

O DIREITO À SAÚDE PARA PACIENTES COM TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA

THE RIGHT TO HEALTH FOR PATIENTS WITH AUTISTIC SPECTRUM DISORDER

Renata Do Val¹

Resumo: O presente artigo versa sobre o direito à saúde e tratamentos aos pacientes portadores do transtorno do espectro autista. Tal tema é de suma importância por tratar dos principais bens jurídicos tutelados: a vida e a saúde. Pacientes portadores do TEA sofrem com recusas de cobertura das terapias e tratamentos atuais como a psicoterapia no método ABA (*Applied Behavior Analysis*), limitação ao número de sessões de tratamento como atendimentos por fonoaudiólogos ou sessões de psicoterapia, e outros, prescritos pelos seus médicos assistentes quando procuram a cobertura contratual de seus convênios privados. Necessitam buscar a cobertura, via de regra, junto ao Poder Judiciário, sendo que no presente artigo discutiremos a legalidade da cobertura do tratamento integral a esses pacientes tornando de fato efetivo seu direito à saúde.

Palavras chave: Direito à saúde. Cobertura pelo plano de saúde. Transtorno do espectro autista.

Abstract: *This article deals with the right to health and treatments for patients with autism spectrum disorder. This theme is of paramount importance because it deals with the main protected legal assets: life and health. Patients with ASD suffer from refusal to cover current therapies and treatments, such as psychotherapy using the ABA method (Applied Behavior Analysis), limiting the number of treatment sessions such as visits by speech therapists or psychotherapy sessions, and others, prescribed by their attending physicians. when looking for contractual coverage of their private agreements. They need to seek coverage, as a rule, from the Judiciary, and in this article we will discuss the legality of coverage of comprehensive treatment for this patient, effectively making their right to health effective.*

Key words: *Right to health. Health insurance coverage. Autism spectrum disorder.*

1- Advogada no escritório Do Val & Cavalcante Sociedade de Advogados. Pós-graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho. Pós-graduada em Direito Público: Tributário. Pós-graduada em Direito Médico e da Saúde. Professora e palestrante. Membro efetivo da Comissão Especial de Direito Material do Trabalho da OAB São Paulo (Triênio 2016/2018 e Triênio 2019/2021). Membro efetivo da Comissão Especial de Direito à Adoção da OAB São Paulo (Triênio 2016/2018). Membro da Comissão de Direito do Trabalho da OAB Tatuapé (Triênio 2019/2021) - Autora das obras: Direito Médico e da Saúde- Manual Prático (Editora Jh Mizuno); Manual de Iniciação do Advogado Trabalhista; Corretores de Imóveis: Empregados ou Autônomos?; Audiência Trabalhista Teoria e Prática; Reforma Trabalhista Comentada Artigo por Artigo de acordo com Princípios, Constituição Federal e Tratados Internacionais; sendo todas publicadas pela LTR Editora. <http://lattes.cnpq.br/5990185958279452>. E-mail: renata_doval@yahoo.com.br

1. INTRODUÇÃO

Embora nosso país tenha avançado no resguardo dos direitos das pessoas portadoras de deficiência como vimos com a edição da lei 13.146/2015 que prevê a inclusão destas pessoas na sociedade com garantias de direitos, bem como a Lei 12.764/12, Lei 7.853/89, Lei 8.899/94 e Lei 10.098/00, nossa legislação ainda é lacunosa em muitos pontos, a exemplo quando tratamos dos principais direitos destas pessoas: a vida e a saúde.

Atualmente o rol da ANS não prevê diversos tratamentos que são prescritos pelos médicos para os portadores de TEA muitas operadoras de saúde acabam por negar cobertura de tratamento ou a realizar limitações aos mesmos.

Tal fato importa em desatendimento ao direito à saúde e a vida destes pacientes que acabam por ter de recorrer ao Poder Judiciário em busca da cobertura pelos planos de saúde privados ou atendimento na rede pública de saúde.

As principais prescrições negadas ou limitadas são o atendimento de psicoterapias baseadas na Análise do Comportamento Aplicada – ABA; consulta nutricional; Terapia Ocupacional; Equoterapia; Fonoterapia; Musicoterapia.

Dessa forma, veremos os direitos à saúde desses pacientes; as obrigações do Estado quanto ao tratamento destes pacientes; as obrigações das operadoras dos planos de saúde privados; as disputas judiciais existentes sobre o tema e a jurisprudência atual.

2. VISÃO GERAL DIRETO À SAÚDE DO AUTISTA

O direito das pessoas com deficiência no Brasil podemos dizer que é um tema recente já que pouco se tratava a esse respeito antes de 1980.

O termo autismo foi criado pelo psiquiatra Eugen Bleuler em 1908, já os pioneiros nas pesquisas do autismo foram Hans Asperger e Leão Kanner, mas por muito tempo era conhecido apenas por profissionais da psicologia e psiquiatria. Posteriormente 1964, o Rimland de Bernard publicou: *“Autismo infantil: A síndrome e suas implicações para uma teoria neural do comportamento.”*

Mas foi em 1978 que o psiquiatra Michael Rutter passou a classificar o autismo como um distúrbio do desenvolvimento cognitivo, a definição em quatro critérios, quais sejam: atraso e desvio sociais; problemas de comunicação; comportamentos incomuns, tais como movimentos estereotipados e maneirismos; e início antes dos 30 meses de idade.

Tal pesquisa influenciou o manual *DSM-3* em que o autismo foi reconhecido como uma condição específica e foi colocado na classe dos Transtornos Invasivos do Desenvolvimento.

Em 1981 a psiquiatra Lorna Wing trouxe o conceito de autismo de nível mais brando como um espectro criando o termo Síndrome de Asperger, Lorna além de pesquisadora era mãe de uma criança autista, fundando a National Autistic Society.

Em 1994 houve um estudo internacional multicêntrico e os sistemas do *DSM-4* e da *CID-10* (*Classificação Estatística Internacional de Doenças*) passaram a prever de forma igualitária a Síndrome de Asperger ampliando o espectro do autismo, e passou a incluir inclusive casos mais leves.

Em 2007 a ONU instituiu o dia 2 de abril como o Dia Mundial da Conscientização do Autismo, sendo que em 2018, esta data passou a fazer parte do calendário brasileiro oficial como Dia Nacional de Conscientização sobre o Autismo.

Em 2012 no Brasil foi sancionada a Lei n. 12.764/12 conhecida como lei Berenice Piana, que instituiu a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista.

Em 2013 o DSM-5 passou a conter todas as subcategorias do autismo em um único diagnóstico, qual seja, o Transtorno do Espectro Autista (TEA).

Em 2015 tivemos a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (13.145/15) conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência, que trouxe maior proteção aos portadores de TEA.

No Brasil também temos o Estatuto da Criança e do Adolescente que possui previsão ao direito a saúde das crianças e adolescentes portadoras de deficiência, e os e os maiores de 60 anos estão protegidos pelo Estatuto do Idoso.

Apenas para fins de conhecimento também temos as seguintes legislações que protegem as pessoas portadoras de TEA:

- Lei 7.853/ 1989: Institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos das pessoas com deficiência e disciplina a atuação do Ministério Público e definindo crimes.
- Lei 8.742/93: A Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), que oferece o Benefício da Prestação Continuada (BPC).
- Lei 8.899/94: Garante a gratuidade no transporte interestadual à pessoa autista que comprove renda de até dois salários mínimos.
- Lei 10.098/00: Estabelece normas para a acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência.
- Lei 10.048/2000: Dá prioridade de atendimento às pessoas com deficiência.
- Lei 7.611/11: Dispõe sobre a educação especial e o atendimento educacional especializado.
- Lei 13.370/16: Reduz a jornada de trabalho de servidores públicos com filhos autistas.

Em paralelo a todos esses fatos históricos muitos estudos multidisciplinares para tratamento deste transtorno foram surgindo e evoluindo, mas infelizmente as terapias atuais não estão ao alcance de fato de toda a população brasileira, que mesmo por vezes, custeando planos de saúde privados não possuem a cobertura ao tratamento prescrito pelos médicos assistentes dos pacientes.

Isso se dá pelo fato de muitas das terapias multidisciplinares não terem sido incluídas no rol da ANS, muito embora existam estudos comprovados cientificamente de que sua utilização comporta em benefícios a saúde de tais pacientes.

3. DOS PROTOCOLOS CLÍNICOS RECONHECIDOS COM EVIDÊNCIA DA EFICÁCIA PARA O TRATAMENTO DO AUTISMO, SUA PRESCRIÇÃO E NEGATIVA DE ATENDIMENTO.

O paciente portador do transtorno de espectro autista necessita de atendimento multidisciplinar, sendo que o CRM do Paraná no parecer n. 2770/2019² concluiu que:

“O tratamento de pacientes autistas é multidisciplinar e envolve médicos, psicólogos, fisioterapeutas, terapeutas ocupacionais, fonoaudiólogos. A reabilitação tem como foco a interação social e a melhora da comunicação e do comportamento desses pacientes.”

2- https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/pareceres/PR/2019/2770_2019.pdf

Em relação às terapias atuais com comprovação científica utilizada no tratamento dos autistas temos a equoterapia, a musicoterapia, em que o mesmo parecer acima citado fez referência:

(...)

Em relação à equoterapia, é um método terapêutico que deve ser utilizado e é eficaz no tratamento do autismo por melhorar os aspectos cognitivos, sensitivomotores e afetivos dos pacientes.

A musicoterapia é um método terapêutico que faz parte da reabilitação multidisciplinar e que deve ser utilizado nos pacientes autistas, pois ajuda no desenvolvimento da comunicação verbal e não verbal, assim como na interação social desses pacientes."

No mais, a equoterapia tem reconhecimento como método terapêutico pelo Conselho Federal de Medicina, através do Processo Consulta nº 1.386/95-CFM (06/97), que recomenda a incorporação da equoterapia aos métodos e técnicas direcionados aos programas de reabilitação de pessoas com necessidades especiais.

Também temos os atendimentos de Terapia comportamental pelo método ABA que não se trata apenas de um método pedagógico, mas sim terapêutico, vide Parecer CRM/MS nº 8/2015³:

(...) ABA é uma das formas não farmacológicas de tratamento para o Autismo. Não parece ser um método apenas didático (pedagógico), mas sim uma forma terapêutica que necessita especialização no método.

A terapia fonoaudiológica, fisioterapia, e outros também vem sendo recomendados ao portador de autismo, não podendo haver limitação ao número de sessões.

Há também diversos métodos para tratamento deste paciente, vide parecer da SulAmérica:

"BOBATH - método de abordagem terapêutica e de reabilitação, desenvolvida para o tratamento de adultos, crianças e bebês com disfunções neurológicas, tendo como base a compreensão do desenvolvimento normal, utilizando todos os canais perceptivos para facilitar os movimentos e as posturas seletivas. A Bola de Bobath é um dos equipamentos mais utilizados neste conceito. Outros equipamentos são: o rolo, o andador, o espelho, etc. O tratamento realizado pelo fisioterapeuta inclui movimentos ativos e passivos.

THERASUITE - este método foi criado em Michigan/USA, pelos fisioterapeutas Izabela Koscielny e Richard Koscielny. A base da técnica foi uma veste criada por pesquisadores russos com intuito de contrapor os efeitos negativos vividos pelos astronautas (atrofia muscular, osteoporose) devidos à falta de ação da gravidade em suas longas viagens pelo espaço. É constatado que pessoas com desordem neuromuscular precisam de repetições intensas de exercícios para aprender e adquirir uma nova habilidade motora. Normalmente realizado por fisioterapeuta.

CUEVAS MEDEK - O Cuevas Medek Exercises (CME) é uma metodologia baseada em exercícios dinâmicos e desafiadores contra a gravidade. Seu objetivo principal é reforçar o potencial de recuperação natural de crianças que apresentam alguma dificuldade motora. A estimulação permite o surgimento de respostas automáticas, pré-programadas a aparecerem mesmo em cérebros imaturos. O método CME foi desenvolvido nos anos 1970 pelo fisioterapeuta chileno Ramón Cuevas. Ele pode ser aplicado a partir dos três meses de vida até que a criança desenvolva capacidades motoras como o controle cervical, equilíbrio e andar de forma independente. Habitualmente o fisioterapeuta utiliza um suporte para expor a criança à influência natural da força da gravidade, além de trabalhar o alongamento muscular

TERAPIA DE INTEGRAÇÃO SENSORIAL - desenvolvida pela terapeuta ocupacional A. Jean Ayres durante a década de 1970 na Califórnia, EUA. Ela estudou o comportamento de crianças com dificuldades de aprendizagem que apresentavam alguns sintomas frequentes como déficit de atenção, desordens no planejamento motor e na modulação de informações sensoriais, entre outros. O princípio

3- http://www.portalmédico.org.br/pareceres/crmms/pareceres/2015/8_2015.pdf

central da terapia é fornecer e controlar a entrada de estímulos sensoriais, especialmente o estímulo do sistema vestibular, das articulações, músculos e pele de tal forma que a criança espontaneamente forme as respostas adaptativas que integram todas as sensações. Na Sala de Integração Sensorial o terapeuta faz uso de recursos como bolas, rolos, colchões, colchonetes, tapetes e materiais texturizados; materiais coloridos e sonoros, bem como equipamentos suspensos como balanço e rede, entre outros.

TEACCH - O método TEACCH (Treatment And Education Of Autistic And Communication Handicapped Children) foi desenvolvido na década de sessenta no Departamento de Psiquiatria da Faculdade de Medicina na Universidade da Carolina do Norte, nos Estados Unidos. O método TEACCH utiliza uma avaliação denominada PEP-R (Perfil Psicoeducacional Revisado) para avaliar a criança autista e determinar seus pontos fortes e de maior interesse e suas dificuldades, e, a partir desses pontos, montar um programa individualizado. As áreas habitualmente abordadas são: linguagem, comportamento, comunicação e habilidades. Desta forma trata-se de um método cuja abordagem é multidisciplinar.

PECS (Picture Exchange Communication System - Comunicação usando trocas de imagens) - o PECS é um processo auxiliar no desenvolvimento da linguagem e propõe-se a implementar um "caminho" de comunicação entre o autista e o meio que o cerca. Algumas crianças autistas desenvolvem a chamada linguagem tradicional, entretanto, outras talvez nunca falem, mas poderão utilizar um instrumento preciso para se relacionarem ("falar") com o mundo e expressarem seus anseios e desejos. O PECS é esse instrumento fundamental para assessorar e compreender a rotina do autista. Criado há mais de 12 anos pelo Delaware Autistic Program, esse método baseia-se no ABA (Applied Behavior Analysis) e ensina o autista a trocar uma foto por algo que deseja. Habitualmente realizado por fonoaudióloga.

ABA (Applied Behavior Analysis) / PAD (Programa de Aprendizagem e Desenvolvimento) - Trata-se de métodos baseados na terapia cognitiva comportamental utilizada em crianças autistas. Consiste em ensinar habilidades dividindo-as em etapas e recompensando as respostas corretas. Esta terapia pode ser usada para corrigir comportamentos e também para ajudar a adquirir novas habilidades. O método ABA é utilizado geralmente de 30 a 40 horas por semana individualmente, com a ajuda de um profissional. A atuação normalmente é de psicólogos e terapeutas ocupacionais.

The SCERTS Model (SCERTS - Social communication, Emotional regulation and Transactional Support) - Comunicação Social, Regulação Emocional e Suporte para Transição - é um método multidisciplinar que tem o objetivo de desenvolver a capacidade de comunicação através de um sistema convencional simbólico, em crianças autistas. O desenvolvimento emocional é o suporte de transição para uma melhor produção na escola, na casa e na comunidade. Cada indivíduo deverá ser estimulado segundo suas necessidades próprias e as metas a serem atingidas.²⁴

Logo, temos diversas formas atuais de tratamento deste paciente que muitas das vezes não se encontram atualmente no rol da ANS.

3. DIREITO AO TRATAMENTO NA REDE PÚBLICA

Nos moldes da Constituição Federal em seu artigo 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 a ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação".

Por essa redação temos que o Estado possui o dever de prestar atendimento a todos visando à saúde, isso porque nos moldes do artigo 6º a saúde e a vida são direitos fundamentais.

Segundo a OMS Organização Mundial de Saúde, saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não, simplesmente, a ausência de doenças ou enfermidades.

Nos moldes da Lei nº 8.069/90 Estatuto da Criança e do Adolescente temos o dever do Estado em prestar o atendimento e tratamento para as crianças portadoras do espectro autista vide artigo 4º:

4- <https://portal.sulamericaseguros.com.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A61648E59DDB8F0159F0450E707801&inline=1>

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

No mais, a criança e o adolescente possuem direito a proteção à vida e a saúde e o Estado possui o dever de criar políticas públicas que possibilitem que tal direito seja efetivo vide artigo 7º do mesmo diploma legal.

Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

No mesmo sentido é o artigo 15 do Estatuto:

Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.

O estatuto da Juventude Lei nº 12.852/13, também possui previsões no mesmo sentido:

Art. 19. O jovem tem direito à saúde e à qualidade de vida, considerando suas especificidades na dimensão da prevenção, promoção, proteção e recuperação da saúde de forma integral.

Art. 3º Os agentes públicos ou privados envolvidos com políticas públicas de juventude devem observar as seguintes diretrizes: (...)

IV - proporcionar atendimento de acordo com suas especificidades perante os órgãos públicos e privados prestadores de serviços à população, visando ao gozo de direitos simultaneamente nos campos da saúde, educacional, político, econômico, social, cultural e ambiental;

O Estatuto do idoso também prevê o dever do Poder Público em proporcionar saúde aos idosos portadores de TEA:

Art. 3o É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

Art. 9o É obrigação do Estado, garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade.

Art. 15. É assegurada a atenção integral à saúde do idoso, por intermédio do Sistema Único de Saúde - SUS, garantindo-lhe o acesso universal e igualitário, em conjunto articulado e contínuo das ações e serviços, para a prevenção, promoção, proteção e recuperação da saúde, incluindo a atenção especial às doenças que afetam preferencialmente os idosos.

De forma específica o paciente com TEA possui a proteção da Lei nº 12.764/2012 que prevê entre outros dispositivos o direito ao diagnóstico precoce e à obrigatoriedade do fornecimento de atendimento multiprofissional ao paciente diagnosticado com autismo.

Art. 2º São diretrizes da Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista:

(...)

III - a atenção integral às necessidades de saúde da pessoa com transtorno do espectro autista, objetivando o diagnóstico precoce, o atendimento multiprofissional e o acesso a medicamentos e nutrientes.

Art. 3 São direitos da pessoa com transtorno do espectro autista:

III - o acesso a ações e serviços de saúde, com vistas à atenção integral às suas necessidades de saúde, incluindo:

- a) o diagnóstico precoce, ainda que não definitivo;
- b) o atendimento multiprofissional;
- c) a nutrição adequada e a terapia nutricional;
- d) os medicamentos;
- e) informações que auxiliem no diagnóstico e no tratamento

Em nosso país a saúde pública é prestada pelo Sistema Único de Saúde, contudo na prática para as pessoas portadoras do espectro autista o atendimento deixa a desejar, já que muitas vezes as quantidades de sessões são insuficientes, os tratamentos não utilizam os métodos multidisciplinares mais atuais, em algumas regiões o atendimento é inexistente.

Não há de fato em muitos locais no Brasil o atendimento básico deste paciente pelo Estado que dirá o atendimento nos moldes dos protocolos clínicos mais atuais descritos neste artigo.

Ante a ausência de atendimento básico as pessoas necessitam buscar no Poder Judiciário determinação judicial da obrigação de fazer do Estado em prestar o atendimento adequado. Nesse sentido:

REMESSA NECESSÁRIA – Ação de obrigação de fazer- Pedido de condenação do Estado e do Município ao fornecimento de tratamentos específicos de fisioterapia, fonoaudiologia e terapia ocupacional em instituição médica específica – Acolhimento parcial – Enfermidade e necessidade dos tratamentos comprovadas através de laudo médico – Incapacidade financeira da família da autora de arcar com o custo do tratamento evidenciada – Responsabilidade dos réus pelo fornecimento dos tratamentos reconhecida – Autorização, contudo, para que os tratamentos sejam oferecidos em qualquer instituição médica, pública ou particular, a critério do Poder Público, desde que observados os métodos prescritos pelo médico assistente – Condenação dos réus ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais – Manutenção – Valor, contudo, reduzido por apreciação equitativa – Remessa necessária parcialmente provida, nos termos do acórdão. (TJSP; Remessa Necessária Cível 1001054-60.2019.8.26.0505; Relator (a): Renato Genzani Filho; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Ribeirão Pires - 3ª Vara; Data do Julgamento: 03/07/2013; Data de Registro: 05/02/2020)

O Estado vem sendo condenado não apenas a fornecer o tratamento adequado prescrito pelo médico assistente do paciente, mas também medicações e outros como podemos observar no seguinte julgado:

REMESSA NECESSÁRIA. Ação de obrigação de fazer com pedido de tutela de urgência. Fornecimento gratuito de fraldas geriátricas descartáveis independente de marca específica, desde que seja no tamanho G com as seguintes especificações: cintura de 115cm a 150cm e peso de 70kg a 90kg. Paciente portador de retardo mental grave, autismo infantil e epilepsia de déficit de controle. Utilização de 120 (cento e vinte) fraldas geriátricas descartáveis por mês (ou 01(um) pacote por semana). Pedidos de justiça gratuita e de tutela de urgência deferidos. Sentença de procedência. A matéria objeto da presente demanda não está enquadrada no tema 106 do Colendo STJ. A Jurisprudência de nossos tribunais já se firmou no sentido da responsabilidade solidária dos entes federados, de forma que qualquer deles tem legitimidade para figurar no polo passivo da demanda que objetive o acesso a meios e medicamentos para tratamento de saúde. A parte autora comprovou indubitavelmente a necessidade do uso das fraldas geriátricas descartáveis descrita na petição inicial, além da sua hipossuficiência financeira para adquiri-las. Dessa forma, cumpre ao ente público demandado o seu fornecimento. REMESSA NECESSÁRIA NÃO ACOLHIDA. (TJSP; Remessa Necessária Cível 1000418-07.2018.8.26.0125; Relator (a): Antonio Celso Faria; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Foro de Capivari - 2ª Vara; Data do Julgamento: 28/11/2019; Data de Registro: 28/11/2019)

Logo, havendo a necessidade do paciente portador de TEA ter acesso ao tratamento, medicação ou outros, prescrito pelo seu médico assistente e não existindo atendimento prestado pelo Estado há a possibilidade de se pleitear o atendimento judicialmente inclusive ante a necessidade de urgência com o pedido de tutela de urgência.

4. DIREITO AO TRATAMENTO NAS OPERADORAS DE SAÚDE

Nos moldes da Constituição Federal o direito a saúde deve ser resguardado vide caput do artigo 5º e 6º, não diferente dessa previsão vem a ser a Declaração Universal dos Direitos Humanos em seu artigo 25.

Artigo 25

Todos os seres humanos têm direito a um padrão de vida capaz de assegurar a saúde e bemestar de si mesmo e da sua família, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora do seu controle.

O mesmo artigo afirma ainda que: *"A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social"*.

Inclusive segundo a lei 12.764/12 e segundo o artigo 1º,§2º o autista **é considerado** pessoa com deficiência: *"§ 2º A pessoa com transtorno do espectro autista é considerada pessoa com deficiência, para todos os efeitos legais."*

Ainda, o artigo 3º da referida lei são direitos da pessoa com transtorno do espectro autista entre outros a proteção, diagnóstico precoce, vida digna, o atendimento multiprofissional, a nutrição adequada e a terapia nutricional, acesso aos medicamentos; e informações que auxiliem no diagnóstico e no tratamento.

Assim, a negativa da prestação dos serviços por equipe multidisciplinar como prescrito pelo médico assistente que acompanha o paciente autista fere o direito garantido por lei do mesmo, bem como ao previsto na lei 9.656/98.

Outrossim, também se aplica como direito do autista o dever da prestação do tratamento médico multidisciplinar nos moldes prescritos pelo médico assistente que acompanha o autista ante o teor da Convenção Interamericana para a eliminação de todas as formas de discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência.

O argumento utilizado pelas operadoras dos planos de saúde para não cobertura integral dos tratamentos prescritos vem a ser a inexistência de alguns tratamentos no rol da ANS. Contudo, conforme preceitua a Súmula 102 do TJ/SP seria devida a assistência médica independente da existência no rol da ANS:

Súmula 102 – Havendo expressa indicação médica, é abusiva a negativa de cobertura de custeio de tratamento sob o argumento da sua natureza experimental ou por não estar previsto no rol de procedimentos da ANS.

No mesmo sentido da Súmula 102 do TJ/SP temos o parecer do CREMEC:

Ementa: é prerrogativa do médico escolher o melhor procedimento terapêutico para o paciente, assumindo toda a responsabilidade, desde que seja aceito pelo mesmo, não podendo haver interferência de terceiros. (PARECER CREMEC Nº 21/2003)

Assim, conclui-se que a prescrição médica não deve ser questionada pelo Judiciário, tampouco pelo plano de saúde, em razão da autonomia concedida aos profissionais médicos. Nesse sentido:

“Ora, a escolha do tratamento que deve ser realizado não deve ser feita pelo plano de saúde ou por médico credenciado, mas sim pelo corpo clínico que assiste o beneficiário.” (TJSP – Ap. 1010852-48.2014.8.26.0011 – Des. José Joaquim dos Santos – j. 15/09/2015)

Não apenas se vem entendendo que a negativa de cobertura dos tratamentos não previstos no rol da ANS são indevidas, como também que não pode o plano de saúde limitar a quantidade de sessões no tratamento deste paciente.

Neste caso estando fundada a limitação no contrato de seguro saúde, já restou pacificado que pode o Poder Judiciário rever suas cláusulas:

“É possível ao magistrado manifestar-se sobre eventuais cláusulas abusivas [...] diante da incidência do Código de Defesa do Consumidor, relativizando o princípio do pacta sunt servanda” (AgRg no Resp 732.179, Quarta Turma, Rel. Min. Jorge Scartezini, DJ 15.05.06).

Feita a análise da jurisprudência, convém destacar que a Lei nº 8.078/90, que instituiu o CDC, disciplinou comando constitucional de ordem pública e interesse social (art. 5º, inc. XXXII e art. 170, inc. V), no que toca à proteção contratual contra disposições nulas e abusivas, estabeleceu como direito básico do consumidor: a modificação de cláusulas contratuais desproporcionais, que limitando os direitos do paciente autista a números de sessões poderá ser ter cláusula nesse sentido declarada abusiva, conforme art. 6º, V, do CDC.

Sobre o tema leciona Sérgio Cavalieri Filho:

Tenho sustentado que a principal diferença entre a cláusula limitativa do risco e a cláusula abusiva está em que a primeira tem por finalidade restringir a obrigação assumida pelo segurador, enquanto a segunda objetiva restringir ou excluir a responsabilidade decorrente do descumprimento de uma obrigação regularmente assumida pelo segurador, ou ainda a que visa a obter proveito sem causa. E, como todos sabemos, obrigação e responsabilidade são coisas distintas, que não podem ser confundidas.⁵

Dessa forma, haverá a relativização da pacta sunt servanda, inclusive pelo teor do artigo 47 do CDC que garante que nos contratos de adesão as cláusulas contratuais serão interpretadas a favor do consumidor.

A jurisprudência pátria nesse sentido já se posicionou:

“PLANO DE SAÚDE. TRATAMENTO MULTIDISCIPLINAR DE CRIANÇA. LIMITAÇÃO DE SESSÕES. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA LEI Nº 9.656/98. SÚMULA Nº 100, DO TRIBUNAL. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NEGATIVA INDEVIDA. RECURSO DA RÉ NÃO PROVIDO. APELO DA AUTORA PROVIDO. 1. Tratamento multidisciplinar de criança. Autismo. Limitação contratual de sessões. Impossibilidade. 2. Incidência da Lei nº 9.656/98. Súmula nº 100, do Tribunal. Plano-referência (arts. 10 e 12 da Lei nº 9.656/98). Plano que deve cobrir tudo o que for necessário para o pleno restabelecimento do paciente. Eventual cláusula contratual contrária a dispositivo de lei deve ser tida como não escrita, por abusiva e ilegal. 3. Incidência do Código de Defesa do Consumidor. Ofensa à regra do art. 51, § 1º, inc. I, da Lei nº 8.078/90. Estatuto da Criança e do Adolescente. Ofensa. 4. Reembolso dos valores despendidos. Procedência. 5. Recurso da ré não provido. Apelo da autora provido.” (TJSP, Apelação Cível nº 1024512-70.2013.8.26.0100, 10ª Câmara de Direito Privado, Des. Relator Carlos Alberto Garbí, Julgado em 15.04.2015)

Dessa forma, pode se entender que a existência de cláusula contratual com limitação ou ausência de cobertura do tratamento prescrito pelo médico assistente do paciente autista pela não previsão no rol da ANS seria cláusula abusiva, ante se tratar de contrato de adesão vide artigo 54 do CDC.

5- CAVALIERI FILHO, Sérgio. Visão Panorâmica do Contrato de Seguro e suas Controvérsias. Revista do Advogado, São Paulo, 1.996, n. 47, mar. 1.996, p. 11.

"E por que o contrato é de adesão? Ele é de adesão por uma característica evidente e lógica: o consumidor só pode aderir. Ele não discute cláusula alguma. Para comprar produtos e serviços o consumidor só pode examinar as condições previamente estabelecidas pelo fornecedor, e pagar o preço exigido, dentro das formas de pagamento também prefixadas."⁶

Ainda, o Código de Defesa do Consumidor dispõe que cláusulas abusivas "são nulas de pleno direito" vide artigo 5, IV do CDC.

Assim, compete aos planos de saúde apenas estabelecer para quais moléstias oferecerão cobertura, não lhes cabendo limitar o tipo de tratamento que será prescrito, incumbência essa que pertence ao profissional da medicina que assiste o paciente.

Portanto, negar cobertura, limitar sessões ou limitar reembolso quando se faz necessária a indicação pela rede de profissional para o atendimento do paciente portador do espectro autista obsta o tratamento dos mesmos e poderá haver demanda judicial de nulidade da cláusula de não cobertura, bem como indenizações por danos morais e materiais causados.

Diante da reiterada prática abusiva por parte dos planos de saúde, a jurisprudência se posicionou no sentido de proibir qualquer limitação quantitativa, seja de exames ou dias de internação em UTI, nos moldes da Súmula 302 do STJ:

"Súmula 302 do STJ: É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado."

Logo, há o entendimento jurisprudencial de que, uma vez acobertada determinada patologia por parte do plano de saúde, não pode este interferir de modo a limitar a forma de tratamento a ser empregada para a sua cura ou quantificar o número de sessões necessárias para o êxito perseguido.

Caso o plano de saúde não possua rede própria para atendimento do paciente autista nos moldes da prescrição do médico assistente o reembolso deverá ser integral e não limitado. Nesse sentido:

PLANO DE SAÚDE. OBRIGAÇÃO DE FAZER. TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA. TRATAMENTO MULTIDISCIPLINAR. COBERTURA. LIMITAÇÃO DO NÚMERO DE SESSÕES. IMPOSSIBILIDADE. CLÁUSULA LIMITATIVA DE REEMBOLSO. INAPLICABILIDADE. Insurgência contra sentença de procedência. Sentença mantida. Terapias recomendadas (método ABA, fonoterapia e terapia ocupacional). Súmula 102, TJSP: "Havendo expressa indicação médica, é abusiva a negativa de cobertura de custeio de tratamento sob o argumento da sua natureza experimental ou por não estar previsto no rol de procedimentos da ANS". Aplicabilidade integral. Limitação do número de sessões. Impossibilidade. Cláusula contratual que coloca o consumidor em desvantagem excessiva e é, portanto, nula (art. 51, IV, CDC). Reembolso. Impossibilidade de limitação aos valores contratuais, na ausência de profissionais credenciados para a prestação dos serviços. Recurso desprovido. (3ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO Apelação nº: 1004948-65.2017.8.26.0650 Apelante: Bradesco Saúde S/A)

Importa ainda anotar que ante a urgência no tratamento destes pacientes é possível o pedido e deferimento de Tutela de Urgência para início dos tratamentos nos moldes prescritos pelo médico assistente deste paciente.

PLANO DE SAÚDE - DEFERIMENTO DE TUTELA DE URGÊNCIA PARA COBERTURA DE TRATAMENTO PRESCRITO PELO MÉDICO ASSISTENTE PARA CRIANÇA PORTADORA DE AUTISMO - AGRAVO QUE SE INSURGIRA APENAS CONTRA O PRAZO FIXADO PARA ADIMPLEMENTO DA TUTELA - SENTENÇA PROFERIDA - AGRAVO PREJUDICADO. (Agravo de Instrumento 2162411-92.2019.8.26.0000 Agravante: Bradesco Saúde S/A)

6- Nunes, Rizzatto. Curso de direito do consumidor / Rizzatto Nunes. – 12. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018. Pág. 32

Em outros Tribunais do país as decisões também são no mesmo sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZATÓRIA. OPERADORA DE SAÚDE. NEGATIVA DE PROCEDIMENTOS E MEDICAMENTOS. TRATAMENTO DE AUTISMO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. MANUTENÇÃO. - Cuida-se de demanda na qual pretende o Autor compelir a operadora de saúde Ré ao custeio de procedimentos e medicamentos para o tratamento de Transtorno de Espectro Autista - TEA. - A limitação ou negativa de custeio das sessões e medicações necessárias ao tratamento de mazela acobertada contratualmente equivale a sonegar o próprio cumprimento do contrato, violando a boa-fé, postulado fundamental nas relações contratuais. - Registro de que o caso concreto envolve mazela grave e modalidade contratual superior e mais onerosa - "Saúde TOP" administrado pela Bradesco Saúde S/A. - Procedimentos elencados pela ANS que indicam uma cobertura mínima, sem prejuízo daqueles que se fizerem necessários à saúde do segurado. - Avaliação das terapias e procedimentos necessários que incumbe à equipe médica que acompanha o paciente. Em. nº 211 e 340 do TJERJ. - A utilização da medicação prescrita em âmbito domiciliar que no caso compreende uma continuidade ao tratamento hospitalar e ambulatorial, a exemplo do que ocorre com as terapias para neoplasia e hepatite C, cuja gravidade não permite restrições ou limitações, sob pena de se comprometer a eficácia dos procedimentos. - A recusa da ré é desprovida de razoabilidade, já que o fato do segurado não precisar ser internado confere à seguradora, inclusive, uma vantagem econômica. - Manutenção da sentença que se impõe. Precedentes. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJRJ 0414081-22.2016.8.19.0001 - APELAÇÃO Des(a). MARIA REGINA FONSECA NOVA ALVES - Julgamento: 14/08/2018 - DÉCIMA QUINTA CÂMARA CÍVEL)

Importa deixar consignado que inclusive em planos de autogestão há condenações ao fornecimento do tratamento nos moldes prescritos pelo médico assistente do paciente. Contudo, é importante deixar consignado que tal posicionamento é contrário a Súmula 608 do STJ.

AGRAVO DE INSTRUMENTO em face de decisão que, em ação de obrigação de fazer, indeferiu a tutela provisória na qual se requer o fornecimento de tratamento intensivo pelo método ABA em favor de criança diagnosticada com Transtorno de Espectro Autista. Possibilidade ante a expressa prescrição médica. Plano de saúde administrado por entidade de autogestão. Incidência da súmula 102 do E. Tribunal de Justiça. Probabilidade do direito e perigo de dano favoráveis ao pleito do agravante. Decisão reformada. RECURSO PROVIDO. (TJSP; Agravo de Instrumento 2092461-93.2019.8.26.0000; Relator (a): Isabel Cogan; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Público; Foro de Santos - 2ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 02/09/2019; Data de Registro: 02/09/2019)

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora os direitos dos pacientes portadores do espectro autista tenham avançado não chegamos a melhor garantia de tratamentos completos e dignos a estes pacientes, ante a ausência de adequação das regras da ANS, bem como ante a existência de contratos de adesão limitadores de atendimento.

Dessa forma, resta a estes pacientes e seus familiares muitas das vezes buscar amparo no Poder Judiciário para que o direito a vida e a saúde sejam respeitados em sua plenitude.

O atendimento na rede pública ainda não é o ideal seja do ponto de vista da adesão as novas técnicas e tratamentos sejam do ponto de vista do atendimento básico e tradicional.

O Estado não cumpre satisfatoriamente o seu papel no fornecimento de saúde aos cidadãos, e aqueles que possuem capacidade econômica para tanto arcam com planos de saúde privados na expectativa de atendimento de melhor qualidade e mais abrangente.

Contudo, muitas operadoras de planos de saúde possuem como entendimento que apenas os procedimentos e tratamentos previstos no rol da ANS são cobertos, entendendo haver ali um rol taxativo de cobertura, inclusive com limitadores de algumas terapias, em especial as mais necessárias aos pacientes portadores do espectro autista, como fonoaudiologia, terapia ocupacional, psicologia, consultas em nutrição, entre outras.

Dessa forma, mesmos os pacientes autistas possuidores de planos privados de saúde encontram problemas com negativas de cobertura e limitadores aos tratamentos prescritos pelos seus médicos assistentes, tendo de recorrer ao Poder Judiciário para garantia do tratamento adequado.

Atualmente o Poder Judiciário brasileiro possui entendimento majoritário jurisprudencial do dever de cobertura integral do tratamento do paciente portador de espectro autista nos termos prescritos pelo seu médico assistente, desde que o tratamento prescrito seja reconhecido como eficaz.

Inclusive ante a relevância deste tema existe em andamento a Ação Civil Pública n. 1005197-60.2019.4.01.3500 que tramita perante a Justiça Federal da 1ª Região em que o Ministério Público pleiteia a inclusão no rol da ANS os tratamentos atuais aos autistas.

Desse modo, enquanto não há a inclusão no rol da ANS das novas terapias aos autistas e existindo negativas e limitações restam a estes pacientes recorrerem ao Poder Judiciário para lhes garantir de fato o direito à saúde.

REFERÊNCIAS

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Visão Panorâmica do Contrato de Seguro e suas Controvérsias**. *Revista do Advogado*, São Paulo, 1.996, n. 47, mar. 1.996.

Nunes, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor** / Rizzatto Nunes. – 12. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

TIBYRIÇÁ, Renata Flores; D'Antino, Maria Eloisa Famá. **Direitos das pessoas com autismo**. Editora Memnon.

Sites consultados:

http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/linha_cuidado_atencao_pessoas_transtorno.pdf

https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/pareceres/PR/2019/2770_2019.pdf

http://www.portalmedico.org.br/pareceres/crmms/pareceres/2015/8_2015.pdf

<https://portal.sulamericaseguros.com.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A61648E59DDBB8F0159F0450E707801&inline=1>

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm

http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12852.htm

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12764.htm

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9656.htm

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3956.htm

<http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio>

<http://www.tjsp.jus.br/>

<https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/>

<http://www.tjrj.jus.br/>

<http://www.cremec.org.br/>

<http://www.ans.gov.br/planos-de-saude-e-operadoras/espaco-do-consumidor>