



Ananda de Fátima Morais

**A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR FACE À
INTERNAÇÃO DOMICILIAR E A INFLUÊNCIA DO CÓDIGO
DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

**IPATINGA/MG
2020**

ANANDA DE FÁTIMA MORAIS

**A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR FACE À
INTERNAÇÃO DOMICILIAR E A INFLUÊNCIA DO CÓDIGO
DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Curso de Direito da Faculdade de Direito de
Ipatinga, como requisito parcial para obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Diego Fillipe Otoni de Barros
Castro

**FACULDADE DE DIREITO DE IPATINGA
IPATINGA/MG
2020**

AGRADECIMENTOS

Gratidão, primeiramente a Deus, por ter me permitido e me dado forças para que eu chegasse até aqui. Agradeço também aos meus pais e familiares e principalmente minha mãe, por ser a minha maior inspiração para confecção deste trabalho e para a vida. Aos meus amigos que permaneceram ao meu lado e aos que conquistei durante essa jornada que o Direito me proporcionou. Aos professores que fizeram parte da minha vida durante todo esse tempo dividindo um pouco dos seus conhecimentos, contribuindo, de certa forma, para a pessoa e profissional que almejo ser.

RESUMO

A saúde, como um todo, se tornou uma questão cada vez mais notória no cenário jurídico dos dias atuais, principalmente aquelas que envolvem os Planos de Saúde, que por meras questões contratuais, deixam de prestar o devido auxílio para com seus usuários. Portanto, o presente trabalho tem por objetivo principal, analisar a problemática que envolve o mercado da saúde suplementar no que tange os casos referentes a internação domiciliar, popularmente conhecido como “home care”, elucidando a necessidade do consumidor deste mercado acionar o judiciário para ter seus direitos resguardados. Trata-se de uma pesquisa qualitativa, realizada por meio de método dedutivo e de procedimento técnico bibliográfico e documental. Nesse viés esta pesquisa inicia-se, traçando uma linha histórica desde o surgimento do direito a saúde e como este se desenvolveu e seu reconhecimento perante o Estado a partir da Constituição Federal de 1988. Porém devido a alta demanda, a atuação estatal, se tornou insuficiente para atender a todos, sendo necessário a intervenção da iniciativa privada para que a saúde fosse ofertada a todas as camadas da sociedade e foi a partir deste momento que surgiu o mercado dos Planos de Saúde, posteriormente regulamentado pela Lei 9.656/1998 tornando os serviços prestados pelas operadoras mais inflexíveis sendo motivo para não cobertura de determinados tipos de atendimentos, como nos casos de Home Care, contrariando com o previsto na Carta Magna e no Código de Defesa do Consumidor. A vulnerabilidade do consumidor tem sido veementemente utilizada como argumento em prol dos usuários dos planos de saúde e foi adotada como entendimento majoritário dos tribunais superiores nessas questões, colocando a vida e o bem estar dos beneficiários acima de qualquer cláusula estipulada pelas operadoras, pois o bem da vida é muito maior e mais importante que qualquer outro, fazendo com que as prestadoras de serviço de saúde o prestem de forma a cumprir com seu objetivo primordial que é cuidar e preservar a saúde de seus usuários.

Palavras Chaves: Direito a saúde. Saúde suplementar. Home Care. Lei 9.656/98. Judicialização da Saúde. Código de Defesa do Consumidor. Agência Nacional de Saúde Suplementar.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	5
2 INTRUDUÇÃO DA SAÚDE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E O DIREITO À SAÚDE COMO DEVER DO ESTADO	9
2.1 Surgimento da saúde suplementar.....	10
2.2 Normatização e regulamentação da saúde suplementar e a atuação indireta do Estado	11
3 A SAÚDE COMO OBJETO DA RELAÇÃO DE CONSUMO	14
3.1 O advento do Código de Defesa do Consumidor e a vulnerabilidade do consumidor.....	15
3.2 O instrumento da relação de consumo no setor privado de saúde.....	18
4 POSICIONAMENTO DOS PLANOS DE SAÚDE FRENTE AOS CASOS ENVOLVENDO A INTERNAÇÃO DOMICILIAR.....	20
4.1 Natureza securitária dos planos de saúde.....	21
4.2 Divergência da Lei 9656/98 com o Código de Defesa do Consumidor nos casos de atenção domiciliar.....	23
4.3 Planos anteriores e posteriores a lei 9.656/98	25
4.4 Judiciário em prol do consumidor.....	26
5 CONCLUSÃO	30
REFERÊNCIAS.....	32

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa, após um longo período de estudos bibliográficos bem como experiências frente ao assunto abordado, tem como objetivo retratar a falta de respeito e o descaso com o consumidor de serviços prestados pelo Setor de Saúde Suplementar, no que diz respeito aos casos referentes à atenção domiciliar. Ao longo deste trabalho será possível notar que, por parte das operadoras de plano de saúde, as questões contratuais bem como financeiras são priorizadas face ao bem-estar e saúde daqueles que as contratam, gerando um total descaso com o ser humano e o bem da vida. Portando, tendo em vista tal tratamento, o consumidor viu a necessidade de buscar e lutar cada vez mais pelos seus direitos fazendo do Judiciário seu maior aliado.

Para chegar ao ponto principal deste trabalho, inicialmente é necessário fazer uma abordagem histórica de como tudo se iniciou para então entender a realidade vivenciada em pleno século XXI, sendo primordial compreender como e quando a saúde ganhou espaço no ordenamento jurídico.

O direito a saúde antes mesmo de chegar ao Brasil, teve seu reconhecimento na Declaração Universal dos Direitos Humanos pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 1948 mais precisamente em seu art. XXV, que trouxe a visão do direito a saúde como algo indissociável do direito a vida, que posteriormente foi introduzido no cenário jurídico brasileiro como direito fundamental só em 1988, com a promulgação da Constituição Federal do mesmo ano.

A partir do reconhecimento pelo diploma legal, o Direito a Saúde passou então a ser visto como dever do Estado, sendo este até então o único legitimado a fornecer e prestar os serviços ligados à saúde que por ter um condão de direito fundamental, deve ser levado a toda a população, sem nenhuma distinção. Portanto, como é de responsabilidade do Estado em prestar da melhor forma, os serviços ligados a saúde, fora criado o Sistema Único de Saúde (SUS), que até os dias de hoje é o órgão responsável por tratar desses ditames na seara pública. Porém, a alta demanda fez com que o Estado ficasse em defasagem na prestação dos serviços de saúde, se tornando insuficiente e incapaz de leva-los a toda sociedade.

Posto isso, diante da situação de incapacidade coube ao Estado recorrer à iniciativa privada como uma tentativa de levar os serviços de saúde à todas as camadas sociais, dando a esse setor legitimidade para também ofertar esses

serviços, fazendo com que cada vez mais pessoas optassem pela saúde privada com o intuito de buscarem um melhor atendimento nos momentos que por ventura vierem precisar.

Sendo assim, com a liberdade das empresas privadas em atuarem no campo da saúde, criou-se a figura do Mercado de Saúde Suplementar que é a completa tradução da atuação privada suprimindo a atuação Estatal na área da saúde através dos Planos de Saúde e Seguros de Saúde. Porém, durante um tempo, os usuários não tinham um certo respaldo devido a ausência de uma norma que regulamentasse esse setor ficando a mercê das cláusulas contratuais, então foi a partir desse cenário que fora criada, em 1998 a Lei 9.656 que versa sobre esse mercado da Saúde Suplementar. Todavia, ter uma norma que gerisse esse setor não seria suficiente, então fez-se necessário também a criação de um órgão que fiscalizasse a atuação desse mercado como uma forma de evitar empasses entre o consumidor e as prestadoras do serviço, sendo então criada pela Lei 9.961/2000, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

Apesar da criação de uma norma específica bem como de um órgão regulador, ainda havia lacunas que desfavoreciam os consumidores perante as empresas e diante disto, os usuários do mercado de saúde suplementar tiveram como forte aliado para proteger e garantir os seus direitos o Código de Defesa do Consumidor (CDC) que deve ser aplicado nos casos que envolvem os contratos de Plano de Saúde e tal aplicabilidade foi posteriormente sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Ainda assim, com a efetivação da aplicabilidade do diploma legal acima referido por uma corte maior, o direito do consumidor ainda é lesado corriqueiramente, deixando a desejar a qualidade na prestação dos serviços e o dever de preservar a vida dos usuários dos Planos de Saúde e conseqüentemente sendo motivo pelo abarrotamento do judiciário brasileiro, tendo em vista que este se torna a última alternativa e mais eficaz para sanar as lides referentes ao mercado da saúde, mais precisamente nos casos envolvendo os serviços de Atenção Domiciliar, que tem cada vez mais ganhado espaço no cenário jurídico.

Essa alta visibilidade e demanda sobre tal questão, esta no simples fato das operadoras negarem o fornecimento do atendimento sob a justificativa desse procedimento não estar no rol das coberturas pelas seguradoras de saúde mesmo diante de laudo médico prescrevendo a necessidade e imprescindibilidade do

procedimento para possível melhora do paciente ou então dar um maior conforto em face da moléstia por ele enfrentada, tendo em vista que esse tipo de atendimento confere uma maior proteção contra infecções hospitalares que poderiam agravar a situação do doente bem como o apoio familiar, além de ser positivo para as próprias empresas já que essa medida contribuiria para desafogar os leitos hospitalares, sendo um via de mão dupla em que ambos os lados sairiam beneficiados, mas infelizmente as questões contratuais e principalmente econômicas falam mais alto colocando em xeque o direito a vida, que como primazia no ordenamento jurídico brasileiro, não deve ser priorizado acima de qualquer outra questão?

Com a intenção de questionar e exaltar o desrespeito que o consumidor de planos de saúde tem enfrentado corriqueiramente, é que este presente trabalho se norteia e para dar uma explicação de forma mais clara e objetiva, está organizado em quatro capítulos.

Sendo assim, o primeiro deles é este que se desenvolve que tem o objetivo que introduzir uma breve abordagem mais superficial sobre a temática desta pesquisa. Posteriormente com um aprofundamento e maior detalhes, inicia-se o segundo capítulo que traz a história por traz da situação que se vive nos dias de hoje e como a saúde foi introduzida e regulamentada no Brasil e de que maneira a participação estatal se fez necessária para que este direito pudesse vigorar até a atualidade. Além disso, ressalta também a importância da atuação do setor privado para que esse direito fundamental alcançasse todas as demandas da sociedade brasileira.

No terceiro capítulo inicia-se uma discussão que ganha um novo integrante que vem com o objetivo de proteger ainda mais esse direito e principalmente a parte mais frágil da situação que são os usuários do mercado da saúde suplementar. Este integrante está figurado no diploma legal que é o Código de Defesa do Consumidor, que traz também a reflexão do bem da vida como objeto na relação de consumo, uma vez que a saúde esta intimamente ligada com o direito a vida além de analisar a forma como este é levado àqueles que optam pelo setor privado de saúde.

Já no quarto capítulo, é onde se encontra o objetivo primordial deste trabalho, que é introduzir o serviço de atenção domiciliar e o posicionamento das operadoras frente a necessidade deste tipo de atendimento por parte dos usuários, expondo a natureza securitária desse setor e o conflito entre a lei que o rege e o CDC que se mostrou como maior defensor dos usuários de planos de saúde nas lides que são

levadas ao judiciário, sendo então argumento majoritário das cortes nas decisões e devido a elevada concordância, fora sumulada e ratificada o entendimento do judiciário brasileiro nessas questões referentes aos Planos de Saúde e o fornecimento do serviço de atenção domiciliar, comumente conhecido como Home-care.

Por fim e não menos importante, após a exposição dos fatos e argumentos utilizados por todos os integrantes dessa relação, conclui-se essa pesquisa com o entendimento de que as operadoras não podem se pautar pelo argumento do procedimento em análise não estar no rol de cobertura por parte delas e que apenas o laudo médico indicando a real necessidade desse serviço já é argumento suficiente para que seja fornecido, pois o bem da vida deve prevalecer diante de qualquer questão contratual ou prejuízo econômico que as operadoras por ventura vierem a ter, tendo esta que suportar os riscos da atividade por ela exercida.

2 INTRODUÇÃO DA SAÚDE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E O DIREITO À SAÚDE COMO DEVER DO ESTADO

Em tempos anteriores ao advento da Constituição Federal de 1988 o acesso a saúde era limitado sendo possível somente aqueles que possuíam um vínculo empregatício usufruir desse benefício. Porém a Constituição Federal de 1988 trouxe uma nova roupagem nesse setor sendo o primeiro instrumento legal a documentar a saúde como direito de todos e dever do Estado, passando a ser considerada como direito social intimamente ligado ao direito a vida, obtendo, desse modo, um status de direito fundamental (art. 5º CF/88) pois está intimamente interligado com a dignidade da pessoa humana. (art. 1º,III, CF/88).

Essa questão é traduzida perfeitamente pelas palavras do ilustre jurista Luiz Roberto Barroso, (2009, p. 10) que aduz:

O Estado constitucional de direito gravita em torno da dignidade da pessoa humana e da centralidade dos direitos fundamentais. A dignidade da pessoa humana é o centro de irradiação dos direitos fundamentais, sendo frequentemente identificada como o núcleo essencial de tais direitos.

A CF/88 também descreve com clareza a responsabilidade estatal perante a saúde, conforme preconizado em seu artigo 196:

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. (BRASIL, 1988).

A saúde além de se enquadrar nos direitos fundamentais, também possui um condão de direito social e por isso é imprescindível a prestação Estatal, no sentido de garantia e efetividade desse direito, sob pena de ineficácia do mesmo.

Os direitos sociais são conceituados, conforme as palavras de José Afonso da Silva, (2006, p. 286):

[...] prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas nas normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização das situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais

propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.

Portanto, haja vista essa condição de direito social cabe ao Estado, em todas as suas dimensões federativas, não só garanti-lo, mas também minimizar os riscos de forma a evitar eventuais agravos à saúde pública, garantindo o acesso universal e irrestrito de todos às ações essenciais voltadas à saúde. Dessa forma, o dever do Estado é pressuposto indispensável na efetivação do direito à saúde já que este é inerente a qualquer condição humana. Posto isso, quando o Estado se torna omissor nessa temática, conseqüentemente deixa de cumprir com o seu papel, indo contra o que é proposto pelo atual diploma legal que rege a nação.

2.1 Surgimento da saúde suplementar

O surgimento do setor privado de saúde surge da necessidade em levar a saúde a todas as camadas sociais haja vista que a atuação do setor público acabou por ser ineficiente devido às altas demandas.

Pode-se dizer que este setor teve seu marco estrutural em meados de 1920, com a Lei Eloy Chaves que veio com o objetivo de regulamentar a área previdenciária e conseqüentemente a assistência à saúde daqueles que para ela contribuía. A lei supracitada foi responsável pela criação das Caixas de Aposentadorias e Pensões (CAP's) para os trabalhadores das empresas ferroviárias que eram financiadas pela contribuição de empregados e empregadores, cabendo ao poder público somente a resolução de conflitos.

Posteriormente, após a criação dessa lei e o abarrotamento da saúde pública, foram surgindo outros meios de serviços à saúde com o mesmo viés das CAP's que incentivavam os patrões a custearem a assistência a saúde de seus funcionários e como compensação daqueles que aderissem a esse modelo, chamado de convênio-empresa, ficariam vetados do pagamento de alguns tributos Estatais.

A criação da chamada saúde suplementar, se deu justamente da alta demanda da população em buscar meios alternativos de assistência a saúde, já que não podiam mais contar com a prestação do poder público, pois o dever de zelar pela saúde, conforme já dito e previsto na Constituição Federal (art.196), não estava sendo entregue da melhor forma. Portanto, posto o cenário caótico nessa esfera, o mesmo diploma legal supracitado, dispôs sobre a possibilidade da atuação privada

nesse mesmo setor, mais precisamente em seu artigo 197, cuja integralidade ora transcreve-se:

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. (BRASIL, 1988).

Ainda nessa mesma linha, posteriormente, o mesmo diploma evidencia, em seu artigo 199, a importância da intervenção privada nesse setor, dando a ela total liberdade de atuação, evidenciando seu caráter suplementar em seu parágrafo 1º, conforme exposto a seguir:

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. (BRASIL, 1988).

2.2 Normatização e regulamentação da saúde suplementar e a atuação indireta do Estado

Conforme já exposto anteriormente, é notório que até aqui foi a Constituição Federal que trouxe as diretrizes da saúde como dever na prestação jurisdicional (art. 196), por parte do ente federado bem como permitiu a atuação da iniciativa privada de forma a complementar o dever estatal (art. 197 c/c art. 199), porém ainda ficou sob responsabilidade do poder público a sua regulamentação e fiscalização referentes ao seguimento em questão.

Seguindo essa linha, com a alta demanda da saúde privada, viu-se portanto, a necessidade desse setor possuir suas próprias diretrizes e regulamentação e com isso foram promulgadas a Lei 9.656 de 03 de Junho de 1998 que traçou as regras a serem seguidas pelo setor e a Lei Federal 9.961 de 28 de Janeiro de 2000, a qual deu origem a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), que se trata de uma Autarquia ligada ao Ministério da Saúde, que tem como função fiscalizar a atuação dos mercados de saúde privada, e dessa forma cumprir com o previsto no Art. 197 da Constituição Federal.

A promulgação da chamada Lei dos Planos de Saúde (lei 9.656/98), surgiu da necessidade de solucionar conflitos entre as operadoras e seus consumidores, pois antes dessa referida lei as operadoras privadas atuavam de maneira livre, pois, não tinham nenhum respaldo jurídico que as assegurassem, e nos empasses com seus usuários o que vigorava era a própria Constituição e o Código de Defesa do Consumidor (CDC) - Lei 8.078/1990- que desde 1990 atua nas lides e controvérsias que envolvem esse mercado da saúde, haja vista a natureza contratual desse seguimento.

Em tempos anteriores a supracitada lei, devido a baixa regulação desse setor, as prestadoras de serviços de saúde privada atuavam com maior independência, levando em consideração que sem uma legislação específica para seguir, podiam definir livremente diversos aspectos como as formas de rescisão contratual, períodos de carência, valores cobrados pelo serviço, dentre outros elementos envolvidos na relação contratual, ocasionando dessa maneira, uma enorme desproporção entre o mercado privado de saúde e a proteção ao consumidor. Com o advento da nova lei, trouxe uma abordagem mais ampla dos aspectos citados acima, que eram frequentemente levados ao judiciário, que pela ausência de uma norma norteadora acabava, na maioria das vezes em não decidir essas questões de forma imparcial e mais benéfica a todos.

Logo, conclui-se que essa lei inovou os planos e seguros de saúde da época, pois estabeleceu critérios importantes na atuação das operadoras, diretrizes básicas, sem adentrar em previsões específicas e de caráter técnico e ainda padronizou alguns aspetos que já foram mencionadas anteriormente, que até então não eram bem definidos, haja vista a liberalidade de atuação das empresas desse setor.

Seguindo essa linha, a Lei dos Planos de Saúde (LPS), dispõe em inúmeros artigos a necessidade de órgão fiscalizador das operadoras de planos privados, conforme dispõe o próprio art. 1º, da referida lei, na qual transcreve-se:

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.

Portanto, diante do exposto, conclui-se que a própria LPS traz inúmeras atribuições ao órgão regulador antes mesmo da sua existência, inclusive prevendo atribuições no âmbito de autorizar ou não o funcionamento das operadoras, conforme aduz o art. 19 da lei:

Art. 19. Para requerer a autorização definitiva de funcionamento, as pessoas jurídicas que já atuavam como operadoras ou administradoras dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, terão prazo de cento e oitenta dias, a partir da publicação da regulamentação específica pela ANS. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001).

Verifica-se então que essa previsão legal da LSP, ao dar poderes a uma instituição que nem sequer existia, fez com que muitas de suas disposições fossem de caráter meramente programático, ou seja, sem aplicação imediata. Portanto, foi a partir desse cenário que em 28 de janeiro de 2000, foi promulgada a Lei Federal 9.961, a qual foi responsável pela criação do órgão regulador, cuja nomenclatura se dá pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), que trata de uma autarquia vinculada ao Ministério da Saúde cuja missão se baseia em promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde e contribuir para o desenvolvimento das ações de saúde no país.

A atribuição dada ao órgão de ser uma autarquia especial está diretamente relacionada ao fato de ser dotada de personalidade jurídica de direito público e com total autonomia de regular e fiscalizar uma área de interesse público representando o Estado Brasileiro. Portanto pode-se dizer que, apesar de ser uma área onde a atuação é do setor privado, o ente Estatal não deixou de “vigiar” se as normas estão sendo devidamente cumpridas e tal vigilância ocorre por meio da ANS.

As competências do órgão regulador vem elencadas no art. 4º da lei 9.961/2000, onde traz mais de 40 atribuições das quais pode-se destacar:

Determinar critérios inerentes à rede credenciada (inciso IV); normatizar os conceitos de doenças e lesões preexistentes (inciso IX); definir, para fins de aplicação da LPS, segmentação das operadoras conforme suas peculiaridades (inciso X); definir normas para registros dos planos e autorizar o seu registro (incisos XII e XX); fiscalizar as atividades das operadoras, zelando para que cumpram com as normas atinentes, principalmente quanto às previsões da LPS (inciso XXIII e XXIX); dentre outras. (BRASIL, 2000).

3 A SAÚDE COMO OBJETO DA RELAÇÃO DE CONSUMO

Conforme já dito em outro momento, já é de conhecimento que a titularidade da efetivação da saúde é do poder público, porém a Constituição vigente permitiu que a iniciativa privada também atuasse nesse setor, ganhando cada vez mais relevo no cenário da saúde, com objetivo de equilibrar e equacionar o problema da saúde pública, que embora não fosse a ineficiência do poder público no Brasil, não seria necessária a participação da iniciativa privada.

O problema da saúde, no Brasil, esta principalmente, entre outros fatores, pelo uso indevido dos recursos, em que pese os financeiros, destinados a essa área, mas também é imprescindível, além do investimento financeiro, sua adequada administração e gestão, uma vez que é uma área que demanda alta responsabilidade e comprometimento de todos os envolvidos desde os prestadores do serviço público até os profissionais da saúde, inclusive a sociedade como um todo.

Portanto, face a situação, de impossibilidade do Estado arcar com as condições básicas para fazer cumprir seu dever perante a Constituição, fez-se de extrema importância a participação das empresas privadas que atuam nesse mesmo ramo. Seguindo essa mesma linha, o autor Guilherme V. Mathias (2012, p. 95) aduz em suas palavras, a importância da atuação dessas empresas no setor da saúde:

É inegável a relevância do Sistema de Saúde Suplementar para a sociedade brasileira não só por sua importância econômica, mas principalmente por sua determinante função social. Colmatando séria lacuna deixada pelo Sistema Único de Saúde, que é incapaz de atender adequadamente a totalidade da população, o Sistema de Saúde Suplementar, atualmente, assiste a mais de 47 milhões de brasileiros, prestando-lhes serviços essenciais. Sem a atividade das operadoras de planos de saúde, milhões de brasileiros ou ficariam sem o atendimento médico necessário, ou buscariam o amparo do Sistema Único de Saúde, inviabilizando-o por completo.

Nos tempos modernos, a saúde é veementemente encarada como um produto comercializável, haja vista que aqueles que detêm de poderio econômico optam por aderir aos mercados de planos de saúde como forma a garantir o acesso à ela, mas em contrapartida mais da metade da população depende única e exclusivamente do setor público de saúde, que conforme já exposto se torna cada

vez mais ineficaz, colocando em xeque o direito fundamental e negligenciando o direito a saúde.

Portando, percebe-se que são poucos os que conseguem ter esse direito resguardado, sendo na maior parte das vezes os privilegiados economicamente, logo nota-se que, no Brasil, a saúde está intimamente ligada ao poder aquisitivo, uma vez que teoricamente, quem paga tem o serviço prestado, haja a vista a relação a contratual entre as operadoras e os usuários, pois de um lado há aquele (beneficiário) que possui uma contraprestação financeira perante a outra parte (operadora) que, por outro lado, deve permitir àquele, o acesso aos serviços médicos e ligados a saúde de um modo geral, do qual necessita, evidenciando dessa maneira a relação contratual, mencionada acima, que será abordada em capítulos vindouros.

3.1 O advento do Código de Defesa do Consumidor e a vulnerabilidade do consumidor

Para adentrar neste capítulo, será necessário traçar uma breve linha histórica do direito do consumidor até os dias atuais para que se possa ter uma boa compreensão dos fatos. Seguindo essa linha, primeiramente é importante abordar a respeito das relações de consumo as quais são objeto da proteção do Código de Defesa do Consumidor.

As relações de consumo, passaram a ganhar destaque com a ascensão do capitalismo, cujo conceito básico, nada mais do que o fornecimento de um bem ou serviço a seu destinatário mediante uma contraprestação por parte deste. Com a expansão dos moldes capitalistas, uma nova categoria de sujeitos ganhou mais destaque, os consumidores, que vinham enfrentando muitos problemas devido a falta de uma legislação específica para lhes dar respaldo e o Direito do Consumidor surge como uma necessidade de suprir essa ausência de proteção.

Porém, essa mudança veio após a Revolução Industrial que conseqüentemente trouxe novos meios de produção afetando significativamente o modelo vivenciado acarretando o aumento dos meios de produção e posterior avanço nas relações consumeristas evidenciando a vulnerabilidade do consumidor diante o poder econômico do qual o fornecedor era detentor.

Já tendo clara a vulnerabilidade do consumidor, o ente estatal promoveu sua proteção através da promulgação da Constituição Federal vigente, que trouxe no rol dos seus direitos fundamentais a defesa dessa parte vulnerável, contando mais precisamente em seu artigo 5º, XXXII que transcreve a seguir:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.
(BRASIL, 1988).

Posteriormente, a Carta Magna também abordou tal proteção em um capítulo mais específico do qual trata sobre, Ordem Econômica e Financeira especificamente no dispositivo 170, inciso V:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
V - defesa do consumidor. (BRASIL, 1988).

Após todo esse longo período de diversos acontecimentos os quais evidenciaram a necessidade de um ramo no Direito para tratar dessas questões consumeristas bem como proteger a parte mais frágil e hipossuficiente, foi então que no ano de 1990, foi editada a Lei nº 8.087, nomeada como Código de Defesa do Consumidor que surgiu justamente com a intenção de regular e fiscalizar todas e qualquer tipo de relação de consumo, sejam elas públicas ou privadas, objetivando o equilíbrio entre as partes da relação de consumo.

Ao buscar cumprir o que a Carta Magna traz no que tange a dignidade da pessoa humana, é importante citar alguns dos princípios norteadores do Código de Defesa do Consumidor (CDC) que o faz atingir a tão objetivada proteção ao consumidor. Diante do exposto, um dos princípios mais importantes que rege o Código supracitado é o Princípio da Vulnerabilidade, postulado no art.4º, inciso I do CDC, o qual traz a ideia do consumidor é visto como a parte mais fraca nas relações jurídicas de consumo.

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos,

a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:
I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo. (BRASIL, 1990).

Outra disposição que evidencia essa vulnerabilidade, está elucidada no art. 47 do mesmo código, o qual prevê que todas as cláusulas contratuais deverão ser interpretadas de forma mais favorável ao consumidor, que é a parte ativa da relação, conforme dispõe a seguir: “Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”.

Outro princípio que é de extrema importância e que merece uma atenção especial é o Princípio da Hipossuficiência. Muitos confundem os conceitos de vulnerabilidade e hipossuficiência e presumem ser a mesma coisa, mas ao contrário disso, a questão da vulnerabilidade está ligada a uma questão fática, é uma característica humana que demonstra uma situação de desvantagem ao passo da hipossuficiência que está ligada a ordem processual, se referindo aquele que está abaixo da suficiência.

O princípio da hipossuficiência, portanto nada mais é, no âmbito das relações de consumo, do que a situação de inferioridade do consumidor face ao fornecedor devido a falta dos meios necessários de produzir provas bem como comprovar algum fato que esteja infringindo seu direito. Tal princípio encontra amparo legal no art. 6º do CDC.

Posto os dois princípios centrais que norteiam as relação entre consumidor e fornecedor, há um terceiro, porém não menos importante, que merece também ser tratado com atenção que é o Princípio da Boa-Fé Objetiva, princípio esse que é base de todos ramos do direito e que diferente dos outros supramencionados cuja visão é mais voltada para a figura do consumidor, este por sua vez abrange os dois polos da relação, pois consiste na imposição tanto do fornecedor como do consumidor em praticarem os atos da relação entre ambos com boa-fé, sendo essa extraída do que se entende por ética.

Portando, pelo fato desse princípio estar diretamente ligado com a ética, sua função consiste em nada mais, nada menos que estabelecer um padrão ético de conduta para as partes nas relações obrigacionais, que em se tratando de CDC, nas relações consumeristas.

Como já exposto que a saúde tem sido objeto das relações de consumo, o Superior Tribunal de Justiça sumulou a necessidade da aplicação referido código nas relações contratuais que envolvem planos de saúde através da Súmula 608, que transcreve-se a seguir: “Súmula 608 - Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão”. (Súmula 608, Segunda Seção, julgado em 11/04/2018, DJe 17/04/2018).

3.2 O instrumento da relação de consumo no setor privado de saúde

Pelo que já foi exposto neste trabalho até o presente momento, já é de conhecimento que a saúde suplementar veio para ficar e ficou, pois, sua finalidade, como o próprio nome já sugere, é de complementar o serviço de saúde prestado pelo poder público. Porém, ao contrário deste, no âmbito privado não são todos que podem ou tem a condição de ter acesso a ele, uma vez que para tal feito é necessária uma contraprestação de quem o deseja ter.

Seguindo essa linha, as empresas de planos de saúde em geral passaram a ser vistas com um olhar mais pretencioso, objetivando o lucro e não só a saúde em si, pois passaram a se enquadrar nas relações de consumo, na qual esta é vista como o fornecedor do bem ou serviço e aquele que adquirir seus feitos são os usuários, vistos nestes moldes capitalistas como consumidor.

Portanto haja vista que o adquirente de um plano de saúde obrigatoriamente para tê-lo, necessita que haja com contraprestação por parte deste e para que essa relação se concretize e passe a surtir efeitos no mundo real, é preciso que haja uma celebração contratual, que por meio desta, irá formalizar a relação entre operadora e usuário.

Partindo da ideia dos contratos como meio de efetivar a relação entre as partes, primeiro é preciso ter a ideia do que se trata um contrato e seus requisitos. O contrato, portanto, é uma espécie de acordo entre pessoas capazes as quais essas expressam suas vontades que a partir do momento que é celebrado cria-se obrigações entre ambas as partes ou apenas a um deles.

Já com essa ideia do que são os contratos, estes por sua vez, no que tange as relações de consumo no campo da saúde suplementar, os planos e seguros de saúde ofertam seus serviços na modalidade de contrato de adesão. Nessa forma

peculiar dos contratos, não há livre e espontânea manifestação de vontade de ambos os envolvidos, apenas uma parte dita as cláusulas e condições, não abrindo margem para discussão, incumbindo a outra de aceitar ou não. Apesar dessa ausência de debate entre as partes nessa modalidade, o contratante fica protegido pelo Código de Defesa do Consumidor frente as eventuais cláusulas abusivas conforme expõem o art. 6, inciso V do supracitado código:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas. (BRASIL, 1990).

Seguindo essa mesma ideia, a Lei 9.656/98 estabelece 3 formas de planos de saúde a serem ofertados por meio do contrato de adesão os quais são: coletivo empresarial, coletivo por adesão e por fim o individual ou familiar.

Na forma individual, os contratos são realizados entre a operadora (fornecedora do serviço) e o contratante como pessoa física, nessa modalidade o plano pode ser exclusivo de quem está adquirindo-o bem como pode se estender aos familiares deste. Por outro lado, há os planos na modalidade coletiva que pode ser empresarial, que é quando a empresa contrata para atender seus funcionários, ou por adesão que se dá quando grupos como sindicatos ou associações o fazem. Conclui-se portanto, na modalidade coletiva, o contratante é uma pessoa jurídica que busca atender seus afiliados.

Dessa maneira, independente do modelo contratado, é de salutar importância que o consumidor antes de finalizar a contratação faça um balanço entre seus interesses em face das cláusulas impostas pelos planos de saúde e na modalidade coletiva, é importante as empresas analisarem as cláusulas para chegar a conclusão se estas atenderão os seus trabalhadores/associados.

4 POSICIONAMENTO DOS PLANOS DE SAÚDE FRENTE AOS CASOS ENVOLVENDO A INTERNAÇÃO DOMICILIAR

Para iniciar este capítulo, foi necessário que até aqui, fossem abordados temas diversos, mas que fazem parte de toda uma linha cronológica para que haja a compreensão do real objetivo que esta pesquisa almeja por em discussão. Neste capítulo que se inicia, será abordada a questão da atenção domiciliar, sua trajetória, finalidade e seus benefícios e porque é tão temida pelas operadoras de saúde.

Com o passar do tempo, é inegável que houve um grande avanço da medicina, seja através de pesquisas ou descobertas de medicamentos e afins. Conseqüentemente todo esse avanço, proporcionou a toda população uma maior longevidade e expectativa de vida.

Porém, como nem tudo é para sempre, o envelhecimento da sociedade, em geral, é inevitável e com isso traz doenças e acometimentos que algumas das vezes são irreversíveis fazendo com que o indivíduo fique em uma condição de dependência pelo resto da vida ou por uma boa parte dela e é a partir disto que entra a questão dos serviços de atenção domiciliar, comumente conhecidos como “home care”.

Em linhas, gerais, o “home care” nada mais é do que o deslocamento da estrutura hospitalar para o interior de uma residência, onde a pessoa que será atendida receberá cuidados intensivos e multiprofissionais, como os de enfermagem, fisioterapia, fonoaudiologia, nutrição, dentre outros. É importante salientar que o paciente não escolhe estar nessa condição, é necessária a prescrição e indicação médica, pois tal modalidade traz inúmeros benefícios tanto para os próprios pacientes que correm menos risco de infecção, contam com a presença constante de seus familiares e no conforto de sua residência, bem como para a operadora de saúde, na medida em que é menos oneroso que o regime de internação hospitalar, além dessas há também, a vantagem na questão de desocupação de leitos, dando espaço para novos pacientes. É uma via de mão dupla, em que ambas as partes saem beneficiadas.

Contudo, mesmo havendo vantagens para ambos os lados, esta modalidade de serviço ainda é negada, na maioria das vezes, pelos planos de saúde, sob a alegação de que o serviço em discussão, não está no rol das coberturas das

operadoras, indo de encontro com o direito a saúde, bem como o direito do consumidor.

A conduta adotada pelas operadoras, mesmo que haja respaldo contratual, se mostra abusiva, haja vista que a não prestação do serviço acarreta prejuízo excessivo a quem o consome, prejuízo este que é pago com a vida, devendo-se levar em consideração que uma vez negado, as consequências poderão ser gigantescas, colocando o paciente em risco de complicações e até mesmo, fatais, contrariando o objetivo primordial dos planos de saúde que é cuidar e preservar a saúde de seus usuários.

4.1 Natureza securitária dos planos de saúde

Os serviços de saúde no setor privado são fornecidos por meio de contratos entre a operadora e aquele que deseja ter os serviços por ela prestados, serviços estes que englobam assistência médica e hospitalar e até mesmo odontológicos, que uma vez contratados terão que ser reembolsados por quem os solicitou como uma forma de contraprestação, conforme disposto no art. 1º, inciso I da Lei 9.656/98:

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. (BRASIL, 1998).

O tipo de contrato mencionado além de possuir as características básicas de um contrato as quais sejam bilateral, oneroso, típico e consensual. Os contratos de saúde se enquadram como bilaterais, pois há uma reciprocidade entre os envolvidos em que ambos irão auferir vantagens e desvantagens. É oneroso, pois há ônus patrimonial para ambas as partes, além disso, é típico pois está regulamentado em diploma legal, bem como se enquadra no que tange ao consenso, pois este se

concretiza quando ambas as partes estão em acordo e por fim, uma característica peculiar desses tipos contratuais é o fato de serem aleatório.

Posto as características dos contratos de planos de saúde, com ênfase no fato deste se enquadrar como aleatório, conclui-se que há uma dúvida se o contratante vai realmente conseguir alcançar a vantagem almejada que este tinha no momento da celebração, se submetendo assim, à influência do tempo.

Seguindo essa linha, nota-se que essa modalidade de contrato se equipara aos contratos de saúde, pois em ambos há a solidariedade, principalmente quanto ao consumidor, pois este contribui com de forma pecuniária sem mesmo saber quando irá obter proveito do serviço, mas sempre objetivando usufruí-lo quando for necessário, ou seja, é um contrato que está projetado para o futuro, sem a certeza de seu uso.

A solidariedade tratada anteriormente, advém dos contratos de seguro de saúde que pré existia antes do surgimento dos planos de saúde, sendo regulados pelo Código Civil ainda de 1916 e no atual (2002) encontra-se amparado pelo dispositivo 757 que segue a mesma linha do diploma anterior no qual aduz:

Art. 757. Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados.
Parágrafo único. Somente pode ser parte, no contrato de seguro, como segurador, entidade para tal fim legalmente autorizada.

Apesar da nomenclatura ser bem similar, há uma diferença entre os contratos de seguro de saúde e os de plano de saúde que consiste basicamente na questão de abrangência, em os contratos de plano, limita o consumidor a obter os serviços oferecidos em locais credenciados pela prestadora ao passo de que nos seguros essa limitação inexistente, pois, os contratantes tem mera liberdade de escolha do local bem como os profissionais para atendê-lo.

Como já dito anteriormente que as divergências são quase que imperceptíveis, deixando suas semelhanças em maior evidência. Nesse mesmo paradigma, Nilza Rodrigues de Almeida (2007) traduz muito bem a questão do Princípio da Solidariedade nos contratos de planos e seguro-saúde:

Muito embora o seguro-saúde e o contrato de plano de saúde sejam diferentes, apresentam pontos em comum, pois ambos são decorrentes de uma poupança de particulares. Ao invés de guardar dinheiro para o

momento da doença, que pode até não acontecer, as pessoas fazem uma poupança conjunta, que é administrada pela prestadora.

Conforme entendimento da autora acima, em que pese a tamanha similaridade os contratos de plano de saúde podem ser equiparados aos de seguro haja vista que ambos apresentam o mesmo objetivo o qual se trata da proteção do contratante frente aos riscos pré-estabelecidos nos contratos tanto dos planos como dos seguros – saúde, objetivo este que está ligado ao rol de procedimentos que abrange a cobertura obrigatória estabelecido pela lei 9656/98 em seu art. 12, haja vista que anteriormente não havia essa limitação.

4.2 Divergência da Lei 9656/98 com o Código de Defesa do Consumidor nos casos de atenção domiciliar

Que os serviços de atenção domiciliar estão em expansão isso é inegável, o que por um lado é bom, pois proporciona melhor qualidade de vida para aqueles que necessitam dessa assistência. Porém a problemática em torno desse tipo de serviço, surge quando o paciente tenta recorrer a essa prestação por meio das operadoras de saúde da qual é usuário/consumidor.

Para adentrar mais especificamente no serviço em questão é preciso esclarecer que atenção domiciliar é uma série de ações e serviços cujo objetivo é a promoção da saúde, porém em domicílio, ou seja, a atenção domiciliar é uma rede de serviços realizados em casa que se desdobra em outras modalidades.

Dentre os desdobramentos da atenção domiciliar, pode-se citar a primeira delas, a qual seja a assistência domiciliar que se trata de um rol de procedimentos ambulatoriais, programados e com certa continuidade que são desenvolvidas em domicílio. Além da assistência, envolve ações de cunho educativo, desenvolvida pela equipe multi-profissional de saúde no domicílio do paciente, direcionadas a ele próprio e/ou a seus familiares.

A outra modalidade a ser tratada e talvez seja a qual os planos de saúde mais temem e insistem em sua negativa é a internação domiciliar, pois esta é mais específica e envolve profissionais de diversas áreas em caráter contínuo, além de contar com recursos tecnológicos, similares a de um hospital, como os ventiladores mecânicos e até mesmo dispositivos invasivos como os de traqueostomia, haja vista que os que necessitam deste serviço são pacientes portadores de doenças agudas

ou crônicas, variando de média a alta complexidade. Esta modalidade, por se tratar de um cuidado intensivo pode ser de 24, 12, 8 e 6 horas, a depender do grau de complexidade do paciente.

Por último e não menos importante, há as visitas domiciliares que conforme aduz Lacerda (1999), tem o objetivo de averiguar as demandas e necessidades exigidas pelo paciente e por seus familiares, bem como o ambiente onde vivem, visando estabelecer uma assistência.

As modalidades apresentadas possuem suas peculiaridades, divergindo entre si, mas percebe-se um caráter complementares entre elas, conforme exposto na figura a seguir:

Após a exposição de todas as modalidades de cunho domiciliar que justamente por terem essa peculiaridade, conforme Melies (1997) tem-se que:

O cuidado domiciliar – "home care" – seja visto como um conceito relacionado ao fenômeno de "home care", que pode ser compreendido como as atividades que representam o todo das atividades de cuidado, desde as de prevenção primária até os cuidados paliativos para o fim da vida. Assim, representam um extenso campo de atividades de cuidado.

No entanto, essas especificidades e modalidades da atenção domiciliar dificilmente é conhecida pela maioria da população, tanto que quando se fala em "home-care" já se faz uma ideia que esse modelo se trata de uma assistência 24 horas ininterruptas, que mais se assemelha com a modalidade da internação domiciliar, a qual é objeto de discussão dessa pesquisa.

Dentre as modalidades discutidas, a que mais incomoda as operadoras de saúde é a internação domiciliar, pois estas corriqueiramente negam quando são solicitados sob justificativa de ser um procedimento que não encontra-se no rol das coberturas, mesmo mediante recomendação médica, mas por trás dessa negativa há também a questão econômica que fala mais alto, haja vista que este tipo de serviço requer gastos e o mercado desse setor privado objetivam cada vez mais o corte de gastos, pondo de certa forma o financeiro acima da vida dos seus usuários.

A justificativa baseada pelas operadoras é a ausência desse serviço no rol de coberturas estabelecidos pela ANS que foi ampliado através da Resolução Normativa (RN) 428 de 7 de novembro de 2017, mas ainda assim não incluiu a modalidade em discussão. Outro ponto a ser levado em consideração e que deixa uma incógnita pairando no ar, esta no fato dessa resolução ser aplicada aos planos

feitos a partir da lei 9.656/98 (planos novos), conforme previsto no art. 1º da supracitada RN, logo a exclusão está clara, mas e aqueles feitos anterior a essa lei (planos antigos)? Como ficam? Teoricamente eram para ser cobertos haja vista que a lei dos planos de saúde não retroage, ou seja, não pode ser aplicada aos planos feitos antes de 1998. Dessa forma, tendo em vista a não aplicabilidade da lei específica ao setor de plano de saúde aplica-se então o CDC nesses contratos, conforme ensinamentos de Cláudia Lima Marques, nos seguintes termos:

Face à reiterada jurisprudência brasileira, indiscutível, pois, hoje que aos contratos de seguro e planos de saúde assinados antes da entrada em vigor da nova lei (e suas modificações) aplica-se somente o CDC e a legislação anterior especial aos seguros. (STJ, 2009, grifo nosso).

Portanto, como essa questão gera dúvida e insatisfação, para os usuários, tanto dos planos novos como dos antigos, esse problema tem se revelado cada vez mais frequente no cenário jurídico, pois as operadoras já tem uma “opinião” formada sobre tal assunto tendenciando, na grande maioria dos casos pela não cobertura, independente da época da celebração dos contratos, atitude esta que faz os consumidores buscarem cada vez mais seus direitos, fazendo do judiciário seu último recurso para obtenção do serviço.

4.3 Planos anteriores e posteriores a lei 9.656/98

Após a regulamentação dos planos de saúde com a lei 9.656/98 houve uma separação entre as modalidades de planos sendo dividida entre planos novos e planos antigos. Os novos dizem respeito àqueles adquiridos após o advento da supracitada lei já os antigos se referem aos adquiridos anterior a regulamentação. A questão que gera empasse quanto a negativa das operadoras em fornecer alguns serviços, como o de internação domiciliar, é o fundamento de que esse serviço não esta no rol das coberturas prevista pela lei regulamentadora.

Primeiro ponto a se discutir é em face aos planos antigos. A negativa das operadoras sob esse argumento é incompatível, pois a lei mencionada não é aplicada a esses planos, ficando a relação entre operadora e usuário submetida às cláusulas contratuais estipuladas a época da contratação, conforme já é de entendimento da Suprema Corte (STF), bem como ao Código de Defesa do

Consumidor (CDC), mesmo o plano contratado sendo anterior à própria lei do CDC haja vista a natureza continuativa dos contratos de Plano de Saúde.

Segundo ponto a se levar em consideração é esse mesmo argumento quanto aos planos novos, o que por um lado faz sentido pois estes são regidos pela lei regulamentadora, mas a partir do momento que a negativa se tornar algo prejudicial à vida do contratante, tornando-se cláusula abusiva, este argumento já não faz mais sentido.

Portanto, no que pese à data da contratação do plano, independente se este for anterior ou posterior a regulamentação, quando se tratar de cláusula abusiva que aplicar-se-á o Código de Defesa do Consumidor, com fundamento no art. 47 do referido Código, devendo toda cláusula ser interpretada pró-consumidor, questão essa que será melhor detalhada em capítulo vindouro.

4.4 Judiciário em prol do consumidor

O judiciário é a última instância pelo qual se faz presente para sanar as mais diversas lides e nas questões envolvendo as operadoras de saúde não seria diferente. Conforme exposto no tópico anterior, o fornecimento da internação domiciliar pelos planos de saúde é veementemente negado por eles fazendo com que o consumidor busque as vias judiciais para alcançar o feito desejado.

O judiciário como último meio recorrido pelo consumidor, tem feito as demandas referentes à saúde, lotarem os tribunais tanto de 1ª como de 2ª instância, conforme gráfico elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) com números obtidos pelo sistema Justiça em Números e pela Lei de Acesso à Informação:

Posto isso, haja vista as constantes negativas, essa temática tem ganhado destaque nos tribunais, pois o que tem se discutido está muito mais ligado a preservação do bem da vida do que meras questões contratuais e por isso após tantas demandas os pioneiros a sumularem acerca dessas questões foram o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) com a súmula 90 e o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ) através da súmula 209 que devido as competências, essas decisões não abrangiam o Brasil todo, as quais transcrevem-se a seguir:

Súmula 90 TJSP - 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.

Súmula 209 TJRJ - Enseja dano moral a indevida recusa de internação ou serviços hospitalares, inclusive home care, por parte do seguro saúde somente obtidos mediante decisão judicial.

Contudo, devido as recorrentes demandas dos tribunais de todo o Brasil, a 3ª turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) pacificou tal entendimento através do julgamento do REsp 1.378.707-RJ, o qual aduz:

No caso em que o serviço de home care (tratamento domiciliar) não constar expressamente do rol de coberturas previsto no contrato de plano de saúde, a operadora ainda assim é obrigada a custeá-lo em substituição à internação hospitalar contratualmente prevista, desde que observados certos requisitos como a indicação do médico assistente, a concordância do paciente e a não afetação do equilíbrio contratual, como nas hipóteses em que o custo do atendimento domiciliar por dia supera a despesa diária em hospital. Isso porque o serviço de **home care** constitui desdobramento do tratamento hospitalar contratualmente previsto, serviço este que, a propósito, não pode sequer ser limitado pela operadora do plano de saúde, conforme a Súmula 302 do STJ ("É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado"). Além do mais, nota-se que os contratos de planos de saúde, além de constituírem negócios jurídicos de consumo, estabelecem a sua regulamentação mediante cláusulas contratuais gerais, ocorrendo a sua aceitação por simples adesão pelo segurado. Por consequência, a interpretação dessas cláusulas contratuais segue as regras especiais de interpretação dos contratos de adesão ou dos negócios jurídicos standardizados, como aquela segundo a qual havendo dúvidas, imprecisões ou ambiguidades no conteúdo de um negócio jurídico, deve-se interpretar as suas cláusulas do modo mais favorável ao aderente. Nesse sentido, ainda que o serviço de **home care** não conste expressamente no rol de coberturas previstas no contrato do plano de saúde, havendo dúvida acerca das estipulações contratuais, deve preponderar a interpretação mais favorável ao consumidor, como aderente de um contrato de adesão, conforme, aliás, determinam o art. 47 do CDC ("As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor"), a doutrina e a jurisprudência do STJ em casos análogos ao aqui analisado. (Grifo nosso).

Tendo em vista o julgado acima, nota-se que é perceptível o claro entendimento da Corte em adotar o Código de Defesa do Consumidor como defesa do contratante haja vista a possibilidade de aplicação do referido código nas relações entre operadora e usuário, pois como já exposto nesse trabalho é uma relação de consumo e sendo uma delas a parte mais vulnerável, não pode ser prejudicada devendo portanto as cláusulas contratuais serem interpretadas da forma mais benéfica àquele quem paga pelo serviço, o consumidor, conforme exposto no art. 47 do diploma legal supracitado.

Além desse dispositivo, a referida decisão faz menção à súmula 302 como respaldo para as operadoras fornecerem o serviço, a qual diz o seguinte: "Súmula

302/STJ. É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado”.

Todavia, posto o julgamento do recurso acima, tem-se portando como jurisprudência pacífica da corte que a internação domiciliar deve ser prestada pela operadora, mesmo não havendo previsão contratual tendo em vista que o direito a vida, conforme já dito, é direito fundamental e *erga omnes*, ou seja atinge todos, portanto está acima de qualquer questão contratual que possa por este direito em perigo.

Conclui-se portando que a modalidade em discussão oferece vantagens tanto para o paciente, pois este estará no conforto de sua residência juntamente com familiares, podendo até contribuir para a sua melhora e distante, portanto, de possíveis infecções hospitalares, além das vantagens para a operadora, já que o custo para manter um paciente em ambiente hospitalar é muito maior, outra vantagem também é o desafogamento de leitos hospitalares, possibilitando assim uma certa rotatividade

Ademais ficou, também, como entendimento consolidado pela 3ª turma da corte superior nas demandas que envolvem tal assunto, a incidência do dano moral frente as operadoras quando não fornecem o serviço, justamente por entenderem que a internação domiciliar é uma continuidade do tratamento hospitalar, posto isso após o julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Recurso Especial 702.266 a Corte expõe tal aplicação:

A recusa indevida da operadora de plano de saúde à cobertura financeira de tratamento médico, a que esteja legal ou contratualmente obrigada, dá origem ao dever de reparar o dano moral *in re ipsa*, consistente no agravamento do estado de aflição e angústia do paciente.

Tendo em vista a decisão, é importante esclarecer acerca do dano moral “*in re ipsa*”, que diferentemente do conceito que se tem de dano moral, este em específico, não se faz necessária à sua comprovação, apenas a negativa do serviço já enseja ato ilícito cabendo a aplicação do dano moral. E para confirmar esse entendimento, cita-se alguns julgados de turmas e em datas distintas da Corte Superior, comprovando, dessa maneira, a consolidação desse posicionamento até os dias atuais:

AGRAVO INTERNO. RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. SEGURO SAÚDE. FRATURA DE FÊMUR EM PACIENTE IDOSA. **TRATAMENTO CIRÚRGICO. ALTA MÉDICA. INDICAÇÃO DE [HOME CARE]. FISIOTERAPIA TRAUMATOORTOPÉDICA E RESPIRATÓRIA. 1. Ocorrência de abalo moral indenizável na hipótese de recusa de prestação de serviço de [home care], quando indispensável para o tratamento do paciente, conforme recomendação médica.** Julgados desta Corte Superior. 2. Hipótese dos autos em que a paciente, idosa, após se submeter a uma cirurgia de fêmur, tinha recomendação médica de receber fisioterapia traumato-ortopédica e respiratória em domicílio, além de outros serviços auxiliares. 3. Arbitramento da indenização por esta Corte com base nas circunstâncias do caso concreto, incontroversas nos autos. 4. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. [grifado] (STJ, AgInt no REsp 1434297/SP, Relator Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, Julgamento 07/03/2017, DJe 20/03/2017).

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. **PLANO DE SAÚDE. ATENDIMENTO HOME CARE. NEGATIVA. ABUSIVIDADE. DOENÇA COBERTA PELO PLANO. ENTENDIMENTO EM HARMONIA COM O STJ. DANO MORAL. OCORRÊNCIA. REEXAME. SÚMULA 7/STJ. VALOR DA INDENIZAÇÃO. RAZOABILIDADE NA FIXAÇÃO. SÚMULA 7/STJ.** 1. Descabida a negativa de cobertura de procedimento indicado pelo médico como necessário para preservar a saúde e a vida do beneficiário do plano de saúde. Precedentes do STJ. 2. **A recusa indevida pela operadora do plano de saúde em autorizar a cobertura de Home Care devidamente prescrito para o tratamento de doença coberta pelo plano, configurou danos morais indenizáveis,** pois "agravou a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito da paciente de 83 (oitenta e três) anos de idade, uma vez que, ao ter negada o tratamento requerido que se revelava essencial à melhora de seu estado de saúde, já se encontrava em condição de dor, abalo e saúde debilitada." 3. Valor indenizatório estabelecido pelo Tribunal de origem que não se mostra excessivo a justificar sua reavaliação em recurso especial. 4. O recurso especial não comporta exame de questões que impliquem incursão no contexto fático-probatório dos autos, a teor do que dispõe a Súmula n. 7 do STJ. 5. Agravo Interno não provido. (AgInt no AREsp 1450491/RJ, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/06/2020, DJe 12/06/2020).

Logo, pode-se concluir que, as demandas referentes a esse assunto é uma luta constante e de muito tempo e que tem ganhado notoriedade nos dias de hoje, haja vista que o acesso a informação possibilitou o cidadão ficar mais a par de seus direitos e com isso fez do judiciário um aliado para salvaguarda-los posto que são demasiadamente deixados de lado pelas operadoras de plano de saúde colocando em perigo o bem mais precioso do ser humano, a vida.

5 CONCLUSÃO

Findando esta pesquisa, mas sem a intenção de exaurir as discussões acerca desta temática, até porque conforme demonstrado no decorrer desse trabalho, se trata de um assunto que tem ganhado cada vez mais destaque para discussões. O objetivo desta pesquisa foi elucidar o desrespeito das operadoras frente a questão discutida bem como mostrar a importância do judiciário para garantir a atuação adequada das operadoras nos casos envolvendo a prestação do serviço de internação domiciliar, zelando assim pela vida.

Ao longo desse trabalho foi apresentado desde o surgimento do direito a saúde, sua evolução e a visão dele como um dever do Estado em garanti-lo a todos, porém no decorrer do tempo pode-se perceber que o Estado já não era mais capaz de suprir as demandas relacionadas a saúde, possibilitando assim a participação e atuação de empresas privadas. A partir dessa atuação que surgiu a expressão Saúde Suplementar, justamente pelo caráter de complementar o que já era prestado pelo poder público.

A partir do surgimento do mercado de saúde suplementar, os adeptos desse setor só aumentaram, pois, a população buscava o acesso a saúde, já que pelo setor público estava cada vez mais difícil, porém à época da ascensão dessa área, não eram todos que podiam ou tinham condições de arcar financeiramente com esse serviço gerando um certo desequilíbrio. Nessa época as operadoras tinham liberdade de discutir as coberturas com os usuários, havendo ausência de respaldo para ambos os lados. A partir disso mostrou-se necessário a criação de uma norma que regulamentasse o setor promulgando assim a lei 9.656/98, mas normatizar não era suficiente, era essencial um órgão fiscalizador sendo então criada a Agência Nacional de Saúde Suplementar a partir da lei 9.961/2000, que tem um caráter público, pois se caracteriza como uma autarquia especial, diretamente relacionada ao fato de ser dotada de personalidade jurídica de direito público e com total autonomia de regular e fiscalizar uma área de interesse público, representando o Estado Brasileiro.

Com o advento dessa lei, a atuação dos planos de saúde ficou mais rigorosa ocasionando diversas negativas. Com evolução do tempo o envelhecimento da população é inevitável e com isso o aparecimento de algumas comorbidades proporcionou o surgimento de novos tipos de serviços que até então eram

desconhecidos sendo um deles o “home-care” que foi objeto dessa pesquisa mais precisamente na modalidade de internação domiciliar.

A internação domiciliar, tem demonstrado ser uma prática cada vez mais comum e eficaz pois traz benefícios para o conforto e recuperação do paciente, o problema dessa questão é quando aqueles que necessitam desse tipo de serviço recorrem aos planos de saúde para oferta-lo, uma vez que é procedimento com indicação médica, porém mesmo com a prescrição as operadoras negam esse serviço mesmo sendo notória a necessidade do paciente, sob a alegação de ser um procedimento que não consta no rol das coberturas.

Haja vista a situação enfrentada por diversas famílias, devido a negligência das operadoras face à necessidade do usuário, muitas tem tido como suporte, o judiciário para sanar esse problema e este por sua vez tem se demonstrado eficaz, pois as decisões tem se baseado no Código de Defesa do Consumidor, colocando, dessa forma, o bem-estar do beneficiário acima de qualquer cláusula contratual, firmando um entendimento majoritário dos tribunais em adotar esse fundamento nos demais casos.

Por fim, é de extrema importância salientar que apesar das altas demandas no que tange a internação domiciliar tem gerado para o judiciário, essa a única forma que os usuários encontraram de ter seus direitos resguardados posto que a solução dessas demandas na via administrativa são falhas, além de ser um serviço que está diretamente ligado com a manutenção da vida, que quando não prestado pode trazer consequências fatais e irreversíveis e dessa forma, a operadora deixar de cumprir com o seu papel bem como com o motivo pelo qual foi/é contratada que é zelar pelo bem mais precioso que qualquer ser humano possa ter: a vida.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Nilza Rodrigues de. **Contratos de plano de saúde**. São Paulo: Edições Inteligentes, 2007.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR - ANS. **Instrução Normativa nº 28, de 29 de julho de 2004**. Dispõe sobre os procedimentos do Registro de Produtos, previstos na Resolução Normativa – RN nº 85, de 7 de dezembro de 2004.

ARAÚJO, Rodrigo. **Homecare é direito do consumidor de planos de saúde**. Disponível em: <https://ajadvogados.com.br/homecare-e-direito-do-consumidor-de-planos-de-saude/>. Acesso em: 15 jul. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência de República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 7 jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência de República, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/l8080.htm>. Acesso em: 10 jul. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria Executiva. **Sistema Único de Saúde (SUS): princípios e conquistas**. Brasília: Ministério da Saúde, 2000.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Informativo de Jurisprudência. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=HOME+CARE&operador=mesmo&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 10 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AI 831318**. Relator(a): Min. Cármen Lúcia, julgado em 12/12/2010, publicado em DJe-022 DIVULG 02/02/2011 PUBLIC 03/02/2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000079472&base=baseMonocraticas>. Acesso em: 15 jul. 2020.

COLLUCI, Claudia. **Disparam decisões que obrigam planos de saúde a oferecer serviço home care**. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/04/1874421-disparam-decisoos-que-obrigam-planos-de-saude-a-oferecer-servico-home-care.shtml>. Acesso em: 18 jul. 2018.

CRUZ, Joana. **Direitos do consumidor e regulação dos reajustes de planos de saúde**. Brasil: IDEC, 2013. Disponível em: <http://www.idec.org.br/em-acao/artigo/direitos-do-consumidor-e-regulaco-dos-reajustes-de-planos-de-saude>. Acesso em: 25 jun. 2020.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, v.3: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

DOBRAM ações contra planos de saúde em 1 ano. **Época Negócios**. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Empresa/noticia/2017/06/epoca-negocios-dobram-acoes-contras-planos-de-saude-em-1-ano.html>. Acesso em: 18 jul. 2020.

FIGUEIREDO, Katylene C. P. Ação civil pública e cláusulas abusivas nos contratos de planos de saúde. *In: IV JORNADA MÉDICA-JURÍDICA DE SAÚDE SUPLEMENTAR*: Seminário de Direito Sanitário. Série Aperfeiçoamento de Magistrados 8: Judicialização da Saúde Parte II. Rio de Janeiro: Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, p. 72-79, 2012.

LACERDA, M. R. Internação domiciliar. *In: CONGRESSO BRASILEIRO DE ENFERMAGEM*, 51., 1999, Florianópolis. **Anais...** Florianópolis: ABEn, 1999.

LEAL, Rogério Gesta. A efetivação do direito à saúde – por uma jurisdição Serafim: limites e possibilidades. *In: Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, v.6, 2006.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da seguridade social**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MATHIAS, Guilherme V. O Código Civil e o Código do Consumidor na saúde suplementar. *In: CARNEIRO, Luiz A. F. (org.). Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 95-118.

MELO, Jeferson; HERCULANO, Lenir Camimura. Demandas judiciais relativas à saúde crescem 130% em dez anos. **Agência CNJ de Notícias**, 18 mar. 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/demandas-judiciais-relativas-a-saude-crescem-130-em-dez-anos/>. Acesso em: 16 jul. 2020.

MELLO, Marco A. Saúde Suplementar, segurança jurídica e equilíbrio. *In: CARNEIRO, Luiz A. F. (Org.). Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 3-15.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Entenda o SUS. **Portal da Saúde**. Disponível em: <http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/entenda-o-sus>. Acesso em: 24 jun. 2020.

MORAES, Alexandre. Agências Reguladoras. *In: MORAES, Alexandre (org.). Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 13-38.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das obrigações**. 2ª parte. 35. ed., rev. e atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2007.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações, v.1: fundamentos do direito das obrigações; introdução à responsabilidade civil**. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

OLIVEIRA, Luiz G. M. Assistência integral à saúde: ônus público, privado ou particular? Afinal, quem paga a conta? *In: PIRES, Danielle S.; AGUIAR, Livia C.;*

PLANO de saúde (seguro de vida). Portal do Conhecimento / Súmulas/ Súmulas do TJRJ e Tribunais Superior. 16/40/2019. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/31404/plano-saude.pdf/>. Acesso em: 16 jul. 2020.

SOUZA, Jordana M. (coord.) **Judicialização da saúde suplementar**. Belo Horizonte: Unimed-BH, 2008.

SALEME, Edson R. AMORIN, José R. N. (Coord.). **Direito cconstitucional**. Barueri: Manole, 2011. (Coleção sucesso, concursos públicos e OAB).

SANTANA, José L. O princípio constitucional da eficiência e o Sistema Único de Saúde (SUS). *In*: BLIACHERIENE, Ana C.; SANTOS, José. S. (org.). **Direito à vida e à saúde**: impactos orçamentário e judicial. São Paulo: Atlas, 2010, p. 42-59.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Súmulas do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Download/Portal/Biblioteca/Biblioteca/Legislacao/SumulasTJSP.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2020.

SAÚDE Suplementar: Seminário de Direito Sanitário. Série Aperfeiçoamento de Magistrados 8: Judicialização da Saúde Parte II. Rio de Janeiro: Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2012, p. 72-79.

SCAFF, Fernando C. **Direito à saúde no âmbito privado**: contratos de adesão, planos de saúde e seguro-saúde. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCHWARTZ, Germano A. D. **Direito à saúde**: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SOUZA, Jordana M. (coord.) **Judicialização da saúde suplementar**. Belo Horizonte: Unimed-BH Cooperativa de Trabalho Médico Ltda., 2008, p. 155-165.

SILVEIRA, Karyna R. M. **Tudo o que você precisa saber sobre planos de saúde**. São Paulo: Saraiva, 2009.

SILVA, Roberto B. D. **Manual de direito constitucional**. Barueri: Manole, 2007.

SILVA, José A. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

VIVIANI, Luis. **“A dor tem pressa” diz presidente do STF em evento sobre judicialização da saúde**. Disponível em: <http://conexaohomecare.com/a-dor-tem-pressa-diz-presidente-do-stf-em-evento-sobre-judicializacao-da-saude/>. Acesso em: 16 jul. 2020.