

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

COGEAE

ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO CONTRATUAL

**CONTRATO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE E O ATENDIMENTO
MÉDICO DOMICILIAR HAVENDO CLÁUSULA DE EXCLUSÃO DE
COBERTURA**

BOLIVAR DOS SANTOS XAVIER

SÃO PAULO-SP

2014

BOLIVAR DOS SANTOS XAVIER

**CONTRATO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE E O ATENDIMENTO
MÉDICO DOMICILIAR HAVENDO CLÁUSULA DE EXCLUSÃO DE
COBERTURA**

Monografia apresentada ao Curso de Direito Contratual, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – COGEAE, como requisito parcial para a conclusão do curso de pós-graduação “lato sensu” e obtenção do título de especialista em direito contratual, orientado pela Professora Mestra Luciana Chiavoloni de Andrade Jardim.

SÃO PAULO-SP

2014

AVALIAÇÃO: _____

ASSINATURA DO ORIENTADOR: _____

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a minha amada família, minha esposa Gilda e as minhas filhas Jackeline e Monique, por terem sido a inspiração e a força para concluí-lo, principalmente nas horas mais difíceis, e pela compreensão da minha ausência ao convívio familiar.

AGRADECIMENTO

Agradeço primeiramente a Deus, que me fez perfeito, e propiciou que eu pudesse viver mais esta vida, na busca da ascensão espiritual; aos meus pais, José da Costa Xavier “in memoriam” e Olimpia do Espírito Santo Silva, pelo acolhimento, amor e dedicação ao longo destes anos; a minha esposa dr^a Gilda da Cunha Xavier, pessoa maravilhosa a qual Deus me uniu, exemplo de abnegação, pelo carinho, amor e dedicação que tem comigo, pelo incentivo que me deu para prosseguir nesta caminhada, pela compreensão dos meus momentos de ausência, e por dispor de seu tempo a colaborar com a pesquisa que tanto enriqueceu este trabalho.

Agradeço as minhas filhas Jackeline e Monique, orgulho da minha vida, pelo amor e carinho a mim dedicados, e, pela compreensão da minha ausência.

Meus sinceros agradecimentos aos professores que tanto abrilhantaram as aulas no curso de especialização em direito contratual, a minha orientadora Prof^a.: Dr^a Luciana Chiavoloni de Andrade Jardim, pelos ensinamentos, orientação, incentivo e superação dos obstáculos na conclusão deste trabalho. A Universidade Católica de Santos – Unisantos, pela disponibilização de sua biblioteca, e aos funcionários da PUC-SP

RESUMO

O presente trabalho expõe a concessão trazida pela Constituição Federal, da prestação de serviços de saúde pela iniciativa privada, a subsunção do contrato aos ditames do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, e, visa demonstrar que diante dos princípios que regem a relação de consumo, mesmo havendo cláusula contratual específica no contrato de prestação de serviços de saúde suplementar, relativa à exclusão do atendimento médico domiciliar “home care”, subsiste a obrigatoriedade das operadoras de plano de saúde suplementar de custearem tal tratamento, desde que prescrito por médico, uma vez que o referido tratamento encontra-se inserido dentro do objeto do contrato, que é a prestação de serviços de saúde, que não obrigatoriamente, há de realizar-se num nosocômio. Além do que na interpretação de contrato de consumo, haverá de ser observado o que melhor atende aos fins colimados pela parte vulnerável que é o consumidor.

XAVIER, Bolivar dos Santos. **Contrato de Assistência à Saúde e o Atendimento Médico Domiciliar Havendo Cláusula Contratual de Exclusão de Cobertura**. 2014. Monografia, Especialização em Contratos – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014.

ABSTRACT

This paper presents the award brought by the Federal Constitution, the provision of health services by the private sector, the subsumption of the contract to the dictates of the Code and Consumer Protection, and aims to demonstrate that on the principles governing the consumption ratio even if there is a specific contractual clause in the provision of supplementary health services contract regarding the exclusion of home health care "home care", there remains the obligation of carriers supplemental health plan onward such treatment, provided that prescribed by doctor, since such treatment is inserted into the object of the contract, which is the delivery of health services, not necessarily there to perform in a nosocomio. In addition to the interpretation of consumer contract will be observed that best meets the purposes pursued by the sensitive part that is the consumer

SUMÁRIO

Introdução	9
------------	---

CAPÍTULO I. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

1.1 - Definição de Consumidor e Fornecedor	10
1.2 – Serviço Suplementar de Saúde - Conceito de Operadora de Plano de Saúde e seu Enquadramento como Prestadora de Serviços e a sua Subsunção ao CDC	12

CAPÍTULO II. - CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE

2.1 – Conceito Geral de Contrato	15
2.2 – Definição de Contrato de Assistência à Saúde	15
2.2.1 - Legislação	17
2.2.2. – Características	19
2.2.3 - Partes no Contrato	21
2.2.4 - Objeto e Natureza Jurídica	23
2.3 - Princípios Contratuais do Direito Consumerista Aplicáveis ao Contrato de Plano de Saúde	24
2.3.1 - Função Social do Contrato	25
2.3.2 - Boa fé objetiva	31
2.3.3 - Da Equidade ou Equilíbrio Contratual	34
2.3.4 - Dignidade da Pessoa Humana	35

CAPÍTULO III. - TRATAMENTO MÉDICO DOMICILIAR "HOME CARE"

3.1 – Conceitos e Evolução Histórica	39
3.2 – Regulamentação	41

CAPÍTULO IV. – O TRATAMENTO MÉDICO DOMICILIAR HAVENDO CLÁUSULA DE EXCLUSÃO DE COBERTURA

4.1 – Da Negativa das Operadoras de Plano de Saúde de Prestarem o Atendimento Médico Domiciliar e seus Fundamentos	43
4.2 - Da Abusividade da Cláusula de Exclusão da Cobertura do Tratamento Médico Domiciliar, Havendo Prescrição Médica. A Súmula 90	

do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e o Entendimento do STJ	46
CONCLUSÃO	56
Referências Bibliográficas	60

INTRODUÇÃO

No presente trabalho, será abordada a prestação de serviços de saúde suplementar com especificidade a internação médico domiciliar, na língua inglesa “home care”, frente às disposições do Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

O presente trabalho se divide em quatro capítulos, inicialmente define consumidor, fornecedor e prestador de serviços, e, por conseguinte a subsunção do Contrato de Assistência à Saúde aos ditames do Código de Proteção e Defesa do Consumidor – CDC.

No segundo e terceiro capítulos serão abordados os aspectos conceituais do Contrato de Prestação de Serviços de Assistência à Saúde, e do tratamento médico domiciliar para melhor entendimento do tema central.

Na sequência atingiremos o ápice deste trabalho, onde será abordado o entendimento legal e jurisprudencial acerca da obrigatoriedade do atendimento médico domiciliar, advindo de prescrição médica.

Por fim, encerrará com a conclusão obtida através das pesquisas advindas deste trabalho.

Capítulo I – Código de Proteção e Defesa do Consumidor

1.0 - Definição de Consumidor e Fornecedor

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor criado pela Lei nº 8078/90, foi advindo da Constituição Federal de 1988, na qual a defesa do consumidor ganhou destaque, quando o artigo 5º inciso XXXII “impôs ao Estado promover, na forma da lei, a defesa do consumidor”. Por fim, temos e o artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias: “O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor”.¹

Assim, a proteção do consumidor que anteriormente à legislação específica, era baseada em diversos diplomas legais como o Código de Propriedade Industrial, a Lei sobre Crimes contra a Economia Popular, a Lei Antitrustes, o Código penal, entre outros, passou a se dar com exclusividade na Lei consumerista.²

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor especificou com clareza os participantes da relação de consumo, definindo assim, cada um dos componentes da cadeia de consumo.

O consumidor foi assim considerado no artigo 2º do CDC: “considera-se consumidor toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

Sendo assim, o que caracteriza o consumidor é o fato de ele ser o destinatário final, ou seja, reverter o produto ou serviço para si próprio, não o transferindo a outras pessoas. Outrossim, assunto que ainda trás certa polêmica é a definição de consumidor pessoa jurídica.

Quanto o conceito de consumidor da pessoa física o texto do artigo 2º, a expõe com clareza, no sentido de ser aquele que adquire para uso próprio. Contudo, quanto ao

¹ Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto / 9 ed. Ada Pellegrini Grinover . (et. al) Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 22.

²Disponível em:[HTTP://www.mackenzie.br/fileadmin/FMRJ/coordenadoria_pesq/Revista_CADE/CADE_7/mov.consumerista.doc](http://www.mackenzie.br/fileadmin/FMRJ/coordenadoria_pesq/Revista_CADE/CADE_7/mov.consumerista.doc). Acessado em 28/10/2013

consumidor pessoa jurídica, haverá necessariamente para enquadrar-se como consumidor, aquele que adquirir, comprar diretamente produtos ou utiliza serviços, em benefício próprio ou de outrem, ou seja, adquirir como destinatário final, não podendo haver revenda, nem tampouco montagem, processamento, beneficiamento ou industrialização.³

José Geraldo Brito Filomeno, José Reinaldo de Lima Lopes e Cláudia Lima Marques, definem consumidor de forma geral, valendo tanto para a pessoa física como para a jurídica, ei-las:

o conceito de consumidor adotado pelo Código foi exclusivamente de caráter econômico, ou seja, levando-se em consideração tão somente o personagem que no mercado de consumo adquire bens ou então contrata prestação de serviços como destinatário final, pressupondo-se que assim age para atendimento de uma necessidade própria e não para o desenvolvimento de uma outra atividade negocial.⁴

consumir é o contrário de investir e produzir e daí vem a expressão de nossa lei: como destinatário final, posto que o consumidor faz para si, não para o mercado e o que adquire seria para consumo próprio e não para recolocação na cadeia produtiva.⁵

destinatário final é o consumidor final, o que retira o bem do mercado ao adquirir ou simplesmente utilizá-lo [...], aquele que coloca um fim na cadeia de produção e não aquele que utiliza do bem para continuar a produzir na cadeia de serviço.⁶

A jurisprudência exerceu papel de grande relevância quanto à definição de destinação final do produto ou serviço, hoje já pacificada nos tribunais pátrios, especialmente no STJ:

RECURSO ESPECIAL – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – DESTINATÁRIO FINAL [...] – Inere-se no conceito de "destinatário final" a empresa que se utiliza dos serviços prestados por outra, na hipótese em que se utilizou de tais serviços em

³ ALMEIDA, João Batista de. A Proteção Jurídica do Consumidor. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pág. 37/38.

⁴ FILOMENO, José Geraldo Brito. Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. Consumerismo: marketing e a defesa do consumidor. 7. ed. Rio de Janeiro.

⁵ LOPES, José Reinaldo de Lima. Responsabilidade civil do fabricante e a defesa do consumidor . São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, pág. 80.

⁶ MARQUES, Cláudia Lima. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor . [et al.]. 2ª ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, pág. 83.

benefício próprio, não os transformando para prosseguir na sua cadeia produtiva.⁷

Exemplo disso será no caso de uma concessionária de veículos que adquire veículo da fábrica para ao invés de revendê-los, utilizar-se para seu uso, ou de um diretor, neste exemplo ela estaria adquirindo com consumidora.⁸

De outro lado, fornecedor foi assim, definido no artigo 3º:

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

1.1 – Serviço Suplementar de Saúde - Conceito de Operadora de Plano de Saúde e seu enquadramento como Prestadora de Serviços e a sua Subsunção ao CDC

Embora a Constituição Federal de 1988, tenha em seu artigo 6º “caput”, erigido a assistência à saúde como um direito social, de caráter essencial a todo cidadão brasileiro, dispondo ainda ser dever do Estado garantir a referida essencialidade, nos termos do artigo 196 da Magna Carta; veio também no artigo 199, a atribuir a iniciativa privada, as Operadoras de Plano de Saúde, a assistência à saúde complementar ao serviço público – serviço único de saúde – SUS.

Vejam-se os termos do artigo 1º inciso I, da Lei 9.656, de 03 de junho de 1998, abaixo transcrito:

I - Plano Privado de Assistência à Saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor

⁷ RESP 488274 – MG – 3ª T. – Rel.ª Min.ª. Nancy Andrighi – DJU 23.06.2003 – p.367.

⁸ NUNES, Luis Antonio Rizzatto. Curso de Direito do Consumidor. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pág. 74

Os serviços privados de saúde - os chamados serviços suplementares — são, então, prestados mais comumente de três formas: (i) particular pura, em que o cidadão escolhe o profissional ou prestador e paga o preço combinado, realizando um contrato; (ii) por intermédio de operadora de plano de saúde, em que o consumidor, por meio de contrato de adesão, tem à sua disposição um catálogo de prestadores para escolher e paga um preço determinado, que é reajustado anualmente; (iii) por intermédio de prestadora de serviço do Estado, atuando de forma complementar, sendo remunerada pelas realizações dos serviços por meio de uma tabela pactuada.⁹

Para o presente trabalho, interessa-nos somente o estudo da segunda forma de prestação de serviços suplementares de saúde.

Dispõe a Lei 9656/98, no inciso II do artigo 1º, o conceito de operadora de plano de saúde como sendo: Pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de que trata o inciso I deste artigo.

De acordo com a Lei 9656/98 qualquer empresa que comercialize plano de saúde é uma operadora de plano de saúde, seja na modalidade de seguradora, autogestão, medicina de grupo, cooperativa médica.¹⁰

Para exercício de suas atividades, as operadoras prescindem de registro junto a ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar, bem como estão subordinados ao regulamento da Resolução Normativa RDC nº 39, de 27 de outubro de 2000 que dispõe acerca de sua definição, segmentação e classificação, em complemento à Lei ordinária nº 9.656, de 03 de junho de 1998.

Dentre os procedimentos para a obtenção deste registro, nos termos das Resoluções da ANS, as pessoas jurídicas de direito privado que pretendem atuar no mercado de saúde suplementar deverão constituir seu capital mínimo ou da provisão para operação, conforme disposto em norma própria, deverá ser integralmente realizada pelos subscritores ou interessados, que sendo 10%, no mínimo em moeda corrente,

⁹ Disponível no site: <http://www.conjur.com.br/2013-abr-06/cdc-estabelece-equilibrio-harmonia-contratos-planos-saude>.

¹⁰ SALAZAR, Andréa Lazzarini. Novo guia de planos de saúde/Andréa Lazzarini Salazar, Karina Grou. 2 ed. São Paulo Globo, 2007. p. 26.

além de constar em seu objetivo social atividades relacionadas à assistência à saúde suplementar. (Resolução Normativa RN nº 159 de 04 de julho de 2007.)

A ANS por meio de Resoluções e Instruções Normativas, determina ainda o registro do produto, e a apresentação do plano de negócios junto à ANS.¹¹

Assim, só poderão atuar na prestação de serviços de saúde as operadoras que contarem com a autorização para funcionamento expedida pela ANS.

A operadora de plano de assistência à saúde trata-se de uma pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, ou contrato de prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós-pagamento estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não da rede credenciada, contratada ou referenciada, visando à assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente a expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor.¹²

As empresas constituídas nos termos da Lei 9656/98, para a atividade de operação de planos de assistência à saúde, se dispõem a prestar ao consumidor, serviços médicos e hospitalares. Assim, apesar de serem regidos pela Lei 9656/987, por se tratarem de contratos de consumo, onde o fornecedor é a operadora do plano, e o consumidor é o beneficiário dos serviços, enquadrando-se perfeitamente a definição constante nos artigos 2º e 3º do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, sujeitando-se pois as disposições nele constantes.

Diante de reiterados recursos junto ao Colendo Superior Tribunal de Justiça, o qual reiteradamente adotou no julgamento a tese de submissão dos contratos de plano de saúde ao Código de Defesa do Consumidor, houve a edição da Súmula 469 com o seguinte teor:

¹¹ Disponível no site: http://www.ans.gov.br/portal/site/perfil_operadoras/registrar_produto_regulamentacao. Asp. Acesso em 30.01.2014.

¹² Artigo 1º, incisos I e II da Lei 9656/98.

STJ Súmula nº 469 - DJe 06/12/2010
Aplicabilidade - CDC - Contratos de Plano de Saúde
Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde.
DJe 06/12/2010

A incidência do CDC aos contratos de assistência à saúde viabilizou que se busque judicialmente a anulação das chamadas “cláusulas abusivas”, que negam cobertura, estabeleçam prazos máximos para internação, ou seja, impeçam o cumprimento da função social do contrato, elidam a boa-fé contratual ou promovam um desequilíbrio no contrato¹³.

Capítulo II - Contrato de Prestação de Serviços de Assistência à Saúde

1.0 – Conceito Geral de Contrato

Antes de adentrar nos aspectos inerentes ao contrato de assistência à saúde, relevante trazer à tona a concepção clássica de contrato.

Na conceituação de Maria Helena Diniz¹⁴ contrato é:

O acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesse entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial.

Na conceituação de Orlando Gomes¹⁵ temos:

Contrato é, assim, o negócio jurídico bilateral, ou plurilateral, que sujeita as partes à observância de conduta idônea à satisfação dos interesses que regularam.

1.1 – Definição do Contrato de Assistência à Saúde

Antes de conceituarmos o contrato de assistência à saúde, mister se faz definirmos o que é saúde.

¹³ Código de Proteção e Defesa do Consumidor, art. 51.

¹⁴ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 30.

¹⁵ GOMES, Orlando. Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 10.

A palavra saúde, conforme Gregori¹⁶ “se origina do latim *salute*, que significa ‘salvação, conservação da vida, cura, bem-estar’ [...]”.

A Organização Mundial da Saúde, define saúde, como sendo:¹⁷

A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade. Gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social. A saúde de todos os povos é essencial para conseguir a paz e a segurança e depende da mais estreita cooperação dos indivíduos e dos Estados.

Pode-se conceituar o contrato de assistência à saúde, como um acordo de vontade, de duas ou mais pessoas, subordinado à Lei nº 9.656/98, visando à prestação continuada e por tempo indeterminado de serviços ou cobertura de custos de assistência médica, hospitalar e odontológica, mediante pagamento de preço pré ou pós-estabelecido, através de plano privado de assistência ou seguro saúde.¹⁸

Cláudia Lima Marques¹⁹ conceitua o contrato de assistência médico-hospitalar como:

contrato de obrigação de fazer prestado por terceiros, cujo fornecedor é geralmente um hospital, grupo de médicos ou de hospitais, os quais oferecem locação de serviços médicos e de internação hospitalar ou planos de saúde em grupo, aos particulares e empresas. É contrato atípico misto, emergente da combinação do contrato de assistência médica, profissional, e uma locação de serviços médicos auxiliares, cirurgia, fornecimento de alimento ao sócio ou beneficiário ou aos seus dependentes, pela sociedade contratada.

Tratam-se assim de contratos cujo objeto é a transferência onerosa de riscos à iniciativa privada, referentes à futura necessidade de assistência médica e hospitalar.²⁰

Importante atentar para o fato que o contrato de assistência médica vincula o consumidor (beneficiário/pessoa física) e a operadora (no caso do plano individual) ou a

¹⁶ GREGORI, Maria Stella. Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor. (Biblioteca de direito do consumidor: v. 31). São Paulo: RT, 2007, p. 19.

¹⁷ Organização Mundial da Saúde. Disponível no site: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-a%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-swho.html>. Acesso em 27.012014.

¹⁸ SAMPAIO, Aurisvaldo. Contratos de plano de saúde. São Paulo. RT: 2010, p. 187.

¹⁹ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no código de defesa do consumidor, São Paulo: RT, 2011, PÁG. 487.

²⁰ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no código de defesa do consumidor, São Paulo: RT, 2011, p. 489.

empresa contratante e a operadora (no caso do plano coletivo), que se comprometeu a garantir a prestação de serviços de assistência à saúde, conferindo ao consumidor a expectativa de ser atendido quando necessitar.

A rede credenciada está vinculada a operadora através de contrato de credenciamento, possuindo a ANS a função de fixar critérios para os procedimentos de credenciamento e descredenciamento de prestadores de serviço às operadoras, além de estabelecer parâmetros e indicadores de qualidade para os serviços próprios e de terceiros oferecidos pelas operadoras. (art. 8º § 3º “d” da Lei 9656/98 c.c art. 4º, IV, lei 9961/00)

1.1.1 – Legislação

A saúde como elemento de cidadania, como refere o artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos é o respaldo que nos dá a uma definição de que o Direito à Saúde é um Direito Humano essencial, relativo à essência; que constitui a essência na natureza de um ser, absolutamente necessário, indispensável, o Direito mais importante, o núcleo da vida²¹.

Na forma do artigo 196 da Constituição Federal, a saúde é tida como 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.

No entanto, o artigo 199 da Constituição Federal de 1988, estabeleceu que “a assistência à saúde é livre a iniciativa privada”. Assim, concedeu a iniciativa privada a assistência complementar ao serviço único de saúde – SUS.

A Lei 8080/90, Lei Orgânica da Saúde, estabeleceu em seu artigo 2º: “A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.”

A Lei 9.656/98 representou um importante passo para a regulamentação da prestação de assistência suplementar de saúde, tornando mais transparente as relações

²¹ Disponível em: www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Desafios.pdf. Acesso em 31.01.2014.

contratuais e a normatizando a atuação do mercado em relação aos planos privados, não se limitando a ditar regras econômicas, mas intervindo mais ativamente nas relações de consumo entre as operadoras e o consumidor (beneficiário).

Assim é que, nos contratos de plano de saúde exige-se a forma escrita e a obediência a determinadas formalidades (incisos I a XI do art.16 da Lei nº 9.656/98).

A Lei nº 9.961/2000 veio dar grande contribuição a regulação do sistema privado de saúde, instituindo a ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar.

A Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS é uma pessoa jurídica de direito público, autarquia especial, caracterizada por autonomia administrativa, financeira, patrimonial e de gestão de recursos humanos, com autonomia nas suas decisões técnicas e mandato fixo de seus dirigentes, sendo vinculada ao Ministério da Saúde, com atuação em todo território nacional.²²

Sua finalidade conforme disposto em seu artigo 3º é:

Art. 3º A ANS terá por finalidade institucional promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País.

Sua finalidade institucional foi de promover a defesa do interesse público na assistência suplementar. Sua área de ação compreendia um mercado já em funcionamento, que se expandiu desordenadamente, constituído por diversos tipos de planos e de operadoras que atendiam a uma grande variedade de interesses e nichos de mercado.²³

Até a regulamentação advinda da Lei 9656/98, as empresas de planos privados de saúde estavam sujeitas as resoluções da SUSEP - Superintendência de Seguros Privados e a Lei 8080/90, chamada de lei orgânica da saúde, que tratava de forma sucinta

²² Decreto nº 3.327 - ANS - LEGISLAÇÃO

²³ Disponível no site: ans.gor.br/aans/quem-somos. Acesso em 22.01.2014.

matéria, e a um controle governamental através do Ministério da Fazenda (SUSEP/MF), no que tange aos aspectos econômico-financeiros.²⁴

A criação do Departamento de Saúde Suplementar (DESAS), no Ministério da Saúde, em 1998, foi um primeiro passo para a regulação do mercado de planos privados de assistência à saúde.

Com o advento da Lei nº 9.961/2000, as cláusulas dos contratos de prestação de assistência à saúde passaram obrigatoriamente a ser submetidas à aprovação da ANS, cabendo a esta inclusive, autorizar os reajustes e as revisões das contraprestações pecuniárias, nos contratos de planos individuais.

Assim, a relação estabelecida entre as operadoras de plano de saúde e os consumidores, é regida pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor, bem como pelo Código Civil e por fim pela Lei 9656/98.

1.1.2 - Características

O contrato de assistência à saúde pode ser individual ou coletivo, e, em razão de se encontrar regulamentado pela Lei nº 9.565/98, é um contrato típico, devendo obedecer rigorosamente às normas pertinentes, o contrato é subordinado às normas e à fiscalização da ANS; exigindo a Lei, a forma escrita, seja do contrato propriamente dito, seja do regulamento ou das condições gerais do contrato, além de fornecimento ao consumidor de material descrevendo as características, direitos e obrigações das partes.²⁵

Embora o contrato de prestação de serviços de saúde se ajuste entre particulares, não há a liberdade plena na esfera contratual pois em que pese a prestação do serviço de saúde estar sendo prestada por particulares, a saúde continua sendo um serviço público, nos termos do artigo 196 e ss. da Constituição Federal. Por isso é que há uma mitigação no princípio do consensualismo, exigindo ainda a Lei 9656/98 que os contratos de plano de saúde obedeçam a forma escrita dentre outras. (art. 16 incisos I a XI) As coberturas são ilimitadas (art. 10, parágrafo 4º da Lei 9.656/98), eis que abrangem

²⁴Disponível em: http://www.ans.gov.br/portal/upload/biblioteca/DIS_Portabilidade%20-%20Formas%20de%20Implementacao_ARTUR_LOURENCO_DA_FONSECA.pdf

²⁵ Artigo 16, parágrafo único da Lei nº 9.565/98.

todas as doenças reconhecidas pela Organização Mundial de Saúde. As operadoras têm um pacote mínimo para cobrir, além e não aquém do estabelecido pela ANS.

Os planos e os seguros de saúde são contratos de adesão²⁶, tendo o contratante apenas a opção de aderir ou não ao contrato padrão, sem possibilidade de discutir quaisquer de suas cláusulas.

Destaque-se o entendimento esposado por Gonçalo Ribeiro de Melo Neto²⁷, ao afirmar que os contratos de planos de saúde são contratos de adesão de trato sucessivo, que estão baseados nos princípios da segurança, previsibilidade e proteção contra riscos futuros, sendo os contratantes, partes vulneráveis nesse negócio jurídico.

Em se tratando de contrato de adesão a legislação pátria dispõe acerca da proteção da parte fraca na contratação qual seja aquele que adere, salvaguardando que:

Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente e Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.²⁸

Igualmente objetivando proteger o beneficiário dos serviços, qual seja o consumidor, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor dispõe nos parágrafos do artigo 54, normas contratuais regulatórias, a saber: “§ 1º A inserção de cláusula no formulário não desfigura a natureza de adesão do contrato; § 2º Nos contratos de adesão admite-se cláusula resolutória, desde que a alternativa, cabendo a escolha ao consumidor, ressalvando-se o disposto no § 2º do artigo anterior; § 3º Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor e § 4º As cláusulas que implicarem limitação de direito do

²⁶ “Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo”. (Artigo 54 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor)

²⁷ MELO NETO, Gonçalo Ribeiro de. Práticas abusivas nos contratos de plano de saúde e atuação do Ministério Público. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 10 out. 2010. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29238>>. Acesso em: 23 jan. 2014.

²⁸ Artigos 423 e 424 do Código Civil.

consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.”

O contrato é oneroso, suportando ambas as partes um ônus correspondente à contraprestação; pode ser bilateral ou plurilateral, gerando direitos e obrigações tanto para o contratante quanto para o contratado. Também é um contrato por tempo indeterminado e com execução continuada.

Quanto à previsibilidade, pode-se afirmar que tais contratos são aleatórios, pois, “*pelo menos uma das prestações é incerta, dependendo de acontecimento futuro e duvidoso*”.²⁹ Ou seja, a frequência da prestação de assistência médica, hospitalar ou odontológica é incerta, podendo muitas vezes o serviço sequer se utilizado pelo beneficiário, e em outras a sua utilização superar as expectativas do contratado, sendo tais fatos independentes da prestação certa a ser paga pelo beneficiário.

Os planos e seguros de assistência à saúde, tratam-se de relação contratual por prazo indeterminado, pois sua vigência não está atrelada a um lapso temporal ficando a mercê das partes sua continuidade, garantindo à operadora do plano de saúde a cobertura integral ou parcial dos custos relativos à prestação de assistência à saúde a um conjunto de pessoas que são filiadas a esses planos através do pagamento de prestações com valores estabelecidos em contrato.

A saúde afigura-se como bem imaterial, existencial e não patrimonial: apresenta-se mais como aspecto inseparável da pessoa, vista como valor unitário.³⁰ Desse modo, além da mutualidade comum em contratos de seguros comuns, no contrato de plano de saúde, o que une as pessoas que participam da carteira de uma determinada operadora de planos é a solidariedade.³¹

²⁹ FIUZA, César. Direito Civil: curso completo 11 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. Disponível em <http://books.google.com.br/books?id=rTXGZ3iRPscC&pg=PA466&lpg=PA466&dq=contratos+quanto+a+previsibilidade+das+presta%C3%A7%C3%B5es&source=bl&ots=AWCVzbXiTT&sig=ks3tr9UjJDo0Jr52U6iGITk&hl=ptBR&sa=X&ei=AfjfUv6kEZK1kQf54IDICg&ved=0CEcQ6AEwAw#v=onepage&q=contratos%20quanto%20a%20previsibilidade%20das%20presta%C3%A7%C3%B5es&f=false>

³⁰ PERLINGIERI, Pietro. Perfis de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 106-107. E remata: “Ogni fatto è giuridicamente rilevante, ma la sua attitudine ad incidere sulla realtà dipende dalla valutazione che di esso esprime il sistema normativo” (Manuale di Diritto Civile, cit., p. 159).

³¹ Consoante MACEDO JUNIOR. Ronaldo Porto. Contratos relacionais e defesa do consumidor, p. 175. “A relação de solidariedade, em contraste com a relação de cooperação, refere-se a um conjunto de regras mais amplo e complexo. Ela se reporta a um conjunto de regras de julgamento que impõe um certo tipo de

Os contratos de plano de saúde confundem-se com os contratos de seguro-saúde, pois a sua organização se baseia no princípio da solidariedade, já que todos contribuem para que alguns ou próprio contribuinte possa utilizar do serviço, em momento futuro.³²

Nas palavras de Nilza Rodrigues de Almeida³³:

Muito embora o seguro-saúde e o contrato de plano de saúde sejam diferentes, apresentam pontos em comum, pois ambos são decorrentes de uma poupança de particulares. Ao invés de guardar dinheiro para o momento da doença, que pode até não acontecer, as pessoas fazem uma poupança conjunta, que é administrada pela prestadora.

O contrato também é bilateral ou sinalagmático. O consumidor tem obrigação de pagar mensalmente as prestações pecuniárias e a operadora do plano possui obrigação de prover assistência à saúde nos termos contratados.

1.1.3- Partes no Contrato de Assistência à Saúde

No contrato de assistência à saúde, apresentam-se como partes a operadora (fornecedora) e o beneficiário (consumidor).

A operadora de plano de assistência à saúde trata-se de uma pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, ou contrato de prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais.³⁴

O conceito de beneficiário de plano de saúde se encontra disposto no artigo 2º, inciso I da Resolução Normativa n.º 295 de 09 de maio de 2012, que diz tratar-se de

vinculação essencial entre suas partes, que as torna articuladas e reciprocamente afetadas, tendo em vista uma medida que se desenvolve no interior mesmo desse conjunto. Assim, por exemplo, dentro de um ethos comunitário, o dever de responsabilidade ou de ajudar, “ser solidário” em relação a membro deste grupo é definido relacionalmente, a partir da lógica interna desta mesma comunidade. No âmbito do Direito Social, o conceito de justiça social realiza a tarefa de ser medida cambiante e reflexionante deste grau de vinculação, vale dizer, do esquema de solidariedades.”

³² MELO NETO, Gonçalo Ribeiro de. *Práticas abusivas nos contratos de plano de saúde e atuação do Ministério Público*. Conteudo Juridico, Brasília-DF: 10 out. 2010. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29238>>. Acesso em: 23 jan. 2014.

³³ ALMEIDA, Nilza Rodrigues de. *Contratos de Plano de Saúde*. São Paulo: Edições Inteligentes, 2007, pág. 71.

³⁴ Artigo 1º, incisos I e II da Lei 9656/98

beneficiário a pessoa natural, titular ou dependente, possuidora de direitos e deveres definidos em legislação e em contrato assinado com a Operadora de plano de saúde, prestadora da assistência médico-hospitalar ou odontológica.

O mesmo artigo classifica-o em: beneficiário titular: é a pessoa física ou jurídica, detentora principal do vínculo contratual com a operadora.

Tratando-se de plano coletivo, o mesmo terá como partes duas pessoas jurídicas: a operadora e a pessoa jurídica contratante; mas os beneficiários, indiretos, os consumidores, são os empregados da contratante, ou o membro da associação, ou sindicato, bem como sua família, dependentes e outros.³⁵

1.1.4 – Objeto e Natureza Jurídica do Contrato de Assistência à Saúde

O vínculo jurídico entre a Operadora de Plano de Saúde e o Consumidor, nasce com a assinatura do contrato.

Sucintamente, temos que objeto é cobertura de eventos relacionados à saúde e a natureza jurídica é de contrato de consumo, sujeitando-se as disposições da lei 8078/90.

Observe-se a perspicaz definição da professora Cláudia Lima Marques³⁶ quanto ao objeto do contrato de plano de saúde:

O objetivo principal destes contratos é a transferência (onerosa e contratual) de riscos referentes à futura necessidade de assistência médica ou hospitalar. A efetiva cobertura (reembolso no caso dos seguros de reembolso) dos riscos futuros à sua saúde e de seus dependentes, a adequada prestação direta ou indireta dos serviços de assistência médica (no caso dos seguros de pré-pagamento ou de planos de saúde semelhantes) é o que objetivam os consumidores que contratam com estas empresas. Para atingir este objetivo os consumidores manterão relações de convivência e dependência com os fornecedores desses serviços de saúde, por anos, pagando mensalmente suas contribuições, seguindo as instruções (por vezes exigentes e burocráticas) regulamentadoras dos fornecedores, usufruindo ou não dos serviços, a depender da ocorrência ou não do evento danoso à saúde do consumidor e seus dependentes (consumidores-equiparados)

³⁵ SALAZAR, André Lazzarini. Novo guia de planos de saúde / Andréa Lazzarini Salaza, Karina Grou. 2ª ed. São Paulo: Globo, 2007, p. 26.

³⁶ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no código de defesa do consumidor, São Paulo: RT, 2011, p. 510 e ss.

Quanto à natureza jurídica, havendo de um lado o prestador de serviços e de outro o destinatário final, caracteriza-se o contrato de assistência à saúde como contrato de consumo, onde o consumidor adere ao contrato pré-estipulado pela operadora, por isso o chamado contrato de adesão, obrigando-se ao pagamento da mensalidade ora pactuada, e em contrapartida, a operadora obriga-se a prestação de serviços médico-hospitalar, demandadas pelos beneficiários do contrato.

Esta relação jurídica tem seus limites estabelecidos, pelo referido contrato, que devem ter plena consonância com a Lei n.º 9.656/98, assim como observar as normas de cunho regulador, editadas e emitidas pelo órgão fiscalizador do setor, a ANS.

1.2 - Princípios Contratuais do Direito Consumerista Aplicáveis ao Contrato de Plano de Saúde

O contrato de plano de saúde, um contrato de consumo, que pelo seu objeto, mais do que qualquer outro, deve cumprir sua função social, vindo a dar sustentáculo a princípios constitucionais.

As anotações às novas características da relação negocial consumerista advindas do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, frente aquelas presentes no Código Civil de 1916, foram muito bem analisadas pelo Marcio Antonio Alves³⁷, em artigo publicado em 11.10.2008, ei-la:

O perfil atual do contrato modificou-se. ele passa a ter uma concepção social, para o qual não só o momento da contratação importa com a manifestação de vontade. Devem-se observar seus efeitos. A eficácia jurídica depende também, e principalmente, dos seus efeitos sociais e das condições econômicas e sociais das partes que o celebram. O rigor de sua intangibilidade foi abandonado em busca de uma relação justa entre os contratantes.

Tornou-se necessária a busca pelo equilíbrio contratual e assim a lei passou a proteger determinados interesses sociais, valorizando a confiança depositada no vínculo, as expectativas e a boa-fé das partes contratantes.

Com efeito, antes do advento do CDC, os contratos celebrados entre consumidores e fornecedores tinham tratamento inadequado do Código Civil de 1916, que tratava as partes segundo uma igualdade formal. O CDC modificou os princípios da autonomia da vontade, da força obrigatória e da relatividade dos contratos, revolucionando verdadeiros dogmas do Direito Civil.

³⁷ Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=857, acesso em 24.01.2014.

A autonomia da vontade foi limitada evitando os abusos cometidos pela parte mais forte da relação contratual. A imutabilidade contratual também sofreu transformações, na medida em que foi relativizada.

É inegável a função social do contrato de consumo na medida em que o tratamento dado às partes é mais equânime e justo. O equilíbrio, a boa-fé objetiva, a transparência e a realização da justiça contratual são a tônica dos contratos de consumo.

O Código de Defesa do Consumidor é norteado por princípios de direito: da equidade ou equilíbrio contratual, função social do contrato, dignidade da pessoa humana, boa fé objetiva, vulnerabilidade do consumidor; que passaram a incidir sobre os contratos de assistência à saúde.

Assim, o princípio da função social, alia-se aos princípios boa-fé objetiva, da equidade ou equilíbrio contratual e da dignidade da pessoa humana, passando a serem pilares do contrato de assistência à saúde.

Diante disto, sem esgotarmos o tema, faremos uma breve explanação de tais princípios.

1.2.1 - Função Social do Contrato

O artigo 421 do Código Civil estabelece o seguinte: *A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.*

O vocábulo “função”, de acordo com Dicionário *Houaiss*, significa “papel a ser desempenhado”³⁸

Fazendo uma transposição da palavra “função” para o direito, temos que consiste em um “poder que deve ser exercido no interesse de outrem”³⁹ e acrescentando o adjetivo “social”, temos que “esse objetivo ultrapassa o interesse do titular do direito – que, assim, passa a ter um poder-dever – para revelar-se como de interesse coletivo.”⁴⁰

Para Cláudio Luiz Bueno de Godoy, os contratos devem ser analisados sob um novo prisma:

a assunção de uma função social significa que a conformação clássica do contrato, individualista e voluntarista, cede lugar a um novo modelo deste instituto jurídico, voltado a obsequiar os valores e princípios

³⁸ Rio de Janeiro, Ed. Objetiva, 2001, pág. 211. <http://jus.com.br/artigos/2796/principios-sociais-dos-contratos-no-cdc-e-no-novo-codigo-civil>.

³⁹ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função Social do Contrato*, São Paulo, Ed. Saraiva 2004, pág. 110.

⁴⁰ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função Social do Contrato*, São Paulo, Ed. Saraiva 2004, pág. 111.

constitucionais de dignidade e livre desenvolvimento da personalidade humana. (...) Pretende-se, portanto, inserir a normatização civil em novo paradigma, de prestígio dos valores sociais, sem se perder, é certo, o valor fundante da pessoa humana, afinal a origem, centro e finalidade da ordenação.⁴¹

Contudo, a autonomia privada representada pela liberdade de contratar também consubstancia um princípio, o que faz com que haja de pronto, uma limitação desse segundo princípio que será exercido em razão e nos limites da função social do contrato ao qual a Lei atribui proeminência.⁴²

Se assim é, nos termos do art. 421 do Código Civil, toda situação jurídica patrimonial, integrada a uma relação contratual, deve ser considerada originariamente justificada e estruturada em razão de sua função social. Como ocorrido em relação à propriedade, opera-se a transformação qualitativa do contrato, que passa a consubstanciar instrumento para a concretização das finalidades constitucionais.⁴³

Com efeito, registra Gustavo Tepedino:⁴⁴

a função social associa-se ao fenômeno conhecido como funcionalização das estruturas jurídicas, processo que atinge todos os fatos jurídicos.

Este princípio se encontra corporificado no Enunciado 22 do CJF, e significa que em um contrato as partes devem guardar equilíbrio entre as prestações pactuadas, ou seja, constitui cláusula geral que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas.

Em definitivo, diz Gustavo Tepedino⁴⁵:

a função social – elemento interno do contrato – impõe aos contratantes a obrigação de perseguir, ao lado de seus interesses privados, interesses extracontratuais socialmente relevantes, assim considerados pelo

⁴¹ Idem, pág. 117 e 119.

⁴² AMARAL, Francisco. Os princípios jurídicos na relação obrigatória. In: Revista Forense. Rio de Janeiro. Vol 381. Setembro/Outubro de 2005, p. 75: “No campo das obrigações, sua principal expressão [o autor refere-se à expressão da autonomia privada] está no art. 421, que reafirma a liberdade contratual, desde que exercida nos limites da função social do contrato, o que é uma das manifestações da socialidade do direito e, por isso mesmo, um dos limites intrínsecos ao exercício dos direitos subjetivos.”

⁴³ Gustavo Tepedino et alii, Código civil interpretado conforme a Constituição da República, vol. 2, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 10.

⁴⁴ Idem.

⁴⁵ Idem.

legislador constitucional, sob pena de não merecimento de tutela do exercício da liberdade de contratar.

Assim, a função social apresenta-se inserida, com elemento interno, em todos os contratos independentemente da relação negocial havida somente entre as partes, posto que todo o contrato deve ter respeitada a função social por si gerada ou refletida, através do seu cumprimento na sociedade, não se havendo por exemplo, de admitir-se a locação de um imóvel a fim de instalar-se uma fábrica poluidora, apesar da admissão jurídica da locação do bem, se a mesma ofende interesses externos dos moradores do entorno.

A função social, assim, definirá a estrutura dos poderes dos contratantes no caso concreto, e será relevante para se verificar a legitimidade de certas cláusulas contratuais que, embora lícitas, atinjam diretamente interesses externos à estrutura contratual, e que poderão ser revistas pelo judiciário para a devida adequação do objeto do contrato. Busca-se o ideal de justiça por meio da concepção social do contrato⁴⁶.

Nesse sentido, eis a lição do eminente civilista Paulo Luiz Netto Lôbo⁴⁷:

No novo Código Civil a função social surge relacionada à "liberdade de contratar", como seu limite fundamental. A liberdade de contratar, ou autonomia privada, consistiu na expressão mais aguda do individualismo jurídico, entendida por muitos como o toque de especificidade do Direito privado. São dois princípios antagônicos que exigem aplicação harmônica. No Código a função social não é simples limite externo ou negativo, mas limite positivo, além de determinação do conteúdo da liberdade de contratar. Esse é o sentido que decorre dos termos "exercida em razão e nos limites da função social do contrato. (art. 421)"

Como visto, o princípio da função social do contrato desempenha o papel de impor aos titulares de posições contratuais o dever de perseguir, ao lado de seus interesses individuais, a interesses extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica, relacionados ou alcançados pelo contrato. Deste modo, no sistema em vigor, a função social amplia para o domínio do contrato a noção de ordem pública. A função é considerada um fim para cuja realização se justifica a imposição de preceitos

⁴⁶ TEPEDINO, Gustavo. - Temas de Direito Civil. Renovar, 2009. t. III. p. 150.

⁴⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/2796/principios-sociais-dos-contratos-no-cdc-e-no-novo-codigo-civil>. Acesso em: 27.01.2014.

inderrogáveis e inafastáveis pela vontade das partes.⁴⁸ Por isso mesmo, dispõe o art. 2.035 do Código Civil que “nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”.

Com efeito, a função social associa-se ao fenômeno conhecido como *funcionalização* das estruturas jurídicas, processo que atinge todos os fatos jurídicos.⁴⁹

Como leciona o Professor Pietro Perlingieri, as situações jurídicas subjetivas apresentam dois aspectos distintos – o estrutural e o funcional. O primeiro identifica a estruturação de poderes conferida ao titular da situação jurídica subjetiva, enquanto o segundo explicita a finalidade prático-social a que se destina. O aspecto funcional condiciona o estrutural, determinando a disciplina jurídica aplicável às situações jurídicas subjetivas. Continuando o citado autor ressalta que as situações subjetivas podem ser consideradas ainda sob dois aspectos: aquele funcional e aquele normativo ou regulamentar. O primeiro é articularmente importante para a individuação da relevância, para a qualificação da situação, isto é, para a determinação da sua função no âmbito das relações sócio-jurídicas. (...) No ordenamento, o interesse é tutelado enquanto atende não somente ao interesse do titular, mas também àquele da coletividade.⁵⁰

A função social do contrato trata-se de um princípio a reger toda a disciplina contratual, e como tal, funciona como mandado de otimização. Isto é: ordena-se que a função social do contrato seja realizada “na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existente”⁵¹

A rigor, a função social do contrato deve ser entendida como princípio que, informado pelos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), do valor social da livre iniciativa (art. 1º, IV) – fundamentos da República – e da igualdade

⁴⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/2796/principios-sociais-dos-contratos-no-cdc-e-no-novo-codigo-civil>. Acesso em: 27.01.2014.

⁴⁹ PELUSO, Cesár. Código Civil Comentado (coord.) Barueri, SP: Manole, 2007, pág. 311/314.

⁵⁰ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 106-107. E remata: “Ogni fatto è giuridicamente rilevante, ma la sua attitudine ad incidere sulla realtà dipende dalla valutazione che di esso esprime il sistema normativo” (Manuale di Diritto Civile, cit., p. 429).

⁵¹ ALEXYS. Robert. Teoria de los derechos fundamentales, p.86.

substancial (art. 3º, III) e da solidariedade social (art. 3º, I) – objetivos da República – impõe às partes o dever de perseguir, ao lado de seus interesses individuais, a interesses extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica, que se relacionam com o contrato ou são por ele atingidos.⁵²

Na dicção de Robert Alexy e Letizia Gianformaggio, ‘*apud*’ Carlyle Popp⁵³:

os princípios constitucionais são ‘mandados de otimização’, insculpidos no ápice da pirâmide constitucional e, por serem mais difusos do que as regras, não são incompatíveis entre si, mas apenas concorrentes. Já as regras são antinômicas.

Hodiernamente, o que se busca é a realização de um contrato que detenha a função social, ou seja, de um contrato que além de desenvolver uma função translativa-circulatória das riquezas, também realize um papel social atinente à dignidade da pessoa humana e à redução das desigualdades culturais e materiais, segundo os valores e princípios constitucionais⁵⁴.

A finalidade dos contratos de plano e seguro-saúde consiste na garantia de todos os meios necessários ao alcance da cura, evidenciando que as operadoras devem custear os procedimentos prescritos pelos médicos assistentes, como forma de garantir a integridade física de seus associados. Portanto, o contrato de assistência à saúde somente cumprirá sua função social e econômica se garantir ao segurado todo o

⁵² “Extrai-se daí a definição da função social do contrato, entendida como dever imposto aos contratantes de atender – ao lado dos próprios interesses individuais perseguidos pelo regulamento contratual – a interesses extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica, que se relacionam com o contrato ou são por ele atingidos. Tais interesses dizem respeito, dentre outros, aos consumidores, à livre concorrência, ao meio ambiente, às relações de trabalho” (*Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002*. In: *Temas de direito civil*. t. 2. cit. p. 20). Disponível em <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32350-38875-1-PB.pdf>. Acesso em 27.01.2014.

⁵³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios Sociais dos Contratos no Código de defesa do Consumidor e no Novo Código Civil. In: *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril-junho, 2002, v. 42, p. 191.

⁵⁴ HORA NETO, João. O princípio da função social do contrato no código civil de 2002. *Jus navegandi*, Teresina, ano 11, nº 1028, 25 abr. 2006. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/8262/o-principio-da-funcao-social-do-contrato-no-codigo-civil-de-2002/2>. Acesso em 17.02.2014.

tratamento necessitado, assegurando uma vida com dignidade, no que diz respeito ao procedimento de combate à enfermidade sofrida.⁵⁵

Em que pese tudo o quanto acima exposto, não há como olvidar que a submissão do contrato a uma função social não pode descaracterizar a sua função primordial, que é a econômica, consistindo o contrato no instrumento hábil para promover a circulação de riquezas.

Nesse sentido, adverte Humberto Theodoro Junior:

A função social que se atribui ao contrato não pode ignorar sua função primária e natural, que é a econômica. Não pode esta ser anulada, a pretexto de cumprir-se, por exemplo, uma atividade assistencial ou caritativa. Ao contrato cabe uma função social, mas não de assistência social. Um contrato oneroso e comutativo não pode, por exemplo, ser transformado por revisão judicial, em negócio gratuito e benéfico. Por mais que o indivíduo mereça assistencial social, não será no contrato que se encontrará remédio para tal carência. O instituto é econômico e tem fins econômicos a realizar, que não podem ser ignorados pela lei e muito menos pelo aplicador da lei.⁵⁶

Melissa Cunha Pimenta⁵⁷, em texto abaixo transcrito, publicado na Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP, adverte, no entanto que deve haver extrema prudência na interpretação da função social do contrato, sob pena de vilipendiar-se outra de suas funções que é a geração de riquezas, ei-lo:

Sob o argumento de se estar aplicando o princípio da função social do contrato, grandes equívocos podem ser cometidos pelos magistrados, transformando-se tal princípio, na verdade, em função de assistência social.

⁵⁵ LIMA, Juliana Maria Costa. A função social dos contratos de plano e seguro-saúde. Disponível em http://www.vilhenasilva.com.br/principal/home/?sistema=conteudos|conteudo&id_conteudo=81. Acesso em Mem 14.02.2014.

⁵⁶ *O contrato e sua função social*, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2004, pág. 100.

⁵⁷ PIMENTA, Melissa Cunha. A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP. Disponível em http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CDcQFjAB&url=http%3A%2F%2Frevistas.pucsp.br%2Findex.php%2Findex%2Farticle%2Fdownload%2F734%2F517&ei=BxH5Ur3FN-HisAS7ioDYAw&usg=AFQjCNFuk6sIwiczM9rD-rborSsUeIdn_Q&bvm=bv.60983673,d.cWc. Acesso em 27.01.2014.

Aliás, recentemente vê-se muitas decisões em que o princípio da função social do contrato foi distorcido, especialmente em questões de seguro-saúde.

Conceder cobertura a uma doença que se encontra expressamente excluída do contrato de seguro-saúde, sob o argumento de se estar dando concretude ao princípio da função social do contrato, significa, a verdade, ignorar o binômio prêmio-risco em que se funda esta espécie de contrato, já que o prêmio pago pelo segurado é proporcional às coberturas estabelecidas na avença.

Seria transformar um contrato, que pela sua natureza é oneroso, em gratuito, ao arrepio à lei e ao que foi estabelecido entre as partes.

Portanto, muita cautela há de ter-se pelo Poder Judiciário na aplicação do princípio da função social do contrato.

Diante dessas circunstâncias e atendendo aos fins sociais do contrato, o juiz poderá intervir, buscando a recomposição da comutatividade da avença. Esta é uma das mais legítimas intervenções do Estado na esfera privada, fazendo com que o contrato não perca a sua finalidade. Longe de violar o princípio da autonomia privada, a intervenção do magistrado é compatível com a moderna visão do Judiciário, em que o julgador não é mero e mecânico aplicador da lei, mas um profissional consciente da necessidade de que a sua atuação esteja voltada para a justiça social.⁵⁸

1.2.2 - Boa fé objetiva

Ao lado da função social dos contratos, a boa-fé objetiva procura valorizar a conduta de lealdade dos contratantes em todas as fases contratuais (art. 422 do novo Código Civil - *função de integração da boa-fé*).⁵⁹

Na dúvida, os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé (art. 113 do novo Código Civil – *função de interpretação da boa-fé*). Em reforço, lembramos a interpretação a favor do consumidor (art. 47 do CDC) e do aderente (art. 423 do novo Código Civil).⁶⁰

⁵⁸ http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/6/judicializaodasaude_290.pdf. Acesso em 30.01.2014.

⁵⁹ Tartuce, Flávio. A FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS, A BOA-FÉ OBJETIVA E AS RECENTES SÚMULAS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.. Disponível em: http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=10&ved=0CGMQFjAJ&url=http%3A%2F%2Fwww.flaviotartuce.adv.br%2Fartigos%2FTartuce_Funsocial.doc&ei=KBr-UpbWJLTesAS--oKICg&usg=AFQjCNGFkUXkvOncshjt0Ab_slK8Sjtq0g&bvm=bv.61190604,d.cWc. Acesso em 14.02.2014.

⁶⁰ Idem.

A expressão boa-fé indica um posicionamento intrínseco do ser humano, tratando-se de um estado psicológico direcionador de conduta, consubstanciado no agir sem que se cause mal ou dano a outrem.⁶¹

Pelo princípio da boa fé objetiva concluí-se que a boa fé é regra de conduta dos indivíduos nas relações jurídicas obrigacionais, repercutindo certos comportamentos na confiança depositada na relação de consumo. A boa-fé objetiva importa conduta honesta, leal, correta. É a boa-fé de comportamento.⁶²

Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery definem:

A boa fé objetiva impõe ao contratante um padrão de conduta, de modo que deve agir como um ser humano reto, vale dizer, com probidade, honestidade e lealdade. Assim, reputa-se celebrado o contrato com todos esses atributos que decorrem da boa-fé objetiva. Daí a razão pela qual o juiz, ao julgar demanda na qual se discuta a relação contratual, deve dar por pressuposta a regra jurídica de agir com retidão, nos padrões do homem comum, atendidas as peculiaridades dos usos e costumes do lugar.⁶³

O Código Civil brasileiro também consagrou como princípio básico regente da matéria contratual, a boa-fé objetiva.⁶⁴ É o que se extrai do novel artigo 422, que preceitua: "*Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.*"

A boa-fé que se procura preservar, prestigiando-se no texto legal, é a objetiva, entendida essa como a exigível do homem mediano, numa aplicação específica do critério do "*reasonable man*", do sistema norte-americano.⁶⁵

Antes da edição do novo Código Civil, o CDC já havia estatuído norma a respeito da boa-fé em seu art.4º, inciso III, quando disciplinou os princípios que deveriam reger as relações de consumo.⁶⁶

⁶¹ MORI, Celso Cintra. Revista do advogado, julho de 2012, nº 116, p. 53.

⁶² LOBO, Paulo Luiz Netto. Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, n. 42, p. 187-195, abr.-jun. 2002.

⁶³ NERY, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil anotado e legislação extravagante. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

⁶⁴ Revista Virtual Direito Brasil – Volume 2 – nº 2 - 2008

⁶⁵ MIRANDA, Maria Bernardete. Revista Virtual Direito Brasil n. 2 Vol. 2, 2008, disponível em: <http://www.passeidireto.com/arquivo/1887432/teoria-geral-dos-contratos>. Acesso em 11.02.2014.

Destaque-se que, nesse aspecto, o Código Civil pode ser considerado mais explícito, no prestígio à boa-fé, que o próprio Código de Defesa do Consumidor, uma das legislações mais avançadas do País, que consagra, indubitavelmente, o instituto, mas não dessa forma tão expressa e genérica.⁶⁷

Conforme disposto no artigo 422 do Código Civil, pelo princípio da boa-fé, as partes deverão agir com lealdade e confiança recíprocas, colaborando na formação e execução do contrato.

Pelo princípio da boa fé, cada uma das partes do contrato cabe colaborar efetivamente, atuando para que a outra atinja os objetivos perseguidos no contrato.⁶⁸

A boa-fé objetiva cria deveres positivos, já que exige que os com tratantes façam tudo para que o contrato seja cumprido de conformidade com o previsto.⁶⁹

A aplicação do princípio da boa-fé objetiva no direito contratual mitiga de certa forma, o princípio clássico da autonomia da vontade, haja vista que este é oriundo de uma ordem jurídica fundada no individualismo e na neutralidade, em que a aplicação da norma dava-se sem o exercício de qualquer atividade valorativa.⁷⁰

A aplicação prática do princípio da boa fé nos contratos de plano de saúde, pode ser vista nos deveres de informação (art. 4º “caput” da Lei 8078/90), que foram normatizados pela obrigatoriedade esculpida no artigo 22 da Lei 9656/98, no que se

⁶⁶ BARROS, Márcia Cristina Cardoso de. Contratos de plano de saúde: princípios básicos da atividade. Disponível em http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/6judicializacao_dasaude_290.pdf. Acesso em 30.01.2014.

⁶⁷ MIRANDA, Maria Bernardete. Revista Virtual Direito Brasil – Volume 2 – nº 2 – 2008.

⁶⁸ CARRASQUEIRA, Simone de Almeida. As transformações do direito contratual: função social do contrato e boa fé objetiva. Revista Ciências Sociais. Rio de Janeiro, v. 12, n. 1, p. 125-162, 2006.

⁶⁹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil. Volume III. Contratos. 13ª edição. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2009. p. 18.

⁷⁰ PIMENTA, Melissa Cunha. A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP. Disponível em http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CDcQFjAB&url=http%3A%2F%2Frevistas.pucsp.br%2Findex.php%2Fred%2Farticle%2Fdownload%2F734%2F517&ei=BxH5Ur3FN-HisAS7ioDYAw&usg=AFQjCNFuk6sIwiczM9rD-rborSsUeIdn_Q&bvm=bv.60983673,d.cWc. Acesso em 27.01.201.

refere ao fornecimento ao Ministério da Saúde de todas as informações e estatísticas referentes a atividade da operadora de plano de saúde.

No contrato de assistência à saúde, temos que aquela confiança que, no passado, sempre norteou as relações entre médico e paciente foi, na atualidade, transferida para as operadoras de planos de saúde e seguro saúde, as quais, no momento da contratação, prometem segurança visando à prestação continuada e por tempo indeterminado de serviços ou cobertura de custos de assistência médica, hospitalar e odontológica, mediante pagamentos mensais, contínuos e ininterruptos.⁷¹

1.2.3 - Da Equidade ou Equilíbrio Contratual

O princípio da equivalência material nada mais é que a busca a um equilíbrio do contrato que deve impor-se inclusive sobre o pactuado, ensinando o professor Paulo Luiz Netto Lobo⁷²:

O princípio da equivalência material desenvolve-se em dois aspectos distintos: subjetivo e objetivo. O aspecto subjetivo leva em conta a identificação do poder contratual dominante das partes e a presunção legal de vulnerabilidade. A lei presume juridicamente vulneráveis o trabalhador, o inquilino, o consumidor, o aderente de contrato de adesão. Essa presunção é absoluta, pois não pode ser afastada pela apreciação do caso concreto. O aspecto objetivo considera o real desequilíbrio de direitos e deveres contratuais que pode estar presente na celebração do contrato ou na eventual mudança do equilíbrio em virtude de circunstâncias supervenientes que levem a onerosidade excessiva para uma das partes.

Assim, busca-se a justiça contratual, com a consequente “equivalência objetiva entre prestação e contraprestação” e “equitativa distribuição de ônus e riscos contratuais entre as partes contratantes”⁷³.

Em virtude da busca do equilíbrio contratual, o ordenamento jurídico leva à proteção do contratante contra a lesão (arts. 156 e 157 do CC) e contra a onerosidade excessiva (arts. 478 a 480 do CC).

⁷² LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/2796/principios-sociais-dos-contratos-no-cdc-e-no-novo-codigo-civil>. Acesso em: 27.01.201406.

⁷³ GODOY, Claudio Luiz Bueno, *Função Social do Contrato*, São Paulo, Ed. Saraiva, 2004, pág. 36.

O contrato de adesão, tão utilizado para firmar a relação entre o consumidor e a operadora de saúde, embora se apresente rígido no momento da contratação, pode eventualmente sofrer modificação corretiva com base no Código de Defesa do Consumidor. Aliás, é justamente na questão contratual que o código se mostra bastante efetivo para o fim de estabelecer equilíbrio e harmonia, e trazer o consumidor ao mesmo patamar de direitos da empresa operadora de saúde.⁷⁴

1.2.4 - Dignidade da Pessoa Humana

Ingo Wolfgang Sarlet⁷⁵ ao interpretar as ideias de G. Durig e K. Stern, disciplina que:

segundo Dürig é uma “qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado...”

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.⁷⁶

Esse valor intrínseco da pessoa humana tem sua origem no ideário cristão, como demonstra também Ingo Wolfgang Sarlet⁷⁷:

[..] tanto no Antigo quanto no Novo Testamento podemos encontrar referências no sentido de que o ser humano foi criado à imagem e semelhança de Deus, premissa da qual o cristianismo extraiu a consequência – lamentavelmente renegada por muito tempo por parte das instituições cristãs e seus integrantes (basta lembrar as crueldades praticadas pela “Santa Inquisição”) – de que o ser humano é dotado de um valor próprio e que lhe é intrínseco, não podendo ser transformado em mero objeto ou instrumento.

⁷⁴ LEITE, Leonardo Peres e Outros. Disponível em :<http://www.conjur.com.br/2013-abr-06/cdc-estabelece-equilibrio-harmonia-contratos-planos-saude>. Acesso em 14.02.2014.

⁷⁵ DÜRIG, apud SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 41.

⁷⁶ Ibidem p. 62.

⁷⁷ Ibidem p. 30.

Ganhou a sua formulação clássica por Immanuel Kant⁷⁸, na "*Fundamentação da Metafísica dos Costumes*" (título original em alemão: "Grundlegung zur Metaphysik der Sitten", de 1785), que defendia que as pessoas deveriam ser tratadas como um fim em si mesmas, e não como um meio (objetos), e que assim formulou tal princípio: "No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade."

As primeiras referências acerca da dignidade na história da humanidade se encontram na Bíblia Sagrada, em seu Antigo e Novo Testamento, ao mencionar que o homem foi feito a imagem e semelhança de Deus, ligando a figura do homem a uma divindade suprema dotada de reverência e valor.⁷⁹

O dicionário Houaiss e Villar⁸⁰ define o significado da palavra dignidade: consciência do próprio valor; honra; modo de proceder que inspira respeito; distinção; amor próprio.

Dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. "Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais (observam Gomes Canotilho e Vital Moreira), o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não qualquer ideia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir "teoria do núcleo da personalidade" individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana". Daí decorre que a ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos existência digna (art. 170), a ordem social visará a realização da justiça social (art. 193), a educação, o desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania (art. 205) etc., não como meros enunciados formais, mas como indicadores do conteúdo normativo

⁷⁸ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 58.

⁷⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 41.

⁸⁰ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Minidicionário Houaiss de língua portuguesa*. 2. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004, pág. 248.

eficaz da dignidade da pessoa humana. (José Afonso da Silva. Curso de Direito Constitucional, 2003, p.105).⁸¹

Com relação à Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 1.988, a dignidade da pessoa humana aparece logo no 1º artigo, inciso III, como sendo um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

A Constituição de 1988 é o marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos e garantias fundamentais. O texto demarca a ruptura com o regime autoritário militar instalado em 1.964, refletindo o consenso democrático pós-ditadura.⁸²

A Declaração Universal da ONU talvez seja o documento que, de forma concreta, nos forneça as idéias bases para a formulação do conceito de dignidade da pessoa humana em seu artigo 1º: Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

Liane Maria Busnello Thomé, talvez, sem a pretensão de formular um conceito, mas em total consonância com o que prevê o artigo 1º da Declaração referida, traz, em um singelo parágrafo, alguns itens que são indispensáveis para qualquer conceito de dignidade da pessoa humana. Vejamos:

Cada ser humano é merecedor de respeito e consideração, independente da crença, nível social, intelectual, opção sexual e maneira de enfrentar a vida. O simples fato de ser humano basta para que sua dignidade seja garantida.⁸³

O "Princípio da dignidade da pessoa humana" é um valor moral e espiritual inerente à pessoa, ou seja, todo ser humano é dotado desse preceito, e tal constitui o princípio máximo do estado democrático de direito.⁸⁴

⁸¹ MARTINS JÚNIOR, Lázaro Alves. O princípio da dignidade humana como fundamento para a legislação supranacional. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2605, 19 ago. 2010 Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17217>>. Acesso em: 30 jan. 2014.

⁸² LEITE, George Salomão et al. Dos princípios constitucionais. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 190.

⁸³ THOMÉ, Liane Maria Busnello. Princípio da dignidade da pessoa humana como instrumento de potencialização da dignidade nas rupturas dos casais em família, 2007 149f. Dissertação (Mestrado em direito) – PUC RS, Porto Alegre, 2007.

⁸⁴ Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Princ%C3%ADpio_da_dignidade_da_pessoa_humana. Acesso em 30.01.2014.

Assim, seguindo-se os preceitos acima citados, temos que todos os cidadãos têm direito a uma vida digna, lhe sendo assegurado o devido respeito aos seus direitos existenciais ou mesmo morais, onde dentre os primeiros para que se forma sua dignidade a Constituição garante-lhe o direito à saúde. (art. 196 e ss. da CF)

O Insigne Douto Ingo Wolfgang Sarlet⁸⁵ versa:

O que se pretende demonstrar, neste contexto, é que o princípio da dignidade da pessoa humana assume posição de destaque, servindo como diretriz material para a identificação de direitos implícitos (tanto de cunho defensivo como prestacional) e, de modo especial, sediados em outras partes da Constitucional. Cuida-se, em verdade, de critério basilar, mas não exclusivo, já que em diversos casos outros referenciais podem ser utilizados (como, por exemplo, o direito à vida e à saúde na hipótese do meio ambiente, ou mesmo a ampla defesa e os recursos a ela inerentes, no caso da fundamentação das decisões judiciais e administrativas)

Neste sentido, ainda Wolfgang Sarlet⁸⁶ citando Vieira de Andrade sustenta que:

O princípio da dignidade da pessoa humana radica na base de todos os direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, admite, todavia, que o grau de vinculação dos diversos direitos àquele princípio poderá ser diferenciado, de tal sorte que existam direitos que constituem explicitamente em primeiro grau da ideia de dignidade e outros que destes são decorrente.

Os princípios são definidos como sendo regra, preceito. Razão ou causa primária. Proposição, verdade geral demonstrada, em que se apoiam outras verdades.⁸⁷

O conceito de princípio em seu sentido lato independe de qual seja o campo do saber. Segundo Ruy Samuel Espíndola⁸⁸ “designa a estruturação de um sistema de ideias, pensamentos ou normas por uma ideia-mestra, por um pensamento-chave, por uma baliza normativa, donde todas as demais ideias, pensamentos ou normas derivam, se reconduzem e/ou se subordinam”.

⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 4.^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 101.

⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 4.^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 79.

⁸⁷ NUNES, Pedro. Dicionário de tecnologia jurídica. 12. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1994, p. 680.

⁸⁸ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel apud TAVARES, André Ramos. Elementos para uma teoria geral dos princípios na perspectiva constitucional. In: LEITE, op. cit., p. 24.

Nelson Nery Júnior⁸⁹ enriquece o entendimento acima mencionado:

Esse princípio não é apenas uma arma de argumentação, ou uma tábua de salvação para a complementação de interpretações possíveis de normas postas. Ele é a razão de ser do Direito. Ele se bastaria sozinho para estruturar o sistema jurídico. Uma ciência que não se presta para prover a sociedade de tudo quanto é necessário para permitir o desenvolvimento integral do homem, que não se presta para colocar o sistema a favor da dignidade humana, que não se presta para servir ao homem, permitindo-lhe atingir seus anseios mais secretos, não se pode dizer Ciência do Direito. Comprometer-se com a dignidade do ser humano é comprometer-se com sua Vida e com sua liberdade. É o princípio fundamental do direito. É o primeiro. O mais importante.

Logo, ao violar um princípio, estar-se-á violando não apenas aquele mandamento obrigatório, mas todo um sistema de comandos, pois violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos.⁹⁰

Para finalizarmos transcreveremos as palavras de Agenor Domingos Lovato Cogo Júnior e Adauto de Almeida Tomaszewski, contidas no artigo A interpretação dos contratos de prestação de serviços de saúde à luz do princípio da dignidade da pessoa humana.⁹¹

Assim, partindo destas premissas é que a interpretação dos contratos de serviços de prestação de serviços de saúde deve ser efetivada quando ocorrer um conflito entre os interesses antagônicos das partes contratantes, buscando sempre uma verdadeira justiça e equilíbrio contratuais, e mais do que isso, pois deve também o contrato buscar atingir a justiça social, impondo-se para tanto que o princípio da dignidade da pessoa humana seja considerado como núcleo básico e informador de todo ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional, que deve ser entendido em sua unicidade, e que privilegia determinados valores sociais, como o da dignidade da pessoa humana, nele erigido à condição de um valor essencial que lhe doa unidade de sentido.

⁸⁹ NERY JÚNIOR, Nelson. Constituição federal comentada e legislação constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pág. 118.

⁹⁰ ZIMMERMANN, Augusto. Curso de direito constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 244.

⁹¹ Disponível em <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=6&ved=0CEoQFjAF&url=http%3A%2F%2Fwww.uel.br%2Frevistas%2Fuef%2Findex.php%2Ffueris%2Farticle%2Fdownload%2F7620%2F6723&ei=lyICU4jtEMivsASX34G4Dg&usg=AFQjCNEoK9B769j8lZv1if8cKZtTIY4LYg&bvm=bv.61535280,d.cWc>. Acesso em 17.02.2014.

Capítulo III - Tratamento Médico Domiciliar "home care"

3.1 - Conceitos e Evolução Histórica

O termo home care é de origem inglesa. A palavra "home" significa "lar", e a palavra "care" traduz-se por "cuidados". Portanto, a expressão "home care" designa literalmente: cuidados no lar⁹².

O tratamento médico domiciliar, do inglês "home care", que significa cuidados no lar, pode ser assim conceituado:

Cuidado em domicílio, por vezes descrita em seu termo em inglês, home care, é uma especialização na área da saúde com uma visão bem diferente da hospitalocêntrica: ao invés do paciente ir até o hospital ser tratado, os profissionais de saúde vão até sua casa tratá-lo.⁹³

É o nome dado ao serviço prestado no domicílio do paciente, em substituição ou ite: à hospitalização, por uma equipe técnica habilitada e multi-profissional da área de saúde. Dispomos de estrutura logística, integrado a um programa de saúde específico e com devida finalidade, realizado por instituição médica de assistência domiciliar e, obrigatoriamente, coordenada e supervisionada por médico, assim como exige o Conselho Regional de Medicina.⁹⁴

A definição encontrada na doutrina jurídica é de Elida Séguin, que denomina de "programa de saúde" o home care⁹⁵:

Medicina domiciliar, do termo inglês Home Care, cuidados no lar, designa um conjunto de procedimentos hospitalares que podem ser feitos em casa, visando uma recuperação mais rápida de pacientes crônicos dependentes, crônicos dependentes agudizados, gestantes, pós-cirúrgicos e terminais, dentro de um atendimento personalizado, com a participação da família no tratamento, humanizando-o e evitando a possibilidade de infecção hospitalar.

No ramo da enfermagem verifica-se o seguinte conceito de Suzele Fabrício⁹⁶:

Assistência domiciliar, também conhecida como home care (do inglês cuidado no lar), pode ser definida como um conjunto de procedimentos

⁹² Disponível no site: <http://www.portalhomecare.com.br/home-care/o-que-significa-o-termo-home-care>. Acesso em 10.03.14.

⁹³ Disponível no site: http://pt.wikipedia.org/wiki/Cuidado_em_domic%C3%ADlio, acesso em 23-11-13.

⁹⁴ Disponível no site: (fonte <http://www.hospitalresidencial.com.br/servicos/home-care>, acesso em 23-11-13

⁹⁵ SÉGUIN, Elida. Plano de saúde. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 46.

⁹⁶ FABRÍCIO, Suzele Cristina Coelho. Perspectivas sobre home care e sua importância para o idoso. Revista do Centro Universitário Claretiano, Batatais/ SP, n.5, jan/dez, 2005, p. 69.

hospitalares possíveis de serem realizados na casa do paciente. Abrange ações de saúde desenvolvidas por equipe interprofissional, baseadas em diagnóstico da realidade em que o paciente está inserido, visando à promoção, manutenção e reabilitação da saúde.

A evolução histórica do “home care” no Brasil, surgiu na década de 40, quando apareceu o primeiro registro de Assistência Domiciliar na criação do Serviço de Assistência Médico-Hospitalar e Urgência (SANDU). Em 1967, o Hospital do Servidor Público Estadual de São Paulo instituiu um programa de igual natureza.⁹⁷

A partir de então o atendimento médico domiciliar, passou a ser oferecido pelos planos de saúde e seguro saúde, organizando outros profissionais da saúde para oferecerem tratamento multifuncional, contando com médicos, enfermeiros, nutricionistas, fonoaudiólogos, fisioterapeutas.

Pedimos vênha para transcrevermos o seguinte texto:

O surgimento e o desenvolvimento de programas de Assistência Domiciliar está ligado a fatores administrativos (tendência à utilização de leitos hospitalares por tempo reduzido), desenvolvimento tecnológico (surgimento de novos aparelhos de diagnóstico, novas técnicas de tratamento e medicamentos), além de fatores sociais como o envelhecimento da população e o aumento do número de pacientes vítimas de violência urbana. Foram identificados quatro aspectos fundamentais para o sucesso da Assistência Domiciliar: a equipe médica multidisciplinar, o paciente (predisposição para o tratamento), a figura do cuidador e os familiares. Dentre os benefícios de um programa de A.D. podemos identificar: "deshospitalização" (liberação de leitos hospitalares), redução no custo do tratamento, redução no tempo de recuperação do paciente (humanização do tratamento e diminuição do risco de infecção) e a prevenção de "reinternações" hospitalares.⁹⁸

Assim, o atendimento domiciliar evita a permanência prolongada no hospital, a interrupção do cuidado ao paciente e o distanciamento dos profissionais envolvidos no tratamento.⁹⁹

Entre seus benefícios está a diminuição dos riscos de infecção em ambientes hospitalares, a humanização do atendimento no ambiente domiciliar, redução de

⁹⁷ SÉGUIN, Elida. Plano de Saúde. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 46-47.

⁹⁸ Disponível no site: <http://gvpesquisa.fgv.br/publicacoes/pibic/assistencia-domiciliar-um-novo-conceito-de-hospital>. Acesso em 10.03.14.

⁹⁹ Disponível em http://www.unimed.coop.br/pct/index.jsp?cd_canal=54011&cd_secao=53991&cd_materia=323338, acesso em 23-11-13.

complicações clínicas e reinternações desnecessárias e otimização do tempo de recuperação do paciente.¹⁰⁰

3.2 - Regulamentação¹⁰¹

A notícia que se tem é que a primeira regulamentação sobre o tratamento domiciliar trata-se da Portaria Federal 2.416, de 23 de Março de 1998, do Ministério da Saúde, que estabeleceu requisitos para credenciamento de Hospitais e critérios para realização de internação domiciliar no SUS, que foi seguida pelo Conselho Regional de Enfermagem – Coren, através da DECISÃO COREN-SP-DIR/006/1999, datada de 19/10/1999, que estabeleceu regras as empresas prestadoras deste serviço, tais como: direção da empresa, responsabilidade técnica, habilitações dos profissionais de enfermagem, procedimentos entre outros. Tal normatização foi posteriormente complementada pela PORTARIA CRN-3 nº 0112/2000 de 12 de dezembro de 2000, RESOLUÇÃO-COFEN Nº 267/2001 de 05/10/2001, RESOLUÇÃO COFEN Nº 270/2002.

Vieram ainda resoluções de outras entidades de profissionais de saúde, como nutricionistas, farmacêuticos, médicos e fonoaudiólogos, como a seguir descritas.

Portaria CRN-3 nº 0112/2000, definindo as atribuições e procedimentos que deverão nortear a atuação técnica e ética do Nutricionista na área de Nutrição Clínica em nível domiciliar..

Após vieram resoluções do Conselho Federal de Farmácia - CFF em novembro 2002, Resolução 386, de 12 de novembro de 2002, dispendo sobre as atribuições do farmacêutico no âmbito da assistência domiciliar em equipes multidisciplinares e do Conselho Federal de Medicina, Resolução CFM nº 1.668/2003, dispendo sobre normas técnicas necessárias à assistência domiciliar de paciente, definindo as responsabilidades do médico, hospital, empresas públicas e privadas.

Tivemos ainda a resolução do Conselho Federal de Fonoaudiologia, Resolução CFFa- 337, de 20 de Outubro de 2006, dispendo sobre regulamentação dos procedimentos fonoaudiológicos clínicos no âmbito domiciliar e dá outras providências.

¹⁰⁰ Idem.

¹⁰¹Disponível no site:<http://www.portalhomecare.com.br/regulamentacao/historico-de-leis-em-home-care/185-indice-da-coletanea-de-leis>. Acesso em 10.03.2014.

Houve ainda a edição da Lei nº 10.424, de 2002, incluindo o artigo 19-I ao artigo 19 da Lei 8080 de 19/09/1990 (Lei Orgânica da Saúde), assim dispondo: Art. 19-I. São estabelecidos, no âmbito do Sistema Único de Saúde, o atendimento domiciliar e a internação domiciliar.

Lei nº 10.741 – de 1º de Outubro de 2003 – Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, concedendo ao idoso o direito ao atendimento domiciliar, incluindo a internação, para a população que dele necessitar e esteja impossibilitada de se locomover, inclusive para idosos abrigados e acolhidos por instituições públicas, filantrópicas ou sem fins lucrativos e eventualmente conveniadas com o Poder Público, nos meios urbano e rural. (artigo 1º inciso IV)

Tivemos ainda a Resolução da Anvisa, RDC nº 11, de 26 de janeiro de 2006, dispondo sobre o Regulamento Técnico de Funcionamento de Serviços que prestam Atenção Domiciliar (SAD). O SAD deve estar inscrito no Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde. A Resolução 167 de 09/01/08, que trata de procedimentos obrigatórios a serem prestados pelos planos de saúde, que foi revogada pela RESOLUÇÃO NORMATIVA - RN Nº 211, DE 11 DE JANEIRO DE 2010, Resolução ANVISA RDC Nº 2 de 25 de janeiro de 2010, dispondo sobre o gerenciamento de tecnologias em saúde em estabelecimentos de saúde.

Por fim, a PORTARIA Nº 2.529 DE 19 DE OUTUBRO DE 2006, que institui a internação domiciliar no âmbito do SUS, estabelecendo as ações e serviços públicos que integram uma rede regionalizada e hierarquizada que constituem o Sistema Único de Saúde - SUS.

Capítulo IV – Da Abusividade da Decisão das Operadoras, que Negam o Tratamento Médico Domiciliar, mesmo Quando Indicado por Prescrição Médica, com Base em Cláusula Contratual Excludente.

4.1 - Dos Argumentos das Operadoras de Plano de Saúde para Excluírem o Tratamento Médico Domiciliar

Os fundamentos das operadoras de plano de saúde, abaixo descritos, utilizados para negarem a cobertura do tratamento médico domiciliar, foram extraídos da análise de

várias ações judiciais nas quais o usuário pleiteia a responsabilização da operadora ainda que conste cláusula excludente.¹⁰²

As operadoras excluem dos contratos de assistência à saúde, por si elaborados, a prestação de serviços médicos domiciliares, sob a alegação de falta de legislação obrigatória neste sentido, posto que a Lei 9656/98, excluiu dos procedimentos obrigatórios o fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar (art. 10, VI), o que se compreende o próprio atendimento médico domiciliar, corrobore-se a regra de que ninguém é obrigado a fazer aquilo não determinado por lei. (art. 5º, II da Constituição Federal)

Assevera ainda que tal procedimento não consta no rol dos procedimentos obrigatórios editados pela ANS, conforme artigo 15 da Resolução 211 complementada pela Resolução 262.

Outro argumento no qual se baseiam as operadoras de plano de saúde para excluírem o atendimento médico domiciliar é que o contrato de plano de saúde, apesar de se tratar de contrato de adesão, ostenta sua natureza bilateral, comutativa e mutualista, permitindo a exclusão de alguns direitos ao consumidor, desde que esteja em destaque as cláusulas restritivas, a luz do artigo 54 §§ 3º e 4º do CDC, a fim de permitir a contratação pelo consumidor de modo consciente e de forma a atender suas expectativas (art. 6º, III, CDC) e por isso ainda que se analise o contrato de maneira mais favorável a consumidor, não se poderia atribuir ao plano de saúde a responsabilidade por aquilo que foi excluído do contrato, sob pena de violarem-se os princípios do “pacta sun servanda” e da boa-fé objetiva. Assim, não há ineficácia na cláusula restritiva de cobertura, nem tão pouco seria esta abusiva.

Por fim, argumentam o equilíbrio contratual, advindo do estudo econômico financeiro da viabilidade do objeto do contrato no qual foi contabilizado, os custos com o

¹⁰² REsp. nº 319707, DJ 28/04/2003, AgR nos ED de AI nº 2006/0145761-6, DJ de 27/08/2007, REsp 2001/0047428-4 DJ de 28/04/2003, TJDF Apel. Cível nº 20040110590750 DJ de 10/08/2006, TJDF . Apel. Cível nº 20050020014643 DJ de 16/06/2005, TJDF . Apel. Cível nº 20120111036354APC DJ de 26/11/2013, TJDF . Apel. Cível nº 20120111380018APC DJ de 18/09/2013, TJMG AI nº 1.0433.12.013536-6/001 DJ de 10/08/2012, TJMG Apel. Nº 1.0024.05577918-5/001 DJ de 11/03/2011, TJMG Apel. Nº 1.0557.09.013549-1/003 DJ de 03/10/2013, TJMG Apel. Nº 1.0024.04.427539-4/008 DJ de 19/02/2010, TJMG Apel. Nº 1.0525.08.130409-5/002 DJ de 20/08/2010, TJMG Apel. Nº 1.0223.12.026248-8/001 DJ de 10/01/2014, TJRS AI nº 70056450018 DJ de 02/12/2013, TJRS AI nº 70056700925 DJ de 02/12/2013, TJRS AI nº 70010423846 DJ de 27/04/2005.

atendimento médico, ambulatorial e hospitalar, e a sinistralidade levando-se ainda em consideração a faixa etária e o tipo de plano de saúde: individual, familiar ou coletivo. Assim, as coberturas oferecidas pelo plano de saúde, guardam estrita correlação com as mensalidades que, em contrapartida, ficam debitadas ao consumidor que o contrata. Excluído determinado procedimento das coberturas, é inexorável, pois, que as mensalidades vertidas pelo contratante não se detinham a cobri-lo, não podendo a operadora ser compelida a custeá-lo à margem do contrato e da contrapartida.

Exegese diversa, a par de vulnerar o contratado, violaria o princípio da livre iniciativa e o ato jurídico perfeito e implicaria a inviabilidade do funcionamento das operadoras.

Joseane Suzart Lopes da Silva¹⁰³, bem analisa a questão:

Os custos operacionais são todas as despesas realizadas pelas operadoras de planos e seguros de saúde para a consecução do quanto previsto em sede contratual, contabilizados num período, dando origem ao cálculo atuarial que integrará a planilha a ser apresentada perante a Agência Nacional de Saúde.

A importância e a necessidade do cálculo atuarial ser completo e real tem como objetivo evitar que a operadora de plano de saúde alegue a existência de déficit em sua estrutura financeira e patrimonial, e justifique a imposição do aumento de mensalidades com base na sinistralidade e recuse as coberturas assistenciais devidas aos consumidores. Cumpre informar que a Agência Nacional de Saúde poderá instaurar processo administrativo para a devida investigação, aplicando, quando necessário, as penalidades cabíveis, caso as empresas prestem informações falsas ou irregulares.

A variação dos custos operacionais dependerá da segmentação da assistência, quer seja ambulatorial ou hospitalar; do tipo de contratação âmbito: individual, familiar ou coletivo; do âmbito geográfico de cobertura e alguns outros dados atuariais, como por exemplo, a rede dos prestadores de serviços, se própria ou terceirizada. Cada operadora apresenta uma realidade diferenciada.

Portanto, os custos ou as despesas relativas às atividades contratadas pelo público irão variar de acordo com a estrutura existente.

Maury Bottesini e Mauro Machado¹⁰⁴ comentam que nenhuma lei pode impor ao empresário a manutenção de contratos privados que neguem os princípios fundamentais

¹⁰³ SILVA, Joseane Suzart Lopes da. Planos de saúde e boa-fé objetiva: uma abordagem crítica sobre os reajustes abusivos. Bahia: JusPODIVM, 2008, p. 358.

¹⁰⁴ BOTTESINI, Ângelo Maury; MACHADO, Mauro Conti. Lei dos planos e seguros de saúde: comentada artigo por artigo, doutrina, jurisprudência. 2. ed. rev., ampl., e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 106.

da livre concorrência e da liberdade de iniciativa. E, aduzem:

Se o contrato dá prejuízo e nega o lucro empresarial, não há como mantê-lo vigendo mesmo que a agravação do risco venha do avanço da idade dos usuários, fato previsível, mas de conseqüências imprevisíveis quando se trata da saúde dos usuários, traço que afirma ser o contrato de seguro-saúde um verdadeiro contrato aleatório, no qual nem a mais perfeita equação atuarial poderá reduzir a álea a parcelas mínimas, como é possível fazer nas outras coberturas de seguro.

Os argumentos acima referidos têm sido acolhidos por algumas Câmaras dos Tribunais de Justiça do Distrito Federal e Territórios, do Estado de Minas Gerais e Rio Grande do Sul, nos recursos processuais, como apontado anteriormente¹⁰⁵, contudo esta não é a posição majoritária, posto que a maioria das Câmaras entendem que deve haver a prestação de serviços médicos domiciliares, independentemente de haver cláusula contratual excluindo tal obrigatoriedade, uma vez que trata-se de cláusula contratual abusiva e portanto, nula de pleno direito.

4.2 - Da Abusividade da Cláusula de Exclusão da Cobertura do Tratamento Médico Domiciliar, Havendo Prescrição Médica.

O bem maior visado pelo consumidor ao aderir ao contrato de assistência médica, é a preservação da saúde, consagrada na Constituição Federal como direito social (art. 6º “caput”), além de constituir-se como de extrema relevância a vida e a dignidade da pessoa humana, este último fundamento do Estado Democrático de Direito. (art. 1º, III, CF).

O capítulo art. 4º da Lei nº 8.078/90 é claro ao estabelecer que o objetivo da Política Nacional de Relações de Consumo deve ser o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria de sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia nas relações de consumo.

Assim o consumidor adere a tal contrato, objetivando que lhes seja prestado tratamento médico ambulatorial e hospitalar, eficaz no combate aos males da saúde, com

¹⁰⁵ Vide nota 102.

todos os meios e procedimentos a ela inerentes, a teor do que dispõe o artigo 1º, I, da Lei 9656/98.

Diante deste entendimento, importante destacar o teor do julgado da lavra do Ministro Raul Araújo do STJ, ei-lo:

É de geral sabença que a saúde, como um bem de extrema relevância à vida e à dignidade humana, se encontra, segunda a nossa Carta Política, na condição de direito fundamental do homem. Em função disso, a Constituição Federal, tomou três medidas, de sua importância, ao tratar da saúde, quais sejam: a) - em seu artigo 196, afirma que 'a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a 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; b) - diz, em seu artigo 199, que 'a assistência à saúde é livre à iniciativa privada'; c) - e em seu artigo 197, considera que 'são de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação e fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e também por pessoa física ou jurídica de direito privado.' Denota-se, que o intuito maior do texto constitucional foi o de assegurar a todo cidadão o direito à saúde, porém, ciente de que o Estado não conseguiria sozinho desempenhar tal mister, permitiu que a assistência à saúde fosse prestada pela iniciativa privada, sob o seu controle e fiscalização. **Assim, entendo que o particular que prestar uma atividade econômica correlacionada com os serviços médicos e de saúde, tem os mesmos deveres do Estado, isto é, os de prestar uma assistência médica integral aos consumidores de seus serviços, como é o caso em comento.** (grifo do subscritor) ¹⁰⁶

Contudo, o fenômeno das contratações em massa trouxe um descompasso nas relações jurídicas entre as partes. Não há entre elas concessões recíprocas e desapareceu o justo equilíbrio entre direitos e obrigações. Nos contratos de adesão, o fornecedor, com poder econômico superior, impõe condições ao consumidor sem que

¹⁰⁶ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Decisão Monocrática. AREsp 424111 Relator Ministro RAUL ARAÚJO DJe 09/12/2013.

este, sequer, possa discutir os termos do contrato. Sua elaboração é feita de modo unilateral pela empresa, o que afasta as discussões paritárias e os debates prévios, restando ao consumidor simplesmente aderir à vontade manifestada pelo parceiro contratual economicamente mais forte.¹⁰⁷

Muito utilizado nas negociações, sob a forma de contratos de planos de saúde, de operações bancárias, de incorporação imobiliária, entre outros, esse novo método de contratação merece atenção especial, principalmente pela crescente situação de sujeição da parte evidentemente inferior e pela ampliação das possibilidades de imposição de cláusulas abusivas.¹⁰⁸

Como bem aponta Alberto do Amaral Júnior, o núcleo do conceito de abusividade das cláusulas contratuais enumeradas no art. 51 do CDC está na existência de cláusulas contratuais que colocam o consumidor em desvantagem exagerada perante o fornecedor.¹⁰⁹

Por vantagem exagerada, conceito definido no §1º do aludido artigo, entende-se aquela contrária aos princípios fundamentais do sistema jurídico (art. 51, §1º, I do CDC), não só previstos na Lei n.º 8.078/90, como também nas outras normas que regulam as relações de consumo, tais como a Lei de Economia Popular (Lei n.º 1.521/51), Lei de Crimes Contra Ordem Econômica (Lei n.º 8.137/90), Lei de Plano e Seguro-Saúde (Lei n.º 9.656/98), Lei Antitruste, entre outras. Essa proibição é reforçada no inciso XV do art. 51 do CDC.¹¹⁰

¹⁰⁷ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 71-72.

¹⁰⁸ JUSEFOVICZ, Eliseu. Contratos: proteção contra cláusulas abusivas. Curitiba: Juruá, 2005, p. 98. Por ora, se faz importante a distinção feita por Cristiano Schmitt, entre as cláusulas abusivas e outros institutos. É o caso do abuso de direito, figura extraída do art. 160, I do CC, que não se confunde com o instituto da cláusula abusiva, pois pressupõe a existência da má-fé e da ilicitude. Nos contratos de massa, a averiguação da Abusividade independe da boa ou má-fé do fornecedor. Ele pode até ignorar que tal cláusula seja contrária ao CDC. Ainda nesta linha, o instituto da lesão enorme, diferentemente da cláusula abusiva, encontra na má-fé do contratante mais forte seu elemento caracterizador. (SCHMITT, Cristiano Heineck. Cláusulas abusivas nas relações de consumo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 84-86.)

¹⁰⁹ AMARAL JÚNIOR, Alberto do. A boa-fé e o controle das cláusulas abusivas nas relações de consumo. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 6, abr./jun., 1993, p. 31.

¹¹⁰ 60 NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. Curso de Direito do Consumidor. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 633.

Também resulta em vantagem exagerada aquela cláusula que “restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou o equilíbrio contratual.” (art. 51, §1º, II do CDC), e que se mostra excessivamente onerosa ao consumidor (art. 51, §1º, III do CDC). Haverá onerosidade excessiva quando, na análise do caso concreto, se verificar o rompimento da equivalência contratual.¹¹¹

Nesse contexto, em sendo o contrato de assistência à saúde, aleatório, em que o risco da vantagem ou da perda é inerente ao negócio jurídico para ambos os contratantes, não se pode admitir nenhuma cláusula contratual em que se exclua o risco da perda de uma parte contratante e, simultaneamente, permaneça o risco da mesma perda, até integral, da outra parte, permitindo-se invocar, a propósito, a lição de Orlando Gomes, segundo a qual “se a álea fica a cargo exclusivo de um dos contratantes, o contrato é nulo. Absurdo admitir-se que uma das partes celebre o contrato na certeza de ganhar”¹¹²

O Código de Proteção do Consumidor não definiu cláusulas abusivas, procedendo apenas no artigo 51 do CDC, um rol exemplificativo, podendo-se extrair deste rol que qualquer cláusula que ponha o consumidor em desvantagem com relação ao objeto do contrato, desestabilizando o equilíbrio contratual, pode ser tida como abusiva, tornando-se nula.¹¹³

Cláusulas abusivas, no conceito de Nelson Nery Junior, Hélio Zagheto Gama e Cláudia Lima Marques, são assim definidas:

Cláusula abusiva é aquela que é notoriamente desfavorável à parte mais fraca na relação contratual, que, no caso, é o consumidor, por expressa definição do art. 4º, I, do CDC. A existência de cláusula abusiva no contrato de consumo torna inválida a relação contratual pela quebra de equilíbrio entre as partes, pois normalmente se verifica nos contratos de adesão, nos quais o estipulante se outorga todas as vantagens em detrimento do aderente, de quem são retiradas as vantagens e a quem são carregados todos os ônus derivados do contrato.¹¹⁴

¹¹¹ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. Curso de Direito do Consumidor. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.635.

¹¹² Revista Direito do Consumidor, 18/178

¹¹³ Disponível no site: <http://www.artigonal.com/doutrina-artigos/clausulas-abusivas-nos-contratos-privados-de-saude-5408276.html>. Acesso em 13.03.14

¹¹⁴ NERY JUNIOR, Nelson. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. 2007, p. 569.

As cláusulas abusivas são aquelas que, inseridas num contrato, possam contaminar o necessário equilíbrio ou possam se utilizadas, causar uma lesão contratual à parte a quem desfavoreçam.¹¹⁵

A abusividade da cláusula contratual é, portanto, o desequilíbrio ou descompasso de direitos e obrigações entre as partes, desequilíbrio de direitos e obrigações típicos àquele contrato específico; é a unilateralidade excessiva, é a previsão que impedem a realização total do objetivo contratual, que frustra os interesses básicos das partes presentes naquele tipo de relação, é, igualmente, a autorização de atuação futura contrária a boa-fé, arbitrária ou lesionária aos interesses do outro contratante, e a autorização de abuso no exercício da posição contratual preponderante.¹¹⁶

Assim, ainda que se diga da autonomia do consumidor na adesão ao contrato, pode este posteriormente manifestar-se no sentido de que lhe foram impostas cláusulas abusivas, consideradas nulas por ordem pública, as quais prescindiram de serem apreciadas pelo Poder Judiciário, pois ao contrário a finalidade protetiva da lei não alcançaria sua efetividade.¹¹⁷

No contrato de assistência à saúde, a operadora do plano de saúde, foi contratada para prestar serviços de assistência médica.

A prescrição de indicação a determinado tratamento pré ou pós-operatório, bem como a indicação de internação ou alta, e, a indicação este ou aquele tratamento para determinada doença é ato de competência do médico. (art. 4º da Lei 12.842/13), não cabendo a operadora do plano ter ingerência na modalidade de tratamento.¹¹⁸

Desta forma, nos ensina o Ilustre Desembargador Francisco Eduardo Loureiro¹¹⁹ que sempre que houver indicação médica para o uso de “home care”, decorrente de doença contratualmente coberta pelo plano ou seguro-saúde, não poderá prevalecer a

¹¹⁵ .GAMA, Hélio Zaghetto. *Código de Processo Civil Comentado*, p.108.

¹¹⁶ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 161

¹¹⁷ Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apel. nº 1.0313.07.234798-9/001. DJ 27.10.10.

¹¹⁸ Ademais, é assente nesta Corte o entendimento de que a seguradora não pode se recusar a custear o medicamento prescrito pelo médico, pois cabe a este estabelecer qual o tratamento adequado para o paciente. Nesse sentido: REsp 1.053.810/SP, 3ª Turma, de minha relatoria, DJe 15/03/2010 e AgRg no AREsp 121.036/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Ministro Antonio Carlos Ferreira, DJe 14/03/2013.

¹¹⁹ LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Responsabilidade Civil na Área da Saúde*, Série GVlaw, Editora Saraiva, pág. 306:

exclusão contratual para tratamento domiciliar. Entender de forma diversa é o mesmo que aceitar a cobertura de determinada doença, mas restringir o modo pelo qual se a enfrenta. Cria-se uma contradição intrínseca que afeta a própria eficácia da cláusula de cobertura contratual:

(...) Os tribunais, de modo majoritário, afastam a exclusão, sob o argumento de que o “home care” seria uma forma especial de internação, com diversas vantagens, tanto para o paciente, em razão do menor risco de infecções, quanto para a seguradora, haja vista o menor custo de manutenção do regime”.

Avulta aqui o dever de colaboração decorrente de boa-fé objetiva, de facilitar o adimplemento e a execução do contrato. O home care “traz vantagens a ambas as partes, e nada mais é do que forma especial de internação na qual se proporciona ao paciente tratamento semelhante ao que receberia, se estivesse internado, a menor custo e sem risco adicionais à saúde, e não mera comodidade ao enfermo”.

Outro argumento a favor da cobertura do home care é o de que se o paciente não tem escolha e o trato de sua moléstia não está excluído pelo contrato, negar o serviço domiciliar importará, inevitavelmente, negar a proteção contratual, porque a internação hospitalar, para o mesmo fim, certamente o médico não recomenda e a seguradora, mais, ainda negaria.

A forma de tratamento médico, no domicílio do doente, ao invés de dar-se num nosocômio, trata-se de uma mera transferência de localidade, pois não haverá qualquer alteração no tratamento médico em si, ao contrário ocasionará benefícios como a menor possibilidade de contrair infecção hospitalar, além da humanização do tratamento, por encontrar-se o doente junto aos familiares, o que certamente gerará menores gastos que uma internação hospitalar. Assevere-se que o tratamento médico domiciliar gerará diversas outras vantagens:

Redução dos prazos de internação hospitalar.
 Redução da incidência de re-hospitalização.
 Redução dos custos dos tratamentos, gerando economia real média de 40%.
 Prevenção e redução da exposição do paciente às complicações.
 Otimização do uso dos leitos hospitalares.
 Melhora da qualidade de vida do paciente.¹²⁰

Corroborando com os ensinamentos do ilustre Desembargador Francisco Eduardo Loureiro, o Tribunal de Justiça de São Paulo já decidiu que:

¹²⁰Disponível em http://www.unimed.coop.br/pct/index.jsp?cd_canal=54011&cd_secao=53991&cd_materia=323338, acesso em 23-11-13.

simples modificação do local do tratamento não basta para exonerar a operadora da cobertura. Terapias auxiliares que seriam prestadas ao autor caso estivesse no hospital e que, portanto, devem se custeadas pela requerida.¹²¹

Ainda de maneira mais enfática, igualmente a respeito da recusa na cobertura com despesas de “home care”, o Judiciário chegou a afirmar que tais limitações contratuais constituem prática abusiva, fundada no abuso do poder econômico, em detrimento da defesa e do respeito ao consumidor.¹²²

Pela recorrência do tema junto à jurisdição do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, veio este a sedimentar o entendimento colegiado, relativamente a abusividade da cláusula constante no contrato de assistência à saúde que exclui o atendimento médico domiciliar editando em fevereiro de 2012, a Súmula 90, com o seguinte teor: Havendo expressa indicação médica para a utilização dos serviços de home care, revela-se abusiva a cláusula de exclusão inserida na avença, que não pode prevalecer.

Assim, havendo expressa comprovação técnica da necessidade e utilidade de assistência contínua de equipe multiprofissional, para que transfira o atendimento médico hospitalar para a residência do paciente, “home care”, a cláusula contratual que preveja a exclusão do tratamento médico domiciliar a doença, devidamente coberta pelo contrato, consubstancia-se em cláusula abusiva a luz do artigo 51, §1º, II, do CDC, uma vez que desvirtua o alcance do fim primaz colimado no contrato e ainda colocam consumidor em desvantagem exagerada e incompatibiliza-se com a boa fé, (art. 51, IV, CDC), pois aquele que aderiu ao contrato tinha a clara expectativa de poder receber tratamento médico adequado quando ou se, viesse a necessitar, uma vez que os serviços prestados pelo Estado, mormente são deficientes e insuficientes

As cláusulas contratuais devem ser interpretadas de maneira mais favorável do consumidor (art. 47 CDC), uma vez que o consumidor é a parte vulnerável na relação de consumo, podendo o Estado intervir para garantir o equilíbrio entre as partes conforme artigo 170, V, da Constituição Federal. Assim, cláusulas contratuais que excluem a prestação de atendimento médico domiciliar, são tidas por abusivas e leoninas, pois ferem

¹²¹ TJ-SP, Ap. Civ. n. 6251754000

¹²² TJ-SP, Ap. Civ. n. 617874500.

as normas previstas tanto no texto constitucional como no Código de Defesa do Consumidor.

Por fim, resta-nos demonstrar qual o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

A escolha pela análise dos julgados do STJ se deve ao fato de se tratar da última instância para apreciação das causas infraconstitucionais que julgando os conflitos originários de todo o território nacional, uniformiza as interpretações dadas pelas instâncias inferiores, agindo como órgão de revisão por meio do julgamento de recursos (art. 105, III da CF). Daí o interesse em se identificar qual a mais recente orientação adotada por esta Corte quanto à nulidade das cláusulas contratuais que excluem o tratamento médico domiciliar, considerado-as iníquas, abusivas, contrárias à boa-fé ou à equidade, e que colocam o consumidor em desvantagem exagerada.

A análise feita sobre os acórdãos proferidos pelo STJ revela que, muito embora os planos de saúde possam estabelecer quais doenças serão cobertas, estes não podem restringir o tipo de tratamento a ser utilizado na cura da patologia alcançada pelo contrato.¹²³

Reforce-se o acima exposto que o STJ, que considera abusiva a cláusula que limita a forma de tratamento das doenças cobertas, garantindo ao paciente o tratamento mais adequado à enfermidade.¹²⁴

Essa foi a orientação da Terceira Turma do STJ que decidiu pela condenação da seguradora ao pagamento do tratamento quimioterápico e ambulatorial negado sob a

¹²³ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. REsp. nº 668.216/SP. Ementa: Seguro saúde. Cobertura. Câncer de pulmão. Tratamento com quimioterapia. Cláusula abusiva. 1. O plano de saúde pode estabelecer quais doenças estão sendo cobertas, mas não que tipo de tratamento está alcançado para a respectiva cura. Se a patologia está coberta, no caso, o câncer, é inviável vedar a quimioterapia pelo simples fato de ser esta uma das alternativas possíveis para a cura da doença. A abusividade da cláusula reside exatamente nesse preciso aspecto, qual seja, não pode o paciente, em razão de cláusula limitativa, ser impedido de receber tratamento com o método mais moderno disponível no momento em que instalada a doença coberta. 2. Recurso especial conhecido e provido. Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília, DF, 15 mar. 2007. DJ de 02/04/07.

¹²⁴ Nesse sentido: REsp 1.106.789/RJ, de minha relatoria, 3ª Turma, DJe 18/11/2009 e REsp 183.719, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, Dje 13/10/2008.

alegação de não estarem previstos na apólice. Do voto do relator, ministro Carlos Alberto Menezes Direito, extrai-se o seguinte trecho:

Nesse sentido, parece-me que a abusividade da cláusula reside exatamente nesse preciso aspecto, qual seja, não pode o paciente, consumidor do plano de saúde, ser impedido de receber tratamento com o método mais moderno do momento em que instalada a doença coberta em razão de cláusula limitativa. É preciso ficar bem claro que o médico, e não o plano de saúde, é responsável pela orientação terapêutica. Entender de modo diverso põe em risco a vida do consumidor.¹²⁵

Ainda que se admita a possibilidade de o contrato de plano de saúde conter cláusulas que limitem direitos do consumidor, desde que redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão, conforme exigência do § 4º, do artigo 54, do CDC, revela-se abusiva aquela que prevê o não custeio de prótese necessária para o sucesso da intervenção cirúrgica agasalhada pelo plano. É indiferente, neste caso, se o referido material é, ou não, importado. A implantação constitui mecanismo integrante e indissociável do método cirúrgico.¹²⁶

¹²⁵ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. REsp. nº 668.216/SP. Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília, DF, 15 mar. 2007. DJ de 02/04/07.

¹²⁶ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. REsp. nº 1.046.355/RJ. Ementa: Recurso Especial - Plano de saúde -Exclusão da cobertura o custeio ou o ressarcimento de implantação de prótese importada imprescindível para o êxito da intervenção cirúrgica coberta pelo plano -Inadmissibilidade -Abusividade manifesta da cláusula restritiva de direitos -Recurso Especial provido. I -Ainda que se admita a possibilidade do contrato de plano de saúde conter cláusulas que limitem direitos do consumidor, desde que estas estejam redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão, nos termos do § 4º do artigo 54 do CDC, mostra-se abusiva a cláusula restritiva de direito que prevê o não custeio de prótese, imprescindível para o êxito do procedimento cirúrgico coberto pelo plano, sendo indiferente, para tanto, se referido material é ou não importado; II -Recurso provido. Relator: Min. Massami Uyeda. Brasília, DF, 15 mai. 2008. DJ de 05/08/08. Neste mesmo sentido, cite-se ainda: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. REsp nº 896.247/RJ. Relator: Min Humberto Gomes de Barros, Brasília, DF, 21 nov. 2006. DJ de 18/12/06. Acerca da cláusula restritiva de implantação de prótese, cabe destacar a decisão da Min. Nancy Andrighi, no REsp nº 735.168/RJ, 3ª Turma, DJ de 26/03/08, que condenou a seguradora à reparação por danos materiais e morais. Segundo a ministra, a partir de 2004, com o julgamento do AgRg no AI nº 520.390/RJ, de relatoria do Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 05/04/04, é que “passou-se a adotar tese segundo a qual o dano moral pela indevida recusa em fornecer o serviço de seguro esperado pelo consumidor, em momento de extrema angústia como se analisa nos presentes autos, decorre diretamente desse próprio fato[...].” Ainda sobre a fixação de indenização por danos morais, veja: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. AgRg no I nº 661.853/SP. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, 03 mai. 2005. DJ de 23/05/05. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. AgRg no AI nº 846.077/RJ. Relatora: Min. Humberto Gomes de Barros. Brasília, DF, 05 jun. 2007. DJ de 18/06/07. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. REsp nº 986.947/RN. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, 11 mar. 2008. DJ de 26/03/08. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. REsp nº 907.718/ES. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, 07 out. 2008. DJ de 20/10/08.

Com relação ao atendimento médico domiciliar, o STJ tem entendido que: a exclusão de cobertura de determinado procedimento médico/hospitalar, quando essencial para garantir a saúde e, em algumas vezes, a vida do segurado, vulnera a finalidade básica do contrato¹²⁷

E ainda: é abusiva a cláusula contratual que determina a exclusão do fornecimento de medicamentos pela operadora do plano de saúde tão somente pelo fato de serem ministrado em ambiente ambulatorial ou domiciliar.¹²⁸

Assim o entendimento do tema pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, deixa demonstrada a clara abusividade da cláusula contratual que exclui o tratamento médico domiciliar, posto que o mesmo engloba a assistência à saúde, que é o objeto do contrato o qual a operadora se comprometeu a prestá-lo, independentemente, de ser dar na residência do usuário do serviços, ao invés de um hospital.

¹²⁷ REsp 183719/SP, Relator o Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe de 13.10.2008 "A bem da verdade, deve haver uma distinção entre as patologias alcançadas pelo contrato celebrado e a terapia. Não se afigura razoável que se exclua determinada opção terapêutica se a doença está agasalhada pelo negócio pactuado. Isso quer dizer que se o plano está destinado a cobrir despesas relativas ao tratamento, o que o contrato poderia dispor é sobre as patologias cobertas, não sobre o tipo de tratamento para cada patologia alcançada pelo contrato. Se não fosse assim, estar-se-ia autorizando que a empresa se substituísse aos médicos na escolha da terapia adequada de acordo com o plano de cobertura do paciente. E isso é incongruente com o sistema de assistência à saúde, porquanto quem é senhor do tratamento é o especialista, ou seja, o médico que não pode ser impedido de escolher a alternativa que melhor convém à saúde do paciente; além de representar severo risco para a vida do consumidor. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Ag. 1260691. Decisão Monocrática. Relatora: Min. Raul Araújo. Brasília, DF, 01 fevereiro 2011. DJ de 03/02/2011.

¹²⁸ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no AREsp 292.901/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe 04/04/2013).

CONCLUSÃO

A partir da Constituição Federal de 1988, o direito à saúde, passou a ser direito social, como prescreve o artigo 6º “caput”, incumbindo ao Estado o dever de prestação de assistência médica aos cidadãos, nos termos do artigo 196 da Magna Carta; vindo também no artigo 199, a atribuir a iniciativa privada, a assistência à saúde, complementar ao serviço público – serviço único de saúde – SUS.

Assim, o serviço público de saúde, passou a ser complementado pelo serviço privado, vindo a ser inicialmente fiscalizado pelo Ministério da Saúde e autarquias federais, resoluções da SUSEP - Superintendência de Seguros Privados e a Lei 8080/90, chamada de lei orgânica da saúde, até que a Lei nº 9.961/2000 criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, autarquia especial, vinculada ao Ministério da Saúde, com atuação em todo território nacional, cuja finalidade institucional promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores..

A ANS passou a exercer o poder regulamentador e fiscalizador sobre as operadoras de plano de saúde, desde a sua constituição até sua efetiva prestação de serviços, dispondo inclusive de poder de autuação em caso da operadora desrespeitar suas resoluções.

As operadoras de plano de saúde no exercício de suas atividades firmam com o consumidor contrato de adesão, tornando-se prestadoras de serviço de saúde, e aquele que contrata seus serviços a ser consumidor, o que fez com que o negócio jurídico entre estas pessoas celebrado, subsumisse aos ditames do Código de Proteção e Defesa do Consumidor – Lei nº 8098/90, além da subsunção a legislação específica Lei nº 9656/98.

A ANS, no cumprimento de suas finalidades institucionais, passou a estabelecer aos consumidores, parte menos favorecida na relação negocial, alguns direitos capazes de minimizarem esta inferioridade quanto à operadora de plano de saúde, em cumprimento aos preceitos do Código de Defesa do Consumidor, uma das legislações mais avançadas em matéria protetiva, que prima pela estrita observância dos princípios

da função social do contrato, boa fé objetiva, da equidade ou equilíbrio contratual e da dignidade da pessoa humana.

Assim, a ANS regulamentou os procedimentos mínimos, as doenças obrigatoriamente cobertas e a utilização de novas tecnologias, entre outras.

Na utilização de novas formas de tratamento médico, difundiu-se desde a década de 1940, o atendimento médico domiciliar, “home care” que procura oferecer ao doente, um melhor acompanhamento de equipe médico multidisciplinar com outros profissionais de saúde, como enfermeiros, fisioterapeutas, fonoaudiólogos, nutricionistas, propiciando um tratamento humanizado, objetivando que haja uma melhora rápida no tratamento da doença, uma vez que o paciente estaria no seio de sua família, e longe de possíveis infecções hospitalares.

Com o passar dos tempos fora havendo a comprovação científica dos benefícios de tal tratamento, vindo o Ministério da Saúde a incluí-lo dentre os tratamentos oferecidos pelo sistema público, dentre de suas limitações é claro, bem como surgindo por parte das entidades de profissionais da saúde a regulamentação de tal tratamento.

Outrossim, a legislação que trata dos planos de saúde, não logrou incluí-lo dentre os procedimentos obrigatórios a serem cobertos pelas operadoras, deixando tal contratação a cargo da operadora e do consumidor, o que contribuiu para que as operadoras de plano de saúde expressamente excluíssem tal tratamento em seus contratos.

Assim, as operadoras negam tal tratamento sob as seguintes justificativas: a) amparadas na exclusão contratual, feita em destaque no contrato a fim de possibilitar o prévio conhecimento do consumidor, nos termos do CDC, b) questões contábeis, posto que o contrato é regido pelo princípio do mutualismo e não teria havido a contraprestação pecuniária do consumidor para fazer jus a tal tratamento, c) na falta de legislação, nem tampouco resolução da ANS, que as obrigasse a prestar tal tratamento, o que infringia o ditame constitucional de que ninguém é obrigado a fazer aquilo não determinado por lei (art. 5º, II da Constituição Federal).

Diante disto, os consumidores que prescindem de tal tratamento que foi indicado pelo médico, têm de se socorrer ao Judiciário na busca da obtenção de tal tratamento.

Algumas decisões judiciais acabaram por compactuarem com os argumentos das operadoras.

Contudo, a grande maioria das decisões judiciais reconhece a abusividade da cláusula contratual que exclui o tratamento médico domiciliar, por colocarem o consumidor em desvantagem exagerada, e, restringirem o objeto do contrato, de modo a ameaçarem seu equilíbrio, além de ferir o princípio do equilíbrio contratual, da boa-fé e da dignidade da pessoa humana, que advém da sua saúde.

Tem-se ainda reconhecido pelos Tribunais que o objeto do contrato é a prestação de assistência médica ambulatorial e hospitalar, eficaz no combate aos males da saúde, a determinadas doenças, nos termos da Lei 9656/98, e em sendo consumidor acometido por umas das doenças adstritas ao contrato, não pode a operadora influenciar no seu tratamento, que é de competência exclusiva do médico, não podendo a operadora aceitar a cobertura, mas restringir o modo de se enfrentar a doença. Ainda com relação ao objeto do contrato, pode ele ser cumprido num hospital ou na residência do consumidor, não podendo a operadora fazer distinção. Além disso, na relação de consumo o contrato é interpretado favoravelmente ao consumidor; sem contar os benefícios ao paciente com a humanização do tratamento, que acabam por desonerar a operadora do plano de saúde de custear diárias hospitalares, sem contar a possibilidade de infecção hospitalar.

Assim, diante do reconhecimento da abusividade da cláusula contratual que exclui o tratamento médico domiciliar, declarando a nulidade de tal cláusula, frente às disposições do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, conferem os Tribunais ao consumidor, o direito de submeterem-se ao tratamento médico domiciliar.

Assim, ainda que até agora não se tenha uma resolução normatizando a obrigatoriedade das operadoras do plano de saúde de arcarem com tal tratamento, o Poder Judiciário tem reconhecido o dever das operadoras de prestarem tal serviço, sendo que na área de jurisdição do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, houve por este a edição da Súmula 90, com o seguinte teor: Havendo expressa indicação médica para a

utilização dos serviços de home care, revela-se abusiva a cláusula de exclusão inserida na avença, que não pode prevalecer.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça, última instância para apreciação das causas infraconstitucionais, também tem acolhido o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, sob o fundamento de que a exclusão de cobertura de determinado procedimento médico/hospitalar, quando essencial para garantir a saúde e, em algumas vezes, a vida do segurado, vulnera a finalidade básica do contrato, e ainda: é abusiva a cláusula contratual que determina a exclusão do fornecimento de medicamentos pela operadora do plano de saúde tão somente pelo fato de serem ministrado em ambiente ambulatorial ou domiciliar.

Assim, espera-se que em breve seja regulamentada a obrigatoriedade das operadoras de plano de saúde de arcarem como tratamento médico domiciliar, o que certamente terá seu custo diluído entre todos os participantes do plano com base no princípio do mutualismo, desonerando o consumidor num momento de tanta aflição ainda ter que ir bater as portas do Judiciário, para poder valer-se de seus direitos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1977.
- ALMEIDA, João Batista de. A Proteção Jurídica do Consumidor. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pág. 37/38.
- ALMEIDA, Nilza Rodrigues de. Contratos de Plano de Saúde. São Paulo: Edições Inteligentes, 2007, pág. 71.
- AMARAL JÚNIOR, Alberto do. A boa-fé e o controle das cláusulas abusivas nas relações de consumo. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- AMARAL, Francisco. Os princípios jurídicos na relação obrigatória. In: Revista Forense. Rio de Janeiro. Vol 381. Setembro/Outubro de 2005.
- BOTTESINI, Ângelo Maury; MACHADO, Mauro Conti. Lei dos planos e seguros de saúde: comentada artigo por artigo, doutrina, jurisprudência. 2. ed. rv., ampl., e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- BRASIL Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código civil brasileiro. Legislação Federal.
- BRASIL Lei nº 8078/90. Código de proteção e defesa do consumidor. Legislação Federal.
- BRASIL Lei nº 9.656/98. Legislação Federal.
- BRASIL. Lei nº 10.741 – de 1º de Outubro de 2003 – Estatuto do Idoso
- BCANARIS, Claus-Wilhelm. Direitos fundamentais e direito privado. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARRASQUEIRA, Simone de Almeida. As transformações do direito contratual: função social do contrato e boa fé objetiva. Revista Ciências Sociais. Rio de Janeiro, v. 12, n. 1, p. 125-162, 2006.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Disponível em www.fcm.org.br
- CONSELHO FEDERAL DE ENFERMAGEM. Disponível em www.novo.portalcofen.gov.br
- CONSELHO FEDERAL DE NUTRIÇÃO. Disponível em www.cfn.org.br
- CONSELHO FEDERAL DE FONOAUDIOLOGIA. Disponível em www.fonoaudiologia.org.br
- CONSELHO FEDERAL DE FISIOTERAPIA. Disponível em www.coffito.org
- CONSELHO FEDERAL DE FARMÁCIA. Disponível em www.crff.org.br
- DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2008.
- DÜRIG, apud SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- FABRÍCIO, Suzele Cristina Coelho. Perspectivas sobre home care e sua importância para o idoso. Revista do Centro Universitário Claretiano, Batatais/ SP, n.5, jan/dez, 2005.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. Consumerismo: marketing e a defesa do consumidor. 7. ed. Rio de Janeiro:Forense Universitária, 2001.
- GAMA, Hélio Zaghetto. *Curso de Direito do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função Social do Contrato*, São Paulo, Ed. Saraiva, 2004.
- GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função Social do Contrato*, São Paulo, Ed. Saraiva, 2004.
- GODOY, Claudio Luiz Bueno, *Função Social do Contrato*, São Paulo, Ed. Saraiva, 2004.

- GOMES, Orlando. Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- GREGORI, Maria Stella. Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor. (Biblioteca de direito do consumidor: v. 31). São Paulo: RT, 2007.
- GRINOVER, Ada Pelegrini Grinover et. al. Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto, 9 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.
- HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. Minidicionário Houaiss de língua portuguesa. 2. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004.
- JUNIOR, HUMBERTO THEODORO. *O contrato e sua função social*, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2004.
- JUSEFOVICZ, Eliseu. Contratos: proteção contra cláusulas abusivas. Curitiba: Juruá, 2005.
- KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004.
- LEITE, George Salomão et al. Dos princípios constitucionais. São Paulo: Malheiros, 2003.
- LOBO, Paulo Luiz Netto. Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, n. 42, p. 187-195, abr.-jun. 2002.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. Responsabilidade civil do fabricante e a defesa do consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.
- LOUREIRO, Francisco Eduardo. Responsabilidade Civil na Área da Saúde. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da. (coord.). RESPONSABILIDADE CIVIL NA ÁREA DA SAÚDE, São Paulo: Editora Saraiva, 2007.
- MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Contratos relacionais e defesa do consumidor, 2ª ed. São Paulo: RT, 2006.
- MARQUES, Cláudia Lima. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. [et al.]. 2ª ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no código de defesa do consumidor, São Paulo: RT, 2011.
- MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no código de defesa do consumidor, São Paulo: RT, 2011.
- MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no código de defesa do consumidor, São Paulo: RT, 2011.
- MIRANDA, Maria Bernardete. Revista Virtual Direito Brasil – Volume 2 – nº 2 – 2008.
- MORI, Celso Cintra. Revista do advogado, julho de 2012, nº 116.
- NERY, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil anotado e legislação extravagante. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- NERY JÚNIOR, Nelson. Constituição federal comentada e legislação constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- NERY JUNIOR, Nelson. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. 2007.
- NUNES, Pedro. Dicionário de tecnologia jurídica. 12. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1994.
- NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. Curso de Direito do Consumidor. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- PELUSO, César. Código Civil Comentado (coord.) Barueri, SP: Manole, 2007.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Los derechos fundamentales. 6 ed., Madrid: Tecnos, 1995.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil. Volume III. Contratos. 13ª edição. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2009.

- PERLINGIERI, Pietro. Perfis de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 106-107. E remata: "Ogni fatto è giuridicamente rilevante, ma la sua attitudine ad incidere sulla realtà dipende dalla valutazione che di esso esprime il sistema normativo" (Manuale di Diritto Civile, cit., p. 159).
- Revista Direito do Consumidor. São Paulo:RT,18/178
- Revista Virtual Direito Brasil – Volume 2 – nº 2 – 2008. Disponível no site:http://www.direitobrasil.adv.br/index_arquivos/Page1897.htm. Acesso em 10.03.14.
- SALAZAR, Andréa Lazzarini. Novo guia de planos de saúde/Andréa Lazzarini Salazar, Karina Grou. 2 ed. São Paulo Globo, 2007.
- SAMPAIO, Aurisvaldo. Contratos de plano de saúde. São Paulo. RT: 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 4ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 9ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- SÉGUIN, Elida. Plano de Saúde. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.
- SILVA, Joseane Suzart Lopes da. Planos de saúde e boa-fé objetiva: uma abordagem crítica sobre os reajustes abusivos. Bahia: JusPODIVM, 2008.
- SCHMITT, Cristiano Heineck. Cláusulas abusivas nas relações de consumo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- TEPEDINO, Gustavo Tepedino et alii, Código civil interpretado conforme a Constituição da República, vol. 2, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- TEPEDINO, Gustavo. - Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro:Renovar, 2009.
- THOMÉ, Liane Maria Busnello. Princípio da dignidade da pessoa humana como instrumento de potencialização da dignidade nas rupturas dos casais em família, 2007 149f. Dissertação (Mestrado em direito) – PUC RS, Porto Alegre, 2007.
- ZIMMERMANN, Augusto. Curso de direito constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

REFERÊNCIAS ELETRÔNICAS

AGENCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. Disponível no site: www.ans.org.br. Acesso em 10.03.14

BARROS, Márcia Cristina Cardoso de. Contratos de plano de saúde: princípios básicos da atividade. 2009. Disponível no site; http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/6judicializa_cao_dasaude_290.pdf. Acesso em 30.01.2014.

FIUZA, César. Direito Civil: curso completo 11 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

Disponível no site: <http://books.google.com.br/books?id=rTXGZ3iRPscC&pg=PA466&lpg=PA466&dq=contratos+quanto+a+previsibilidade+das+presta%C3%A7%C3%B5es&source=bl&ots=AWCVzbXiTT&sig=ks3tr9UjD00Jr52U6iGITk&hl=ptBR&sa=X&ei=AfjfUv6kEZK1kQf54IDICg&ved=0CEcQ6AEwAw#v=onepage&q=contratos%20quanto%20a%20previsibilidade%20das%20presta%C3%A7%C3%B5es&f=false>

FONSECA, Artur Lourenço da. Portabilidade em planos de saúde no Brasil. RJ 2004 Disponível em: http://www.ans.gov.br/portal/upload/biblioteca/DIS_Portabilidade%20Formas%20de%20Implementacao_ARTUR_LOURENCO_DA_FONSECA.pdf

GÓIS, Vander Lima Silva de. Desafios na efetivação do direito à saúde fundado no paradigma da dignidade humana. Disponível em: www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Desafios.pdf. Acesso em 31.01.2014.

HORA NETO, João. O princípio da função social do contrato no código civil de 2002. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, nº 1028, 25 abr. 2006. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/8262/o-principio-da-social-do-contrato-no-codigo-civil-de-2002/2>. Acesso em 17.02.2014.

LEITE, Leonardo Peres e Outros. 04/2006. Disponível em :<http://www.conjur.com.br/2013-abr-06/cdc-estabelece-equilibrio-harmonia-contratos-planos-saude>. Acesso em 14.02.2014.

LIMA, Juliana Maria Costa. A função social dos contratos de plano e seguro-saúde. Disponível no site: http://www.vilhenasilva.com.br/principal/home/?sistema=conteudos|conteudo&id_conteudo=81. Acesso Mem 14.02.2014.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/2796/principios-sociais-dos-contratos-no-cdc-e-no-novo-codigo-civil>. Acesso em: 27.01.2014.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípios Sociais dos Contratos no Código de defesa do Consumidor e no Novo Código Civil*. In: Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril-junho, 2002, v. 42.

LÔBO, Paulo. Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 55, 1 mar. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2796>>. Acesso em: 12 mar. 2014

MARTINS JÚNIOR, Lázaro Alves. O princípio da dignidade humana como fundamento para a legislação supranacional. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2605, 19 ago. 2010 Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17217>>. Acesso em: 30 jan. 2014.

MELO NETO, Gonçalo Ribeiro de. *Práticas abusivas nos contratos de plano de saúde e atuação do Ministério Público*. Conteudo Juridico, Brasília-DF: 10 out. 2010. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29238>>. Acesso em: 23 jan. 2014.

MIRANDA, Maria Bernardete. Revista Virtual Direito Brasil n. 2 Vol. 2, 2008, disponível em: <http://www.passeidireto.com/arquivo/1887432/teoria-geral-dos-contratos>. Acesso em 11.02.2014.

Organização Mundial da Saúde. Disponível no site: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-a%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-swho.html>. Acesso em 27.01.2014.

PIMENTA, Melissa Cunha. A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP. Disponível em http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CDcQFjAB&url=http%3A%2F%2Frevistas.pucsp.br%2Findex.php%2Fred%2Farticle%2Fdownload%2F734%2F517&ei=BxH5Ur3FN-HisAS7ioDYAw&usg=AFQjCNFuk6slwiczM9rD-rborSsUeldn_Q&bvm=bv.60983673,d.cWc. Acesso em 27.01.2014.

TARTUCE, Flávio. A FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS, A BOA-FÉ OBJETIVA E AS RECENTES SÚMULAS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Revista científica da Escola Paulista de Direito* (EPD – São Paulo). Ano I. N. I. Maio/Agosto de 2005. Disponível em: http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=10&ved=0CGMQFjAJ&url=http%3A%2F%2Fwww.flaviotartuce.adv.br%2Fartigos%2FTartuce_Funsocial.doc&ei=KBr-UpbWJLTesAS--UNoKICg&usg=AFQjCNGFkUXkvOncshjt0Ab_slK8Sjtq0g&bvm=bv.61190604,d.cWc.

Acesso em 14.02.2014.

TEIXEIRA, Pedro Carvalho. Assistência domiciliar um novo conceito de hospital. 2000. Disponível no site: <http://gvpesquisa.fgv.br/publicacoes/pibic/assistencia-domiciliar-um-novo-conceito-de-hospital>. Acesso em 10.03.14.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Disponível no site: www.tjsp.jus.br. Acesso em 10.03.2014.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Disponível no site: www.tjmg.jus.br. Acesso em 10.03.2014.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Disponível no site: www.tjrs.jus.br. Acesso em 10.03.2014.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Disponível no site: www.tjdft.jus.br. Acesso em 10.03.2014.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Disponível no site: www.tjrj.jus.br

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível no site: www.stj.jus.br. Acesso em 10.03.2014.

<http://www.hospitalresidencial.com.br/servicos/home-care>, acesso em 23-11-13.

http://pt.wikipedia.org/wiki/Cuidado_em_domic%C3%ADlio, acesso em 23-11-13.

http://www.unimed.coop.br/pct/index.jsp?cd_canal=54011&cd_secao=53991&cd_materia=323338, acesso em 23-11-13.

<http://www.portalhomecare.com.br/regulamentacao/historico-de-leis-em-home-care/185-indice-da-coletanea-de-leis>. Acesso em 10.03.2014.

<http://www.artigonal.com/doutrina-artigos/clausulas-abusivas-nos-contratos-privados-de-saude-5408276.html>. Acesso em 13.03.14

http://www.unimed.coop.br/pct/index.jsp?cd_canal=54011&cd_secao=53991&cd_materia=323338, acesso em 23-11-13.