



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA  
CAMPUS CAMPINA GRANDE  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**ANA RAQUEL MOURA MARTINS BERNARDINO**

**DIREITO AO TRATAMENTO ESPECÍFICO AS PESSOAS COM TRANSTORNO DO  
ESPECTRO DO AUTISMO COMO EFETIVAÇÃO AO DIREITO À SAÚDE  
PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988**

**CAMPINA GRANDE/PB**

**2019**

ANA RAQUEL MOURA MARTINS BERNARDINO

**DIREITO AO TRATAMENTO ESPECÍFICO AS PESSOAS COM TRANSTORNO DO ESPECTRO DO AUTISMO COMO EFETIVAÇÃO AO DIREITO À SAÚDE PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988**

Trabalho de Conclusão de Curso (Artigo) apresentado à Coordenação do Curso de Direito da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Me. Paulo Esdras Marques Ramos.

Área de concentração: Direito Civil.

CAMPINA GRANDE/PB

2019

É expressamente proibido a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano do trabalho.

B523d Bernardino, Ana Raquel Moura Martins.  
Direito ao tratamento específico as pessoas com Transtorno do Espectro do Autismo como efetivação ao Direito à Saúde previsto na Constituição de 1988 [manuscrito] / Ana Raquel Moura Martins Bernardino. - 2019.  
24 p.  
Digitado.  
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2019.  
"Orientação : Prof. Me. Paulo Esdras Marques Ramos, Departamento de Direito Privado - CCJ."  
1. Pessoa com deficiência. 2. Autismo. 3. TEA. 4. Convenção de Nova Iorque. 5. Saúde pública. 6. Plano de Saúde. I. Título  
21. ed. CDD 344.04

**ANA RAQUEL MOURA MARTINS BERNARDINO**

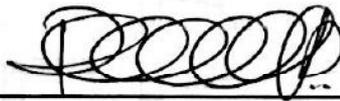
**DIREITO AO TRATAMENTO ESPECÍFICO AS PESSOAS COM TRANSTORNO DO ESPECTRO DO AUTISMO COMO EFETIVAÇÃO AO DIREITO À SAÚDE PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.**

Trabalho de Conclusão de Curso (Artigo) apresentado a/ao Coordenação do Curso de Direito da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Civil e Constitucional

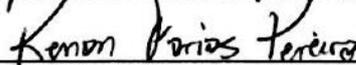
Aprovada em: 12/11/2019.

**BANCA EXAMINADORA**



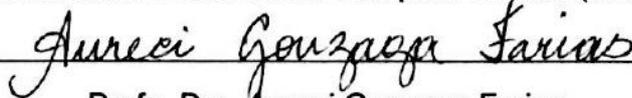
Prof. Me. Paulo Esdras Marques Ramos (Orientador)

Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Profa. Me. Renan Farias Pereira

Universidade Estadual de Campina Grande (UEPB)



Profa. Dra. Aureci Gonzaga Farias

Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

A Deus, o autor e consumidor da minha fé,  
ao meu esposo e meu filho fontes de  
inspiração, DEDICO

## **AGRADECIMENTOS**

Ao meu Senhor Jesus que, sem ele, nada seria. Ele tem me sustentado e me feito superar barreiras, que sozinha, não venceria.

Ao meu esposo Lucas toda a minha gratidão e amor. Você, meu amor, é o meu exemplo de força, superação. Compartilhamos de momentos muito difíceis, mas de bênçãos sem medidas como esta. Obrigada por todo apoio e ajuda.

Ao meu filho Lucas Filho, meu tesouro. Você, meu amor, é a bênção que o Senhor Jesus nos confiou. Este trabalho nasceu pela enorme vontade que a mamãe tem de te ver feliz, realizado. É por você que luto todos os dias.

Aos meus amados pais Ana Lúcia e Walter por serem base na minha vida cristã, na formação do meu caráter. Obrigada por se doaram tanto a mim, aos meus irmãos, meu esposo e meu filho. Sou apaixonada por vocês. Novamente, muito obrigada.

Ao meu orientador Prof. Me. Paulo Esdras Marques Ramos pela compreensão e ajuda. Por ter sido uma bênção enviada por Deus para auxiliar a mim e a minha família. Onde o senhor coloca as mãos prospera. Louvo a Deus por ter sido aceita como sua orientada.

Ao Prof. Me. Olindina Ioná da Costa Lima Ramos que, gentilmente, se dispôs a compor a minha banca.

À minha grande professora e amiga Prof. Dra. Lucira Freire Monteiro por ter se empenhado e lutado para que este trabalho pudesse ser apresentado. Outra bênção que Deus permitiu que chegasse até as nossas vidas. Muito obrigada, professora.

Um agradecimento especial à minha amável Prof. Dra. Aureci Gonzaga Farias que dedica à sua vida a ensinar seus alunos. Um exemplo para quem deseja, assim como eu, seguir carreira acadêmica.

À minha banca por todas as considerações. Seus ensinamentos levarei para sempre.

À minha amiga Lara por ter sido a minha voz enquanto estive ausente.

À bibliotecária Fernanda por toda a dedicação, cuidado e zelo que tem pelos alunos e suas obras.

A Vagner que tanto lutou para que eu concluísse o meu curso. Muito obrigada.

À coordenação e aos funcionários da Faculdade de Direito por terem me dado todo o apoio necessário para que esse trabalho pudesse ser apresentado.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABA	Applied Behavior Analysis
ANS	Agência Nacional de Saúde
CACON	Centro de Assistência de Alta Complexidade Oncológica
PROMPT	Prompts para a organização dos pontos fonéticos oro musculares
OMS	Organização Mundial da Saúde
TEA	Transtorno do Espectro Autista
TEACCH	Tratamento e Educação para Autistas e Crianças com Limitações
UNACON	Unidade de Assistência de Alta Complexidade Oncológica

## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	9
2. PESSOAS COM TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA E SUAS MANIFESTAÇÕES .....	10
3. LEI BERENICE PIANA E OS DIREITOS DA CRIANÇA COM TEA.....	11
4. ESTRUTURA ANALÍTICA DO DIREITO À SAÚDE E AS ALTERAÇÕES INCLUÍDAS PELA CONVENÇÃO DE NOVA IORQUE SOBRE O DIREITO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA .....	12
5. ENTRE O SUPORTE FÁTICO AMPLO E O RESTRITO: MODELO ADOTADO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO .....	15
6. AMPLITUDE DE INCIDÊNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL NA RELAÇÃO CONTRATUAL.....	17
7. CONCLUSÃO .....	22
REFERÊNCIAS .....	22

# **DIREITO AO TRATAMENTO ESPECÍFICO AS PESSOAS COM TRANSTORNO DO ESPECTRO DO AUTISMO COMO EFETIVAÇÃO AO DIREITO À SAÚDE PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988**

Ana Raquel Moura Martins Bernardino<sup>1</sup>

## **RESUMO**

O Transtorno do Espectro Autista – TEA é uma condição especial que atinge cerca de dois milhões de habitantes no Brasil, ou seja, aproximadamente um por cento da população nacional. Os portadores da síndrome têm como características o baixo contato visual, presença de estereotípias, dificuldade ou ausência de intenção comunicativa além de ausência de interação social. O Brasil ratificou, sob status de Emenda Constitucional, a Convenção de Nova Iorque sobre o Direito das Pessoas com Deficiência que orienta que haja um tratamento específico para os indivíduos com qualquer tipo de deficiência. Enquadrando, portanto, os autistas. A fim de dar maior autonomia e independência as pessoas com TEA faz-se necessário, portanto, a intervenção multidisciplinar com terapeutas ocupacionais, fonoaudiólogos, psicológicos, psicopedagogos, neurologistas, psiquiatras, através de um sem número de técnicas específicas a exemplo do TEACCH, ABA, PROMPT, PECS e DENVER. O fornecimento das terapias pode ser prestado pelo Poder Público através do SUS ou franqueada a iniciativa privada. Ocorre que essa não ampara corretamente seus usuários sob a justificativa de uma análise genérica dos artigos 4º e 9º da Resolução 268 da ANS. O presente artigo cinge-se à interpretação do direito fundamental à saúde como direito a um tratamento específico, de acordo com as necessidades de cada um, mormente nos casos das pessoas com TEA. Especificamente, objetiva-se lucubrar as consequências e a efetividade da ascensão constitucional do direito a um tratamento específico nas relações civis entre as pessoas com TEA e os planos de saúde

Palavras-chave: Autismo. Convenção de Nova Iorque. Constitucionalização por Elevação. Planos de saúde

## ABSTRACT

Autism Spectrum Disorder (TEA) is a special condition that affects about two million people in Brazil, or approximately one percent of the national population. Patients with the syndrome have low visual contact, presence of stereotypies, difficulty or lack of communicative intention, and lack of social interaction. Brazil has ratified the New York Convention on the Rights of Persons with Disabilities, under the status of a Constitutional Amendment, which provides that there is a specific treatment for individuals with any type of disability. Therefore, they are autistic. In order to give greater autonomy and independence to people with TEA, a multidisciplinary intervention with occupational therapists, speech therapists, psychologists, psychopedagogues, neurologists, psychiatrists is necessary, through a number of specific techniques such as TEACCH, ABA, PROMPT, PECS and DENVER. The provision of therapies can be provided by the Public Power through the SUS or franchised to private initiative. It occurs that this does not properly protect its users under the justification of a generic analysis of articles 4 and 9 of Resolution 268 of the ANS. The present work refers to the interpretation of the fundamental right to health as a right to a specific treatment, according to the needs of each one, especially in the cases of people with TEA. Specifically, it aims to profit from the consequences and effectiveness of the constitutional rise of the right to a specific treatment in civil relation between people with TEA and health plans.

**Keywords:** Autism. New York Convention. Constitutionalisation by elevation. Health Insurance

## 1 INTRODUÇÃO

O Transtorno do Espectro Autista – TEA é uma condição especial que atinge cerca de dois milhões de habitantes no Brasil, ou seja, aproximadamente um por cento da população nacional. Os portadores da síndrome possuem diversas peculiaridades em seu desenvolvimento sensorial, cognitivo, social e educacional, o que acarreta a necessidade de tratamento multidisciplinar envolvendo terapeutas ocupacionais, fonoaudiólogos, psicólogos, psicopedagogos, neuropediatras, através de um sem número de técnicas específicas a exemplo do TEACCH, ABA, PROMPT, PECS e DENVER.

A realização de terapias é conduzida pelo Poder Público através do SUS e por prestadores privados. Nesta última seara, contudo, a maioria dos planos de saúde tem se negado a fornecer o tratamento prescrito pelo médico, seja através do não reconhecimento das técnicas receitadas, seja por meio da limitação de sessões por ano.

Ocorre que as diversas necessidades que acometem as pessoas com TEA os enquadram na condição de pessoas com deficiência, atraindo toda a gama de direitos constitucionais previstos para tal parcela da população, inclusive a incidência da Convenção de Nova Iorque, incorporada pelo Brasil na qualidade de emenda constitucional, a qual prevê o dever estatal de considerar a necessidade de tratamento específico (art. 25, alínea “b”), numa espécie de constitucionalização de tal direito por elevação.

Assim, o tema do presente artigo cinge-se à interpretação do direito fundamental à saúde como direito a um tratamento específico, de acordo com as necessidades de cada um, mormente nos casos das pessoas com TEA.

O método de abordagem utilizado será o hipotético-dedutivo, porquanto serão eleitas hipóteses de aplicação do direito fundamental à saúde na relação contratual existente entre as pessoas com TEA e os planos de saúde a fim de verificar qual é a solução mais congruente com o ordenamento jurídico constitucional e a preservação da autonomia do direito civil.

A seu turno, será adotado, como método de procedimento, o comparativo uma vez que as soluções à problemática ora lucubrada apresentadas pela doutrina e pela jurisprudência serão comparadas com a estrutura analítica do direito fundamental à

saúde, considerando a amplitude de seu suporte fático, a fim de concluir qual modelo conduz a sua maior efetividade.

Por fim, a técnica de pesquisa utilizada será a documentação indireta através de levantamento de dados mediante pesquisa documental e bibliográfica da doutrina, bem como de entendimentos jurisprudenciais sobre o tema.

## **2 PESSOAS COM TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA E SUAS MANIFESTAÇÕES**

O Transtorno do Espectro Autista (TEA) pode ser definido como sendo um conjunto de distúrbios que afetam o neurodesenvolvimento e que pode ser observado a partir de uma análise quadridimensional, a saber: baixo contato visual, presença de estereotípias, dificuldade ou ausência de intenção comunicativa e falta de interesse social.

Os autistas podem apresentar outras comorbidades como a agitação excessiva, falta de concentração, hipersensibilidade ou hiposensibilidades auditivas, alimentares, sensoriais, e em caso mais graves, a epilepsia.

Silva (2012, p. 9-10) interpreta o autismo a partir da análise de três áreas do desenvolvimento que foi prejudicada:

A principal área prejudicada, e a mais evidente, é a da habilidade social. A dificuldade de interpretar os sinais sociais e as intenções dos outros impede que as pessoas com autismo percebam corretamente algumas situações no ambiente em que vivem. A segunda área comprometida é a da comunicação verbal e não verbal. A terceira é a das inadequações comportamentais. Indivíduos com autismo apresentam repertório de interesses e atividades restritos e repetitivos, têm dificuldade de lidar com o inesperado e demonstram pouca flexibilidade para mudar as rotinas.

As manifestações, por vezes esquisitas, dos autistas frente a um problema abstrato pode soar incoerente e até desnecessário. Isso porque eles não conseguem reproduzir as respostas sem que seja num plano concreto. É o que ocorre, por exemplo, quando uma pessoa o indaga acerca de um objeto que ele nunca tenha visto ou sentido. O autista procurará no seu cérebro alguma informação que relacione ao que foi questionado. E, não encontrando, se frustrará. Gerando, portanto, uma desordem física, motora, sensorial, e por vezes, comportamentais. São as chamadas birras, crises descontroladas.

Tais comportamentos bem como a intenção comunicativa e a interação social possuem graus de gravidade e são segmentados em dois grupos, a saber: comportamentos motores repetitivos e comportamentos disruptivos. O primeiro seria caracterizado pela presença de movimentos, ações estereotipadas e repetitivas sem haja uma relação direta da “mania” com o objeto. Ao passo que o segundo era relacionado a cognição, ou seja, o interesse em ter aquele objeto é condição *sine qua non* para organização cerebral do indivíduo.

Sabe-se que é maior a incidência do TEA em pessoas do sexo masculino, na proporção de quatro vezes a mais que no feminino. A ocorrência é de um para cada 100 indivíduos. Existem também padrões de apego à rotina e dificuldade de flexibilização que podem tornar a vida do indivíduo disfuncional, bem como a convivência familiar. O diagnóstico precoce aliado ao tratamento adequado fornece uma melhora acentuada na qualidade de vida.

### **3 LEI BERENICE PIANA E OS DIREITOS DA CRIANÇA COM TEA**

Inicialmente, há de se reconhecer que o tratamento específico é de especial relevo para conceder autonomia e funcionalidade às pessoas com TEA, além de reduzir as manifestações descontroladas das estereotipias e das sensibilidades de qualquer natureza.

A Lei nº 12.764, de 27 de dezembro de 2012, conhecida como Lei Berenice Piana, estabelece em seus artigos 2º, III e 3º, III, b a obrigatoriedade do fornecimento de atendimento multiprofissional ao paciente diagnosticado com autismo bem como a nutrição adequada, os medicamentos e toda informação que auxiliem no diagnóstico e tratamento.

Outrossim, com a ratificação pelo ordenamento jurídico sob status de emenda constitucional, a Convenção de Nova Iorque passou a orientar todas as políticas públicas acerca das pessoas com deficiência. Ao equiparar o indivíduo portador do TEA ao deficiente, transmuta o direito ao gozo de todas as prerrogativas asseguradas seja no âmbito nacional seja no internacional.

Seguindo essa linha, Ferraz e Leite (2015, p.110) afirma que:

[...] em linhas gerais a referida lei está calcada na previsão genérica de direitos fundamentais a pessoa com espectro autista, em clara reprodução das garantias contidas na Constituição Federal e na CDPD. O grande avanço obtido com essa lei, não foi exatamente a introdução de novos direitos, mas

sim o expresse reconhecimento da condição da pessoa com deficiência ao indivíduo autista.

Há de se reconhecer, portanto, a importância de um tratamento adequado as pessoas com TEA, a partir de um planejamento realizado pela equipe multidisciplinar, a fim de minimizar as barreiras sociais e maximizar sua independência e funcionalidade.

Percebe-se, dessa forma, que houve uma espécie de constitucionalização por elevação dos direitos das pessoas com deficiência. De fato, muito da matéria, que antes era especializada no âmbito infraconstitucional, passou a ser tratado pela carta constitucional com a aprovação da referida convenção com status de emenda.

Ora, tal elevação ao patamar constitucional acaba por limitar a atuação do legislador ordinário, conformando, ainda, as normas já existentes no ordenamento pátrio. Tal é o entendimento de Silva (2011, p. 47):

A chamada constitucionalização-elevação caracteriza-se, no caso francês, por um “deslizamento” de matérias na repartição de competências entre a Constituição, a lei e o regulamento. Muito do que antes era matéria regulamentar passou a ser matéria constitucional. Houve, nesse sentido, um movimento ascendente nessa repartição material. E essa “elevação” na definição das competências legislativas acaba por diminuir o poder do legislador ordinário, que perde parte de sua liberdade de conformação da legislação ordinária, e é o Conselho Constitucional que surge como novo ator nesse processo.

Assim, a Convenção de Nova Iorque acarreta a necessidade de uma construção constitucional das normas protetivas das pessoas com deficiência.

#### **4 ESTRUTURA ANALÍTICA DO DIREITO À SAÚDE E AS ALTERAÇÕES INCLUÍDAS PELA CONVENÇÃO DE NOVA IORQUE SOBRE O DIREITO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA**

Definida à luz da Organização Mundial de Saúde - OMS, a saúde pode ser compreendida como sendo “o estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença.” (OMS, 1976).

Ora, a saúde é um fator essencial para o desenvolvimento da qualidade de vida, e para tanto, após marchas e contramarchas no histórico constitucional, passou a ser assegurada nos artigos 5º e 6º, *caput*, da Carta ora vigente. O indivíduo só conseguirá fruir das suas faculdades se tiver sua saúde integralmente preservada.

Afinal, o direito à vida depende, necessariamente, do direito à saúde. A Carta Magna de 1988, ainda, destina uma secção para tratar da Seguridade Social que está compreendida entre os artigos 196 a 200.

Assim, possui natureza de direito fundamental de segunda geração, requerendo uma atuação positiva do Estado a fim de efetivá-la. Sua extensão deve, ainda, ser interpretada em conjunto com as especificações da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, a qual foi internalizada com status constitucional por ter sido submetida ao rito previsto no artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, promulgada em 30 de março de 2007, ganhou força no ordenamento jurídico após ter sido ratificada por meio do Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009.

O Pacto versa sobre as pessoas que possuem limitações físicas, mentais, intelectuais ou sensoriais, em qualquer espectro, que venham a dificultar a sua participação ampla, efetiva e equitativa em uma sociedade. Baseia-se nos princípios da Declaração Universal, a saber: direitos à vida, saúde, igualdade, não discriminação, liberdade de locomoção e trabalho.

O artigo 4º da referida Convenção reza que todos os países signatários têm o compromisso assecuratório bem como o dever de promoção de que todas as pessoas com deficiência possam gozar, de forma plena, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais. E, para tanto, faz-se necessário a adoção de diversas medidas, seja na seara política, administrativa, judiciária a fim de garantir a efetivação de todos os seus direitos; e, se necessário a repreensão de toda e qualquer discriminação baseada na deficiência.

A referida norma internacional prevê o direito a um tratamento específico. Assim, tem-se a saúde, no âmbito constitucional, como o direito a um tratamento especificamente ajustado às necessidades do usuário.

Entretanto, a efetivação de tal direito demanda a análise sobre a estrutura da norma constitucional. De fato, a incidência deontológica pressupõe a conexão entre o mundo do ser e do dever-ser. Tal relação, na estruturação da norma jurídica, ocorre pela previsão abstrata de fatos ou atos que, se concretizados, acarretarão a consequência jurídica preconizada pela norma.

Assim, Silva (2017, p. 67), na esteira da doutrina alemã, indica o suporte fático abstrato como elemento integrante da estrutura analítica dos direitos fundamentais.

O referido autor apresenta o âmbito de proteção e a intervenção estatal como elementos do suporte fático. O primeiro se refere ao conteúdo direto do direito fundamental em si, aquilo que é protegido; ao passo que a segunda, relaciona-se a uma conduta estatal indevida – aquilo contra o qual é protegido. (SILVA, 2017, p. 71).

Assim, a incidência da norma de direito fundamental dependeria de: (a) tratar-se de objeto protegido pelo âmbito de proteção de determinado direito; (b) existir uma intervenção estatal na referida relação jurídica; (c) tratar-se de conduta pública não fundamentada.

Tal modelo é diretamente aplicável no caso das liberdades públicas, mas depende de adaptações para as hipóteses de direito sociais. Nessa toada é a lição de Silva (2017, p. 77-78):

Como se sabe, os problemas relacionados aos direitos sociais não são dessa ordem. O que ocorre, nesse âmbito, é a falta de realização dos direitos, decorrente em geral de uma omissão estatal ou de uma ação insuficiente. Em suma: tanto o conceito do que é protegido, quanto o conceito de intervenção tem que ser modificado. [...] Por isso, pode-se dizer que o âmbito de proteção de um direito social é composto pelas ações estatais que fomentem a realização desse direito. Também o conceito de intervenção estatal precisa ser invertido. No caso da dimensão negativa das liberdades públicas, intervir significava agir de forma restritiva ou reguladora no âmbito de proteção de uma liberdade. Aqui, na esfera dos direitos sociais, é justamente o contrário: intervir, nesse sentido, é não agir ou agir de forma insuficiente. [...] Em resumo: se  $x$  é uma ação estatal que fomenta a realização de um direito social (DS $x$ ) e a inércia (ou insuficiência) estatal em relação a  $x$ (IEx) não é fundamentada constitucionalmente (-FC), então, a consequência jurídica deve ser o dever de realizar  $x$ (Ox).

O âmbito de proteção de um direito social se situa no conjunto de ações promovidas pelo Estado para que tal direito seja assegurado, ao passo que a intervenção reside na omissão ou na prática insuficiente de uma ação estatal. Há de se convir, portanto, que deverá ser feito um balizamento no tocante as práticas estatais para a proteção do direito fundamental.

Ora, o debate sobre a estrutura da norma jurídica definidora de direitos fundamentais não é mera filigrana. Na realidade, a própria amplitude do conteúdo e, assim, do objeto de proteção, depende da interpretação que se adotar sobre o suporte fático: se restrito ou se amplo.

A adoção de um conceito restrito de suporte fático ocorre, em regra, pela exclusão, *a priori*, de situações do contexto de proteção da norma, fixando-se o seu conteúdo de forma estanque. Doutra banda, um conceito amplo possibilita um âmbito

de proteção temático, de forma que aquilo que é protegido definitivamente apenas será definido no caso concreto e de acordo com suas especificidades. Nesse aspecto, confira-se a lição de Silva (2017, p. 109):

[...] a exclusão *a priori* de condutas ou situações do âmbito de proteção dos direitos fundamentais é a tese central das teorias que se baseiam em um suporte fático restrito. [...] no segundo caso – suporte amplo –, definir o que é protegido é apenas um primeiro passo, já que condutas ou situações abarcadas pelo âmbito de proteção de um direito fundamental ainda dependerão eventualmente de um sopesamento em situações concretas antes de se decidir pela sua proteção definitiva ou não. [...] toda ação, estado ou posição jurídica que tenha alguma característica que, isoladamente considerada, faça parte do “âmbito temático” de um determinado direito fundamental deve ser considerada como abrangida por seu âmbito de proteção, independentemente da consideração de outras variáveis.

Assim, indaga-se acerca da amplitude do suporte fático a ser considerado no âmbito do direito fundamental à saúde, em especial, naquele referente às pessoas com deficiência.

## **5 ENTRE O SUPORTE FÁTICO AMPLO E O RESTRITO: MODELO ADOTADO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

A análise do direito fundamental à saúde, mormente sob a ótica do direito ao tratamento adequado, permite concluir que o ordenamento brasileiro se utiliza, em casos concretos, tanto do suporte fático amplo, quanto do restrito.

À guisa de demonstração, cumpre analisar os exemplos da dispensação de medicamentos protocolizada pelo Sistema Único de Saúde (SUS) através da Relação Nacional de Medicamentos (RENAME) e o tratamento público para as neoplasias malignas.

Em regra, o Sistema Único de Saúde filia-se à corrente da "Medicina com base em evidências", pela qual o tratamento de enfermidades é feito a partir de Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas, que consistem num conjunto de critérios que permitem determinar o diagnóstico de doenças e o tratamento correspondente com os medicamentos disponíveis e as respectivas doses.

No caso da dispensação de medicamentos, o SUS possui a “Relação Nacional de Medicamentos” que indicam quais medicamentos podem ser fornecidos à população usuária nas hipóteses de cada enfermidade elencada.

A jurisprudência tem acolhido a prioridade dos medicamentos constantes em tal lista em detrimento de outros que, inclusive, tenham sido prescritos pelo médico. Assim é que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu, recentemente, em no Recurso Especial Repetitivo nº 1.657.156, definiu que o fornecimento, pelo SUS, de medicamento não constante no RENAME demandava a comprovação da absoluta ineficácia do fármaco constante naquele rol<sup>1</sup>.

Percebe-se, pois, que tal metodologia de tratamento estabelece limitações apriorísticas ao direito à saúde do usuário, adequando-se, portanto, à estrutura de suporte fático restrito.

Doutra banda, na área de oncologia, não há definição prévia do esquema terapêutico e de fornecimento de medicamentos, que são livremente padronizados pelas unidades habilitadas na Rede de Atenção Oncológica formada por Unidades de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia (UNACON) e Centros de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia (CACON)<sup>2</sup>.

Assim, compete às unidades de saúde credenciadas, portanto, avaliar o tratamento mais adequado ao paciente, com a identificação dos medicamentos aptos ao seu tratamento. Cabe exclusivamente ao corpo clínico do estabelecimento de saúde credenciado e habilitado a prerrogativa e a responsabilidade pela prescrição, conforme as condutas adotadas no hospital.

Verifica-se, nessa hipótese, que não há exclusão *prima facie* de espécies de tratamento, valorizando-se a relação médico-paciente. Positivou-se, assim, o suporte fático amplo do direito à saúde, interpretando-o como o direito a um tratamento específico.

Ora, tal distinção ganha especial relevo no direito fundamental à saúde das pessoas com transtorno do espectro autista. Como demonstrado, a referida condição indica uma série de necessidades especiais, abrangendo a cognição, fala,

---

<sup>1</sup> Na oportunidade do julgamento, foi fixada a seguinte tese repetitiva: a concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: (a) comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; (b) Incapacidade financeira do paciente de arcar com o custo do medicamento prescrito; (c) Existência de registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa).

<sup>2</sup> Conforme definido pela Portaria nº 874, de 16 de maio de 2013 do Ministério da Saúde.

desenvolvimento sensorial, equilíbrio e alimentação de forma disforme, ou seja, sem igualdade de sintomas entre sujeitos.

Ademais, a Convenção de Nova Iorque afirmou, especificamente, em seu art. 25, alínea “b”, que os Estados signatários “propiciarão serviços de saúde que as pessoas com deficiência necessitam especificamente por causa de sua deficiência”. Ressalte-se, por oportuno, que tendo tal convenção sido ratificada conforme procedimento previsto no artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, possui tal direito envergadura constitucional.

A dicção da norma internacional revela a preferência pelo suporte fático amplo do direito à saúde no referente às pessoas com deficiência, sem a exclusão *a priori* de qualquer linha de tratamento. Surge, contudo, o questionamento sobre como efetivar tal direito na realidade.

## **6 AMPLITUDE DE INCIDÊNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL NA RELAÇÃO CONTRATUAL**

O cotejamento entre a questão ora em análise e o ordenamento pátrio permite vislumbrar respostas sob dois pontos de vista: o público e o privado.

Ora, conquanto o objetivo do presente trabalho seja a efetivação do direito à saúde na relação contratual firmada entre os usuários e planos de saúde, não se pode olvidar que a saúde é atividade regulamentada pelo Poder Público.

Não por outra razão, a Agência Nacional de Saúde – ANS editou a Resolução Normativa nº 259, de 17 de junho de 2011, que em seus artigos 4º e 9º, indicam o direito do usuário ao tratamento demandado pelo médico, determinando o reembolso integral na hipótese de o beneficiário ser obrigado a desembolsar valores:

Art. 4º Na hipótese de indisponibilidade de prestador integrante da rede assistencial que ofereça o serviço ou procedimento demandado, no município pertencente à área geográfica de abrangência e à área de atuação do produto, a operadora deverá garantir o atendimento em: (Redação dada pela RN nº 268, de 02/09/2011)

I - prestador não integrante da rede assistencial no mesmo município; ou (Redação dada pela RN nº 268, de 02/09/2011);

II - prestador integrante ou não da rede assistencial nos municípios limítrofes a este.

Art. 9º Na hipótese de descumprimento do disposto nos arts. 4º, 5º ou 6º, caso o beneficiário seja obrigado a pagar os custos do atendimento, a operadora deverá reembolsá-lo integralmente no prazo de até 30 (trinta) dias, contado da data da solicitação de reembolso, inclusive as despesas com transporte. (Redação dada pela RN nº 268, de 02/09/2011).

Entretanto, os planos de saúde têm interpretado a Resolução como direito a uma especialidade genérica e não a um tratamento específico. Por exemplo, prescrevendo o médico terapias por fonoaudiólogo pelo método PROMPT, os planos de saúde têm entendido pela suficiência de possuírem profissional da fonoaudiologia em sua rede credenciada, mesmo que não especializado no método indicado. Entretanto, a abordagem correta e específica no tratamento do TEA é essencial.

Assim, caberia, especialmente a um legitimado coletivo, à exemplo do Ministério Público ou da Defensoria Pública<sup>3</sup>, demandar contra a ANS e a União a fim de condená-los em obrigação de fazer consistente na edição de norma regulamentar que se adeque aos ditames da Convenção de Nova Iorque, que possui envergadura constitucional, obrigando os planos de saúde a respeitá-la.

Tal solução não teria o inconveniente de atingir, diretamente, o vínculo contratual existente entre o contratante e o plano de saúde, restando inalterada as posições contratuais, que certamente previram a necessidade de respeito às normas regulamentares da ANS.

Sob o ponto de vista privado, a discussão encaminha-se para a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas. Sobre o tema, a doutrina sublinha a existência de duas teorias principais: (a) a incidência direta; (b) a incidência indireta.

A primeira vertente preconiza a incidência direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, preconizando a conformação destas àqueles<sup>4</sup>. É fundamentada no pós-positivismo, na unidade do ordenamento e, especialmente, na centralidade da dignidade da pessoa humana. Sobre o tema, assim assevera Rodrigues Júnior (2019, p. 283-285):

O princípio da dignidade da pessoa humana é o centro da ordem jurídica, o que determina a eficácia direta dos direitos fundamentais sobre as relações privadas. A concretização desse princípio no Direito Privado não poderia ser condicionada ou limitada pela vontade do legislador ou pela interpretação das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados pelo Direito Privado.

---

<sup>3</sup> Ressalte-se que a Defensoria Pública tem legitimidade extraordinária para defender direitos difusos e coletivos de classes hipossuficientes, inclusive se tal situação for de caráter meramente organizacional e não necessariamente econômico.

<sup>4</sup> Ressalte-se, por oportuno, que tal teoria foi adotada pelo STF no RE 201.819, tratando-se, contudo, de posição minoritária em diversos países, a exemplo da Alemanha, que adota a teoria da incidência indireta.

De acordo com Silva (2011, p. 89), a grande diferença entre a aplicação direta e a indireta reside na ausência de necessidade de intermediação legislativa no primeiro modelo:

A grande diferença entre o modelo de aplicabilidade direta e o modelo de efeitos indiretos consiste na desnecessidade de mediação legislativa para que os direitos fundamentais produzam efeitos nas relações entre particulares. Essa é uma diferença fundamental, já que, mesmo sem o material normativo de direito privado ou, mais ainda, a despeito desse material, os direitos fundamentais conferem, diretamente, direitos subjetivos aos particulares em suas relações entre si. Essa diferença fica ainda mais clara com a segunda tese que compõe o modelo, que é a que sustenta a desnecessidade de artimanhas interpretativas para que os direitos fundamentais produzam efeitos nas relações Inter privadas.

A referida teoria teve ampla aceitação inicial no Tribunal Federal do Trabalho a partir de uma decisão, prolatada em 1957, reconhecendo a igualdade de salários entre homens e mulheres (SILVA, 2011, p. 91). Entretanto, logo após não encontrou guarida nos julgamentos do Tribunal Constitucional Alemão.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal tem adotado em seus julgamentos a incidência direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, conforme decidido no Recurso Extraordinário nº 201.819/RJ, de 22 de outubro de 2006. A causa em questão controvertia a exclusão unilateral e sem direito ao contraditório de integrante de associação civil. O STF entendeu que, conquanto se trate de relação puramente privada, a garantia prevista no artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, deveria ser diretamente aplicada. Lapidar é o acórdão do referido julgado:

SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. (...) O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e

atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. (...) (RE 201819, Relator (a): Min. ELLEN GRACIE, Relator (a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, DJ 27-10-2006 PP-00064 EMENT VOL-02253-04 PP-00577 RTJ VOL-00209-02 PP-00821)

Ressalte-se, por oportuno, que a jurisprudência pátria, na esteira do Supremo Tribunal Federal (STF), tem adotado, como regra, a teoria direta para incidência dos direitos fundamentais nas questões referentes ao direito à saúde das pessoas com deficiência. O Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), por exemplo, possui a súmula nº 102, de 28 de fevereiro de 2013, preconizando o suporte fático amplo de tal direito: 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.

Na mesma esteira, o Tribunal de Justiça do Amazonas (TJAM) igualmente já entendeu que a pessoa com Transtorno do Espectro Autista (TEA) tem direito a um tratamento específico pela incidência direta da Constituição:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA DE URGÊNCIA. TRATAMENTO MULTIDISCIPLINAR COM MÉTODOS ESPECIAIS. ROL EXEMPLIFICATIVO DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS DA ANS. AUSÊNCIA DE RESTRIÇÃO DA LEI N. 9.656/98. CONTRATO REGIDO PELO CDC QUE NÃO EXCLUI O TRATAMENTO PRESCRITO. GARANTIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA. REQUISITOS DO ARTIGO 300 DO CPC PREENCHIDOS. DECISÃO MANTIDA. 1. O rol de procedimento e eventos da Agência Nacional de Saúde não é taxativo, tampouco pode sobrepor se a Lei n. 9.656/98, a qual não traz restrição ao referido procedimento, constituindo atribuição do médico prescrever o tratamento adequado ao paciente.  
(Agravo de Instrumento nº 4004056-30.2017.8.04.0000, Primeira Câmara Cível, Relatora Desa. Maria das Graças Pessoa Figueiredo)

Assim, é valorizada a relação entre o paciente e o médico em detrimento da exclusão *a priori* de formas de tratamento.

Doutra banda, a segunda teoria privilegia a autonomia do Direito Civil e seu estatuto epistemológico. Assim, afirma que a Constitucional positiva uma ordem objetiva de valores, a qual apresenta influxos nas relações privadas através das cláusulas gerais. Sobre o tema, Silva (2011, p. 75-76):

O ponto de partida do modelo de efeitos indiretos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é o reconhecimento de um direito geral de liberdade, consagrado pela grande maioria das constituições das

democracias ocidentais. É esse direito que impede que os direitos fundamentais tenham um efeito absoluto nas relações privadas, o que significaria um total domínio do direito constitucional sobre o direito privado. [...] Para conciliar direitos fundamentais e direito privado sem que haja um domínio de um pelo outro, a solução proposta é a influência dos direitos fundamentais nas relações privadas por intermédio do material normativo do próprio direito privado. Essa é a base dos efeitos indiretos. Essa conciliação entre direitos fundamentais e direito privado, por meio da produção indireta de efeitos dos primeiros no segundo, pressupõe a ligação de uma concepção de direitos fundamentais como um sistema de valores com a existência de portas de entrada desses valores no próprio direito privado, que seriam as cláusulas gerais.

Ora, tratando-se de negócio jurídico consumerista<sup>5</sup> firmado pelo plano de saúde e o usuário, incide a cláusula geral da boa-fé, tal como preconizado pelo art. 113 do Código Civil, de 10 de janeiro de 2002<sup>6</sup>. Tal preceito acaba por dinamizar a relação obrigacional.

Nesse contexto, a boa-fé possui uma função corretora de desequilíbrio contratual anulando cláusulas abusivas constantes no instrumento contratual firmado pelas partes. Tal é a lição de Martins (2019, p. 605):

Ao conjugar à conduta segundo a boa-fé, o equilíbrio das posições do polo fornecedor e do polo consumidor, e ao prever expressamente (art. 51, inc. IV, do CDC) a nulidade das cláusulas abusivas, pois desbordam da boa-fé, atingindo tal equilíbrio, a normativa consumerista atribui ao princípio da boa-fé uma função corretora do desequilíbrio contratual com caráter geral. [...] porém, embora amplas, não constituem possibilidades ilimitadas. A abusividade há de estar configurada como tal nos quadros sinalizados pelo conjunto de regras e princípios do sistema. Não há e nem poderia haver – por ser desconforme com a própria noção de ordenamento jurídico – uma abusividade como resultante de um sentimento de injustiça. Toda abusividade é relativa a elementos (princípios e regras) do próprio sistema jurídico.

Ressalte-se, que, recentemente o TJPB já se manifestou sobre a matéria adotando, mesmo que implicitamente, a teoria indireta:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação de Obrigação de Fazer. Menor impúbere. Tratamento a ser realizado por equipe multidisciplinar. Método de Análise de Comportamento Aplicada (ABA). NEGATIVA DE COBERTURA ABUSIVA. DESPROVIMENTO. Os contratos de planos de saúde devem primar pela boa-fé objetiva, sendo consideradas abusivas as cláusulas que limitam o direito do consumidor em obter a melhor terapêutica para o tratamento de sua enfermidade, conforme indicação do profissional de saúde

---

<sup>5</sup> Súmula 608 do STJ, de 11 de abril de 2018: Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão.

<sup>6</sup> Artigo 113 do Código Civil. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

especializado. (0806652-16.2017.8.15.0000, Rel. Desa. Maria das Graças Morais Guedes, AGRAVO DE INSTRUMENTO, 3ª Câmara Cível, juntado em 20/06/2018)

Assim, a abusividade sob a ótica da boa-fé receberia os influxos da ordem objetiva de valores positivados pela Constituição, em especial da Convenção de Nova Iorque, anulando as cláusulas limitadoras do tratamento específico às pessoas com TEA.

## 7 CONCLUSÃO

O Transtorno do Espectro Autista (TEA) é considerado como uma síndrome por se manifestar de diversas formas e em graus distintos. O planejamento e a intervenção precoce e multidisciplinar são de suma importância para garantir uma maior autonomia, funcionalidade, bem como diminuir as crises existentes nas pessoas com esta deficiência.

E, para tanto, é necessário que seja disponibilizado uma linha terapêutica adequada para cada deficiente. As medidas serão aplicadas pelas equipes multiprofissionais. A Convenção de Nova sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que foi recepcionada pelo ordenamento jurídico sob status de Emenda Constitucional, garante no seu artigo 24, “b”, a efetivação do referido direito.

Portanto, há de se convir que os direitos fundamentais incidirão de maneira direta, conforme preconizado pelo Supremo Tribunal Federal, nas relações contratuais ao obrigarem que as operadoras de planos de saúde forneçam um tratamento individualizado e adequado a demanda do seu usuário.

## REFERÊNCIAS

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 201.819**. Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 22 de outubro de 2006.

COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. 2. ed, São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

DINIZ, Débora. **O que é deficiência**. São Paulo: Brasiliense, 2007

FÁVERO, E. A. G. **Direito da pessoa com deficiência: garantia de igualdade na diversidade**. Rio de Janeiro: WWA, 2014.

FERRAZ, C. V. et. al. **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012.

GARBE, D. S. Acessibilidade às pessoas com deficiência física e a convenção internacional de Nova Iorque. **Revista da Unifebe**, Brusque/SC, v.10,p.95 -104, jan./jun.,2012. Disponível em:<<http://www.unifebe.edu.br/revistadaunifebe/20121/artigo023.pdf>>. Acesso em: 5 de julho de 2019.

GUGEL,M.A.; COSTA FILHO,W.M.; **Deficiência no Brasil: uma abordagem integral dos direitos das pessoas com deficiência**. Florianópolis: Obra Jurídica, 2007.

HIGASHIDA, Naoki. **O que me faz pular**. tradução de Rogério Durst. Intrínseca: Rio de Janeiro, 2014.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 2. ed, São Paulo: Martins Fontes, 2007

ORGANIZACIÓN Mundial de La Salud- OMS. **Documentos básicos**. 26. ed, Genebra: OMS, 1976.

PIOVESAN, F. **Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeus, interamericano e africano**. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. **Temas de Direitos Humanos**. 3. ed, São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13. ed, São Paulo: Saraiva, 2012.

RIBAS, J.B.C. **O que são Pessoas Deficientes**. São Paulo, 2003. - Coleção Primeiros Passos.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio. **Direito Civil Contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa; GAIATO, Mayara Bonifácio; REVELES, Leandro Thadeu. **Mundo singular**: entenda o autismo. Rio de Janeiro: Fontanar, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed, São Paulo: Malheiros, 2017.

\_\_\_\_\_. **A Constitucionalização do Direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2011.