

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO INTERINSTITUCIONAL-MINTER UNISINOS/UNIDAVI
NÍVEL MESTRADO**

WALTER CARLOS SEYFFERTH

HOME CARE:

O QUE AS SEGURADORAS DEVEM E OS SEGURADOS PODEM?

SÃO LEOPOLDO

2018

Walter Carlos Seyfferth

Home Care:

O que as seguradoras devem e os segurados podem?

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Valor do Rio dos Sinos - UNISINOS

Orientador: Prof. Dr. Gerson Neves Pinto

São Leopoldo
2018

S519h Seyfferth, Walter Carlos
Home care: o que as seguradoras devem e os segurados
podem? / Walter Carlos Seyfferth -- 2018.
137 f. ; 30cm.

Dissertação (mestrado interinstitucional-Minter UNISINOS/
UNIDAVI em Direito) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos.
Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2018.

Orientador: Prof. Dr. Gerson Neves Pinto.

1. Direito. 2. Direito - Assistência domiciliar- Seguradora. 3.
Assistência hospitalar. 4. Contratos. 5. Home care. 6. Internação
domiciliar. 7. Direito - Assistência domiciliar- Segurado. I. Título. II.
Pinto, Gerson Neves.

CDU 34:614

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: "**HOME CARE: O que as seguradoras devem e os segurados podem?**" elaborada pelo mestrando **Walter Carlos Seyfferth**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 30 de novembro de 2018.

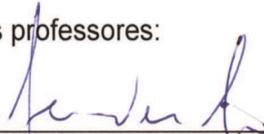


Prof. Dr. **Leonel Severo Rocha**

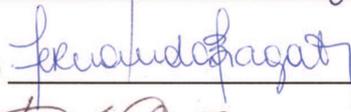
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

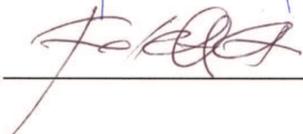
Presidente: Dr. Gerson Neves Pinto



Membro: Dra. Fernanda Frizzo Bragato



Membro: Dr. Fabiano Koff Coulon



AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientador, Professor Doutor Gerson Neves Pinto, por materializar e transcender a função do magistério, atuando com dedicação, paciência, entusiasmo e sobriedade ao acompanhar e edificar a pesquisa ao meu lado, sem o qual, esta dissertação jamais seria possível.

Agradeço a minha esposa, por sempre me acompanhar em todas as jornadas e caminhos que a vida direciona, acreditando em meus objetivos, incentivando-me a continuar construindo o profissionalismo e sustentando todas as dificuldades que se apresentaram perante nós.

Agradeço aos meus filhos e minha família de modo geral, por incentivarem que eu continue a buscar conhecimento e desenvolvimento, tanto pessoal quanto profissional, sempre motivando a carreira acadêmica com entusiasmo e orgulho.

Agradeço a Universidade para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí, por possibilitar e incentivar seu quadro docente a buscar qualificação com excelência, contribuindo para o desenvolvimento social da comunidade.

Agradeço, sobretudo, ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, por criarem de forma genuína as condições para realização do meu trabalho e alcance da titulação acadêmica com louvor, possibilitando o aprendizado com excelência e qualidade elogiáveis.

RESUMO

O trabalho analisa os limites obrigacionais das seguradoras perante os segurados nos contratos de plano de saúde, especialmente, com relação à interpretação jurisdicional do negócio jurídico realizado, cujo entendimento tem sido mostrado tendente à estender os efeitos contratuais para cobertura do tratamento *Home Care* de modo geral, ainda que existam cláusulas expressamente vedando tal disposição, o que acaba por onerar significativamente a seguradora, sobretudo, quando se visualiza a situação de internação domiciliar do segurado ao invés dos cuidados básicos da assistência domiciliar, reproduzindo uma insegurança jurídica sobre a real concepção dos institutos. Para a realização da pesquisa foram utilizados o método de pesquisa fenomenológico-hermenêutico cuja execução dispõe de incursões analítico-descritivas. Com base na Teoria Crítica do Direito, observou-se a configuração de uma disputa dogmática em razão da falta de regulamentação da assistência domiciliar pela Agência Nacional de Saúde, resultando em decisões judiciais contrárias à própria função social e ordem econômica do contrato.

Palavras-chave: Assistência domiciliar. Assistência hospitalar. Contratos. *Home Care*. Internação domiciliar. Limites. Seguradora. Segurado.

ABSTRACT

The work analyzes the obligational limits between insurance companies and insured parties in health insurance contracts, especially, in a relation with the judicial interpretation of legal transaction carried out, which the knowledge has understood to extend the contractual effects to the coverage of Home Care treatment in general, even though there are clauses expressly blindfolded such provision, which ends up significantly encumbering the insurer, especially when viewing the situation of the insured's home hospitalization rather than the basic care of home care, which reproduces a legal uncertainty about the actual design of the institutes. To realize this research were used the phenomenological-hermeneutic research method whose execution has analytic-descriptive forays. Based on the Critical Theory of Law, it was observed the configuration of a dogmatic dispute due to the lack of regulation of home care by National Health Agency, resulting in judicial decisions that are contrary to the social function and economic order of the contract.

Keywords: Home assistance. Hospital care. Contracts. Home care. Home hospitalization. Limits. Insurance company. Insured.

LISTA DE SIGLAS

§	Parágrafo
§§	Parágrafos
AD	Assistência Domiciliar
ART	Artigo
ARTS	Artigos
CC	Código Civil Brasileiro
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
ELA	Esclerose Lateral Amiotrófica
N	Número
NBR	Norma Brasileira
P	Página
PR	Paraná
RJ	Rio de Janeiro
RS	Rio Grande do Sul
SAMDU	Serviço de Assistência Médica Domiciliar e de Urgência
SC	Santa Catarina
SUS	Sistema Único de Saúde

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 DOS CONTRATOS EM GERAL	18
2.1 Síntese Histórica e Evolução do Direito Contratual	23
2.2 Princípios Fundamentais do Direito Contratual Clássico.....	28
2.2.1 Princípio da Autonomia da Vontade	29
2.2.2 Princípio da Força Obrigatória do Contrato	32
2.2.3 Princípio da Relatividade dos Efeitos Contratuais.....	34
2.2.4 Princípio do Consensualismo e da Autonomia Privada	34
2.2.5 Princípio da Boa-fé Objetiva e Subjetiva	35
2.2.6 Princípio da Equivalência Material	42
2.2.7 Princípio da Função Social do Contrato	43
2.3 Contratos de Assistência Hospitalar	50
2.3.1 Definição e Limites Contratuais.....	54
2.3.2 Contratação Particular de Assistência Hospitalar.....	59
2.4 Contratos de Atendimento Ambulatorial.....	61
2.4.1 Definição e Limites Contratuais.....	63
2.5 Internação Hospitalar	64
3 ATENÇÃO DOMICILIAR À SAÚDE E CONTRATOS DE HOME CARE.....	69
3.1 Implicações e Práticas da Equipe Médica.....	74
3.2 Constituição Legal e Jurisdicional da Assistência Domiciliar à Saúde (<i>Home Care</i>)	77
3.3 Assistência Hospitalar e Assistência Domiciliar (<i>Home Care</i>), Aspectos do Direito do Cidadão à Saúde como Dever do Estado	84
3.4 Contratos de Assistência Domiciliar e a Teoria da Imprevisão do Ônus Contratual	88
3.5 Contratos de Assistência Domiciliar e a Teoria da Base Objetiva do Negócio Jurídico sob a Ótica do Direito do Consumidor	93
3.6 Responsabilidade da Seguradora e Limites Contratuais dos Planos de Saúde	98
4 DIFERENÇAS ESSENCIAIS ENTRE ASSISTÊNCIA HOSPITALAR, ASSISTÊNCIA DOMICILIAR (HOME CARE), INTERNAÇÃO DOMICILIAR E	

INTERPRETAÇÃO JURISDICIONAL DOS CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE	103
4.1 Aplicação Especial da Lei nº 8.078/90 nas Relações Jurídicas entre Seguradoras de Saúde e Segurado e Interpretação dos Contratos de Seguro Diante de sua Função Social.....	109
4.2 Esclerose Lateral Amiotrófica e Assistência Domiciliar.....	116
4.3 Decisões Judiciais e Interpretação Jurisdicional dos Contratos de Plano De Saúde em Razão da Prescrição Médica de Assistência Domiciliar	118
4.3.1 Impactos Econômicos das Decisões Judiciais nas Seguradoras de Saúde nos Estados do Paraná, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, Santa Catarina e São Paulo	124
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	128
REFERÊNCIAS.....	131

1 INTRODUÇÃO

O tema designado pauta-se pela análise dos contratos de planos de saúde via *Home Care* e a interpretação jurisdicional dos efeitos contratuais de forma extensiva. Busca-se, com isso, ponderar os requisitos dos contratos em geral perante a legislação civil e a legislação de defesa do consumidor a fim de verificar, com base nos princípios gerais e específicos, as diferenças entre a assistência hospitalar domiciliar e a internação hospitalar. Concomitantemente, buscar-se-á analisar as recentes decisões judiciais que tem entendido por obrigar as seguradoras de saúde à realizar a internação domiciliar do segurado quando há contratação do plano de saúde *Home Care*, ainda que haja expressa cláusula vedando tal possibilidade. O tema é objeto dos tribunais e têm ganhado contornos de notoriedade dos juristas vez que a questão em discussão trata de elementos principiológicos e interpretativos da norma constitucional e infraconstitucional, ou seja, exigindo que o aplicador do direito opere com hermenêutica e contextualização social.

Para realizar a delimitação do tema, propõe-se à desenvolver uma pesquisa cujo intuito é analisar os limites obrigacionais dos contratos de prestação de serviços de Assistência domiciliar à saúde, em especial, investigar sobre as diferenças da assistência domiciliar e Internação domiciliar, avaliando-se a resposta jurídica para cada caso utilizado no presente trabalho e levando em consideração as decisões judiciais dos Tribunais de Justiça dos Estados de Santa Catarina, São Paulo, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, Paraná, tal como do Superior Tribunal de Justiça no período compreendido entre 2016 a 2018, em pesquisa realizada com base nas palavras de busca: “assistência” “domiciliar” “responsabilidade” “internação domiciliar”, em vista de que mostram-se, constantemente, sob o entendimento de que a internação domiciliar está dentro das obrigações da seguradora quando se propõe à prestar assistencialismo ao segurado, ainda que a doutrina ressalte vastas diferenças materiais, estruturais e elementares no objeto da contratação.

Até mesmo porque, conforme se contrastará, a Internação Domiciliar e o *Home Care* são procedimentos que exigem relevante concentração da seguradora, que atuará em substituição ao Estado para garantir o efetivo direito fundamental do cidadão à saúde.

A opção pela abordagem específica das decisões destes tribunais, limitada ao período indicado, tem como razão o fato de que nestes Estados concentram-se os

maiores impactos econômicos aos segurados, ocasionados pelo aumento de demandas jurídicas no sentido de ver reconhecida a extensão do tratamento ambulatorial para o domicílio.

O problema apresentado encontra-se justamente no fato de que as decisões judiciais dos Tribunais de Justiça dos Estados de Santa Catarina, São Paulo, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, Paraná, tal como a Egrégia Corte do Superior Tribunal de Justiça no período compreendido entre 2016 a 2018, têm formalizado a concessão de Internação domiciliar, ou mesmo *Home Care*, aos segurados que realizaram a contratação de Assistência Hospitalar, ainda que o contrato preveja a exclusão específica da construção de ambiente ambulatorial em domicílio.

Nesse contexto, tais decisões tornam-se discricionárias, servindo tão somente para a concretização do sentimento de justiça eis que não levam em consideração os riscos que ditas ações refletem na ordem econômica da seguradora privada. Nessa perspectiva, a interpretação do texto constitucional é realizada de modo que os objetivos do Estado, como promotor da saúde, sejam diluídos para as entidades assistenciais, desdobrando-as economicamente para cumprir as medidas impostas e evitar penalizações civis.

No campo da hermenêutica jurídica, os contratos de Assistência Hospitalar são tidos como contratos de prestação de serviço de atendimento às enfermidades em ambiente ambulatorial de clínicas privadas ou instituições públicas, o que foge a possibilidade de abrangência da Assistência Hospitalar em domicílio (*Home Care*), uma vez que predispõe de profissionais designados para cada paciente em específico, direcionando-os para o endereço do segurado, além da composição de aparelhos, fármacos e mecanismos de controle da doença.

O agravante ulterior é quando a interpretação jurisdicional se deleita sobre o generalismo do direito fundamental do cidadão à saúde e estende a abrangência contratual à concessão de Internação Domiciliar, elemento obrigacional que precisa da instalação do próprio ambiente ambulatorial em domicílio, edificando-se a estrutura com equipamentos de elevado valor, além de equipes de profissionais técnicos que atenderão com exclusividade o paciente, razões pelas quais a seguradora sofre com oneração excessiva do objeto do contrato de seguro.

As diferenças que se apontam sobre a Assistência hospitalar, *Home Care* e Internação domiciliar se mostram em relação ao objeto contratado, ou seja, prestação de serviços de cuidados com a saúde em ambiente hospitalar, domiciliar,

ou constituição de ambiente hospitalar em domicílio, além da relação obrigacional que, conforme transmite o objeto, exigirá que a Seguradora disponha de equipamentos, fármacos e equipe técnica capacitada para atendimento das enfermidades, o prazo contínuo e ininterrupto do tratamento, além dos preparos e disposições de tratamentos de emergência com eficácia. Por conseguinte, questiona-se a existência de solução jurídica efetiva e adequada para que a seguradora possa promover a Assistência Hospitalar do segurado sem o receio de ter que arcar com elevados custos não previstos inicialmente.

Diante da complexa celeuma jurídica da assistência hospitalar domiciliar, supõe-se que os segurados podem receber a assistência *Home Care* e que as seguradoras devem prestá-la.

A razão que justifica o interesse pelo tema centra-se, primordialmente, na falta de fundamentação jurídica plausível nas decisões judiciais que obrigam os planos de saúde a fornecer a internação hospitalar domiciliar e a falta de atenção do Estado ao resultado que este fato alcança ao onerar excessivamente a atividade privada que passa a prestar o *Home Care* sem ter capacidade de proporcionar um atendimento digno.

A temática é atual e está presente diariamente na vida dos cidadãos em razão de acentuar-se ao direito fundamental à saúde.

É na análise da interpretação judicial do *Home Care* e seus limites que se deleita a relevância jurídica da presente Dissertação.

Por outro lado, a relevância acadêmica do tema tem por escopo apresentar um estudo detalhado da hermenêutica jurídica dos contratos de planos de saúde e a prestação dos serviços de assistência hospitalar domiciliar sob a perspectiva dos preceitos fundamentais da norma constitucional.

Não obstante, a relevância econômica do presente estudo encontra respaldo justamente no fato de que a internação hospitalar domiciliar, quando é o objetivo inicial do contrato, acaba onerando significativamente as empresas de saúde, além de encarrega-las com uma atividade fundamental do Estado, ainda que a concessão das internações domiciliares pelo Judiciário limite os custos ao mesmo despendidos na realização de uma internação no próprio ambiente ambulatorial.

Frisa-se, com isso, que a relevância social deste estudo é tratada pela urgência da regulamentação dos contratos de *Home Care* e a internação hospitalar

domiciliar, uma vez que se este tipo de situação não for combatida, poderá levar as seguradoras de saúde a um colapso existencial e econômico.

O tema vincula-se à Linha de Pesquisa do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos e também ao Projeto de Pesquisa do Orientador.

Como objetivo geral, propõe-se demonstrar as características e limites obrigacionais dos contratos de Assistência Hospitalar, onde o segurado, mediante retribuição pecuniária, realizar a contratação de serviços assistenciais que visam garantir o atendimento as enfermidades que lhe acometem, para, com isso, demonstrar as convergências que se constatam perante o *Home Care*, assim constituído pelo do atendimento hospitalar domiciliar, cujo objeto é o desenvolvimento de atividades assistenciais, procedimentos técnicos e orientações a serem realizadas no domicílio do segurado e, por último, a internação hospitalar domiciliar, que é justamente a criação de um ambiente ambulatorial no domicílio do segurado, acoplando máquinas, apetrechos, equipamentos e profissionais habilitados, cuja finalidade é analisar os fundamentos das decisões judiciais dos Tribunais de Justiça dos Estados de Santa Catarina, São Paulo e Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, Paraná, bem como da Colenda Corte do Superior Tribunal de Justiça, assim compreendidas no período do ano de 2016 a 2018, em que o julgamento se demonstra favorável a obrigar as seguradoras à realizar o *Home Care* e, caso necessário, a internação domiciliar do segurado, ainda que expressamente vetados por previsões contratuais.

Os objetivos específicos são:

- a) delimitar as diferenças entre o atendimento hospitalar, atendimento hospitalar domiciliar (*Home Care*), internação hospitalar e internação domiciliar;
- b) analisar a responsabilidade das seguradoras no atendimento à saúde do segurado dentro do panorama do Estado Democrático de Direito;
- c) debater acerca dos limites dos serviços privados e dos serviços públicos quando relativos à direitos e garantias fundamentais.
- d) avaliar os motivos determinantes das decisões judiciais dos Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo, Santa Catarina e Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, Paraná, bem como Superior Tribunal de Justiça, compreendidas no período entre 2016 e 2018, acerca dos contratos de

plano de Assistência Hospitalar e Assistência Hospitalar Domiciliar (*Home Care*);

- e) investigar os fundamentos jurídicos e teóricos das decisões judiciais dos Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo, Santa Catarina e Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, Paraná, bem como Superior Tribunal de Justiça, compreendidas no período entre 2016 e 2018, que tem entendido por estender os efeitos dos contratos de tratamento hospitalar ao tratamento em domicílio.

Teoria de base: O embasamento teórico busca situar o problema do estudo frente às diversas decisões judiciais dos Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo, Santa Catarina, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, Paraná e da Colenda Corte do Superior Tribunal de Justiça, no período compreendido entre 2016 e 2018, que tratam do tema de forma expansiva e solipsista, ressaltando-se o sentimento de justiça e desbravamento das garantias fundamentais. Além disso, há um aprofundamento sobre a maneira pela qual a ciência jurídica enxerga a jurisprudência na medida que será também objeto de pesquisa juntamente com a norma constitucional propriamente dita e referidos casos práticos pertinentes. A teoria se funda no aspecto processual da hermenêutica utilizada pela jurisdição ao interpretar a extensão dos contratos de assistência hospitalar perante as normas jurídicas constitucionais e infraconstitucionais.

A hermenêutica, nesse caso, preocupa-se mais com o processo de compressão da visão filosófico-interpretativa da relação entre Seguradora e Segurado do que a vertente metodológica constitutiva. Para tal finalidade, agregam-se elementos de autoridade e de tradição como fontes de pré-compreensão dos limites contratuais para prestação dos serviços de *Home Care* e Internação domiciliar.

A questão eletiva do imbróglio interpretativo das decisões judiciais indicadas se sujeita ao fato de que o Direito do cidadão à saúde e as garantias do Estado se fundam no dispositivo constituído pelo art. 196 da CRFB/88, cujo teor é generalista e extensivo, o que exige a aplicação imprescindível da hermenêutica jurídica no preenchimento das lacunas axiológicas da norma jurídica. O Professor Dr. Lenio

Luiz Streck¹ analisa as lições de Ferraz Júnior sobre a dicotomia “subjetivistas *versus* objetivistas”:

A polêmica ‘intenção do legislador’ *versus* ‘vontade da lei’ também suscita debates no âmbito da operacionalidade do Direito. Ferraz Jr. Foi muito feliz ao resumir a polêmica na dicotomia ‘subjetivistas *versus* objetivistas’. Assim, embora as duas correntes não possam ser distinguidas com grande nitidez, didaticamente podem ser separadas, conforme o reconhecimento da vontade do legislador (doutrina subjetivista) ou da vontade da lei (doutrina objetivista) como sede do sentido das normas. A primeira insiste em que, sendo a ciência jurídica um saber dogmático (a noção de dogma enquanto um princípio arbitrário, derivado de vontade do emissor de norma lhe é fundamental) é basicamente, uma compreensão do pensamento do legislador; portanto, interpretação *ex tunc* (desde então), ressaltando-se, em consonância, o papel preponderante do aspecto genético e das técnicas que lhe são apropriadas (método histórico). Para a segunda (objetivista), a norma goza de um sentido próprio, determinado por fatores objetivos (o dogma é um arbitrário social), independente até certo ponto do sentido que lhe tenha querido dar o legislador, donde a concepção da interpretação como uma compreensão *ex nunc* (desde agora), ressaltando-se o papel preponderante dos aspectos estruturais em que a norma ocorre e as técnicas apropriadas à sua captação (sociológico).

Sustenta-se a análise da hermenêutica jurídica aplicada na interpretação da norma constitucional em relação ao regime jurídico privado das seguradoras de saúde e dos segurados quando se verifica necessário avaliar os limites dos contratos de assistência hospitalar para estender sua abrangência aos cuidados em domicílio, seja transformando o objeto em *Home Care* ou Internação domiciliar.

A interpretação dos contratos de *Home Care*, no caso específico do presente estudo, tem por escopo avaliar a aplicação da função social dos contratos no âmbito do direito privado e público, assim enunciada por Cora Cristina Ramos Barros Costa na obra *A Função Social das Relações Privadas* de Marcos Erhardt Júnior e Fabíolo Albuquerque Lobo²:

Os contratos de consumo e os previstos no Código Civil de 2002 são, em tese, os mesmos e visam realizar o ideário do Estado Social. A diferença que se constata é que nos contratos protegidos pela Lei n. 8.078/90, o consumidor é presumidamente vulnerável e carente de tutela diferenciada, já que a relação jurídica sempre se configurará

¹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 79.

² EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; LÓBO, Fabíola Albuquerque. **A função social nas relações privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

entre fornecedor e consumidor, ou seja, entre desiguais; enquanto que nos contratos comuns supõe-se a equiparação das partes.

Revisão da Bibliografia: A estrutura da presente dissertação é dividida em três capítulos correlatos, onde busca-se, no primeiro Capítulo, apresentar a Teoria Geral do Direito Contratual no âmbito do Direito Civil e preceitos constitucionais pertinentes. Para acepção de tal objetivo, destacar-se-á a evolução histórica do direito contratual privado e, por consequência, a criação dos princípios fundamentais do direito contratual clássico e moderno, tais como a autonomia da vontade, a força obrigatória do contrato, relatividade dos efeitos contratuais, consensualismo e autonomia privada, boa-fé objetiva e subjetiva, equilíbrio material e função social do contrato.

Por conseguinte, apresentar-se-á os elementos constitutivos do contrato e do negócio jurídico propriamente dito, elencando-se os requisitos de validade, ou seja, a manifestação da vontade das partes, legitimidade, consentimento e, na teoria das nulidades e anulabilidades contratuais, os vícios de consentimento. Assim, com o entendimento geral do Direito Contratual no âmbito da legislação brasileira, estudar-se-á o papel do juiz, enquanto aplicador do direito, para dirimir a função social do contrato frente o contexto social em que o negócio jurídico se insere, uma vez que a intervenção do Estado na relação privada se revela como ação abruta, contudo, necessária quando se verifica a desatenção às solenidades e taxatividades da norma.

Para abordar a teoria do direito contratual e a conceituação de negócio jurídico, utiliza-se dos ensinamentos de Autores como Pontes de Miranda, Antônio Junqueira de Azevedo, Emílio Betti, Judith Martins-Costa, Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira, Cláudio Luiz Bueno de Godoy, Orlando Gomes, Rogério Zuel Gomes, Luiz Guilherme Loureiro, Francisco Paulo de Crescenzo Marino, Teresa Negreiros, Mariana Ribeiro Santiago, Eduardo Sens dos Santos, Saúl José Busnello, Marcos Catalan.

Já, no que concerne à abordagem das normas legais e a função social, utiliza-se das lições de Marcos Ehrhardt Júnior, Fabíola Albuquerque Lobo, Jeanne Blanquet, Roxana Cardoso Brasileiro Borges, Christiano Casseratti, Fabio Konder Comparato, José Cretella Júnior, José Augusto Delgado, Domingos Franciulli Neto, Decleciano Torrieri Guimarães, John Lock, Leonarto Mattiето, Celso Antônio

Bandeira e Mello, Cleyson Morales Alves, Nelson Nery Júnior, Benjamin Oliveira Filho, Miguel Reale e Silvio Rodrigues.

O Capítulo 2 tem por objetivo apresentar o conceito geral e características específicas dos Seguros e Planos de Assistência Privada à Saúde, cujo teor se constituirá através de apontamentos sobre a tipologia das Seguradoras de Saúde, as espécies de seguro, espécies de planos de saúde e assistência privada. Após superar o mérito do assistencialismo privado, ingressar-se-á na assistência hospitalar a fim de delimitar suas características gerais e específicas, efeitos obrigacionais objetivos e subjetivos dos contratos de assistência domiciliar e limites contratuais.

Com isso, será possível apresentar a Internação Domiciliar, demonstrando seu conceito geral e características específicas, o que evidenciará suas diferenças e, ao mesmo tempo, convergências com a Assistência Hospitalar, eis que se trata de processo complexo e que exaure todas as prestações da seguradora para com o segurado. A conceituação da Assistência Hospitalar e da Internação Domiciliar terá por sucessão a Assistência Hospitalar Domiciliar, comumente denominada de *Home Care*, cujo objeto se mostra como a miscigenação dos referidos institutos com o intuito de possibilitar que o segurado receba a atenção domiciliar à saúde, seja pelo Estado ou pela seguradora privada, quando há contratação de planos de saúde, ainda que se constituam de objetos diversos, o que impescinde de uma análise econômica do direito vez que a conciliação dos institutos onera insensivelmente o contrato.

Para estudar os Seguros e Planos de Assistência Privada, tomar-se-á por base as obras dos elementares dos doutrinadores Marcos Catalan, Ciro Augusto Floriani, Ricardo Maffeis, Cesar Luiz Passold, Mariana Ribeiro Santiago, Antônio Jeová Santos, Francisco Paulo de Crescencio Marino, Eduardo Sens dos Santos, Cláudia Lima Marques e Luciano Benetti Timm.

Por fim, no Capítulo 3, abordar-se-á as convergências entre a Assistência Hospitalar, *Home Care* e Internação Domiciliar, uma vez que tendo por base o estudo da Teoria Geral do Direito Contratual apresentado no primeiro capítulo e a caracterização dos seguros e planos de assistência privada à saúde, apresentados no segundo capítulo, é possível verificar a concretude e abrangência do direito fundamental à saúde, assim previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Para tanto, tecer-se-á apontamentos relativos às normas

constitucionais e infraconstitucionais, desenvolvendo a análise da omissão do Estado Brasileiro em relação à prestação do direito do cidadão à saúde e, por consequência, a responsabilização civil das seguradoras privadas de saúde com base nas lições de Cláudia Lima Marques.

Como objetivo geral do presente estudo, avaliar-se-á a interpretação dos contratos de Assistência Hospitalar, as cláusulas de cobertura de tratamentos de urgência e aplicação geral do Código de Defesa do Consumidor nas relações jurídicas entre seguradora e segurado sob a ótica dos ensinamentos de Leonardo de Medeiros Garcia. Neste ponto, convergências entre a Assistência Hospitalar, o *Home Care* e Internação Domiciliar é elemento que sucede, eis que, com isso, será possível demonstrar as diferenças objetivas e subjetivas, materiais e substanciais.

Superando-se tais questões, levantar-se-á o entendimento jurisdicional dos Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo, Santa Catarina, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, Paraná, bem como do Superior Tribunal de Justiça, assim compreendidos entre os anos de 2016 e 2018, quanto à interpretação extensiva dos contratos de Assistência Hospitalar, cujo resultado é pela obrigação da seguradora à prestar o assistencialismo domiciliar ao segurado, ou até mesmo a Internação Domiciliar, sendo os efeitos materiais e experimentais preocupantes em relação à super oneração da economia privada das entidades privadas. Por fim, concluir-se-á o terceiro capítulo, assim como constituído nos anteriores, pela análise do ativismo judicial em razão da aplicação hermenêutica das normas jurídicas na interpretação dos contratos privados de assistência domiciliar de modo a primar pela imputação genérica do direito do cidadão à saúde sem observar a consequente desestabilização social criada pela situação expansiva do objeto pactuado.

A pesquisa será ministrada pelas feições do método fenomenológico-hermenêutico cuja execução dispõe de incursões analítico-descritivas.

2 DOS CONTRATOS EM GERAL

Desde os primórdios da civilização, quando abandonado o estágio da barbárie e iniciando-se a experimentar certo progresso espiritual e material, o contrato passou a servir, enquanto instrumento de circulação de riquezas, como justa medida de interesses contrapostos, traduzindo-se na espécie mais importante e socialmente difundida de negócio jurídico, sendo a força motriz das engrenagens socioeconômicas do mundo.

Entretanto, para a busca de um entendimento mais amplo deste instituto, torna-se necessário compreender o conceito e a abordagem de algumas distinções que se reputam como necessárias, a natureza jurídica, sua evolução ao longo da história, os principais princípios que o regem e os elementos constitutivos.

A conceituação de contrato tem origem do latim *contractus*, que referencia o significado de unir, contrair. Já a Convenção, originária de *conventio*, provém de *cum venire*, vir junto. Pacto, por sua vez, provém de *pacis sí*, estar de acordo.³

Importante ressaltar que nem o Código Civil brasileiro atual e tampouco o antigo Código de 1916 trazem um conceito de contrato específico.⁴

Na busca de uma conceituação acerca do que vem a ser contrato, merece destaque a lição de Pontes de Miranda⁵:

[...] Todos os contratos são negócio jurídicos bilaterais. Porque aí, a bilateralidade diz respeito à composição subjetiva do suporte fático, ao nascimento do negócio jurídico, com as duas manifestações de vontade concordes (plano de existência). Poderia ser, em vez disso, plurilateral. Quanto à eficácia, é que os negócios jurídicos (bilaterais ou plurilaterais) podem ser unilaterais, bilaterais ou plurilaterais (plano de eficácia). Então, contratos bilaterais são negócios jurídicos, pelo menos bilaterais, de eficácia bilateral. Contrato bilateral é aquele que se erradia eficácia bilateral (deveres, obrigações, ações, de ambos os lados). Bilateral, aí, é, portanto, bilateralmente criador de direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções. Há prestação e contraprestação, que é o que o credor promete. Portanto, dever e contradever, obrigação e contra-obrigação, a que correspondem direito e contradireito, pretensão e contrapretensão.

³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 2, p. 364.

⁴ LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Contratos no novo código civil**: teoria geral e contratos em espécie. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2005. p. 26.

⁵ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 2000. p. 245.

Diante disso, entende-se que não se pode falar em contrato sem que se tenha expressa manifestação de vontade, ou seja, sem o “querer humano”, pois desta forma não haveria negócio jurídico e, não havendo negócio jurídico, não há contrato.⁶

Entende-se também, que essa manifestação de vontade deve fazer-se acompanhar pela necessária responsabilidade na atuação dos contratantes, subordinando-se estes às limitações derivadas do respeito a normas superiores de convivência, dentre elas as estabelecidas pelos princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva.⁷

Para o sempre categórico jurista Antônio Junqueira de Azevedo, a definição de negócio jurídico é intrinsecamente ligada à manifestação da vontade, concepção pela gênese voluntarista:

As definições do negócio jurídico, como ato de vontade, são as mais antigas na ordem histórica e talvez se possa dizer que, até hoje, mesmo na doutrina estrangeira, são elas ainda as mais comuns. Fala-se, então, para conceituar o negócio jurídico, em manifestação de vontade destinada a produzir efeitos jurídicos, ou em ato de vontade dirigido a fins práticos tutelados pelo ordenamento jurídico, ou, ainda, em declaração de vontade (adotada, porém, está última expressão em sentido pouco preciso, através do qual não se a destingue de manifestação de vontade.⁸

A manifestação da vontade é retratada pela doutrina como elemento fundamental da constituição do negócio jurídico, ou seja, a criação de direitos e deveres gira em torno do ato de vontade da parte.

⁶ BUSNELLO, Saul José; LUCAS, Ana Paula Schneider Lucion. O princípio da função social do contrato enunciado no artigo 421 do Código Civil Brasileiro. **Revista de Direito da Unidavi**. Rio do Sul, SC, p. 02, set. 2014. Disponível em: <<http://www.revistadireito.unidavi.edu.br/edicoes-antteriores/revista-1-abril-2010/oprincipiodafuncao-social-do-contrato-enunciado-no-artigo-421-do-codigo-civil-brasileiro>>. Acesso em: 20 fev. 2018.

⁷ BUSNELLO, Saul José; LUCAS, Ana Paula Schneider Lucion. O princípio da função social do contrato enunciado no artigo 421 do Código Civil Brasileiro. **Revista de Direito da Unidavi**. Rio do Sul, SC, p. 02, set. 2014. Disponível em: <<http://www.revistadireito.unidavi.edu.br/edicoes-antteriores/revista-1-abril-2010/oprincipiodafuncao-social-do-contrato-enunciado-no-artigo-421-do-codigo-civil-brasileiro>>. Acesso em: 20 fev. 2018. p. 02.

⁸ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 4.

Já para Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira e Melce Miranda Rodrigues⁹, o negócio jurídico só terá validade quando respeitar os requisitos fundamentais:

O negócio jurídico será válido quando observar os requisitos essenciais à sua formação atendendo a qualificação normativa dos elementos substantivos estabelecendo em acréscimo a adjetivação resultando então nos requisitos da capacidade, idoneidade e legalidade consoante dicção do art. 104 do CC, integrados por: agente capaz; livre manifestação de vontade; objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita e não defesa em lei. A manifestação da vontade deve ser exteriorizada livre de vícios, para que o negócio além de existir, seja válido.

Por consequência, contrato trata-se nada mais do que um acordo de vontades entre as partes, cujo objetivo é a realização de uma relação jurídica em busca da concretização de um objetivo comum de natureza patrimonial ou obrigacional.

Nesse contexto, conceitua-se contrato nos dizeres de Marino¹⁰, como:

Pode-se tomar o negócio jurídico como *fato social*, manifestação humana movida pela necessidade prática, ou enquanto *construção doutrinária*, conceito geral formado mediante processo de síntese a partir dos diversos tipos negociais. Independentemente da perspectiva que se venha a adotar quanto à sua gênese, o certo é que o negócio jurídico constitui uma das mais importantes *categorias jurídico-dogmáticas*, prestigiada com justiça pelo Código Civil de 2002 (arts. 104 e seguintes).

Para Antônio Junqueira de Azevedo¹¹, a teoria do ato jurídico é a criação moderna, e mesmo que alguns doutrinados têm negado a criação de um sistema de regras de constituição do negócio jurídico, é notório que uma série de princípios fundamentais se fundam na pretensão inicial:

A teoria do ato jurídico é criação moderna. Alguns autores recentes têm negado a utilidade e mesmo a possibilidade de uma condensação sistemática de regras comuns a todas as espécies de negócios jurídicos, entre os quais há, dizem eles, diversidades fundamentais. Este modo de ver é infundado. Se todos os negócios

⁹ FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; RODRIGUES, Melce Miranda. **Do negócio jurídico: a relevante questão da eficácia**. [S.l.], 2008. p. 5. Disponível em: <https://www.diritto.it/pdf_archive/28658.pdf>. Acesso em: 06 abr. 2018.

¹⁰ MARINO, Francisco de Paula Crescenzo. **Interpretação do negócio jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 21.

¹¹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 8.

jurídicos são declarações de vontade, não podem deixar de existir entre eles afinidades profundas. Estas se traduzem em princípios gerais sobre a capacidade de agir, a vontade e sua declaração de nulidades etc.

Antes de abordar a natureza jurídica, considera-se oportuno o esclarecimento de certas distinções terminológicas que se diferenciam do conceito de contrato, como até aqui abordado.

Em primeira linha, trata-se da documentação contratual, ou seja, a redação do negócio jurídico de forma expressa e materializada, o que traduz a vontade das partes de forma manifesta.

O instrumento de qualquer contrato se compõe de duas partes: a) preâmbulo; b) contexto. O *preâmbulo* é sua parte introdutória. Contém a qualificação das partes, a descrição do objeto, e, por vezes, anunciam-se as razões ou justificativas do contrato. O *contexto*, por sua vez, compõe-se das disposições do contrato, ou seja, das cláusulas contratuais, quando se tratar de contrato escrito.¹²

Para Sílvio de Salvo Venosa¹³ “*Convenção* é termo mais genérico, aplicável a toda espécie de ato ou negócio bilateral”.

Por fim, não há que se confundir contrato com *pacto*. Afirma Sílvio de Salvo Venosa¹⁴, que:

O termo pacto fica reservado para cláusulas acessórias que aderem a uma convenção ou contrato, modificando seus efeitos naturais, como o pacto de melhor comprador na compra e venda e o pacto antenupcial no casamento. Pacto, usado singelamente, não tem a mesma noção de contrato. Utiliza-se para denominar um acordo de vontades sem força cogente.

Da natureza jurídica, tem-se que o contrato é espécie de negócio jurídico. O douto professor Emílio Betti¹⁵, entende negócio jurídico como:

[...] o ato pelo qual o indivíduo regula, por si, os seus interesses, nas relações com outros (ato de autonomia privada): ato ao qual o direito liga os efeitos mais conformes à função econômico-social e lhe caracteriza o tipo (típica neste sentido).

¹² GOMES, Orlando. **Contratos**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 17.

¹³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 2, p. 364.

¹⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 2, p. 364.

¹⁵ BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. São Paulo: Servanda, 2008. p. 88.

Mais a frente, Emílio Betti¹⁶ comenta sobre a indispensabilidade do reconhecimento do fato como socialmente aplicável:

[...] Se qualquer negócio é, essencialmente, um fato social, e a autonomia privada é um fenômeno social, é fácil compreender que o negócio jurídico deve, também, satisfazer àquela exigência de recognoscibilidade que domina toda a vida social, isto é, deve ser um fato socialmente reconhecível.

A *manifestação de vontade* tem por base a essência do negócio jurídico, visto que o ato jurídico se cria pela vontade humana, o desejo de realização e formalização do fato.

A existência tem por base a materialidade do negócio jurídico, ou seja, a apresentação dos elementos básicos ou mínimos, quais sejam, agente, vontade, objeto e forma.¹⁷

A validade refere-se ao próprio negócio jurídico, é uma virtude que encontra justificação teórica, ou seja, os elementos estruturais que o compõe são imprescindíveis para que o negócio jurídico se revista de legitimidade.¹⁸

A eficácia pressupõe que o negócio jurídico seja apto a produzir todos os efeitos manifestados, seja de forma própria, típica ou jurídica. Para isso, conta-se com os aclamados fatores de eficácia: a) os fatores de atribuição da eficácia em geral, que se revelam como aqueles que, sem os quais, o ato não produz efeito algum; b) os fatores de atribuição da eficácia diretamente visada, ou seja, aqueles que visam produzir determinados fatores e alcançam exatamente o que a vontade almeja; c) os fatores de atribuição de eficácia mais extensa, ou seja, são aqueles que fazem o negócio jurídico tornar-se público e oponível à terceiros¹⁹

Estes três planos, existência, validade e eficácia, servem para a análise metódica e científica do contrato, permitindo a dissecação dos seus elementos de constituição, os pressupostos de validade e os fatores que possam interferir na sua eficácia jurídica.

¹⁶ BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. São Paulo: Servanda, 2008. p. 88.

¹⁷ FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; RODRIGUES, Melce Miranda. **Do negócio jurídico: a relevante questão da eficácia**. [S.l.], 2008. Disponível em: <https://www.diritto.it/pdf_archive/28658.pdf>. Acesso em: 06 abr. 2018. p. 5.

¹⁸ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 41.

¹⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 51-55.

Pontes de Miranda²⁰ aponta que: “O ato jurídico, incluído o negócio jurídico, existe e vale, nos limites da lei; a sua eficácia, desde a vinculação, depende da lei: é eficácia jurídica, isto é, a eficácia de que tem, no mundo jurídico”.

O jurista Pontes de Miranda²¹ comenta ainda que:

Só há efeitos jurídicos se a regra jurídica os determina, atribuindo-os ao fato jurídico. Nos negócios jurídicos, ainda quando esses efeitos são queridos pelo figurante, ou pelos figurantes, fora, portanto, dos que resultam de terem querido o negócio jurídico em si mesmo, a vontade só produz efeitos se a regra jurídica o estabeleceu, isto é, se deixou no figurante ou figurantes branco para auto-regramento.

Todavia, uma vez que o contrato é, como viu-se, espécie do gênero negócio jurídico, é necessário admitir que algum aspecto o distingue dos outros negócios jurídicos.

Esse aspecto é o consentimento, que pode ser definido como a “convergência das manifestações de vontades contrapostas”.²²

Pode-se dizer, então, que o consentimento é o núcleo do negócio jurídico contratual, uma vez que é formado a partir das vontades emitidas pelas partes declarantes. Sem esta manifestação de vontade e sem o consentimento, o negócio jurídico será considerado inexistente.²³

2.1 Síntese Histórica e Evolução do Direito Contratual

Não se pode fixar, ao longo da história, uma data específica de surgimento do contrato. Pode-se afirmar, no entanto, que nos primórdios da civilização o homem já necessitava da colaboração de terceiros para prover as suas necessidades.

Ao invés de utilizar-se de meios violentos para atingir seus objetivos, o homem passou a recorrer às formas de contratação, objetivando imprimir estabilidade às relações jurídicas que pactuava, segundo, é claro, os seus próprios propósitos.²⁴

²⁰ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 2000. p. 72-73.

²¹ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 2000. p. 72-73.

²² MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 2000. p. 18.

²³ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 2000. p. 19.

²⁴ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 2000. p. 1.

Ainda que sempre tenham existido operações econômicas, o contrato, nos moldes conhecidos atualmente é, como ver-se-á a seguir, um instituto de construção mais recente.

Na medida em que a sua ocorrência se confunde com a própria evolução moral da humanidade, a especificação de uma data ou período predefinido seria pura especulação. Pode-se sim, tentar buscar um período em que sua sistematização jurídica se tornou mais clara, mais perceptível pelo estudioso do direito ou pelo investigador da história.²⁵

Nesse contexto, imaginava-se que o surgimento do negócio jurídico contratual se deu em Roma. Isto, porém, é um equívoco. Segundo o magistral civilista Orlando Gomes²⁶, “não é no direito romano que se deve buscar a origem histórica da categoria jurídica que hoje se denomina contrato”.

O Direito Romano foi sim a principal fonte histórica dos sistemas jurídicos ocidentais, mas isso não significa que todos os institutos atualmente conhecidos tenham se originado de suas normas. Embora a doutrina costume iniciar a investigação histórica de um instituto em Roma, deve-se lembrar que o berço da civilização se forjou na Grécia, Estado que não abria mão de uma ordem jurídica.

O direito privado de Atenas da Era Clássica — Séculos V e IV a. C — já conhecia o contrato. Por meio dele os cidadãos dispunham livremente de seus bens. A transferência da propriedade era realizada através dele, com efeito limitado às partes. Com relação a terceiros existia um sistema de publicidade parecido ao atual registro dos atos. Quanto a proteção a terceiros, era mais ampla na Grécia do que em Roma, onde não existia esta publicidade.²⁷

A contratação, desde os primórdios de sua concepção jurídica, relaciona-se diretamente com a boa-fé, tal como se apresentava no Direito Romano, em conformidade com o que Judith Martins-Costa²⁸ enuncia:

A noção de boa-fé no Direito provém do mundo romano, registrando já a Lei das Doze Tábuas a norma segundo a qual *patronus si clienti fraudem fecerit, sacer esto*. Contudo, os historiadores indicam a sua ainda maior ancianidade, uma vez que a ideia expressa na palavra

²⁵ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 2000. p. 3.

²⁶ GOMES, Orlando. **Contratos**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 6.

²⁷ LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Contratos no novo código civil**: teoria geral e contratos em espécie. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2005. p. 29-30.

²⁸ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 49.

fides estaria ligada, segundo a tradição recolhida por Dionísio de Halicarnasso, à própria fundação de Roma, equivalendo-se dizer que é tão antiga quanto a instituição da clientela, embora aí esteja registrada pelo seu valor antinômico – *fraus*, e não *fides*.

A *fides* era uma ideia concebida como a *confiança*, um dos princípios basilares da formação do negócio jurídico, assim entendida também como a colaboração e o auxílio mútuo entre as partes, o amparo, a lealdade, o respeito à palavra, como forma de fundamentar a justiça e a virtude cívica.

A *fides* servia a propor um dever de proteção para pessoas juridicamente desiguais, o cidadão livre (patrício) e o cliente, e também entre companheiros, membros da *societas inter ipsos*, como dever de auxílio e colaboração.

A *fides*-promessa também servia ao propósito de garantir o cumprimento da palavra dada, ou mesmo, o que poderia ser concebido pela *pacta sunt servanda* moral. Na seara contratual romana, há de consagrarem três registros: (a) a expansão da *fides* nos contratos internacionais, ou seja, acordos entre Roma e outras cidades ou com estrangeiros; (b) a sua atuação estrutural e taxiômica em negócios tipicamente romanos, criando um instrumento processual especial e; (c) a função da *fides* como *bona*, ou seja, canône hermenêutico e integrativo dos contratos.²⁹

Na verdade, a noção de contrato atualmente concebida surgiu à luz da ideologia individualista típica do regime capitalista de produção.³⁰ Formou-se em consequência da junção de várias correntes de pensamento, dentre as quais destacam-se a dos canonistas e a da escola do Direito Natural. A contribuição dos canonistas deu-se quanto à valorização do consentimento, apregoando que a vontade é a fonte da obrigação, abrindo caminho para a formulação dos princípios da autonomia da vontade e do consensualismo. A escola do Direito Natural, por sua vez, contribuiu ao defender a concepção de que o fundamento racional do nascimento das obrigações se encontrava na vontade livre dos contratantes.³¹

No entanto, notável contribuição seria prestada pelo movimento iluminista francês, o qual, segundo sua vocação antropocêntrica, firmara a vontade racional do homem como centro do universo, decretando uma supervalorização da força

²⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 53.

³⁰ GOMES, Orlando. **Contratos**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 6.

³¹ GOMES, Orlando. **Contratos**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 5.

normativa do contrato, consagrando com isso, o *pacta sunt servanda*. Deocleciano Torrieri Guimarães³² assim define este princípio: “Princípio que determina, no Direito Internacional e nos contratos, que os pactos devem ser obrigatoriamente cumpridos pelas partes”.

A elevação da autonomia privada à posição de dogma, apoiada na referida visão antropocêntrica, refletiu-se em toda concepção dos contratos até o início do Século XX. Essa tendência individualista, acabaria por gerar sérios desequilíbrios sociais, os quais só foram contornados no decorrer do Século XX, pelo dirigismo contratual.

A respeito do significado de dirigismo contratual, Nelson Nery Júnior (2013, p. 8) explana que: “Seria uma espécie de elemento mitigador da autonomia privada, fazendo presente a influência do Direito Público no Direito Privado pela interferência estatal na liberdade de contratar”.

Pode-se, portanto, concluir, que o contrato sofreu sensíveis transformações no decorrer do Século XX, havendo experimentado um inegável processo de solidarização social, adaptando-se à sociedade de massa que se formava.

Leonardo Mattioto³³ observa com absoluta propriedade, que:

Nas palavras emblemáticas de Ripert, ‘o contrato já não é ordem estável, mas eterno vir a ser’. A noção de liberdade contratual havia sido construída como projeção da liberdade individual, ao mesmo tempo em que se atribuía à vontade o papel de criar direitos e obrigações. A força obrigatória do contrato era imposta como corolário da noção de direito subjetivo, do poder conferido ao credor sobre o devedor. Com a evolução da ordem jurídica, já não tem mais o credor o mesmo poder, o direito subjetivo sofre limites ao seu exercício e não compete aos contratantes, com exclusividade, a autodeterminação da *lex inter partes*, que sofre a intervenção do legislador e pode submeter-se à revisão pelo juiz.

A massificação atual das relações contratuais subverteu a balança econômica do contrato. A avença não é mais pactuada sempre entre iguais. Converteu-se em muitos casos num negócio jurídico padrão, documentado num simples formulário,

³² GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário técnico jurídico**. São Paulo: Rideel, 1995. p. 427.

³³ MATTIETO, Leonardo. O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de direito civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 175.

cabendo à parte mais fraca da relação aderir ou não à vontade da outra, sem possibilidade de discussão do conteúdo. Trata-se do contrato de adesão.³⁴

Sobre a boa-fé e a liberdade contratual, Judith Martins-Costa³⁵ comenta que:

Toda a atenção ao contrato estará, então, centrada e concentrada em seu momento formativo. O contrato é visto como uma conjugação entre consensos. Domat e Pothier insistem, ambos, no papel capital do consenso na ordem jurídica, consistindo no modo de exercício da liberdade individual. Essa noção cabe como uma luva ao espírito que domina a Revolução. [...] Ninguém duvida que, entre os 'direitos naturais', está o direito de se vincular por seu próprio consentimento. Será fácil, portanto, assimilar o contrato ao consentimento, e este à vontade, daí nascendo o voluntarismo que seria, por largo período, tanto a pedra de toque do Direito Contratual quanto a ferramenta privilegiada das operações econômicas de intercâmbio de bens e serviços típicas do capitalismo em suas várias formas.

Pontes de Miranda³⁶ dá outros contrastes à autonomia da vontade, aduzindo tratar-se de um Auto-regramento da vontade:

[...] Todas as vezes que as regras jurídicas aludem a suportes fáticos, em que a vontade seja m dos elementos, admitem elas que esses suportes fáticos se componham ou não se componham. Dizem, também, até onde se pode querer. Portanto, supõe-se que alguém queira ou não queira. O auto-regramento, a chamada 'autonomia da vontade', não é mais do que isso. A vida social tece-se com interesses em relação inter-humanas, que necessariamente ultrapassam e ficam aquém da esfera jurídica, isto é, da zona colorida em que a) os fatos se fazem jurídicos, b) relações nascidas independentemente do direito se tornam jurídicas e, c) relações jurídicas, nascidas, portanto, no direito, se estabelecem.

Por conseguinte, não se pode afirmar com precisão que o contrato esteja em crise, nem que a crise seja do direito privado. A crise está situada na própria evolução da sociedade, nas transformações sociais que exigem do jurista respostas mais rápidas, soluções prontas e adequadas aos novos desafios da sociedade.³⁷

Assim sendo, o direito das obrigações, e especialmente o direito dos contratos, que durante muito tempo se manteve avesso à modificação de seus princípios, está a exigir reflexões, no sentido de adequar-se a uma nova realidade.

³⁴ MATTIETO, Leonardo. O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de direito civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 7.

³⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 107.

³⁶ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2000. v. 3, p. 81.

³⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: contratos. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 368.

Pode-se deduzir que, diante das obrigações descumpridas o prejuízo não se resume unicamente ao credor ou contratante isolado, mas reflete-se a toda uma comunidade.

Diante deste quadro, tornou-se necessária a ampliação da interferência estatal nos contratos e, para tanto, o legislador brasileiro inseriu no Código Civil o artigo 421³⁸, que aborda a limitação da liberdade de contratar e a função social do contrato, procurando incluir o contrato como mais um elemento de eficácia social e trazendo a ideia básica de que o mesmo deve ser cumprido não unicamente em prol do credor, mas sim demonstrar clara preocupação com a tutela dos interesses sociais.³⁹

Cumprido ressaltar que esta interferência estatal na vida econômica implicou a limitação legal da liberdade de contratar e o encolhimento da autonomia da vontade, passando a ser descartada e censurada a liberdade de determinar o conteúdo na relação contratual.⁴⁰

Estas mudanças repercutiram no regime legal e na interpretação do contrato. A intervenção do Estado tornou-se um meio de assegurar a manutenção do regime democrático, fazendo limitações, por exemplo, aos contratos de adesão, surgindo em contrapartida os contratos dirigidos e os forçados sobre a tutela estatal.⁴¹

2.2 Princípios Fundamentais do Direito Contratual Clássico

A conceituação de princípio aparece por vezes em sentidos diversos. No presente estudo, de modo mais objetivo e específico, empregar-se-á no sentido de direcionamento e fundamento do Direito Contratual.

O jurista Celso Antônio Bandeira de Mello⁴² conceitua princípio como sendo:

Mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério de sua compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do

³⁸ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm#art2045>. Acesso em: 14 maio 2018.

³⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: contratos**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 368.

⁴⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 70.

⁴¹ Idem.

⁴² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 450.

sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

O ordenamento jurídico pátrio inclina-se a consolidar os princípios através de normas escritas. A própria CRFB/88⁴³ traz os princípios gerais de Direito expressos ora implicitamente ora explicitamente.

Os princípios de Direito Contratual referenciados originam-se dos constitucionalmente referidos, ou seja, os princípios gerais de Direito.

Assim, os princípios contratuais derivam de uma própria mutação de Estado, assim referendada por Marcos Ehrhardt Júnior e Fabíola Albuquerque Lobo⁴⁴:

Os principais institutos do direito privado, quais sejam: propriedade, contrato e família foram ressignificados em sua essência, ou seja, do cariz individual, próprio do Estado Liberal, adotaram a nova postura diante da ressystematização dos valores sociais acolhidos na Constituição, os quais foram imprescindíveis na construção deste novo arquétipo do direito privado.

Nessa perspectiva, destacar-se-á seguir alguns princípios que se reputam como norteadores do Direito Contratual, quais sejam: a) princípio da autonomia da vontade; b) princípio da força obrigatória do contrato; c) princípio da relatividade dos efeitos contratuais; d) princípio do consensualismo; e) princípio da boa-fé.

2.2.1 Princípio da Autonomia da Vontade

Pelo princípio da autonomia da vontade, os contratantes possuem liberdade para criar suas próprias declarações negociais, estabelecendo direitos e deveres que incidirão na vigência do contrato.

Para Cleyson Morales Mello e Thelma Fraga⁴⁵:

O princípio da autonomia da vontade é a gênese do direito contratual (fonte negocial), uma vez que as pessoas são livres e independentes para criar suas próprias declarações negociais, estabelecendo direitos e deveres para que incidam durante a vigência do vínculo contratual.

⁴³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em < http://planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 jan. 2018.

⁴⁴ EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; LOBO, Fabíola Albuquerque. **A função social nas relações privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 26.

⁴⁵ MELLO, Cleyson Morales; FRAGA, Thelma. **Direito civil: contratos - parte geral**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006. p. 21.

[...]

A autonomia da vontade centra-se no ideal da liberdade que possuem as pessoas capazes com o fim de poder contratar como desejarem, devendo responder, todavia, pelos encargos necessários para que sejam as contraprestações adimplidas.

Não há que se falar numa absolutização da autonomia da vontade, vez que esta possui suas próprias dimensões e deve ser mitigada e ponderada com os demais princípios contratuais, tais como: ordem pública, bons costumes, boa-fé, probidade, função social dos contratos, equidade etc.⁴⁶

Para Emílio Betti⁴⁷, o princípio da autonomia da vontade emana da própria declaração privada:

O mal não seria grande se por 'vontade' declarada devesse entender-se a mesma coisa que nós entendemos por estatuição ou preceito da autonomia privada. E, na verdade, o acrescentamento 'de vontade' na expressão 'declaração de vontade' não passa, com frequência, de uma redundância incolor e inútil, uma expressão genérica, que está a ocupar o lugar de designações específicas [...] Mas o mal está em que a palavra 'vontade' tem vários sentidos, e ora significa o objeto do querer, o querido [...] Ela faz crer na onipotência da vontade individual (a qual, de fato, no foro interno da consciência, não encontra limites extrínsecos); e dessa maneira induz a desconhecer os múltiplos limites sociais e jurídicos da autonomia privada.

Sívio de Salvo Venosa⁴⁸, por sua vez, afirma que:

O conceito de autonomia da vontade evoluiu. A noção de que por este princípio o contrato faz lei entre as partes é posto hoje em nova berlinda. Desapareceu o liberalismo que colocou a vontade como centro de todas as avenças. Ressalta ainda, que a liberdade de contratar nunca foi ilimitada, pois sempre esbarrou nos princípios de ordem pública.

Ainda, de acordo com o autor, a interferência do Estado na relação contratual privada mostra-se crescente e progressiva. Afirma que nos contratos contemporâneos a lei prende-se mais à contratação coletiva, visando impedir que as cláusulas contratuais sejam injustas para uma das partes. Assim, a lei procurou dar

⁴⁶ MELLO, Cleyson Morales; FRAGA, Thelma. **Direito civil: contratos - parte geral**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006. p. 21.

⁴⁷ BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. São Paulo: Servanda, 2008. p. 95-97.

⁴⁸ VENOSA, Sívio de Salvo. **Direito Civil: contratos**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 375.

aos mais fracos uma superioridade jurídica para compensar a inferioridade econômica.⁴⁹

O controle judicial não se manifesta apenas no exame das cláusulas contratuais, mas desde a raiz do negócio jurídico. O contrato não é mais visto pelo prisma individualista de utilidade para os contratantes, mas no sentido social de utilidade para a comunidade. Sendo assim, pode ser coibido o contrato que não busca esta finalidade.⁵⁰

Ressaltando a aplicação do contrato no campo social, Cláudia Lima Marques e Cristiano Heinech Schmitt⁵¹ comentam que:

O surgimento de perspectivas voltadas para o campo do social deram margem a um processo de restauração da vontade legítima do consumidor prejudicado por eventual desequilíbrio contratual ou afetado por serviços inadequados e ineficientes comparados à sua expectativa quando da contratação, bem quanto à imagem de um negócio seguro e eficiente a consagrar o 'princípio da manutenção do contrato', sem a presença da cláusula abusiva, com fundamento na função social desempenhada pelo contrato dentro da sociedade, orientando a relação obrigacional, realizando a distribuição eqüitativa dos direitos e deveres das partes contratantes.

Logo, o princípio da autonomia da vontade guarda estrita relação com a força obrigatória do contrato, assim como a interpretação das cláusulas contratuais de forma equitativa o que, para termos do direito consumeirista, significa igualar a vulnerabilidade contratual do consumidor com a preponderância do fornecedor.

Entre todas as possibilidades de contratação, os elementos que tem por objetivo a prestação de serviços referentes à saúde tem como primordial condição a observância da contextualização da saúde na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁵², assim sublinhada por Cláudia Lima Marques e Cristiano Heinech Schmitt⁵³:

⁴⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: contratos**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 375-376.

⁵⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: contratos**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 376.

⁵¹ MARQUES, Cláudia Lima; SCHMITT, Cristiano Heineck. **Visões sobre os planos de saúde privada e o código de defesa do consumidor**. Florianópolis: Biblioteca Virtual, 2007. p. 2. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/24753-24755-1-PB.pdf>>. Acesso em: 09 abr. 2018.

⁵² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 jan. 2018.

⁵³ MARQUES, Cláudia Lima; SCHMITT, Cristiano Heineck. **Visões sobre os planos de saúde privada e o código de defesa do consumidor**. Florianópolis: Biblioteca Virtual, 2007. p. 06. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/24753-24755-1-PB.pdf>>. Acesso em: 09 abr. 2018.

Como direito fundamental, o direito à saúde está inserido no conceito de 'dignidade humana', princípio basilar da República, previsto no inciso III do artigo 1º da Constituição Federal, pois não há se falar em dignidade se não houver condições mínimas de garantia da saúde do indivíduo. Da mesma forma, a proteção do direito à saúde é manifestada no caput do artigo 5º da Constituição, que preconiza a inviolabilidade do direito à vida, o mais fundamental dos direitos. Inconciliável, igualmente, proteger a vida, sem agir da mesma forma com a saúde.

No que tange ao limite da autonomia da vontade e a interpretação contratual, ao comentar a decisão do Superior Tribunal de Justiça quanto ao Recurso Especial 1.378.707/RJ, o notório jurista Marcos Catalan⁵⁴ destaca que:

A interpretação vai até muito mais longe e abrange também, pontos do negócio que não foram objeto de reflexões conscientes: pontos para os quais é inútil e irrelevante procurar descobrir uma vontade 'presumível', que [na] realidade não existiu [pois] se a interpretação se destina a desenvolver, na sua coerência lógica, a fórmula da declaração ou a estrutura do ato, em busca da ideia mais apropriada, ela leva, necessariamente, a [aclarar também] aquele conteúdo implícito ou marginal do negócio, que não se exprimiu na sua fórmula ou estrutura e que, quando muito, ficou na sombra, até na consciência das partes.

Ato contínuo, a autonomia da vontade, ainda que se revele excessivamente, deve respeitar o equilíbrio contratual, a ética, boa-fé e solidariedade, seja pela proteção aos demais princípios contratuais de modo geral ou para solucionar as antinomias com efetividade.

2.2.2 Princípio da Força Obrigatória do Contrato

Este princípio é também conhecido como *pacta sunt servanda* e pode ser conceituado como sendo aquilo que as partes, de comum acordo, estipularem e aceitarem, deverá ser fielmente cumprido sob pena de execução patrimonial contra o devedor inadimplente.

Uma vez firmado o contrato, cria-se uma norma que obriga as partes ao seu conteúdo. Até o momento do vínculo, as partes são livres para contratar ou não. Todavia, firmado o contrato, as partes não podem esquivar-se do dever jurídico de

⁵⁴ CATALAN, Marcos. In dubio pro aderente e interpretação integrativa: notas acerca da difícil arte de julgar. **Revista. Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, DF, ano 27, v. 240, t. 1, p. 6, out./dez. 2015. Disponível em: <https://www.academia.edu/25092059/In_dubio_pro_aderente_e_interpreta%C3%A7%C3%A3o_integrativa_notas_acerca_da_dif%C3%ADcil_arte_de_julga>. Acesso em: 09 abr. 2018.

observar o cumprimento do pactuado, de acordo com seu conteúdo. Estão ligados a uma norma particular, fruto da convergência comum de vontades, salvo quando a lei ou as próprias partes acordam de extinguir a relação jurídica contratual unilateralmente.⁵⁵

Os autores asseveram ainda que a avença estabelecida entre as partes deve ser cumprida, entretanto, esta não pode ser mais interpretada de forma absoluta, pois o nascimento e a vigência do contrato devem ser norteados pelo equilíbrio contratual, sendo lícito, em caso de desequilíbrio, as partes postularem a prestação da tutela jurisdicional a fim de conseguir o realinhamento do conteúdo pactuado.⁵⁶

Silvio de Salvo Venosa⁵⁷ comenta que:

Um contrato válido e eficaz deve ser cumprido pelas partes: *pacta sunt servanda*. O acordo de vontades faz lei entre as partes, dicção que não pode ser tomada de forma peremptória, aliás, como tudo em Direito. Sempre haverá temperamentos que por vezes conflitam, ainda que aparentemente, com a segurança jurídica. Essa obrigatoriedade forma a base do direito contratual. O ordenamento deve conferir à parte instrumentos judiciais para obrigar o contratante a cumprir o contrato ou a indenizar pelas perdas e danos. Não tivesse o contrato força obrigatória estaria estabelecido o caos. Ainda que se busque o interesse social, tal não deve contrariar tanto quanto possível a vontade contratual, a intenção das partes.

Destaca-se, que tal princípio é mantido no direito atual, mas com atenuações, pois atualmente, para a lei, a doutrina e os tribunais, frente o dirigismo contratual, o princípio *pacta sunt servanda* não é absoluto, por estar limitado pelo princípio do equilíbrio contratual ou da equivalência material. Ademais, a teoria da imprevisão, Código Civil brasileiro, Artigo 317⁵⁸, cuja expressão mais frequente é cláusula *rebus sic stantibus*, impõe-lhe restrições e dá ao juiz, excepcionalmente, um poder de revisão por imprevisibilidade sobre os atos negociais, havendo desigualdade superveniente das obrigações contratadas e enriquecimento ilícito de um dos contraentes, podendo, ainda, decretar a resolução do contrato por onerosidade excessiva, prevista no artigo 478 do Código Civil brasileiro.

⁵⁵ MELLO, Cleyson Morales; FRAGA, Thelma. **Direito civil: contratos** - parte geral. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006. p. 22.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 22.

⁵⁷ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: contratos**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 49.

⁵⁸ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm#art2045>. Acesso em: 14 mai. 2018.

2.2.3 Princípio da Relatividade dos Efeitos Contratuais

O princípio da relatividade dos efeitos contratuais ou da relatividade dos contratos refere-se à eficácia destes. Destarte, este princípio retrata que o contrato só ata aqueles que dele participaram. Seus efeitos não podem nem prejudicar, nem aproveitar a terceiros.⁵⁹

Encontra-se, com isso, diretamente relacionado com a função social do contrato, assim vista na perspectiva do atendimento à um contexto de inserção que aproveita os efeitos daquele ato jurídico que se formaliza.

Tereza Negreiros⁶⁰ comenta que:

Partimos da premissa que a função social do contrato, quando concebida como um princípio, antes de qualquer outro sentido e alcance que se lhe possa atribuir, significa muito simplesmente que o contrato não deve ser concebido como uma relação jurídica que só interessa às partes contratantes, impermeável às condicionantes sociais que o cercam e que são por ele próprio afetadas.

Verifica-se, portanto, que este princípio sofre exceções, uma vez que há obrigações que estendem seus efeitos a terceiros. São efeitos externos, como por exemplo a estipulação em favor de terceiros, prevista nos artigos 436 a 438 do Código Civil brasileiro, e, da própria função social do contrato.⁶¹

2.2.4 Princípio do Consensualismo e da Autonomia Privada

Segundo Orlando Gomes⁶², “[...] este princípio é uma conquista moderna, onde o simples consentimento é suficiente para formalizar um contrato, desde que o contrário não esteja prescrito em lei.”

O princípio do consensualismo se encontra estritamente ligado ao princípio da autonomia privada, que é justamente a liberdade que o indivíduo tem de exprimir sua vontade ao realizar a contratação, não podendo ser coagido a ir contra sua vontade, sob pena de caracterizar anulabilidade do negócio jurídico. Para tanto,

⁵⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: contratos. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 377.

⁶⁰ NEGREIROS, Tereza. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 208.

⁶¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: contratos. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 377.

⁶² GOMES, Orlando. **Contratos**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 35.

Pontes de Miranda⁶³ faz relevantes ponderação sobre o instituto da autonomia privada e seu surgimento:

Os sistemas jurídicos não são concebidos como se as pessoas pudessem dar entrada no mundo jurídico a quaisquer fatos, ainda atos humanos, fazendo-os jurídicos. Em verdade, ainda que amplamente, o direito limita a classe dos atos humanos que podem ser juridicalizados. Mundo fático e mundo jurídico não são coextensivos. Noutros termos: somente dentro de limites pré-fixados, podem as pessoas tornar jurídicos atos humanos e, pois, configurar relações jurídicas e obter eficácia jurídica. A chamada 'autonomia da vontade', o auto-regramento não é mais do que 'o que ficou às pessoas'. Há situações que predeterminam relações jurídicas sem que as pessoas possam evita-las, ou modifica-las.

Neste contexto, a vontade como requisito fundamental para realização da contratação encontra amparo no consensualismo e na autonomia privada com o intuito de que atinja com maestria o objetivo do negócio.

2.2.5 Princípio da Boa-fé Objetiva e Subjetiva

Este princípio relaciona-se mais com a interpretação do contrato do que com a estrutura do mesmo. Tem por escopo que o literal da linguagem não deve prevalecer sobre a intenção manifestada na declaração de vontade, ou dela inferível".⁶⁴

Na acepção de Teresa Negreiros⁶⁵, o princípio da boa-fé é, na verdade, um compilado de características éticas que o indivíduo deve observar ao realizar um negócio jurídico:

Com efeito, o princípio da boa-fé representa, no modelo atual de contrato, o valor da ética: lealdade, correção e veracidade compõem o seu substrato, o que explica a sua irradiação difusa, o seu sentido e alcance alargados, conformando todo o fenômeno contratual e, assim, repercutindo sobre os demais princípios, na medida em que a todos eles assoma o repúdio ao abuso da liberdade contratual a que tem dado lugar a ênfase excessiva no individualismo e no voluntarismo jurídicos.

⁶³ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 1. ed. São Paulo: Bookseller, 2000. v. 3, p. 83.

⁶⁴ GOMES, Orlando. **Contratos**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 42.

⁶⁵ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 116.

Mais à frente, Teresa Negreiros⁶⁶ sublinha que a boa-fé contratual se encontra inteiramente ligada à ética e solidariedade contratual, o que alonga a extensão dos seus limites, tornando-se regra no âmbito de direito civil:

Na promoção de uma ética de solidariedade contratual, o princípio da boa-fé opera de diversas formas e em todos os momentos da relação, desde a fase de negociação à fase posterior à sua execução, constituindo-se em fonte de deveres e de limitação de direitos de ambos os contratantes. A abrangência do princípio é contornada mediante uma tripartição das funções da boa-fé, quais sejam: (i) cânon interpretativo-integrativo; (ii) norma de criação de deveres jurídicos; e (iii) norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos. [...].

Nos princípios contratuais modernos, como se verá adiante, destaca Cláudia Lima Marques e Cristiano Heineck Schmitt⁶⁷ que três valores são cada vez mais raros de se encontrar, e por isso são amplamente valorizados na realização do negócio jurídico:

Três valores são cada vez mais raros e, por isso, valiosos no mundo atual: segurança, previsibilidade e proteção contra riscos futuros. Estes três valores são oferecidos no mercado justamente através dos planos e seguros privados de saúde. Estes chamados contratos de planos e seguro de assistência à saúde possibilitam a transferência legal de riscos futuros envolvendo a saúde do consumidor e de seus dependentes a serem suportados por empresas de assistência médica, cooperativas ou seguradoras, prometendo a seu turno segurança e previsibilidade, face ao pagamento constante e reiterado das mensalidades ou prêmios. A relação entre paciente e médico sempre foi caracterizada como uma relação de confiança. No mundo de hoje, parte desta confiança (fides) vai ser transferida para o organizador destes planos e seguros, confiança que o consumidor deposita na adequação e qualidade dos serviços médicos intermediados ou conveniados, na previsibilidade da cobertura leal dos eventos futuros relacionados com saúde. É um contrato para o futuro e assegurado do presente, é um contrato de consumo típico do final do século (um fazer de segurança e confiança), oneroso e sinalagmático, de um mercado em franca expansão, onde a boa-fé deve ser a tônica das condutas.

⁶⁶ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 119.

⁶⁷ MARQUES, Cláudia Lima; SCHMITT, Cristiano Heineck. **Visões sobre os planos de saúde privada e o código de defesa do consumidor**. Florianópolis: Biblioteca Virtual, 2007. p. 54. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/24753-24755-1-PB.pdf>>. Acesso em: 09 abr. 2018.

Posteriormente, Cláudia Lima Marques e Cristiano Heineck Schmitt⁶⁸ ressaltam que o princípio da boa-fé guarda estreita relação com a abusividade contratual visto que, a cláusula que onera significativamente uma parte em razão da outra, de fato, viola a boa-fé objetiva. No entanto, os autores registram que o CDC⁶⁹ não contém definição legal do que é abusivo, ora expressa de forma taxativa, ora indica necessária interpretação:

O CDC não contém uma definição legal do que considera abusivo, preferindo ora indicar a abusividades em casos expressos (Art. 53 do CDC sobre a abusividade da cláusula de perda total das prestações pagas); ora deixar sua determinação no caso concreto à jurisprudência, fixando apenas uma cláusula geral (Art. 51, inciso IV do CDC sobre a cláusula geral de boa-fé), ora listando exemplos de cláusulas abusivas e de condutas comerciais abusivas (listas dos Art. 51 e 39 do CDC). A abusividade pode ser vista ou definida de forma subjetiva ou objetiva. Estes dois caminhos são possíveis e ainda hoje muito úteis.

A este princípio, prescrito pelo Art. 112 do Código Civil Brasileiro⁷⁰, é precípua que nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem, Orlando Gomes⁷¹ confere ainda outro significado: “para traduzir o interesse social de segurança das relações jurídicas, diz-se que as partes devem agir com lealdade e confiança recíprocas. Numa palavra, devem proceder com boa-fé”.

Ao analisar a problemática do atendimento domiciliar ao idoso, Ciro Augusto Floriani e Fermin Roland Schramm⁷² tecem importantes considerações que, de modo subjetivo, vislumbram-se como a caracterização da boa-fé contratual, ou seja, a intenção objetiva de que a parte guardará na formação, assim como na execução e extinção do contrato, uma conduta ética:

⁶⁸ MARQUES, Cláudia Lima; SCHMITT, Cristiano Heineck. **Visões sobre os planos de saúde privada e o código de defesa do consumidor**. Florianópolis: Biblioteca Virtual, 2007. p. 55. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/24753-24755-1-PB.pdf>>. Acesso em: 09 abr. 2018.

⁶⁹ BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm>. Acesso em: 29 jun. 2018.

⁷⁰ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm#art2045>. Acesso em: 14 mai. 2018.

⁷¹ GOMES, Orlando. **Contratos**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 42.

⁷² FLORIANI, Ciro Augusto; SCHRAMM, Fermin Roland. Atendimento domiciliar ao idoso: problema ou solução? **Caderno de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v. 20, n. 4, p. 992, jul./ago. 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csp/v20n4/13.pdf>>. Acesso em: 07 abr. 2018.

Assim sendo, é preciso ter um olhar crítico sobre o AD, ponderando seus aspectos positivos e negativos do ponto de vista da efetiva proteção dos usuários, tendo, em particular, consciência de que, na pauta das definições e nos processos decisórios de sua implantação, os princípios éticos e bioéticos sejam de fato considerados. Neste âmbito, acreditamos que políticas que sejam efetivas pragmaticamente e legítimas moralmente, de acordo com o *ethos* social vigente, isto é, que protejam de fato os agentes mais desamparados, são imprescindíveis para abarcarem as múltiplas questões geradas pelo AD. Consideramos também que, do ponto de vista da corroboração, ou da refutação, da pertinência de uma bioética da proteção aqui proposta, seja necessário um maior número de trabalhos qualificados, que busquem aprofundar a discussão sobre os possíveis desdobramentos práticos do AD, contribuindo, com isto, para o aperfeiçoamento desse modelo terapêutico.

Sob esta perspectiva, Teresa Negreiros⁷³ reforça a fundamentação constitucional do princípio da boa-fé:

A fundamentação constitucional do princípio da boa-fé assenta na cláusula geral de tutela da pessoa humana – em que esta se presume parte integrante de uma comunidade e não um ser isolado, cuja vontade em si mesma fosse absolutamente soberana, embora sujeita a limites externos. Mais especificamente, é possível reconduzir o princípio da boa-fé ao ditame constitucional que determina como objetivo fundamental da República a construção de uma sociedade solidária na qual o respeito pelo próximo seja um elemento essencial de toda e qualquer relação jurídica.

A boa-fé objetiva significa o dever de agir de acordo com determinados padrões, socialmente recomendados, de correção, lisura e honestidade. Trata-se de uma regra de conduta, a ser seguida pelo contratante, pautada na honestidade, na retidão, na lealdade e, principalmente, na consideração para com os interesses legítimos e expectativas razoáveis do outro contratante, visto como um membro do conjunto social.⁷⁴

Distingue-se, portanto, da boa-fé subjetiva, a qual, pode ser definida como um estado psicológico contraposto à má-fé, fundada em um erro de fato, ou melhor, em um estado de ignorância escusável. É traduzida como um estado íntimo, de crença,

⁷³ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 117.

⁷⁴ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 117.

um estado de ignorância de uma pessoa que se julga titular de um direito, mas que, em verdade, é titular exclusivamente de seu juízo e imaginação.⁷⁵

Pode-se dizer que a boa-fé subjetiva está ligada ao estado psicológico da pessoa, à sua intenção, ao seu convencimento de estar agindo de forma a não prejudicar outras pessoas na relação jurídica.

Para Sílvio de Salvo Venosa⁷⁶:

Em qualquer situação, porém, não deve ser desprezada a boa-fé subjetiva, dependendo seu exame sempre da sensibilidade do juiz. Não se esqueça, contudo, que haverá uma proeminência da boa-fé objetiva na hermenêutica, tendo em vista o novo descortínio social que o novo Código assume francamente.

A boa fé objetiva, encontra-se consagrada na legislação civil brasileira⁷⁷, nos Artigos 113, 187, e como cláusula geral de forma clara e expressa no Artigo 422 do Código Civil brasileiro⁷⁸, cujo enunciado preceitua que “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé”.

Em igual sentido, o professor Christiano Cassettari⁷⁹ pontua que a boa-fé objetiva “[...] estabelece regra de conduta baseada em deveres que serão inerentes a qualquer negócio jurídico.”

A boa-fé objetiva enquanto cláusula geral faculta ao aplicador do Direito uma linha teleológica de interpretação, objetivando a abertura do sistema jurídico para permitir o ingresso de princípios e valores, de forma “não casuística”. Trata-se de um instrumento de vivificação do ordenamento jurídico que, se for prudente e sabiamente aplicado pela magistratura, acompanhará a dinamicidade e a vicissitude da vida moderna.

Nelson Nery Júnior⁸⁰, manifestando-se acerca do tema, afirma que:

⁷⁵ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 117.

⁷⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: contratos**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 380.

⁷⁷ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm#art2045>. Acesso em: 14 maio 2018.

⁷⁸ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm#art2045>. Acesso em: 14 maio 2018.

⁷⁹ CASSERATTI, Christiano. **Elementos do direito civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 194.

⁸⁰ NERY JÚNIOR, Nelson. **Código civil anotado e legislação extravagante**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 336.

A boa-fé objetiva, cláusula geral prevista no CC 422, decorre da função social do contrato, de modo que tudo o que se disser sobre boa-fé objetiva poderá ser considerado como integrante, também, da cláusula geral da função social do contrato.

Referindo-se à citada cláusula geral, discorre com maestria Sílvio de Salvo Venosa⁸¹:

Toda cláusula geral remete o intérprete para um padrão de conduta geralmente aceito no tempo e no espaço. Em cada caso o juiz deverá definir quais as situações nas quais os partícipes de um contrato se desviaram da boa-fé. Na verdade, levando-se em conta que o Direito gira em torno de tipificações ou descrições legais de conduta, a cláusula geral traduz uma tipificação aberta.

Finalmente, importante registrar que a norma do artigo 422 do CC de 2002⁸², refere-se a ambos os contratantes do contrato comum, civil ou comercial, não podendo o princípio ser aplicado preferencialmente ao contratante devedor, mas aplicado a qualquer deles, indistintamente.

O princípio da boa-fé encontra-se nos fatores comuns da vida civil, assim descritos por John Locke⁸³ ao analisar a condição natural dos homens ante o Estado de Natureza:

Um estado, também, de igualdade, onde a reciprocidade determina todo o poder e toda a competência, ninguém tendo mais que os outros; evidentemente, seres criados da mesma espécie e da mesma condição, que, desde seu nascimento, desfrutam juntos de todas as vantagens comuns da natureza e do uso das mesmas faculdades, devem ainda ser iguais entre si, sem subordinação ou sujeição, a menos que seu senhor e amo de todos, por alguma declaração manifesta de sua vontade, tivesse destacado um acima dos outros e lhe houvesse conferido sem equívoco, por uma designação evidente e clara, os direitos de um amo e de um soberano.

Ou seja, ao traçar a relação indivíduo-Estado, John Locke contrasta a liberdade do homem que, no caso, é exercida em igualdade como condição natural. É nesta assertiva que se caracteriza a boa-fé, seja objetivamente ou subjetivamente, pelos princípios gerais, é vista como a condição natural do homem. Logo, qualquer

⁸¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: contratos. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 379.

⁸² BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm#art2045>. Acesso em: 14 maio 2018.

⁸³ LOCKE, John. **Segundo tratado do governo civil**. Tradução Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. [S.l.]: Clube do Livro, 2018. p. 36. Disponível em: <http://www.xr.pro.br/lf/locke-segundo_tratado_sobre_o_governo.pdf>. Acesso em 10 abr. 2018.

obrigação de cunho privado que tenha por objetivo tolher-lhe a equidade sem considerar a autonomia da vontade há de se revelar diversa da ética contratual.

Judith Martins-Costa⁸⁴ vai mais além ao comentar sobre o momento hermenêutico da *bonae fidei interpretatio*, que aduz a interpretação conforme a boa-fé:

A expressão *bonae fidei interpretatio* provém de um texto de Nerazio incluído no Digesto significando [...] um determinado procedimento hermenêutico assumido pela boa-fé como objeto de interpretação, profundamente criativo no que diz com a proteção do sinalagma contratual. [...] Esse procedimento hermenêutico tinha como pano de fundo as características assumidas pela *interpretatio* num quadro essencialmente casuístico e ainda atado às situações de tipicidade contratual. A diferença conceitual daí implicada. O exercício da *interpretatio* pelos prudentes, naquelas condições, incluía o complexo da valoração (e, em certa medida, da regulamentação) contratual, e o enquadramento do conjunto de interesses em causa nos paradigmas típicos, para a salvaguarda da estrutura sinalagmática ínsita a quase todas as *fattispecies* contratuais. A *bona fides interpretatio* não significava, portanto, uma interpretação da boa-fé, mas um critério para estabelecer se, em conformidade à boa-fé, seria ou não admissível (ou tutelável, em via processual) um determinado acordo.

Ao comentar sobre a evolução da caracterização da boa-fé sob o contexto que se vivenciava o momento do Direito europeu, Judith Martins-Costa aponta que:

A boa-fé estava, pois, neste novo contexto, referenciada ao pecado, e este é um ponto pleno de significados. Enquanto o Direito Romano, considerando a *dimensão técnico-jurídica* da boa-fé, promoveu a sua bipartição – consoante aplicada às obrigações ou à posse –, o Direito Canônico operou a sua *unificação conceptual* sob o signo da referência ao pecado, equivalendo-se dizer da ausência de pecado, situando-a em uma *dimensão ética e axiológica* compatível com o sentido geral do Direito Canônico que modelará, ideologicamente, a civilidade medieval. Essa é, afirma Paolo Grossi, em boa parte criatura da igreja católica.²⁰⁰ Assim, tal qual outros institutos – também preenchidos pelo espírito do direito da igreja católica, todo presente vivo, a boa-fé vem revestida pela «*honestas christiana*»,²⁰² dissolvendo-se em vínculo de osmose com a *aequitate* canônica,²⁰³ equidade fortemente subjetivada e considerada como um dado inerente ao sistema, sempre referenciado ao sujeito que julga, aprecia ou aplica a lei. Por essa razão, será definida, por Tomás de Aquino, como *iustitia pensatis omnibus circumstantiis particularibus dulcore misericórdia temperata*.

⁸⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 70.

Assim, toda a atenção do contrato centra-se no momento de formação, sendo visto como uma conjugação de consensos, seja nas diferentes modalidades previstas pela legislação, presume-se a manifesta vontade consagrada pela autonomia, ou mesmo, auto-regramento, apontando-se que, entre os direitos naturais, permeia-se o direito de se vincular ao próprio consentimento.⁸⁵

2.2.6 Princípio da Equivalência Material

O princípio da equivalência material mostra-se mais como um desdobramento da manifestação subjetiva da função social do contrato e da boa-fé objetiva, que deverão, prioritariamente, serem levados em consideração pelo intérprete no momento da aferição do desequilíbrio contratual.

De fato, somente poderá ser atingido o tão almejado solidarismo social, em fina sintonia com o princípio do respeito e proteção à dignidade da pessoa humana, explicitado no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988⁸⁶, ao qual os princípios contratuais encontram-se intimamente ligados, se o contrato buscar, de fato, o equilíbrio entre as prestações das partes pactuantes, evitando-se, assim, o abuso do poder econômico e a tirania – já anacrônica – do *pacta sunt servanda*.

Para Antônio Jeová Santos⁸⁷:

A existência da lesão e do estado de perigo como forma de anulabilidade dos contratos, a excessiva onerosidade modificando e, até, resolvendo pactos, a possibilidade de a parte descumprir o contrato e, ainda assim, ser restituída na importância que pagou, como deflui do art. 51, II, do Código de Defesa do Consumidor, são manifestações de que o contrato atual tem outra direção.

[...]

Os contratos, aos poucos, vão se transformando, tendo uma feição social como forma de diminuir as desigualdades das partes contratantes. Mais que este aspecto social que emerge da contratação, existe uma função social que é o fiel da balança que impede o desequilíbrio arrogante, pecaminoso e ultrajante.

Pode-se, portanto, concluir com acerto que os institutos jurídicos, tais como a lesão e o estado de perigo, anteriormente referenciados, bem como a

⁸⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 107.

⁸⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm>. Acesso em: 20 jan. 2018.

⁸⁷ SANTOS, Antonio Jeová. **Função social do contrato**. 2. ed. São Paulo: Método, 2004. p. 117.

admissibilidade da resolução do contrato por onerosidade excessiva e da teoria da imprevisão, ou cláusula *rebus sic stantibus*, igualmente citadas, as quais não serão foco de estudo neste trabalho, por não serem objeto do mesmo, visam resguardar essa equivalência material, e, por conseguinte, a própria função social do contrato.

2.2.7 Princípio da Função Social do Contrato

O estágio de evolução da teoria contratual tem como uma de suas principais causas a multiplicação exacerbada de relações jurídicas despidas de negociação em condições paritárias. O contrato de adesão é, inegavelmente, a regra geral no que diz respeito às modalidades contratuais e com isso surgem desequilíbrios, principalmente em detrimento dos direitos da parte contratual mais fraca.⁸⁸

Não se pode, contudo, querer extirpar o contrato do mundo negocial, uma vez que esse instrumento representa a principal ferramenta para a circulação de riquezas tanto no modelo de Estado Liberal, quanto no modelo de Estado Social. Assim, segundo a sua função social, o contrato deve assumir uma função de circulação equânime de riquezas. O que pretende-se tutelar é o equilíbrio social no processo de circulação de bens e serviços massificados.⁸⁹

A transformação que sofre o contrato é a que se concretiza com a realidade da tendência de socialização, vale dizer, a ter um aspecto social, no sentido de que os direitos e os deveres devem ser exercidos funcionalmente, sem desviarem-se dos fins econômicos, dos fins éticos e dos fins sociais que o ordenamento legal tem em conta.⁹⁰

Para Marcos Erhardt Júnior e Fabíola Albuquerque Lobo⁹¹, o princípio da função social deriva da própria transformação do Estado e adequação ao contexto legislativo contemporâneo:

O princípio da função social, assim como todo princípio, exige do aplicador do direito realizar mediações concretizadoras ao lado de operações integrativas e hermenêuticas, a fim de precisar seu conteúdo e dimensão ao caso concreto. A finalidade do princípio da

⁸⁸ GOMES, Rogério Zuel. **Teoria contratual contemporânea**: função social do contrato e boa-fé. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 85.

⁸⁹ GOMES, Rogério Zuel. **Teoria contratual contemporânea**: função social do contrato e boa-fé. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 85-86.

⁹⁰ SANTOS, Antonio Jeová. **Função social do contrato**. 2. ed. São Paulo: Método, 2004. p. 117.

⁹¹ ERHARDT JÚNIOR, Marcos; LÔBO, Fabíola Albuquerque. **A função social nas relações privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 26-27.

função social não é excluir os interesses individuais, mas conformá-los aos interesses sociais. É uma limitação positiva decorrente do princípio constitucional da justiça social. [...] O princípio da função social é um princípio inclusivo e impõe uma revisitação dos institutos clássicos do direito civil à luz da constituição, visando uma interpretação mais humanizada. Apresenta-se como elo de harmonização entre os direitos individuais e sociais.

A finalidade individualista e egoística que o direito privado gozava e privilegiava cedeu passo à socialidade. Agora, a intenção de contratar não protege o objeto da contratação apenas ao interesse individual, mas à sociedade. Acima da vontade absoluta das partes, pairam altos valores sociais que o Estado tutela se não quiser que os componentes de seu território sejam lesionados, em prejuízo da sociedade em geral.⁹²

Mariana Ribeiro Santiago⁹³, ao tratar do assunto, assim se manifesta:

A orientação moderna no campo do direito das obrigações visa realizar melhor equilíbrio social, não apenas no sentido moral de impedir a exploração do mais fraco pelo mais forte, mas, ainda de sobrepor o interesse coletivo, no qual se insere a harmonia social, ao interesse individual, de cunho meramente egoístico.

Pode-se deduzir então, que está socialização tem o efeito de corrigir a concepção contratual demasiadamente individualista. Agora, os interesses coletivos são superpostos aos interesses puramente particulares.

Não pode mais, portanto, o homem, num dever jurídico, ser visto como ser individual, cujos atos praticados digam respeito tão-somente a sua esfera patrimonial e moral, sem atentar-se para as consequências de seus atos perante os demais indivíduos que compõe a sociedade. Neste sentido manifesta-se Rogério Zuel Gomes⁹⁴: “O contrato não pode ser o reino do egoísmo, do puro interesse individual, sem pôr em grave risco o bem comum e a paz social”.

Já para Antônio Jeová Santos⁹⁵:

Como instrumento ou ferramenta para a satisfação das necessidades humanas, em harmonia com o bem comum ou função social, o

⁹² ERHARDT JÚNIOR, Marcos; LÔBO, Fabíola Albuquerque. **A função social nas relações privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 144.

⁹³ SANTIAGO, Mariana Ribeiro. **O princípio da função social do contrato**. Curitiba: Juruá, 2005. p. 75.

⁹⁴ GOMES, Rogério Zuel. **Teoria contratual contemporânea: função social do contrato e boa-fé**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 86.

⁹⁵ SANTOS, Antonio Jeová. **Função social do contrato**. 2. ed. São Paulo: Método, 2004. p. 117.

contrato continua desempenhando seu rol preponderante, embora ajustado aos novos tempos em sua nova roupagem.

O Código Civil de 2002⁹⁶ demonstra claramente uma compreensão da liberdade de contratar dentro de uma concepção social e fora do padrão individualista, contemplando pela primeira vez, de forma expressa, a função social do contrato em seu Artigo 421, como princípio delimitador da liberdade contratual e também como uma cláusula geral. Importante salientar-se que este dispositivo encontra harmonia com os Artigos 113, 187 e 422 do mesmo diploma legal, os quais se referem à boa-fé objetiva, como anteriormente abordado neste trabalho.

Sendo assim, manifesta-se coerente acolher efetivamente a função social do contrato como princípio jurídico integrante do ordenamento jurídico brasileiro, forte na própria Constituição Federal ao estabelecer que a livre-iniciativa deve ter um valor social.

Em conformidade com o que ensinam Marcos Erhardt Júnior e Fabíola Albuquerque Lôbo⁹⁷, o contrato assume diversas figuras:

As atividades econômicas se externam mediante o contrato. Este se exterioriza como instrumento de operação econômica-social e tem como função primeira, a circulação da riqueza. Como tal, precisa ser regulado. A restrição imposta à liberdade de contratar impõe que os meios e os fins do contrato estejam conformados ao princípio da função social, com vistas à Justiça Social. Nesse sentido, o contrato passa a exercer funções, tais como: a de instrumento de circulação distributiva de riquezas, a de mantenedor da igualdade formal e material das partes, além da exigência de um atrelamento a uma função social, quando do estabelecimento de relações jurídicas. Ademais, os efeitos do contrato não estão mais adstritos às partes, mas irradiam-se perante terceiros e seu conteúdo é sempre objeto de modificação/revisão, em caso de quebra de base do negócio jurídico gerando o desequilíbrio material das prestações e comprometendo a igualdade dos sujeitos da relação.

José Cretella Júnior⁹⁸ define a livre-iniciativa como:

A possibilidade de agir antes de qualquer outro, sem influência externa, como uma expressão da liberdade. O valor social, no caso,

⁹⁶ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm#art2045>. Acesso em: 14 maio 2018.

⁹⁷ ERHARDT JÚNIOR, Marcos; LÔBO, Fabíola Albuquerque. **A função social nas relações privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 32.

⁹⁸ CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à constituição de 1988**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. v. 1, p. 140-141.

significa que essa atividade deve ser socialmente útil e que se procurará a realização da justiça social, do bem-estar social.

A previsão expressa da função social do contrato, vem, então, arrematar esse entendimento, aplicando os preceitos da justiça social, especificamente e expressamente aos contratos, consolidando entre nós, definitivamente, o personalismo e, conseqüentemente, a visão da autonomia privada limitada.⁹⁹

Importante ressaltar que na definição de função social do contrato, a totalidade dos autores por nós analisados, ressalta o caráter condicionador de tal princípio, que submete o interesse privado ao interesse público, limitando, assim, a autonomia privada, ou autonomia da vontade.

Discorrendo sobre o Artigo 421¹⁰⁰, assim manifesta-se Ruy Rosado de Aguiar Júnior¹⁰¹ acerca da expressão “liberdade de contratar exercida em razão e nos limites da função social do contrato”:

A autonomia privada fornece o suporte de fato sobre o qual incidirão as normas jurídicas, atribuindo-lhe os efeitos que lhe são próprios, não mais de acordo com a vontade, mas de acordo com os fins a que se propõe a ordem estatal. A ordem jurídica recebe o ato individual e garante a realização de seus fins – garante-lhe a eficácia – não para satisfazer qualquer propósito, mas apenas àqueles que o sistema escolheu e protege no interesse comum. Ou, antes, em vez de considerar-se a intenção das partes e a satisfação de seus interesses, o contrato deve ser visto como instrumento de convívio social e de preservação dos interesses da coletividade, onde encontra *a sua razão de ser* e de onde extrai sua força – pois o contrato pressupõe a ordem estatal para lhe dar eficácia’.

Os contratos, cada vez mais, interferem em terceiros, espraiando seus efeitos à comunidade, em que devem ser protegidas também as partes não contratantes, admitindo-se também a intervenção nos negócios quando o contrato não estipular uma função social, uma vez que o contrato não é mais limitado às partes, transcendendo e outorgando uma função social frente a toda a sociedade.¹⁰²

⁹⁹ SANTIAGO, Mariana Ribeiro. **O princípio da função social do contrato**. Curitiba: Juruá, 2005. p. 74.

¹⁰⁰ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm#art2045>. Acesso em: 14 maio 2018.

¹⁰¹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de, apud GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. op. cit. p. 121.

¹⁰² GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**: de acordo com o novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 132-133.

Denota-se, do exposto, que a função social do contrato, não se volta apenas para o relacionamento entre as partes contratantes, mas também para os reflexos do negócio jurídico perante terceiros, isto é, o meio social.

Diante do reconhecimento da função social atribuída ao contrato, a autonomia privada não desaparece, limitado, porém, é o poder individual que dela deflui, pela agregação das idéias de justiça e solidariedade social. O exercício desta autonomia, agora, deve orientar-se não só pelo interesse individual, mas também pela utilidade que possa ter na consecução dos interesses gerais da comunidade.

Neste sentido, assim manifesta-se Rogério Zuel Gomes¹⁰³:

Ainda vigora a autonomia privada, nomeadamente no ambiente contratual, conquanto não se perca de vista a necessidade de condições isonômicas quando da ocasião da contratação. A autonomia privada não pode descurar-se das necessidades da vida social, e o surgimento de um diferente modelo de Estado, o Social, faz com que o Direito acabe tendo de se voltar a preocupações de índole coletiva (função social) [...] e, por via de consequência, acaba deparando-se com a eticização e a socialização do direito privado.

Pode-se então afirmar que o contrato não pode ser visto apenas como fato dos contratantes, tendo que respeitar os interesses do meio social onde seus efeitos irão refletir. Senão veja-se, para Teresa Negreiros¹⁰⁴:

A nova função social atribuída ao contrato contrapõe-se, principalmente, ao princípio da relatividade – ‘o qual, numa visão hoje questionada, postula o isolamento da relação contratual, circunscrevendo seus efeitos apenas aos contratantes. Em contraposição à concepção individualista, o princípio da função social serve como fundamento para que se dê relevância externa ao crédito, na medida em que propicia uma apreensão do contrato como fato social, a respeito do qual os chamados ‘terceiros’, se não podem manter indiferentes’.

E, Cláudio Luiz Bueno de Godoy¹⁰⁵, a respeito do tema afirma:

Em face da sociabilidade sobre a qual se assenta o contrato, o princípio da relatividade sofre, ou deve sofrer, uma nova releitura, por isso que pode ensejar, sim, vantagens ou deveres a terceiros. Afinal,

¹⁰³ GOMES, Rogério Zuel. **Teoria contratual contemporânea**: função social do contrato e boa-fé. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 86.

¹⁰⁴ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato, novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 498.

¹⁰⁵ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**: de acordo com o novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 132.

e aí a sociabilidade referida, 'o contrato não é um assunto individual, mas que tem passado a ser uma instituição social que não afeta somente o interesse dos contratantes'.

O contrato deixa, então, de ser interesse apenas dos contratantes, passando a refletir positiva e negativamente também em relação a terceiros. Sua eficácia, no tocante às obrigações contratuais, é sempre relativa, mas sua oponibilidade é absoluta, quando em jogo interesses de terceiros ou da comunidade.¹⁰⁶

Tanto porque o princípio da função social do contrato está diretamente relacionado à dignidade da pessoa humana, conforme pontuam Marcos Erhardt Júnior e Fabíola Albuquerque Lôbo¹⁰⁷:

A associação da proteção da dignidade da pessoa humana à solidariedade social como mecanismo de promoção social e conseqüente mudança nas relações interprivadas é comum. Desta forma, o núcleo do contrato passa a ser solidariedade constitucional, ao invés da autonomia da vontade. O que se visa, sobretudo, é o equilíbrio contratual. Nesse sentido, a função social do contrato tem fundamento constitucional e se liga a dois pontos: à cláusula geral de solidariedade e à isonomia, que representa a igualdade substancial, com o tratamento desigual dos indivíduos, devendo os desiguais serem tratados desigualmente na medida de sua desigualdade.

O Estado social não se alheia aos problemas que o abuso da iniciativa contratual pode gerar no meio social em que os efeitos do contrato irão repercutir. Se algum dano indevido a terceiro ou à coletividade for detectado, a autonomia contratual terá sido exercitada de forma injurídica. Não poderá o resultado danoso prevalecer. Ou o contrato será invalidado ou o contratante nocivo responderá pela reparação do prejuízo acarretado aos terceiros.¹⁰⁸

Neste sentido, assim se manifesta Antônio Jeová Santos¹⁰⁹:

O contrato será passível de modificação se não observar os critérios de justiça, equidade, sociabilidade e paridade. Que o forte não se aproveite da credibilidade do mais fraco e abuse da confiança depositada, obrigando-o a efetuar contratos que contenham

¹⁰⁶ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato, novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 499.

¹⁰⁷ ERHARDT JÚNIOR, Marcos; LÔBO, Fabíola Albuquerque. **A função social nas relações privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 144.

¹⁰⁸ ERHARDT JÚNIOR, Marcos; LÔBO, Fabíola Albuquerque. **A função social nas relações privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 35.

¹⁰⁹ SANTOS, Antonio Jeová. **Função social do contrato**. 2. ed. São Paulo: Método, 2004. p. 127.

cláusulas leoninas e abusivas, que venham a acarretar danos inclusive a terceiros e à coletividade. [...].

Importante ressaltar que não faltam vozes a demonstrar descontentamento diante desta realidade fática da possibilidade de revisão do contrato por força da sua função social. A este respeito, colaciona-se os dizeres de Antônio Jeová Santos¹¹⁰:

Sempre que se fala nessa ampla possibilidade de o contrato perder aquele caráter de *pacta sunt servanda*, porque objeto de espoliação e ser aberto ao prejudicado o caminho do recurso ao Poder Judiciário para a revisão ou resolução dos contratos, os ortodoxos que ainda não conseguiram se desprender do liberalismo econômico brandem com o argumento de que a segurança e a certeza jurídicas se desvanecem quando o legislador confere poderes ao juiz para alterar o que as partes aceitaram, celebraram e quiseram.

A função social do contrato garante, então, a socialização dos contratos, submetendo o direito privado a novas transformações e garantindo a estabilidade das relações contratuais, sensível ao ambiente social em que ele foi celebrado e está sendo executado, e não, apenas, a submissão às regras de um mercado perverso.

Preconiza, desta forma, o equilíbrio entre direitos individuais e interesses sociais, permitindo a obtenção de uma relação jurídica de fato justa.

Diante do exposto, entende-se que o referido Artigo 421¹¹¹, revitaliza o contrato para atender aos interesses sociais, limitando a manifestação de vontade dos contratantes, visando tutelá-los no meio social, criando condições para o equilíbrio econômico-contratual, facilitando a revisão das prestações e até mesmo a resolução do contrato.

Na perspectiva dos reflexos da função social nos contratos de consumo, Marcos Erhardt Júnior e Fabíola Albuquerque Lôbo¹¹² apontam que:

A função social do contrato quebra o paradigma clássico de que os contratantes podem exercer a sua autonomia da vontade ilimitadamente. Na verdade, aquele é limitador deste. Os seus reflexos não são adstritos apenas às partes, incidindo, também, no âmbito externo dos contratos, em face da sociedade. A função social

¹¹⁰ SANTOS, Antonio Jeová. **Função social do contrato**. 2. ed. São Paulo: Método, 2004. p. 127-128.

¹¹¹ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccIVIL_03/leis/2002/L10406.htm#art2045>. Acesso em: 14 maio 2018.

¹¹² ERHARDT JÚNIOR, Marcos; LÔBO, Fabíola Albuquerque. **A função social nas relações privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 145.

do contrato representa a maior inovação do direito contratual, com observância aos interesses coletivos que se sobressaem.

Atingido em sua substância pelo princípio da função social, o contrato não se presta mais apenas à mesquinha função de criar direitos e obrigações para as partes enquanto indivíduos, devendo estar amoldado aos preceitos do Estado Social sob pena de ser invalidado.¹¹³

2.3 Contratos de Assistência Hospitalar

Conforme visto anteriormente, os Contratos em geral, regulados pelo Direito Contratual assim previsto no Título V, Capítulo I e seguintes do Código Civil Brasileiro¹¹⁴, tratam-se da forma de expressão do negócio jurídico entabulado entre as partes contratantes, qual seja, a tradução da vontade das partes em uma relação jurídica que cria, modifica ou extingue direitos e deveres.

Partindo deste princípio, tem-se que os Contratos de Assistência Hospitalar visam assegurar um negócio jurídico entre a Seguradora e o Segurado, cujo objeto é a prestação de serviços de assistência médica e hospitalar, a fim de garantir atendimento aos usuários no que concerne às questões que envolvem sua saúde.

Conforme delinea a caracterização do Ministério da Saúde¹¹⁵:

A assistência hospitalar no Sistema Único de Saúde (SUS) é organizada a partir das necessidades da população, a fim de garantir o atendimento aos usuários, com apoio de uma equipe multiprofissional, que atua no cuidado e na regulação do acesso, na qualidade da assistência prestada e na segurança do paciente.

Mais a frente, segue o parecer destacando o objetivo dos pontos de atenção da Rede de Atenção à Saúde (RAS):

De forma integrada aos demais pontos de atenção da Rede de Atenção à Saúde (RAS) e com outras políticas intersetoriais, a Assistência tem como objetivo garantir resolutividade da atenção e

¹¹³ SANTIAGO, Mariana Ribeiro. **O princípio da função social do contrato**. Curitiba: Juruá, 2005. p. 83.

¹¹⁴ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm#art2045>. Acesso em: 14 maio 2018.

¹¹⁵ BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 3.390, de 30 de dezembro de 2013**. Institui a Política Nacional de Atenção Hospitalar (PNHOSP) no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), estabelecendo-se as diretrizes para a organização do componente hospitalar da Rede de Atenção à Saúde (RAS). Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt3390_30_12_2013.html>. Acesso em: 19 jul. 2018.

continuidade do cuidado, assegurando a equidade e a transparência, sempre de forma pactuada com os Colegiados do SUS.

Com destaque, o Ministério da Saúde indica que a Política Nacional de Atenção Hospitalar (PNHOSP), em relação ao Sistema Único de Saúde, é regulamentada pela Portaria nº 3.390, de 30 de dezembro de 2013¹¹⁶.

A Portaria nº 3.390/2013¹¹⁷ fora criada em razão da necessidade de regulamentação da Política de atenção à saúde no Brasil, primordialmente no que tange ao Sistema Único de Saúde, ora garantido pelo Estado como mecanismo de acesso dos cidadãos ao direito constitucionalmente assegurado. Assim, extrai-se do dispositivo que:

Art. 2º As disposições desta Portaria se aplicam a todos os hospitais, públicos ou privados, que prestem ações e serviços de saúde no âmbito do SUS.

Sucessivamente, o próprio dispositivo legal elenca o objetivo dos hospitais e sua constituição regulamentar, atestando a complexidade das relações com os pacientes, além de destacar a atividade dos hospitais que prestam ações no âmbito do Sistema Único de Saúde:

Art. 3º Os hospitais são instituição complexas, com densidade tecnológica específica, de caráter multiprofissional e interdisciplinar, responsável pela assistência aos usuários com condições agudas ou crônicas, que apresentem potencial de instabilização e de complicações de seu estado de saúde, exigindo-se assistência contínua em regime de internação e ações que abrangem a promoção da saúde, a prevenção de agravos, o diagnóstico, o tratamento e a reabilitação.

Art. 4º Os hospitais que prestam ações e serviços no âmbito do SUS constituem-se como um ponto ou conjunto de pontos de atenção, cuja missão e perfil assistencial devem ser definidos conforme o perfil demográfico e epidemiológico da população e de acordo com o desenho da RAS loco-regional, vinculados a uma população de

¹¹⁶ BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 3.390, de 30 de dezembro de 2013**. Institui a Política Nacional de Atenção Hospitalar (PNHOSP) no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), estabelecendo-se as diretrizes para a organização do componente hospitalar da Rede de Atenção à Saúde (RAS). Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt3390_30_12_2013.html>. Acesso em: 19 jul. 2018.

¹¹⁷ BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 3.390, de 30 de dezembro de 2013**. Institui a Política Nacional de Atenção Hospitalar (PNHOSP) no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), estabelecendo-se as diretrizes para a organização do componente hospitalar da Rede de Atenção à Saúde (RAS). Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt3390_30_12_2013.html>. Acesso em: 19 jul. 2018.

referência com base territorial definida, com acesso regulado e atendimento por demanda referenciada e/ou espontânea.

Em linhas específicas, a norma regulamentadora elucida as nuances da atividade e do ambiente hospitalar, pontuando sobre as assertivas aplicadas diretamente pelos contratos de assistência hospitalar, como a acessibilidade, acolhimento e modelo de atenção:

Art. 5º Para efeito desta Portaria, considera-se:

I - acessibilidade hospitalar: a condição para utilização com segurança e autonomia, total ou assistida, dos espaços, mobiliários e equipamentos do hospital por uma pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida;

II - acolhimento: a escuta ética e adequada das necessidades de saúde do usuário no momento de procura ao serviço de saúde e na prestação de cuidados com a finalidade de atender à demanda com resolutividade e responsabilidade;

[...]

XVIII - ponto de atenção: espaços onde se ofertam determinados serviços de saúde, por meio de uma produção singular, como uma unidade ambulatorial especializada, uma unidade de atenção domiciliar, uma unidade de atenção paliativa, etc.;

[...].

Assim, a Lei nº 9.961/00¹¹⁸ criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, cujo objetivo é regular e fiscalizar atividades que garantam assistência supletiva à saúde, estando diretamente vinculada ao Ministério da Saúde, conforme determina o dispositivo legal:

Art. 1º É criada a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, autarquia sob o regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, com sede e foro na cidade do Rio de Janeiro - RJ, prazo de duração indeterminado e atuação em todo o território nacional, como órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde.

Parágrafo único. A natureza de autarquia especial conferida à ANS é caracterizada por autonomia administrativa, financeira, patrimonial e de gestão de recursos humanos, autonomia nas suas decisões técnicas e mandato fixo de seus dirigentes.

¹¹⁸ BRASIL. **Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9961.htm>. Acesso em: 19 ago. 2018.

E como consequência, a Lei nº 9.656/98¹¹⁹ tratou de regulamentar todas as questões que envolvem planos privados de assistência à saúde, no qual rege-se as seguradoras, nos termos elencados pelo art. 1º:

Art. 1º Submetem-se às disposições desta Lei as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade [...].

Em razão disso, por tratar-se de prestação de serviços por pessoa jurídica (Seguradora) contratada na modalidade de negócio jurídico entabulado com o paciente (Segurado), o Código de Defesa do Consumidor tem aplicação subsidiária, a fim de garantir a prevalência da Política Nacional das Relações de Consumo e proteção aos Direitos Básicos do Consumidor.

Vê-se, então, que todo esse processo de constituição da saúde tem por base a competência material originária exposta pela CRFB/88¹²⁰:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Grace Mussalem Calil¹²¹, juíza de direito, ao escrever sobre o tema Direito Contratual e Direito do Consumidor na Saúde Suplementar, descreve que:

A assistência médica constitui serviço público delegado pelo Estado à iniciativa particular, nos termos dos arts. 197 e 199 da Constituição da República. O Estado exerce o seu poder de polícia para limitar as escolhas dos agentes econômicos, em busca do equilíbrio. O art. 170 da Constituição da República deixa claro que a liberdade é a regra, sendo a regulação a exceção. O nosso Estado tem como princípios a Livre Iniciativa, a Dignidade da Pessoa Humana, a Legalidade, a Moralidade e a Proporcionalidade. A reforma do Estado tem como propósito deixar este de ser o prestador dos serviços para ser o regulador.

¹¹⁹ BRASIL. **Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9656.htm>. Acesso em: 19 ago. 2018.

¹²⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 jan. 2018.

¹²¹ CALIL, Grace Mussalem. **Direito contratual e direito do consumidor na saúde suplementar**. [S.l.], 2005. (Série Aperfeiçoamento de Magistrados). Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeiçoamentodemagistrados/paginas/series/6/judicializaodaosade_162.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2018.

Logo, tendo em vista a designação de competências em matéria da saúde, constata-se que a exigência social contemporânea do cenário brasileiro induziu a criação de planos de saúde privados, regulamentados pelo Poder Público, cujo intuito é garantir a preservação dos direitos constitucionalmente assegurados e, de modo primordial, a entrega da saúde com a qualidade que o Estado é insuficiente em produzir ao cidadão, passando a fomentar a negociação jurídica privada.

2.3.1 Definição e Limites Contratuais

A definição dos planos privados de saúde encontra-se no corpo da Lei nº 9.656/98 e se apresenta como uma forma de prestação de serviços e/ou cobertura de custos assistenciais por um preço previamente acordado entre as partes, tal como o prazo e finalidade, podendo a seguradora dispor de profissionais livremente escolhidos, visando a assistência médica, hospitalar e até mesmo odontológica:

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

A jurista Gleice Mussalem Calil¹²² discorre sobre as características dos contratos privados de plano de saúde:

Trata-se de um contrato de consumo que tem como objeto a prestação de serviços com predominância de uma obrigação de fazer. Os contratos podem ser individuais ou coletivos (oferecidos pelas empresas ou instituições aos seus empregados ou servidores). [...].

Além de tratarem-se de contratos individuais ou coletivos, há de se pontuar que os planos de saúde têm por escopo serem contratos atípicos, ou seja, nem sempre há atividades financeiras envolvidas. São celebrados na modalidade de

¹²² CALIL, Grace Mussalem. **Direito contratual e direito do consumidor na saúde suplementar**. [S.l.], 2005. p. 163. (Série Aperfeiçoamento de Magistrados). Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeiçoamentodemagistrados/paginas/series/6/judicializacaodasaude_162.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2018.

adesão, ou seja, a parte aderente não possui autonomia para alterar as cláusulas que são pré-dispostas.

Tem por característica serem contratos onerosos, onde o Segurado paga uma contraprestação monetária pelos serviços ofertados.

Deve-se ater que o contrato de plano de saúde também pode ser bilateral ou sinalagmático, em linhas gerais, o Segurado paga mensalmente prestações para a Seguradora de saúde, que deverá fornecer a assistência contratada. O contrato é escrito e há de se enquadrar como solene, vez que a norma legal exige forma especial, conforme designado pela Lei nº 9.656/98¹²³.

Por essa razão, as seguradoras têm a faculdade de promover a oferta, a contratação e vigência da assistência hospitalar, respeitando-se as amplitudes do plano gerência.

Art. 12. São facultadas a oferta, a contratação e a vigência dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1o do art. 1o desta Lei, nas segmentações previstas nos incisos I a IV deste artigo, respeitadas as respectivas amplitudes de cobertura definidas no plano-referência de que trata o art. 10 [...].

Tendo em vista que a prestação dos serviços se prolongará pelo prazo de vigência do contrato, há de se constatar que o objeto se trata de execução continuada, ou seja, há interesse que a relação jurídica se constitua por muito tempo, conforme destaca a Lei nº 9.656/98¹²⁴, além de ter objeto aleatório:

Art. 13. Os contratos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1o do art. 1o desta Lei têm renovação automática a partir do vencimento do prazo inicial de vigência, não cabendo a cobrança de taxas ou qualquer outro valor no ato da renovação.

A juíza Gleice Mussalem Calil¹²⁵ comenta que:

O contrato é de trato sucessivo ou de execução continuada, havendo interesse em que a relação contratual dure muitos anos. As administradoras de planos de assistência à saúde estão obrigadas a

¹²³ BRASIL. **Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9656.htm>. Acesso em: 19 ago. 2018.

¹²⁴ BRASIL. **Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9656.htm>. Acesso em: 19 ago. 2018.

¹²⁵ CALIL, Grace Mussalem. **Direito contratual e direito do consumidor na saúde suplementar**. [S.l.], 2005. p. 164. (Série Aperfeiçoamento de Magistrados). Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeiçoamentodemagistrados/paginas/series/6/judicializacaoadaude_162.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2018.

firmar contratos por prazo indeterminado, pois a lei garante ao consumidor a renovação automática a partir do vencimento do prazo inicial de vigência (art. 13).

Imperioso ressaltar os ensinamentos da íclita doutrinadora Tereza Negreiros¹²⁶ que, ao abordar a concepção dos contratos de execução continuada em relação aos contratos aleatórios, comenta:

A rigor, os contratos cuja execução não seja instantânea contém necessariamente um certo grau de risco. Nos contratos aleatórios, porém, a álea, seja em relação à existência de uma certa coisa, ou à sua quantidade, ou ainda em relação à ocorrência de um certo evento, é um elemento ontológico.

Antônio Junqueira de Azevedo¹²⁷, ao discorrer sobre os negócios jurídicos, relata as classificações quanto aos fatores de eficácia no plano material dos negócios ajustados, cuja importância se relaciona de modo direto aos contratos de execução continuada:

Dados esses exemplos, passamos a apresentar uma classificação dos fatores de eficácia. Três nos parecem ser as espécies de fatores de eficácia: a) os fatores de atribuição da eficácia em geral, que são aqueles sem os quais o ato praticamente nenhum efeito produz; é o que ocorre no primeiro exemplo citado (ato sob condição suspensiva), em que, durante a ineficácia, poderá haver a possibilidade de medidas cautelares, mas, quanto aos efeitos do negócio, nem se produzem os efeitos diretamente visados, nem outros, substitutivos deles; b) os fatores de atribuição da eficácia diretamente visada, que são aqueles indispensáveis para que um negócio, que já é de algum modo eficaz entre as partes, venha a produzir exatamente os efeitos por ele visados; quer dizer, antes do advento do fator de atribuição da eficácia diretamente visada, o negócio produz efeitos, mas não os efeitos normais; os efeitos, até a ocorrência do fator de eficácia, são antes efeitos substitutivos dos efeitos próprios do ato; é o que ocorre no segundo exemplo citado, em que o negócio, realizado entre o mandatário sem poderes e o terceiro, produz, entre eles, seus efeitos, que, porém, não são os efeitos diretamente visados; c) os fatores de atribuição de eficácia mais extensa, que são aqueles indispensáveis para que um negócio, já com plena eficácia, inclusive produzindo exatamente os efeitos visados, dilate seu campo de atuação, tornando-se oponível a terceiros ou, até mesmo, erga omnes; é o que ocorre no terceiro e último exemplo dado (cessão de crédito notificada ao devedor e registrada).

¹²⁶ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 359.

¹²⁷ AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 49.

Outra característica destes contratos é a catividade, ou seja, quando há relação de dependência dos consumidores em relação a empresa seguradora de saúde. Deste modo, ao lecionar sobre os Planos Privados de Assistência à saúde sob a perspectiva do CDC, Cláudia Lima Marques¹²⁸ aduz que:

Dois aspectos devem ser destacados aqui: apesar do campo de aplicação subjetivo da lei de criação da ANS e do CDC ser o mesmo, há concentração no fornecedor de serviços, na operadora de planos privados de assistência à saúde, por parte da lei da ANS e concentração no consumidor e seus direitos, por parte do CDC. Já entre o CDC e a Lei 9.656/98 há total identidade subjetiva, pois esta lei cuida dos direitos do usuário (consumidor) e da operadora (controlando-a), o CDC cuida dos direitos dos consumidores nos contratos de serviços remunerados em geral (Art. 3º, §2º do CDC).

No entanto, ao apreciar o Projeto de Súmula nº 937, a Egrégia Corte do Superior Tribunal de Justiça, em sessão ordinária realizada em 11 de abril de 2018, decidiu por cancelar os efeitos do enunciado da Súmula 469, cujo teor induzia a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de planos de saúde de modo geral: “Súmula 469. Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde”.

A nova redação enuncia-se pela da Súmula 608 pelo Superior Tribunal de Justiça, cujo teor confere a inaplicabilidade das disposições do Código de Defesa do Consumidor nos contratos de plano de saúde administrados por entidades de autogestão: “Súmula 608: Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão”.

Por denominação da Resolução Normativa nº 137, de 14 de novembro de 2006¹²⁹, as entidades de autogestão caracterizam-se da seguinte forma:

Art. 2º Para efeito desta resolução, define-se como operadora de planos privados de assistência à saúde na modalidade de autogestão:

I – a pessoa jurídica de direito privado que, por intermédio de seu departamento de recursos humanos ou órgão assemelhado, opera

¹²⁸ MARQUES, Cláudia Lima; SCHMITT, Cristiano Heineck. **Visões sobre os planos de saúde privada e o código de defesa do consumidor**. Florianópolis: Biblioteca Virtual, 2007. p. 39-40. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/24753-24755-1-PB.pdf>>. Acesso em: 09 abr. 2018.

¹²⁹ BRASIL. Ministério da Saúde. **Resolução normativa nº 137, de 14 de novembro de 2006**. Disponível em: <http://www.editoramagister.com/doc_1036173_RESOLUCAO_NORMATIVA_N_137_DE_14_DE_NOVEMBRO_DE_2006.aspx>. Acesso em: 19 jul. 2018.

plano privado de assistência à saúde exclusivamente aos seguintes beneficiários:

- a) sócios da pessoa jurídica;
- b) administradores e ex-administradores da entidade de autogestão;
- c) empregados e ex-empregados da entidade de autogestão;
- d) aposentados que tenham sido vinculados anteriormente à entidade de autogestão;
- e) pensionistas dos beneficiários descritos nas alíneas anteriores;
- f) grupo familiar até o quarto grau de parentesco consanguíneo, até o segundo grau de parentesco por afinidade, criança ou adolescente sob guarda ou tutela, curatelado, cônjuge ou companheiro dos beneficiários descritos nas alíneas anteriores.

Também se caracterizam como entidades de autogestão aquelas sem finalidades lucrativas que operam aos indicados no inciso II e III do art. 2º da mesma Resolução Normativa.

Quando da aplicação concomitante do CDC, havia por serem taxativamente vedadas as cláusulas abusivas, em proteção ao consumidor. Sob tal perspectiva, Cláudia Lima Marques¹³⁰ comenta seus efeitos práticos:

[...] as cláusulas abusivas apresentam justamente como características comuns, o seu fim e o seu efeito. O fim comum das cláusulas abusivas seria a melhoria da situação contratual daquele que redige o contrato ou detém posição contratual preponderante, o fornecedor, transferindo assim ao consumidor riscos que normalmente deveria suportar, segundo o direito supletivo. O efeito comum das cláusulas abusivas é o desequilíbrio do contrato em razão de sua inclusão e da falta de reciprocidade e unilateralidade dos direitos assegurados através da cláusula ao fornecedor.

Em caso de inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, as relações jurídicas entre Seguradora de Saúde e Segurado pautam-se pelas regras gerais dos contratos de direito civil, onde não há de se caracterizar previamente a hipossuficiência de uma ou de outra parte, mas se presume a equidade da relação e a legalidade da pactuação que, pela dosimetria da norma, obrigará os contratantes.

Portanto, vê-se que os limites contratuais se pautam na delimitação do objeto e suas características legais, ocorrendo-se o desequilíbrio contratual quando se caracteriza violação do pacto à norma legal, seja sob a perspectiva das relações de direito civil como pela perspectiva dos direitos fundamentais.

¹³⁰ MARQUES, Cláudia Lima; SCHMITT, Cristiano Heineck. **Visões sobre os planos de saúde privada e o código de defesa do consumidor**. Florianópolis: Biblioteca Virtual, 2007. p. 55. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/24753-24755-1-PB.pdf>>. Acesso em: 09 abr. 2018.

2.3.2 Contratação Particular de Assistência Hospitalar

A pactuação do negócio jurídico é de livre vontade das partes, ou seja, ninguém tem a obrigação de adentrar em negócio, sob pena de ensejar causa de anulação.

Da livre iniciativa surgem as seguradoras de saúde, consoante explicado anteriormente, sendo parte integrante de um sistema de preservação do direito fundamental, a ser garantido mediante contratação privada de pessoa jurídica apta a prestar os serviços providenciados pelo Estado através do Sistema Único de Saúde, que comporta todos os cidadãos, o que gera ineficiência estrutural para concussão adequada do objetivo constitucional.

Para tanto, a Lei 9.656/98¹³¹ determina o conceito de Operadora de Plano de Assistência à Saúde, ora denominada como Seguradora:

II - Operadora de Plano de Assistência à Saúde: pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de que trata o inciso I deste artigo [...].

As seguradoras de saúde, logo, operam em regime jurídico de direito privado, desenvolvendo suas atividades no ramo de fornecimento de assistência hospitalar ao segurado (contratante) e os contratos de planos de saúde se descrevem naqueles elencados pelo inciso I do art. 1 da Lei 9.656/98.

A contratação, pela interpretação fornecida da norma legal, pode se dar de dois modos, qual sejam, a preço previamente contratado e pós contratado. Aquele se dá onde há o pagamento previamente ajustado e que deverá ser realizado pelo Segurado à Seguradora mensalmente, como prestação pecuniária, já este último, refere-se ao reembolso das custas despendidas pela Seguradora, a ser realizado pelo segurado após a prestação dos serviços de forma efetiva e conclusa.

No entanto, conforme infra delineado, a contratação deve se dar por prazo indeterminado, sob pena de infração ao disposto no art. 13 da Lei dos Planos de saúde e assistência privada.

Por definição legal, tem-se ainda a Carteira, cujo teor elenca o conjunto de contratos de assistência à saúde, conforme se extrai:

¹³¹ BRASIL. **Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9656.htm>. Acesso em: 19 ago. 2018.

Art. 1º. [...]

III - Carteira: o conjunto de contratos de cobertura de custos assistenciais ou de serviços de assistência à saúde em qualquer das modalidades de que tratam o inciso I e o § 1º deste artigo, com todos os direitos e obrigações nele contidos. [...].

Há de se destacar que a norma legal veda a operação de seguros privados de assistência à saúde tais como dos produtos designados a estes, na forma dos §§ 4º e 5º do art. 1º da Lei nº 9.656/98¹³².

O processualista Julio César Ballerini Silva¹³³ destaca o *modus operandi* das seguradoras de planos privados de assistência à saúde:

[...] no contrato de seguro-saúde encontram-se dados estatísticos que gerariam certa previsibilidade no sentido de que os segurados enfrentariam esse ou aquele tipo de problema de saúde, com a inevitabilidade do surgimento de algumas moléstias no decorrer do tempo, de modo que esse índice de sinistralidade nesse tipo peculiar de contrato, acaba por retirar sua aleatoriedade, levando a uma separação dessa espécie dentro do gênero contrato de seguro.

Cláudia Lima Marques¹³⁴ aponta que os planos privados de saúde se assemelham aos contratos de seguros ainda que sua finalidade pareça destoar do objeto daqueles, o que se diferencia de fato é que a seguradora não expõe à venda produtos para compras eventuais ou não eventuais, mas planos de execução continuada:

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 destes 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 ela relações episódicas. As relações não *one-shot*, como diz de modo feliz a expressão inglesa.

¹³² BRASIL. Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9656.htm>. Acesso em: 19 ago. 2018.

¹³³ SILVA, Julio César Ballerini. Contratos privados de assistência à saúde. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 3102, 29 dez. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/20732/contratos-privados-de-assistencia-a-saude>>. Acesso em: 09 jul. 2018.

¹³⁴ 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. 30.

Seguidamente, a doutrinadora¹³⁵ destaca que a depender do modo de organização das pessoas jurídicas privadas, há três tipos de contratos de assistência à saúde e diferentes coberturas previstas pela Lei nº 9.656/98¹³⁶:

Dependendo do modo de organização das pessoas jurídicas privadas, prestadoras de serviços de saúde, três tipos de fornecimento dos serviços de saúde: planos privados fechados de assistência à saúde, planos abertos de assistência à saúde e seguros privados de assistência à saúde.

Por essas razões, a contratação de assistência privada à saúde é modalidade de negócio jurídico lícita e convencional, que ocorre em detrimento da comodidade e segurança quanto à prestação adequada do atendimento hospitalar e custeio das operações relacionadas à saúde do particular.

2.4 Contratos de Atendimento Ambulatorial

Os Contratos de Atendimento ambulatorial têm por origem os contratos de assistência hospitalar, a definição dos limites contratuais alcança a abordagem do fornecimento de equipamentos médicos necessários para manutenção da saúde do segurado, assim como o ambiente ambulatorial adequado para tratamento da enfermidade que o acomete além da prestação dos serviços e cuidados médicos e hospitalares.

A Lei nº 9.656/98¹³⁷ institui as diretrizes do plano-referência de assistência à saúde, incluindo-se a cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar como obrigatoriedade de prestação pela seguradora:

Art. 10. É instituído o plano-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermagem, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de

¹³⁵ 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. 65.

¹³⁶ BRASIL. **Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9656.htm>. Acesso em: 19 ago. 2018.

¹³⁷ BRASIL. **Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9656.htm>. Acesso em: 19 ago. 2018.

Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei, exceto:

I - tratamento clínico ou cirúrgico experimental;

II - procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, bem como órteses e próteses para o mesmo fim;

III - inseminação artificial;

IV - tratamento de rejuvenescimento ou de emagrecimento com finalidade estética;

V - fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados;

VI - fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar, ressalvado o disposto nas alíneas 'c' do inciso I e 'g' do inciso II do art. 12;

VII - fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico;

IX - tratamentos ilícitos ou antiéticos, assim definidos sob o aspecto médico, ou não reconhecidos pelas autoridades competentes;

X - casos de cataclismos, guerras e comoções internas, quando declarados pela autoridade competente.

Para ter noção em termos de atenção ambulatorial da saúde pública fornecida pelo Estado, segundo extrai-se do livro lançado pela Fundação Oswaldo Cruz e o Ministério da Saúde que tem como tema as Contas do SUS na perspectiva da contabilidade internacional do Brasil entre os anos de 2010 a 2014, as despesas com atenção ambulatorial em relação às funções curativas e de cuidados a longo prazo atingiram a média de 37% acima das despesas de internações, com aproximadamente R\$ 65 bilhões de reais dedicados a elas no ano de 2014.¹³⁸

Ainda, mais de 90% dessas despesas no âmbito da atenção ambulatorial dividem-se entre a atenção básica e a especializada, sendo que os atendimentos em saúde bucal oneram pouco mais de 6% da atenção ambulatorial.¹³⁹

Das diferentes formas de contratos de assistência à saúde, a prestação de serviços ambulatoriais pode ou não estar inclusa, ainda que a Lei nº 9.656/98 expresse taxativamente no *caput* do seu art. 10º, o que fomenta o trabalho do judiciário na resolução das questões que se insurgem destes contratos.

¹³⁸ BRASIL. Ministério da Saúde; Fundação Oswaldo Cruz. **Contas do SUS na perspectiva da contabilidade internacional**: Brasil, 2010-2014. 1. ed. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2018. p. 47-48. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/contas_SUS_perspectiva_contabilidade_internacional_2010_2014.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2018.

¹³⁹ BRASIL. Ministério da Saúde; Fundação Oswaldo Cruz. **Contas do SUS na perspectiva da contabilidade internacional**: Brasil, 2010-2014. 1. ed. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2018. p. 47-48. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/contas_SUS_perspectiva_contabilidade_internacional_2010_2014.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2018.

2.4.1 Definição e Limites Contratuais

A Lei nº 9.656/98¹⁴⁰ determina que os contratos de planos de assistência à saúde, quando incluírem o atendimento ambulatorial, obrigatoriamente devem atender a cobertura de consultas médicas ilimitadas, serviços de apoio diagnóstico, tratamentos e procedimentos ambulatoriais, além de tratamentos antineoplásicos domiciliares de uso oral, entre outros, instituído pelo art. 12:

[...] I - quando incluir atendimento ambulatorial:

- a) cobertura de consultas médicas, em número ilimitado, em clínicas básicas e especializadas, reconhecidas pelo Conselho Federal de Medicina;
- b) cobertura de serviços de apoio diagnóstico, tratamentos e demais procedimentos ambulatoriais, solicitados pelo médico assistente;
- c) cobertura de tratamentos antineoplásicos domiciliares de uso oral, incluindo medicamentos para o controle de efeitos adversos relacionados ao tratamento e adjuvantes; [...].

Cláudia Lima Marques¹⁴¹ pontua sobre as diferenças essenciais entre os tipos de planos de saúde e seus limites de cobertura, destacando em primeira linha os planos privados fechados:

Os planos privados fechados de assistência à saúde são autogeridos por empresa, grupo de empresas, associações, sindicatos e entidades de classes profissionais, e destinam-se exclusivamente a empregados ativos, aposentados, pensionistas e ex-empregados, participantes de associações, sindicatos ou entidades de classes profissionais, bem como seus parentes consanguíneos e afins até o terceiro grau.

Sucessivamente, têm-se os planos privados abertos de assistência à saúde que podem ser ofertados e prestados por pessoas jurídicas habilitadas, além de possuir discricionariedade para adotar qualquer forma de constituição. Já os seguros privados de assistência à saúde só podem ser ofertados e prestados por pessoas jurídicas legalmente reguladas pela legislação específica das empresas de comercialização de seguros.¹⁴²

¹⁴⁰ BRASIL. **Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9656.htm>. Acesso em: 19 ago. 2018.

¹⁴¹ 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. 65.

¹⁴² 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. 66.

Dos ensinamentos de Cláudia Lima Marques¹⁴³, destacam-se os comentários acerca do objetivo social das operadoras de planos e seguros de saúde:

O objetivo social das operadoras de planos e seguros, lucrativos ou não, deve ser um critério norteador da solução dos conflitos judiciais. Se a disputa envolve uma operadora de planos ou seguros qualificada como assistencial ou filantrópica – que atua em regime de colaboração com o Estado – estamos diante de uma situação em que o bem discutido (saúde) situa-se no campo do direito público subjetivo, no qual o beneficiário exige o seu direito não do Estado, mas de quem ocupa o seu lugar. [...] Se a disputa envolve uma operadora ou seguradora de planos tipicamente privada, que objetiva lucro, a resolução do conflito deve dar-se pela utilização das normas do direito privado, com as alterações introduzidas pelo surgimento do direito do consumidor, já que tais contratos de assistência à saúde são contratos de consumo.

Os limites contratuais obrigacionais das relações jurídicas de seguros de assistência à saúde pautam-se, primordialmente, nas instituições da Lei nº 9656/98 e, quando se verificam lacunas normativas, a solução se mostra na interpretação jurisdicional com base no objetivo social, que é a prestação da saúde ao segurado.

2.5 Internação Hospitalar

A internação hospitalar constitui modalidade de prestação de serviço de assistência à saúde que pode ou não estar inclusa nos contratos de plano de saúde.

Ainda, quando o contrato de plano de saúde incluir a internação hospitalar, deverá, obrigatoriamente, observar o disposto no art. 12, inciso II da Lei nº 9.656/98¹⁴⁴:

[...] II - quando incluir internação hospitalar:

- a) cobertura de internações hospitalares, vedada a limitação de prazo, valor máximo e quantidade, em clínicas básicas e especializadas, reconhecidas pelo Conselho Federal de Medicina, admitindo-se a exclusão dos procedimentos obstétricos;
- b) cobertura de internações hospitalares em centro de terapia intensiva, ou similar, vedada a limitação de prazo, valor máximo e quantidade, a critério do médico assistente;
- c) cobertura de despesas referentes a honorários médicos, serviços gerais de enfermagem e alimentação;

¹⁴³ 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. 67.

¹⁴⁴ BRASIL. **Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9656.htm>. Acesso em: 19 ago. 2018.

- d) cobertura de exames complementares indispensáveis para o controle da evolução da doença e elucidação diagnóstica, fornecimento de medicamentos, anestésicos, gases medicinais, transfusões e sessões de quimioterapia e radioterapia, conforme prescrição do médico assistente, realizados ou ministrados durante o período de internação hospitalar;
- e) cobertura de toda e qualquer taxa, incluindo materiais utilizados, assim como da remoção do paciente, comprovadamente necessária, para outro estabelecimento hospitalar, dentro dos limites de abrangência geográfica previstos no contrato, em território brasileiro;
- f) cobertura de despesas de acompanhante, no caso de pacientes menores de dezoito anos;
- g) cobertura para tratamentos antineoplásicos ambulatoriais e domiciliares de uso oral, procedimentos radioterápicos para tratamento de câncer e hemoterapia, na qualidade de procedimentos cuja necessidade esteja relacionada à continuidade da assistência prestada em âmbito de internação hospitalar; [...].

No entanto, pelo fato de que planos de saúde tratam-se de contratos aleatórios, o risco da vantagem ou perda inerente ao negócio jurídico é das duas partes contratantes, tendo sido constantemente inadmitida pela jurisprudência pátria as cláusulas que excluem a internação hospitalar nos contratos de assistência hospitalar, sob a justificativa de ser abusiva a cláusula que exclui o risco de um contratante e induz simultaneamente a permanência do risco de perda à outra parte.¹⁴⁵

Em recente decisão judicial, a Colenda Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul¹⁴⁶ entendeu, conforme anteriormente descrito, que o art. 12, inciso I, alínea b e inciso II da Lei nº 9.656/98¹⁴⁷, em aplicação ao caso concreto, garantem que a seguradora deve possibilitar na hipótese de atendimento ambulatorial, a cobertura de serviços de diagnóstico, tratamentos e demais procedimentos ambulatoriais, nisso incluso a internação hospitalar:

¹⁴⁵ 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. 279.

¹⁴⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 70077788693**. Relator: Newton Carpes da Silva. Porto Alegre, 28 de junho de 2016. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70077788693%26num_processo%3D70077788693%26codEmenta%3D7832364+++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70077788693&comarca=Comarca%20de%20Caxias%20do%20Sul&dtJulg=12/07/2018&relator=Niwton%20Carpes%20da%20Silva&a ba=juris>. Acesso em: 10 jul. 2018.

¹⁴⁷ BRASIL. **Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9656.htm>. Acesso em: 19 ago. 2018.

APELAÇÃO CÍVEL. SEGUROS. PLANO DE SAÚDE. RECUSA DE MATERIAL ESSENCIAL PARA REALIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO CIRÚRGICO. COBERTURA DEVIDA. Trata-se de ação de cobrança através da qual, a parte autora, titular de plano de saúde, objetiva o ressarcimento das despesas decorrentes da utilização de alguns materiais essenciais para a realização do ato cirúrgico, os quais foram negados pela demandada, julgada procedente na origem. É aplicável o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de seguro, na medida em que se trata de relação de consumo, consoante traduz o artigo 3º, §2º do CDC. Inteligência da Súmula nº 608 do STJ. Considerando a situação em evidência, aplica-se o disposto no artigo 12, inciso I, alínea b, e inciso II, alínea e, da Lei nº 9.656/98 ao caso em concreto, o qual dispõe expressamente que o contrato deve garantir, na hipótese de atendimento ambulatorial, cobertura de serviços de apoio diagnóstico, tratamentos e demais procedimentos ambulatoriais, solicitados pelo médico assistente e, na hipótese de internação hospitalar, cobertura de toda e qualquer taxa, incluindo materiais utilizados. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica em rejeitar a recusa de cobertura de fornecimento de instrumental cirúrgico ou fisioterápico, como é o caso de próteses essenciais ao sucesso de cirurgias ou tratamento hospitalar decorrente da própria intervenção cirúrgica, situação que se evidencia no caso do material necessário para a cirurgia realizada pela autora. Relativamente ao pleito referente à indenização por danos morais, a questão é peculiar, entendo, no caso em concreto, não se tratar de situação passível de ensejar indenização a título de danos morais à parte autora. Isto porque, não restou devidamente demonstrado a recusa da cobertura do procedimento por parte da demandada. Dupla apelação. Apelo da ré parcialmente provido. Recurso adesivo prejudicado.

Já quando não se caracteriza a necessidade de internação hospitalar, na contratação na modalidade pós, cuja obrigação da seguradora é de realizar o reembolso das despesas gastas pelo segurado, a Egrégia Vigésima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro¹⁴⁸ entendeu pela não obrigação da seguradora de realizar o reembolso do custeio de sessões de fisioterapia e fonoaudiologia:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. CONTRATO DE SEGURO SAÚDE. Autor narra recusa injustificada da Ré em reembolsar integralmente sessões de fisioterapia e fonoaudiologia em seu domicílio, ante sua reduzida mobilidade. Entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de ser obrigatória a cobertura apenas tratando-se de substituição à internação hospitalar. Ausência de procedimentos invasivos, bem como desnecessidade de

¹⁴⁸ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 0055106-46.2017.8.19.0001**. Relatora: Desembargadora Leila Maria Rodrigues Pinto de Carvalho e Albuquerque. Rio de Janeiro, 29 de junho de 2018. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000439EFF7226C5C7F7B504B293CE8E67F9DC50832391B04&USER=>>>. Acesso em: 10 jul. 2018.

internação hospitalar afastam a obrigação de custeio pela Seguradora. Consoante o artigo 14, parágrafo único da Instrução Normativa nº 387/2015 da Agência Reguladora, os demais casos devem observar as disposições contratuais. O instrumento contratual exclui de sua cobertura o atendimento em âmbito domiciliar, sendo legítima a recusa. Ausência de fundamento para pretensão de custeio integral. Reembolso efetuado antes do ajuizamento da ação que se deu por mera liberalidade da Ré. O Reembolso obtido pelo deferimento da tutela de urgência deverá ser devolvido à Ré. Improcedência dos pedidos que se impõe, com a inversão do ônus sucumbencial. PROVIMENTO DO RECURSO.

A jurista Cláudia Lima Marques¹⁴⁹ comenta que:

O plano ambulatorial deve assegurar ao beneficiário número ilimitado de consultas médicas hospitalares em clínicas básicas e especializadas e em centro de terapia intensiva, sem limite de prazo, valor máximo e quantidade (art. 12, II, a e b). A lei, com isso, impede a prática comum de inserção de limite de prazo, valor ou quantidade de internações em clínicas ou centro de terapia intensiva e que dava margem à impugnação judicial, especialmente quando o paciente, mesmo esgotado o prazo definido no contrato, necessitava continuar internado.

Em vista disso, vê-se que a internação hospitalar tem por objetivo fornecer ao segurado toda a estrutura necessária para tratamento da doença que lhe acomete vez que o contrato de seguro, em razão das diretrizes da Lei nº 9.656/98, taxativamente exige que a internação hospitalar inclua todos os tratamentos médicos necessários.

Pelas razões suscitadas, tem-se que as decisões judiciais têm pendido pela análise ampla das disposições gerais da Lei nº 9.656/98¹⁵⁰, tomando por base a obrigatoriedade da prestação dos tratamentos médicos necessários em princípio ao objetivo social das seguradoras e operadoras, que é a manutenção da saúde.

Logo, passar-se-á analisar os aspectos da atenção domiciliar à saúde, cujo objetivo é propiciar um estudo acerca das características e nuances comparativas entre a atenção hospitalar e a própria atenção domiciliar (*Home Care*), investigando sua aplicabilidade e apreciação jurisdicional dos contratos de plano de saúde que, por muitas vezes, trazem em seu conteúdo cláusulas que vetam expressamente a extensão do tratamento hospitalar ao domicílio e que, ainda sim, são revistas pelo

¹⁴⁹ 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. 69.

¹⁵⁰ BRASIL. **Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9656.htm>. Acesso em: 19 ago. 2018.

judiciário, a fim de enunciar os fundamentos das decisões que assumem respectiva posição jurídica.

3 ATENÇÃO DOMICILIAR À SAÚDE E CONTRATOS DE *HOME CARE*

A assistência domiciliar à saúde, comumente denominada de *Home Care* e/ou atendimento domiciliar, tem apresentado crescimento constante no Brasil, sendo uma modalidade de prestação de serviços aplicada, principalmente, pelo setor privado, por seguradoras e operadoras de saúde que visam propiciar contratos de plano de saúde aos cidadãos com o objetivo de fidelizar um relação jurídica de serviços especializados em cuidados médicos e tratamentos hospitalares a serem realizados em domicílio.

O *Home Care* pressupõe uma série de atores sociais envolvidos em uma complexa rede de relações que, substancialmente, geram conflitos de interesses.

Nas palavras de Ciro Augusto Floriani e Fermin Roland Schramm¹⁵¹, o conceito de assistência domiciliar (*Home Care*) ganha traços pontuais:

O termo AD é aqui empregado no sentido amplo de home care, compreendendo uma gama de serviços realizados no domicílio e destinados ao suporte terapêutico do paciente. Estes serviços vão desde cuidados pessoais de suas atividades de vida diária (higiene íntima, alimentação, banho, locomoção e vestuário), cuidados com sua medicação e realização de curativos de ferimentos, cuidados com escaras e ostomias, até o uso de alta tecnologia hospitalar como nutrição enteral/parenteral, diálise, transfusão de hemoderivados, quimioterapia e antibioticoterapia, com serviço médico e de enfermagem 24 horas/dia, e uma rede de apoio para diagnóstico e para outras medidas terapêuticas. Também estão incluídos neste conceito o chamado suporte comunitário (voluntários, serviços de associações comunitárias, transporte) e realização de tarefas externas, como ida a um banco ou a uma farmácia.

Walter Mendes¹⁵² comenta sobre o uso do termo *Home Care* e sua tradução como cuidados da saúde em domicílio de modo mais simplificado:

Conceituar *Home Care* exige, em primeiro lugar, traduzir o termo para a língua portuguesa. *Home Health Care* é uma expressão mais precisa, mas pouco encontrada na literatura inglesa. A abreviação *Home Care* está consagrada na maioria dos textos pesquisados, assim como o termo *Soins à Domicille* usado nos textos de língua francesa. Tanto *Care* como *Soins*, traduzidas literalmente, significam “cuidado”. [...] A palavra “cuidado”, no Brasil, é usada para descrever

¹⁵¹ FLORIANI, Ciro Augusto; SCHRAMM, Fermin Roland. Atendimento domiciliar ao idoso: problema ou solução? **Caderno de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v. 20, n. 4, p. 986, jul./ago. 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csp/v20n4/13.pdf>>. Acesso em: 07 abr. 2018.

¹⁵² MENDES, Walter. **Home care**: uma modalidade de assistência à saúde. Rio de Janeiro: UnATI, 2001. p. 40.

atenção de pessoa (s) para com outra (s), seja de familiares, vizinhos, amigos, ou profissionais da saúde. Mais raramente, é utilizada para descrever uma intervenção médica. Serviços de suporte de diagnóstico, de arquitetura específica, de equipamentos médicos nunca são considerados cuidados. Algumas traduções alternativas para o português poderiam ser assistência e atenção. O mesmo dicionário Aurélio descreve o termo 'assistência' como '[...] ato ou efeito de assistir; presença atual; conjunto de assistentes, proteção, amparo, arrimo, auxílio, ajuda, socorro médico [...]'].

Os objetivos do *Home Care* pautam-se pela liberação dos leitos hospitalares e propriamente do atendimento ambulatorial visto que os pacientes permanecerão na própria residência, o que descongestiona os hospitais públicos e clínicas particulares, fazendo com que haja uma redução dos custos de manutenção e propiciando uma reinserção ou permanência do paciente núcleo familiar com uma assistência humanizada.¹⁵³

Segundo o Estudo apresentado pela Fundação Oswaldo Cruz e o Ministério da Saúde, os maiores gastos do Sistema Único de Saúde no período entre os anos de 2010 a 2014 são em razão de interações, procedimentos ambulatoriais e atenção domiciliar, que representam praticamente 52,4% do total de gastos do SUS, enquanto as despesas com prevenção e vigilância da saúde ficam apenas em 11,3% dos investimentos.¹⁵⁴

É nesta razão que o Atendimento Domiciliar contribui como importante ferramenta de auxílio na economia de valores pelo Estado, vez que o custo é pago pelo próprio segurado à seguradora, através do ajuste do contrato de plano de saúde, sendo que as demais despesas, até mesmo em razão da Lei nº 9.656/98¹⁵⁵, são custeadas pela própria seguradora, quando se fizerem necessárias.

A Lei nº 8.080/90¹⁵⁶ define os serviços privados de assistência à saúde como sendo aqueles que se caracterizam pela atuação por iniciativa particular de profissionais liberais legalmente habilitados e pessoas jurídicas de direito privado na promoção, proteção e recuperação da saúde do paciente, sendo certo que, pelas disposições da

¹⁵³ FLORIANI, Ciro Augusto; SCHRAMM, Fermin Roland. Atendimento domiciliar ao idoso: problema ou solução? **Caderno de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v. 20, n. 4, p. 987, jul./ago. 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csp/v20n4/13.pdf>>. Acesso em: 07 abr. 2018.

¹⁵⁴ BRASIL. Ministério da Saúde; Fundação Oswaldo Cruz. **Contas do SUS na perspectiva da contabilidade internacional**: Brasil, 2010-2014. 1. ed. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2018. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/contas_SUS_perspectiva_contabilidade_internacional_2010_2014.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2018.

¹⁵⁵ BRASIL. **Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9656.htm>. Acesso em: 19 ago. 2018.

¹⁵⁶ BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 29 jun. 2018.

Lei nº 9.656/98¹⁵⁷, referidos profissionais liberais devem atuar em razão das pessoas jurídicas que prestarão os serviços como seguradoras e saúde ou operadoras:

Art. 20. Os serviços privados de assistência à saúde caracterizam-se pela atuação, por iniciativa própria, de profissionais liberais, legalmente habilitados, e de pessoas jurídicas de direito privado na promoção, proteção e recuperação da saúde.

Art. 21. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

Art. 22. Na prestação de serviços privados de assistência à saúde, serão observados os princípios éticos e as normas expedidas pelo órgão de direção do Sistema Único de Saúde (SUS) quanto às condições para seu funcionamento.

Sobre a Atenção Domiciliar, extrai-se conceito materializado pelo próprio Ministério da Saúde¹⁵⁸, em que a concepção se relaciona às lições de Ciro Augusto Floriani e Fermin Roland Schramm:

A Atenção Domiciliar (AD) é uma forma de atenção à saúde, oferecida na moradia do paciente e caracterizada por um conjunto de ações de promoção à saúde, prevenção e tratamento de doenças e reabilitação, com garantia da continuidade do cuidado e integrada à Rede de Atenção à Saúde.

Com abordagens diferenciadas, esse tipo de serviço está disponível no Sistema Único de Saúde (SUS). De acordo com a necessidade do paciente, esse cuidado em casa pode ser realizado por diferentes equipes. Quando o paciente precisa ser visitado com menos frequência, por exemplo, uma vez por mês, e já está mais estável, este cuidado pode ser realizado pela equipe de Saúde da Família/Atenção Básica de sua referência. Já os casos de maior complexidade são acompanhados pelas equipes multiprofissional de atenção domiciliar (EMAD) e de apoio (EMAP), do Serviços de Atenção Domiciliar (SAD) – Melhor em Casa.

A Atenção Domiciliar proporciona ao paciente um cuidado ligado diretamente aos aspectos referentes à estrutura familiar, à infraestrutura do domicílio e à estrutura oferecida pelos serviços para esse tipo de assistência. Dessa forma, evita-se hospitalizações desnecessárias e diminui o risco de infecções. Além disso, melhora a gestão dos leitos hospitalares e o uso dos recursos, bem como diminui a superlotação de serviços de urgência e emergência.

Os pacientes que precisam de equipamentos e outros recursos de saúde e demandam maior frequência de cuidado, com acompanhamento contínuo, também podem ser assistidos pelo Melhor em Casa.

¹⁵⁷ BRASIL. **Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9656.htm>. Acesso em: 19 ago. 2018.

¹⁵⁸ BRASIL. Ministério Público. **Atenção domiciliar**. Brasília, DF, 2018. Disponível em: <<http://portalms.saude.gov.br/acoes-e-programas/melhor-em-casa-servico-de-atencao-domiciliar/atencao-domiciliar>>. Acesso em: 12 jul. 2018.

Assistência Domiciliar ou mesmo *Home Care* é uma forma de atendimento de saúde mais ampla e genérica, aglomera qualquer atividade que seja relacionada à saúde e que seja desenvolvida no domicílio do paciente (segurado).

Em decisão proferida nos autos da Apelação Cível nº 0287034-65.2016.8.19.0001) pela Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro¹⁵⁹, ao analisar o contrato de plano de saúde, a corte definiu diretrizes que evidenciam a imprescindibilidade do *Home Care* aos pacientes que necessitam do atendimento em domicílio, com alusão ao caso de uma segura que conta com 92 anos e possui doença cardíaca, que a impossibilita de locomoção ao centro ambulatorial hospitalar:

[...] 'A operadora de planos privados de assistência à saúde, na modalidade de autogestão, é pessoa jurídica de direito privado sem finalidades lucrativas que, vinculada ou não à entidade pública ou privada, opera plano de assistência à saúde com exclusividade para um público determinado de beneficiários. A constituição dos planos sob a modalidade de autogestão diferencia, sensivelmente, essas pessoas jurídicas quanto à administração, forma de associação, obtenção e repartição de receitas, diverso dos contratos firmados com empresas que exploram essa atividade no mercado e visam ao lucro. Não se aplica o CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR ao contrato de plano de saúde administrado por entidade de autogestão, por inexistência de relação de consumo'. RESP. 1.285.483. PB [...] Há que se considerar que a autora conta com 92 anos de idade, possui mais de 90 anos, de idade, e é portadora de angina, diabetes e artroses, que, embora, a princípio, não impeçam, dificultam, e muito, a sua locomoção até o consultório médico. 9. Ademais, restou comprovada a patologia cardíaca grave, que resultou em sua internação por vários dias, conforme verifica-se dos documentos acostados às fls. 58 (index 00058), fato que corrobora as afirmativas autorais quanto a imprescindibilidade de acompanhamento cardiológico imediato.

Com similaridade, a Egrégia Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul¹⁶⁰, ao julgar a Apelação Cível nº 0064868-

¹⁵⁹ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 0287034-65.2016.8.19.0001**. Relatora: Desembargadora Isabela Pessanha Chagas. Rio de Janeiro, 11 de julho de 2018. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2018.001.37366>>. Acesso em: 10 jul. 2018.

¹⁶⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 70078220712**. Relatora: Desembargadora Elisa Carpin Corrêa. Rio Grande do Sul, 26 de junho de 2018. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fone_tica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70078220712%26num_processo%3D70078220712%26codEmenta%3D7907460++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70078220712&comarca=Comarca%20de%20Porto%20Alegre&dtJulg=30/08/2018&relator=Niwton%20Carpes%20da%20Silva&aba=juris>. Acesso em: 10 jul. 2018.

50.2018.8.21.7000, interposta em razão de sentença do juízo *a quo* que julgou improcedente a ação de obrigação de fornecer o tratamento médico via *Home Care*, entendeu por conceituar linhas materiais da assistência domiciliar como uma modalidade continuada de serviços e tratamentos em domicílio, prestada pela seguradora através de contrato aleatório ajustado com o segurado:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. SEGUROS. PLANO DE SAÚDE. HOME CARE. ALEGAÇÃO AUSÊNCIA DE COBERTURA. DESCABIMENTO. COBERTURA DEVIDA. Trata-se de ação de obrigação de fazer, através da qual o autor postula o fornecimento pela requerida dos serviços de home care, julgada improcedente na origem. É aplicável o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de seguro, na medida em que se trata de relação de consumo, consoante traduz o artigo 3º, §2º do CDC. Inteligência da Súmula nº 608 do STJ. No caso dos autos, o panorama probatório atestou a necessidade utente de tratamento domiciliar para a autora, através do serviço home care, que se traduz em uma modalidade contínua de serviços na área da saúde, cujas atividades são dedicadas aos pacientes e seus familiares em um ambiente extra-hospitalar, mormente porque a segurada é pessoa idosa e portadora das patologias fibrilação arterial sistêmica, acidente vascular cerebral, com déficit motor a direita (Cid 10 I 48, I 10.9 e I 64.9), a qual necessita de inúmeros cuidados. O egrégio Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do RESP nº. 1.378.707, reafirmou o entendimento de que o home care, quando prescrito pelo médico assistente, deve ser custeado pelo plano de saúde. Ressalva no sentido de que, nos contratos de plano de saúde sem contratação específica, o serviço de internação domiciliar (home care) pode ser utilizado em substituição à internação hospitalar, desde que observados certos requisitos como a indicação do médico assistente, a concordância do paciente e a não afetação do equilíbrio contratual nas hipóteses em que o custo do atendimento domiciliar por dia supera o custo diário em hospital. Destaca-se que é vedado ao plano de saúde recusar a custear tratamento prescrito pelo médico, mesmo quando o contrato não prevê cobertura em ambiente domiciliar, pois cabe ao médico definir qual é o melhor tratamento para seu paciente. Ademais, há previsão de cobertura no contrato para a doença apresentada pela parte agravada, e não a forma como o tratamento será realizado. Precedentes. Apelação provida, por maioria.¹⁶¹

Pela presente forma, vê-se que o *Home Care* ou assistência domiciliar se caracteriza pela prestação de serviços médicos e hospitalares de menor complexidade, a serem realizados no domicílio do segurado, o que proporciona vantagens econômicas e procedimentais aos ambulatórios e clínicas particulares vez

¹⁶¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 0064868-50.2018.8.21.7000**; Palmeira das Missões, Sexta Câmara Cível. Relator: Des^a Elisa Carpim Corrêa. Porto Alegre, julgamento: 08 de junho de 2018.

que retira o paciente do ambiente hospitalar e permite seu tratamento residencial, sendo certo que a contratação estabelece limites e requisitos indicados a aptidão do tratamento.

3.1 Implicações e Práticas da Equipe Médica

Os cuidados via *Home Care* têm por escopo contratos pré-estabelecidos, onde há de se constatar previsões no sentido de propiciar tratamentos básicos de enfermagem a serem realizados no domicílio do segurado.

Trata-se, então, da própria promoção da saúde, prevenção e tratamento de doenças, ou seja, um cuidado de alta qualidade que proporciona às pessoas o atendimento no próprio domicílio. Nesse caso, são ações menos complexas, que contam com diversos profissionais diferentes na área da saúde para desenvolver o atendimento ambulatorial em casa. Caracterizam-se por cuidados mais simples como higiene do segurado, alimentação, banho, locomoção, medicação, promoção de curativos em feridas, nutrição e, no caso de pactuação das partes, podem englobar tratamentos com uso de alta tecnologia hospitalar como transfusão de hemoderivados, antibioticoterapia e até mesmo quimioterapia, com serviço médico e rede de apoio de 24 horas.¹⁶²

A Lei nº 10.424/2002¹⁶³, ao incluir o Capítulo VI, que trata do subsistema de atendimento domiciliar à Lei nº 8.080/90, expressou que o atendimento domiciliar deve obrigatoriamente ser realizado por equipe médica multidisciplinar, que atuará na prática e desenvolvimento de medicina preventiva, terapêutica e reabilitadora, conforme se verifica do art. 19-I, § 2º: “[...] § 2º O atendimento e a internação domiciliares serão realizados por equipes multidisciplinares que atuarão nos níveis da medicina preventiva, terapêutica e reabilitadora”.

No entanto, o atendimento domiciliar só pode ser realizado sob expressa indicação médica, devendo obrigatoriamente o paciente e a família manifestarem sua concordância expressa, na hipótese de caracterizar a desobrigação da seguradora de prestar tal serviço ao segurado, ao que se observa, sucessivamente,

¹⁶² SAMPAIO, Ana Virgínia de Faria; IMAI, Cesar. **Atenção domiciliar à saúde (Home Health Care), a arquitetura acessível e o desenho universal**. [S.l.], 2012. p. 3-4. Disponível em: <https://www.usp.br/nutau/nutau_2012/2dia/20120628170403_artigo%20NUTAU%202012%20final%20com%20pag.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2018.

¹⁶³ BRASIL. **Lei nº 10.424, de 15 de abril de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10424.htm>. Acesso em: 14 maio 2018.

do art. 19-I, § 3º da Lei nº 8.080/90¹⁶⁴: “[...] § 3º O atendimento e a internação domiciliares só poderão ser realizados por indicação médica, com expressa concordância do paciente e de sua família”.

Em julgamento proferido nos autos da Apelação Cível registrada sob o nº 70060964657¹⁶⁵, apreciado pela Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, publicado no Diário Eletrônico em 30/03/2015, a Egrégia Corte de justiça entendeu que, em ação de obrigação de fazer com objetivo de que a seguradora de saúde reembolsasse os custos do tratamento por *Home Care*, é imprescindível a prescrição médica, concordância do paciente e equilíbrio contratual em razão do alto custo da atendimento domiciliar superar o gasto com o atendimento em hospital:

APELAÇÕES CÍVEIS. SEGURO. PLANO DE SAÚDE. ATENDIMENTO DOMICILIAR. HOME CARE. COBERTURA DEVIDA. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E LEI 9.656/98. DEVER DE INFORMAR. RESSARCIMENTO DE DESPESAS. DANO MORAL. INOCORRÊNCIA. Do agravo retido de fls. 162/173 Agravo retido cuja matéria confunde-se com o mérito da causa, o que possibilita a análise conjunta de ambos, visto que utilizados os mesmo argumentos despendidos em razões de apelação. Do agravo retido de fls. 215/225 2. A controvérsia dos autos versa sobre matéria preponderantemente de direito, sendo acostado ao feito documentação suficiente para o deslinde do litígio, mostrando-se desnecessária a produção da prova oral. Ademais, o Juiz é o destinatário das provas, cabendo a ele aferir sobre a necessidade ou não de sua produção, a teor do que estabelece o art. 130 do Código de Processo Civil, bem como coibir a produção de prova inútil a solução da causa, em atendimento aos princípios da economia e celeridade processual. Mérito dos recursos em exame 3. O contrato de seguro e de plano de saúde tem por objeto a cobertura do risco à saúde contratado, ou seja, o evento futuro e incerto que poderá gerar o dever de ressarcir as despesas médicas por parte da seguradora. Outro elemento essencial desta espécie contratual é a boa-fé, na forma do art. 422 do Código Civil, caracterizada pela lealdade e clareza das informações prestadas pelas partes. 4. Há perfeita

¹⁶⁴ BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 29 jun. 2018.

¹⁶⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 70060964657**. Relatar: Desembargador Jorge Luiz Lopes do Canto. Porto Alegre, 25 de março de 2015. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70060964657%26num_processo%3D70060964657%26codEmenta%3D6207607+++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70060964657&comarca=Comarca%20de%20Porto%20Alegre&dtJulg=25/03/2015&relator=Jorge%20Luiz%20Lopes%20do%20Canto&aba=juris>. Acesso em: 19 set. 2018.

incidência normativa do Código de Defesa do Consumidor nos contratos atinentes aos planos ou seguros de saúde, como aquele avençado entre as partes, podendo se definir como sendo um serviço a cobertura do seguro médico ofertada pela demandada, consubstanciada no pagamento dos procedimentos clínicos decorrentes de riscos futuros estipulados no contrato aos seus clientes, os quais são destinatários finais deste serviço. Inteligência do art. 35 da Lei 9.656/98. Aliás, sobre o tema em lume o STJ editou a súmula n. 469, dispondo esta que: aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde. 5. A vedação do home care não foi informada de maneira clara e nos moldes que exige o Código de Defesa do Consumidor 6. Restrições de direito devem estar expressas, legíveis e claras no contrato, o que não ocorreu no caso em tela, em afronta ao dever de informar consagrado na legislação consumerista. Assim, sem a informação adequada e integral quanto ao serviço que se está contratando, não há manifestação de vontade a ser considerada como livre e consciente e, como tal, a aquiescência da parte autora com a restrição constante no plano ofertado está eivada de vício. 7. Não logrou êxito o autor em demonstrar que efetivamente houve solicitação de cobertura do atendimento postulado, de modo que não há que se falar em ressarcimento dos valores despendidos com serviço de home care e tratamentos realizados. 8. Danos morais. Somente os fatos e acontecimentos capazes de abalar o equilíbrio psi considerados para tanto, sob pena de banalizar este instituto, atribuindo reparação a meros incômodos do cotidiano, em especial quando se trata de responsabilidade contratual. Negaram provimento aos recursos.¹⁶⁶

Sobre as práticas e implicações médicas no atendimento domiciliar, **Ciro Augusto Floriani** e **Fermin Roland Schramm**¹⁶⁷ comentam que:

Estes serviços vão desde cuidados pessoais de suas atividades de vida diária (higiene íntima, alimentação, banho, locomoção e vestuário), cuidados com sua medicação e realização de curativos de ferimentos, cuidados com escaras e ostomias, até o uso de alta tecnologia hospitalar como nutrição enteral/parenteral, diálise, transfusão de hemoderivados, quimioterapia e antibioticoterapia, com serviço médico e de enfermagem 24 horas/dia, e uma rede de apoio para diagnóstico e para outras medidas terapêuticas. Também estão incluídos neste conceito o chamado suporte comunitário (voluntários,

¹⁶⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 70060964657**. Relatar: Desembargador Jorge Luiz Lopes do Canto. Porto Alegre, 25 de março de 2015. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70060964657%26num_processo%3D70060964657%26codEmenta%3D6207607+++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70060964657&comarca=Comarca%20de%20Porto%20Alegre&dtJulg=25/03/2015&relator=Jorge%20Luiz%20Lopes%20do%20Canto&aba=juris>. Acesso em: 19 set. 2018.

¹⁶⁷ FLORIANI, **Ciro Augusto**; SCHRAMM, **Fermin Roland**. Atendimento domiciliar ao idoso: problema ou solução? **Caderno de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 4, p. 987, jul./ago. 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csp/v20n4/13.pdf>>. Acesso em: 07 abr. 2018.

serviços de associações comunitárias, transporte) e realização de tarefas externas, como ida a um banco ou a uma farmácia.

Assim, os cuidados e tratamentos médicos do atendimento domiciliar caracterizam-se como essenciais à manutenção da saúde do paciente (segurado), mas referem-se tão somente àqueles de menor complexidade, que podem ser executados com o auxílio da tecnologia ou não, mas que prescindem de vasto equipamento técnico e ambulatorial que transformaria o ambiente domiciliar em verdadeira sala de internação hospitalar.

3.2 Constituição Legal e Jurisdicional da Assistência Domiciliar à Saúde (*Home Care*)

No âmbito do Sistema Único de Saúde, o atendimento domiciliar tem as diretrizes definidas pela Lei 9.656/98¹⁶⁸, tal como pela Lei 8.080/90¹⁶⁹ e, ainda, pela Lei nº 10.424/2002¹⁷⁰, que acrescentou um capítulo à Lei nº 8.080/90¹⁷¹, dispondo sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, assim como organização e funcionamento da assistência domiciliar promovida pelo Estado.

Extrai-se do conteúdo legal a constituição de um subsistema de atendimento domiciliar em que as práticas conferem, no mínimo, a assistência de procedimentos médicos, de enfermagem, fisioterapêuticos, psicológicos, assistência social e, amplificando o conteúdo da norma, outras providências necessárias para o cuidado integral dos pacientes em seu domicílio:

Art. 19-I. São estabelecidos, no âmbito do Sistema Único de Saúde, o atendimento domiciliar e a internação domiciliar.

§ 1º Na modalidade de assistência de atendimento e internação domiciliares incluem-se, principalmente, os procedimentos médicos, de enfermagem, fisioterapêuticos, psicológicos e de assistência social, entre outros necessários ao cuidado integral dos pacientes em seu domicílio.

¹⁶⁸ BRASIL. **Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9656.htm>. Acesso em: 19 ago. 2018.

¹⁶⁹ BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 29 jun. 2018.

¹⁷⁰ BRASIL. **Lei nº 10.424, de 15 de abril de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10424.htm>. Acesso em: 14 maio 2018.

¹⁷¹ BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 29 jun. 2018.

Importante relacionar os ensinamentos extraídos do Voto proferido pela respeitável Desembargadora Cristina Tereza Gaulia, relatora do julgamento das Apelações Cíveis nº 0051934-24.2002.8.19.0001 e 0064826-62.2002.8.19.0001 da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro¹⁷²:

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, afim 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.

Seguidamente, a ínclita jurista¹⁷³ comenta que a assistência domiciliar possui capacidade de diminuir a permanência de pacientes em hospitais e por essa razão gera benefícios não somente aos particulares, mas também à sociedade vez que libera os leitos ambulatoriais, ampliando a capacidade de manutenção das instituições de saúde, sendo que essa modalidade de assistência é contextualizada globalmente visto que o avanço da tecnologia permite a sua execução com segurança:

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

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

¹⁷² RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Apelações cíveis nº 0051934-24.2002.8.19.0001 e 0064826-62.2002.8.19.0001**. Relatora: Desembargadora Cristina Tereza Gaulia. Rio de Janeiro, 30 de setembro de 2014. p. 11. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistadireitoemovimento_online/edicoes/volume21/volume21_605.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2018.

¹⁷³ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Apelações cíveis nº 0051934-24.2002.8.19.0001 e 0064826-62.2002.8.19.0001**. Relatora: Desembargadora Cristina Tereza Gaulia. Rio de Janeiro, 30 de setembro de 2014. p. 11. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistadireitoemovimento_online/edicoes/volume21/volume21_605.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2018.

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.

No entanto, em que pese a Lei nº 9.656/98¹⁷⁴, ao instituir o plano-referência de assistência à saúde visando garantir a cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, não incluiu o fornecimento de medicamentos para o tratamento domiciliar:

Art. 10. É instituído o plano-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermagem, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei, exceto:

[...]

VI - fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar, ressalvado o disposto nas alíneas 'c' do inciso I e 'g' do inciso II do art. 12; [...].

Em outros casos, como o fornecimento ou reembolso de custas com bolsas de colostomia, ileostomia e urostomia, sonda vesical de demorar e coletor de urina ou conector, a norma legal previu a obrigatoriedade de a seguradora fornecer ao segurado, ainda que em tratamento domiciliar:

Art. 10-B. Cabe às operadoras dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º, por meio de rede própria, credenciada, contratada ou referenciada, ou mediante reembolso, fornecer bolsas de colostomia, ileostomia e urostomia, sonda vesical de demora e coletor de urina com conector, para uso hospitalar, ambulatorial ou domiciliar, vedada a limitação de prazo, valor máximo e quantidade.

Isto posto, os cuidados por *Home Care* se incluem na previsão geral da Lei nº 9.656/98¹⁷⁵ quando trata do Plano Privado de Assistência à Saúde, podendo incluí-los em contrato ou não, possibilitando ao judiciário a revisão de cada caso:

¹⁷⁴ BRASIL. **Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9656.htm>. Acesso em: 19 ago. 2018.

¹⁷⁵ BRASIL. **Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9656.htm>. Acesso em: 19 ago. 2018.

Art. 1º. Submetem-se às disposições desta Lei as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade, adotando-se, para fins de aplicação das normas aqui estabelecidas, as seguintes definições:

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

Com especialidade, a Agencia Nacional de Saúde Suplementar (ANS) editou a Resolução Normativa nº 428, em 7 de novembro de 2017¹⁷⁶, descrevendo o Rol de procedimentos e eventos em saúde que devem constituir referência básica para cobertura assistencial mínima dos planos particulares de saúde, contratados a partir de 1º de janeiro de 1999, tal como fixa as diretrizes da atenção à saúde.

Assim, inicialmente, a Resolução Normativa prevê os princípios básicos que devem ser observados pelas seguradoras de saúde:

Art. 4º A atenção à saúde na saúde suplementar deverá observar os seguintes princípios:

I - atenção multiprofissional;

II - integralidade das ações respeitando a segmentação contratada;

III - incorporação de ações de promoção da saúde e prevenção de riscos e doenças, bem como de estímulo ao parto normal;

IV - uso da epidemiologia para monitoramento da qualidade das ações e gestão em saúde; e

V - adoção de medidas que evitem a estigmatização e a institucionalização dos portadores de transtornos mentais, visando ao aumento de sua autonomia.

Parágrafo único. Os princípios estabelecidos neste artigo devem ser observados em todos os níveis de complexidade da atenção, respeitando-se as segmentações contratadas, visando à promoção da saúde, à prevenção de riscos e doenças, ao diagnóstico, ao tratamento, à recuperação e à reabilitação.¹⁷⁷

¹⁷⁶ BRASIL. Ministério da Saúde. **Resolução normativa nº 428, de 7 de novembro de 2017**. Disponível em: <http://www.lex.com.br/legis_27541128_RESOLUCAO_NORMATIVA_N_428_DE_7_DE_NOVEMBRO_DE_2017.aspx>. Acesso em: 19 jul. 2018.

¹⁷⁷ BRASIL. Ministério da Saúde. **Resolução normativa nº 428, de 7 de novembro de 2017**. Disponível em: <http://www.lex.com.br/legis_27541128_RESOLUCAO_NORMATIVA_N_428_DE_7_DE_NOVEMBRO_DE_2017.aspx>. Acesso em: 19 jul. 2018.

Em complementação à Lei nº 9.656/98¹⁷⁸, ao tratar do Plano-referência, a respectiva Resolução Normativa elenca as disposições gerais acerca das coberturas assistenciais:

Art. 6º As operadoras deverão oferecer obrigatoriamente o plano-referência de que trata o art. 10 da Lei nº 9.656, de 1998, podendo oferecer, alternativamente, planos ambulatorial, hospitalar, hospitalar com obstetrícia, odontológico e suas combinações, ressalvada a exceção disposta no § 3º do art. 10 da Lei nº 9.656, de 1998.

E no mesmo capítulo, aduz a extensão da cobertura do Plano-Referência:

Art. 20. A cobertura assistencial de que trata o plano-referência compreende todos os procedimentos clínicos, cirúrgicos, obstétricos e os atendimentos de urgência e emergência, na forma estabelecida no art. 10 da Lei nº 9.656, de 1998.

§ 1º São permitidas as seguintes exclusões assistenciais:

I - tratamento clínico ou cirúrgico experimental, isto é, aquele que:

a) emprega medicamentos, produtos para a saúde ou técnicas não registrados/não regularizados no país;

b) é considerado experimental pelo Conselho Federal de Medicina – CFM ou pelo Conselho Federal de Odontologia - CFO; ou

c) não possui as indicações descritas na bula/manual registrado na ANVISA (uso off-label), ressalvado o disposto no art. 26;

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

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

IV - tratamento de rejuvenescimento ou de emagrecimento com finalidade estética, assim como em spas, clínicas de repouso e estâncias hidrominerais;

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

VI - fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar, isto é, aqueles prescritos pelo médico assistente para administração em ambiente externo ao de unidade de saúde, com exceção dos medicamentos previstos nos incisos X e XI do art. 21, e ressalvado o disposto no art. 14;

¹⁷⁸ BRASIL. Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9656.htm>. Acesso em: 19 ago. 2018.

- VII - fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico;
- VIII - tratamentos ilícitos ou antiéticos, assim definidos sob o aspecto médico, ou não reconhecidos pelas autoridades competentes;
- IX - casos de cataclismos, guerras e comoções internas, quando declarados pela autoridade competente; e
- X - estabelecimentos para acolhimento de idosos e internações que não necessitem de cuidados médicos em ambiente hospitalar.¹⁷⁹

Em complementação às disposições da Política Nacional de Relações de Consumo e proteção aos direitos básicos do consumidor, a Resolução Normativa é taxativa no sentido da transparência e dever de informação quanto às previsões contratuais e alterações signatárias:

Art. 25. As operadoras devem comunicar em linguagem clara e acessível, preferencialmente por escrito, aos beneficiários ou contratantes de planos de saúde quanto às alterações nas coberturas obrigatórias, notadamente quanto às inclusões e exclusões de procedimentos e eventos em saúde.

Parágrafo único. As comunicações de que trata o caput deverão ser disponibilizadas em formato acessível, respeitando-se as especificidades dos beneficiários que se apresentem na condição de pessoa com deficiência, em especial as com deficiência visual e/ou auditiva.

Em julgamento proferido pela Colenda Corte do Tribunal de Justiça do Paraná¹⁸⁰, a Décima Câmara Cível entendeu por conceder o tratamento *Home Care* à segurado, exemplificando-o como desdobramento do atendimento clínico ambulatorial, o que coaduna com a posição dos demais julgados colacionados anteriormente:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PLANO DE SAÚDE. HOME CARE. 1. Fornecimento de atendimento domiciliar. Negativa de cobertura fundada em cláusula contratual de exclusão de procedimentos realizados em caráter particular e fora do ambiente hospitalar. Abusividade de cláusula reconhecida. Home care que se constitui desdobramento do atendimento clínico e ambulatorial. Limitação contratual que restringe direito inerente à avença. Escolha do procedimento de atendimento mais adequado ao paciente que compete ao profissional de saúde e não à operadora. Negativa de cobertura indevida. Ilícitude constatada. Ofensa à dignidade da contratada. Dano moral configurado. Dever de reparação. Quantum.

¹⁷⁹ BRASIL. **Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9656.htm>. Acesso em: 19 ago. 2018.

¹⁸⁰ PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 1635985-0**. Relator: Juiz Irajá Pigatto Ribeiro. Curitiba, 22 de fevereiro de 2018. Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12499694/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1635985-0#integra_12499694>. Acesso em: 15 set. 2018.

Redução para R\$ 15.000,00. Montante bastante (suficiente e necessário) para, nas circunstâncias do caso em concreto, serenar o mal imposto ao autor e fazer reagir a ré diante do dano causado. 2. Sucumbência recursal. Cpc/2015, art. 85, §11º. arbitramento em favor dos procuradores de ambas as partes. Decisão da maioria, vencido o relator. Recurso conhecido e provido.

Em relação, corrobora para o estudo as lições trazidas pelo julgado proferido nos autos do Agravo de Instrumento nº 4000359-09.2018.8.24.0000, proferido pela Primeira Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina¹⁸¹, assim descritas em sua ementa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA. PLANO DE SAÚDE. HOME CARE. TUTELA DE URGÊNCIA INDEFERIDA NA ORIGEM. INSURGÊNCIA DO USUÁRIO. TRATAMENTO QUE NÃO CONSTA DO ROL DE PROCEDIMENTOS OBRIGATORIOS PREVISTO NA LEI DOS PLANOS DE SAÚDE E NA RESOLUÇÃO NORMATIV A DA ANS. CLÁUSULA EXPRESSA DE EXCLUSÃO CONTRATUAL. AUTOR QUE CARECE DE CUIDADOS DOMICILIARES. QUADRO CLÍNICO QUE, NO ENTANTO, NÃO JUSTIFICA A INTERNAÇÃO HOSPITALAR. AUSÊNCIA DE CONSTATAÇÃO, NESTA FASE DE COGNIÇÃO SUMÁRIA, DA PROBABILIDADE DO DIREITO ALEGADO NA INICIAL. DECISÃO MANTIDA. '[...] As operadoras de planos de saúde devem disponibilizar tratamento domiciliar, conhecido como home care, nas situações em que houver indicação médica dessa modalidade de atendimento em decorrência do quadro de saúde do beneficiário do plano. Tratamento de saúde na modalidade home care tem o objetivo de garantir condições seguras de atendimento do paciente em sua residência, mas não pode extrapolar atendimento que seria oferecido em rede hospitalar tradicional, com o condão de desincumbir a família da obrigação legal e financeira de zelar pela saúde do familiar idoso enfermo. [...]'. (Agravo de Instrumento n. 4004163 - 53.2016.8.24.0000, da Capital, Rel. Des. Sebastião César Evangelista, j. 01-06-2017). RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.¹⁸²

Para Paulo Lôbo¹⁸³, o contrato repercute no ambiente social ao promover determinado ordenamento de conduta e ampliar o tráfico jurídico, devendo assim ser interpretado:

¹⁸¹ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Agravo de instrumento nº 4000359-09.2018.8.24.0000**. Relator: Desembargador Jorge Luiz Costa Beber. Concórdia, 10 de abril de 2018. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAEAAJAcGAAD&categoria=acordao_5>. Acesso em: 14 set. 2018.

¹⁸² SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Agravo de instrumento nº 4000359-09.2018.8.24.0000**. Relator: Desembargador Jorge Luiz Costa Beber. Concórdia, 10 de abril de 2018. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAEAAJAcGAAD&categoria=acordao_5>. Acesso em: 14 set. 2018.

¹⁸³ LÔBO, Paulo. **Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 65-66.

O princípio da justiça social não se realiza sem a consideração das circunstâncias existentes, pois é justiça promocional, no sentido de promover as reduções das desigualdades materiais na sociedade. Toda atividade econômica grande ou pequena, que se vale dos contratos para a consecução de suas finalidades, somente pode ser exercida conforme os ditames da justiça social (CF, art. 170). Conformidade não significa apenas limitação externa, mas orientação dos contratos a tais fins. Em outras palavras, a atividade econômica é livre no Brasil, mas deve ser orientada para realização da justiça social. É neste quadro amplo que se insere o princípio da função social dos contratos. [...] Quando o contrato, especialmente inserido em atividade econômica, ou parte dele, não puder ser interpretado em conformidade com o princípio constitucional da justiça social e o princípio decorrente da função social, deve ser considerado nulo.

Portanto, vê-se que legalmente o *Home Care* constitui-se como modalidade de contratação particular/privada entre a seguradora e o segurado, estando ou não prevista no Plano-Referência, mas que deve se ater às diretrizes da Lei nº 9.656/98 e da Resolução Normativa nº 428/2017 da ANS, sendo que o entendimento do ordenamento jurídico pátrio sobrepõe-se pela perspectiva de que o atendimento domiciliar constitui desdobramento ou extensão do atendimento ambulatorial, devendo ser fornecido pela seguradora de saúde quando há prescrição médica expressa, nos limites do equilíbrio contratual.

3.3 Assistência Hospitalar e Assistência Domiciliar (*Home Care*), Aspectos do Direito do Cidadão à Saúde como Dever do Estado

O *Home Care* ou Assistência domiciliar configura modalidade de extensão da assistência hospitalar onde, conforme visto anteriormente, os cuidados e tratamentos de menor complexidade são levados ao domicílio do segurado, possibilitando sua reinserção no seio familiar e, concomitantemente, liberando leitos hospitalares que antes abrigavam esses indivíduos.

Tal perspectiva cinge-se no Direito do cidadão à saúde e tem por base essa compreensão constitucionalmente assegurada pela doutrina fundamental dos direitos como dever de prestação do Estado e, por deliberação convencional, estendida ao setor complementar, que possibilita atenção especial aos segurados que optem por pagar uma contribuição pecuniária relativa à convenção do negócio jurídico celebrado.

O Direito à saúde é garantido na Seção II do Capítulo II, Título VIII da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹⁸⁴, que trata da ordem social, assim constituída pela seguridade social, saúde, previdência social e assistência social:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Ao instituir a saúde como dever do Estado, o legislador delimitou a norma constitucional como sendo de eficácia limitada e pragmática vez que exige a necessidade de políticas e programas sociais que objetivem a redução do risco de doenças e outros agravos com acesso universal à população.

Os sempre categóricos juristas Nelson Nery Junior e Rosa de Andrade Nery¹⁸⁵ comentam que:

A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional insequente. O caráter programático da regra inscrita no CF 196 – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõe, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional insequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. [...].

Sucessivamente, o professor Pedro Lenza¹⁸⁶ assinala que:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Nos termos do art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. Como se sabe, a doutrina aponta dupla vertente dos direitos sociais, especialmente no tocante à saúde, que ganha destaque, enquanto direito social, no texto de 1988: a) natureza negativa: o Estado ou terceiros devem abster-se

¹⁸⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 jan. 2018.

¹⁸⁵ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa de Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 877.

¹⁸⁶ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1153.

de praticar atos que prejudiquem terceiros; b) natureza positiva: fomenta-se um Estado prestacionista para implementar direito social.

Já para Cláudia Lima Marques *et al*¹⁸⁷, ao analisar o contexto contemporâneo da saúde no Brasil, aponta que:

O problema de regulação dos serviços de saúde é, pois, tanto um problema de saúde pública e uma questão social quanto um problema corretivo de contratos de adesão. Como até hoje o sistema público não foi capaz de oferecer cobertura universal, gratuita e adequada – e hoje há os que duvidam que isto seja desejável –, estabelecer alguma harmonia entre o sistema privado e o sistema estatal impõe-se naturalmente. Para isto, porém, é preciso partir de alguns pontos consensuais. O primeiro, e mais evidente deles, seria considerar a saúde como bem distinto de outros bens de consumo, pois não é descartável e não se separa do corpo e da vida da pessoa, e a solução tradicional de indenização por perdas e danos termina por não compensar adequadamente. Em segundo lugar, e por consequência, o exercício do comércio na área da saúde requer regras próprias. Isto leva à regulamentação de tais serviços. Mesmo em sociedades tidas por tipicamente liberais terminou-se por impor restrições à atividade privada.

A maior contextualização do problema de a saúde ser direcionada totalmente ao sistema privado se evidencia no sistema americano, onde em razão da exigência da indústria médica, o sistema público universal migrou completamente para o particular, onde o paciente custeia todos os gastos despendidos com os tratamentos médicos hospitalares.

Isto providenciou uma melhora nos tratamentos em razão da onerosidade e, por consequência, capacidade econômica elevada dos hospitais para investirem em tecnologias de proteção, precaução e prevenção à saúde.

No entanto, vê-se que o sistema privado de saúde inclina para a parcialidade e segregação da sociedade em si, visto que estimula seletividade dos serviços que só serão prestados àqueles capazes de remunerar, sob pena de inclusive os pacientes que não puderem mais arcar com o tratamento, serem retirados do hospital/clínica ou mesmo que o tratamento seja interrompido imediatamente sem postergação pela seguradora, ainda que seja estritamente necessário.

¹⁸⁷ 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. 25.

A jurista Cláudia Lima Marques *et al*¹⁸⁸ comenta sobre o sistema brasileiro de saúde, aduzindo acerca da forma de constituição da promoção pública e privada da saúde:

O setor público constitui uma rede regionalizada e hierarquizada, que interliga as três esferas da administração, harmonizadas num sistema único. As instituições privadas participam do sistema de forma complementar, com recursos próprios, segundo diretrizes dos gestores públicos e mediante convênios ou contratos de direito público. Encaixam-se nesse nível os hospitais particulares e os médicos credenciados pelo SUS (Sistema Único de Saúde). Os operadores de planos e de seguros privados de assistência à saúde também encontram oportunidade de atuação no permissivo constitucional do art. 199 (*'A assistência à saúde é livre à iniciativa privada'*).

Há posição relevante na doutrina no sentido de que o Direito à saúde tem duas composições diferentes, uma que se constitui como o direito de preservação da saúde, ou seja, a saúde deve ser mantida pelo Estado a todo custo, e outra composição no sentido de proteção e recuperação da saúde, onde a vida deve ser primordialmente guardada pelo Estado e, em caso de afetação à saúde, insurge-se o dever de promover sua recuperação através de políticas de tratamentos adequados.

Sob tal perspectiva, comenta Marcele Carvalho da Silva Ramos¹⁸⁹ em Conferência proferida no Seminário “O SUS e o Poder Judiciário no Paraná – Discutindo as políticas de Assistência Farmacêutica”, datada de 25 a 6 de novembro de 2004, promovida pela Procuradoria Geral do Estado do Paraná e pela Secretaria de Estado da Saúde:

Oportuno destacar que o direito à saúde tem duas faces: uma, a da preservação da saúde; outra, a da proteção e recuperação da saúde. O direito à preservação da saúde tem como contrapartida as políticas que visam à redução do risco de doença, situando-se o próprio direito a um meio ambiente sadio. Está aqui uma prevenção genérica, não individualizável, da doença. O direito à proteção e recuperação da saúde é o direito individual à prevenção da doença e seu tratamento traduz-se no acesso aos serviços e ações destinados à recuperação do doente. Enquanto o primeiro é típico direito de solidariedade, o segundo é típico direito fundamental à prestação

¹⁸⁸ 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. 38.

¹⁸⁹ RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva. O direito fundamental à saúde na perspectiva da Constituição Federal: uma análise comparada. **Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná**, Curitiba, n. 1, p. 10, 2010. Disponível em: <http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/Revista_PGE_2010/04_O_direito_fundamental.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2018.

positiva. A saúde é, ainda, direito individual, coletivo, metaindividual (transindividual e difuso).

Walter Mendes¹⁹⁰ aduz que as primeiras práticas de assistência domiciliar tiveram início com a formação do Serviço de Assistência Médica Domiciliar e de Urgência em 1949 no Estado do Rio de Janeiro, inicialmente ligada ao Ministério do Trabalho:

O médico Nildo Aguiar, que dirigiu o primeiro hospital com assistência domiciliar no Rio de Janeiro e, posteriormente, ocupou inúmeros cargos nos Ministério da Saúde e da Previdência e Assistência Social, forneceu os principais dados sobre a criação do Serviço de Assistência Médica Domiciliar e de Urgência (Samdu), criado em 1949, ligado inicialmente ao Ministério do Trabalho, provavelmente a primeira atividade planejada de assistência domiciliar à saúde no país. Segundo essa fonte, os principais responsáveis pela criação desse serviço foram os sindicatos de trabalhadores, principalmente os de transportes marítimos, insatisfeitos com o atendimento de urgência vigente. Os municípios que possuíam hospitais de urgência não atendiam os previdenciários, tal qual os hospitais da previdência não atendiam enfermos que não fossem cadastrados como daquele ramo de serviço ou de produção. Esse foi o principal motivo que desencadeou a posição dos sindicatos exigindo a assistência de emergência.

Logo, assistência ambulatorial e assistência domiciliar possuem divergências estruturais e conceituais vez que esse é, na verdade, extensão daquele e, por consequência, revela-se como tratamento similar, mas realizado na residência do segurado, sendo desdobramento do direito do cidadão à saúde.

3.4 Contratos de Assistência Domiciliar e a Teoria da Imprevisão do Ônus Contratual

A assistência domiciliar (*Home Care*), modalidade prevista em contrato de plano de saúde, tem por objetivo proporcionar ao paciente a possibilidade de ter tratamento e assistência médica em domicílio, dispondo de serviços e aparelhos tecnológicos necessários para promover atenção e cuidados ao enfermo que lhe acomete de forma mais básica.

Conforme anteriormente abordado, a assistência domiciliar consiste na atenção e cuidados médicos mais básicos e elementares, instituídos no Plano de

¹⁹⁰ MENDES, Walter. **Home care**: uma modalidade de assistência à saúde. Rio de Janeiro: UnATI, 2001. p. 18.

Gerência, suficientes a garantir a qualidade de vida do indivíduo, mas sem deixar de serem cuidados menos complexos.¹⁹¹

Os contratos de plano de saúde, verdadeiros negócios jurídicos na acepção mais categórica do termo, constituídos por fatos jurídicos, assim classificados por Emílio Betti¹⁹²:

Fatos jurídicos são, portanto, aqueles fatos a que o direito atribui relevância jurídica, no sentido de mudar as situações anteriores a eles e de configurar novas situações, a que correspondem novas qualificações jurídicas. O esquema lógico do fato jurídico, reduzido à expressão mais simples, obtém-se estudando-o como um fato dotado de certos requisitos pressupostos pela norma, o qual incide sobre uma situação preexistente (inicial) e a transforma numa situação nova (final), de modo a constituir, modificar ou extinguir poderes e vínculos, ou qualificações e posições jurídicas.

Por consequência, ainda mais quando há contratação expressa dispendo acerca das obrigações e deveres entre os pactuantes, pressupõe a pré-existência de um objeto, tal como do ônus do negócio, da sua extensão obrigacional e extensão econômica.

Com especialidade, os contratos de seguro de plano de saúde, assim ajustados entre seguradora e segurado, ainda que se constituam na modalidade de adesão e prestação continuada, os serviços são previamente dispostos e calculados com base nos limites econômicos do próprio contrato e permitem uma compreensão acerca da lucratividade do negócio em si.

Ao discorrer sobre a interpretação do conteúdo do negócio jurídico, Francisco Paulo de Crescenzo Marino¹⁹³ ensina que:

O conteúdo do negócio jurídico [...] corresponde ao conjunto dos chamados elementos essenciais e acidentais do negócio jurídico. Nem todos os elementos do negócio compõe o seu conteúdo. Os elementos naturais, por serem efeitos diretamente imputados ao negócio jurídico, não devem ao que nos parece, ser reconduzidos ao conteúdo do negócio jurídico [...] o conteúdo do contrato compreende todas as regras estabelecidas pelas partes para regular os seus próprios interesses, o que exclui do conteúdo aquilo que não é referível às partes, mas sim ao ordenamento jurídico.

¹⁹¹ FLORIANI, Ciro Augusto; SCHRAMM, Fermin Roland. Atendimento domiciliar ao idoso: problema ou solução? **Caderno de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v. 20, n. 4, p. 987, jul./ago. 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csp/v20n4/13.pdf>>. Acesso em: 07 abr. 2018.

¹⁹² BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. São Paulo: Servanda, 2008. p. 22.

¹⁹³ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Interpretação do negócio jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 43-44.

Com isso, vê-se que o conteúdo do contrato de plano de saúde é pré-definido e comporta os limites obrigacionais e extensão dos tratamentos de saúde ambulatorial e/ou cuidados de saúde domiciliares que serão custeados pelas seguradoras de saúde.

O que ocorre é que, ainda que haja prévia e expressa disposição contratual no sentido de vetar a assistência domiciliar ou mesmo de não incluir tratamentos médicos e equipamentos hospitalares onerosamente excessivos e que transformem o ambiente domiciliar em verdadeiro ambiente de internação ambulatorial, o ordenamento jurídico tem entendido por afastar a validade destas disposições em prol do direito à saúde do segurado, mesmo que incorra em grave onerosidade econômica e desequilíbrio contratual em desfavor da seguradora.

Impossível, por via de consequência, não relacionar a teoria da imprevisão contratual em casos como este, ainda que o Código de Defesa do Consumidor tenha previsão especial por imposição natural.

É que neste caso, a seguradora, em razão do controle judicial, é levada à custear procedimentos hospitalares e cuidados à saúde do segurado não previstos e/ou até mesmo excluídos expressamente do contrato, o que contraria o fim econômico daquele ato jurídico vez que o limite financeiro é previamente calculado.

Sobre a teoria da imprevisão contratual em termos gerais do Direito Civil, Caio Mário da Silva Pereira¹⁹⁴ ensina que:

Passada a fase do esplendor individualista, que foi o século XIX, convenceu-se o jurista de que a economia do contrato não pode ser confiada ao puro jogo das competições particulares. Deixando de lado outros aspectos, e encarando o negócio contratual sob o de sua execução, verifica-se que, vinculadas as partes aos termos da avença, são muitas vezes levadas, pela força incoercível das circunstâncias externas, a situações de extrema injustiça, conduzindo o rigoroso cumprimento do obrigado ao enriquecimento de um e ao sacrifício de outro. Todo contrato é previsão, e em todo contrato há margem de oscilação do ganho e da perda, em termos que permitem o lucro ou prejuízo. Ao direito não podem afetar estas vicissitudes, desde que constringidas nas margens do lícito. Mas, quando é ultrapassado um grau de razoabilidade, que o jogo da concorrência livre tolera, e é atingido o plano de desequilíbrio, não pode omitir-se o homem do direito, e deixar que em nome da ordem jurídica e por amor ao princípio da obrigatoriedade do contrato um dos contratantes leve o outro à ruína completa, e extraia para si o máximo benefício. Sentindo que este desequilíbrio na economia do

¹⁹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: contratos. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 3, p. 107.

contrato afeta o próprio conteúdo de juridicidade, entendeu que não deveria permitir a execução rija do ajuste, quando a força das circunstâncias ambientes viesse criar um estado contrário ao princípio da justiça no contrato. E acordou de seu sono milenar um velho instituto que a desenvoltura individualista havia relegado ao abandono, elaborando então a tese da resolução do contrato em razão da onerosidade excessiva da prestação.

O ínclito jurista Carlos Roberto Gonçalves¹⁹⁵ comenta sobre o surgimento da Teoria da imprevisão contratual ou resolução por onerosidade excessiva do negócio jurídico em âmbito civil:

[...] essa teoria originou -se na Idade Média, mediante a constatação de que fatores externos podem gerar, quando da execução da avença, uma situação diversa da que existia no momento da celebração, onerando excessivamente o devedor. Desenvolveu -se com o nome de rebus sic stantibus e consiste basicamente em presumir, nos contratos comutativos, de trato sucessivo e de execução diferida, a existência implícita (não expressa) de uma cláusula, pela qual a obrigatoriedade de seu cumprimento pressupõe a inalterabilidade da situação de fato. Se esta, no entanto, modificar -se em razão de acontecimentos extraordinários, como uma guerra, que tornem excessivamente oneroso para o devedor o seu adimplemento, poderá este requerer ao juiz que o isente da obrigação, parcial ou totalmente.

No entanto, por ser o plano de saúde negócio jurídico aleatório, ainda que o desequilíbrio econômico do contrato se apresente de forma escancarada, a resolução por onerosidade excessiva é medida inaplicável vez que a seguradora assume o risco que é intrínseco ao negócio – que é a possibilidade de ser necessário prover a assistência domiciliar e até mesmo internação domiciliar do segurado – em termos que aduz Carlos Roberto Gonçalves¹⁹⁶ com prioridade:

[...] em linha geral, o princípio da resolução dos contratos por onerosidade excessiva não se aplica aos contratos aleatórios, porque estes envolvem um risco, sendo -lhes ínsita a álea e a influência do acaso, salvo se o imprevisível decorrer de fatores estranhos ao risco próprio do contrato. Assinala Caio Mário, a propósito, que ‘nunca haverá lugar para a aplicação da teoria da imprevisão naqueles casos em que a onerosidade excessiva provém da álea normal e não do acontecimento imprevisto, como ainda nos contratos aleatórios, em que o ganho e a perda não podem estar sujeitos a um gabarito determinado’.

¹⁹⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil esquematizado**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1, p. 786.

¹⁹⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil esquematizado**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1, p. 786-787.

Na aplicação prática do ordenamento jurídico, em julgamento proferido em 05 de junho de 2018, a Colenda Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul¹⁹⁷ enfatizou que o serviço de *Home Care* pode ser utilizado em substituição ao serviço de internação hospitalar desde que não afete o equilíbrio contratual nas hipóteses em que o custo do atendimento domiciliar por dia supera o custo diário em hospital:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. SEGUROS. PLANO DE SAÚDE. HOME CARE. ALEGAÇÃO AUSÊNCIA DE COBERTURA. DESCABIMENTO. COBERTURA DEVIDA. Trata-se de ação de obrigação de fazer, através da qual o autor postula o fornecimento pela requerida dos serviços de home care, julgada procedente na origem. É aplicável o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de seguro, na medida em que se trata de relação de consumo, consoante traduz o artigo 3º, §2º do CDC. Inteligência da Súmula nº 608 do STJ. O laudo médico colacionado às fls. 37/39 comprovou a necessidade de suporte e atendimento de manutenção do tratamento do autor, em razão da sua limitada atividade motora e respiratória, em face da doença neurodegenerativa cid10 g11.1 -, que lhe acomete. O egrégio Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do RESP nº. 1.378.707, reafirmou o entendimento de que o home care, quando prescrito pelo médico assistente, deve ser custeado pelo plano de saúde. Ressalva no sentido de que, nos contratos de plano de saúde sem contratação específica, o serviço de internação domiciliar (home care) pode ser utilizado em substituição à internação hospitalar, desde que observados certos requisitos como a indicação do médico assistente, a concordância do paciente e a não afetação do equilíbrio contratual nas hipóteses em que o custo do atendimento domiciliar por dia supera o custo diário em hospital. Destaca-se que é vedado ao plano de saúde recusar a custear tratamento prescrito pelo médico, mesmo quando o contrato não prevê cobertura em ambiente domiciliar, pois cabe ao médico definir qual é o melhor tratamento para seu paciente. Ademais, há previsão de cobertura no contrato para a doença apresentada pela parte agravada, e não a forma como o tratamento será realizado. Precedentes. Apelação desprovida.¹⁹⁸

¹⁹⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 70076582857**. Relatar: Desembargador Newton Carpes da Silva. Porto Alegre, 24 de maio de 2018. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70076582857%26num_processo%3D70076582857%26codEmenta%3D7764606+++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70076582857&comarca=Comarca%20de%20Porto%20Alegre&dtJulg=24/05/2018&relator=Niwton%20Carpes%20da%20Silva&aba=juris>. Acesso em: 19 set. 2018.

¹⁹⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 70076582857**. Relatar: Desembargador Newton Carpes da Silva. Porto Alegre, 24 de maio de 2018. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tip>

Acerca da justificativa para aplicação judicial da teoria da imprevisão do ônus contratual, Silvio de Salvo Venosa¹⁹⁹ aduz que:

Em sede de revisão e intervenção judicial, estas se justificam quando surge uma circunstância superveniente ao contratado, imprevista e imprevisível, alterando-lhe totalmente o estágio fático. Até que a previsão pode ser possível, mas sua ocorrência é que deve ser muito improvável de acontecer. Há uma consciência média da sociedade que deve ser preservada. Desequilibrando-se esse estado, estarão abertas as portas da revisão. Não podemos, no entanto, trazer a teoria aos tribunais para solapar o tradicional princípio da obrigatoriedade das convenções. Não pode a teoria da imprevisão ou da excessiva onerosidade servir de panaceia para proteger o mau devedor. Em País que sofreu de inflação endêmica, como o Brasil, cujo fantasma está sempre presente, o surto inflacionário epidêmico não pode servir de suporte à teoria. Tantos foram os planos econômicos que sofremos, que deve o juiz usar de extrema cautela para admitir a intervenção. Nossa desoladora história econômica nas últimas décadas vem exigindo que os contratantes passem a ser cada vez mais imaginativos, tornando as cláusulas contratuais verdadeiros arsenais contra surpresas econômicas.

Portanto, ainda que a teoria da imprevisão contratual não se aplique em contratos aleatórios em vista da assunção do risco pelas partes contratantes, há de se constatar que a obrigação da prestação dos cuidados vai *Home Care* deve obedecer critérios mínimos sob a hipótese de se caracterizar verdadeira penalização da seguradora, que estará presa à um contrato que exige direcionamento econômico excessivo e imputa-lhe grave prejuízo financeiro.

3.5 Contratos de Assistência Domiciliar e a Teoria da Base Objetiva do Negócio Jurídico sob a Ótica do Direito do Consumidor

Sob a perspectiva do Código de Defesa do Consumidor, quando há de se constatar relação de consumo entre seguradora e segurado – excepcionalmente não se aplicam as disposições da norma consumeirista em relação às operadoras de saúde de autogestão – além de se ter em consideração as nuances da teoria da imprevisão contratual, sobrepõe perante a relação jurídica a revisão das obrigações iníquas e da desvantagem exagerada ou mesmo as que restringem direitos e

o%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70076582857%26num_processo%3D70076582857%26codEmenta%3D7764606+++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70076582857&comarca=Comarca%20de%20Porto%20Alegre&dtJulg=24/05/2018&relator=Niwton%20Carpes%20da%20Silva&aba=juris>. Acesso em: 19 set. 2018.

¹⁹⁹ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: contratos**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 88.

obrigações fundamentais, o que aduz a verdadeira teoria da base objetiva do negócio jurídico.

Leonardo de Medeiros Garcia comenta sobre a preocupação do legislador com o equilíbrio contratual, equalizando as partes na relação de consumo para que não se sobreponha a hipossuficiência técnica ou jurídica²⁰⁰:

Percebe-se a preocupação do legislador em manter sempre o equilíbrio contratual. Assim, são vedadas obrigações iníquas (injustas, contrárias à equidade), abusivas (que desrespeitam valores da sociedade) ou que ofendam o princípio da boa-fé objetiva (como a falta de cooperação, de lealdade, quando frustra a legítima confiança criada no consumidor) e a equidade (justiça do caso concreto).

Como exemplo, tem-se a edição da Súmula nº 302 pelo Superior Tribunal de Justiça, cujo teor se extraí: “Súmula 302. É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado.”

Referida previsão jurisdicional tem por objeto a aplicação da teoria da imprevisão e, concomitantemente, da base objetiva do negócio jurídico em proteção ao consumidor hipossuficiente vez que não teria como ele saber o prazo da recuperação quando da contratação do plano de saúde, sendo certo que há influência de diversos fatores que, nem mesmo os médicos são capazes de controlar. Por conseguinte, estando a enfermidade acobertada pelo seguro, não é possível que se retire o tratamento intensivo do segurado sob o argumento de não haver previsão contratual quanto a prolongação do prazo, sob pena de causar-lhe risco de morte eminente.

Como forma de remediar as práticas abusivas, o legislador tomou o cuidado de antever a nulidade das cláusulas que possam estabelecer obrigações abusivas e que coloquem o consumidor em extrema desvantagem ou mesmo que sejam incompatíveis com a boa-fé e equidade, além de outras legalmente previstas no rol do art. 51²⁰¹:

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

²⁰⁰ GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Código de defesa do consumidor comentado artigo por artigo**. 13. ed. Salvador: Juspodvm, 2016. p. 390.

²⁰¹ BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078/compilado.htm>. Acesso em: 29 jun. 2018.

- I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;
- II - subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código;
- III - transfiram responsabilidades a terceiros;
- IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;
- VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor;
- VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem;
- VIII - imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor;
- IX - deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor;
- X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral;
- XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor;
- XII - obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor;
- XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração;
- XIV - infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais;
- XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor;
- XVI - possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias.

Em complementação, com o intuito de impossibilitar interpretações extensivas ou restritivas do texto normativo, o § 1º do art. 51²⁰² descreve quando se presume exagerada a vantagem do fornecedor:

- § 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:
- I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;
 - II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;
 - III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

²⁰² BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078_compilado.htm>. Acesso em: 29 jun. 2018.

No caso específico da análise da abusividade das cláusulas não se fala em teoria da imprevisão vez que a tendência no direito contemporâneo e na exegese do Código de Defesa do Consumidor é a conexão da abusividade das cláusulas à um paradigma objetivo, é uma análise mais pormenorizada dos seus efeitos, do resultado e não tão somente da previsão maliciosa ou subjetiva.²⁰³

A teoria da base objetiva do negócio jurídico funciona exponencialmente como a teoria da imprevisão em matéria de Direito Civil, onde se constata o resultado superveniente e inesperado da conclusão de um contrato que acabar por induzir o desequilíbrio desproporcional da relação jurídica estabelecida entre as partes.

Pelos contratos de plano de saúde tratam-se de contratos de adesão, aleatórios e de execução continuada, a assistência domiciliar é prestação delicada na relação de seguro, vez que pode ou não onerar significativamente a seguradora uma vez que para tratar determinadas enfermidades, exige-se da operadora de saúde a instalação de diversos aparelhos e designação de equipe multidisciplinar para atendimento de um único segurado em sua própria residência, o que faz induzir o deslocamento de recursos para cobrir tal necessidade.

Outrora, os equipamentos médicos necessários transformam o ambiente residencial em verdadeiro ambiente ambulatorial, como se fosse uma clínica de internação e possuem alto custo de instalação e manutenção adequadas.

Ocorre que a previsão contratual específica sobre a cobertura ou não de assistência domiciliar à determinada doença é muito complicada e difícil, tanto porque cada patologia possui uma denominação e características específicas.

Ainda que fosse possível antever contratualmente todas as doenças existentes e a sua integração ou não com a assistência domiciliar, o exercício jurisdicional tem entendido pelo afastamento da cláusula contratual que expressa a não prestação de serviços de atendimento domiciliar conforme visto anteriormente e abordar-se-á no capítulo discriminadamente no capítulo seguinte.

Muitos critérios têm sido adotados na interpretação e aplicação das cláusulas dos contratos de adesão em favor do consumidor, mas quanto ao desequilíbrio desproporcional em prejuízo a seguradora, a matéria é frequentemente ignorada.

²⁰³ THEODOR JÚNIOR, Humberto. **Direitos do consumidor**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 70.

Tanto que Humberto Theodoro Júnior²⁰⁴ questiona os critérios utilizados pelo juiz para validar ou invalidar a condição abusiva do contrato:

E de quais critérios se valerá o juiz para reconhecer a nulidade ou invalidade da condição abusiva inserida no contrato de adesão? Segundo os ditames da boa-fé objetiva, utilizar-se-á dos usos e costumes, da economia do contrato, dos parâmetros observados pela lei para regulamentação ordinária do tipo de contrato de que se cuida, enfim, daquilo que modernamente se exige para que o contrato de massa seja equilibrado e, por conseguinte, 'justo'.

A intervenção do Estado na relação jurídica, segundo o próprio Humberto Theodoro Júnior²⁰⁵, se dá em razão da eliminação de injustiças sem invalidar o pacto por completo, equalizando a relação jurídica em prol do consumidor:

A intervenção se dá, aqui e alhures, para eliminar as 'injustiças' do contrato de adesão, e não, necessariamente, para invalidá-lo por completo, mesmo depois do advento do Código de Defesa do Consumidor. A jurisprudência, nesse sentido, procura 'evitar a exploração de uma parte contra outra', utilizando, principalmente, regras de hermenêutica contratual. À luz do princípio da boa-fé e sob cominações adequadas a cada situação (como a decretação de ineficácia de cláusula; a profligação de excessos, ou de garantias indevidas, a reparação de danos, a integração do contrato¹⁹³ e outros sancionamentos), os tribunais realizam o necessário 'amparo ao economicamente mais fraco', utilizando, principalmente, a 'teoria do abuso de direito e do dano injusto'.

Sobre a teoria da quebra da base objetiva do negócio jurídico, Fernanda Carvalho Frustockl²⁰⁶ comenta que:

[...] de acordo com a Teoria da Base do Negócio Jurídico, as partes, ao celebrarem um contrato, levam em consideração determinadas circunstâncias de caráter geral, as quais, se sofrerem alterações, fazem com que o negócio perca completamente seu sentido originário e resulte em consequências distintas daquelas inicialmente planejadas pelas partes ou que razoavelmente deveriam planejar. Quanto aos pressupostos para aplicação dessa Teoria, exige-se somente que o contrato seja de execução continuada ou diferida e que, em consequência de circunstâncias externas, ocorra o

²⁰⁴ THEODOR JÚNIOR, Humberto. **Direitos do consumidor**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 278.

²⁰⁵ THEODOR JÚNIOR, Humberto. **Direitos do consumidor**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 278.

²⁰⁶ FRUSTOCKL, Fernanda Carvalho. **Aspectos da revisão judicial dos contratos no direito civil brasileiro e alemão**. Porto Alegre, 2012. p. 4. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_1/fernanda_frustockl.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2018.

desequilíbrio das obrigações avençadas, tornando o cumprimento excessivamente oneroso para uma parte e extremamente vantajoso para outra. Dispensa-se, assim, o requisito da imprevisibilidade, necessitando-se apenas da quebra do equilíbrio intrínseco do contrato, ou seja, do rompimento da relação de equivalência entre as prestações.

Encontra-se, então, uma antinomia jurídica e econômica, a previsão fundamental do Direito à Saúde constituída pelo art. 196 da CRFB/88, que é legalmente atribuída ao Estado, mas passível de contratação particular, e de outro lado o desequilíbrio contratual da relação jurídica privada que enseja a excessiva onerosidade de um em favor do outro.

3.6 Responsabilidade da Seguradora e Limites Contratuais dos Planos de Saúde

A responsabilidade contratual advém das obrigações impostas pelo direito, as quais se transmitem em deveres impostos em razão de uma conduta legalmente instituída pelas partes e voluntariamente contraída.

No caso dos contratos de plano de saúde, a conduta assumida pela empresa contratada (seguradora) resulta da obrigatoriedade de prestação dos serviços de cuidados e atenção à saúde, custeio de despesas gastas com tratamentos médicos acobertados pelos planos e oferta de tratamentos credenciados em rede própria especializada ou mesmo reembolso das referidas despesas.

Já o contratante (segurado) assume a obrigação de arcar com uma mensalidade respectiva, instituída por contrato de adesão com a oferta já previamente apresentada.

No entanto, por vezes há situações que não poderiam ser previstas na concepção do contrato de plano de saúde, tal como a responsabilidade da seguradora pela prestação do tratamento da doença em domicílio, o próprio fornecimento dos aparelhos tecnológicos para criação do ambiente ambulatorial e até mesmo a previsão da própria evolução da doença para alcançar tal resultado, a conclusão do contrato neste caso é, portanto, aleatória.²⁰⁷

Com o surgimento de questões não previstas, imperioso se faz em muitos casos a intervenção do judiciário para dirimir as controvérsias quanto a extensão da

²⁰⁷ THEODOR JÚNIOR, Humberto. **Direitos do consumidor**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 96.

responsabilidade contratual das partes. A responsabilidade, portanto, surge de um marco inicial, comenta Silvio da Salvo Venosa²⁰⁸:

O marco inicial do exame da responsabilidade é, portanto, a apreciação de um dever violado. Entendemos por dever o ato ou a abstenção que devem ser observados pelo homem diligente, vigilante e prudente. Como mesmo os homens diligentes incidem com frequência em transgressão a deveres legais, morais e contratuais, surge a necessidade de conceituação e exame do dever de indenizar. Exclui-se, em princípio, do Direito, a transgressão a um dever exclusivamente moral.

A responsabilidade contratual distingue-se da responsabilidade aquiliana, porque se limita nas questões reguladas pelo *pacta sunt servanda*, ou seja, limita-se aos termos do contrato, sendo que a responsabilidade extracontratual é que permite a aceção de investigações quanto a indenizações mais profundas na amplitude dos Arts. 186 e 927 do Código Civil Brasileiro²⁰⁹.

Ao analisar a responsabilidade contratual e extracontratual, Silvio de Salvo Venosa²¹⁰ conclui que:

Em razão desses princípios comuns, defende-se um tratamento legal único às duas modalidades de responsabilidade. No entanto, é mais didático (e o legislador não se furta a ser didático para ser claro) manter a divisão de tratamentos, embora por vezes com princípios inelutavelmente interpenetráveis. A conclusão, porém, é ser o conceito de responsabilidade o único no direito privado, qualquer que seja a fonte que a origine. Sempre precisamos examinar o dever de indenizar e a forma de reparação dos danos. Colocamos em outro plano a responsabilidade penal, que parte da tipificação estrita e tem finalidade eminentemente punitiva e pessoal, enquanto a responsabilidade civil é sempre de reparação do dano e, portanto, patrimonial.

O Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento acerca da aplicação das disposições do Código de Defesa do Consumidor com especialidade aos contratos de planos de saúde, aduzindo por tratar-se de prestação de serviços, há de se caracterizar relação de consumo.

Com isso editou a Súmula nº 469, cujo teor confere linhas materiais à dosimetria legal do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de

²⁰⁸ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: contratos. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 96.

²⁰⁹ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm#art2045>. Acesso em: 14 maio 2018.

²¹⁰ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: contratos. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 97.

saúde: “Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde”.

Embora essa seja a conclusão do Superior Tribunal de Justiça, há especial exceção quanto aos planos de saúde de autogestão, onde se vê a inexistência de relação de consumo vez que a operadora de saúde, pessoa jurídica de direito privado sem finalidade lucrativa, opera a assistência com exclusividade aos segurados, conforme leciona Humberto Theodoro Júnior²¹¹:

1. A operadora de planos privados de assistência à saúde, na modalidade de autogestão, é pessoa jurídica de direito privado sem finalidades lucrativas que, vinculada ou não à entidade pública ou privada, opera plano de assistência à saúde com exclusividade para um público determinado de beneficiários.
2. A constituição dos planos sob a modalidade de autogestão diferencia, sensivelmente, essas pessoas jurídicas quanto à administração, forma de associação, obtenção e repartição de receitas, diverso dos contratos firmados com empresas que exploram essa atividade no mercado e visam ao lucro.
3. Não se aplica o Código de Defesa do Consumidor ao contrato de plano de saúde administrado por entidade de autogestão, por inexistência de relação de consumo.

Tais apontamentos implicam diretamente na responsabilidade das seguradoras de saúde e da limitação dos planos ofertados vez que as disposições do Código de Defesa do Consumidor declaram a hipossuficiência do segurado em relação à prestação de serviços pela seguradora, aduzindo especificamente em relação a assistência domiciliar, tema do presente estudo, que acaba sendo interpretada pelo judiciário como extensão do contrato de plano de saúde, sendo afastada a disposição de qualquer cláusula contratual que vede tal prática, com base no art. 51, inciso IV do CDC²¹², a fim de obrigar a Seguradora a fornecer toda a assistência necessária ao segurado, mesmo que demonstre o desequilíbrio econômico do contrato e a ampla onerosidade excessiva ocasionada em relação ao mesmo tratamento que poderia ser fornecido no ambiente ambulatorial.

Isto porque a transferência do tratamento ao domicílio exige a criação de um ambiente hospitalar domiciliar propício a tratar as patologias que se apresentam e que, conforme mostrou-se no capítulo I, possuem custo de manutenção elevado.

²¹¹ THEODOR JÚNIOR, Humberto. **Direitos do consumidor**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 377.

²¹² BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078_compilado.htm>. Acesso em: 29 jun. 2018.

Com o desequilíbrio econômico em relação à um segurado, a seguradora de saúde que opera na modalidade de cooperativa de crédito e que vive da mensalidade dos demais contribuintes (segurados) enfrenta desequilíbrio econômico para manter o tratamento individual, afetando diretamente as demais relações, o que pode resultar até mesmo em insolvência.

Sobre tal assertiva, Humberto Theodoro Júnior²¹³ faz fortes considerações ao analisar o Recurso Especial nº 361.415 da Quarta Turma do STJ:

A propósito de limitação de tempo de internação, a Quarta Turma do STJ, no julgamento do REsp. 361.415, declarou nula cláusula contratual dos planos de saúde que limita o tempo de internação em UTI.

Na decisão do REsp. 326.147, a mesma Quarta Turma assentou que os planos de saúde não podem limitar o valor do tratamento e de internações de seus associados. Concluiu o acórdão que a limitação de valor é mais lesiva que a restrição do tempo de internação vetada pela Súmula nº 302 do Tribunal.

Para o Ministro Aldir Passarinho, relator, a exemplo da limitação do tempo de internação, quando se restringe o valor do custeio, independentemente do estado de saúde do paciente segurado, esvazia-se o propósito do contrato, que é o de assegurar os meios para a sua cura. Para ele, está claro que limitar o valor do tratamento é lesivo ao segurado, pois reduz a eficácia do tratamento.

Como exemplo, Humberto Theodoro Júnior²¹⁴ segue expondo:

IV – Cobertura dos materiais e meios necessários ao melhor desempenho do tratamento

O STJ considerou abusiva, também, cláusula que não cobre os meios materiais necessários ao melhor desempenho do tratamento clínico prescrito ao paciente:

1. Recusa indevida, pela operadora de plano de saúde, da cobertura financeira do procedimento cirúrgico da beneficiária (gastroplastia). Ainda que admitida a possibilidade de previsão de cláusulas limitativas dos direitos do consumidor (desde que escritas com destaque, permitindo imediata e fácil compreensão), revela-se abusivo o preceito do contrato de plano de saúde excludente do custeio dos meios e materiais necessários ao melhor desempenho do tratamento clínico ou do procedimento cirúrgico coberto ou de internação hospitalar. Precedentes. Incidência da Súmula 83/STJ.

Por via de consequência, tem-se que a responsabilidade contratual da seguradora advém da previsão contratual e deveria, primordialmente, ser entendida

²¹³ THEODOR JÚNIOR, Humberto. **Direitos do consumidor**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 380.

²¹⁴ THEODOR JÚNIOR, Humberto. **Direitos do consumidor**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 385.

dentro dos limites do contrato que se estendem pela prestação dos serviços e cuidados médicos ajustados, mas com a intervenção do judiciário, especialmente no que concerne à atenção domiciliar, a responsabilidade da seguradora acaba se desdobrando aos tratamentos indicados pelo médico sem pautar-se pelas demais perspectivas que circundam a relação jurídica, como a função econômica do contrato e a influência na relação jurídica com os demais segurados quando os planos de saúde se concretizam em relações de cooperativa.

4 DIFERENÇAS ESSENCIAIS ENTRE ASSISTÊNCIA HOSPITALAR, ASSISTÊNCIA DOMICILIAR (HOME CARE), INTERNAÇÃO DOMICILIAR E INTERPRETAÇÃO JURISDICIONAL DOS CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE

Os planos de saúde, em quase sua totalidade, possuem cláusulas contratuais que limitam os casos ou excluem a assistência hospitalar domiciliar. Para alguns tipos de doença, como a Esclerose Lateral Amiotrófica, o valor necessário para a apropriada atenção médica ao paciente pode ser até dez vezes mais caro, pois é necessário preparar todo o ambiente domiciliar com máquinas, equipamentos e profissionais específicos.

O motivo do afastamento da possibilidade de amplo acesso ao tratamento em domicílio é simples: os hospitais já estão preparados para atender aos enfermos. No caso do tratamento e acompanhamento no ambiente domiciliar é preciso preparar todo o aparato médico-hospitalar para fornecer o tratamento adequado.

No entanto, isso pode encarecer demais as despesas dos planos de saúde, inviabilizando a prestação adequada dos serviços originalmente propostos e comumente acordados. Por outro lado, negar a assistência hospitalar domiciliar pode estar em desacordo com aquilo que se entende por um tratamento digno ao ser humano, tal como pela concebida função social do contrato.

A assistência hospitalar trata-se da disponibilização de recursos a prover os cuidados à saúde no próprio hospital que, inclusive, é garantida primordialmente pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988²¹⁵ como obrigação do Estado:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

O sistema público de saúde é taxativamente incumbência do Poder Público, obrigado a dispor de ações e serviços que priorizem a garantia de um tratamento digno, tal como a fiscalização, controle e execução dos serviços através de terceiros, seja pela contratação de pessoas físicas ou jurídicas de direito privado, igualmente previstas pela Doutrina Constitucional:

²¹⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 jan. 2018.

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

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - participação da comunidade.

§ 1º O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. (Parágrafo único renumerado para § 1º pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000).

No entanto, diante da incapacidade do poder público de lidar de forma efetiva e adequada com o tratamento de todos os pacientes que procuram assistência, a própria atenção hospitalar privada é garantida pela Carta Magna²¹⁶ de forma complementar ao sistema único de saúde:

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

§ 1º As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

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

§ 3º - É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei.

§ 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

A Atenção Hospitalar, ora instituída pela Portaria nº 3.390, de 30 de dezembro de 2013²¹⁷, que garantiu a existência da Política Nacional de Atenção Hospitalar no

²¹⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 jan. 2018.

²¹⁷ BRASIL. **Portaria nº 3.390, de 30 de dezembro de 2013**. Institui a Política Nacional de Atenção Hospitalar (PNHOSP) no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), estabelecendo-se as diretrizes para a organização do componente hospitalar da Rede de Atenção à Saúde (RAS). Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt3390_30_12_2013.html>. Acesso em: 19 jul. 2018.

âmbito do Sistema Único de Saúde, tem por definição a importância conferida aos hospitais no tratamento dos enfermos:

Art. 3º Os hospitais são instituição complexas, com densidade tecnológica específica, de caráter multiprofissional e interdisciplinar, responsável pela assistência aos usuários com condições agudas ou crônicas, que apresentem potencial de instabilização e de complicações de seu estado de saúde, exigindo-se assistência contínua em regime de internação e ações que abrangem a promoção da saúde, a prevenção de agravos, o diagnóstico, o tratamento e a reabilitação.²¹⁸

Política Nacional de Atenção Hospitalar no âmbito do Sistema Único de Saúde tem por objeto as seguintes diretrizes:

Art. 6º São diretrizes da PNHOSP:

- I - garantia de universalidade de acesso, equidade e integralidade na atenção hospitalar;
- II - regionalização da atenção hospitalar, com abrangência territorial e populacional, em consonância com as pactuações regionais;
- III - continuidade do cuidado por meio da articulação do hospital com os demais pontos de atenção da RAS;
- IV - modelo de atenção centrado no cuidado ao usuário, de forma multiprofissional e interdisciplinar;
- V - acesso regulado de acordo com o estabelecido na Política Nacional de Regulação do SUS;
- VI - atenção humanizada em consonância com a Política Nacional de Humanização;
- VII - gestão de tecnologia em saúde de acordo com a Política Nacional de Incorporação de Tecnologias do SUS;
- VIII - garantia da qualidade da atenção hospitalar e segurança do paciente;
- IX - garantia da efetividade dos serviços, com racionalização da utilização dos recursos, respeitando as especificidades regionais;
- X - financiamento tripartite pactuado entre as três esferas de gestão;
- XI - garantia da atenção à saúde indígena, organizada de acordo com as necessidades regionais, respeitando-se as especificidades socioculturais e direitos estabelecidos na legislação, com correspondentes alternativas de financiamento específico de acordo com pactuação com subsistema de saúde indígena;
- XII - transparência e eficiência na aplicação de recursos;
- XIII - participação e controle social no processo de planejamento e avaliação; e

²¹⁸ BRASIL. **Portaria nº 3.390, de 30 de dezembro de 2013**. Institui a Política Nacional de Atenção Hospitalar (PNHOSP) no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), estabelecendo-se as diretrizes para a organização do componente hospitalar da Rede de Atenção à Saúde (RAS). Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt3390_30_12_2013.html>. Acesso em: 19 jul. 2018.

XIV - monitoramento e avaliação.²¹⁹

Já a atenção domiciliar, conforme abordado anteriormente, constitui-se como o direcionamento dos cuidados preliminares para a própria residência do paciente, onde serão realizados aqueles cuidados mais básicos e que não exigem um conhecimento técnico médico avançado ou mesmo aparelhado de alta tecnologia para tratamento ou combate às enfermidades, é, fatalmente, uma extensão da assistência hospitalar.

Tânia Cristina Morais Santa Bárbara Rehem e Leny Alves Bomfim Trad²²⁰ comentam que a assistência domiciliar teria, inicialmente, começado com o Serviço de Assistência Médica Domiciliar e de Urgência:

No Brasil, provavelmente a primeira experiência de abordagem domiciliar teria sido a desenvolvida pelo Serviço de Assistência Médica Domiciliar e de Urgência – Samdu, criado em 1949, ligado inicialmente ao Ministério do Trabalho, tendo sido incorporado pelo INPS em 1967 (Mendes Júnior, 2000). Outra experiência relatada por Silva (2001), refere-se à Fundação Serviço Especial de Saúde Pública (FSESP), criada em 1960 e extinta em 1990, que desenvolvia, entre outras atividades: oferta organizada de serviços na unidade, no domicílio e na comunidade; abordagem integral da família; visita domiciliar, realizada por visitador sanitário e auxiliar de saneamento para atividades de promoção, prevenção de doenças, monitoramento de grupos de risco; e vigilância sanitária. Entre as atividades dos visitadores sanitários, destacam-se as visitas domiciliares a puérperas e recém-nascidos. A implantação da AD no Brasil como uma atividade planejada se iniciou pelo setor público, com o Serviço de Assistência Domiciliar do Hospital de Servidores Públicos do Estado de São Paulo (HSPE), que funciona desde 1963. Entretanto a sua expansão vem se dando por meio do setor privado, que, segundo Mendes Júnior, em 2000 contava com cerca de 150 empresas conhecidas como serviços domiciliares (Mendes Júnior, 2000). No setor público, as demais experiências existentes são incipientes e resultam de iniciativas de um ou outro gestor ou de grupos de profissionais de um hospital.

²¹⁹ BRASIL. **Portaria nº 3.390, de 30 de dezembro de 2013**. Institui a Política Nacional de Atenção Hospitalar (PNHOSP) no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), estabelecendo-se as diretrizes para a organização do componente hospitalar da Rede de Atenção à Saúde (RAS). Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt3390_30_12_2013.html>. Acesso em: 19 jul. 2018.

²²⁰ REHEM, Tânia Cristina Morais Santa Bárbara; TRAD, Leny Alves Bomfim. Assistência domiciliar em saúde: subsídios para um projeto de atenção básica brasileira. **Ciências & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, n. 10, p. 231-242, 2005. Disponível em: <<https://www.scielosp.org/article/csc/2005.v10suppl0/231-242/>>. Acesso em: 17 set. 2018.

Com isso, tem-se que a assistência domiciliar, mais comumente chamada de *Home Care*, seu correspondente anglófono, pode ser definida como as diversas modalidades de atenção à saúde desenvolvidas no domicílio.

Conforme explica Mauro Cezar Abati²²¹, gerente de assuntos jurídicos do grupo UNIMED – Cooperativa de Trabalho Médico – do Estado do Paraná, citando o Conselho Federal de Medicina, o atendimento domiciliar “é a atividade assistencial formada por procedimentos técnicos mais orientações que varia de acordo com a complexidade do cuidado a ser realizado”. E a internação domiciliar, “representa o conjunto de atividades assistenciais especializadas sistemáticas, exercido por profissionais de saúde com oferta de recursos humanos, equipamentos, materiais e medicamentos”. Mauro Cezar Abati²²² também lembra que “em qualquer modalidade de assistência domiciliar o paciente deve receber suporte de um serviço vinte e quatro horas para determinadas situações de urgência e emergência”. Ciro Augusto Floriani e Fermin Roland Schramm²²³ comentam que:

[...] fato realmente novo com o advento do AD, principalmente em relação ao uso de alta tecnologia, consiste na ‘hipermedicalização’ deste domicílio. [...] essa transferência das ações médicas para a vida privada levanta a questão de que tipo de casa e de família nós queremos que a sociedade adote, e a que preço? pois corremos o risco de tornar alguns domicílios em meros satélites das instituições médicas. Com isso, o AD corre o risco de ser encarado apenas como uma mudança de local de tratamento e não como uma mudança de filosofia nos cuidados administrados ao idoso. Com efeito, a transformação do domicílio pela internação domiciliar pode levar o AD a ser um complexo fenômeno social que melhora a vida para muitos pacientes graves, minando para outros as condições que tendem a promover importantes benefícios sociais e oportunidades.

Já uma internação domiciliar pode requerer uma série de cuidados bastante específicos e custosos, pois é necessário fornecer ao paciente, em seu domicílio, praticamente todas as condições de tratamento que lhe seriam ofertadas em um ambiente médico-hospitalar. Isso pode incluir a contratação de uma equipe, muitas vezes para o atendimento de um único paciente, que pode ser composta por

²²¹ ABATI, Mauro Cezar. [correspondência eletrônica]. 04 ago. 2017, Curitiba/PR [para] SEYFFERTH, Lais, Rio do Sul/SC. 7f. *Home Care*.

²²² ABATI, Mauro Cezar. [correspondência eletrônica]. 04 ago. 2017, Curitiba/PR [para] SEYFFERTH, Lais, Rio do Sul/SC. 7f. *Home Care*.

²²³ FLORIANI, Ciro Augusto; SCHRAMM, Fermin Roland. Atendimento domiciliar ao idoso: problema ou solução? **Caderno de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v. 20, n. 4, p. 990, jul./ago. 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csp/v20n4/13.pdf>>. Acesso em: 07 abr. 2018.

médico(s) especialista(s), fisioterapeuta, fonoaudiólogo, psicólogo, enfermeiros 24 horas, entre outros. Além disso, pode existir a necessidade de aquisição de máquinas e equipamentos cujo valor pode extrapolar, e muito, qualquer expectativa contratual da seguradora. Portanto, devido aos altos custos envolvidos na prestação de tal modalidade de assistência, muitas seguradoras optaram por contratos que excluem esse tipo de serviço do rol dos direitos dos seus segurados.

Do ponto de vista clínico, Cirto Augusto Floriani e Fermin Roland Schramm²²⁴ concluem que:

[...] podemos constatar que: a otimização dos leitos e a redução de custos hospitalares, em nosso meio, é uma necessidade premente e que o AD do tipo internação domiciliar parece estar se mostrando como sendo uma alternativa viável, sob este prisma; a reorganização da rede ambulatorial faz-se necessária e o AD do tipo *case management* poderia ser uma alternativa já que, comprovadamente, traz significativos benefícios ao usuário, ainda que com acréscimo nos custos; a reintegração do paciente em seu núcleo familiar e de apoio nem sempre é desejada pelo usuário e, no caso do idoso, pode sofrer resistência por parte da família impondo a esta um ônus significativo; a delicada relação entre o cuidador e o idoso dependente mostra que a humanização (palavra invariavelmente encontrada nos textos, sem ser exatamente definida) está, muitas vezes, longe de acontecer e que o domicílio e a proximidade da equipe de saúde não são garantias disto. Acreditamos que não é o domicílio e, portanto, não é necessariamente o local que humaniza a relação terapêutica, mas, sim, o interesse empático que o profissional desenvolve pelo paciente.

Por outro lado, há de se verificar o aspecto econômico que a assistência domiciliar e a internação domiciliar ocasionam nos contratos de seguro de saúde, sobretudo, quando não são o objeto da contratação, exigindo uma interpretação adequada do negócio jurídico de acordo com sua função social.

Considerar que os custos são menos elevados para os planos de saúde só é prudente quanto está se tratando de atendimento domiciliar, sobretudo, porque a internação domiciliar envolve um cenário muito mais complexo, pois, em muitos casos, é necessário movimentar inúmeros profissionais para realizar o tratamento, acompanhamento e auxílios dos mais diversos, dependendo do caso em questão (banhos, alimentação, exercícios, etc.) Em alguns casos, é necessário equipar a

²²⁴ FLORIANI, Cirto Augusto; SCHRAMM, Fermin Roland. Atendimento domiciliar ao idoso: problema ou solução? **Caderno de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v. 20, n. 4, p. 991, jul./ago. 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csp/v20n4/13.pdf>>. Acesso em: 07 abr. 2018.

casa como uma Unidade de Tratamento Intensivo, o que é completamente inviável para a manutenção da saúde financeira das seguradoras.

Assim, tendo o contrato de seguro de saúde excluído a assistência domiciliar e a internação domiciliar, ainda que prescritas pelo médico, necessário que o aplicador do direito se utilize da interpretação em proteção à função social do contrato e de acordo com a equidade, aplicando-se, com especialidade, as normas concretas.

4.1 Aplicação Especial da Lei nº 8.078/90 nas Relações Jurídicas entre Seguradoras de Saúde e Segurado e Interpretação dos Contratos de Seguro Diante de sua Função Social

No contexto legislativo brasileiro, os consumidores viram-se beneficiados por uma legislação moderna e generosa, assim instituída pela Lei nº 8.078/90, ora designada como o Código de Defesa do Consumidor e, simultaneamente, por uma jurisprudência amplamente favorável aos consumidores, caracterizados como parte hipossuficiente, ainda que seja possível encontrar decisões judiciais contrárias.

Cláudia Lima Marques et al.²²⁵ relata que: “Na pesquisa realizada pelo Brasilcon em São Paulo, controlando os julgados publicados, a tendência favorável ao consumidor é clara e amplamente majoritária.”

O Código de Defesa do Consumidor veio como uma forma de retratar o atual panorama social, defendendo os participantes das relações de consumo de um mercado crescente e amplamente diversificado pela oferta de bens e serviços, sobremais, com a crise de desemprego que atualmente impera no Brasil, o que induz o aumento do empreendimento privado, seja com a constituição de sociedades ou microempresários individuais, atuantes na prestação de serviços para os consumidores efetivos.

Vale lembrar que o Código de Defesa do Consumidor fora instituído no ano de 1990, enquanto a Lei especial que trata sobre os seguros privados de assistência à saúde só veio a ser regulada em 1988, através da Lei nº 9.656/98²²⁶, já praticamente retratando o adquirente do plano de saúde como um consumidor.

²²⁵ 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. 27.

²²⁶ BRASIL. **Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1988**. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9656.htm>. Acesso em: 19 ago. 2018.

Cláudia Lima Marques et al²²⁷ comenta ainda que:

As regras que afinal foram usadas são regras da nova teoria contratual, espelhada no Código de Defesa do Consumidor. Os julgados demonstram que o Tribunal de Justiça de São Paulo partiu de algumas presunções: a primeira, a de que a saúde é um bem cuja defesa não se confunde com a defesa da propriedade ou de outros bens de consumo; a segunda diz respeito à irreversibilidade dos danos, do ponto de vista do consumidor, em oposição ao interesse patrimonial e, portanto, mais facilmente reparável, das administradoras de planos de saúde (que poderiam internalizar os custos ou distribuí-los). Finalmente, o Tribunal aplicou as regras da teoria contratual do Código de Defesa do Consumidor que permitem a revisão das cláusulas contratuais.

Ao se interpretar os contratos de plano de saúde na perspectiva do Código de Defesa do Consumidor tem-se, primordialmente, a proteção específica do segurado em relação à todas as disposições contratuais, seja pela prescrição do art. 47²²⁸, ou mesmo pelos objetivos fundamentais do art. 51²²⁹ que se resumem em preservar a comutatividade das prestações e a impossibilidade de alterações unilaterais das cláusulas contratuais.

No entanto, está frente à uma atipicidade normativa: a previsão expressa da exclusão da assistência domiciliar. Vê-se que, ao taxativamente prever de maneira clara o afastamento da hipótese de extensão do tratamento hospitalar ou ambulatorial ao domicílio não fere o direito à informação adequada e concisa sobre as restrições do atendimento, tanto sobre critérios de reajuste quanto sobre diferenças com o plano-referência e outros planos.

Pelo contrário, ainda que o Contrato de Plano de Saúde vigore sobre a modalidade de adesão, o consumidor está previamente ciente das condições e obrigações assumidas, seja por ele ou pela seguradora, tendo a possibilidade de concordar com o objeto do plano de saúde ao aderir à modalidade. Ou seja, ninguém assina o contrato sem a devida informação, presume-se a obtenção do conhecimento prévio acerca das condições do plano ofertado.

²²⁷ 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. 27.

²²⁸ BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078_compilado.htm>. Acesso em: 29 jun. 2018.

²²⁹ BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078_compilado.htm>. Acesso em: 29 jun. 2018.

Para Francisco Paulo de Crescenzo Marino²³⁰:

Comparado a outros sistemas jurídicos, o sistema brasileiro traz poucas normas legislativas expressas sobre a interpretação negocial. Circunscrevendo-nos ao Código Civil, podemos apontar as seguintes normas interpretativas gerais: (i) art. 112, aplicável a todo e qualquer negócio jurídico; (ii) art. 113, regulador da fase complementar da interpretação dos negócios jurídicos *inter vivos*; (iii) art. 114, que traz regra aplicável à fase complementar da interpretação dos negócios jurídicos a título gratuito; (iv) art. 423, pertinente à fase complementar da interpretação dos contratos formados mediante adesão a cláusulas contratuais predispostas; e (vi) art. 1.899, regulador da fase complementar da interpretação dos negócios jurídicos *mortis causa*. Nesse campo, o sistema jurídico brasileiro aproximou-se, sobretudo, do alemão, distanciando-se de sistemas jurídicos como o francês e o italiano. A aproximação com o sistema alemão não se dá, evidentemente, por conta da quantidade de normas interpretativas, mas pelo respectivo teor.

Sobre a interpretação integrativa à luz da boa-fé nos contratos, o autor²³¹, ao analisar a obra de Judith Martins-Costa, conclui que:

[...] a função de ‘cânone hermenêutico-integrativo’ apontada por Judith Martins-Costa, corresponde à atuação da boa-fé na fase hermenêutica complementar, ao passo que a função de ‘norma de criação de deveres jurídicos’ acarreta a aplicação do princípio no campo da integração dos efeitos do negócio jurídico.

Pelos contratos de planos de saúde serem concebidos como verdadeiras relações de consumo, o material interpretativo de que o aplicador do direito deve se valer para determinar o conteúdo ganha os contornos matérias das regras da legislação especial. Com isso, passam a integrar o contrato toda a publicidade e informação suficientemente precisa, veiculada por qualquer meio de comunicação com relação aos produtos e serviços ofertados.

O jurista Francisco Paulo de Crescenzo Marino²³² vai mais além, ao aduzir que a interpretação do contrato de consumo não deve, tecnicamente, ser vista com interpretação para o consumidor:

²³⁰ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Interpretação do negócio jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 251-252.

²³¹ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Interpretação do negócio jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 273.

²³² MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Interpretação do negócio jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 275.

Não se trata aqui, tecnicamente, de interpretação pró-consumidor. Embora a doutrina e jurisprudência nem sempre tratem da questão com clareza, não é necessário aplicar a regra da interpretação favorável ao consumidor para delimitar o conteúdo do negócio jurídico tendo em consideração todo o contexto situacional no qual está mergulhado, aí incluídas as circunstâncias cuja relevância foi expressamente prevista na legislação das relações de consumo, ou que até mesmo passaram a 'integrar o contrato', na dicção do art. 30 do Código de Defesa do Consumidor (elevadas, aí, não as circunstâncias – material para determinar o conteúdo – relevantes, mas incorporadas ao conteúdo mesmo do negócio jurídico).

João Bosco Leopoldino Fonseca²³³, ao analisar o direito sob uma perspectiva econômica, aduz que o aplicador e intérprete da norma não pode deixar de observar a realidade econômica em que essa se insere:

A realidade econômica passou a ter influência fundamental na elaboração e na aplicação da lei. O legislador e o aplicador da lei não podem desconhecer a realidade econômica em que vivem e que pretendem normatizar e direcionar. Não basta conhecer os textos da Constituição, que muitas vezes são até mesmo ignorados, não basta ter lido alguma vez os textos legais que criam instituições e lhes atribuem competências. É necessário também conhecer a realidade e viver a realidade a que se referem aqueles textos.

Assim, não se pode restringir a interpretação dos contratos de plano de saúde sem avaliar o impacto econômico e social que estes possam causar às partes, seria o mesmo que aplicar a lei sem observar o contexto social em que se esta inserida, sobretudo quando a exclusão da assistência domiciliar não se esta a contrariar alguma norma legal, mas posiciona-se de modo inferior ao direito à saúde retratado pelo Art. 196 da CRFB/88²³⁴ que, em um primeiro momento, direciona-se ao Estado e é interpretado de modo extensivo ao sistema privado.

Marcos Catalan²³⁵ comenta acerca da interpretação jurisdicional dos contratos de seguro de saúde quando há indicação médica do tratamento por assistência domiciliar, ainda que contratualmente excluída tal possibilidade:

²³³ FONSECA, João Bosco Leopoldino. **Direito econômico**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 56.

²³⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 jan. 2018.

²³⁵ CATALAN, Marcos. In dubio pro aderente e interpretação integrativa: notas acerca da difícil arte de julgar. **Revista Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, DF, ano 27, v. 240, t. 1, p. 399-400, out./dez. 2015. Disponível em: <https://www.academia.edu/25092059/In_dubio_pro_aderente_e_interpreta%C3%A7%C3%A3o_integrativa_notas_acerca_da_dif%C3%ADcil_arte_de_julgar>. Acesso em: 09 abr. 2018.

Provocado a manifestar-se acerca de tais fatos, o Tribunal da Cidadania – ratificando as decisões oriundas das cortes inferiores – sustentou a condenação do operador do plano de saúde, confirmando a manutenção do *home care* – enquanto vigerem as instruções médicas – e, ainda, a imposição da condenação à reparação de danos extrapatrimoniais. Argumentou que (a) embora válida a cláusula por meio da qual foram eleitas as doenças que merecerão (ou não) cobertura contratual, se e quando necessário, o mesmo não pode ser dito, da declaração negocial que restringe a forma do tratamento devido ao paciente – o *home care* é desdobramento do atendimento nosocomial –, (b) eventual limitação contratual temporal do atendimento devido ao paciente é despida de licitude – consoante sumulado, outrora⁸ –, (c) o serviço de *home care* é menos oneroso – e mais humano – que o tratamento hospitalar e, portanto, não haveria desequilíbrio na economia negocial ou ofensa à estrutura mutualística –, sinalizando, ainda, que (d) o conflito hermenêutico que, aparentemente, marca a situação submetida ao crivo judicial, haverá de ser resolvido no preenchimento do suporte fático descrito na regra contida no artigo 47 do Código de Defesa do Consumidor.

Note-se que, no caso, o *Home Care* fora retratado como um desdobramento do atendimento nosocomial, considerando-se que não haveria desequilíbrio na economia negocial ou ofensa à estrutura mutualística.

O problema que se está a combater é quando o tratamento através de assistência domiciliar se revela como verdadeira internação domiciliar, o que deixa de ser tão somente os cuidados iniciais e menos complexos, como banhos, entrega de remédios, troca de curativos, etc. Mas o tratamento passa a exigir um verdadeiro sistema ambulatorial em domicílio para que seja adequadamente provida a prescrição médica indicada, necessitando de aparelhos médicos de alta tecnologia e complexidade de manuseio (que devem ser direcionados exclusivamente àquele paciente, que os receberá em sua casa), assim como equipe médica multidisciplinar tecnicamente competente para executar o atendimento indicado e, por sua vez, permanecer disponível tão somente àquele paciente (segurado) pelo tempo necessário para o tratamento.

Ou seja, o desdobramento do *Home care* acaba por se transformar em um tratamento desvirtuado do objetivo dos planos de saúde, onerando significativamente a seguradora, que terá que se reorganizar para cumprir as determinações anteriormente não previstas. É neste ponto que prevalece o desequilíbrio contratual.

Sobre o equilíbrio contratual e a equidade da relação negocial, Tereza Negreiros²³⁶ ensina que:

Ocorre, assim, uma inversão na equação entre liberdade contratual e justiça contratual: se antes a primeira era condição necessária e suficiente para a segunda, hoje entende-se ao contrário, que a liberdade contratual, sem limites, implica um sacrifício da justiça, considerada esta como critério paritário de distribuição de bens.

A discricionariedade da internação domiciliar em relação ao objetivo inicial do plano de saúde fica evidente quando se verifica o protocolo de segurança do atendimento pelo *Home Care* exarado por empresas especializadas (que produzem contratos especificamente para isso), como é o caso da Cemed Care Empresa de Atendimento Clínico Geral Ltda²³⁷:

Na internação domiciliar, propiciamos ao paciente um ambiente com menor risco de infecções, mais conforto, qualidade de vida, menor custo econômico, o que demanda uma estrutura de apoio considerável, incluindo aparato tecnológico, profissionais, ambiente físico preparado e serviços de emergência. Demonstraremos a criação de um protocolo de segurança após a demanda de apagões, garantindo a segurança e a logística no atendimento. Em 2013, realizamos 94 avaliações de pacientes em ventilação contínua. Anteriormente à admissão do paciente em domicílio, são feitas uma avaliação hospitalar, na qual se verificam a ventilação, o estado clínico e laboratorial, e uma avaliação residencial, para saber o ambiente onde o paciente será instalado, o acesso externo, se a rede elétrica está apta a receber os equipamentos. O setor de liberação do Home Care acompanha todos os ajustes. Em conjunto, ocorre a adaptação do ventilador domiciliar no hospital. Após 24h, avaliamos a adaptação e a estabilidade clínica do paciente. Estando apto, o paciente é admitido em residência com todo o suporte.

O contrato vai além do que materialmente está descrito em seu conteúdo, exigindo que o intérprete se deleite sobre as condições da função social em que a forma se aplica, como propriamente destaca o Código Civil Brasileiro²³⁸: “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”

²³⁶ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 177.

²³⁷ REVISTA BRASILEIRA DE ATENÇÃO DOMICILIAR. **Protocolo de segurança pelo Home Care-AMIL/RJ em pacientes de alta complexidade**. São Paulo: Congresso Brasileiro Interdisciplinar de Assistência Domiciliar, 2017. ISSN 2446-841X.

²³⁸ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm#art2045>. Acesso em: 14 maio 2018.

Assim, a função social vista como princípio tem por significado e alcance que o contrato não deve ser concebido como uma relação jurídica que só interessa às partes contratantes, sendo necessário avaliar as condições sociais que o cercam.

No caso dos contratos de plano de saúde que, por prescrição médica e intervenção judicial, estendem seus efeitos ao atendimento *Home Care*, seja por assistência domiciliar ou internação domiciliar, mobiliza-se mais do que tão somente a seguradora e segurado, visto que é necessário que se faça a contratação de mais profissionais, equipamentos, medicamentos e aparatos hábeis a entregar a prescrição adequada, o que, a todo modo, inviabiliza a função social daquele contrato em específico.

Tereza Negreiros²³⁹ analisa a função social como princípio:

Ao adotarmos esta concepção, restringindo a dimensão funcional a um aspecto singular, o fazemos com o objetivo de justificar a caracterização da função social como um princípio, um 'novo princípio' do contrato – como o define Antônio Junqueira de Azevedo. Combinado aos demais princípios já examinados, o princípio da função social importa redefinir o alcance daqueles outros princípios da teoria clássica, constituindo-se em um condicionamento adicional imposto à liberdade contratual.

Tanto que, sob a mesma perspectiva, Luciano Benetti Timm e Rafael Bicca Machado²⁴⁰ comentam que não se pode perder de vista o equilíbrio econômico do contrato, a função social e a justiça contratual:

Embora não fazendo uma vinculação direta entre o princípio da função social do contrato e a ideia de justiça contratual ou equilíbrio econômico do contrato, vários são os autores que insistem que o direito contratual moderno não pode deixar de levar em conta o equilíbrio contratual.

Não obstante, defende Karl Larenz²⁴¹:

En el Derecho positivo moderno, el Derecho de Contratos no surge exclusivamente de los principios de la autodeterminación y de la autovinculación. Colaboran con ellos el principio de justicia de la equivalência objetiva y el de la proporción mensurada.

²³⁹ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 208.

²⁴⁰ TIMM, Luciano Benetti; MACHADO, Rafael Bicca. **Função social do direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 151.

²⁴¹ LARENZ, Karl. **Derecho justo**: fundamentos da ética jurídica. Madrid: Civitas, 1990. p. 89.

No caso dos contratos de plano de saúde não é diferente, ainda que se faça necessário aplicar, com especialidade, a previsão da Lei nº 8.078/90²⁴², há de se ponderar que o equilíbrio econômico do contrato e sua função social não podem ser rompidos pela extensão de efeitos contratuais, inclusive expressamente vedados, com o objetivo de garantir a aplicação desmedida da proteção ao consumidor, resultando em manifesto desequilíbrio contratual.

4.2 Esclerose Lateral Amiotrófica e Assistência Domiciliar

A Esclerose Lateral Amiotrófica, comumente conhecida como ELA, é uma doença classificada como CID10, G12.2 – Doença de neurônio motor e, entre uma série de sintomas manifestos, induz a debilitação completa ou quase completa da pessoa acometida pela enfermidade.²⁴³

A ELA é um dos casos mais comuns em relação ao tratamento através de assistência domiciliar, uma vez que o prognóstico faz com que o paciente fique totalmente debilitado e dependente do auxílio de terceiros para realização das atividades mais básicas, desde a higiene pessoal até a própria alimentação.

O Ministério da Saúde editou Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas da Esclerose lateral amiotrófica²⁴⁴, de acordo com a Portaria SAS/MS nº 1151, de 11 de novembro de 2015, aduzindo, do ponto de vista clínico, sobre o tratamento da doença:

Várias estratégias modificadoras da doença têm sido testadas em ensaios clínicos, mas apenas um medicamento (riluzol) foi aprovado até agora. Bensimon et al. (37) publicaram o primeiro estudo duplo-cego randomizado avaliando o papel do riluzol na ELA. Foram estratificados 155 pacientes de acordo com a topografia de início da doença, sendo submetidos ao tratamento com riluzol na dose de 100 mg/dia. Após 573 dias, 58% dos pacientes do grupo placebo estavam vivos, em contraste com 74% do grupo riluzol. O subgrupo

²⁴² BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm>. Acesso em: 29 jun. 2018.

²⁴³ DIETRICH NETO, Flávia et al. Amyotrophic Lateral Sclerosis in Brazil: 1998 national survey. **Arquivos de Neuro-Psiquiatria**, São Paulo, v. 8, n. 3A, 2000. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0004-282X2000000400002&script=sci_arttext&tlng=es>. Acesso em: 18 set. 2018.

²⁴⁴ BRASIL. Ministério da Saúde. **Protocolo de diretrizes terapêuticas**. Esclerose Lateral Amiotrófica. Portaria SAS/MS nº 1151, de 11 de novembro de 2015. Revoga a Portaria nº 496/SAS/MS, de 23 de dezembro de 2009. Brasília, DF: Ministério da Saúde. 2015. p. 5-6. Disponível em: <<http://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2016/fevereiro/05/ELA---PCDT-Formatado---port1451-2015.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2018.

mais beneficiado apresentava doença em nível bulbar na fase inicial, com um aumento de sobrevivência de aproximadamente 2-3 meses. Além disso, a perda de força muscular foi significativamente mais lenta no grupo tratado. Um estudo publicado dois anos mais tarde, envolvendo centros americanos e um número maior de pacientes, confirmou esses achados. Depois da publicação de uma revisão sistemática do grupo Cochrane e uma avaliação pelo National Institute for Clinical Excellence (NICE) do Reino Unido, foram recomendados estudos adicionais para investigar os aspectos do potencial de efetividade do riluzol na ELA.

A Esclerose Lateral Amiotrófica se caracteriza como uma das principais doenças neurodegenerativas e autoimunes, ao lado de doenças como Parkinson e Alzheimer. Quando se verifica o primeiro sintoma, praticamente todos os nervos motores já foram afetados e perdidos, o que impossibilita um tratamento adequado no combate da doença.²⁴⁵

Ao estudar sobre a Esclerose Lateral Amiotrófica, Bruna Leite, Emily Silva e Marisa Crozara²⁴⁶ comentam o estágio avançado da patologia, cujo resultado se apresenta por deflagrações dos neurônios das células da medula espinal, argumentando sobre os sintomas que inicialmente se apresentam:

A ELA afeta os neurônios nas localizados nas células de corno anterior da medula espinal, núcleos motores do tronco cerebral e neurônios motores superiores do córtex cerebral. Nos neurônios motores irá provocar a degeneração de seus axônios, que pode ser visualizada em alterações nas vias piramidais laterais e na medula espinal, ou seja, a perda de neurônios do sistema motor do córtex ao corno anterior da medula. Os achados físicos da ELA dependem do local aonde ocorrerá a degeneração dos neurônios motores, podendo ser: cervical, bulbar ou lombar. A principal queixa inicial é a fraqueza muscular, que ao exame físico se revela como amiotrofia e redução de força muscular. Pacientes com ELA de início cervical apresentaram sintomas nos membros superiores, uni ou bilateralmente, terá fraqueza próxima e fraqueza distal, os braços podem apresentar atrofia intensa, porém com reflexos hiperativos. Pacientes com ELA de início bulbar apresentam disartria, disfagia ou ambas, labilidade emocional (também conhecida como risada ou choro patológico) e aumento do reflexo mandibular. Já paciente com ELA lombar terá a degeneração dos neurônios motores lombares que pode manifestar-se com pé caído e dificuldade de subir escadas

²⁴⁵ DIETRICH NETO, Flávia et al. Amyotrophic Lateral Sclerosis in Brazil: 1998 national survey. **Arquivos de Neuro-Psiquiatria**, São Paulo, v. 8, n. 3A, 2000. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0004-282X2000000400002&script=sci_arttext&tlng=es>. Acesso em: 18 set. 2018.

²⁴⁶ LEITE, Bruna; SILVA, Emily; CROZARA, Marisa. Esclerose Lateral Amiotrófica e suas complicações. In: SIMPÓSIO DE ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA, 3., São Paulo, 2015. **Anais eletrônicos...** São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2015. Disponível em: <https://www.saocamilo-sp.br/novo/eventos-noticias/saf/2015/SAF003_15.pdf>. Acesso em: 01 out. 2018.

(fraqueza proximal). Portanto podem-se associar as maiores complicações do ELA devido degeneração das células medula que leva a atrofia muscular, paresia flácida e diminuição ou ausência de reflexos, pois fazem parte do sistema nervoso periférico. Já a degeneração dos feixes piramidais (responsáveis pelo início do movimento) irá causar paresia espástica e redução da velocidade de condução nervosa, que resultará numa insuficiência respiratória e motora. A esclerose também desencadeia a paralisia bulbar progressiva, ocorre a degeneração dos neurônios dos núcleos motores de vários nervos cranianos, podendo assim também afetar os nervos faciais e distúrbios piramidais também podem causar problemas com a fala.

O caso mais popular da Esclerose Lateral Amiotrófica é o do físico teórico e cosmólogo britânico Stephen Hawking, que conseguiu conviver com a doença por muito mais tempo do que o diagnóstico inicial conferido pelos médicos. No entanto, com o passar dos anos e o avanço significativo da patologia, o físico tornou-se cada vez mais debilitado e dependente do auxílio de terceiros.

No que diz respeito às atividades básicas, plenamente suscetível a aplicação do *Home Care* com o intuito de designar enfermeiros capacitados a atender as demandas do segurado. O problema se configura quando a doença se desenvolve e, neste caso específico, o avanço é muito rápido, o que faz necessário que o segurado passe a usar diversos equipamentos médicos e até mesmo equipes multidisciplinares compostas não mais somente por enfermeiros, mas por médicos também, tudo com o objetivo de realizar cuidados paliativos, sendo que, pela interpretação extensiva da assistência domiciliar, a internação domiciliar acaba entendida como, na mesma perspectiva, obrigação e responsabilidade da seguradora, que deverá arcar com todos os custos.

4.3 Decisões Judiciais e Interpretação Jurisdicional dos Contratos de Plano De Saúde em Razão da Prescrição Médica de Assistência Domiciliar

A exclusão da cobertura da assistência domiciliar nos contratos de planos de saúde não se dá de forma ampla visto que a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) ainda não regulamentou as modalidades de assistência hospitalar domiciliar.

Em 04 de junho de 2018, a Egrégia Vigésima Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro²⁴⁷, ao julgar o recurso de Apelação interposto em razão da sentença de primeiro grau proferida nos autos nº 0208946-13.2016.8.19.0001, entendeu por confirmar o julgamento que resultou na convalidação da medida liminar concedida, para condenar, em definitivo, a Seguradora a cobrir a integralidade das despesas com o tratamento de internação domiciliar, considerando-o como prolongamento da internação domiciliar e, por consequência, incluso no contrato, o que induziu a revisão e afastamento da cláusula contratual que previa a exclusão da internação domiciliar e/ou *Home care*, tomando por base o art. 6º, inciso V do Código de Defesa do Consumidor:

[...] Note-se que o tratamento domiciliar constitui prolongamento da internação hospitalar, considerando-se integrado ao contrato. Deste modo, considera-se abusiva, e contrária ao princípio da boa-fé objetiva, a cláusula contratual que exclua sua possibilidade ou, de qualquer forma, imponha exigência para sua concessão. Assim, a existência de cláusula excludente de cobertura do atendimento domiciliar é de ser considerada abusiva, sendo nula, nos termos do artigo 51, incisos IV e XV, do CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Ademais, a negativa de atendimento domiciliar, no caso em apreço, configurou falha na prestação do serviço, além de conduta violadora da boa-fé objetiva, dos direitos da personalidade do paciente e contrária à própria natureza do contrato. Levando-se em conta os parâmetros acima elencados, é de se reputar razoável o valor de R\$10.000,00, fixado pelo r. Juízo a quo pela compensação por danos morais. Por fim, a alegação de que a Lei nº 9.656/98 não obriga as Operadoras a fornecer home care não merece guarida. O art. 10, da Lei nº 9.656, não inclui o tratamento domiciliar do rol de exclusão de procedimentos, pelo que se concluir que há obrigatoriedade em fornecê-lo. Por fim, o cumprimento, ou não, da tutela de urgência é questão afeta à execução do julgado, não podendo ser apreciada pelo Tribunal, neste momento processual, sob pena de supressão de instância. Por fim, alegou o Demandante, na apelação, que a sentença não fez referência à multa diária. Observa-se, contudo, que a decisão que deferiu a tutela de urgência e condicionou o cumprimento da obrigação ao pagamento de multa única de R\$17.600,00 para a hipótese de descumprimento foi confirmada na parte dispositiva da sentença.

²⁴⁷ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 0208946-13.2016.8.19.0001**. Relator: Desembargador Arthur Narciso de Oliveira Neto. Rio de Janeiro, 30 de maio de 2018. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004284522D30848B4FFD872296691199C87C50823374805&USER=>>>. Acesso em: 10 jul. 2018.

Já a Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná²⁴⁸, ao analisar a Apelação Cível nº 1731566-1 da 3ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Maringá em 01 de março de 2018, por unanimidade de votos, proferiu julgamento no sentido de acolher o pleito da Seguradora quanto à improcedência da ação de obrigação de fazer cujo intuito era obriga-la a prestar a assistência de saúde domiciliar (*Home Care*) ao fornecer alimentação enteral e parental, além de sessões de fonoterapia:

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PLANO DE SAÚDE. – AGRAVO RETIDO. INDEFERIMENTO DE PROVA TESTEMUNHAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. PROVA DOCUMENTAL SUFICIENTE À FORMAÇÃO DA CONVICÇÃO SOBRE AS QUESTÕES DE FATO. DEMAIS QUESTÕES DEBATIDAS UNICAMENTE DE DIREITO. – USÁRIO DO PLANO DE SAÚDE. DIAGNÓSTICO DE CHOQUE SÉPTICO E FALÊNCIA MÚLTIPLA DE ÓRGÃOS. NECESSIDADE DE ALIMENTAÇÃO ENTERAL E PARENTERAL E SESSÕES DE FONOTERAPIA. ATENDIMENTO DOMICILIAR (HOME CARE) DISPONIBILIZADO DE ACORDO COM PRESCRIÇÃO MÉDICA. NÃO COMPROVAÇÃO PELO AUTOR DE REQUERIMENTO MÉDICO PARA CONTINUIDADE DO ATENDIMENTO EM DOMICÍLIO. AUSÊNCIA DE ATO ILÍCITO PELA REQUERIDA. PRETENSÃO IMPROCEDENTE. – SUCUMBÊNCIA DA PARTE AUTORA. – RECURSO DE AGRAVO RETIDO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. – RECURSO DE APELAÇÃO DA RÉ CONHECIDO E PROVIDO. RECURSO DE APELAÇÃO DO AUTOR PREJUDICADO. O indeferimento da produção de prova oral não implica em ofensa ao direito da parte de produzir prova quando a questão debatida é de direito e os fatos estão devidamente demonstrados pela prova documental. Não obstante se possa reconhecer a abusividade da cláusula contratual que exclui o atendimento médico domiciliar (*home care*), a requerida prestou o atendimento no período solicitado pelo médico do paciente, não tendo o autor feito prova de requerimento médico para a continuidade do tratamento de fonoterapia em domicílio.

Extrai-se a ponderação sobre o Serviço de Atenção Domiciliar *Home Care* do voto proferido pelo Relator Juiz de Direito substituto em 2º Grau Rafael Vieira de Vasconcellos Pedroso²⁴⁹:

²⁴⁸ PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 1731566-1**. Relator: Juiz Substituto em 2º Grau Rafael Vieira de Vasconcellos Pedroso. Curitiba, 01 de março de 2018. Disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12500373/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1731566-1>>. Acesso em: 19 set. 2018.

²⁴⁹ PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 1731566-1**. Relator: Juiz Substituto em 2º Grau Rafael Vieira de Vasconcellos Pedroso. Curitiba, 01 de março de 2018. Disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12500373/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1731566-1>>. Acesso em: 19 set. 2018

O Serviço de Atenção Domiciliar ou *Home care* é uma modalidade continuada de prestação de serviços na área de saúde destinada a atender pacientes em ambiente extra hospitalar (normalmente no local onde moram) onde devem ser monitorados por equipe multidisciplinar, cuja composição variará conforme as suas necessidades terapêuticas.

Posteriormente, o ínclito magistrado conclui que o profissional detentor do conhecimento técnico para prescrever o melhor tratamento é o médico, sendo imprescindível que haja expressa indicação da Assistência Domiciliar como tratamento mais adequado para solução do caso clínico:

Ressalte-se que quem detém conhecimento técnico para prescrever o melhor tratamento ao paciente é o médico, que não pode ser impedido de escolher a alternativa mais eficaz. Para que esta premissa seja utilizada como fundamento à concessão de tratamento domiciliar, entretanto, exige-se que haja recomendação expressa do médico, sob pena de, caso omitida a informação, dever-se dirigir ao local de tratamento ofertado pela empresa administradora do plano de saúde, desde que adequado e suficiente ao tratamento do paciente e cumprimento da função contratual.

Ao analisar o direito sob uma perspectiva econômica, Luciano Bennetti Timm²⁵⁰ aponta que:

[...] a legislação do Estado Social é caracterizada por uma maior abstração das normas jurídicas, com linguagem ampla, cujo intento é abarcar imprevistas situações a serem resolvidas na análise de cada caso pelos tribunais. Em vista disso, uma das mais equivocadas e, com frequência, repetidas assertivas diz sobre a maior liberdade e o livre arbítrio dos juízos do *Common Law*, para criar o Direito, do que os juízes da *Civil Law*. Os juízes brasileiros são controlados apenas pelos recursos às instâncias superiores, sendo impassíveis de vinculação aos julgados anteriores. Provavelmente seja esta a razão pela qual o diagnóstico (ou mesmo o prognóstico) elaborado por alguns juristas americanos, concernente à morte e à queda do contrato, encontraria mais acolhida no Brasil. Entertanto, esta não é a única semelhança com o debate acadêmico norte-americano. O paradigma paternalista do direito contratual no Brasil ampara algumas asserções básicas do movimento denominado *Critical Legal Studies*, nos Estados Unidos. Em primeiro lugar, coligam-se na descrição da contemporânea ininteligibilidade da fronteira entre o Direito Público e o Privado. Ademais, coadunam-se ao defender uma racionalidade essencialmente material, e não formal. Finalmente, e o mais importante, assemelham-se ao atacar o individualismo.

²⁵⁰ TIMM, Luciano Benetti. **Direito & economia**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 77.

A 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em julgamento da Apelação nº 1001015-98.2016.8.26.0010²⁵¹, datado de 28 de maio de 2018, acordaram por negar provimento ao recurso do Segurado, ao entender que o serviço de *Home Care* deve ser fornecido tão somente quando houver expressa indicação médica ou pactuação entre as partes, podendo ser elidido por prova pericial que constate a desnecessidade do tratamento domiciliar à patologia do paciente:

AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. Plano de saúde. Home care. Autora com 83 anos e portadora de várias patologias (sequelas de câncer de mama, colopatia funcional, depressão maior, queda recente e síndrome de regressão psicomotora). Prescrição de serviços de home care, negados pela ré, a motivar a propositura da ação. Tutela antecipada obtida em grau de recurso. Realização da prova pericial. Sentença de improcedência. Apela a autora, alegando que o laudo não excluiu a necessidade dos serviços de fisioterapia e de medicamentos; necessidade de manutenção dos serviços, ainda que não seja mantida a enfermagem contínua; os critérios utilizados pelo perito são inconstitucionais; mesmo excluído do contrato, o serviço de home care deve ser fornecido quando houver expressa indicação médica; o tratamento a pessoas deficientes deve se dar no domicílio. Descabimento. Home care. Prova pericial categórica acerca da não indicação do esquema de home care para o caso, sinalizando acerca da possibilidade de ocasionar prejuízo, ao fazer com que a dependência da autora acelere. Perícia aferiu a capacidade da autora se locomover para consultas e sessões de fisioterapia. Informações não desconstituídas. Manutenção da improcedência. Majoração dos honorários recursais. Recurso improvido.

Os Tribunais de Justiça, aliás, ainda que não considerem as diferenças essenciais e categóricas entre a Atenção Domiciliar, que prevê a Assistência Domiciliar (*Home Care*) e a Internação Domiciliar, tem entendido de forma uníssona pela necessidade de prescrição médica do tratamento para obrigar a Seguradora e, conseqüentemente, rever as cláusulas contratuais que vetem tal possibilidade, consoante se denota do julgamento proferido pela Colenda Primeira Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina²⁵²:

²⁵¹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 1001015-98.2016.8.26.0010**. 5ª Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador James Siano, 28 de maio de 2018. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/show.do?processo.foro=990&processo.codigo=R1004ICOL0000>>. Acesso em: 21 jan. 2019.

²⁵² SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Agravo de instrumento nº 4000359-09.2018.8.24.0000**. Relator: Desembargador Jorge Luiz Costa Beber. Concórdia, 10 de abril de 2018. p. 122. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAEAA JAcGAAD&categoria=acordao_5>. Acesso em: 14 set. 2018.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA. PLANO DE SAÚDE. HOME CARE. TUTELA DE URGÊNCIA INDEFERIDA NA ORIGEM. INSURGÊNCIA DO USUÁRIO. TRATAMENTO QUE NÃO CONSTA DO ROL DE PROCEDIMENTOS OBRIGATÓRIOS PREVISTO NA LEI DOS PLANOS DE SAÚDE E NA RESOLUÇÃO NORMATIVA DA ANS. CLÁUSULA EXPRESSA DE EXCLUSÃO CONTRATUAL. AUTOR QUE CARECE DE CUIDADOS DOMICILIARES. QUADRO CLÍNICO QUE, NO ENTANTO, NÃO JUSTIFICA A INTERNAÇÃO HOSPITALAR. AUSÊNCIA DE CONSTATAÇÃO, NESTA FASE DE COGNIÇÃO SUMÁRIA, DA PROBABILIDADE DO DIREITO ALEGADO NA INICIAL. DECISÃO MANTIDA. [...] As operadoras de planos de saúde devem disponibilizar tratamento domiciliar, conhecido como home care, nas situações em que houver indicação médica dessa modalidade de atendimento em decorrência do quadro de saúde do beneficiário do plano. Tratamento de saúde na modalidade home care tem o objetivo de garantir condições seguras de atendimento do paciente em sua residência, mas não pode extrapolar atendimento que seria oferecido em rede hospitalar tradicional, com o condão de desincumbir a família da obrigação legal e financeira de zelar pela saúde do familiar idoso enfermo. [...].

Sobre a mesma perspectiva, verifica-se que a confusão dos institutos tem permeado pelos Tribunais de Justiça desde o ano de 2016, cuja demanda de ações que buscam a cobertura da Atenção Domiciliar cresceu significativamente. Neste ponto, sobressai o julgamento proferido pela Egrégia Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ao analisar o Recurso de Apelação dos autos nº 0102888-81.2016.8.21.7000²⁵³ em 06/06/2016:

APELAÇÃO CÍVEL. PLANO DE SAÚDE. AÇÃO DE INTERNAÇÃO DOMICILIAR. COBERTURA. CUSTEIO DAS DESPESAS. 1. Os contratos de planos de saúde estão submetidos ao Código de Defesa do Consumidor, nos termos do artigo 35 da Lei nº 9.656/98, pois envolvem típica relação de consumo. Súmula nº 469 do STJ. Assim, incide, na espécie, o artigo 47 do CDC, que determina a interpretação das cláusulas contratuais de maneira mais favorável ao consumidor. Além disso, segundo o previsto no art. 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor, a operadora de plano de saúde não pode impor obrigações abusivas que coloquem o consumidor em manifesta desvantagem. 2. Necessidade de custeio das despesas com a internação domiciliar no sistema home care. Recurso desprovido.

²⁵³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 0102888-81.2016.8.21.7000**, Quinta Câmara Cível. Apelado: Terezinha de Jesus Gehlen. Apelante: UNIMED Seguros Saúde S.A. Relator: Des^a Isabel Dias Almeida. Porto Alegre, Julgamento: 25 de maio de 2016.

Por fim, a Egrégia Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao analisar o Recurso Especial nº 1.162.279²⁵⁴, sedimentou em 30/11/2017 que a Cláusula contratual que veda a internação domiciliar não respeita a exegese do art. 6, inciso V do Código de Defesa do Consumidor:

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. 1. Negativa de prestação jurisdicional. Não ocorrência. 2. Cláusula contratual que veda a internação domiciliar. Abusividade. Súmula nº 83/STJ. 3. Home care. Necessidade. Súmula nº 7/STJ. 4. Agravo conhecido para conhecer em parte do Recurso Especial e, nessa extensão, negar-lhe provimento.

Tais decisões judiciais evidenciam que o próprio entendimento Pretório sobre os limites obrigacionais dos contratos de plano de saúde que preveem ou não a Atenção Domiciliar gera controvérsias e, ao que se mostra, indica confusão entre a Assistência Domiciliar (*Home Care*) e a Internação Domiciliar, bem como seus efeitos econômicos e sociais.

4.3.1 Impactos Econômicos das Decisões Judiciais nas Seguradoras de Saúde nos Estados do Paraná, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, Santa Catarina e São Paulo

A insegurança jurídica quanto à análise dos contratos de plano de saúde e os efeitos para fornecimento de assistência domiciliar resulta em questionamentos quanto à real compreensão do equilíbrio econômico do contrato.

No Estado de São Paulo já se produziu inclusive Súmula sobre o assunto. É a Súmula 90, que prevê em seu texto que “havendo expressa indicação médica para a utilização dos serviços de *home care*, revela-se abusiva a cláusula de exclusão inserida na avença, que não pode prevalecer.” Note-se que não há qualquer diferenciação entre assistência e internação, o que obriga a segurada a contemplar todas as modalidades de atendimento domiciliar, indiferente dos custos.²⁵⁵

²⁵⁴ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AREsp 1.162.279; Proc. 2017/0217807-7; DF; Terceira Turma; Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze; DJE 30/11/2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=78482722&num_registro=201702178077&data=20171130&formato=PDF>. Acesso em: 18 set. 2018.

²⁵⁵ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Súmula 90**. 13 fev. 2012. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/Download/Portal/Biblioteca/Biblioteca/Legislacao/SumulasTJSP.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2018.

É fácil perceber a inconsistência da condenação dos planos de saúde à prestação de serviços de internação doméstica, imagina-se um cenário hipotético: uma nova doença transformou-se em uma epidemia e o tratamento custa, no hospital, R\$ 100.000,00 por paciente ao mês. Para preparar o domicílio do indivíduo acometido pela doença, o custo unitário do tratamento sobe para R\$ 1.000.000,00. Suponha-se que 200 pessoas foram contaminadas e a doença requer um tratamento longo que serve somente para amenizar os sintomas. Suponha-se, também, que o plano de saúde tenha destinado um orçamento mensal de R\$ 10.000.000,00 para prestação de assistência domiciliar. Dez indivíduos contaminados com a nova doença bastam para esgotar os recursos destinados a esta finalidade. Porém, o valor supera, e muito, o orçamento previsto.

Logo, os segurados acabarão tendo seus direitos contratados tolhidos em prol da realização de demandas que extrapolam os objetos do contrato. E essa é somente a melhor das hipóteses. Existe, ainda, o risco iminente de inviabilização do cumprimento dos contratos e das prestações de serviços devidas.

Faz-se necessário, portanto, analisar o pleito juridicamente, sem pecar por imparcialidades ou sentimento subjetivos de justiça. Para isso, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 parece ser a fonte adequada. Como tratar-se-á de direito à saúde, então é um direito fundamental exigível (art. 6º, *caput*, da CFRB/88 e art. 196, da CRFB/88).

Entretanto, exigir saúde não é o mesmo que exigir um tratamento específico. O que importa é receber o melhor tratamento dentro das possibilidades do prestador do serviço. O direito ao procedimento específico de internação domiciliar não parece ser necessário para garantir o direito à saúde, pois existem procedimentos menos custosos ao Estado (como os tradicionais cuidados hospitalares) que atingem o mesmo objetivo.

Para se ter uma ideia sobre o significativo impacto econômico que a assistência domiciliar, ainda mais a internação domiciliar, ocasionam nas seguradoras de saúde, quando os contratos não tem esse objetivo, extrai-se de um estudo feito por Vivian Schutz, Joséte Luzia Leite e Nébia Maria Almeida de Figueiredo, que para a realização adequada do atendimento domiciliar, faz-se necessário contar com uma equipe técnica multidisciplinar e, com isso, haverá de realizar o recrutamento, seleção e treinamento dos profissionais. O custo base para realização tão somente de 29 processos seletivos realizados no período de estudo

foi de R\$ 2.738,18 (sendo o custo médio de ara processo o valor de R\$ 94,42). Foram 23 pessoas aprovadas no processo, que passaram por 23 treinamentos (cada treinamento corresponde a dois dias, e cada dia, a sete horas, ou seja, cada treinamento corresponde a 14 horas), alcançando o valor de R\$ 11.498,16, sendo o custo médio de cada treinamento em R\$ 499,92. Isto só para preparar a equipe técnica multidisciplinar.²⁵⁶

Um estudo realizado nos anos de 2017 e 2018 pela União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde concluiu que o custo médio dos exames na internação hospitalar no Sul do Brasil está em R\$ 45,46, no Sudeste é de R\$ 43,22, no Centro-oeste é de R\$ 40,21, no Norte é de R\$ 39,63 e no Nordeste é de R\$ 37,99.²⁵⁷

Já o custo médio de consultas, no caso da internação hospitalar, no Sul do Brasil é de R\$ 82,15, no Sudeste é de R\$ 77,69, no Centro-oeste é d R\$ 71,15, no Nordeste é de R\$ 78,22 e no Norte é de R\$ 76,11.²⁵⁸

Já no caso da Despesa assistencial anual per capita (R\$), por Unidade Federativa, a pesquisa conclui que os Estado do Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Paraná, São Paulo e Rio de Janeiro são os que mais sofrem com a variedade e custos médios, sendo que o Estado de São Paulo detém o terceiro maior custo médio do país, no valor de R\$ 6.190,55, levando-se em consideração que possui os maiores hospitais e recursos do Brasil, sendo que os dois primeiros tratam-se do Estado da Bahia e Pernambuco, onde o acesso aos recursos e profissionais é mais limitado e, por consequência, mais custoso.²⁵⁹

Assim, a pesquisa conclui que o Custo médio da internação hospitalar no Brasil é de R\$ 17.006,58, enquanto o Custo médio da internação domiciliar é de R\$

²⁵⁶ SCHUTZ; Vivian; LEITE, Joséte Luzia; FIGUEIREDO, Nélia Maria Almeida de. Como administrar cuidados domiciliares: o custo e o preço do preparo e do trabalho da enfermagem. **Esc Anna Nery R Enferm**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 2, p. 358-364, jun. 2007 Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ean/v11n2/v11n2a27.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2018.

²⁵⁷ UNIÃO NACIONAL DAS INSTITUIÇÕES DE AUTOGESTÃO EM SAÚDE (UNIDAS). **Pesquisa Unidas 2017/2018**. São Paulo, 2018. p. 50-51. Disponível em: <https://www.unidas.org.br/uploads/AF_Pesquisa_UNIDAS_web_180724.pdf>. Acesso em: 18 set. 2018.

²⁵⁸ UNIÃO NACIONAL DAS INSTITUIÇÕES DE AUTOGESTÃO EM SAÚDE (UNIDAS). **Pesquisa Unidas 2017/2018**. São Paulo, 2018. p. 50-51. Disponível em: <https://www.unidas.org.br/uploads/AF_Pesquisa_UNIDAS_web_180724.pdf>. Acesso em: 18 set. 2018.

²⁵⁹ UNIÃO NACIONAL DAS INSTITUIÇÕES DE AUTOGESTÃO EM SAÚDE (UNIDAS). **Pesquisa Unidas 2017/2018**. São Paulo, 2018. p. 50-51. Disponível em: <https://www.unidas.org.br/uploads/AF_Pesquisa_UNIDAS_web_180724.pdf>. Acesso em: 18 set. 2018.

36.549,05, ou seja, quase 20 mil reais superior, e que deve ser arcado pela seguradora.²⁶⁰

Diante deste fatos é que se constata o grave desequilíbrio econômico ocasionado nas seguradoras de saúde no Estado de Santa Catarina, Rio Grande do Sul, Paraná, São Paulo e Rio de Janeiro, visto que a excessiva onerosidade do tratamento através de assistência domiciliar não prevista no contrato e judicialmente incluída como responsabilidade da seguradora força o direcionamento de recursos para prover as medidas necessárias com o fim de coibir a aplicação de eventual sanção judicial.

²⁶⁰ UNIÃO NACIONAL DAS INSTITUIÇÕES DE AUTOGESTÃO EM SAÚDE (UNIDAS). **Pesquisa Unidas 2017/2018**. São Paulo, 2018. p. 50-51. Disponível em: <https://www.unidas.org.br/uploads/AF_Pesquisa_UNIDAS_web_180724.pdf>. Acesso em: 18 set. 2018.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo que foi possível analisar, constata-se que os contratos de plano de saúde se revestem de modalidade similar à contratos de seguro assim entendidos pela doutrina e pela jurisprudência e, com isso, apresentam os elementos necessários a constituição do negócio jurídico, tal como modo de interpretação e aplicação.

Uma vez que há relação jurídica entre a seguradora e o segurado, além da aplicação das normas da legislação civil, faz-se necessário, com especialidade, observar o negócio jurídico na perspectiva das normas de defesa do consumidor, ponderando sobre os princípios aplicáveis na ótica de proteção da parte hipossuficiente sem perder a ordem econômica do contrato, função social e justiça contratual.

Ao tratar sobre a prestação de serviços de *Home Care*, comumente designado como Assistência Domiciliar, a questão da interpretação contratual com respeito ao equilíbrio econômico torna-se ainda mais difícil.

Isto porque foi possível verificar que há uma insegurança jurídica quanto à falta de compreensão dos órgãos jurisdicionais sobre a Assistência Domiciliar ao analisar os limites dos contratos de planos de saúde. A jurisprudência, com especialidade, oriunda dos Tribunais de Justiça dos Estados do Paraná, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, Santa Catarina e São Paulo aplicação o entendimento uníssono de que os contratos de plano de saúde, ao possuírem natureza jurídica de contratos de seguro, tem por objeto aleatório e, como consequência, devem prover a assistência domiciliar, ainda que exista cláusula contratual expressamente vedando tal prática.

A opção pela abordagem específica das decisões destes tribunais, teve como razão o fato de que nestes Estados concentram-se os maiores impactos econômicos aos segurados, onerando a Seguradora em, praticamente, vinte mil reais a mais por segurado, conforme visto pela pesquisa periódica realizada pela União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde, cujo resultado advém do aumento de demandas jurídicas no sentido de ver reconhecida a extensão do tratamento ambulatorial para o domicílio.

A situação fica ainda mais preocupante quando se verifica que a Assistência Domiciliar, em alguns casos, acaba virando uma espécie de Internação Domiciliar,

procedimento em que a complexidade exige uma série de equipamentos médicos e equipe multidisciplinar totalmente preparada para atender exclusivamente àquele segurado que obteve a concessão judicial a seu favor.

Em vista disso, a seguradora de saúde acaba significativamente onerada com diversos custos e despesas não previstas contratualmente e, inclusive, vetadas. Em muitos casos, o direcionamento de recursos para atendimento da determinação judicial pode incorrer em prejuízo aos demais segurados, resultando em outras insatisfações e, possivelmente, ações judiciais.

Ainda que o texto constitucional seja explícito no sentido de que a iniciativa privada não precisa se comprometer com a totalidade dos objetivos do Estado como promotor da saúde, a intervenção do judiciário acaba por estender esta responsabilidade. Mesmo que as instituições privadas atuem de forma complementar e não em substituição ao Estado.

As decisões discricionárias servem, portanto, somente para concretizar o sentimento de justiça sob o generalismo do direito fundamental do cidadão à saúde, utilizado como fundamento para estender a abrangência contratual e, em alguns casos, revogar disposições contrárias à concessão de Assistência Domiciliar. Um conjunto de decisões ativistas, que ignoram o texto constitucional, podem levar à um cenário ainda mais caótico e indesejável de atendimento dos enfermos na sociedade. Sopesar para buscar fugas do texto constitucional continua sendo uma saída racionalmente frágil e antidemocrática.

Necessário, portanto, que se faça uma interpretação contratual adequada em razão aos limites econômicos da relação jurídica, princípios do equilíbrio, função social e justiça contratual para verificar a real consequência e impacto das decisões judiciais que determinam, de forma genérica, a assistência domiciliar do segurado que contrata plano de saúde que não comporta tal prática.

Pelo contrário, patologias como a Esclerose Lateral Amiotrófica apresentada acabam por onerar significativamente o tratamento que, inicialmente, não era previsto pela Seguradora, tanto que é necessário realizar um redirecionamento dos recursos para atendimento ao paciente enfermo na medida das prescrições médicas indicadas podendo, até mesmo, resultar em uma verdadeira Internação Domiciliar, com a aquisição e disponibilização de equipamentos ambulatoriais para montagem de uma estrutura hospitalar no domicílio do próprio segurado.

O que se está a discutir não reflete logicamente na violação ao consagrado princípio constitucional da saúde visto que as Seguradoras, por previsões legislativas, atuam com subsidiariedade ao Estado, sendo inviável imputá-las cegamente às garantias objetivamente estabelecidas ao próprio.

No cenário apresentado, as diferenças que se apontam sobre a Assistência hospitalar, *Home Care* e Internação domiciliar se mostram em relação ao objeto contratado, ou seja, prestação de serviços de cuidados com a saúde em ambiente hospitalar, domiciliar, ou constituição de ambiente hospitalar em domicílio, além da relação obrigacional que, conforme transmite o objeto, exigirá que a Seguradora disponha de equipamentos, fármacos e equipe técnica capacitada para atendimento das enfermidades, o prazo contínuo e ininterrupto do tratamento, além dos preparos e disposições de tratamentos de emergência com eficácia.

A solução jurídica que se aponta para efetiva resolução do problema proposto é a necessária observância da atuação em complementariedade à responsabilidade estatal pelas seguradoras privadas, fazendo-se imprescindível que os órgãos jurisdicionais não deixem de observar o equilíbrio econômico do contrato, justiça contratual e função social ao proferirem decisões que contrariem a vontade manifesta das partes no momento da formalização do negócio jurídico.

Comprovou-se a hipótese básica da pesquisa, considerando que todos os elementos, bem como argumentos utilizados são axiais para o presente trabalho e auxiliaram na delimitação do tema, além do aperfeiçoamento da compreensão da análise concreta dos contratos de plano de saúde em relação à assistência domiciliar.

A pesquisa fora realiza através do método fenomenológico-hermenêutico com execução aposta em incursões analítico-descritivas.

REFERÊNCIAS

- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. São Paulo: Servanda, 2008.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm>. Acesso em: 20 jan. 2018.
- BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm#art2045>. Acesso em: 14 maio 2018.
- BRASIL. **Lei nº 10.424, de 15 de abril de 2002**. Acrescenta capítulo e artigo à Lei no 8.080, de 19 de setembro de 1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento de serviços correspondentes e dá outras providências, regulamentando a assistência domiciliar no Sistema Único de Saúde. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10424.htm>. Acesso em: 14 maio 2018.
- BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm>. Acesso em: 29 jun. 2018.
- BRASIL. **Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1988**. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9656.htm>. Acesso em: 19 ago. 2018.
- BRASIL. **Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000**. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9961.htm>. Acesso em: 19 ago. 2018.
- BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 3.390, de 30 de dezembro de 2013**. Institui a Política Nacional de Atenção Hospitalar (PNHOSP) no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), estabelecendo-se as diretrizes para a organização do componente hospitalar da Rede de Atenção à Saúde (RAS). Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt3390_30_12_2013.html>. Acesso em: 19 jul. 2018.
- BRASIL. Ministério da Saúde. **Protocolo de diretrizes terapêuticas**. Esclerose Lateral Amiotrófica. Portaria SAS/MS nº 1151, de 11 de novembro de 2015. Revoga a Portaria nº 496/SAS/MS, de 23 de dezembro de 2009. Brasília, DF: Ministério da Saúde. 2015. Disponível em: <<http://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2016/fevereiro/05/ELA---PCDT-Formatado---port1451-2015.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2018.
- BRASIL. Ministério da Saúde. **Resolução normativa nº 137, de 14 de novembro de 2006**. Disponível em: <http://www.editoramagister.com/doc_1036173_>

RESOLUCAO_NORMATIVA_N_137_DE_14_DE_NOVEMBRO_DE_2006.aspx>. Acesso em: 19 jul. 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Resolução normativa nº 428, de 7 de novembro de 2017**. Disponível em: <http://www.lex.com.br/legis_27541128_RESOLUCAO_NORMATIVA_N_428_DE_7_DE_NOVEMBRO_DE_2017.aspx>. Acesso em: 19 jul. 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde; Fundação Oswaldo Cruz. **Contas do SUS na perspectiva da contabilidade internacional: Brasil, 2010-2014**. 1. ed. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2018. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/contas_SUS_perspectiva_contabilidade_internacional_2010_2014.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2018.

BRASIL. Ministério Público. **Atenção domiciliar**. Brasília, DF, 2018. Disponível em: <<http://portalms.saude.gov.br/acoes-e-programas/melhor-em-casa-servico-de-atencao-domiciliar/atencao-domiciliar>>. Acesso em: 12 jul. 2018.

BUSNELLO, Saul José; LUCAS, Ana Paula Schneider Lucion. O princípio da função social do contrato enunciado no artigo 421 do Código Civil Brasileiro. **Revista de Direito da Unidavi**, Rio do Sul, SC, p. 02, set. 2014. Disponível em: <<http://www.revistadireito.unidavi.edu.br/edicoes-anteriores/revista-1-abril-2010/oprincipiodafuncaosocialdocontratoenunciadonoartigo421docodigo civilbrasileiro>>. Acesso em: 20 fev. 2018.

CALIL, Grace Mussalem. **Direito contratual e direito do consumidor na saúde suplementar**. [S.l.], 2005. (Série Aperfeiçoamento de Magistrados). Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/6/judicializacaodasaude_162.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2018.

CATALAN, Marcos. In dubio pro aderente e interpretação integrativa: notas acerca da difícil arte de julgar. **Revista Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, DF, ano 27, v. 240, t. 1, out./dez. 2015. Disponível em: <https://www.academia.edu/25092059/In_dubio_pro_aderente_e_interpreta%C3%A7%C3%A3o_integrativa_notas_acerca_da_dif%C3%ADcil_arte_de_julga>. Acesso em: 09 abr. 2018.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à constituição de 1988**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. v. 1.

DIETRICH NETO, Flávia et al. Amyotrophic lateral sclerosis in Brazil: 1998 National Survey. **Arquivos de Neuro-Psiquiatria**, São Paulo, v. 8, n. 3A, 2000. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0004-282X2000000400002&script=sci_arttext&tlng=es>. Acesso em: 18 set. 2018.

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; LÔBO, Fabíola Albuquerque. **A função social nas relações privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; RODRIGUES, Melce Miranda. **Do negócio jurídico: a relevante questão da eficácia**. [S.l.], 2008. Disponível em: <https://www.diritto.it/pdf_archive/28658.pdf>. Acesso em: 06 abr. 2018.

FLORIANI, Ciro Augusto; SCHRAMM, Fermin Roland. Atendimento domiciliar ao idoso: problema ou solução? **Caderno de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v. 20, n. 4, p. 986-994, jul./ago. 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csp/v20n4/13.pdf>>. Acesso em: 07 abr. 2018.

FONSECA, João Bosco Leopoldino. **Direito econômico**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FRUSTOCKL, Fernanda Carvalho. **Aspectos da revisão judicial dos contratos no direito civil brasileiro e alemão**. Porto Alegre, 2012. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_1/fernanda_frustockl.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2018.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Código de defesa do consumidor comentado artigo por artigo**. 13. ed. Salvador: Juspodvm, 2016.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**: de acordo com o novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GOMES, Rogério Zuel. **Teoria contratual contemporânea**: função social do contrato e boa-fé. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil esquematizado**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário técnico jurídico**. São Paulo: Rideel, 1995.

LARENZ, Karl. **Derecho justo**: fundamentos da ética jurídica. Madrid: Civitas, 1990.

LEITE, Bruna; SILVA, Emily; CROZARA, Marisa. Esclerose Lateral Amiotrófica e suas complicações. In: SIMPÓSIO DE ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA, 3., São Paulo, 2015. **Anais eletrônicos...** São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2015. Disponível em: <https://www.saocamilo-sp.br/novo/eventos-noticias/saf/2015/SAF003_15.pdf>. Acesso em: 01 out. 2018.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LÔBO, Paulo. **Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2018.

LOCKE, John. **Segundo tratado do governo civil**. Tradução Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. [S.l.]: Clube do Livro, 2018. Disponível em: <http://www.xr.pro.br/if/locke-segundo_tratado_sobre_o_governo.pdf>. Acesso em 10 abr. 2018.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Contratos no novo código civil**: teoria geral e contratos em espécie. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2005.

MARINO, Francisco de Paula Crescenzo. **Interpretação do negócio jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2011.

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; SCHMITT, Cristiano Heineck. **Visões sobre os planos de saúde privada e o código de defesa do consumidor**. Florianópolis: Biblioteca Virtual, 2007. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/24753-24755-1-PB.pdf>>. Acesso em: 09 abr. 2018.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

MATTIETO, Leonardo. O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de direito civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MELLO, Cleyson Morales; FRAGA, Thelma. **Direito civil**: contratos - parte geral. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006.

MENDES, Walter. **Home care**: uma modalidade de assistência à saúde. Rio de Janeiro: UnATI, 2001.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2000. v. 3.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato, novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Código civil anotado e legislação extravagante**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa de Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 1635985-0**. Relator: Juiz Irajá Pigatto Ribeiro. Curitiba, 22 de fevereiro de 2018. Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12499694/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1635985-0#integra_12499694>. Acesso em: 15 set. 2018.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 1731566-1**. Relator: Juiz Substituto em 2º Grau Rafael Vieira de Vasconcellos Pedroso. Curitiba, 01 de março de 2018. Disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12500373/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1731566-1>>. Acesso em: 19 set. 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 3: Contratos.

RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva. O direito fundamental à saúde na perspectiva da Constituição Federal: uma análise comparada. **Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná**, Curitiba, n. 1, p. 53-92, 2010. Disponível em: <http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/Revista_PGE_2010/04_O_direito_fundamental.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2018.

REHEM, Tânia Cristina Morais Santa Bárbara; TRAD, Leny Alves Bomfim. Assistência domiciliar em saúde: subsídios para um projeto de atenção básica brasileira. **Ciências & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, n. 10, p. 231-242, 2005. Disponível em: <<https://www.scielo.org/article/csc/2005.v10suppl0/231-242/>>. Acesso em: 17 set. 2018.

REVISTA BRASILEIRA DE ATENÇÃO DOMICILIAR. **Protocolo de segurança pelo Home Care-AMIL/RJ em pacientes de alta complexidade**. São Paulo: Congresso Brasileiro Interdisciplinar de Assistência Domiciliar, 2017. ISSN 2446-841X.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 0051934-24.2002.8.19.0001 e 0064826-62.2002.8.19.0001**. Relatora: Desembargadora Cristina Tereza Gaulia. Rio de Janeiro, 30 de setembro de 2014. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistadireitoemovimento_online/edicoes/volume21/volume21_605.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2018.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 0055106-46.2017.8.19.0001**. Relatora: Desembargadora Leila Maria Rodrigues Pinto de Carvalho e Albuquerque. Rio de Janeiro, 29 de junho de 2018. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000439EFF7226C5C7F7B504B293CE8E67F9DC50832391B04&USER=>>>. Acesso em: 10 jul. 2018.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 0208946-13.2016.8.19.0001**. Relator: Desembargador Arthur Narciso de Oliveira Neto. Rio de Janeiro, 30 de maio de 2018. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004284522D30848B4FFD872296691199C87C50823374805&USER=>>>. Acesso em: 10 jul. 2018.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 0287034-65.2016.8.19.0001**. Relatora: Desembargadora Isabela Pessanha Chagas. Rio de Janeiro, 11 de julho de 2018. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2018.001.37366>>. Acesso em: 10 jul. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 0064868-50.2018.8.21.7000**; Palmeira das Missões, Sexta Câmara Cível. Relator: Des^a Elisa Carpin Corrêa. Porto Alegre, julgamento: 08 de junho de 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 0102888-81.2016.8.21.7000**, Quinta Câmara Cível. Apelado: Terezinha de Jesus Gehlen. Apelante: UNIMED Seguros Saude S.A. Relator: Des^a Isabel Dias Almeida. Porto Alegre, Julgamento: 25 de maio de 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 70060964657**. Relator: Desembargador Jorge Luiz Lopes do Canto. Porto Alegre, 25 de março de 2015. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/>>

site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70060964657%26num_processo%3D70060964657%26codEmenta%3D6207607++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70060964657&comarca=Comarca%20de%20Porto%20Alegre&dtJulg=25/03/2015&relator=Jorge%20Luiz%20Lopes%20do%20Canto&aba=juris>. Acesso em: 19 set. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 70076582857**. Relator: Desembargador Newton Carpes da Silva. Porto Alegre, 24 de maio de 2018. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70076582857%26num_processo%3D70076582857%26codEmenta%3D7764606++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70076582857&comarca=Comarca%20de%20Porto%20Alegre&dtJulg=24/05/2018&relator=Niwton%20Carpes%20da%20Silva&aba=juris>. Acesso em: 19 set. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 70077788693**. Relator: Newton Carpes da Silva. Porto Alegre, 28 de junho de 2016. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70077788693%26num_processo%3D70077788693%26codEmenta%3D7832364++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70077788693&comarca=Comarca%20de%20Caxias%20do%20Sul&dtJulg=12/07/2018&relator=Niwton%20Carpes%20da%20Silva&aba=juris>. Acesso em: 10 jul. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 70078220712**. Relatora: Desembargadora Elisa Carpim Corrêa. Rio Grande do Sul, 26 de junho de 2018. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70078220712%26num_processo%3D70078220712%26codEmenta%3D7907460++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70078220712&comarca=Comarca%20de%20Porto%20Alegre&dtJulg=30/08/2018&relator=Niwton%20Carpes%20da%20Silva&aba=juris>. Acesso em: 10 jul. 2018.

SAMPAIO, Ana Virgínia de Faria; IMAI, Cesar. **Atenção domiciliar à saúde (Home Health Care), a arquitetura acessível e o desenho universal**. [S.l.], 2012. Disponível em: <https://www.usp.br/nutau/nutau_2012/2dia/20120628170403_artigo%20NUTAU%202012%20final%20com%20pag.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2018.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Agravo de instrumento nº 4000359-09.2018.8.24.0000**. Relator: Desembargador Jorge Luiz Costa Beber. Concórdia, 10 de abril de 2018. Disponível em: <<http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html>>.

do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAEAAJAcGAAD&categoria=acordao_5>. Acesso em: 14 set. 2018.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro. **O princípio da função social do contrato**. Curitiba: Juruá, 2005.

SANTOS, Antonio Jeová. **Função social do contrato**. 2. ed. São Paulo: Método, 2004. p. 117.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Súmula 90**. 13 fev. 2012. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/Download/Portal/Biblioteca/Biblioteca/Legislacao/SumulasTJS/P.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2018.

SCHUTZ; Vivian; LEITE, Joséte Luzia; FIGUEIREDO, Nébia Maria Almeida de. Como administrar cuidados domiciliares: o custo e o preço do preparo e do trabalho da enfermagem. **Esc Anna Nery R Enferm**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 2, p. 358-364, jun. 2007 Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ean/v11n2/v11n2a27.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2018.

SILVA, Julio César Ballerini. Contratos privados de assistência à saúde. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 3102, 29 dez. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/20732/contratos-privados-de-assistencia-a-saude>>. Acesso em: 09 jul. 2018.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AREsp 1.162.279; Proc. 2017/0217807-7; DF; Terceira Turma; Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze; DJE 30/11/2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=78482722&num_registro=201702178077&data=20171130&formato=PDF>. Acesso em: 18 set. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

THEODOR JÚNIOR, Humberto. **Direitos do consumidor**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TIMM, Luciano Benetti. **Direito & economia**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TIMM, Luciano Benetti; MACHADO, Rafael Bicca. **Função social do direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 1001015-98.2016.8.26.0010**. 5ª Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador James Siano, 28 de maio de 2018. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/show.do?processo.foro=990&processo.codigo=RI004ICOL0000>>. Acesso em: 21 jan. 2019.

UNIÃO NACIONAL DAS INSTITUIÇÕES DE AUTOGESTÃO EM SAÚDE (UNIDAS). **Pesquisa Unidas 2017/2018**. São Paulo, 2018. Disponível em: <https://www.unidas.org.br/uploads/AF_Pesquisa_UNIDAS_web_180724.pdf>. Acesso em: 18 set. 2018.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: contratos. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 2.