Lei de Planos de Saúde: Princípio da aplicação imediata da lei nova às cláusulas de reajuste por mudança de faixa etária nos contratos de prestação de serviço de assistência à saúde.

Palavras-Chave

Planos de saúde - Reajuste em decorrência de mudança de faixa etária – Vedação de discriminação da pessoa idosa em razão da idade - Princípio da irretroatividade das leis - Aplicação da lei no tempo - Vigência ou efeito imediato da lei nova.



Roberto Harudi Shimura Pós-graduado (“Latu Sensu”) em Direito Econômico pela FGV - Escola de Direito de São Paulo (2013), Graduado em Direito pela Universidade Paulista (1997). Professor convidado em Prática de Direito do Consumidor na Escola Superior de Advocacia - OAB/SP. Advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil – Seção São Paulo desde 1998, Sócio pleno na Pereira de Carvalho e Monteiro Galvão Advogados.



Carine Valeriano Damascena Mestre em Direito das Relações Sociais / Direitos Difusos e Coletivos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2008), Pós-graduada (“Latu Sensu”) em Direito das Relações de Consumo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2005), Graduada em Direito pela Universidade Tiradentes (2002). Advogada inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil – Seção São Paulo desde 2004, com experiência no Jurídico Contencioso e Consultivo, com ênfase na área do Direito das Relações de Consumo (contencioso de massa) e em Consultoria Contratual.

Resumo

O presente texto versa acerca da aplicabilidade do Estatuto do Idoso aos contratos de plano de saúde firmados antes de sua vigência, especialmente no que se refere à cláusula que autoriza a majoração do valor da mensalidade em virtude do aniversário de 60 anos do contratante. Assim, pretende demonstrar que os contratos de planos de saúde firmados anteriormente à vigência da do Estatuto do Idoso estão sujeitos à vedação de discriminação da pessoa idosa com a cobrança de valores diferenciados em razão da idade porque o contrato estabelecido entre as partes só poderá operar seus efeitos no tocante à majoração das mensalidades do plano de saúde quando satisfeitas as condições contratual e legal, qual seja, o implemento da idade de 60 anos. Conclui, por fim, que enquanto o contratante não atinge o patamar etário preestabelecido, os efeitos da cláusula permanecem condicionados a evento futuro e incerto, não se caracterizando o ato jurídico perfeito, tampouco se configurando o direito adquirido da empresa seguradora, qual seja, de receber os valores de acordo com o reajuste predefinido.

Introdução

De um lado, as operadoras de planos de saúde sustentam a legalidade do reajuste por faixa etária com base na vulneração ao artigo 6º da LINDB, ao artigo 15 da Lei n.º 9.656/98 c/c artigo 1º da Resolução nº 6/98 do CONSU, e artigo 15, § 3º, da Lei n.º 10.741/2003, por entender que as disposições do Estatuto do Idoso não se aplicam aos contratos celebrados antes de sua vigência.

São dois os argumentos principais das operadoras de planos de saúde, quais sejam: a.) livre contratação entre as partes antes da vigência do Estatuto do Idoso; b.) valor constitucional e cláusula pétrea dados ao princípio da irretroatividade da lei, por estrita observância às

disposições do artigo 15¹ da Lei de Planos e Seguros Privados de Assistência à Saúde (Lei nº 9656/1998) e do artigo 1º² da Resolução nº 6/1998 do Conselho de Saúde Suplementar.

De outro lado usuários de planos de saúde que aderiam aos contratos oferecidos pelas operadoras de planos de saúde, vêm sofrendo o impacto de reajustes extremamente elevados em virtude da mudança de faixa etária. Costumeiramente se tem notícia de reajuste da mensalidade em percentuais iguais e até superiores a 200% (duzentos por cento) em razão de terem completado 60 anos de idade, em decorrência da mudança de faixa etária.

O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990) e o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003) são os principais argumentos de defesa para a imensa quantidade de usuários de planos de saúde que estão amargando esta situação.

Certo é que o artigo 15, § 3º³ do Estatuto do Idoso veda a discriminação da pessoa idosa com a cobrança de valores diferenciados em razão da idade.

Desenvolvimento Textual

A Constituição Federal de 1988 prevê em seu artigo 5º: “XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.”

1 “Art. 15. A variação das contraprestações pecuniárias estabelecidas nos contratos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1o do art. 1o desta Lei, em razão da idade do consumidor, somente poderá ocorrer caso estejam previstas no contrato inicial as faixas etárias e os percentuais de reajustes incidentes em cada uma delas, conforme normas expedidas pela ANS, ressalvado o disposto no art. 35-E. Parágrafo único. É vedada a variação a que alude o caput para consumidores com mais de sessenta anos de idade, que participarem dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1o do art. 1o, ou sucessores, há mais de dez anos.”

2 “Art. 1 Para efeito do disposto no artigo 15 de Lei 9.656/98, as variações das contraprestações pecuniárias em razão da idade do usuário e de seus dependentes, obrigatoriamente, deverão ser estabelecidas nos contratos de planos ou seguros privados a assistência à saúde, observando-se as 07 (sete) faixas etárias discriminadas abaixo: I - 0 (zero) a 17 (dezesete) anos de idade; II - 18 (dezoito) a 29 (vinte e nove) anos de idade; III - 30 (trinta) a 39 (trinta e nove) anos de idade; IV - 40 (quarenta) a 49 (quarenta e nove) anos de idade; V - 50 (cinquenta) a 59 (cinquenta e nove) anos de idade; VI - 60 (sessenta) a 69 (sessenta e nove) anos de idade; VII- 70 (setenta) anos de idade ou mais.”

3 “Art. 15. 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.”

Por sua vez a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Decreto-lei nº 4.657/42, com a redação dada pela Lei nº 12.376/2010, também determina em seu artigo 6º: “A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. § 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou. § 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem. § 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.”

Ato jurídico perfeito, segundo a lei, é o que já se consumou segundo a norma vigente ao tempo em que se efetuou. Na lição de Fernando Noronha, “atos jurídicos perfeitos são fatos, ou seus efeitos, efetivamente verificados no passado, ao tempo e ao abrigo da lei então em vigor. Como fatos passados, a lei que atentasse contra eles estaria sendo patentemente retroativa.”⁴

A coisa julgada é a decisão judiciária de que não cabe mais recurso. Sobre determinada questão, nas palavras de Maria Helena Diniz: “É a decisão definitiva do Poder Judiciário, trazendo presunção absoluta de que o direito foi aplicado corretamente ao caso sub judice”⁵

Rubens Limongi França, tomando por base Gabba⁶, define direito adquirido como sendo “a consequência de uma lei, por via direta ou por intermédio de fato idôneo; consequência que, tendo passado a integrar o patrimônio material e moral do sujeito, não se fez valer antes da vigência de lei nova sobre o mesmo objeto.”⁷

O direito adquirido é o que já se incorporou definitivamente ao patrimônio e/ou à personalidade de seu titular e, quando não há essa integração, “(...) não há que se falar em direito adquirido e, por conseguinte, torna-se indiferente o tempo da vigência da lei nova.”⁸

[...] os direitos adquiridos que a lei nova tem de respeitar parecem ser somente os casos de extinção de direitos anteriormente reconhecidos e os de alteração no valor das prestações, em consequência da lei nova ou de circunstâncias supervenientes devidas a esta. A par deles, para serem respeitados também, estarão os atos jurídicos perfeitos e aqueles cobertos pela coisa julgada, igualmente referidos no preceito constitucional e na lei de introdução ao Código Civil [...].¹

1 Ibidem, p. 107.

O direito torna-se adquirido por consequência imediata e direta da norma jurídica que gera sua incorporação ao patrimônio e/ou à personalidade do sujeito, não podendo ser atingido pela norma jurídica nova.

O princípio da irretroatividade da lei está presente no Direito Constitucional Brasileiro desde a Constituição do Império, de 1824, assim é possível afirmar que desde a primeira Carta Magna referido princípio tem “status” constitucional e é uma constante nas Constituições republicanas. É verdade que a Carta Política de 1937, sob a égide da ditadura do Estado Novo, retirou o “status” constitucional do princípio. À exceção deste período, o princípio seguiu com o seu valor constitucional.

De regra é possível afirmar que o ordenamento jurídico brasileiro, em matéria de direito civil, admite a retroatividade da lei, afastando esta possibilidade

4 NORONHA, Fernando. Retroatividade, Eficácia Imediata e Pós-Atividade das Leis: Sua caracterização correta, como indispensável para solução dos problemas de Direito Intertemporal. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 23., p. 103.

5 DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, p. 66.

6 Jurista italiano, que em torno da questão acerca do direito adquirido escreveu o famoso tratado em quatro volumes - *Teoria della retroattività delle leggi* - Milano- Roma - Napoli, 1891-1898 *apud* NORONHA, Fernando, p. 104.

7 LIMONGI FRANÇA, Rubens. A Irretroatividade das Leis e o Direito Adquirido, p. 216.

8 CALAÇA, Roberta Corrêa de Araújo. Questões de Direito Internacional, p. 107.

somente quando houver violação ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada.

Roque Antonio Carrazza, assevera: "O Estado-de-Direito traz consigo a segurança jurídica e a proibição de qualquer arbitrariedade e que nele impera a lei, e mais do que isto, a certeza de que, da conduta das pessoas não derivarão outras consequências jurídicas além das previstas, em cada caso e momento, pela lei vigente. Sendo assim, quando o Poder Legislativo baixa leis retroativas, altera as condições básicas do Estado-de-Direito, quebrando, irremediavelmente, a confiança que as pessoas devem ter no Poder Público. Com efeito, elas já não têm segurança, pois ficam à mercê, não só do direito vigente (o que é normal), mas também, de futuras e imprevisíveis decisões políticas, que se podem traduzir em regras retroativas."⁹

Assim, define José Afonso da Silva: "O princípio da irretroatividade das leis é também princípio complementar ao da legalidade, porque, se se permitisse a retroatividade das leis, estas alcançariam períodos não regidos por normas legais ou fatos não sujeitos a ditames legais, por via de uma ficção inaceitável, pelo menos quando se obriga a fazer ou deixar de fazer alguma coisa. É que a exigência constitucional de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei significa lei existente no momento em que o fazer ou deixar de fazer está acontecendo"¹⁰

As operadoras de planos de saúde sustentam que a condição de juridicamente idosa é motivo de majoração do valor da mensalidade devida ao plano, por alegada mudança de faixa etária, em razão de previsão contratual e legal anteriores ao advento do Estatuto do Idoso.

O ponto principal do presente estudo concerne à aplicação

da lei no tempo, posto que a imensa maioria dos usuários de planos de saúde contratou com as suas respectivas operadoras em momento anterior à vigência do Estatuto do Idoso e até mesmo da Lei de Planos de Saúde, mas passou à condição de juridicamente idosa somente na vigência do Estatuto do Idoso (Lei n.º 10.741/2003), ou seja, em momento posterior.

Paul Roubier, professor da Universidade de Lyon, na França, em sua obra *Le Droit Transitoire (Conflits des Lois dans le Temps)* distingue efeito retroativo e efeito imediato da lei nova¹¹.

Conforme ensina Paulo Dourado de Gusmão¹², para Roubier a lei não deve retroagir alcançando o fato consumado na vigência da lei anterior. Quanto aos atos jurídicos celebrados durante a vigência da lei revogada, que continuam a produzir efeitos na vigência da nova lei, distingue Roubier os efeitos decorridos dos efeitos a serem produzidos depois da revogação da lei. Segundo Roubier, os efeitos produzidos na vigência da lei anterior, são intocáveis pela lei nova (irretroatividade); já os efeitos que ocorrerão na vigência da nova lei, são por ela regulados (efeito imediato da lei). Assim, não alcança os efeitos já produzidos sob o império da lei antiga. Quando, segundo a lei anterior, a situação jurídica é perfeita, não é atingível pela nova lei, sob pena de lhe ser dado efeito retroativo. Mas ao ser revogada a lei a situação não se tiver completado, será alcançada pela lei nova. Defende pois Roubier, o princípio da aplicação imediata da lei (...)."

Wilson de Souza Campos Batalha¹³, com suporte em Paul Roubier, examina três situações possíveis de comportamento da lei nova em face da lei antiga: retroatividade da lei nova, efeito imediato da lei nova e sobrevivência da lei antiga.

9 CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de Direito Constitucional Tributário. 2ª ed. São Paulo: RT, p. 232.

10 DA SILVA, Jose Antonio. Curso de Direito constitucional positivo. São Paulo, Malheiros, 20ª edição, p. 429.

11 NORONHA, Fernando. *Direito Adquirido e Aplicação da Lei no Tempo*. Trabalho não publicado, p. 3

12 GUSMÃO, Paulo Dourado de. Introdução ao Estudo do Direito. Forense: 31ª ed., p. 244/245.

13 BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Direito Intertemporal*, p. 55

“Retroagir (retro agere), explica Roubier, é incidir sobre o passado, remontando a lei em seus efeitos, a período anterior à sua vigência. Se os fatos jurídicos se desenvolvem em certo período de tempo, pode ocorrer que, ao iniciar-se a vigência da lei nova, um fato esteja em curso: esta não pode, sem retroatividade, aplicar-se aos efeitos jurídicos já produzidos, modificá-los ou destruí-los; no que concerne aos efeitos jurídicos ainda não produzidos, a questão de saber se são regidos por esta lei ou pela anterior não é mais uma questão de retroatividade e sim de efeito imediato da lei nova”¹

¹ BATALHA, Wilson de Souza Campos. Op. Cit., p. 55

Certo é que a cláusula que estabelece reajuste de mensalidade em função de mudança de faixa etária é contratada para evento futuro e incerto, qual seja, o do implemento da idade relativa à faixa etária, na medida em que ao tempo da contratação não seria possível afirmar que o usuário (contratante) alcançaria a condição de idoso, nem seria possível mencionar àquela época a aquisição de direito ao reajuste de valores. De outra sorte, não se pode alegar a aquisição ao direito de reajuste por ocasião do implemento da idade de 60 (sessenta) anos, posto que neste momento a majoração já se encontra proibida por lei, em virtude da vigência imediata e apta a alcançar os efeitos futuros do contrato celebrado, afastando completamente a aplicação da cláusula constitucional da irretroatividade das leis, na medida em que o evento de que dependia a eficácia da cláusula, situado no futuro, ocorrera sob os efeitos imediatos de nova situação jurídica, que a inviabilizava.

Necessário frisar que a possibilidade de reajuste em virtude do aniversário de 60 anos do contratante subordina-se à lei e ao tempo de sua verificação, na medida em que uma das limitações ao princípio da irretroatividade das leis é o da vigência ou efeito imediato da lei nova, o que impede o aumento pelo implemento

da condição de idoso, só verificada em sua vigência.

Conclusão

Daí a conclusão lógica de que a incidência da cláusula de reajuste por faixa etária igual ou superior a 60 anos não é condicionada ao momento da celebração do contrato, e sim é condicionada ao momento em que a aludida idade for atingida. Ou seja, se o consumidor, usuário do plano de saúde, atingir a idade de 60 anos já na vigência do Estatuto do Idoso, fará ele jus ao abrigo da referida regra protetiva.

Atente-se ao fato de que cláusula de reajuste por faixa etária é de caráter aleatório, cujo aperfeiçoamento condiciona-se a evento futuro e incerto. Não é possível afirmar se o consumidor atingirá a idade preestabelecida na cláusula contratual, que decorre de lei. Dessa forma, enquanto o contratante não atinge o patamar etário predeterminado, os efeitos da cláusula permanecem condicionados a evento futuro e incerto, não se caracterizando o ato jurídico perfeito, tampouco se configurando o direito adquirido da empresa seguradora, qual seja, de receber os valores de acordo com o reajuste predefinido.

Portanto, o objeto de análise do presente estudo se configura porque os fatos nascidos na lei antiga, a partir, portanto, da pactuação dos contratos de planos de saúde, produzem efeitos sob a égide da Lei nova. Tal ocorre porque a previsão de reajuste contida na cláusula depende de um elemento básico prescrito na lei, isto é, o direito está dependendo, conforme já mencionado, da ocorrência de um fato futuro e incerto exigido pela lei, e o contrato só poderá operar seus efeitos no tocante à majoração das mensalidades, quando satisfeita a condição contratual e legal, qual seja, completar o segurado do plano de saúde a idade de 60 anos.

Assim, se o implemento da idade, que confere à pessoa a condição jurídica de idosa, realiza-se sob a égide da

Lei nova, não estará o consumidor usuário do plano de saúde sujeito ao reajuste estipulado no contrato e permitido pela lei antiga. Estará amparado, portanto, pela Lei nova.

Por isso, não há violação aos artigos 6º da LINDB, e artigo 15, § 3º, da Lei n.º 10.741/2003, porque a aplicação da lei nova, não prejudica o ato jurídico perfeito ou o direito adquirido. Bem como, o artigo. 15 da Lei n.º 9.656/98 faculta a variação das contraprestações pecuniárias estabelecidas nos contratos de planos de saúde em razão da idade do consumidor, desde que estejam previstas no contrato inicial as faixas etárias e os percentuais de reajuste incidentes em cada uma delas, conforme normas expedidas pela ANS.

No entanto, o próprio parágrafo único do aludido dispositivo legal veda tal variação para consumidores com idade superior a 60 anos. E mesmo para os contratos celebrados anteriormente à vigência da Lei n.º 9.656/98, qualquer variação na contraprestação pecuniária para consumidores com mais de 60 anos de idade está sujeita à autorização prévia da ANS, conforme prevê o artigo 35-E da legislação.

É possível concluir que o consumidor que atingir a idade de 60 anos, quer seja antes da vigência do Estatuto do Idoso, quer seja a partir de sua vigência (1º de janeiro de 2004), está sempre amparado contra a abusividade de reajustes das mensalidades dos planos de saúde com base exclusivamente no alçar da idade de 60 anos, pela própria proteção oferecida pela Lei dos Planos de Saúde e, ainda, por efeito reflexo da Constituição Federal que estabelece norma de defesa do idoso prevista no artigo 230¹⁴.

Por fim, imperioso ressaltar que o idoso não está à margem do sistema privado de planos de assistência à saúde, porquanto estará sujeito a todo o regramento emanado em lei e decorrente das estipulações em contratos que entabular, ressalvada a constatação de abusividade que, como em qualquer contrato de consumo que busca primordialmente o equilíbrio entre as partes, restará afastada por norma de ordem pública.

Referências Bibliográficas

BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Direito Intertemporal**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

CALAÇA, Roberta Corrêa de Araújo. **Questões de Direito Intertemporal**. Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados, São Paulo: Jurid Vellenich, v. 163, ano 22, p. 105-113, mar./abr. 1998.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 2ª ed. São Paulo: RT,

DA SILVA, Jose Antonio. **Curso de Direito Constitucional positivo**. São Paulo, Malheiros, 20ª edição,

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao Estudo do Direito**. Forense: 31ª ed., p. 244/245.

LIMONGI FRANÇA, Rubens. **A Irretroatividade das Leis e o Direito Adquirido**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

NORONHA, Fernando. **Direito Adquirido e Aplicação da Lei no Tempo**. Trabalho não publicado.

Retroatividade, **Eficácia Imediata e Pós-Atividade das Leis: Sua caracterização correta, como indispensável para solução dos problemas de Direito Intertemporal**. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 23, p. 91-110, abr./jun. 1998.

14 idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida. § 1º - Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares. § 2º - Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.

14 Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas

Proposta

A Revista Científica Virtual é uma publicação da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos advogados do Brasil, Seção de São Paulo.

A Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil seção São Paulo tem como missão estimular pesquisas independentes sobre temas jurídicos relevantes para a Advocacia, objetivando um melhor aperfeiçoamento de nossos docentes e discentes e também a produção científica nacional.

Escopo

A Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados de São Paulo é um periódico voltado à publicação de artigos científicos inéditos, resultantes de pesquisa e estudos independentes sobre os mais diversos temas de todas as áreas do direito.

Público Alvo

A Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil seção de São Paulo é voltada para os docentes e discentes da Escola e todos os demais operadores do direito das diversas carreiras jurídicas, tais como professores, estudantes, pesquisadores, advogados, magistrados, promotores e procuradores.

Trata-se de um público abrangente, mas que compartilha a busca constante por aprofundamento e atualização.

Normas de Submissão

A Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil seção de São Paulo recebe artigos jurídicos inéditos do Corpo docente e discente da Escola, de todas as áreas do direito.

Avaliação

Os artigos recebidos pela Revista são submetidos ao crivos da ESA para avaliação da adequação à linha editorial da Revista e às exigências para submissão. Aprovados nesta primeira etapa, os artigos são encaminhados para análise por especialistas nas respectivas áreas temáticas. A decisão final quanto a publicação é do Conselho Editorial.

Direito autorais

Ao submeterem textos à Revista, os autores declararam serem titulares dos direitos autorais, respondendo exclusivamente por quaisquer reclamações relacionadas a tais direitos. Os autores autorizam a Revista, sem ônus, a publicar os referidos textos em qualquer meio, sem limitações quanto ao prazo, ao número de exemplares, ao território ou qualquer outra. A Revista fica também autorizada a adequar os textos a seus formatos de publicação e a modificá-los para garantir o respeito à norma culta da língua portuguesa.

Meio e periodicidade

A Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil seção de São Paulo será publicada com a periodicidade trimestral, exclusivamente em meio eletrônico - pelo sítio virtual www.esaoabsp.edu.br, com acesso público e gratuito.

Responsabilidade Editorial

A Responsabilidade editorial é exercida em conjunto pela Diretoria e Coordenação Geral da Escola Superior de Advocacia e pelo Conselho Editorial.

Responsabilidade Científica

O conteúdo dos artigos publicados na Revista, inclusive quanto à sua veracidade, exatidão e atualização das informações e métodos de pesquisa - é de responsabilidade exclusiva do (s) autor (es). As opiniões e conclusões expressas não representam posições da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo ou da Diretoria da Escola Superior de Advocacia da OAB/SP.

Fale Conosco

Para encaminhar dúvidas, comentários e sugestões, por favor envie um e-mail para o endereço eletrônico da Revista: revista@esa.oabsp.org.br

Revista



**Largo da Pólvora, 141 , Sobreloja - Liberdade
Telefone: (11) 3346 6800 - Site: www.esaoabsp.edu.br
E-mail: revista@esa.oabsp.org.br**



ESA

SÃO PAULO