

SINDIA LEONOR SALES DE PAULA E SOUZA

**OS ASPECTOS JURÍDICOS DA ATENÇÃO DOMICILIAR NA
SAÚDE SUPLEMENTAR**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Walter José Faiad de Moura

BRASÍLIA
2009

Dedico este trabalho a todas as pessoas que precisam de tratamento médico em domicílio e aos que amam e cuidam dos enfermos, a fim de que a semente da cura frutifique alento e esperança na seara jurídica.

Agradeço a Deus e a todos os ajudantes fiéis que estiveram comigo me auxiliando e orientando para a conclusão deste trabalho.

RESUMO

O objetivo deste trabalho é explanar sobre a validade e eficácia da cláusula contratual que exclui o Programa de Atenção Domiciliar (PAD). E incentivar estudos sobre o conteúdo obrigacional mínimo da aplicação do PAD. A jurisprudência mostra duas linhas de interpretação sobre essa cláusula contratual. Uma é contra a conversão da internação hospitalar em Programa de Internação Domiciliar (PID) no plano-referência, pois a exclusão é clara desde a assinatura do contrato e o *pacta sunt servanda* deve ser cumprido. A outra defende a possibilidade de haver a conversão da internação hospitalar em internação domiciliar. Trata-se da legítima expectativa de direito fundamentada no sistema de tutela reforçada do Direito do Consumidor sob o foco da teoria da qualidade e no direito à vida previsto na Constituição Federal.

Palavras-chave: contrato médico domiciliar mínimo existencial.

SUMÁRIO

<u>INTRODUÇÃO</u>	7
<u>1 A ATENÇÃO DA SAÚDE DOMICILIAR</u>	9
<u>1.1 Motivos para a expansão do Programa de Atenção Domiciliar</u>	11
<u>1.2 As implicações socioeconômicas dos consumidores</u>	12
<u>2 O CONTRATO DE PLANO PRIVADO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE</u>	15
<u>2.1 Sujeitos</u>	18
<u>2.2 O diálogo entre a Lei n. 9.656/98 e o Código de Defesa do Consumidor nas obrigações do contrato</u>	20
<u>2.3 As características e a natureza jurídica do contrato na saúde suplementar</u>	24
<u>2.4 A evolução da assistência médica em domicílio</u>	29
<u>2.5 A cláusula de assistência médica domiciliar</u>	31
<u>2.6 As definições do tratamento domiciliar</u>	32
<u>3 OS ARGUMENTOS ECONÔMICO-FINANCEIROS PARA A EXCLUSÃO DE COBERTURA CONTRATUAL</u>	36
<u>3.1 O papel da Agência Nacional de Saúde no Programa de Atenção Domiciliar</u>	43
<u>3.1.1 A Resolução Normativa 167</u>	45
<u>3.2 O argumento constitucional</u>	46
<u>3.2.1 A responsabilidade questionada</u>	49
<u>4 A APLICAÇÃO DA TEORIA QUALIDADE E O PRINCÍPIO DA INTEGRALIDADE NO PROGRAMA DE ATENÇÃO DOMICILIAR</u>	53
<u>4.1 A construção de real valor à assistência à saúde</u>	54
<u>4.2 A Integralidade dentro do universo da Qualidade</u>	55
<u>4.3 O difícil relacionamento entre consumidor e fornecedor</u>	55
<u>4.4 A negativa de atendimento</u>	56
<u>4.5 Postura do consumidor</u>	57
<u>4.6 Postura judicial</u>	58
<u>CONCLUSÃO</u>	62
<u>REFERÊNCIAS</u>	66

**APÊNDICE 1 - PROCEDIMENTOS PARA LIBERAÇÃO E
MANUTENÇÃO DO PROGRAMA DE ATENÇÃO DOMICILIAR72**

APÊNDICE 2 - O PERFIL DO MERCADO CONSUMIDOR.....75

INTRODUÇÃO

A sociedade busca por qualidade de vida e o direito ao conforto na hora da dor, tornando-se imprescindível encontrar soluções alternativas que sustentem este anseio. Nesse sentido, relatos médicos atestam que o doente pode alcançar a cura durante um menor tempo se puder contar com um ambiente familiar que reduza o stress diante da situação adversa.

Os programas de atenção domiciliar, comumente veiculados pelos contratos de planos de saúde e seguros saúde, representam uma escolha para o consumidor vulnerável e promessa de uma saúde melhor; no sentido de que esse indivíduo terá reais possibilidades de tratamento utilizando-se das ciências médicas e jurídicas como facilitadoras, tendo em vista que o Direito do Consumidor pode contribuir para assegurar a clareza e os parâmetros razoáveis, a fim de garantir o equilíbrio das partes signatárias desses pactos e debelar as práticas abusivas. Verifica-se ambivalência no cerne desses contratos pelas práticas abusivas realizadas pelos fornecedores, donos de poderosos grupos econômicos, focados somente no lucro.

O objetivo deste trabalho é explanar sobre a validade e eficácia da cláusula contratual que exclui o programa de atenção domiciliar, e ainda, incentivar estudos sobre o conteúdo obrigacional mínimo da aplicação do Programa de Atenção Domiciliar.

A jurisprudência foi a base de pesquisa mais utilizada para fundamentar este trabalho, pois existe pouca doutrina jurídica sobre o assunto. Por esse motivo, visualiza-se a necessidade do aprofundamento nos estudos da matéria, a fim de encontrar soluções para os eventuais conflitos e defender os direitos do consumidor ao tratamento de sua saúde. É nesse sentido que esta pesquisa trilhará as demandas pertinentes ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato e o direito à saúde dos consumidores enfermos.

1 A ATENÇÃO DA SAÚDE DOMICILIAR

Antes o tratamento domiciliar, conhecido como *home care*, não era objeto de contratação específica pelas operadoras em seus contratos comuns. O tratamento tem sido ordenado pelo Poder Judiciário, como alternativa para a internação hospitalar em alguns casos especiais.¹ A previsão legal de que as empresas do setor não sejam obrigadas a custear os tratamentos domiciliares encontra-se atrelada à importância da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro das operadoras de planos e seguros saúde.²

Maury Bottesini e Mauro Machado criticaram duramente a imprecisão das normas e argumentaram que os usuários de planos e seguros privados de assistência à saúde têm particularidades e acontecimentos que estão sendo ignorados pelas autoridades administrativas e pelos próprios consumidores. Alertaram que estes usuários de planos correm o risco de verem seus direitos escorrerem pelo esgoto da incompetência para regular matéria de absoluta prioridade à segurança individual e para a estabilidade social.³

A Universidade Federal Fluminense, com o apoio da Agência Nacional de Saúde (ANS), realizou uma pesquisa mais recente sobre a Implantação da Atenção Domiciliar no Âmbito da Saúde Suplementar, com enfoque na modelagem das experiências correntes. Entre 2003 e 2004, o estudo da referida Universidade identificou um paradoxo no contexto do Programa de Atenção Domiciliar (PAD). O programa não era instituído formalmente entre a

¹ 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. 488.

² SILVA, Joseane Suzart Lopes da. **Planos de saúde e boa-fé objetiva**: uma abordagem crítica sobre os reajustes abusivos. Bahia: JusPODIVM, 2008, p. 240.

³ BOTTESINI, Ângelo Maury; MACHADO, Mauro Conti. Op.cit., p. 325.

operadora e o beneficiário. Não havia a previsão contratual do Programa de Atenção Domiciliar, mas o vínculo e a responsabilidade eram reconhecidos pelo poder judiciário. As operadoras adotavam as regras e ofertavam o Programa de Atenção Domiciliar como serviço e um benefício adicional.⁴

Os dados coletados a partir dos casos existentes nos estados do Rio de Janeiro, São Paulo e Minas Gerais revelam que os modelos tecno-assistenciais na saúde suplementar são muito diversos. O estudo conclui que a motivação econômica pela redução dos custos operacionais dos serviços de saúde está no centro da decisão dos fornecedores de planos de saúde para a implantação do Programa de Atenção Domiciliar.⁵

A jurisprudência mostra duas linhas de interpretações relativas à cláusula contratual que veda expressamente os tratamentos domiciliares. Uma defende a possibilidade de haver a conversão da internação hospitalar em internação domiciliar, se houver um laudo médico atestando a necessidade para manutenção da vida do paciente, embora o serviço seja excluído contratualmente. A outra é contra a conversão da internação hospitalar em Programa de Internação Domiciliar (PID) no plano-referência, pois a vedação é clara desde a assinatura do contrato e o *pacta sunt servanda* deve ser cumprido.

É oportuno mencionar o balanço dos 10 anos de vigência da Lei n.º 9.656/98 realizado pelo presidente da Federação Nacional das Seguradoras. Ele ressaltou a importância da sociedade compreender melhor a amplitude das coberturas existentes nos

⁴ FRANCO, Túlio Batista, et al. **Implantação de atenção domiciliar no âmbito da saúde suplementar: modelagem a partir das experiências correntes.** Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/portal/site/biblioteca>> Acesso em: 04 ago. 2008.

⁵ FRANCO, Túlio Batista et al. **Assistência domiciliar na saúde suplementar: revelando os processos de trabalho.** Disponível em: <www.hucff.ufrj.br/micropolitica/pesquisas/implantacaoad/textos/ad_na_saude_suplementar_revelando_os_processos_de_trabalho.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2008.

contratos e aduziu: “Todos nós entendemos que a saúde é um bem que não tem preço; mas tem custo; e a sociedade parece continuar anestesiada em relação a isso”.⁶

Essa assertiva traz reflexão: “Isso de fato é verdadeiro em todos os casos?” “Ou é apenas uma cortina de fumaça lançada estrategicamente para não focalizar o problema?” A casuística dos tribunais revela que a dimensão das coberturas previstas nos contratos de planos de saúde pertinente ao mínimo existencial é um assunto muito polêmico no âmbito da judicialização, estando ou não os pactos regidos pela Lei n.º 9.656/98. A jurisprudência consolidou a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos anteriores a Lei de Planos de Saúde⁷ n 9.656/98, mesmo assim estes são alvos de freqüentes demandas.⁸

1.1 Motivos para a expansão do Programa de Atenção Domiciliar

Os programas de atenção domiciliar encontram um ambiente propício ao crescimento, pois existe um enorme mercado consumidor e um grande número de idosos em potencial que poderão utilizá-los. O maior número de usuários destes programas apresenta uma faixa etária mais alta. Esse fato combinado ao envelhecimento da população brasileira e a melhora da qualidade de vida dos enfermos tornam esses programas muito atrativos.⁹

A assistência domiciliar é capaz de diminuir a permanência dos pacientes em hospitais, trazendo benefícios não só para o consumidor em relação ao seu tratamento, mas também para a instituição de saúde, permitindo maiores lucros. O paciente/ consumidor

⁶ TRABUCO, Luiz. **10 anos da Lei 9656, de 1998**. Disponível em: <<http://www.fenaseg.org.br/main>>. Acesso em: 28 jul. 08.

⁷ NUNES, Antonio Rizzatto. O Código de Defesa do Consumidor e os planos de saúde: o que importa saber. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: v. 49, 2005, p. 129.

⁸ IX CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DO CONSUMIDOR. Jun. 08. Brasília (DF). BRASILCON. Roberta Zanata.

⁹ NEIVA, Paula *et al.* Especial Demografia. **Revista Veja**. São Paulo: Abril, n.30, 30 jul. 2008, p. 94-105.

reage melhor e mais rápido se for atendido em domicílio, pois usufruirá de privacidade, conforto e proximidade de familiares e amigos.¹⁰

Essa modalidade de assistência prestada ao cliente em seu domicílio é uma realidade mundial. Dentre os vários fatores que podem ter contribuído para o aumento do número desses serviços estão: as mudanças no perfil demográfico, principalmente evidenciado no aumento de idosos na população; transformações no quadro epidemiológico, que tem como consequência um número maior de internações hospitalares dos enfermos, por períodos prolongados, motivados por doenças crônicas e múltiplas, para as quais se exigem o acompanhamento de uma equipe permanente; a diminuição de custos relacionados ao sistema de saúde e o avanço tecnológico possibilitando cada vez mais o surgimento de equipamentos de mais fácil manuseio e transporte, o que viabiliza o cuidado no domicílio.¹¹

1.2 As implicações socioeconômicas dos consumidores

Antes do aprofundamento das questões jurídicas que envolvem este trabalho, faz-se necessário comentar o contexto socioeconômico intrínseco ao consumidor que busca a preservação do seu direito ao princípio da dignidade humana.

De acordo com Maury Bottesini e Mauro Machado, ocorreu uma explosão no mercado de planos de saúde e de seguros-saúde entre os anos de 1985 e 1995. Eles mencionaram que o Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência à Saúde publicou que havia mais de mil empresas nessas atividades, envolvendo recursos de aproximadamente US\$ 15 bilhões (dados de 2000). Maury Bottesini e Mauro Machado

¹⁰ Disponível em: <<http://www.homedoctor.com.br/telas>> Acesso em: 30.07.2008.

¹¹ 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. 71.

mostraram que os críticos do sistema concordaram na seguinte assertiva: ‘o direito à saúde convertido em mercadoria’.¹²

Paulo Vilarinho publicou um artigo sobre o campo da saúde suplementar no Brasil em 2004 e verificou:

O estudo conclui que a conjugação de fatores como a crescente longevidade da população brasileira, a dificuldade da recolocação da massa de aposentados no mercado de trabalho e o contínuo processo de concentração de renda nacional – situação agravada pela forte pressão dos custos da tecnologia médica poderão elitizar o acesso aos serviços de saúde suplementar, o que, futuramente, representará um grave problema para esse sensível segmento da política social do governo brasileiro.¹³

Um empecilho impactante encontrado nesta relação de consumo é o alto preço gasto a fim de manter os tratamentos médicos. O IBGE informou que as famílias brasileiras respondiam por 60,2% do total das despesas com bens e serviços de saúde, sendo os gastos com consultas e serviços médicos em geral e medicamento os mais importantes (dados de 2005)¹⁴. O foco da pesquisa do IBGE é mais amplo, e não aborda especificamente os casos das pessoas submetidas aos programas de atenção domiciliar. Entretanto, esse valor torna-se muito maior em razão do alto custo de manter a vida de um doente crônico ou terminal com todos os remédios e serviços inerentes à manutenção da saúde.¹⁵

¹² 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. 46.

¹³ VILARINHO, Paulo Ferreira. O campo da saúde suplementar no Brasil à luz da teoria do poder simbólico de Pierre Bourdieu. **Cadernos EBAPE.BR**. v. II, 2004, n. 3, p. 1. Disponível em <<http://www.ans.gov.br>>. Acesso em: 26 mai.08.

¹⁴ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Economia da saúde 2000-2005. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias>>. Acesso em: 04 set.2008.

¹⁵ GUANDALINI, Giuliano; BORSATO, Cíntia. A inflação da saúde. **Revista Veja**. São Paulo: Abril. v. 41, n.19, 2008, p. 92-100.

Infelizmente, é comum nas famílias brasileiras de classe média ou pobre, que suportam um acidente de vida desta natureza, atravessarem uma crise de insolvência ou liquidez. O consumidor de boa-fé e sua família ficam vulneráveis e podem chegar ao superendividamento passivo, na ânsia de minimizar a dor e oferecer um tratamento melhor ao paciente.¹⁶

Silvio Batello já criticara a falta de normas no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil de 2002 para os endividados. Silvio Batello mencionou a necessidade de que se estabeleça um regime jurídico específico para a prevenção e tratamento do superendividamento, tanto no plano teórico quanto no plano normativo.¹⁷ Observa-se a relevância da questão com relação àqueles defrontados com obstáculos de ordem médica e financeira num país que possui um alto custo de vida e profundas desigualdades sociais.

¹⁶ MARQUES, Cláudia Lima. Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: RT, v. 29, 2006, p. 258-259.

¹⁷ BATTELLO, Silvio Javier. A (in) justiça dos endividados brasileiros: uma análise evolutiva. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: RT, v. 29, 2006, p. 226-227.

2 O CONTRATO DE PLANO PRIVADO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE

Ao longo do século XIX, o contrato possuía dogmas inseridos na autonomia da vontade, na liberdade contratual e na obrigatoriedade dos efeitos contratuais. Esses princípios de alguma forma sofreram deturpações, pois não importava se o conteúdo do negócio jurídico apresentasse injustiça e desigualdade para ser válido. A supremacia da parte mais forte prevalecia no cenário de desenvolvimento do liberalismo econômico e mínima intervenção estatal.¹⁸

A partir da Revolução Industrial ocorreram transformações no âmbito socioeconômico, a substituição da produção manufatureira pela produção em larga escala refletiram nos contratos. Estes se tornaram contratos de massa ou neoclássicos, onde existe uma parte que elabora as cláusulas gerais, restando a parte mais fraca aderir a estas condições preestabelecidas.¹⁹

Aconteceram mudanças nos paradigmas ideológicos do Estado no término da Segunda Guerra Mundial. Nesse período, nasceram o Estado do bem-estar social e os pressupostos da filosofia de proteção ao consumidor. A intervenção estatal veio ao encontro de novos valores preconizados como a justiça contratual e a boa-fé, objetivando recuperar o equilíbrio perdido no contrato de outrora.²⁰

¹⁸ NÓBREGA, João Neumann Marinho. As cláusulas abusivas nos contratos de planos privados de assistência à saúde: uma proposta de sistematização. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. – set., 2005, p 105.

¹⁹ *Ibidem*, p 105.

²⁰ *Ibidem*.

Os contratos de planos privados de assistência à saúde eram regidos pelas normas do Código Civil de 1916, que por sua vez, estavam em consonância com a dogmática da teoria contratual clássica do século XIX. No entanto, Nóbrega ressalva que: “os fundamentos clássicos dos contratos tornaram-se inadequados para garantirem a igualdade e a justiça contratual, tendo em vista a mudança da realidade do contrato”. Ele lembrou que este setor de saúde privada passou um longo período sem regulamentação específica, embora os serviços de saúde tivessem relevância pública e constitucional.²¹

O marco regulatório do sistema de saúde suplementar ocorreu no advento da Lei 9.656 em 3 de junho de 1998. A normatização desse setor só existia para o seguro-saúde e, mesmo assim, apenas nos aspectos econômicos e financeiros dessa atividade. Este diploma legal vem sofrendo alterações a fim de corresponder à realidade do Estado Democrático de Direito e contemplar razoavelmente os paradigmas de justiça social.²² A regulação no mercado de saúde suplementar representa um grande avanço. Observa-se que o processo regulatório é contínuo, gradual e sempre aberto a novas frentes.²³

Houve uma construção doutrinária e jurisprudencial no intuito de configurar esta relação de consumo: a inclusão dos contratos realizados anteriores a 1999 sob a égide do Código de Defesa do Consumidor;²⁴ a definição de quem são os verdadeiros fornecedores dos planos de saúde e seguros de saúde abrangidos pela Lei 9.656/98; a relevância desses fatores

²¹ NÓBREGA, João Neumann Marinho. As cláusulas abusivas nos contratos de planos privados de assistência à saúde: uma proposta de sistematização. **Revista de Direito Privado**, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. – set., 2005, p 105-106.

²² GREGORI, Maria Stella. Desafios após dez anos da Lei dos Planos de Saúde. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: v. 66, 2008, p 84.

²³ Idem. A saúde suplementar no contexto do Estado Regulador Brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: v. 59, 2006, p.126.

²⁴ OLIVEIRA, Amanda Flávio. Regulamentação dos planos de saúde e proteção da pessoa humana. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: v. 51, 2005, p.103.

frente àqueles que não pretendiam cumprir o que pactuaram inicialmente.²⁵ Estela Gregori destaca vários avanços após os dez anos da Lei 9.656/98, tais como: a padronização dos planos oferecidos no mercado; a transparência dos contratos; a eliminação de antigas exclusões e limitações de cobertura a procedimentos médicos e hospitalares; a cobertura obrigatória de materiais e medicamentos durante o período de internação; as regras econômico-financeiras estabelecidas para as operadoras; o controle governamental dos reajustes de preço dos planos de saúde individuais. Estela Gregori defende a criação de um índice econômico próprio para o setor, a fim de minimizar os problemas que ocorrem em relação aos reajustes de mensalidades. Junto com as sucessivas revisões no rol de procedimentos cobertos, perfazem um total de exemplos significativos sobre as conquistas dos consumidores alcançadas ao longo do tempo.²⁶

Passados dez anos da Lei de Planos de Saúde, Estela Gregori assevera uma mudança de paradigma que inclui o envolvimento e a participação de todos os atores do setor, tendo como ponto de partida o foco de atenção centrada no consumidor. Este deve ser tido como parceiro e aliado das operadoras de planos de saúde e do Poder Público, pois significa a fonte de sustentabilidade de qualquer fornecedor e também da economia como um todo.²⁷ Amanda Oliveira observa que a crescente judicialização dos conflitos nesse setor, constitui a circunstância mais marcante do cenário atual. É um indicativo preciso de que as insatisfações persistem e traduz a existência recorrente de legítimas expectativas frustradas. É necessário o aprimoramento dos instrumentos jurídicos, e o aperfeiçoamento das instituições de forma a se

²⁵ NÓBREGA, João Neumann Marinho. As cláusulas abusivas nos contratos de planos privados de assistência à saúde: uma proposta de sistematização. **Revista de Direito Privado**, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. – set., 2005, p.146.

²⁶ GREGORI, Maria Stella. Desafios após dez anos da Lei dos Planos de Saúde. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: v. 66, 2008, p 88.

²⁷ *Ibidem*, p. 90.

evitar que consumidores necessitem ir ao Judiciário para obter o reconhecimento de direitos que eles efetivamente possuem.²⁸

A boa notícia que emerge desse cenário, é a verificação de que, no que se refere à saúde, vislumbra-se o compromisso do Judiciário com sua realização.²⁹ Nesse sentido, é visível a tendência de mitigação da autonomia contratual em favor da tutela do usuário-consumidor, impondo às operadoras de planos e seguros de saúde uma série de deveres destinados à plena assistência à saúde dos segurados, como questões relacionadas à extensão da cobertura dos contratos, à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, incluindo anulação judicial por abusividade de cláusulas contratuais.³⁰ Normalmente, são aplicadas as súmulas 5 e 7 nas decisões relativas aos Programas de Atenção Domiciliar no Superior Tribunal de Justiça.³¹

2.1 Sujeitos

Os sujeitos dos contratos de planos de assistência à saúde são todos os consumidores que adquirem e utilizam os serviços de saúde como destinatários finais ou equiparados; e os fornecedores, ou seja, todos aqueles que prestam serviços de assistência à saúde no mercado de consumo.³²

²⁸ OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Lei dos Planos de Saúde (Lei 9.656/98): dez anos depois. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: v. 67, 2008, p. 60.

²⁹ Ibidem, p. 60.

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: RT, v. 67, 2008, p.147-148.

³¹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 10 set. 2008.

³² GREGORI, Maria Stella. Desafios após dez anos da Lei dos Planos de Saúde. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: v. 66, 2008, p.86.

O consumidor é o titular dos planos de assistência à saúde. Pertencem a essa categoria: os beneficiários diretos (empregado, sua família, dependentes e outros beneficiários) e indiretos, se contratantes dos contratos coletivos e familiares (empregador-contratante do contrato coletivo, terceiro representante - contratante de contrato familiar ou individual, sindicatos, universidades e outros representantes de grupos de clientes organizados).³³

O fornecedor é uma pessoa jurídica que objetiva o lucro no mercado de consumo. Podem ser entidades dotadas de personalidade jurídica sem fins lucrativos desde que prestem serviços de assistência à saúde, em uma relação jurídica de consumo.³⁴ Ou qualquer pessoa jurídica que opere plano de saúde de acordo com o artigo 1, inciso II da Lei de Plano de Saúde. Somente as entidades de autogestão possuirão algumas mitigações, pois não são obrigadas a oferecer o plano referência – art. 10, § 3º da Lei de Plano de Saúde.³⁵

A organização sistemática e em cadeia de medicina pré-paga deixa clara a responsabilidade solidária entre o organizador da cadeia (fornecedor indireto, mas contratante) e o prestador de serviços médicos (fornecedor direto, médico, hospital, clínica, contratante interno da cadeia de fornecimento de serviços de saúde). Logo, visualiza-se a existência de uma obrigação (de meio ou de resultado) vinculando ao consumidor, o executor direto dos serviços e o fornecedor indireto dos serviços (que explora economicamente a modalidade de medicina pré-paga), que contratou com o consumidor e organizou esta cadeia

³³ SCHMITT, Cristiano Heineck; MARQUES, Cláudia Lima. **Visões sobre os planos de saúde privada e o código de defesa do consumidor. Saúde e responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.136.

³⁴ NÓBREGA, João Neumann Marinho. As cláusulas abusivas nos contratos de planos privados de assistência à saúde: uma proposta de sistematização. **Revista de Direito Privado**, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. – set., 2005, p 145-146.

³⁵ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos *et al.* **Planos de saúde e direito do consumidor. Saúde e Responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 29.

solidária de fornecedores de serviços médicos.³⁶ Os diferentes exploradores do sistema privado de saúde dividem-se em: grandes grupos econômicos, e, eventualmente, pequenos e médios hospitais (criando formas quase cooperativas com seus consumidores). Essa distinção terá relevância na avaliação do caso concreto.³⁷

2.2 O diálogo entre a Lei n. 9.656/98 e o Código de Defesa do Consumidor nas obrigações do contrato

O socorro legal pode vir por intermédio do Código de Defesa do Consumidor a fim de interpretar as cláusulas contratuais e debelar os abusos, conforme a subsidiariedade vista no diálogo das fontes. Destarte, comentam Maury Bottesini e Mauro Machado: “O art.35-G faz com que os dispositivos do CDC integrem a Lei 9.656/1998, de forma subsidiária, o que equivale afirmar a complementaridade entre esses diplomas legais, incidindo o CDC naquilo que não seja objeto de regulação específica pela Lei 9.656/98”. Este dispositivo quis evitar discussões judiciais sobre a incidência das normas do Código de Defesa do Consumidor na Lei de Planos de Saúde.³⁸

A maioria da doutrina entende que a Lei 9.656/98 tem prevalência como lei especial e mais nova, devendo o Código de Defesa do Consumidor servir como lei principiológica a guiar a interpretação da lei especial na defesa dos interesses do consumidor, em especial na interpretação de todas as cláusulas de forma mais favorável ao consumidor. A

³⁶ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.481- 482.

³⁷ LOPES, José Reinaldo de Lima; GARCIA NETO, Paulo Macedo. **Consumidores de planos de saúde (ou, doente também tem direitos) – uma revisão. Saúde e responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.173.

³⁸ 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, p.334.

visão minoritária integrada por Cláudia Marques defende a superioridade hierárquica do Código de Defesa do Consumidor.³⁹

Nesse diapasão, o artigo 46 do Código de Defesa do Consumidor é imperativo e estabelece deveres de dar oportunidade ao consumidor de tomar conhecimento do conteúdo das cláusulas contratuais e da clareza textual.⁴⁰ Já o artigo 16 da Lei 9.656/98 reitera esse dispositivo ao determinar a clareza contratual. O artigo 54 § 4º combinado com o artigo 46 do Código de Defesa do Consumidor impõem um dever de destacar e expor uma redação compreensível ao consumidor leigo e vulnerável.⁴¹ Os consumidores deverão compreender efetivamente o que estão negociando. A operadora de plano de saúde é responsável por facilitar e ajudar a compreensão do consumidor médio, a fim de assegurar a autonomia da vontade e o equilíbrio contratual.⁴²

Frequentemente, o princípio da boa-fé fundamenta a revisão judicial de cláusulas que limitam a cobertura médico-hospitalar de doenças relacionadas pela Organização Mundial de Saúde, em contratos firmados anteriormente à Lei 9.656/98. Isso ocorre porque os dispositivos contratuais costumam mostrar-se demasiadamente genéricos e imprecisos, de modo a possibilitar a negativa da fornecedora de quaisquer serviços. Nestes casos, o Poder Judiciário poderá arbitrar a prestação da cobertura negada, caso entenda ser a cláusula contratual propositadamente vaga e leonina.⁴³ Nesse sentido, o artigo 47 do Código

³⁹ SCHMITT, Cristiano Heineck; MARQUES, Cláudia Lima. **Visões sobre os planos de saúde privada e o código de defesa do consumidor. Saúde e responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 130.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 639.

⁴¹ *Ibidem*, p. 812.

⁴² *Ibidem*, p. 131.

⁴³ BICALHO, Ana Beatriz Rutowitsch. Os contratos de planos de saúde e a sua revisão jurisdicional. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: v. 49, 2005, p.117.

de Defesa do Consumidor também pode fundamentar, tendo em vista que a interpretação das cláusulas claras ou ambíguas deverão ser a favor do consumidor nos contratos de adesão.⁴⁴

O artigo 6 inciso V do Código de Defesa do Consumidor orienta que é direito básico do consumidor requerer a revisão das cláusulas contratuais. Caso seja verificado algum desequilíbrio significativo de direitos e deveres na obrigação, será valorizado o equilíbrio intrínseco da relação em sua totalidade. As cláusulas que contenham o favorecimento à unilateralidade excessiva e ao desequilíbrio irrazoável da engenharia contratual são consideradas abusivas. Ocorrendo tais situações, redefine-se o que é razoável em matéria de concessões ao consumidor e inicia-se uma ação reequilibradora sob o foco do direito contratual em sua visão social.⁴⁵

O artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor traz um tratamento micro sistêmico às cláusulas abusivas considerando-as nulas de pleno direito por contrariarem a ordem pública de proteção do consumidor, apresentando um rol exemplificativo. Cabe assinalar a existência de três correntes na doutrina, que fundamentam a natureza jurídica das cláusulas abusivas. O Código de Defesa do Consumidor adota a corrente que define uma cláusula como abusiva quando esta contraria o princípio da boa-fé objetiva, gerando um desequilíbrio substancial ou significativo no contrato.⁴⁶ Exemplo disso, observa-se nas exclusões genéricas que desequilibram o conteúdo do contrato de seguro-saúde e dos planos

⁴⁴ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 2. ed. rv., ampl., e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 661.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 177-178.

⁴⁶ NÓBREGA, João Neumann Marinho. As cláusulas abusivas nos contratos de planos privados de assistência à saúde: uma proposta de sistematização. **Revista de Direito Privado**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jul. – set., 2005, p.136.

de saúde. Logo não devem ser usadas para acobertar erros de cálculos atuariais ou cobranças, a menor, de prêmios, de forma a baratear serviços que os consumidores nunca poderão usar.⁴⁷

A prática do dirigismo contratual pelo Estado conferiu ao legislador da Lei 9.656/98 utilizar a técnica legislativa casuística para enfrentar o problema das cláusulas abusivas. Essa técnica consiste em definir de forma exaustiva e completa todas as hipóteses de aplicação da norma, formando um sistema pouco flexível, limitando a atuação do julgador para encontrar a solução mais justa ao caso.⁴⁸ Mariângela Fragata prevê que a Lei 9.656/98 está fadada a ficar obsoleta, podendo enrijecer as relações de consumo e aprisionar o consumidor por detalhar até os procedimentos.⁴⁹ Apesar dessa crítica, percebe-se uma grande lacuna legislativa a respeito do Programa de Atenção Domiciliar, que começou a diminuir a partir da Resolução da Diretoria Colegiada nº 11/2006 e a Resolução Normativa 167/2007.

O Código de Defesa do Consumidor ao completar 18 anos de existência ainda não encontrou sua aplicação total a favor dos consumidores e usuários de planos de saúde, mesmo estando maduro nas suas disposições para direcionar a construção de uma sociedade livre, justa e solidária neste mercado.⁵⁰

⁴⁷ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 2. ed. rv., ampl., e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 699.

⁴⁸ NÓBREGA, João Neumann Marinho. As cláusulas abusivas nos contratos de planos privados de assistência à saúde: uma proposta de sistematização. **Revista de Direito Privado**, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. – set., 2005, p.148.

⁴⁹ FRAGATA, Mariângela Sarrubbo. **A saúde na Constituição Federal e o contexto para a recepção da Lei 9.656/98. Saúde e responsabilidade 2**: a nova assistência privada à saúde. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p 184.

⁵⁰ MARQUES, Cláudia Lima *et al.* **Saúde e responsabilidade 2**: a nova assistência privada à saúde. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 11.

2.3 As características e a natureza jurídica do contrato na saúde suplementar

A Lei 9.656/98 regula qualquer produto, serviço e contrato que ofereça no mercado brasileiro cobertura financeira de riscos de assistência médica e hospitalar e que tenham outras características que o diferenciem de atividade exclusivamente financeira, incluindo-se o custeio de despesas, o oferecimento de rede credenciada ou referenciada, o reembolso de despesas e os demais mecanismos de regulação típicos desses contratos.⁵¹

A expressão genérica “contrato de assistência médica” engloba o contrato legalmente incluído como seguro ou plano de saúde e os demais contratos de assistência médica. Cláudia Marques 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.⁵²

O contrato misto de plano de saúde é a forma mais comum atualmente. Consiste num contrato na modalidade de pré-pagamento, em que a utilização dos serviços médicos conveniados é livre, não necessitando de pagamento e conseqüente reembolso. As despesas médicas e de pré-pagamento são adimplidas via reembolso para os tratamentos mais caros ou casos excepcionais. O contrato de assistência médico hospitalar possui duas subespécies: os contratos de medicina paga (aquele fechado por um consumidor que procura o

⁵¹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 480-481.

⁵² *Ibidem*, p. 487.

médico ou hospital na atualidade de sua doença ou acidente e não em face de um seguro ou previsão de eventual doença futura) e os contratos de medicina organizada pré-paga.⁵³

José Reinaldo Lopes e Paulo Neto entendem que a natureza jurídica de tais serviços é sempre de caráter coletivo, mútuo ou solidário em algum aspecto fundamental e anotaram:

Os planos de saúde, mesmo que se considerem diferentes dos contratos de seguro, são muito próximos a eles e funcionam de forma semelhante. Uma empresa que ofereça planos de saúde é uma organização que constitui um fundo comum, cuja distribuição se faz por meio de contratos individualizados ou por meio de grupos constituídos. Logo, o que está em jogo em primeiro lugar é a constituição desses fundos e sua distribuição. Ao contrário de uma empresa comercial comum, a empresa de saúde não oferece à venda mercadorias a um público que tem para com elas relações episódicas. São relações não *one-shot*, como diz de modo feliz a expressão inglesa.⁵⁴

Existem três fatores essenciais neste tipo de contrato: o tempo/catividade, o risco/sinistralidade e a solidariedade/mutualidade.⁵⁵

Os contratos de planos e seguro-saúde são contratos cativos de longa duração, a envolver por muitos anos um fornecedor e um consumidor, com uma finalidade em comum, que é assegurar para o consumidor o tratamento e ajudá-lo a suportar os riscos futuros envolvendo a sua saúde, de sua família, dependentes ou beneficiários.⁵⁶

Trata-se de serviços complexos e geralmente prestados por terceiros, aqueles que realmente realizam o objetivo do contrato. Estela Gregori classifica-os como

⁵³ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 481.

⁵⁴ LOPES, José Reinaldo de Lima; GARCIA NETO, Paulo Macedo. **Consumidores de planos de saúde (ou, doente também tem direitos) – uma revisão. Saúde e responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.170.

⁵⁵ MARQUES, Cláudia Lima. Op.cit., p. 493.

⁵⁶ Ibidem, p. 485.

contratos relacionais, porque geram uma rede obrigacional complexa.⁵⁷ Cláudia Marques entende que a prestação é de trato sucessivo,⁵⁸ sendo onerosos e sinalagmáticos, de um mercado em franca expansão, onde a boa-fé deve ser a tônica das condutas.⁵⁹ Trata-se de contratos aleatórios, cuja contraprestação principal do fornecedor fica a depender da ocorrência de evento futuro e incerto, que é a doença dos consumidores-clientes ou de seus dependentes. A álea presente nesse contrato de consumo leva à conclusão de que incerto é quando deve ser fornecida a prestação e, não se, deve ou não ser prestada, e a qualidade da obrigação principal, em face das regras claras do Código de Defesa do Consumidor.

A importância da característica aleatória nos contratos de seguro não pode ser exagerada. Assim como nos jogos, um dos jogadores ou a banca não pode trapacear de tal modo a alterar as chances do adversário ganhar, desequilibrando justamente a álea. Não é impensável que isso também ocorra no sistema de seguros. Sabe-se que o desenvolvimento do conhecimento técnico permite a exclusão dos riscos para os próprios seguradores e que isso influi diretamente em sua capacidade de ganhar o jogo.⁶⁰

Os contratos de planos de assistência à saúde são contratos de cooperação, onde a solidariedade deve estar presente não só como mutualidade, mas como cooperação com os consumidores, como divisão paradigmático-objetiva e não subjetiva da sinistralidade, como cooperação para manutenção dos vínculos e do sistema suplementar de saúde, como possibilidade de acesso ao sistema e de contratar, como organização para possibilitar a realização das expectativas legítimas do contratante mais fraco. Cláudia Marques ensina que

⁵⁷ GREGORI, Maria Stella. **Planos de saúde**: a ótica da proteção ao consumidor, p. 133.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 489.

⁵⁹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.495.

⁶⁰ LOPES, José Reinaldo de Lima; GARCIA NETO, Paulo Macedo. **Consumidores de planos de saúde (ou, doente também tem direitos) – uma revisão. Saúde e responsabilidade 2**: a nova assistência privada à saúde. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.173.

está aqui presente o elemento moral, imposto *ex vi lege* pelo princípio da boa-fé, pois a solidariedade envolve a idéia da confiança e cooperação.⁶¹

A solidariedade é o segundo fator, ligado justamente à idade dos consumidores. O grupo de usuários presentes no plano se une em mutualidade, pois expostos aos mesmos perigos, às mesmas probabilidades de danos à saúde, unem-se solidamente para organizar uma espécie de fundo gerado pelo fornecedor, que organiza uma cadeia de prestadores de saúde ou reembolsa despesas de saúde e gera as verbas.⁶² A mutualidade permite simultaneamente introduzir o risco em certo grupo e individualizar as relações entre segurador e segurado⁶³. A idéia do plano é justamente transferir este risco de doença para o sistema como um todo, suavizando e solidarizando o seu preço, para que seja suportado por todos⁶⁴. Nesse sentido, segue exemplo de ementa que utiliza o princípio da mutualidade a fim de restringir a cobertura imposta ao consumidor:

Plano de saúde. Cooperativa de trabalho médico. Contrato que exclui a cobertura de riscos, entre os quais atendimento domiciliar e enfermagem particular. Validade da cláusula. Contrato regido pelo princípio da mutualidade, com contribuições apuradas mediante dados **atuariais**. Compete ao Estado o atendimento médico gratuito para atender ao disposto no art. 6º e 196 da Constituição Federal. A concessão de benefícios não abrangidos pelo contrato acarreta risco de perda da qualidade dos serviços prestados e eventual falência da empresa. Redução do tratamento não se confunde com interrupção, e já beneficia o agravado, por não estar incluído no contrato. Provimento parcial do recurso.⁶⁵

O contrato de adesão é um método de contratação que integra a natureza contratual dos planos de assistência privada à saúde. São oferecidos ao público e possibilitam

⁶¹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 492-493.

⁶² LOPES, José Reinaldo de Lima; GARCIA NETO, Paulo Macedo. **Consumidores de planos de saúde (ou, doente também tem direitos) – uma revisão. Saúde e responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 494.

⁶³ *Ibidem*, p. 172.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 494.

⁶⁵ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. 1ª Câmara Cível. AG n 2007.002.00801. Relatora Helena Cândida Lisboa Gaede. Rio de Janeiro, RJ. 22.01.2007.

ao aderente apenas preencher seus dados de identificação e escolher dentre as opções de preço já pré-determinadas.

No entanto, o consumidor não discute os termos e condições mais importantes destes pactos, mas tão-somente limita-se a aceitar os dispositivos contratuais uniforme e unilateralmente elaborados pela empresa. Em razão disso, nos eventuais conflitos decorrentes dessa relação, é necessário avaliar cuidadosamente a aplicação do princípio da obrigatoriedade da convenção, porque as partes não possuem a mesma força.⁶⁶ Nesse sentido entendeu o Superior Tribunal de Justiça:

O r. despacho agravado e que concedeu a tutela antecipada para garantir ao paciente o atendimento “*home care*” tem fundamento suficiente.

Cláusulas de exclusão que constam de contrato de natureza adesiva sempre se mostram discutíveis, especialmente porque nem sempre claras e na maior parte das vezes provocando sério desequilíbrio entre os contratantes, premido o aderente para aceitar o exposto ou ficar sem o contrato.[...] ⁶⁷

Em várias situações o consumidor desconhece que o contrato exclui o Programa de Atenção Domiciliar, pois não existe a obrigatoriedade de entrega das condições gerais do contrato para os consumidores de planos coletivos.⁶⁸ Aliás, a cobertura do Programa de Atenção Domiciliar ainda é uma questão polêmica, onde normalmente as operadoras de planos e seguros saúde negam esse tipo de atendimento.

⁶⁶ BICALHO, Ana Beatriz Rutowitsch. Os contratos de planos de saúde e a sua revisão jurisdicional. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: v. 49, 2005, p.106-107.

⁶⁷ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AG 540.387-SP. Relatora Nancy Andrighi. Brasília, DF. 24.10.2003. DJ 07.11.2003 Ação de reparação de dano moral. Interpretação de cláusulas contratuais. Reexame de matéria fática.

⁶⁸ GREGORI, Maria Stella. Desafios após dez anos da Lei dos Planos de Saúde. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: v. 66, 2008, p 88.

Entretanto, existem decisões judiciais que ordenam a cobertura por se tratar de uma prescrição médica, cabendo sim a conversão da internação hospitalar em Programa de Internação Domiciliar, independente da clara exclusão contratual.

2.4 A evolução da assistência médica em domicílio

Na década de 40, 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.⁶⁹ Somente a partir de 1990, os convênios de saúde passaram a oferecer o *home care* e a internação domiciliar. Desde então, essas modalidades atingiram uma larga expansão no mercado de saúde suplementar.⁷⁰

Suzele Fabrício cita a falta de dados sistematizados sobre a história do *home care* no Brasil. As ciências médicas foram grandes aliadas na consolidação desse tipo de assistência. Pesquisas científicas validam a importância e a eficácia do atendimento humanizado para a qualidade de vida das pessoas enfermas.⁷¹

O Conselho Federal de Enfermagem (COFEN) iniciou a normatização específica sobre essas atividades de enfermagem, e na Resolução n.º 270/02 aprovou a regulamentação para as empresas que prestam Serviço de Enfermagem Domiciliar.

⁶⁹ SÉGUIN, Elida. **Plano de saúde**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 46-47.

⁷⁰ GALVÃO, Fernanda. Hospital em domicílio. **Isto é dinheiro**. n. 439, 2006, p.78-79.

⁷¹ 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.70

Hodiernamente, a Lei n.º 10.424 de 2002 regulamenta a assistência e internação domiciliar no âmbito do SUS. Ana Lúcia Ricarte alerta que esse diploma legal corre o risco de tornar-se letra morta, haja vista a má-vontade dos administradores públicos em adequar as suas despesas à necessidade de disponibilizar os meios necessários para o cidadão tratar da saúde na forma prevista pelo legislador.⁷²

Por seu turno, a Resolução Normativa n.º 167 de 2007 da Agência Nacional de Saúde dispõe sobre a atenção domiciliar nos artigos 12 e 15.⁷³

Cumprir destacar que tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei n.º 4.076 de 2001 que propõe várias alterações na Lei n.º 9.656/98. Ao PL 4.076/01 foi apensado o Projeto de Lei n.º 2.934 de 2004 que inclui como benefício do plano de saúde a internação domiciliar e estabelece requisitos para a elaboração dos contratos de planos e seguros privados de assistência à saúde.⁷⁴

Em 2008, foi aprovado pela Comissão de Seguridade Social e Família (CSSF) da Câmara dos Deputados um substitutivo ao Projeto. Acerca desse projeto e do substitutivo aprovado, Estela Gregori adverte o seguinte, *verbis*:

Tal Projeto de Lei, até o momento, tramitou sem que houvesse qualquer discussão pública com a sociedade. É importante frisar que é necessário que a sociedade participe das discussões, para que não haja retrocessos prejudiciais ao consumidor, principalmente concernentes a restrições a direitos já garantidos pela lei originária.⁷⁵

⁷² RICARTE, Ana Lúcia. Internação domiciliar: prevista na lei n 10.424/02 e o dever constitucional do Estado em cumpri-la. **Revista de Administração Pública e Política**. n. 89, nov. 2005, p. 31.

⁷³ AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE. Resolução Normativa 167 de 09.01.2007. Atualiza o rol de procedimentos e eventos em saúde, que constitui a referência básica para cobertura assistencial nos planos privados de assistência à saúde, contratados a partir de 1de janeiro de 1999, fixa as diretrizes de Atenção à Saúde e dá outras providências. Disponível em <<http://www.ans.gov.br>>. Acesso em: 23 fev. 09.

⁷⁴ CAMARA DOS DEPUTADOS. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>> Acesso em: 22 fev. 09.

⁷⁵ GREGORI, Maria Stella. Desafios após dez anos da Lei dos Planos de Saúde. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: v. 66, 2008, p.89.

2.5 A cláusula de assistência médica domiciliar

A obrigação aceita pelo fornecedor é prestar a assistência médico-hospitalar ou reembolsar os gastos com saúde, o que gera uma expectativa legítima no consumidor a fim de receber esses serviços.⁷⁶ O objetivo principal desse contrato é a transferência onerosa dos riscos e garantias, referente a futura necessidade de tratamento da saúde do consumidor. Na modalidade de pré-pagamento, o contrato gera uma obrigação de fazer disposta na cláusula que obriga a prestação de serviços médicos em domicílio. Insta ressaltar, que o consumidor só consegue atendimento domiciliar se houver uma cláusula expressa que vincule a obrigação, caso contrário, o consumidor deverá ajuizar uma ação para alcançar a cobertura do tratamento.

Parte da jurisprudência entende que a internação hospitalar pode ser convertida em internação domiciliar, se o laudo médico de um especialista comprovar que é imprescindível à recuperação do paciente o ambiente domiciliar. Tendo em vista que o tratamento domiciliar é uma tendência mundial aprovada pela medicina e segue a linha de interpretação da preservação do princípio da dignidade da pessoa humana. Defende que esta cobertura é parte integrante do risco contratual e que o custo pode ser repartido solidariamente entre os demais mutuários.

Raciocinam que se os fornecedores pagam o que há de mais oneroso dentro de um hospital, como internações em unidades de terapia intensiva sem limites e outros tratamentos, estes também deverão pagar o que pode ser feito em domicílio, inclusive para acelerar a melhora do paciente e diminuir o risco de infecção hospitalar.

⁷⁶ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 489-491.

Existem entendimentos apontando que a exclusão da internação domiciliar é uma ofensa ao direito, pois a Súmula 302 do Superior Tribunal de Justiça veda o limite de internação.

A clara exclusão dos tratamentos domiciliares nos contratos que contenham internação hospitalar do plano-referência pode ser considerada abusiva porque mitiga o *pacta sunt servanda* ao provocar um desequilíbrio exagerado na relação de consumo. Cumpre informar, que a outra dificuldade dessa matéria é o fato do Código de Defesa do Consumidor brasileiro não possuir uma norma especial para disciplinar as condições gerais dos contratos, e assim preventivamente proteger o consumidor dos eventuais abusos cometidos contra aqueles que necessitam de assistência médica domiciliar.

2.6 As definições do tratamento domiciliar

Inicialmente, há certa dificuldade para compreender o conceito do tratamento domiciliar veiculado nos contratos de planos e seguros saúde porque os acórdãos estudados não citam as normas específicas e a doutrina é escassa sobre o assunto. Para tanto, é necessário o auxílio de outras ciências para que o tratamento hospitalar seja realizado em domicílio.

A definição encontrada na doutrina jurídica é de Elida Séguin, que denomina de “programa de saúde” o *home care*:

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.⁷⁷

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

Assistência domiciliar, também conhecida como *home care* (do inglês cuidado no lar), pode ser definida como um conjunto de procedimentos 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.⁷⁸

Em 2001, o Conselho Federal de Enfermagem trouxe a regulamentação específica na aprovação das atividades de enfermagem em *Home Care* na Resolução 267 e definiu como prestação de serviços ao cliente em domicílio.⁷⁹ Classificou essa atividade em três níveis de complexidade: menor, média e alta.

Em 2003, o Conselho Federal de Medicina dispôs a Resolução 1668 que definiu a internação domiciliar. Esta norma não cita mais o termo *home care* e utiliza a denominação: “técnicas necessárias à assistência domiciliar de paciente” que é semelhante a definição de *home care* de alta complexidade.⁸⁰

⁷⁷ SÉGUIN, Elida. **Plano de saúde**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 46.

⁷⁸ 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.

⁷⁹ CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM do Estado de São Paulo. Disponível em: <<http://www.corensp.org.br>> Acesso em: 22 fev.09.

Prezada Senhora Sindhia,

Encaminho em anexo, os anexos das Resoluções 267/2001 e 270/2002, conforme solicitação. Informo que, infelizmente, após consulta em nosso arquivo, não encontramos as datas das publicações das normas no DOU. Também já estão inseridos no site <www.portalcofen.gov.br> os anexos supracitados.

Atenciosamente,

Samuel O. Goulart

Secretaria Geral COFEN

⁸⁰ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM nº 1.668/2003. Dispõe sobre normas técnicas necessárias à assistência domiciliar do paciente, definindo responsabilidades do médico, hospital, empresas públicas e privadas; e a interface multiprofissional neste tipo de assistência. [...] D.O.U de 03.06.03. Seção 1, p.84.

Em 2006, a Agência de Vigilância Sanitária por meio da Resolução da Diretoria Colegiada nº 11 aprovou o regulamento técnico para o funcionamento de todo serviço que presta atenção domiciliar e o dividiu nas modalidades de “assistência” e “internação domiciliar”.⁸¹

Dentre alguns precedentes do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo constata-se as seguintes deferências:

O serviço de *home care* é um serviço, segundo se propaga voltado a cuidar de paciente com limitações funcionais importantes para manter o seu estado de saúde ou minimiza os efeitos nocivos causados pela doença, propiciando-lhe uma melhora na qualidade de vida e na de seus familiares.

Esse é um serviço que pode decorrer:

- 1) de uma alta hospitalar assistida, quando então o paciente com tratamento clínico de baixa complexidade, sem necessidade de recursos hospitalares, recebe em seu domicílio somente os cuidados necessários para a conclusão de seu tratamento, evitando assim maior exposição aos riscos do ambiente hospitalar;
- 2) de internação domiciliar, que ocorre com a transferência do paciente do leito hospitalar para o leito domiciliar em tratamento clínico de alta complexidade que demanda longos períodos de internação hospitalar, porém, não necessita de todos os recursos disponibilizados pelo hospital.

⁸¹ AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. RESOLUÇÃO DA DIRETORIA COLEGIADA N 11, de 26.01.2006. Dispõe sobre o Regulamento Técnico de Funcionamento de Serviços que prestam Atenção Domiciliar. D.O de 30.01.2006.

A restrição da cobertura prevista no contrato aqui discutido não pode se estender, em princípio, à segunda espécie, pois a internação domiciliar é uma extensão do tratamento médico-hospitalar, e não mera comodidade para o paciente ou para seus familiares, uma vez que o objeto do seguro é o de garantir ao segurado, observadas as demais condições do seguro, “reembolsa as despesas médico-hospitalares, cobertas, apenas quando houver necessidade de internação, nas seguintes eventualidades” (Cláusula 1.1).⁸²

⁸² TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Nona Câmara de Direito Privado. AG n 309.298.4/6-00. Ementa: Agravo de Instrumento – Seguro-saúde – Tutela antecipada deferida para que a ré disponibilize o tratamento médico e paramédico prescrito à agravada pelo regime denominado “HOME CARE” – Presentes a verossimilhança, prova inequívoca das alegações e perigo de dano irreparável ou de difícil reparação – A cláusula restritiva de cobertura deve ser examinada com prudência e interpretada favoravelmente à paciente, dada a natureza peculiar do contrato de seguro-saúde, que tem por objetivo a delicada atividade de prestação de serviços médicos, em que, na maioria das vezes, está em jogo a sobrevivência humana, impondo-se a proteção do interesse preponderante de risco de vida, que, inquestionavelmente, é dela – Ademais, no caso, não se cuida de tratamento simples, ocorrendo, na verdade, a transferência do paciente do leito hospitalar para o leito domiciliar em tratamento clínico de alta complexidade – Recurso desprovido (voto 2547). Registrado sob o n 617338. SP em 09.09.2003.

3 OS ARGUMENTOS ECONÔMICO-FINANCEIROS PARA A EXCLUSÃO DE COBERTURA CONTRATUAL

Normalmente, as operadoras de planos e seguros de saúde fundamentam a negativa de cobertura do Programa de Atenção Domiciliar baseados em argumentos econômicos e na clara redação que exclui os tratamentos domiciliares. Desse modo, faz-se necessário explicitar uma breve noção no que consiste o equilíbrio econômico-financeiro desses fornecedores para a manutenção da carteira, conforme o exigido no artigo 16 da Lei 9.656/98.

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.⁸³ 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 sinistralidade⁸⁴ 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.⁸⁵

⁸³ SILVA, Joseane Suzart Lopes da. **Planos de saúde e boa-fé objetiva**: uma abordagem crítica sobre os reajustes abusivos. Bahia: JusPODIVM, 2008, p. 358.

⁸⁴ Ibidem, p. 381-382.

⁸⁵ Ibidem, p. 358.

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.⁸⁶

A contratação com os clientes usuários dos serviços contidos no produto comercializado pelas operadoras de planos de saúde deve obedecer a rigorosas normas atuariais. Ainda mais quando se trata dos seguros-saúde, sob pena de fracasso rápido e total do empreendimento. Somente uma carteira bem estruturada, pode proporcionar efetivo potencial de lucro do empreendimento, observando os elementos atuariais adequados.⁸⁷ Também devem ser analisados fatores internos referentes à forma pela qual os recursos estão sendo arrecadados e administrados; e fatores externos como: transformações da política econômica do País, desvalorização da moeda corrente e outras modificações políticas com reflexo no setor econômico.⁸⁸

Uma das dificuldades mais ingratas para ser superada é a inclusão de portadores de doenças, cujo tratamento agrava sobremaneira a equação atuarial que governa a

⁸⁶ SILVA, Joseane Suzart Lopes da. **Planos de saúde e boa-fé objetiva**: uma abordagem crítica sobre os reajustes abusivos. Bahia: JusPODIVM, 2008, p. 358

⁸⁷ 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. 54.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 360.

implantação, administração e o funcionamento dos planos e seguros privados de assistência à saúde.⁸⁹

A garantia da cobertura financeira dos riscos de assistência médica e hospitalar é fruto do equilíbrio entre os encargos e os fundos e reservas de que dispõem as operadoras e seguradoras. As operadoras de planos privados de assistência à saúde podem oferecer em seus produtos, suas próprias redes credenciadas ou referenciadas, para o atendimento de sua clientela conquistada. Essa oferta deve ser acompanhada de regulamentação, de restrições contratuais, técnicas ou operacionais.⁹⁰

Maury Bottesini e Mauro Machado comentam que nenhuma lei pode impor ao empresário a manutenção de contratos privados que neguem os princípios fundamentais 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 consequências 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.⁹¹

Cláudia Marques critica o argumento de que é impossível um plano cobrir todas as doenças, pois tal impossibilidade desaparece em face dos cálculos dos riscos e da idéia de verdadeira socialização dos riscos, inclusive com a participação estatal e dos exemplos de outros países. Destarte, Cláudia Marques declara:

A Lei 9.656, de 3 de junho de 1998, é a prova da possibilidade de planos melhores, assim como o fato de nenhum fornecedor ter escolhido os seguros-

⁸⁹ 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, p. 106.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 55.

⁹¹ *Ibidem*, p. 322-323.

saúde perante a SUSEP e sim terem se submetido à ANS. Infelizmente, a concorrência no setor é baixa, especialmente no que se refere às condições gerais dos contratos, a demonstrar a importância que a ANS pode ter na defesa dos direitos dos consumidores, uma vez que lhe cabe o controle prévio do conteúdo contratual.⁹²

Há dez anos, Cláudia Marques já enfatizava que vivemos em tempos de pressão abusiva; um medo incutido pelos fornecedores que deveriam ser parceiros contratuais e que também teriam o dever expresso de informar e atuar conforme a boa-fé. Porém, esses fornecedores impõem barreiras para a manutenção dos mais velhos e doentes nos seus planos e seguros, preservando apenas os saudáveis por serem menos onerosos. No contexto de um mercado em franca expansão e com cálculos atuariais, onde deveria vigorar a solidariedade, para a redução de custos e otimização dos recursos entre os economicamente ativos e mais velhos das classes média e alta brasileira, inaceitável aplicar uma forma a mais de discriminar os doentes e velhos. Os fornecedores perderam os parâmetros da razoabilidade e da mínima boa-fé e, nem sequer, se envergonham de buscar perpetuar atitudes discriminatórias. Num sistema de cálculos atuariais e de projeções futuras, a contribuição do saudável consumidor de hoje sem dúvida paga a doença futura, ou não seria economicamente viável este sistema coletivo no tempo. O abuso de direito parece ter encontrado um terreno fértil nestes contratos de assistência à saúde. Fatores significativos motivaram os consumidores a submeterem-se ao complexo e extremamente perigoso novo sistema legal como cordeiros desinformados: o medo do fim do vínculo (com base em cláusulas claramente nulas); pouca confiança no Direito e na atuação firme e independente do Poder Judiciário. Contudo, a resposta contra todos os abusos poderá chegar tarde demais para apenas 5% dos consumidores que efetivamente recorrerem à Justiça.⁹³

⁹² MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. rv., ampl., e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.707.

⁹³ MARQUES, Cláudia Lima *et al.* **Saúde e responsabilidade**: seguros e planos de assistência privada à saúde. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, v.13, p. 154-155.

Os argumentos levantados por Cláudia Marques relativos aos consumidores de planos de saúde em geral devem ser sopesados quando o assunto é o programa de atenção domiciliar na atualidade. Nesse aspecto, é necessário algumas reflexões sobre a dinâmica da evolução contratual ao comparar com o início do século, uma vez que o *pacta sunt servand* pode ser utilizado de forma a mitigar e enfraquecer o consumidor altamente vulnerável.

Em 2006, observou-se que os modelos tradicionais de contrato forneciam poucos instrumentos para regular essas relações contratuais, necessitando da intervenção regulamentadora do legislador e a intervenção reequilibradora e sábia do Judiciário, instrumentalizadas com as normas do Código de Defesa do Consumidor.⁹⁴ A respeito dessa matéria, a Primeira Câmara de Direito Privado do TJSP argumentou:

[...] De todo modo, é de se convir que se o seguro-saúde pode mais, que é cobrir a UTI hospitalar, pode o menos, que é a cobertura da estrutura necessária para a manutenção de uma unidade de tratamento domiciliar, esta, é obvio, economicamente menos gravosa que a anterior, além de evitar o risco da infecção hospitalar da paciente.

Isso não significa transferir o dever de prestação de saúde aos entes de Direito privado. Continua sendo obrigação estatal a plena busca pelo bem-estar da população, zelando por sua saúde. Entretanto, não se pode permitir que aqueles que buscam auxílio na esfera privada sejam afastados de um direito a ser juridicamente protegido, ainda mais por serem firmados entre as partes contratos de adesão, em que não é dada a possibilidade à parte aderente de discutir os termos do contrato.

E também não há o que se cogitar que as empresas atuantes no ramo de seguro-saúde devam arcar com todas as despesas que eventualmente os contratantes possam vir a produzir. Exclusões existem e são permitidas pelo ordenamento, conforme acima salientado. Não, entretanto, quando acarrete dar o plano com uma das mãos, tirando-no, de outro lado, com a outra, tornando inócua a cobertura contratada.

Alegação de possibilidade de existência de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, ante a imposição, à apelante, do ônus de tratamento

⁹⁴ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 489-491.

da paciente, em desacordo com o sistema atuarial inerente a essa espécie de contrato, merece ser afastada.[...] ⁹⁵

O enunciado da súmula 302 do Superior Tribunal de Justiça já foi mencionado pela Primeira Turma Cível do TJDF como argumento a fim de combater a recusa do atendimento domiciliar nos contratos. A interpretação seguiu na linha de que limitar a internação do segurado, seja no tempo ou no lugar onde o serviço pode ser prestado, é considerada prática abusiva desde 2004. ⁹⁶ Amanda Oliveira constatou que a súmula 302 não foi capaz de inibir a prática de restringir o tempo de internação dos usuários de planos de saúde, ainda que a supracitada súmula represente um conjunto de decisões reiteradas nesse sentido e reconheça o caráter abusivo da cláusula contratual que assim estabeleça. ⁹⁷ Cumpre ressaltar que outras práticas de natureza abusiva continuam atentando contra a boa prestação de serviços de saúde privada e afrontam direitos e expectativas legítimas dos consumidores. ⁹⁸

⁹⁵ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Primeira Câmara de Direito Privado, apelação cível com revisão n 380.939-4/2-00. Relator Santi Ribeiro. São Paulo, SP. 28.03.2006

⁹⁶ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Primeira Turma Cível. Agravo de Instrumento 2007 00 2 010299-7. Relator Flávio Restirola “PROCESSO CIVIL. CIVIL. SEGURO DE SAÚDE. CLÁUSULAS ABUSIVAS. INTERNAÇÃO DOMICILIAR “HOME CARE”. NULIDADE DE CLÁUSULA. PRESCRIÇÃO MÉDICA. SITUAÇÃO PECULIAR DO PACIENTE.

1. Conquanto seja próprio dos contratos de seguro ou planos de saúde o risco, tal instituto não sobressai à boa-fé dos beneficiários. Cuida-se de contrato de adesão, no qual não é possibilitado aos futuros beneficiários imiscuírem-se na discussão das cláusulas, fazendo uso, tão-somente, de sua boa-fé.

2. Não pode o fornecedor de serviços desequilibrar a relação contratual, impondo restrições aos contratantes e tornando o contrato abusivo, especialmente quando se trata de contrato de adesão. Torna-se inevitável equilibrar-se a relação estabelecida, de maneira que a parte hipossuficiente não seja tratada com a inferioridade ocasionada.

3. Restou mitigado o princípio do *pacta sunt servanda*. Ainda que previsto contratualmente que o atendimento domiciliar estaria excluída da cobertura, tal cláusula mostra-se temerosa e abusiva, na medida em que coloca o consumidor em patente desvantagem.

4. Negou-se provimento ao recurso.”

⁹⁷ OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Lei dos Planos de Saúde (Lei 9.656/98): dez anos depois. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: v. 67, 2008, p. 54.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 59.

Nesse sentido, é importante salientar para certos detalhes relevantes: primeiro, a constatação de que fornecedores de planos privados de assistência à saúde costumam inserir cláusulas abusivas nos contratos de adesão ou nos contratos submetidos a condições gerais.⁹⁹ E, segundo, a saída do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor da Câmara de Saúde Suplementar, órgão consultivo da Agência Nacional de Saúde, após se verificar que a Agência não tem ouvidos para os consumidores.¹⁰⁰ É fato que a Agência Nacional de Saúde utiliza metodologia que facilita o seu trabalho, porém não dispõe de estrutura que lhe permita o exame apurado do teor das milhares de planilhas de custos apresentadas pelas operadoras de planos de saúde. Face a esta precária composição não se tem noção se o que as operadoras alegam corresponde ao que ocorre no plano fático.¹⁰¹

Em consulta feita à Agência Nacional de Saúde, para saber se o plano referência tem cobertura para o Programa de Atenção Domiciliar, a Agência respondeu:

[...] No rol de procedimentos vigente não há cobertura prevista para HOME CARE (custeio de atenção em saúde domiciliar), independente da segmentação de plano contratada (ex.: ambulatorial, hospitalar).

HÁ PREVISÃO LEGAL PARA O NÃO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PARA TRATAMENTO DOMICILIAR, BEM COMO PARA O NÃO FORNECIMENTO DE PRÓTESES, ÓRTESES E SEUS ACESSÓRIOS NÃO LIGADOS AO ATO CIRÚRGICO (Lei 9656/98, art. 10, incisos VI e VII).

É importante esclarecer que essas regras são válidas para os contratos assinados depois da vigência da Lei, ou seja, a partir de 2/1/1999, ou adaptados.

Não há qualquer proibição legal que impeça as operadoras de oferecerem cobertura maior do que a contratada, mas este oferecimento não se torna obrigatório caso isto venha a ocorrer.

⁹⁹ NÓBREGA, João Neumann Marinho. As cláusulas abusivas nos contratos de planos privados de assistência à saúde: uma proposta de sistematização. **Revista de Direito Privado**, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. – set., 2005, p 175.

¹⁰⁰ LAZZARINI, Marilena; TRETTEL, Daniela Batalha. A dignidade da pessoa humana e a missão da ANS. **Revista Jurídica Consulex**. Consulex, v. 12 n.282. 15/OUT/ 2008.

¹⁰¹ SILVA, Joseane Suzart Lopes da. **Planos de saúde e boa-fé objetiva**: uma abordagem crítica sobre os reajustes abusivos. Bahia: JusPODIVM, 2008, p. 369.

Havendo previsão contratual para esta cobertura, ela será obrigatória.

Caso ocorra o descumprimento de cláusula contratual, favor retornar o contato para que possamos fazer a devida apuração e tomar as providências cabíveis. [...]¹⁰²

3.1 O papel da Agência Nacional de Saúde no Programa de Atenção Domiciliar

A Lei 9.656/98 conscientizou o consumidor de seus direitos. Consequentemente provocou uma avalanche de reclamações nos órgãos de defesa do consumidor quanto ao mau atendimento das operadoras de planos de saúde. Tamanhas as repercussões e a mobilização social que ensejaram a criação da Agência Nacional de Saúde, promulgada na lei 9.961 em 28.01.2000.¹⁰³

Cumprir informar que, atualmente, o Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor traz dados sistematizados sobre os índices de reclamações na área de saúde que chegam aos PROCONS, todavia, não há algo tão específico relativo aos programas de atenção domiciliar. Verificou-se no Brasil, no período de setembro de 2006 a agosto de 2007, o seguinte: foram atendidas 68,86% das reclamações e restaram 31,14% das queixas não atendidas.¹⁰⁴

Estela Gregori menciona que tanto a Lei de Planos de Saúde quanto a Agência Nacional de Saúde se inscreveram na agenda política nacional como poderosos instrumentos de promoção à estabilidade no setor de saúde suplementar. De um lado, inibindo

¹⁰² ANS] protocolo Faleconosco
Sexta-feira, 8 de Agosto de 2008 15:14
De: "centraldeatendimento1@ans.gov.br" <centraldeatendimento1@ans.gov.br> Exibir informações de contato
Para: sindia.leonor@yahoo.com.br

¹⁰³ OLIVEIRA, Amanda Flávio. Regulamentação dos planos de saúde e proteção da pessoa humana. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: v. 51, 2005, p.10.

¹⁰⁴ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Sistema Nacional de Informação de Defesa do Consumidor. Disponível em: <www.mj.gov.br/SindecNacional/reclamacao>. Acesso em: 28 jul. 2008.

as práticas lesivas contra o consumidor e, de outro, estimulando comportamentos que reduzam os conflitos de interesses.¹⁰⁵

A Agência Nacional de Saúde tem como objetivo precípua a regulação, a normatização, o controle e fiscalização das atividades que garantam a manutenção e qualidade dos serviços privados de assistência à saúde, prestados pelas operadoras de planos de saúde.¹⁰⁶ A natureza jurídica da Agência Nacional de Saúde é de autarquia vinculada ao Ministério da Saúde e subordinada às diretrizes fixadas pelo Conselho de Saúde Suplementar – CONSU. A atuação da Agência Nacional de Saúde é controlada através de um contrato de gestão firmado com o Ministério da Saúde e aprovado pelo CONSU. A atribuição do CONSU é fixar as políticas públicas a serem executadas pela agência.¹⁰⁷

José Reinaldo Lopes e Paulo Neto percebem que há uma grande resistência do Judiciário ao reconhecimento da legitimidade dos organismos administrativos responsáveis pela regulação do setor privado de assistência à saúde. Seja pela omissão do CONSU ou da Agência Nacional de Saúde, seja pela resistência do Judiciário e suas atuações, verifica-se um grande entrave na regulação e na adjudicação dos conflitos envolvendo os contratos de planos privados de assistência à saúde.¹⁰⁸

¹⁰⁵ GREGORI, Maria Estela. A saúde suplementar no contexto do Estado Regulador Brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: v. 59, 2006, p.126.

¹⁰⁶ Ibidem, p.109.

¹⁰⁷ Ibidem, p.121.

¹⁰⁸ LOPES, José Reinaldo de Lima; GARCIA NETO, Paulo Macedo. **Consumidores de planos de saúde (ou, doente também tem direitos) – uma revisão. Saúde e responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 166-167.

3.1.1 A Resolução Normativa 167

O Estado Regulador, representado pela Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Saúde trouxe mudanças importantes na Resolução Normativa nº 167. Dentre todas, destaca-se a inclusão opcional dos Programas de Atenção Domiciliar nos contratos de saúde suplementar, que figura no rol das coberturas não obrigatórias dos planos ou seguros hospitalares.¹⁰⁹

Desde 2005, um grupo técnico integrado pelo órgão regulador e entidades representativas de consumidores, operadoras e prestadores vem trabalhando na revisão do rol de procedimentos e eventos em saúde. Durante 84 dias, a Agência Nacional de Saúde recebeu 30 mil contribuições à consulta pública número 27 referente às alterações discutidas. As operadoras, prestadores, sociedades de especialidades médicas, associações civis, dentre as quais 71 % das correspondências emitidas por pessoas físicas endossaram os trabalhos.¹¹⁰

A Resolução Normativa 167 entrou em vigor em 02.04.2008. Esta ampliou a cobertura mínima obrigatória para cada segmentação de planos (ambulatorial, hospitalar com ou sem obstetrícia e plano referência) contratados pelos consumidores. A Resolução Normativa nº 167 atinge os contratos realizados a partir de 01.01.1999. A Agência Nacional de Saúde informa: “Sua lógica é voltada para a cobertura e não para o pagamento, e, além disso, define para cada procedimento as segmentações de planos de saúde que devem ou não cobri-lo”.¹¹¹

O rol, versão 2008, passou a ter 2.973 itens alinhados às evidências científicas ao invés dos antigos 3.015. A Agência Nacional de Saúde justificou: “Embora

¹⁰⁹ SILVA, Joseane Suzart Lopes da. **Planos de saúde e boa-fé objetiva**: uma abordagem crítica sobre os reajustes abusivos. Bahia: JusPODIVM, 2008, p. 229-230.

¹¹⁰ AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE. Disponível em <<http://www.ans.gov.br>>. Acesso em: 26 mai. 08.

¹¹¹ Ibidem.

tenha havido uma diminuição do número absoluto de procedimentos, o importante é saber que, na prática, a cobertura aumentou”.

A resolução prevê alterações relacionadas à adequação da nomenclatura, inclusão, exclusão, desmembramento e unificação de procedimentos. Alguns procedimentos de alto custo receberam diretrizes de utilização baseadas em evidências científicas, com o objetivo de evitar o uso indiscriminado dos mesmos. Caso haja alguma negativa de cobertura que está prevista na Resolução Normativa nº 167, a Agência Nacional de Saúde disse que aplicará sanções e multas altas.¹¹²

A Agência Nacional de Saúde informa que acompanhará o impacto do novo rol nos custos das operadoras, monitorará o mercado durante um ano e avaliará o comportamento do setor. A Agência acredita que o reflexo nos gastos não será significativo para as operadoras.¹¹³

Cumpra ponderar sobre essas afirmativas da Agência Nacional de Saúde e o seu papel no cenário nacional, em face das críticas apresentadas por Joseane Silva e pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, a respeito do comportamento omissivo da Agência perante a defesa dos consumidores.

3.2 O argumento constitucional

Os consumidores começaram a optar pelo uso de planos de saúde antes do seu reconhecimento e a sua defesa ser elevada a esfera constitucional. A proteção do direito à saúde ficava restrita a algumas normas esparsas, tais como a garantia de “socorros públicos”

¹¹² AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE. Disponível em <<http://www.ans.gov.br>>. Acesso em: 26 mai. 08.

¹¹³ Ibidem.

ou a garantia da inviolabilidade do direito à subsistência antes de 1988.¹¹⁴ O monopólio da prestação dos serviços de saúde foi aberto à iniciativa privada na Constituição Federal de 1988.

A Carta Magna reafirmou os princípios da dignidade da pessoa humana, o direito à vida e elevou a defesa do consumidor a princípio geral da atividade econômica (art. 170, V). Estabeleceu a defesa do consumidor entre os direitos e deveres individuais e coletivos, e determinou: “o Estado promoverá na forma da lei, a defesa do consumidor” (art. 5º, XXXII)¹¹⁵. Importa reconhecer a incidência de um sistema de tutela reforçada do usuário - consumidor- paciente, decorrente dos deveres jusfundamentais de proteção do consumidor e de proteção da saúde, a determinar a aplicação conjunta do direito à saúde e de proteção do consumidor.¹¹⁶

A Constituição Cidadã assegurou a existência digna conforme os ditames da justiça social ao subordinar os princípios de ordem econômica ao princípio da dignidade da pessoa humana.¹¹⁷ Inaugurou uma nova era ao recolocar a sociedade brasileira no plano democrático e colocou o princípio dignidade da pessoa humana para nortear a interpretação de todos os direitos e garantias conferidos ao indivíduo e à coletividade.¹¹⁸ A Constituição de 1988 alinhou-se com a concepção mais abrangente do direito à saúde, conforme propugna a

¹¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: RT, v. 67, 2008, p.127.

¹¹⁵ BICALHO, Ana Beatriz Rutowitsch. Os contratos de planos de saúde e a sua revisão jurisdicional. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: v. 49, 2005, p.110.

¹¹⁶ Ibidem, p. 147.

¹¹⁷ WALDMAN, Ricardo Libel. O sobre-princípio da função social do contrato: da filosofia à dogmática jurídica. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: v. 59, 2006, p.147.

¹¹⁸ GREGORI, Maria Stella. Desafios após dez anos da Lei dos Planos de Saúde. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: v. 66, 2008, p. 83.

Organização Mundial de Saúde, que vai além de uma noção eminentemente curativa, compreendendo as dimensões preventiva e promocional na tutela jusfundamental.¹¹⁹

A saúde é um direito social básico e a política estatal na área de saúde deve promover o acesso a todos, ao propiciar a redução das desigualdades e não podendo criar quaisquer distinções. Tamanha a relevância pública dessa matéria, que todas estas atitudes devem ser reguladas, fiscalizadas e controladas pelo Poder Público.¹²⁰

Insta ressaltar, que o caráter público da norma fundamenta o afastamento das cláusulas abusivas nos contratos de planos e seguros privados de saúde.¹²¹

A prestação de serviços de saúde no Brasil tem como marca fundamental o hibridismo, caracterizado pela coexistência da prestação pública e privada, o que implica na existência de dois subsistemas distintos. Tanto o Estado quanto as empresas atuantes no setor possuem a tarefa de plena efetivação do direito fundamental à saúde, assim como as demais entidades prestadoras de serviços e os profissionais de saúde em geral.¹²² É certamente na condição de direito às prestações materiais que o direito à saúde suscita as maiores controvérsias, em razão de sua complexa efetivação.¹²³

¹¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: RT, v. 67, 2008, p. 135.

¹²⁰ Ibidem, p. 84.

¹²¹ Ibidem, p. 148.

¹²² OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Lei dos Planos de Saúde (Lei 9.656/98): dez anos depois. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: v. 67, 2008, p.52-53.

¹²³ Ibidem, p. 152-153.

3.2.1 A responsabilidade questionada

As operadoras de planos de saúde normalmente criticam o judiciário ao conceder decisões em favor dos consumidores. Buscam justificativas que se alinhem na imprecisão do que o Estado pode e deve pagar nas coberturas dos serviços e aparatos de ordem médica. Alegam que não podem cumprir a missão do Estado e correm o risco de falirem quando obrigadas a realizar o que não foi pactuado inicialmente. Contudo, existem pontos obscuros nessa argumentação.

Vejamos o argumento levantado por Roberta Zanatta sobre essa discussão: se o Estado não é obrigado a cobrir toda e qualquer assistência médica aos cidadãos, com o risco de inviabilizar o sistema como um todo e conseqüentemente negar ou restringir a assistência aos demais - por que motivo as operadoras de planos de saúde são obrigadas a prestar assistência médica sem restringir coberturas?¹²⁴ O perigo deste argumento é o poder de validar atitudes de ofensa ao direito do consumidor, visto na recusa irrestrita de coberturas aos programas de atenção domiciliar, no intuito de aumentar a margem de lucro das operadoras de planos de saúde e seguros saúde.

Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo indicam que a interpretação das cláusulas contratuais segue a legislação consumerista em termos gerais, onde a vulnerabilidade do usuário envolve a situação pessoal e individual do beneficiário ao incluí-lo num padrão mínimo (mínimo existencial) a uma vida digna e com certa qualidade. Tendo em vista que a saúde constitui condição para o exercício da plena autonomia individual e para a fruição dos demais direitos.¹²⁵

¹²⁴ IX CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DO CONSUMIDOR. Jun.08. Brasília (DF). BRASILCON

¹²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: RT, v. 67, 2008, p. 147.

Luiz Fux defende que a atividade subsidiária particular de saúde não é sucedâneo da ineficiência estatal e não pode ser atribuída às entidades privadas deveres além do contrato, “sob pena de gerar-se insustentável insegurança jurídica”.¹²⁶ Cita os constitucionalistas Konrad Hesse e Peter Harbele, ao argumentar a existência de uma “vontade constitucional” que deve influir na interpretação da lei e, a *fortiori*, nos contratos, posto que é “lei entre as partes”.¹²⁷ Assim analisa Luiz Fux a respeito do contrato:

O rompimento do contrato e, em última análise da própria *ratio essendi* constitucional, somente deve ser engendrado nas situações limites, em que não haja outra solução para salvar a vida humana senão recorrer-se ao subsídio particular. Caso contrário, a promiscuidade do uso do setor privado fora do pactuado através da solução através da solução judicial, estará encerrando decisão “supostamente caridosa” porquanto olvida as carências relegadas a outros que também precisam da saúde financeira das entidades securitárias. Como coloquialmente dir-ser-ia no pródigo linguajar brasileiro, rico em máximas populares, essa concessão imoderada de benefícios além dos limites do contrato serve para “cobrir um santo e descobrir outro”.¹²⁸

Luiz Fux chama a atenção para que: “nenhum juiz decidirá pela desinternação de um paciente ou recusará a custódia de um doente em estado grave”. Este autor admite que é um tema intrigante imputar despesa à entidade privada implicando no risco de inviabilizar o sistema utilizado por muitos. A dificuldade de identificar os problemas da violação contratual e o esvaziamento econômico das potencialidades das entidades do ramo de saúde desafiam a experiência judicial.¹²⁹

Cláudia Marques aponta que o intérprete da lei deve considerar o mandamento constitucional e sua dupla hierarquia. O direito do consumidor é direito fundamental para as pessoas físicas, e o cidadão poder exigir proteção do Estado para os seus novos direitos subjetivos tutelares. Para todos os demais agentes econômicos, especialmente

¹²⁶ FUX, Luiz. **Tutela de urgência e plano de saúde**. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2000, p. 61.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 61.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 61.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 62.

para as pessoas jurídicas, o direito do consumidor é apenas um limitador da livre iniciativa.¹³⁰ Portanto, é mandamento constitucional que o Estado imponha parâmetros de proteção do consumidor e inclusive esclareça os limites do abuso e quais as cláusulas que violam os direitos fundamentais dos consumidores e são abusivas.¹³¹

A Lei 9.656/98 está criando um impasse severo que nem a pletera de ações judiciais coletivas e individuais poderá resolver em razão de algumas normas imprecisas.¹³² É imprescindível colocar limites claros relativos até onde e quanto deve ser pago pelos fornecedores acerca das coberturas dos programas de atenção domiciliar e especialmente nos programas de internação domiciliar. Não se deve somente citar conceitos que são inaplicáveis na prática, como a supremacia da proteção a vida estampada no princípio da dignidade da pessoa humana sobre os princípios da ordem econômica. Quando se alcança a aplicação na íntegra do princípio da dignidade da pessoa humana, este só contempla apenas uns poucos consumidores que acessam o Judiciário e por sorte ganham a demanda.

É notório considerar que os planos de saúde são instrumentos aptos a desempenhar um papel importante na realização dos princípios fundamentais constitucionais, quando oferecem aos consumidores vulneráveis o programa de atenção domiciliar. Tendo em vista que a existência desses planos permite o exercício da dignidade da pessoa humana ao proteger a saúde e a vida por um preço razoável ao utilizarem a lógica da solidariedade.

¹³⁰ SCHMITT, Cristiano Heineck; MARQUES, Cláudia Lima. **Visões sobre os planos de saúde privada e o Código de Defesa do Consumidor. Saúde e responsabilidade 2:** a nova assistência privada à saúde. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.117.

¹³¹ Ibidem, p.117.

¹³² 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, p. 325-326.

Importante enfatizar que sem vida e qualidade de vida (saúde) não há consumidor, a norma jurídica não tem razão de existir e nem qualquer outro dispositivo constitucional.¹³³

¹³³ OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Regulamentação dos planos de saúde e proteção da pessoa humana. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: v. 51, 2005, p. 107.

4 A APLICAÇÃO DA TEORIA QUALIDADE E O PRINCÍPIO DA INTEGRALIDADE NO PROGRAMA DE ATENÇÃO DOMICILIAR

O direito de proteção à vida e à saúde é o mais básico e importante dos direitos do consumidor, conforme o disposto no artigo 6, inciso I do Código de Defesa do Consumidor.¹³⁴ De acordo com a doutrina brasileira mais moderna, o Código de Defesa do Consumidor impõe uma teoria da qualidade, que institui uma responsabilidade contratual e extracontratual aos fornecedores dos produtos e serviços que prestam.¹³⁵ As duas órbitas de proteção ao consumidor são:

A primeira centraliza suas atenções na garantia da *incolumidade físico-psíquica* do consumidor, protegendo sua saúde e segurança, ou seja, preservando sua vida e integridade contra *os acidentes de consumo* provocados pelos riscos de produtos e serviços. Esta órbita, pela natureza do bem jurídico tutelado, ganha destaque em relação à segunda. A segunda esfera de inquietação, diversamente, busca reger a *incolumidade econômica* do consumidor em face dos incidentes (e não acidentes!) de consumo capazes de atingir o seu patrimônio.¹³⁶

Os serviços colocados no mercado agregam um dever anexo para os fornecedores de uma segurança razoável e de adequação conforme a confiança despertada, inclusive incluindo a falha informacional como defeito ou vício do serviço.¹³⁷ A obrigação de meio, vista no tratamento médico com remédios e exames normais, só se pode exigir que o fornecedor preste um serviço adequado para os fins que razoavelmente dele se espera.

¹³⁴ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 2.tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 55.

¹³⁵ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. rv., ampl., e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p 175.

¹³⁶ Ibidem, p. 100.

¹³⁷ Ibidem, p. 235.

Todavia, não se pode exigir que o serviço alcance um determinado resultado como a cura do paciente ou evitar a sua morte.¹³⁸

A obrigação de meio vista na cláusula de atendimento domiciliar é inerente ao contrato de assistência médico hospitalar. Nesse sentido, negar a cobertura da prestação de serviço domiciliar ou limitar o tempo de atendimento em domicílio afronta o dever de qualidade porque é legítima a expectativa de direito do consumidor tratar de sua saúde.

4.1 A construção de real valor à assistência à saúde

No Brasil, não há um conceito definido de valor na assistência à saúde, no entanto, é urgente construir um próprio. Pela importância de se ter uma definição comum de valor, observamos o estudo trazido por Porter e Teisberg, na medida em que sugere estratégias possíveis para a solução da crise dos serviços de saúde. Nesse contexto, deve-se incorporar a ética como valor indispensável, levando-se em conta a competência e a excelência na atenção; a responsabilidade social, como postura permanente sobre os valores do ser humano, tais como a lealdade, honestidade, probidade; agregando a esses o desenvolvimento econômico com as necessidades sociais.¹³⁹ Na tentativa de alcançar a qualidade de atenção à saúde, os fornecedores devem investir em ações de promoção à saúde e em prevenção de doenças. Pois, iniciativas nesse sentido agregam valor social de qualidade de vida e, no âmbito econômico, reduzem custos.¹⁴⁰

No escopo desse panorama, as pesquisas médicas e análises financeiras demonstram que a aplicação dos Programas de Atenção Domiciliar realiza o anseio de

¹³⁸ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. rv., ampl., e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 361.

¹³⁹ GREGORI, Maria Stella. Desafios após dez anos da Lei dos Planos de Saúde. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: v. 66, 2008, p. 86-87.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 89.

promoção da saúde e em alguns casos reduzem os custos operacionais do tratamento hospitalar, o que contribui para o aumento dos lucros da carteira.

4.2 A Integralidade dentro do universo da Qualidade

A teoria da qualidade abriga o princípio da integralidade que aparece na Resolução 167, tendo em vista que este princípio pode ser encarado como a ação social de interação entre sujeitos no cuidado em qualquer nível do serviço de saúde. Essa perspectiva fortalece a idéia de que o Programa de Atenção Domiciliar compõe a noção de integralidade que está presente em vários níveis de discussões e das práticas na área de saúde com a finalidade de melhorar a qualidade de vida do consumidor/ paciente.

A integralidade passa pelo comportamento dos profissionais isoladamente e em equipe, pelas relações dessas equipes com a rede de serviços como um todo, pela formação dos profissionais, pelas políticas públicas e por um desenho coletivo do sistema preparado para ouvir, entender e, a partir daí, atender às demandas e necessidades de pessoas.¹⁴¹ A integralidade no universo da qualidade corrobora a opinião de Amanda Oliveira, onde a noção dos direitos fundamentais conecta-se ao princípio da solidariedade e toda sociedade é também responsável pela efetivação e proteção do direito à saúde de todos e de cada um, cujos efeitos se projetam no presente e sobre as gerações futuras.¹⁴²

4.3 O difícil relacionamento entre consumidor e fornecedor

Atualmente, ocorrem problemas entre o consumidor e a operadora de plano de saúde e/ou seguro saúde que violam as teorias da integralidade e qualidade dos serviços

¹⁴¹ LABORATÓRIO DE PESQUISAS SOBRE PRÁTICAS DE INTEGRALIDADE EM SAÚDE. Disponível em: <<http://www.lappis.org.br>> Acesso em: 28 jul. 08.

¹⁴² OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Lei dos Planos de Saúde (Lei 9.656/98): dez anos depois. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: v. 67, 2008, p. 51.

prestados, demonstrados na pesquisa sobre a Implantação da Atenção Domiciliar no Âmbito da Saúde Suplementar, com o enfoque na modelagem das experiências correntes. O consumidor não está livre de aborrecimentos, caso escolha a cobertura e exista uma cláusula expressa no contrato obrigando a cobertura do Programa de Atenção Domiciliar. Desde a liberação deste serviço e durante a sua vigência muitos problemas têm emergido. A pesquisa da Universidade Fluminense revelou o seguinte:

Há, no entanto um atravessamento importante quanto à normatização do Programa, visto que, a operadora é monitorada pela seguradora, que estabelece metas a serem cumpridas na produção de cuidado e os resultados são estabelecidos para serem cumpridos em certo número de “dias de internação”, o que induz a um stress nos profissionais para o exercício do cuidado. Essa lógica de cuidado, no entanto choca-se com outros interesses em jogo no espaço da micropolítica, como por exemplo, o da necessidade do cliente, que muitas vezes não se cumpre com o “fechamento da ferida em x dias”, o que leva a que o usuário venha recorrer judicialmente para manter o programa, bem como há uma reivindicação explícita para que a ANS regule o PAD. Vale ressaltar que a internação domiciliar leva o tempo que for necessário, mesmo que tenha de haver uma autorização a ser emitida periodicamente.¹⁴³

4.4 A negativa de atendimento

É recorrente a negativa de coberturas aos programas de atenção domiciliar nos contratos e a incidência de cláusulas e práticas abusivas. As empresas resistem a adequarem-se às regras de proteção ao consumidor e, assim, assumir mais responsabilidades.

¹⁴³ FRANCO, Túlio Batista *et al.* **Assistência domiciliar na saúde suplementar: revelando os processos de trabalho.** p 19 Disponível em: www.hucff.ufrj.br/micropolitica/pesquisas/implantacaoad/textos/ad_na_saude_suplementar_revelando_os_processos_de_trabalho.pdf. Acesso em: 28 ago. 2008.

Os contratos que abrangem o plano-referência são veiculados com a expressa exclusão de tratamentos domiciliares. Os fornecedores só abrem exceção se os custos operacionais do Programa de Atenção Domiciliar forem menos onerosos do que a internação hospitalar. Para a Agência Nacional de Saúde, a utilização do Programa de Atenção Domiciliar não tem cobertura obrigatória, mesmo tratando-se de uma prescrição médica, independente do grau de complexidade do tratamento, ainda que haja indicação para a modalidade de internação domiciliar, e seja de importância fundamental para a manutenção e qualidade de vida do paciente. Pois, há o entendimento de que o Programa de Atenção Domiciliar, principalmente na modalidade do Programa de Internação Domiciliar, não faz parte dos cálculos atuários, e se for imposto aos fornecedores pode comprometer a sustentabilidade das carteiras.

Parte da doutrina também diz que se deve proteger os princípios fundamentais da livre concorrência e aduzem que não há como obrigar a sua aplicação sem aumentar o valor das mensalidades ou o custeio pago pelos consumidores. De outra forma, as operadoras de planos de saúde e seguros saúde alegam o risco de falirem.

4.5 Postura do consumidor

O consumidor e o seu cuidador precisam de fato optar conscientemente pelo melhor tratamento de saúde, frente as complicadas nomenclaturas de ordem médica e jurídica, tendo noção das doenças e reveses que podem acontecer durante a longa catividade desses pactos. Caso contrário, ocorrerá um retrocesso no tempo, quando o contrato possuía dogmas inseridos na autonomia da vontade, na liberdade contratual e na obrigatoriedade dos efeitos contratuais, não importando se o conteúdo do negócio jurídico apresentasse injustiça e desigualdade prevalecendo, assim, a supremacia da parte mais forte.

Se o fornecedor negar ou limitar de forma abusiva algum pedido de assistência domiciliar, o consumidor munido do contrato e do direito consumerista de proteção a vulnerabilidade poderá ajuizar uma ação de obrigação de fazer com base na boa-fé objetiva, a fim de que o serviço seja prestado. Paralelamente, deve-se interpor uma medida cautelar e demonstrar com clareza o risco de vida do consumidor em face do perigo da demora por meio de laudo médico, para que haja maior celeridade. O consumidor também poderá interpor agravo de instrumento na superveniência de alguma decisão contrária ao seu pleito, e com fulcro na incidência do sistema de tutela reforçada do usuário - consumidor-paciente, poderá pedir a aplicação conjunta do direito à saúde e de proteção do consumidor decorrente dos deveres jusfundamentais previstos na Constituição Federal.

Alternativas existem para enfrentar a recusa ou diminuição do atendimento domiciliar: pedir que o fornecedor prove a inviabilidade econômica na demonstração dos cálculos atuariais, e apresente a estimativa de quanto a carteira suportaria para manter uma cota de consumidores conveniados, de acordo com a gravidade de cada paciente, em regime de internação domiciliar e sem interrupção da jornada de cuidados para manutenção da saúde do consumidor.

4.6 Postura judicial

O que o juiz pode e deve fazer é avaliar se a distribuição, por alguma razão em particular, afetou o contrato de assistência à saúde, gerando necessidades de cuidados específicos para as partes, a fim de que se possa realizar a função social com equilíbrio nas prestações. Por um lado, o mínimo deve ser exigido das empresas para que elas não abusem da insegurança que as pessoas sentem com os serviços públicos de saúde e tão pouco tentem jogar o risco todo para o consumidor. Por outro lado, não se pode exigir tanto dos

fornecedores, que o valor pago pelos consumidores seja inferior ao valor das prestações que estão obrigadas.¹⁴⁴ Nessa linha de pensamento, o magistrado deve exigir a apresentação dos cálculos atuariais, para que a cobertura de atendimento domiciliar seja examinada com precisão e sejam ponderados os reflexos econômico-financeiros na carteira, para não acarretar uma insuficiência financeira para os demais conveniados que utilizam o plano de assistência à saúde ou a falência do fornecedor. Portanto, deve-se interpretar de forma restritiva as exclusões de risco à saúde e buscar um entendimento maior sobre as exclusões do contrato, a fim de que a boa fé esteja presente na relação. Pautada na confiança de que nenhuma parte irá explorar a vulnerabilidade da outra.

De acordo com o sistema protetivo do Código de Defesa do Consumidor, o magistrado ao examinar uma negativa de cobertura de assistência domiciliar que diminua a garantia legal de qualidade dos serviços poderá declará-la nula conforme o disposto no artigo 51.

A jurisprudência mostra duas linhas de interpretações relativas à cláusula contratual que veda expressamente os tratamentos domiciliares. Seguem dois exemplos; o primeiro, a consumidora consegue o Programa de Internação Domiciliar e, no segundo, o consumidor perde porque o relator entende que a exclusão é autorizada pela Lei n.º 9.656/98:

Seguro-saúde – Tutela antecipada deferida para que a ré disponibilize o tratamento médico e paramédico prescrito à agravada pelo regime denominado “HOME CARE” – Presentes a verossimilhança, prova inequívoca das alegações a perigo de dano irreparável ou de difícil reparação – A cláusula restritiva de cobertura deve ser examinada com prudência e interpretada favoravelmente à paciente, dada a natureza peculiar do contrato de seguro-saúde, que tem por objetivo a delicada atividade de prestação de serviços médicos, em que, na maioria das vezes, está em jogo a sobrevivência humana, impondo-se a proteção do interesse preponderante de risco de vida, que, inquestionavelmente, é dela – Ademais, no caso, não se

¹⁴⁴ WALDMAN, Ricardo Libel. O sobre-princípio da função social do contrato: da filosofia à dogmática jurídica. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: v. 59, 2006, p. 137.

cuida de tratamento simples, ocorrendo, na verdade, a transferência do paciente do leito hospitalar para o leito domiciliar em tratamento clínico de alta complexidade – Recurso desprovido (voto 2547).¹⁴⁵

Seguro-saúde – Cláusula de exclusão de despesas de enfermagem em residência do segurado e com assistência domiciliar – Licitude da cláusula, ante o disposto nos artigos 6, 10, e 12, da Lei n 9.656, de 3 de junho de 1998 – Julgamento de improcedência mantido, repelidas a preliminares de nulidade do processo – Recurso não provido.¹⁴⁶

O Poder Judiciário é duramente criticado ao conceder o direito para o consumidor no caso concreto em razão da legislação protetora e pelo sentimentalismo.¹⁴⁷

Entretanto, a casuística dos tribunais mostram práticas abusivas por parte das operadoras e seguros saúde. Seguem outros exemplos:

Obrigação de fazer. Pleito vestibular visando o reestabelecimento do denominado sistema *home care*. Falecimento da enferma provocando a perda do objeto da demanda. Prestadora do serviço que retardou o cumprimento da decisão antecipatória da tutela. Cabimento da multa aplicada. Sucumbência da responsabilidade do apelado. Provimento parcial do recurso que se impõe.¹⁴⁸

No próximo caso, o relator entendeu que havia uma robusta prova nos autos no sentido de que as lesões experimentadas pelo consumidor eram definitivas e que o seu estado atual era crônico. Enfatizou que não parecia razoável admitir que por uma simples matéria jornalística, na qual o consumidor se dizia adaptado a nova situação, apesar das limitações inerentes, fosse suficiente para determinar nova perícia e, assim, eternizar a demanda. Segue a ementa:

Constitucional. Civil e consumidor. Embargos infringentes. Seguro-saúde. Fornecimento de *home care*. Limites da lide que se reduzem. Na presente fase processual, a discussão entre a prestação do *home care* por 24 horas – como determinado pelo acórdão embargado – ou por 12 horas, como

¹⁴⁵ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA AG 604.965-SP. Relatora: Nancy Andrighi. Brasília, DF 24.10.2003. DJ 18.11.2004.

¹⁴⁶ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, 4ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível n. 250.599-4/6-00 SP. Relator José Geraldo de Jacobina Rabello. São Paulo, SP. 24.10.2002.

¹⁴⁷ FUX, Luiz. **Tutela de urgência e plano de saúde**. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2000, p. 62.

¹⁴⁸ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. AG 560172-RJ. Relatora: Nancy Andrighi. Brasília, DF 17.02.2004. DJ 31.03.2004.

pretendido pela seguradora/ embargante. Prova pericial produzida de forma segura e abrangente, inclusive com três laudos complementares, apontando categoricamente para a necessidade de manutenção do sistema de assistência domiciliar por 24 horas. Paciente jovem, vítima de grave acidente que acarretou um quadro de tetraplegia, sujeito, segundo o laudo pericial, a permanentes, embora eventuais, complicações, inclusive com risco de vida. Natureza de transitoriedade do regime de *home care* que não se revela aplicável no estado vivido pelo autor, que apresenta a estabilidade de suas condições de saúde em visível precariedade. Abusividade em tais circunstâncias, da conduta da embargante. Aplicação do CDC e dos princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva realçados pelo novo código civil. Sustenção em última análise, do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (CRFB, art. 1, III). Improvimento dos embargos infringentes. (fl.256).¹⁴⁹

A jurisprudência tem condenado algumas condutas abusivas por parte dos fornecedores. O que mais chama a atenção é a questão da definição do que pode e deve ser depreendido da norma constitucional a fim de assegurar a saúde do consumidor. Porque nesse momento, a questão se esbarra no tempo de permanência em que o fornecedor deve prestar o serviço de acordo com a lógica do cuidado, a saúde do paciente, e, ainda, sem comprometer o equilíbrio econômico e financeiro do contrato. Assim, o Programa de Atenção Domiciliar necessita de mais fiscalização e maiores estudos jurídicos, com o objetivo de implementar novas idéias para coibir os abusos do cotidiano.

¹⁴⁹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Turma. AG 715.491-RJ. Relator Fernando Gonçalves. Brasília, DF 10.11.2005. DJ 21.11.2005.

CONCLUSÃO

O Código de Defesa do Consumidor contribui para efetivação dos Programas de Atenção domiciliar impondo a teoria da qualidade na prestação dos serviços ao consumidor vulnerável. Esse fato evoca várias responsabilidades aos fornecedores atuantes no Brasil. O foco está nas ações que envolvem o princípio da integralidade em saúde, consubstanciadas na Resolução Normativa nº 167 e nos fundamentos constitucionais. Nesse sentido, constata-se duas posições a respeito da obrigatoriedade na aplicação do Programa de Atenção Domiciliar: a postura que nega o atendimento domiciliar se não estiver expresso no contrato, em contraponto, à visão e missão do Direito do Consumidor.

A imprecisão do que pode e deve ser coberto reflete-se nas interpretações relativas à cláusula contratual que veda expressamente os tratamentos domiciliares. Parte da jurisprudência entende que a internação hospitalar pode ser convertida em internação domiciliar, se o laudo médico de um especialista comprovar que é imprescindível à recuperação do paciente o ambiente domiciliar. Nesse contexto, o princípio da boa-fé fundamenta a revisão judicial da cláusula que limita a cobertura do Programa de Atenção Domiciliar por mostrar-se imprecisa e facilitar a negativa do fornecedor desse serviço, tendo em vista de que não se tem a noção exata do que os cálculos atuarias cobrem no plano fático. O artigo 47 do Código de Defesa do Consumidor reitera o entendimento de que a interpretação dessa cláusula contratual deve ser a favor do consumidor nos contratos de adesão.

Os consumidores deverão compreender efetivamente o que estão negociando. O artigo 54 § 4º combinado com o artigo 46 do Código de Defesa do Consumidor estabelece o dever de dar oportunidade ao consumidor de tomar conhecimento do conteúdo das cláusulas contratuais. O artigo 16 da Lei 9.656/98 reitera esses dispositivos e determina a clareza contratual. Logo, o fornecedor é responsável por facilitar e ajudar a compreensão do consumidor médio, com o objetivo de assegurar a autonomia da vontade e o equilíbrio contratual. Assim, os fornecedores devem esclarecer quais serviços o consumidor terá direito; havendo ou não a opção de tratamento domiciliar, e qual o limite para garantir o mínimo existencial durante o tratamento do consumidor.

É direito básico do consumidor: requerer judicialmente a revisão da cláusula contratual que exclui o atendimento domiciliar conforme o disposto no art.6, inciso V do Código de Defesa do Consumidor. Comprovado o favorecimento excessivo à unilateralidade e ao desequilíbrio irrazoável da engenharia contratual, redefine-se o que é razoável em matéria de concessões ao consumidor e inicia-se uma ação reequilibradora sob o foco do direito contratual em sua visão social. O Poder Judiciário deve arbitrar a prestação negada ao tratar-se de uma cláusula ambígua.

Por conseguinte, o consumidor deverá ingressar na esfera judicial se sofrer a lesão de direito na negativa de cobertura do tratamento domiciliar. Fundamentar o pleito no sistema de tutela reforçada do usuário - consumidor - paciente e na aplicação conjunta do direito à saúde e de proteção do consumidor decorrente dos deveres jusfundamentais previstos na Constituição Federal. Enfatizar a garantia de existência digna conforme os ditames da justiça social, que subordina os princípios de ordem econômica ao princípio da dignidade humana na Constituição Cidadã. Mostrar a abusividade da cláusula que exclui e limita a internação domiciliar conforme os dispostos no artigo 51 do Código de Defesa do

Consumidor e na súmula 302 do Superior Tribunal de Justiça, a fim de que seja decretada a nulidade da cláusula.

Observa-se que a exclusão do tratamento domiciliar pode eventualmente desequilibrar o conteúdo do contrato de assistência médico hospitalar. Destarte, mesmo diante dessa restrição, esta não deve ser usada para acobertar erros de cálculos atuariais e, tão pouco, diminuir a possibilidade do consumidor de receber a contraprestação pela quantia já paga. A realidade do desenvolvimento do conhecimento técnico permite melhor análise dos riscos para os seguradores. O fato que desequilibra a álea do contrato é a provável manipulação das planilhas financeiras apresentadas pelos fornecedores à Agência Nacional de Saúde buscando encobrir reais lucros empresariais.

Face a lesão de direito, cabe ao Poder Judiciário exigir que os fornecedores provem possível inviabilidade econômica através da demonstração dos cálculos atuariais. Nesse azo, suscita-se hipoteticamente esta situação: caso haja ganho de causa para um consumidor (o autor da demanda), os magistrados podem também ordenar que os fornecedores apresentem estimativa de quanto a carteira suportaria para manter uma cota de consumidores conveniados, de acordo com a gravidade de cada paciente, em regime de internação domiciliar e sem interrupção da jornada de cuidados, com o intento de garantir o mínimo existencial a cada um deles. A idéia é transferir esse risco para o sistema como um todo, suavizando e solidarizando o preço do Programa de Internação Domiciliar para que seja suportado por todos os consumidores conveniados. Desse modo, a solidariedade deve estar presente no contrato de cooperação como divisão paradigmático-objetiva da sinistralidade.

Veja que a missão desta pesquisa é doravante incentivar maiores estudos sobre a aplicação do Programa de Atenção Domiciliar, assim como priorizar a necessidade de

maior integração das ciências jurídica, médica e atuariais para que a Justiça possa atuar mais acertivamente e de forma célere diante dos argumentos levantados sobre os contratos de planos de saúde e seguros saúde. Encontrar a justiça contratual, e principalmente, proteger consumidores tão vulneráveis são a máxima deste trabalho.

Almejamos que os órgãos de defesa do Direito do Consumidor possam intensificar a fiscalização da utilização dos programas de atenção domiciliar e amparar os injustiçados, que em muitos casos vivenciam um contexto socioeconômico delicado, e, em razão da extrema fragilidade física e emocional, muitas vezes se calam.

Que a doutrina possa olhar atentamente para as questões expostas e tão pouco mencionadas nos artigos e livros acadêmicos, e venha presentear todos os consumidores e defensores do Direito do Consumidor com o avanço da ciência jurídica para uma vida melhor na sociedade.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE. Disponível em <<http://www.ans.gov.br>>. Acesso em: 23 fev. 09.

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. RESOLUÇÃO DA DIRETORIA COLEGIADA N 11, de 26.01.2006. Dispõe sobre o Regulamento Técnico de Funcionamento de Serviços que prestam Atenção Domiciliar. D.O de 30.01.2006.

ASSOCIAÇÃO PRO TESTE CONSUMIDORES. Lei de Plano de saúde: balanço de dez anos. Disponível em: <<http://www.proteste.org.br/map/show>> Acesso em: 01 ago. 2008.

BATTELLO, Silvio Javier. A (in) justiça dos endividados brasileiros: uma análise evolutiva. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: RT, v. 29, 2006.

BICALHO, Ana Beatriz Rutowitsch. Os contratos de planos de saúde e a sua revisão jurisdicional. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: v. 49, 2005.

BOLANHEZI, Ari. Empresas já atendem 30 mil pacientes em casa por mês. **O Estado de São Paulo**. São Paulo 14 fev. 06, Caderno Saúde, p- A14.

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.

CONSTITUIÇÃO (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2009.

CONSELHO FEDERAL DE ENFERMAGEM. Resolução COFEN n 267/2001. Disponível em: <<http://www.corensp.org.br>> Acesso em: 22 fev. 09.

CONSELHO FEDERAL DE ENFERMAGEM. Resolução COFEN n 270/2002. Disponível em: <<http://www.corensp.org.br>> Acesso em: 22 fev. 09.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM nº 1.668/2003. Dispõe sobre normas técnicas necessárias à assistência domiciliar do paciente, definindo responsabilidades do médico, hospital, empresas públicas e privadas; e a interface multiprofissional neste tipo de assistência. [...] D.O.U de 03.06.03. Seção 1, p.84.

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.

FRAGATA, Mariângela Sarrubbo. **A saúde na Constituição Federal e o contexto para a recepção da Lei 9.656/98. Saúde e responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FRANCO, Túlio Batista *et al.* **Assistência domiciliar na saúde suplementar: revelando os processos de trabalho.** Disponível em: <www.hucff.ufrj.br/micropolitica/pesquisas/implantacaoad/textos/ad_na_saude_suplementar_revelando_os_processos_de_trabalho.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2008

_____. **Implantação de atenção domiciliar no âmbito da saúde suplementar: modelagem a partir das experiências correntes.** Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/portal/site/biblioteca>> Acesso em: 04 ago. 2008. e <www.ans.gov.br/portal/upload/biblioteca/UFF_Domiciliar.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2009.

FUX, Luiz. **Tutela de urgência e plano de saúde.** Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2000.

GALVÃO, Fernanda. Hospital em domicílio. **Isto é dinheiro.** n. 439, 2006, p.78-79.

GREGORI, Maria Estela. A saúde suplementar no contexto do Estado Regulador Brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: v. 59, 2006.

_____. Desafios após dez anos da Lei dos Planos de Saúde. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: v. 66, 2008.

_____. **Planos de saúde: a ótica da proteção ao consumidor.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GUANDALINI, Giuliano; BORSATO, Cíntia. A inflação da saúde. **Revista Veja.** São Paulo: Abril. v. 41, n.19, 2008, p. 92-100.

HOME DOCTOR. Assistência Médica Domiciliar. Disponível em: <<http://www.homedoctor.com.br/telas>>. Acesso em: 30 jul. 2008.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Aniversário da Lei de Planos de Saúde: nenhum motivo para comemorar. Disponível em: <http://www.idec.org.br/rev_idec_texto> Acesso em: 28 jul. 2008.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Economia da saúde 2000-2005**. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias>>. Acesso em: 04 set. 2008.

IX CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DO CONSUMIDOR. Jun.08. Brasília (DF). BRASILCON. Roberta Zanata.

LABORATÓRIO DE PESQUISAS SOBRE PRÁTICAS DE INTEGRALIDADE EM SAÚDE . Disponível em: <<http://www.lappis.org.br>>. Acesso em: 28 jul. 08.

LAZZARINI, Marilena; TRETTEL, Daniela Batalha. A dignidade da pessoa humana e a missão da ANS. **Revista Jurídica Consulex** 1, Consulex, v. 12 n.282. 15 out. 2008.

LEI nº 9.656, de 03 de Junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. D.O.U Seção 1 - 04/06/1998 , p- 1.

LOPES, José Reinaldo de Lima; GARCIA NETO, Paulo Macedo. **Consumidores de planos de saúde (ou, doente também tem direitos) – uma revisão. Saúde e Responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARQUES, Cláudia Lima *et al.* **Saúde e responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, v.13.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: RT, v. 29, 2006.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 2.tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. rv., ampl., e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Sistema Nacional de Informação de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <www.mj.gov.br/SindecNacional/reclamacao>. Acesso em: 28 jul. 2008.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Agência Nacional de Saúde**. Caderno de Saúde Suplementar: beneficiários, operadoras e planos. Rio de Janeiro. 2 ed. rev. e atualizada, 2008.

NEIVA, Paula *et al.* Especial Demografia. **Revista Veja**. São Paulo: Abril, n.30, 30.jul.2008, p. 94-105.

NÓBREGA, João Neumann Marinho. As cláusulas abusivas nos contratos de planos privados de assistência à saúde: uma proposta de sistematização. **Revista de Direito Privado**, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. – set., 2005.

NUNES, Antonio Rizzatto. O Código de Defesa do Consumidor e os planos de saúde: o que importa saber. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: v. 49, 2005.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Lei dos Planos de Saúde (Lei 9.656/98): dez anos depois. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: v. 67, 2008.

_____. Regulamentação dos planos de saúde e proteção da pessoa humana. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: v. 51, 2005.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos *et al.* **Planos de saúde e direito do consumidor. Saúde e Responsabilidade 2**: a nova assistência privada à saúde. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PROJETO DE LEI N.º 2.934 de 2004. Altera a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, e dá outras providências. **Data de Apresentação**: 04/02/2004. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>> Acesso em: 22 fev. 09.

PROJETO DE LEI N.º 4.076 de 2001. Altera a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, que "dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde" incluindo os procedimentos preventivos no rol dos serviços a serem oferecidos pelas empresas do setor. **Data de Apresentação**: 08/02/2001. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>> Acesso em: 22 fev. 09.

RESOLUÇÃO NORMATIVA - RN Nº 167, DE 9 DE JANEIRO DE 2007. Atualiza o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, que constitui a referência básica para cobertura assistencial nos planos privados de assistência à saúde, contratados a partir de 1º de janeiro de 1999, fixa as diretrizes de Atenção à Saúde e dá outras providências. Na Resolução Normativa – RN nº 167, de 9 de janeiro de 2008, publicada no DOU nº 7, em 10 de janeiro de 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: RT, v. 67, 2008.

SCHMITT, Cristiano Heineck; MARQUES, Cláudia Lima. **Visões sobre os planos de saúde privada e o Código de Defesa do Consumidor. Saúde e Responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

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.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 10 set. 2008.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA AG 604.965-SP. Relatora: Nancy Andrichi. Brasília, DF 24.10.2003. DJ 18.11.2004.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. AG 560172-RJ. Relatora: Nancy Andrichi. Brasília, DF 17.02.2004. DJ 31.03.2004.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Turma. AG 715.491-RJ. Relator Fernando Gonçalves. Brasília, DF 10.11.2005. DJ 21.11.2005.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AG 540.387-SP. Relatora Nancy Andrichi. Brasília, DF. 24.10.2003. DJ 07.11.2003. Ação de reparação de dano moral. Interpretação de cláusulas contratuais. Reexame de matéria fática.

TRABUCO, Luiz. **10 anos da Lei 9656, de 1998**. Disponível em: <<http://www.fenaseg.org.br/main>>. Acesso em: 28 jul. 08.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Primeira Turma Cível. Agravo de Instrumento 2007 00 2 010299-7. Relator Flávio Restirola.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, 4ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível n. 250.599-4/6-00 SP Relator José Geraldo de Jacobina Rabello. São Paulo, SP. 24.10.2002.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Primeira Câmara de Direito Privado, apelação cível com revisão n 380.939-4/2-00. Relator Santi Ribeiro. São Paulo, SP. 28.03.2006.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Nona Câmara de Direito Privado. AG n 309.298.4/6-00. Registrado sob o n 617338. SP em 09.09.2003.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Primeira Câmara Cível. AG n 2007.002.00801. Relatora Helena Cândida Lisboa Gaede. Rio de Janeiro, RJ. 22.01.2007

VILARINHO, Paulo Ferreira. O campo da saúde suplementar no Brasil à luz da teoria do poder simbólico de Pierre Bourdieu. **Cadernos EBAPE.BR**. v. II, 2004, n. 3, p. 1. Disponível em <<http://www.ans.gov.br>>. Acesso em: 26 mai. 08.

WALDMAN, Ricardo Libel. O sobre-princípio da função social do contrato: da filosofia à dogmática jurídica. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: v. 59, 2006, p. 137.

APÊNDICE 1 - Procedimentos para liberação e manutenção do Programa de Atenção Domiciliar

Para ser admitido em Atenção Domiciliar, primeiro é necessário que haja a indicação do profissional de saúde que acompanha o paciente. Este profissional de saúde deverá encaminhar ao Serviço de Atenção Domiciliar (SAD) um relatório detalhado sobre as condições de saúde e doença do paciente contendo histórico, prescrições, exames e intercorrências. O SAD é a “instituição pública ou privada responsável pelo gerenciamento e operacionalização de assistência e/ ou internação”.¹⁵⁰. Cumpre informar que o Programa de Assistência domiciliar apresenta a existência de modalidades extremamente diversas dependendo da operadora que o adota.¹⁵¹

Embora a edição do livro de Elida Séguin seja anterior a Resolução da Diretoria Colegiada n 11/2006, percebe-se que há semelhança e coerência com essa norma, tendo em vista que a autora quase usa os mesmos termos ao descrever os critérios de admissão do paciente da seguinte forma:

Para que o Plano de Saúde admita o procedimento é necessário uma análise da viabilidade da implantação, inclusive a real necessidade de um atendimento domiciliar, a indicação do médico assistente, a solicitação da família e a concordância do próprio paciente. Nestes casos, surgem as Fichas de Solicitação de Atendimento em Domicílio (SAD).

¹⁵⁰ AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. RESOLUÇÃO DA DIRETORIA COLEGIADA N 11, de 26.01.2006. Dispõe sobre o Regulamento Técnico de Funcionamento de Serviços que prestam Atenção Domiciliar. Anexo D.O de 30.01.2006.

¹⁵¹ FRANCO, Túlio Batista *et al.* **Assistência domiciliar na saúde suplementar**: revelando os processos de trabalho. Disponível em: www.hucff.ufrj.br/micropolitica/pesquisas/implantacaoad/textos/ad_na_saude_suplementar_revelando_os_processos_de_trabalho.pdf. p- 3 .Acesso em: 28 ago. 2008.

O auditor do Plano deverá opinar para liberar o procedimento que exige várias figuras, como a do cuidador e os membros que compõem a equipe (médico, nutricionista, assistente social, enfermagem, fisioterapia, psicologia, fonoaudiólogo).¹⁵²

Na Resolução da Diretoria Colegiada nº 11/2006, o segundo passo é elaborar o Plano de Atenção Domiciliar (PAD) que consiste num documento que contempla um conjunto de medidas que orienta a atuação de todos os profissionais envolvidos de maneira direta ou indireta na assistência a cada paciente em seu domicílio desde a sua admissão até a data da alta ou óbito do paciente. O registro dos pacientes em atenção domiciliar e o PAD devem ser mantidos pelo SAD. Dentre outras atribuições cabe ao SAD:¹⁵³

4.12.4 O SAD deve garantir o fornecimento de cópia integral do prontuário quando solicitado pelo paciente ou pelos responsáveis legais.

4.13 O SAD deve fornecer aos familiares dos pacientes e/ou cuidadores orientações verbais e escritas, em linguagem clara, sobre a assistência a ser prestada, desde a admissão até a alta.

4.14 O SAD deve prover por meio de recursos próprios ou terceirizados, profissionais, equipamentos, materiais e medicamentos de acordo com a modalidade de atenção prestada e o perfil clínico do paciente.

4.15 O SAD deve observar, como critério de inclusão para a internação domiciliar, se o domicílio dos pacientes conta com suprimento de água potável, fornecimento de energia elétrica, meio de comunicação de fácil acesso, facilidade de acesso para veículos e ambiente com janela, específico

para o paciente, com dimensões mínimas para um leito e equipamentos.¹⁵⁴

4.16 O SAD deve controlar o abastecimento domiciliar de equipamentos, materiais e medicamentos conforme prescrição e necessidade de cada paciente, assim como meios para atendimento a solicitações emergenciais.

4.17 O SAD deve assegurar o suporte técnico e a capacitação dos profissionais envolvidos na assistência ao paciente.

¹⁵² SÉGUIN, Elida. **Plano de saúde**. Rio de Janeiro: *Lúmen Júris*, 2005, p. 47.

¹⁵³ AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. RESOLUÇÃO DA DIRETORIA COLEGIADA N 11, de 26.01.2006. Dispõe sobre o Regulamento Técnico de Funcionamento de Serviços que prestam Atenção Domiciliar. Anexo D.O de 30.01.2006.

¹⁵⁴ *Ibidem*.

4.18 O SAD deve estabelecer contrato formal, quando utilizar serviços terceirizados, sendo que estes devem ter obrigatoriamente Alvará Sanitário atualizado.

4.19 O SAD deve elaborar e implementar um Programa de Prevenção e Controle de Infecções e Eventos Adversos (PCPIEA) visando a redução da incidência e da gravidade desses eventos.¹⁵⁵

¹⁵⁵ AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. RESOLUÇÃO DA DIRETORIA COLEGIADA N 11, de 26.01.2006. Dispõe sobre o Regulamento Técnico de Funcionamento de Serviços que prestam Atenção Domiciliar. Anexo D.O de 30.01.2006.

APÊNDICE 2 - O perfil do mercado consumidor

Cada operadora adota um determinado formato na organização de assistência à saúde. Essas configurações são estruturadas nos contratos com os prestadores, fornecedores e beneficiários. Para que se tenha uma noção deste quadro, cumpre informar que o mercado de planos privados de assistência à saúde apresentou 39,9 milhões de vínculos de beneficiários a planos de assistência médica em março de 2008. Também aponta um crescimento de 31,7% no total de vínculos contratuais a planos de assistência médica no período de março de 2000 a março de 2008.¹⁵⁶ A Agência Nacional de Saúde acrescenta:

Atualmente, existem 1.599 operadoras com beneficiários registradas na ANS, das quais 1.346 (84,2%) atuam na Região Sudeste. No estado de São Paulo, os beneficiários estão distribuídos em 1.122 operadoras. Nenhum estado do país apresenta menos de 123 operadoras atuando em seu território.¹⁵⁷

A segunda edição do Caderno de Informação da Saúde Suplementar não trouxe dados publicados sobre a assistência domiciliar. Já o Núcleo Nacional das Empresas de Assistência Médica Domiciliar (Nead) divulgou os seguintes dados em 2006: existiam 170 empresas brasileiras especializadas em atendimento de saúde domiciliar no Brasil; 30 mil pessoas eram atendidas em casa por mês em todo o país; 73% dos clientes dessas empresas eram oriundos dos planos de saúde; havia 15 mil profissionais da área de saúde que

¹⁵⁶ MINISTÉRIO DA SAÚDE. Agência Nacional de Saúde. Caderno de Saúde Suplementar: beneficiários, operadoras e planos. Rio de Janeiro. 2 ed. rev. e atualizada, 2008. p.13.

¹⁵⁷ Ibidem, p. 15.

trabalhavam nessas empresas, e São Paulo concentrava 78% do mercado brasileiro desse tipo de empresas.¹⁵⁸

Pesquisa da Universidade Federal Fluminense constatou que 80% da clientela alvo da internação domiciliar são “doentes crônicos” e dentro dos 20% restantes há outro tipo de paciente que frequentemente vai para a casa: são os “doentes terminais”.¹⁵⁹

Os diferentes exploradores do sistema privado de saúde dividem-se em: grandes grupos econômicos e, eventualmente, existem pequenos e médios hospitais, criando formas quase cooperativas com seus consumidores. Essa distinção terá relevância na avaliação do caso concreto.¹⁶⁰

¹⁵⁸ BOLANHEZI, Ari. Empresas já atendem 30 mil pacientes em casa por mês. **O Estado de São Paulo**. São Paulo 14.fev.06, Caderno Saúde, p- A14.

¹⁵⁹ FRANCO, Túlio Batista et al. **Assistência domiciliar na saúde suplementar**: revelando os processos de trabalho. p- 18 Disponível em: <www.hucff.ufrj.br/micropolitica/pesquisas/implantacaoad/textos.pdf>. Acesso em: 28. ago.2008

¹⁶⁰ LOPES, José Reinaldo de Lima; NETO, Paulo Macedo Garcia. **Consumidores de planos de saúde (ou, doente também tem direitos) – Uma revisão. Saúde e Responsabilidade 2**: a nova assistência privada à saúde. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.173.