

Negativa de cobertura de operadoras de planos de saúde para a realização da terapêutica prescrita pelo profissional de medicina (home care): um desrespeito ao ato médico no compromisso com a saúde e a qualidade de vida digna do ser humano?

*Andréia Maura Bertoline Rezende de Lima*¹
Juíza de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: 1. Introdução; 2. Caso prático (home care): o direito à saúde e à vida com dignidade; 3. O profissional de medicina: o defensor do cuidado em saúde e da qualidade de vida com dignidade; 4. O Código de Ética Médica: o profissional de medicina e o compromisso com a saúde, a vida e a dignidade do ser humano; 5. Conclusão; 6. Referências Bibliográficas.

Resumo: O direito à saúde é intrínseco ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana. A despeito dessa assertiva, as operadoras de planos de saúde são contumazes em negar a cobertura de terapêutica (tratamento domiciliar) indicada pelo médico ao paciente, sob o argumento de sua exclusão no contrato de adesão firmado entre as partes, cujas cláusulas são previamente estabelecidas. No campo do direito, a recusa pode ser revertida pelos tribunais, que interpretam as cláusulas contratuais da forma mais favorável ao segurado, de modo a reconhecer eventual abusividade, nos termos da lei consumerista. O presente artigo questiona, entretanto, se a negativa das operadoras dos planos de saúde constitui um desrespeito ao ato médico no compromisso com a saúde e a qualidade de vida digna do ser humano, uma vez que se trata de profissional habilitado para o exercício desse mister.

Palavras-chave: Tratamento Domiciliar (Home Care). Contrato de Adesão. Operadoras de Planos de Saúde. Profissional de Medicina. Saúde. Qualidade de Vida Digna.

Abstract: The right to health is intrinsic to the right to life and dignity of the human person. Despite this assertion, health plan operators are used to denying the therapeutic coverage (home treatment) indicated by the doctor to the patient, on the grounds that home treatment is excluded in the adherence agreement, with clauses previously established, signed between the parties. In the legal world, such refusal may be reversed by the courts, by interpreting contractual clauses in the most favorable light to the insured under consumer law, in order to correct possible abuses. The present article questions, however, if such refusal by the health plan operators constitutes disrespect to the medical order, since doctors are qualified professionals with commitment to health and a decent quality of life for human beings, exercising their profession.

¹ Doutora em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC/SP. Mestre em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC/SP. Especialista em Direito Processual Civil pela Escola Paulista da Magistratura. Professora do Curso de Especialização em Direito do Consumidor da Escola Paulista da Magistratura.

Keywords: Home Care. Adhesion Contract. Health Plan Operators. Medical Professional. Health. Decent Quality of Life.

1. Introdução

O trabalho tem por escopo a análise do exercício da profissão de médico no compromisso com a saúde, a vida e a dignidade do ser humano, ora paciente, diante do desequilíbrio que compromete a sua integridade físico-psíquica, social e espiritual.

O conhecimento técnico-científico do profissional habilitado para o exercício da profissão tem sofrido restrições por parte das operadoras dos planos de saúde, cuja interferência na terapêutica prescrita pode prejudicar o tratamento, bem como desestabilizar a relação de empatia, confiança e respeito a ser estabelecida entre médico, paciente e familiares.

A incidência do Código de Defesa do Consumidor é incontestável (Súmula 469 STJ), bem como a abusividade da cláusula contratual que, genericamente, exclui o *home care*, de modo a comprometer a boa-fé objetiva, o dever de informação e a transparência que devem permear o contrato firmado entre as partes.

O trabalho em comento, entretanto, aborda a questão afeta ao exercício do profissional da medicina diante das restrições impostas pelas operadoras dos planos de saúde, o que não é comumente enfrentado na esfera jurídica, salvo quando se trata de responsabilidade civil do médico, que não será apreciada nesta oportunidade.

Assim sendo, partindo de um caso concreto analisado e julgado pela Quarta Turma do colendo Superior Tribunal de Justiça, em 15 de dezembro de 2016, cujo relator foi o Ministro Luiz Felipe Salomão, será abordado o exercício da profissão de médico, que deve ter garantida a liberdade de exercê-la sem qualquer intervenção ou regulamentação das operadoras dos planos de saúde, que podem estabelecer, previamente, as doenças a serem cobertas; porém, não podem interferir e tampouco escolher a terapêutica a ser adotada.

Ato contínuo, tratar-se-á dos direitos e deveres do médico no compromisso com a dignidade do ser humano, previstos no *Código de Ética Médica* - CEM (Resolução do Conselho Federal de Medicina, de 7 de setembro de 2009), que orientam o profissional no exercício de seu mister e contribuem para uma atuação humanizada em busca da cura ou, ao menos, da amenização da dor e do sofrimento.

2. Caso prático (*home care*): o direito à saúde e à vida com dignidade

AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 987.203 - RJ
(2016/0249388-5)

RELATOR: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO
AGRAVANTE: UNIMED SAO GONCALO NITEROI SOC COOP SERV MED
HOSP LTDA
ADVOGADOS: BRENO BRANT GONTIJO - DF036719
GABRIELE CRISTINA AZEVEDO REIS - RJ173393
GUSTAVO SICILIANO CANTISANO E OUTRO(S) - RJ107157
AGRAVADO: JACYRA DE SOUZA GOMES

REPR. POR : MARTA DE SOUZA GOMES - CURADOR
ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. TRATAMENTO MÉDICO DOMICILIAR (HOME CARE). CLÁUSULA CONTRATUAL OBSTATIVA. ABUSIVIDADE. DECISÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM EM CONSONÂNCIA COM O ENTENDIMENTO DESTA CORTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83/STJ.

1. “A jurisprudência do STJ tem entendimento firmado no sentido de ser abusiva a cláusula contratual que exclui tratamento prescrito para garantir a saúde ou a vida do segurado, porque o plano de saúde pode estabelecer as doenças que terão cobertura, mas não o tipo de terapêutica indicada por profissional habilitado na busca da cura. Precedentes. Incidência da Súmula 83/STJ”. (AgRg no AREsp 734.111/DF, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 03/02/2016).

2. Agravo interno não provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti (Presidente), Antonio Carlos Ferreira e Marco Buzzi votaram com o Sr. Ministro Relator. Brasília (DF), 15 de dezembro de 2016(Data do Julgamento)

MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO
Relator

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

1. Trata-se de agravo interno interposto por UNIMED SAO GONCALONITEROI SOC COOP SERV MED HOSP LTDA. contra decisão de fls. 327/330, na qual este relator negou provimento ao agravo em recurso especial, ante a incidência da Súmula 83/STJ.

Em suas razões (fls. 339/348), a parte agravante repisa as razões do recurso especial, sustentando ser possível a limitação e particularização dos riscos a serem assumidos nos contratos de saúde. Salienta que “a negativa da demandada teve como base cláusula contratual expressa e válida, claramente estabelecida no contrato”.
E continua:

Muito claramente, a cláusula do contrato de seguro celebrado pelas partes se insere nesse contexto, pois sua estipulação encontra

fundamento legal expresso no art. 757 do Código Civil, de acordo com o qual o segurador só responde pelos riscos particularizados, ou não limitados, na apólice.

Enfatiza que a assistência domiciliar é cobertura não obrigatória. Requer a reconsideração da decisão ou o provimento do agravo. Impugnação juntada às fls. 358/363. É o breve relatório.

2. O agravo interno não merece acolhida.

Sobre o fornecimento de atendimento domiciliar a ser realizado pelo plano de saúde, o Tribunal de origem assim consignou:

Transcrevo, ainda, os fundamentos pelos quais neguei seguimento ao apelo: “Extrai-se dos autos que a autora é idosa, estava acometida de doença grave e lhe foi recomendada a internação domiciliar pelo médico responsável, conforme se extrai do relatório de fl. 14 (indexador 15). O objetivo do serviço de internação domiciliar está ligado, necessariamente, com a obrigação de restabelecer ou procurar restabelecer, através dos meios técnicos possíveis, a saúde do paciente, sendo uma alternativa (mais humanizada) para aquele que tem indicação médica de internação hospitalar.

O sistema de home care equivale a uma internação, na qual se proporciona ao paciente tratamento semelhante ao que receberia se estivesse nas dependências do hospital, com a distinção de que o paciente é removido para seu domicílio, no qual é mantido com cuidados médicos a menor custo e sem riscos adicionais à saúde.

A ré admite a recusa na autorização para o fornecimento do serviço, alegando exclusão expressa no contrato. Ora, se o trato da moléstia do paciente não está excluído pelo contrato, negar o serviço domiciliar significa negar a proteção contratual, porque a internação hospitalar para o mesmo fim, se fosse recomendada pelo médico, a seguradora não negaria.

Em geral, o contrato celebrado entre as empresas operadoras de plano/seguro saúde e os beneficiários é de adesão, cujas cláusulas predeterminadas impedem aos contratantes discutir seus termos, conteúdo e obrigações.

Registre-se, de logo, que as normas previstas no Código de Defesa do Consumidor, sobretudo em seu artigo 4º, que assegura a boa-fé objetiva, bem como o artigo 51, que impõe às partes o dever de cuidado, de modo a garantir que o contrato atinja o fim desejado. A cláusula contratual de exclusão genérica de cobertura de “home care” viola o Código de Defesa do Consumidor, além de violar o princípio do equilíbrio contratual, que afasta as cláusulas excessivamente onerosas, ou das quais não teve exata ciência uma das partes.

Nas relações de consumo, os contratos devem receber interpretação mais favorável ao consumidor, deixando de ser obrigatório se a este não for dada a oportunidade de conhecer precisamente o seu conteúdo, ou forem redigidos de forma a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance, nos termos do artigo 47 do CDC.

Assim, se o plano de saúde cobre internação hospitalar, a recusa da ré em fornecer o tratamento de que necessitava a autora, nos exatos moldes solicitados pelo profissional médico, equivale a negar o próprio atendimento médico contratado, demonstrando a sua abusividade.

Em se tratando de responsabilidade objetiva, cabia a ré a comprovação da existência de uma das causas excludentes de sua responsabilidade, na forma do artigo 14, § 3º do CDC, ônus do qual não se desincumbiu, restando patente a falha na prestação do serviço. [...]”.

Com efeito, em que pese aos argumentos utilizados, o Tribunal estadual adotou posicionamento em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior, que se firmou no sentido de que, em se tratando de contrato de adesão submetido às regras do CDC, a interpretação das cláusulas deve ser feita da maneira mais favorável ao consumidor, bem assim devem ser consideradas abusivas as cláusulas que visam restringir procedimentos médicos essenciais para a saúde do segurado. Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. TRATAMENTO HOME CARE. RECUSA INJUSTIFICADA. ABUSIVIDADE. DANO MORAL IN RE IPSA. CONFIGURAÇÃO. REVISÃO DO VALOR. QUANTUM INDENIZATÓRIO RAZOÁVEL. PRECEDENTES. INCIDÊNCIA DA SÚMULAS NºS 7 E 83 DO STJ. DECISÃO MANTIDA.

1. As instâncias ordinárias, cotejando o acervo fático-probatório, concluíram que a recusa injustificada de cobertura a tratamento home care à beneficiária deu ensejo a indenização por dano moral.

2. Entende-se por abusiva a cláusula contratual que exclui tratamento prescrito para garantir a saúde ou a vida do beneficiário, porque o plano de saúde pode estabelecer as doenças que terão cobertura, mas não o tipo de terapêutica indicada por profissional habilitado na busca da cura. [...]

6. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 725.203/RJ, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/9/2015, DJe 24/9/2015)

RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. SERVIÇO DE HOME CARE. COBERTURA PELO PLANO DE SAÚDE. DANO MORAL.

1 - Polêmica em torno da cobertura por plano de saúde do serviço de “home care” para paciente portador de doença pulmonar obstrutiva crônica.

2 - 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.

3 - Na dúvida, a interpretação das cláusulas dos contratos de adesão deve ser feita da forma mais favorável ao consumidor. Inteligência do enunciado normativo do art. 47 do CDC. Doutrina e jurisprudência do STJ acerca do tema.

4 - Ressalva no sentido de que, nos contratos de plano de saúde sem contratação específica, o serviço de internação domiciliar (home care) pode ser utilizado em substituição à internação hospitalar, desde que observados certos requisitos como a indicação do médico assistente, a concordância do paciente e a não afetação do equilíbrio contratual nas hipóteses em que o custo do atendimento domiciliar por dia supera o custo diário em hospital.

5 - Dano moral reconhecido pelas instâncias de origem. Súmula 07/STJ.

6 - RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (REsp 1.378.707/RJ, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/5/2015, DJe 15/6/2015 - sem grifo no original)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTIGOS 458, II, E 535 DO CPC. PRAZO PRESCRICIONAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA DATA DA RECUSA DO PAGAMENTO PELA SEGURADORA. SÚMULA 7/STJ. TRATAMENTO HOME CARE. RECUSA INDEVIDA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

(...)

3. De acordo com a orientação jurisprudencial do STJ, o plano de saúde pode estabelecer as doenças que terão cobertura, mas não o tipo de tratamento utilizado para a cura de cada uma, sendo abusiva a cláusula contratual que exclui tratamento domiciliar quando essencial para garantir a saúde ou a vida do segurado.

4. Agravo regimental não provido. (AgRg no Ag 1.325.939/DF, Relator o Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 3/4/2014, DJe 9/5/2014)

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. COBERTURA. ABUSIVIDADE DA CLÁUSULA CONTRATUAL. MEDICAMENTO AMBULATORIAL OU DOMICILIAR.

1.- A jurisprudência desta Corte é no sentido de que o plano de saúde pode estabelecer as doenças que terão cobertura, mas não o tipo de tratamento utilizado para a cura de cada uma delas.

2.- “É abusiva a cláusula contratual que determina a exclusão do fornecimento de medicamentos pela operadora do plano de saúde tão somente pelo fato de serem ministrado em ambiente ambulatorial ou domiciliar.” (AgRg no AREsp 292.901/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe 04/04/2013).

3.- Agravo Regimental improvido. (AgRg no AREsp 300.648/RS, Relator o Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/4/2013, DJe 7/5/2013)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO DESTINADO À QUIMIOTERAPIA MINISTRADA EM AMBIENTE DOMICILIAR. RECUSA. CLÁUSULA ABUSIVA. DECISÃO MANTIDA.

1. Inexiste afronta ao art. 535 do CPC quando o acórdão recorrido analisou todas as questões pertinentes à solução da lide, pronunciando-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos.

2. *É abusiva a cláusula contratual que exclui da cobertura do plano de saúde o fornecimento de medicamento para quimioterapia tão somente pelo fato de ser ministrado em ambiente domiciliar. Precedentes.*

3. *Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 147.376/SP, Relator o Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 6/12/2012, DJe 14/12/2012)*

Desse modo, considerando que a decisão hostilizada encontra-se em consonância com a jurisprudência desta Casa, inarredável a incidência da Súmula 83/STJ.

Importante frisar ainda que, mesmo nos casos de expressa exclusão da cobertura do serviço de home care, esta Corte tem reconhecido a abusividade dessa cláusula contratual, conforme se verifica dos seguintes julgados:

RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. SERVIÇO DE HOME CARE. COBERTURA PELO PLANO DE SAÚDE. DANO MORAL.

1 - *Polêmica em torna da cobertura por plano de saúde do serviço de “home care” para paciente portador de doença pulmonar obstrutiva crônica.*

2 - *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.*

3 - *Na dúvida, a interpretação das cláusulas dos contratos de adesão deve ser feita da forma mais favorável ao consumidor. Inteligência do enunciado normativo do art. 47 do CDC. Doutrina e jurisprudência do STJ acerca do tema.*

4 - *Ressalva no sentido de que, nos contratos de plano de saúde sem contratação específica, o serviço de internação domiciliar (home care) pode ser utilizado em substituição à internação hospitalar, desde que observados certos requisitos como a indicação do médico assistente, a concordância do paciente e a não afetação do equilíbrio contratual nas hipóteses em que o custo do atendimento domiciliar por dia supera o custo diário em hospital.*

5 - *Dano moral reconhecido pelas instâncias de origem. Súmula 07/STJ.*

6 - **RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.** (REsp 1.378.707/RJ, Relator Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/5/2015, DJe 15/6/2015)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTIGOS 458, II, E 535 DO CPC. PRAZO PRESCRICIONAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA DATA DA RECUSA DO PAGAMENTO PELA SEGURADORA. SÚMULA 7/STJ. TRATAMENTO HOME CARE. RECUSA INDEVIDA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. *Não há ofensa aos artigos 458, II, e 535 do CPC, se o Tribunal dirimiu as questões que lhe foram submetidas e apresentou os fundamentos nos quais suportou suas conclusões, e manifestou-se expressamente acerca dos temas necessários à integral solução da lide.*

2. *Firmado no acórdão estadual que a Seguradora não se incumbiu de “demonstrar as datas em que, inequivocamente, a segurada teve seus*

pedidos de pagamentos de despesas negados”, termo a partir do qual se iniciaria o lapso prescricional, o exame da irresignação recursal esbarra na Súmula 7 do STJ.

3. De acordo com a orientação jurisprudencial do STJ, o plano de saúde pode estabelecer as doenças que terão cobertura, mas não o tipo de tratamento utilizado para a cura de cada uma, sendo abusiva a cláusula contratual que exclui tratamento domiciliar quando essencial para garantir a saúde ou a vida do segurado.

4. Agravo regimental não provido. (AgRg no Ag 1.325.939/DF, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 3/4/2014, DJe 9/5/2014 - sem grifo no original)

Por fim, é assente neste Tribunal Superior o entendimento de considerar que “a exclusão de cobertura de determinado procedimento médico/hospitalar, quando essencial para garantir a saúde e, em algumas vezes, a vida do segurado, vulnera a finalidade básica do contrato” (REsp n. 183.719/SP, Relator o Ministro Luis Felipe Salomão, DJe de 13/10/2008).

3. Ante o exposto, nego provimento ao agravo interno.

É como voto.

Negado provimento ao recurso interposto pelo plano de saúde, com farto embasamento jurídico, observa-se, nas entrelinhas, a polêmica do livre exercício da profissão de médico, pois, ao recusar determinada terapêutica prescrita, a conduta da operadora do plano de saúde pode significar a recusa do atendimento médico previamente contratado e do qual o paciente, ora consumidor, carece de recebimento.

Não se trata de apoiar prescrições ilimitadas ou desprovidas de qualquer fundamento, pois não é crível que um profissional habilitado para o exercício da profissão de médico negligencie o direito à saúde e à qualidade de vida com dignidade do ser que lhe confia o seu bem mais valioso, denominado vida.

3. O profissional de medicina: o defensor do cuidado em saúde e da qualidade de vida com dignidade

Nos primórdios da civilização, a medicina foi influenciada pela religião e pela magia. O desequilíbrio (doença) que acometia o ser humano era considerado uma consequência de eventual pecado por ele cometido, que acarretava a punição dos deuses ou um feitiço de um rival.

Os tratamentos realizados utilizavam os recursos disponíveis na natureza, principal aliada do homem primitivo, uma vez que dela retirava o seu sustento e de sua família, bem como o essencial à cura da moléstia, de modo a manter a sua qualidade de vida digna.

No decorrer do tempo, a tecnologia da informação se tornou uma ferramenta de grande valia para o aprimoramento e o aparelhamento de ponta dos serviços de saúde privados disponibilizados no mercado de consumo; porém, a acuidade diagnóstica onerou a sua utilização pelo consumidor ao mesmo tempo que intensificou a sua vulnerabilidade diante do desequilíbrio que o acomete.

É nesse momento que o profissional de medicina exerce importante atuação como defensor da saúde do paciente e da qualidade de vida com dignidade. Essa atuação,

todavia, não deve receber interferência das operadoras dos planos de saúde quando lastreada no conhecimento técnico-científico do profissional fundamentado na utilização coerente dos recursos disponíveis para um determinado diagnóstico.

Ao profissional cabe informar com transparência o serviço a ser prestado, bem como proceder à tomada de decisões compartilhadas com o paciente, se possível, ou com seus familiares. Nessa linha de pensamento, impende conceituar o tratar e o cuidar, relacionando-se o primeiro diretamente ao conhecimento técnico-científico do médico ao passo que o cuidar envolve o ser na sua integralidade, centrando a preocupação na pessoa do paciente, suas necessidades e angústias.

Elma Zoboli (*apud* BERTACHINI; PESSINI, 2011, p. 64), ao discorrer sobre o tratar e o cuidar ensina:

No “tratar”, o paciente reduz-se a um diagnóstico feito por um profissional da saúde que se relaciona com um “número de leito”. Trata-se de apenas mais um caso. [...]

No mote do “cuidar”, o profissional da saúde presta atenção global e continuada a um doente, que é, antes de tudo, uma pessoa, um ser único e insubstituível. O trabalho centra-se em prover atenção ao que a pessoa necessita, e não somente ao requerido pela doença. O paciente não é só um caso a mais, mas uma pessoa única, singular, em uma situação particular e que carece e merece ser assistida de maneira individualizada, integral e respeitosa.

Alicerçar uma relação intersubjetiva, que fortaleça a capacidade de interação entre a atuação profissional e a atuação interpessoal humanizada, é de suma importância. O médico e o paciente, muito embora sejam sujeitos dotados de autonomia nessa relação, tornam-se parceiros na busca pela solução mais adequada, funcional e eficiente para tratar do mal que os aflige.

O tratar e o cuidar alicerçam os laços de dignidade, do respeito, do acolhimento e da compreensão do outro e de sua fragilidade, tornando-se o diferencial da prestação de serviços de saúde (pública ou privada) com qualidade:

‘Cuidado em saúde’ é o tratar, o respeitar, o acolher, o atender o ser humano em seu sofrimento - em grande medida fruto de sua fragilidade social -, mas com a qualidade e resolutividade de seus problemas. O ‘cuidado em saúde’ é uma ação integral fruto do ‘entre-relações’ de pessoas, ou seja, ação integral como efeitos e repercussões de interações positivas entre usuários, profissionais e instituições, que são traduzidas em atitudes, tais como: tratamento digno e respeitoso, com qualidade, acolhimento e vínculo².

Ao primar pela qualidade do serviço a ser prestado, o ‘cuidado em saúde’ favorece a conquista da confiança do paciente no profissional que o assiste, o qual, por sua vez, desenvolve a capacidade de entender o outro com ternura e compaixão. A linguagem

² PINHEIRO, Roseni. Cuidado em Saúde. In: Dicionário da Educação Profissional em Saúde. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2009. Disponível em: <https://bit.ly/2l74m4v>. Acesso em: 27 abr. 2016.

clara e precisa permeia o diálogo entre as partes, transpondo os obstáculos do primeiro contato, prosseguindo com receptividade e serenidade.

O ‘cuidado em saúde’ interpreta o que o outro quer expressar, pois prima pelo acolhimento e estabelecimento de um vínculo seguro. O paciente desnuda-se perante o profissional, que, com respeito e sensibilidade, procura desvendar o que está oculto nos recônditos da sua alma que possa esclarecer o desequilíbrio que o incomoda.

A respeito, preleciona Bernard Lown (2011, p. 13) que o exercício da medicina deve agregar a arte com a ciência, a saber:

[...] a melhor cura será aquela que casar a arte com a ciência, quando corpo e espírito forem examinados juntos. Somente quando os médicos sabem aquilatar o destino do paciente como seu semelhante, transido de medo e de dor, podem atingir a individualidade única de cada ser humano. Então, o doente torna-se algo mais que o mal de que sofre. Esse comprometimento mais amplo aviva as brasas da imaginação clínica, afia a precisão do julgamento e ajuda a sobrepujar a agonia das decisões.

Dentre os princípios da bioética (autonomia, beneficência, não maleficência e justiça) destacam-se neste trabalho a **beneficência** e a **não maleficência**. À luz da beneficência, o médico deve priorizar o máximo de benefícios e o mínimo de prejuízos diante das possibilidades existentes para tratar e cuidar do paciente³.

O conhecimento técnico-científico do profissional deve aliar-se à sua conduta ética e consciente para a análise apurada do caso clínico concreto diagnosticado, contrapesando os benefícios de um determinado tratamento ou intervenção e os prováveis malefícios, cujas sequelas poderão tornar-se irreversíveis.

A **não maleficência**, por seu turno, deriva do aforismo hipocrático *primum non nocere* (primeiro não prejudicar), ou seja, a conduta do profissional de medicina requer o mínimo de prejuízo a ser causado ao paciente.

Nesse diapasão, o médico deve primar pelo máximo de cautela ao proceder à hipótese diagnóstica, seguida do prognóstico e posterior escolha compartilhada com o paciente ou familiares do tratamento a ser realizado, sem descartar a análise e informação adequada dos riscos e efeitos colaterais nocivos à saúde do paciente, respeitando a sua autonomia ou de seu representante legal no que tange à adesão.

A respeito, é de bom alvitre mencionar o artigo 15 do Código Civil⁴, que é inconteste ao dispor que o paciente não pode sofrer qualquer constrangimento que o conduza à aceitação de tratamento médico ou intervenção cirúrgica que exponha sua vida em risco.

Há exceção à regra no que tange ao paciente em situação que altere o nível de consciência (coma) ou exposto à iminente risco de morte, impossibilitando-o de manifestar a sua vontade. Nesses casos, o médico não pode se escusar do dever de decidir, não obstante ser-lhe vedado o desrespeito ao direito do paciente ou de seu representante

³ PRINCÍPIOS bioéticos: a autonomia, não-maleficência, beneficência, justiça e equidade. Centro de Bioética do Cremesp, São Paulo, 1 out. 2001. Disponível em: <https://bit.ly/2IP1VJ7>. Acesso em: 20 abr. 2014.

⁴ Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

legal de, livremente, escolher qual a prática diagnóstica ou terapêutica que considera mais conveniente, nos termos do art. 31 do *Código de Ética Médica*⁵.

A propósito, destaca-se a VI Jornada de Direito Civil STJ ao tratar da Parte Geral do Código Civil:

533. O paciente plenamente capaz poderá deliberar sobre todos os aspectos concernentes a tratamento médico que possa lhe causar risco de vida, seja imediato ou mediato, salvo as situações de emergência ou no curso de procedimentos médicos cirúrgicos que não possam ser interrompidos.

Na hipótese sob exame, o tratamento domiciliar denominado *home care* foi prescrito pelo médico à paciente idosa portadora de doença grave e, segundo se depreende do V. Acórdão, o profissional considerou ser uma alternativa para evitar a internação hospitalar indicada, cujos fatores de risco não podem ser desprezados, uma vez que o paciente se encontra exposto à infecções no ambiente hospitalar, que podem ser nocivas à sua saúde, considerando o seu quadro clínico.

Ademais, em consonância com o Estatuto do Idoso, este goza de todos os direitos fundamentais intrínsecos à pessoa humana, sendo-lhe assegurado por lei ou outros meios, todas as oportunidades e facilidades de preservação de sua saúde física e mental (art. 2º, da Lei nº 10.741/2003)⁶. O artigo 3º, caput⁷, da mencionada lei, por sua vez, impõe à família, à comunidade, à sociedade e ao Poder Público a obrigação de garantir ao idoso, com prioridade absoluta, a efetivação do *direito à vida e à saúde, entre outros*.

Genival Veloso de França (2010, p. 124), ao tratar da boa relação médico-paciente e familiares, anota que a internação hospitalar deve ser uma exceção, a saber:

A boa relação médico-paciente-família é também levar à população a necessidade de desospitalizar a assistência médica, deixando a internação como recurso de exceção, dando-se prioridade ao tratamento ambulatorial ou domiciliar, não só como modalidade mais econômica, mas como forma racional e honesta de cura.

A ratificar o disposto ápice, tem-se a Súmula 90 do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: “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”.

O contrato firmado entre as partes não pode se sobrepor aos direitos fundamentais à vida, à saúde e à dignidade da pessoa humana, sob pena de se tornar a Carta Magna uma letra morta. Desde que fundamentada a indicação médica, com a concordância do paciente ou familiares, se o caso, e com custo menor, sem perder a qualidade e o atendimento

⁵ Art. 31. É vedado ao médico: Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte.

⁶ Art. 2º. O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

⁷ Art. 3º., caput. 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.

a ser prestado, não cabe à operadora do plano de saúde discordar e tampouco deixar a cargo do Poder Judiciário a decisão de seu deferimento.

A respeito, em pesquisa realizada pelo Observatório da Judicialização da Saúde Suplementar do Departamento de Medicina Preventiva da Universidade de São Paulo (USP), sob a coordenação do Dr. Mário Scheffer, foram analisadas 4.259 decisões do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), no período entre 2013/2014, sendo observado que a exclusão de cobertura lidera as ações ajuizadas contra planos de saúde, totalizando 47,67%⁸.

A situação é caótica, não sendo aceitável que a atuação consciente do profissional de medicina lastreada na anamnese e exame físico do paciente, bem como na análise de exames complementares, possa ser rechaçada num momento de extrema fragilidade. O 'cuidado em saúde' constitui um comprometimento do profissional de medicina com a dignidade do ser humano que assiste, de modo a conduzir a sua conduta com ética, misericórdia e compaixão pelo próximo.

4. O Código de Ética Médica: o profissional de medicina no compromisso com a saúde, a vida e a dignidade do ser humano

A Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS), que compreende o organismo sanitário internacional integrante da Organização das Nações Unidas, em seu preâmbulo preceitua que:

A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade. Gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social [...]

Nicola Abbagnano (2007, p. 1026), com percuciência, ao conceituar saúde afasta a mera definição de ausência de doença para analisar o ser humano em sua totalidade:

É a condição de bem-estar da pessoa nas suas diferentes funções: físicas, mentais, afetivas e sociais; não se identifica com a simples ausência de doença, mas com a plena eficiência de todas as funções: orgânicas e culturais, físicas e relacionais. Enquanto a Saúde da alma foi sempre objeto da filosofia, o mesmo não ocorre com a Saúde do corpo. Atualmente, graças ao desenvolvimento da filosofia da medicina, à nova cultura da corporeidade, à reconsideração da Saúde como condição de bem-estar geral e à política do Estado Social que insere a Saúde entre os direitos humanos, a Saúde apresenta-se como questão também filosófica que propõe uma série de problemas teóricos, éticos e sanitários.

A definição de saúde prima pelo completo bem-estar do ser humano, de modo que não se restringe única e exclusivamente ao campo das ciências da saúde, que têm por escopo o seu cuidado e a prevenção de moléstias. O ser humano é observado na sua integralidade enquanto ser único e membro de uma comunidade.

⁸ Disponível em <https://bit.ly/2Eep8rq>. Acesso em: 15 ago. 2017.

Nesse aspecto, as necessidades vitais do ser e da coletividade são interligadas e a conduta do profissional de medicina torna-se um compromisso de atuação ética visando o bem comum, conforme assenta Genival Veloso de França (2010, p. 1) ao tratar do *Código de Ética Médica* (Resolução do Conselho Federal de Medicina-CFM, de 7 de setembro de 2009):

[...] não deve representar apenas um repositório de artigos da “ética codificada”, disciplinando a essência e a natureza da conduta médica, mas, antes e acima de tudo, um compromisso do médico em favor da sociedade e, em particular, do ser humano, como quem conscientemente assume uma dívida no interesse superior do conjunto da comunidade.

Ao assumir um compromisso com o ser humano e a sociedade, o profissional de medicina não o faz isoladamente, sendo necessário que disponha de uma infraestrutura (pública ou privada) que possibilite condições mínimas para o atendimento do paciente, a iniciar pela consulta.

O primeiro contato do paciente com o médico, na maioria dos casos, é a consulta médica, que requer tempo e dedicação do profissional para que possa conhecer o paciente, de modo a obter informações acerca do seu histórico de saúde (anamnese).

Ato contínuo, proceder-se-á ao exame físico, que deve ser realizado pessoalmente pelo médico a fim de que seja possível tocar o paciente e senti-lo, prescrevendo-lhe o tratamento ou outros procedimentos, exceto nos casos de urgência ou emergência ou de impossibilidade de realizá-lo, desde que com a devida comprovação. Cessado o impedimento, deverá proceder ao exame de imediato (artigo 37 do CEM)⁹.

A relação entre as partes deve primar pelo respeito e confiança do paciente na pessoa do profissional que o atende. Portanto, cabe ao médico estipular o tempo que entender necessário para o atendimento do paciente, muito embora possa parecer inviável do ponto de vista do lucro almejado pelas operadoras dos planos de saúde.

Definido o diagnóstico e uma vez efetuado o prognóstico de eventual moléstia, compete ao profissional no trato com o paciente ou familiares os esclarecimentos adequados ao caso concreto, bem como a exposição dos procedimentos disponíveis para tratamento.

O momento é delicado e o profissional não pode ser pressionado pela operadora do plano de saúde a decidir de modo desfavorável ao paciente, até porque, entre os princípios fundamentais integrantes do *Código de Ética Médica*, a saúde do ser humano é destacada como o escopo precípua da atenção do médico, para quem deverá atuar com extremo cuidado oferecendo o melhor de sua capacidade profissional (II)¹⁰.

A tarefa é árdua frente aos obstáculos a serem transpostos para o exercício da profissão com autonomia de decisão em prol do ser humano, uma vez que é vedado ao médico deixar de utilizar todos os meios ao seu dispor e cientificamente reconhecidos em benefício do paciente (art. 32 do CEM)¹¹.

⁹ Art. 37. Prescrever tratamento ou outros procedimentos sem exame direito do paciente, salvo em casos de urgência ou emergência e impossibilidade comprovada de realizá-lo, devendo, nesse caso, fazê-lo imediatamente após cessar o impedimento.

¹⁰ II- O alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional.

¹¹ Art. 32. Deixar de usar todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento, cientificamente reconhecidos e a seu alcance, em favor do paciente.

A sensatez e a prudência devem nortear a conduta do profissional que zela pela vida do ser humano, que tem o direito à existência com dignidade e qualidade.

Nas palavras de Kildare Gonçalves Carvalho (2011, p. 639):

O primeiro direito do homem consiste no direito à vida, condicionador de todos os demais. Desde a concepção até a morte natural, o homem tem o direito à existência, não só biológica como também moral (A Constituição estabelece como um dos fundamentos do Estado a “dignidade da pessoa humana” - art. 1, III).

A preocupação com a saúde e a vida do ser humano é inconteste para o profissional de medicina, pois, nas sábias lições do mestre italiano Pietro Perlingieri (2008, p. 773-775):

[...] É redutivo individual o conteúdo do chamado direito à saúde no respeito da integridade física, e isto por duas razões: a saúde é também psíquica, pois a pessoa é unidade psicofísica indissolúvel, não é apenas aspecto estático e individual, mas se reconduz ao desenvolvimento sadio e livre da pessoa, constituindo por isso um todo com ela mesma. Na mesma perspectiva civil-constitucional, também seria restritiva a concepção do direito à saúde como direito do homem à assistência sanitária, vista como posição jurídica em relação à máquina do Estado. A saúde assume importância também nas relações intersubjetivas, como parâmetro da licitude e da ilicitude dos comportamentos e do merecimento de tutela da atividade humana. É uma noção que pode ser expressa não apenas do ponto de vista estritamente sanitário, mas também daquele comportamental, social e ambiental. A saúde se apresenta como um aspecto inseparável da pessoa, qual valor unitário, ela, embora prevista autonomamente em nível constitucional (art. 32), deve ser considerada juntamente com a norma que, como princípio geral, reconhece e garante os direitos do homem com exclusão de qualquer taxatividade ou tipicidade deles (arts. 2 e 3, § 2, Const.). Trata-se de dar um fundamento único para cada exigência da pessoa. A tutela da dignidade deve se realizar em relação a todos os aspectos, sem que com isso se deva traduzir na mesma situação de vantagem e na noção de direito subjetivo. A diversidade dos interesses fundamentais do homem não se traduz em uma pluralidade de direitos fundamentais diversificados por conteúdo e por disciplina. O próprio interesse à saúde, indissolúvel daquele do livre desenvolvimento da pessoa, pode se apresentar sob várias formas, assumindo relevância e configurações diversas, conforme seja entendido como direito à assistência sanitária, à salubridade do meio ambiente, à integridade física ou mental, conforme seja realizado mediante o esquema do interesse diretamente protegido ou aquele do poder jurídico (potestà) e, portanto, do interesse legítimo. O que importa é o valor da pessoa entendido unitariamente.

A conduta ética do profissional deve permear o ato médico e a vida humana com dignidade e preponderar sobre o interesse econômico das operadoras dos planos de saúde. No caso sob análise, não se trata de discordar da obtenção de lucro das operadoras de planos de saúde, cujo faturamento, segundo afirmação da Agência

Nacional de Saúde Suplementar (ANS), aumentou 70,6% em 2016, comparado com o exercício anterior¹².

De todo o exposto, denota-se que o ato médico em questão objetivou evitar a segregação hospitalar de uma paciente idosa, cujo quadro clínico apresentava condições de receber tratamento domiciliar.

A indicação terapêutica com responsabilidade, sensatez e respeito ao próximo não pode ser descartada pelas operadoras de planos de saúde e tampouco desconsiderada pelo Poder Judiciário, pois, nas palavras de Zygmunt Bauman (1997, p. 80), “Os deveres tendem a fazer os humanos iguais; a responsabilidade é o que os fazem indivíduos”.

5. Conclusão

A negativa de cobertura de operadoras de planos de saúde tem favorecido o ajuizamento de ações individuais pleiteando junto ao Poder Judiciário a reversão da decisão em favor do segurado consumidor, o que contribui para o aumento desenfreado do fenômeno denominado judicialização da saúde.

A vulnerabilidade do segurado consumidor é incontestante diante das operadoras de planos de saúde, que se utilizam de todos os artifícios que possam eximi-las do cumprimento de suas obrigações contratuais, num momento de extrema fragilidade do consumidor, que necessita da prestação do serviço contratado.

No entendimento da Superior Instância, observa-se que a garantia do direito à saúde e à vida do ser humano prepondera sobre o contrato de adesão que exclui determinadas coberturas, entre elas o tratamento domiciliar (*home care*).

Nessa linha, e uma vez que a questão jurídica foi enfrentada pela Superior Instância com serenidade e respeito ao consumidor, o presente artigo versou sobre a posição do profissional de medicina, cuja prescrição de determinada terapêutica direcionada ao caso clínico concreto objetivou o resguardo da saúde e da vida do paciente, no caso, idoso, com a minimização dos riscos de infecção hospitalar, bem como a possibilidade de ‘cuidado em saúde’ junto ao convívio familiar.

Além de assegurar a efetivação do direito à saúde e à vida do idoso, o que constitui um dever da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público, o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003) também prevê o gozo de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, de modo a preservar sua saúde física e mental, entre outros, com respeito e dignidade.

Se o médico tem o dever de zelar pela saúde do ser humano, a fim de que este possa gozar de uma qualidade de vida digna até o final, a sua conduta ética não pode ser desrespeitada pelas operadoras dos planos de saúde sem justificativa plausível, sob pena do tratamento ser prejudicado, colocando em risco a vida do paciente.

O exercício da profissão de médico não se restringe apenas e tão somente ao ato de ‘tratar’ o paciente, estabelecendo o diagnóstico e prognóstico de uma doença; pelo contrário, a sua atuação vai além do seu conhecimento técnico-científico e de suas habilidades profissionais a fim de que possa adentrar as entranhas do ser humano de forma sublime e humanizada, compartilhando os seus anseios e angústias diante do desequilíbrio que assola o seu corpo (físico) e a sua alma (espírito).

¹² Disponível em: <https://bit.ly/30SGyd9>. Acesso em: 31 jul. 2017.

É nesse momento que o ‘cuidado em saúde’ compreende o diferencial do ato médico individualizado e integralizado, centralizando-se no ser humano com a sua patologia e não apenas a patologia. O exercício da profissão de médico consiste no compromisso estabelecido com o paciente e familiares de fornecer as informações adequadas que o caso clínico requer e partilhar as decisões a serem tomadas frente às alternativas terapêuticas disponíveis.

Frise-se que o profissional de medicina não deve deixar de orientar o paciente e familiares de modo a direcionar sua decisão quanto à terapêutica mais adequada à sua condição clínica, respeitando, entretanto, a autonomia do indivíduo de fazer a escolha que melhor lhe aprouver, quando capaz, ou de seus familiares.

Em suma, respeitada a individualidade e a dignidade de cada ser, a atuação médica consciente e ética não deve ser submetida às interferências das operadoras de planos de saúde e suas injustificadas negativas de autorizações de terapêuticas adequadas ao caso clínico concreto, sob pena de comprometer a autonomia do profissional de saúde no exercício de sua profissão, e, também, a qualidade de vida (digna) do ser humano.

6. Referências bibliográficas

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- BAUMAN, Zygmunt. *A ética pós-moderna*. Tradução: José Rezende Costa. São Paulo: Paulus, 1997.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. In: *Vade Mecum Saraiva*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- _____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do consumidor). In: *Vade Mecum Saraiva*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição*. 17. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM no 1.931, de 17 de setembro de 2009 (Código de Ética Médica)*.
- FRANÇA, Genival Veloso de. *Comentários ao Código de Ética Médica*. 6. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2010.
- _____. *Direito Médico*. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- LOWN, Bernard. *A arte perdida da cura*. São Paulo: Petrópolis, 2008.
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) - 1946. Disponível em: <https://bit.ly/1x8itdQ>. Acesso em: 13. out. 2015.
- PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- ZOBOLI, Elma. O cuidado: no encontro interpessoal o cultivo da vida. In: BERTHACHINI, Luciana; PESSINI, Leo (org.). *Encanto e responsabilidade no cuidado da vida: lidando com desafios éticos em situações críticas e de final de vida*. São Paulo: Paulinas: Centro Universitário São Camilo, 2011.