Home-care: a prescrição médica como elemento norteador à solução de conflitos

Rodrigo Trisoglino Nazareth

Universidade Santa Cecília - Mestrado em Direito da Saúde.

Email: trisoglino@yahoo.com.br

Resumo: O estudo tem por finalidade analisar o denominado *home-care* (assistência médica domiciliar), abordando os conflitos entre as operadoras de planos de saúde e os consumidores. Trata-se de uma investigação de natureza descritiva e propositiva que visa explicitar as razões de posicionamentos de natureza diversa: ser ou não devida a cobertura. Para a coleta, utiliza-se da pesquisa bibliográfica e documental. A discussão diz respeito à exclusão contratual da cobertura e a reflexão sobre clausulas abusiva e contrarias à boa fé objetiva e à função social do contrato. Propõe-se uma interpretação sistemática do Código de Defesa do Consumidor e da Lei 9.656/98 a fim de resguardar os interesses dos beneficiários de planos de saúde. A conclusão que se tem é que a par do sistema protetivo consumerista, a prescrição médica vem sendo o fator preponderante e decisivo ao êxito em demandas desta natureza, segundo a atual jurisprudência.

Palavras-chave: Plano de saúde – Assistência Médica Domiciliar – Código de defesa do Consumidor – Cláusulas Abusivas – Função Social dos Contratos

Home-care: the medical prescription as guiding element to the solution of conflicts

Abstract: The study aims to analyze the so-called home-care, addressing the conflicts between health plan operators and consumers. It is an investigation of a descriptive and purposeful nature that aims to explain the reasons for positions of different nature: whether or not due to coverage. For the collection, bibliographical and documentary research is used. The discussion concerns the contractual exclusion of coverage and the reflection on clauses abusive and contrary to the objective good faith and social function of the contract. A systematic interpretation of the Consumer Defense Code and Law 9,656 / 98 is proposed in order to safeguard the interests of health plan beneficiaries. The conclusion is that along with the consumer protection system, medical prescription has been the preponderant and decisive factor to the success in lawsuits of this nature, according to the current jurisprudence.

Keywords: Health insurance - Home Health Care – Consumer Protection Code – Abusive Clauses – Social Functions of Contracts

Introdução

A manutenção em ambiente hospitalar sem que haja qualquer necessidade para tanto, longe de configurar um fator de segurança constitui, em verdade, situação de risco na medida em que o paciente, naturalmente debilitado pela doença de base, está sujeito a contrair infecções das mais diversas. Além do fator de risco, implica em todo um sofrimento aos familiares, que surge em razão de preocupações com a continuidade deste tratamento em domicílio. Como transcorrerá o restabelecimento de um paciente após a alta? Como lidar com as debilidades advindas de um AVC ou após uma cirurgia no período pós-hospitalar?

O familiar, muitas das vezes, não está preparado emocionalmente, nem tampouco tem

condições de receber o paciente, vendo-se impossibilitado de permitir sua remoção após alta médica. Isto se deve há alguns fatores, dentre eles, o alto custo da contratação de empresa especializada que possa assisti-lo em casa, a recusa das operadoras de plano de saúde em dar cobertura por ausência de previsão contratual, a idade avançada dos parentes mais próximos, ausência de familiares capazes de prestar auxílio, residência que não comporta cama ou equipamento necessário etc. Daí porque necessário debruçar o estudo sobre a assistência domiciliar, isto é, sobre o cabimento do chamado *home-care*, serviço prestado por empresa especializada que conta com equipes de médicos, enfermeiros e demais profissionais de saúde, distinguindo-o da mera atenção domiciliar, onde o paciente pode ser submetido a um cuidador de idosos ou familiar capacitado, porém, sem formação profissional.

O presente estudo tem como objetivo dirimir a controvérsia sobre a cobertura do procedimento à luz da legislação específica sobre a matéria e os preceitos do Código de Defesa do Consumidor, analisando os contrapontos e a prevalência de um sobre o outro.

Material e métodos

Trata-se de uma investigação de natureza descritiva e propositiva, pois visa explicitar as razões dos dois posicionamentos (obrigatoriedade e não obrigatoriedade) da cobertura do *home-care* pelas operadoras de plano de saúde e, ao final, apresentar a solução mais razoável segundo interpretação sistemática. Para a coleta, utiliza-se da pesquisa bibliográfica e documental. Para análise, fez-se a verificação da compatibilidade do conteúdo do discurso com o estatuído no sistema normativo positivo. Desconsideraram-se argumentos contextuais.

Resultados

Home-care é um termo de origem inglesa, que significa cuidados no lar. Surgido nos Estados Unidos na década de 80, veio para o Brasil na década seguinte. Conceitualmente, segundo a ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária, subdivide-se em Assistência Domiciliar, em que o paciente recebe cuidados semelhantes ao que receberia em um ambulatório; e Internação Domiciliar, em que o paciente recebe cuidados semelhantes ao que receberia em uma internação hospitalar [1]. Cingiremos os estudos a respeito da assistência domiciliar conceituada como o "conjunto de atividades de caráter ambulatorial, programadas e continuadas desenvolvidas em domicílio", conforme definição dada pela Resolução da Diretoria Colegiada da Anvisa – RDC 11 de 2006. A infraestrutura física e a forma de composição do Serviço de Atendimento Domiciliar - SAD foram previstas pela Resolução da Diretoria Colegiada da ANVISA nº. 50 de 2002. Trata-se de um serviço técnico e relevante à saúde e vida do paciente que, porém, não está devidamente tratado em lei, nem tampouco consta do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, que constituirão referência básica

dos procedimentos a serem oferecidos pelos planos de saúde, conforme regulamentação dada pela RN 387/15 da ANS, a teor do art. 4º, inciso III, da Lei nº. 9.961/2000.

A Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) informa ter recebido 1563 (mil quinhentos e sessenta e três) reclamações de beneficiários de planos de saúde sobre *home-care* nos últimos três anos, atingindo-se o percentual de 82% (oitenta e dois por cento) de resolutividade destas queixas. [2] Conforme crescente levantamento efetuado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, as decisões de primeira instância passaram de 42 (quarenta e duas) em 2012, para 565 (quinhentos e sessenta e cinco) em 2016. As decisões de segunda instância pularam de 347 (trezentos e quarenta e sete) para 651 (seiscentos e cinquenta e um) no mesmo período. Durante estes quatro anos, o número de empresas de *home-care* no Estado de São Paulo saltou de 138 (cento e trinta e oito) para 299 (duzentos e noventa e nove), números bastante significativos. [2]

Conforme Parecer Técnico nº 04/GEAS/GGRAS/DIPRO/2016 da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS , a Lei nº 9.656, de 1998 não inclui a assistência à saúde no ambiente domiciliar (*home-care*) entre as coberturas obrigatórias. Para uso domiciliar, a lei garante apenas o fornecimento de bolsas de colostomia, ileostomia e urostomia, sonda vesical de demora e coletor de urina com conector (art. 10-B). Além disso, a Lei deixa explícito que, nos casos de terapia medicamentosa, o fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar não está contemplado dentre as coberturas obrigatórias (art. 10, inciso VI), exceção feita apenas para os medicamentos antineoplásicos orais e para o controle de efeitos colaterais e adversos dos medicamentos antineoplásicos (art. 12, inciso I, alínea “c”, e inciso II, alínea “g”). [3]

Discussão

Como mencionado alhures, a judicialização do tratamento médico domiciliar denominado *home-care* é algo cada vez mais crescente. Para as operadoras de planos de saúde, as decisões judiciais que impõe este tipo de atendimento, a despeito da existência de cláusula de exclusão de cobertura e da ausência de imposição específica pela agência regulatória, oneram o plano de saúde, prejudicando a atividade econômica e gerando o desequilíbrio contratual.

Contudo, a teor da legislação verificada e da interpretação sistemática dos preceitos estabelecidos no Código de Defesa do Consumidor, com a Lei 9.656/98 e a própria Constituição Federal, é possível concluir, de forma indene de dúvida, que o *home-care* é um dever das operadoras de plano de saúde, ainda que não previsto contratualmente. Isto porque, inviabilizar o conjunto de atividades de caráter ambulatorial, programadas e continuadas desenvolvidas em domicilio implica para o consumidor em quebra do dever de lealdade, o que pode acarretar em violação a boa-fé

objetiva e à função social do contrato (arts. 421 e 422 do Código Civil). Trata-se de direito subjetivo do consumidor que se conecta ao princípio fundamental da dignidade humana (art. 1º, III, da CF) [4].

O Supremo Tribunal Federal ao analisar a questão específica do *home-care* em 2016, por ocasião do ARE 864423 AgR/RJ julgou ser incompetente por se tratar de matéria infraconstitucional [5]. O Superior Tribunal de justiça, por sua vez, tem entendimento pacífico no sentido de que o serviço de "home care" (tratamento domiciliar) constitui desdobramento do tratamento hospitalar contratualmente previsto que não pode ser limitado pela operadora do plano de saúde. Havendo prescrição médica, eventual recusa injustificada configura dano moral indenizável. [6] Ainda, estabelece o intérprete soberano da legislação infraconstitucional pátria que "a jurisprudência deste Tribunal Superior é uníssona no sentido de que é abusiva a cláusula restritiva de direito que exclui do plano de saúde terapia ou tratamento mais apropriado para determinado tipo de patologia alcançada pelo contrato" [7], bem como que: "o contrato de plano de saúde pode limitar as doenças a serem cobertas não lhe sendo permitido, ao contrário, delimitar os procedimentos, exames e técnicas necessárias ao tratamento da enfermidade constante da cobertura" [8]

No Estado de São Paulo, verificamos que os beneficiários do Instituto de Assistência Médica ao Servidor Público Estadual - IAMSPE, fazem jus ao referido tratamento, por meio do programa de Assistência Domiciliar, nos termos do artigo 72, inciso IV, do Decreto Estadual n.º 13.420/79. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao tratar das matérias no âmbito dos planos de saúde, editou a Súmula 90, na qual: “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.” Ancorado neste entendimento o judiciário vem autorizando a concessão da tutela provisória de urgência - probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo - conforme redação do art. 300, do CPC. A desospitalização, menores riscos de contágio e apoio familiar são incontestáveis. A controvérsia jurídica que remanesce diz respeito à sua aplicabilidade prática, isto é, sua abrangência, limitação e a real necessidade do paciente. Para tanto, verificamos julgado do TJ/SP que busca relativizar a prescrição médica remetendo-se a causa à produção probatória, notadamente a prova pericial, analisando-se caso a caso, dentre as hipóteses de assistência médica multidisciplinar ou de um cuidador de idosos ou familiar treinado. [9] Isto, para que profissionais de área de saúde, tais como médicos, enfermeiros, fisioterapeutas, nutricionistas etc., não sejam relegados, sem a necessária cognição exauriente e observância ao devido processo legal, a trocar fraldas de um idoso, proceder a simples mudança de decúbito ou ajudá-lo a se alimentar oralmente. Como já assinalou o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o *home-care* é a

transposição para o lar dos cuidados que o paciente teria caso ficasse internado no hospital. Deste modo, não é possível que no tratamento domiciliar o beneficiário possa gozar de maior cobertura do que aquela que teria no hospital, onde teria, inclusive, menos conforto e maior exposição a doenças do que em casa. O cuidador no regime doméstico faz as vezes do acompanhante no regime hospitalar. Não há motivo para que seja remunerado pelo plano de saúde, assim como o familiar do paciente, durante a internação, não é remunerado. [10]

Conclusão

O cuidador de idosos, por mais que esteja capacitado, não possui conhecimentos técnicos para atender as exigências do paciente. A prescrição médica é, pois, o elemento norteador para a concessão das tutelas de urgência do *home-care*. A cláusula contratual que exclua a cobertura é abusiva, já que se trata do desdobramento do tratamento hospitalar contratualmente previsto, assegurando-lhe a saúde e a vida, cujas expectativas são legítimas por se tratar da finalidade básica do contrato. Ressalva-se apenas que, por ser a prescrição médica elemento norteador e não puramente exclusivo, que se oportunize as partes a possibilidade em produzir outras provas, a fim de que se confira o mais amplo acerto quanto a abrangência, limitação e a necessidade ou não da manutenção das liminares concedidas.

Referências Bibliográficas

1.BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária [acesso em 25.09.17]. Disponível em: http://portal.anvisa.gov.br/documents/33852/449789/RDC+n%C2%BA+50+de+2002/da979f1b-9e83-4334-a556-2781df8eb83d

2.Collucci C. Disparam decisões que obrigam planos de saúde a oferecer serviço home care. São Paulo: Folha Digital; 11.04.2017

3. BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS

4.Marques CL. Saúde e responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde. São Paulo: ED. RT, 2009.

5. STF, ARE 864423 AgR/RJ, Relator Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, Julgamento 05/05/2015, DJe 21-05-2015.

6. STJ, AgInt no AREsp 1059299/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/06/2017, DJe 22/06/2017

7. STJ, AgRg no AREsp 488.347/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 18/09/2014, DJe 26/09/2014

8. STJ, AgRg no Ag 1355252/MG, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 24/06/2014, DJe 05/08/2014

9. TJ-SP - APL: 10605808220148260100 SP 1060580-82.2014.8.26.0100, Relator: James Siano, Data de Julgamento: 17/06/2015, 5ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 18/06/2015

10. TJ-SP; Apelação 0011980-28.2012.8.26.0032; Relator (a): Lucila Toledo; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Foro de Araçatuba - 3ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 25/06/2013; Data de Registro: 27/06/2013