



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

**A ilegalidade da Resolução n. 13 do Conselho de Saúde Suplementar – CONSU - e a
Regulamentação dos Atendimentos de Emergência/ Urgência nos Planos de Saúde de
Segmentação Ambulatorial**

Vanessa Pereira da Silva

Rio de Janeiro
2014

VANESSA PEREIRA DA SILVA

**A ilegalidade da Resolução n. 13 do Conselho de Saúde Suplementar – CONSU -
e a Regulamentação dos Atendimentos de Emergência/ Urgência nos Planos de Saúde de
Segmentação Ambulatorial**

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Professores Orientadores:
Mônica Areal
Néli Luiza C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

A ILEGALIDADE DA RESOLUÇÃO N. 13 DO CONSELHO DE SAÚDE SUPLEMENTAR – CONSU - E A REGULAMENTAÇÃO DOS ATENDIMENTOS DE EMERGÊNCIA/ URGÊNCIA NOS PLANOS DE SAÚDE DE SEGMENTAÇÃO AMBULATORIAL

Vanessa Pereira da Silva

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Graduada pela Faculdade de História da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Pós-graduada em Direito Público e Privado pela Universidade Estácio de Sá/Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: Este artigo trata da regulamentação, efetivada pela Resolução n. 13, do CONSU, dos atendimentos de emergência/urgência nos planos de saúde de segmentação ambulatorial. Defende-se a ilegalidade e a inconstitucionalidade desta regra administrativa. São apresentados os principais argumentos dos defensores e dos críticos da Resolução, passando-se a esclarecer o alcance do poder normativo das agência reguladoras e a fundamentar a sua inconstitucionalidade e a violação à lei 9.656/98 e ao CDC. Conclui-se que o ordenamento jurídico já oferece o adequado tratamento da matéria, seja pelas suas regras legais e constitucionais, seja pela base principiológica, motivo por que deve ser revogada a Resolução.

Palavras-chave: Direito do Consumidor. Administrativo. Constitucional. Agência Nacional de Saúde. Resolução n. 13 do CONSU. Inconstitucionalidade. Ilegalidade. Lei n. 9.656/98. Código de Defesa do Consumidor.

Sumário: Introdução. 1. Os argumentos da defesa e da crítica à Resolução n. 13 do CONSU. 2. Poder Normativo das Agências Reguladoras. 3. A Inconstitucionalidade da Resolução. 4. A Ilegalidade em face da Lei n. 9.656/98 e ao Código de Defesa do Consumidor. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Este artigo discute a validade da Resolução n. 13 do Conselho de Saúde Suplementar, que visa a regulamentar o art. 35-C, da Lei n. 9.656/98 - lei dos planos de saúde, em especial no que toca ao atendimento de emergência/urgência nos planos de segmentação ambulatorial.

A lei não estabelece quaisquer prazos ou condições para o atendimento emergencial ou urgente, o que originou questionamentos das operadoras de plano de saúde, em razão da existência de planos ambulatoriais, de precificação mais baixa, nos quais são excluídos contratualmente a internação hospitalar e procedimentos que demandem apoio de estrutura hospitalar por período superior a 12 horas ou de serviços como recuperação pós-anestésica, UTI, CTI e similares.

Em atenção a essa realidade comercial, a Resolução em estudo dispôs que, nos planos ambulatoriais, as seguradoras de saúde são obrigadas a cobrir, nos casos de urgência/emergência, tão somente as 12 primeiras horas de atendimento e em ambiente ambulatorial.

Assim, caso o paciente necessite de cuidados que demandem maior tempo e ambiente de terapia intensiva, deve arcar com os custos adicionais ou buscar atendimento em hospital público (art. 2^a, *caput* e parágrafo único).

A regulamentação em questão, embora tenha atendido ao pleito das operadoras de plano de saúde, ensejou inúmeras críticas dos órgãos de defesa do consumidor, porquanto limitou o atendimento que, por lei, era obrigatório e integral.

Fato é que, enquanto não se consegue alcançar um senso a respeito, há proliferação de ações judiciais com o mesmo objeto, exigindo-se soluções céleres, em razão do risco de vida ou de lesão irreversível à saúde.

Verifica-se, ademais, a prolação de decisões conflitantes, uma vez que a jurisprudência também se divide, o que põe em risco a própria credibilidade do Judiciário perante a sociedade.

O trabalho defende a invalidade da Resolução n. 13 do CONSU, para que as prestadoras de serviço de plano de saúde sejam compelidas a realizar o atendimento de emergência/urgência pelo tempo necessário e em ambiente de terapia intensiva, se

recomendado clinicamente, até que estabilizada a saúde do paciente, de modo que a transferência para um hospital público não lhe cause riscos à vida, ou não prejudique o restabelecimento da sua saúde.

A solução proposta não corresponde, pois, à obrigação de as operadoras de planos de saúde cobrirem, ilimitadamente, o tratamento hospitalar para os pacientes que aderiram a planos ambulatoriais, o que, de fato, poderia ferir a liberdade de contratar e a livre iniciativa na ordem econômica. Ponderam-se, na exata medida, os princípios da livre concorrência, da defesa do consumidor, e da vida digna.

Para tal desiderato, serão apresentadas as principais teses das Operadoras de Plano de Saúde, em defesa da Resolução, e dos Órgãos de Defesa do Consumidor, contra a referida normatização.

Em seguida, este artigo buscará demonstrar que o Poder Normativo das Agências Reguladoras não permite a atuação *contra legem*, razão pela qual a Resolução n. 13 do Conselho de Saúde Suplementar extrapola a competência normativa do Poder Executivo.

Após, buscar-se-á comprovar, com base nos direitos fundamentais à saúde e à vida, bem como nas regras de competência das Agências Reguladoras e do entendimento jurisprudencial predominante, que a regulamentação não se coaduna com o texto constitucional.

Por fim, visar-se-á demonstrar que a Resolução n. 13, do CONSU, contraria frontalmente a Lei n. 9.656/98 e o Código de Defesa do Consumidor, bem como será perquirido qual o entendimento que os Tribunais Superiores e o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro vêm adotando sobre o tema.

Com isso, busca-se a pacificação ou, pelo menos, a diminuição dos conflitos que envolvem a matéria.

1. OS ARGUMENTOS DA DEFESA E DA CRÍTICA À RESOLUÇÃO N. 13 DO CONSELHO DE SAÚDE SUPLEMENTAR – CONSU

Em novembro de 2011, o Núcleo de Defesa do Consumidor da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro – NUDECON - reuniu, em uma Audiência Pública, representantes da Agência Nacional de Saúde, do Conselho Regional de Medicina, dos Ministérios Públicos Estadual e Federal, da Assembleia Legislativa, Defensores Públicos e Representantes de Planos de Saúde e do PROCON, para buscar uma possível rejeição da Resolução n. 13 do Conselho de saúde Suplementar¹.

Naquela oportunidade, foram apresentados os principais argumentos favoráveis à norma em estudo, bem assim as teses contrárias a esta.

Os representantes da Agência Nacional de Saúde afirmam que a Resolução n. 13 do CONSU foi criada para delimitar os atendimentos de urgência e emergência, previstos pela Lei n. 9.656/98, visando à garantia do equilíbrio atuarial no setor de saúde suplementar, o que se dá por intermédio das segmentações dos planos, dos prazos de carência e das previsões de coberturas obrigatórias.

Ademais, a norma objetivaria tornar mais clara para o consumidor a abrangência da cobertura contratada com a operadora de saúde suplementar, em atenção à transparência das relações de consumo.

Nesse sentido, as operadoras de saúde defendem que o consumidor, ao contratar um plano ambulatorial, adere espontaneamente a uma cobertura de precificação mais baixa, ciente de que, por isso, não terá o atendimento hospitalar completo.

¹ Ata da Audiência Pública coordenada pelo Núcleo de Defesa do Consumidor, na sede da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, em 17 nov. 2011.

Em outros termos, afirmam que a cobertura contratualmente estabelecida deve ser obedecida, ou seja, deve o consumidor receber o serviço pelo qual paga, não sendo lícito ao Estado impor às operadoras de saúde suplementar o dever de prestar saúde a todos gratuitamente.

Aduzem, ainda, possível má-fé do contratante que opta por plano mais barato e, mesmo assim, pretende obter o atendimento a que têm direito os contratantes de planos hospitalares.

Por isso, argumentam a necessidade de se verificar, mediante perícias médicas realizadas pela própria operadora de saúde, se a situação de emergência e urgência atestada pelo médico responsável é, de fato, existente, ou se consiste em fraude para compelir o plano a cobrir o procedimento.

Assim, segundo os defensores da legalidade da Resolução, caso não houvesse a regulamentação e se interpretasse a lei no sentido de conferir aos contratantes de planos ambulatoriais o direito ao amplo tratamento hospitalar, o sistema de saúde suplementar ou enfrentaria um desequilíbrio econômico-financeiro, por arcar com custos de tratamentos mais caros do que aquele pelo qual o paciente pagou a mensalidade, ou repassaria esses custos aos contratantes de planos hospitalares, cuja precificação já é mais elevada.

De outro lado, são muitas as críticas à regulação em tela.

Os Órgãos de Proteção e Defesa do Consumidor salientam, inicialmente, vício formal da Resolução, porquanto esta não apenas regulamentou a lei, mas foi além, limitando a aplicação da norma legal ao invés de dar-lhe máxima efetividade.

Ora, a Lei 9.656/98, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, no art. 35-C, declara ser obrigatória a cobertura do tratamento nos casos de emergência (como tal definidos os que implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, caracterizada em declaração do médico assistente), de urgência (assim entendidos os

resultantes de acidentes pessoais ou de complicações no processo gestacional) e de planejamento familiar.

Essa mesma lei, no artigo 12, incisos II, alínea "a" e V, alínea "c", proíbe tempo limite para internação, a qual é obrigatória, em casos de urgência e emergência, ultrapassado o prazo de carência de apenas 24 horas da contratação.

Assim, se a lei não previu limites temporais ou condições para o atendimento nestes casos, não poderia norma do Poder Executivo dispor o contrário.

Além do aludido vício formal, salientam os Órgãos de Defesa do Consumidor, tais como o Núcleo de Defesa do Consumidor da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, que a Resolução, ao limitar os atendimentos de urgência e emergência, expõe a vida dos consumidores a risco, em nome de um suposto perigo de desequilíbrio econômico do sistema de saúde suplementar.

Assim, a norma em questão traz, para seus críticos, graves problemas que afrontam a própria Constituição Federal, no seu aspecto material.

Primeiramente, sustentam que as operadoras de plano de saúde² “coisificam” o direito à saúde e à vida digna, valor constitucional máximo, uma vez que, em muitos casos, 12 horas de tratamento ambulatorial não são suficientes para estabilizar a vida do paciente, de modo que uma transferência a um hospital público pode determinar, se não a morte, sequelas irreversíveis à saúde do contratante.

Em segundo lugar, aduzem ser falacioso o argumento do desequilíbrio econômico, uma vez que se alguns consumidores teriam direito a coberturas mais caras do que aquela por que pagaram, inúmeros outros consumidores pagam suas mensalidades sem jamais se utilizarem dos serviços médicos cobertos pela operadora.

² Ata da Audiência Pública coordenada pelo Núcleo de Defesa do Consumidor, na sede da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, em 17 nov. 2011.

Salientam, ademais, ser desarrazoada a exigência da perícia para confirmar a situação de emergência ou urgência atestada pelo médico, destacando que se inverte a presunção de boa-fé, sendo muito comum que os consumidores, mesmo tendo aderido a planos ambulatoriais, busquem a cobertura hospitalar ao se encontrarem em situações de urgência/emergência, pois temem perder a vida caso aguardem o atendimento público, desconhecem as limitações impostas contratualmente e porque a lei não impõe qualquer restrição ao atendimento nestes casos extremos.

Por fim, argumentam que o médico que presta falsas declarações já está sujeito às sanções do Conselho Regional de Medicina e que não se pode colocar a vida em risco, porquanto nem sempre a situação clínica do paciente permite que se aguarde a data de agendamento da perícia.

Apresentadas as teses favoráveis e contrárias à Resolução n. 13 do Conselho de Saúde Suplementar, passa-se à análise destas.

2. PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

O Conselho de Saúde Suplementar, instituído pelos artigos 35-A e 35-B da Lei n. 9.656/98, é órgão colegiado integrante da estrutura regimental do Ministério da Saúde, com competência para, dentre outras atribuições, estabelecer e supervisionar a execução de políticas e diretrizes gerais do setor de saúde suplementar, supervisionar e acompanhar as ações e o funcionamento da Agência Nacional de Saúde e fixar diretrizes gerais para implementação no setor de saúde suplementar sobre aspectos econômico-financeiros.

De outra parte, a Agência Nacional de Saúde (ANS) é a agência reguladora vinculada ao Ministério da Saúde responsável pela regulação do setor de planos de saúde no Brasil, entendida como um conjunto de medidas e ações do Governo que envolvem

a criação de normas, o controle e a fiscalização de segmentos de mercado explorados por empresas para assegurar o interesse público³.

Antes da criação da Agência Nacional de Saúde, pela Lei n. 9.961/00, o Conselho de Saúde Suplementar era o responsável pela regulação do setor da saúde suplementar, razão pela qual se verifica estreita relação entre as diretrizes ditadas pelo aludido órgão e o Poder Normativo comum às agências reguladoras.

Com efeito, o art. 2º da CRFB/88, ao atentar para o princípio da separação dos Poderes, veda implicitamente a edição, pelas agências reguladoras, de atos normativos inteiramente autônomos, sem previsão ou autorização legislativa prévia.

Todavia, da leitura do art. 49, incisos V e XI, da CRFB/88, depreende-se a possibilidade de essas autarquias especiais editarem atos normativos lastreados em lei, cuja finalidade não se limita a lhe dar fiel execução (art. 84, inciso IV, da CRFB/88), senão efetivar as diretrizes da norma legal, respeitados os limites por ela impostos, daí por que se denominam regulamentos delegados ou autorizados.

Nesse sentido, a doutrina administrativa leciona o seguinte:

- [...] a) é incontroverso que as agências reguladoras não podem editar regulamentos autônomos, isto é, que não tenham base em determinada lei;
- b) a atuação normativa das agências reguladoras, complementando as disposições da lei, depende de expressa autorização dada pela própria lei, vale dizer, consiste tal atuação na edição de regulamentos delegados ou autorizados;
- c) a lei deve estabelecer claramente os assuntos que podem ser objeto da atuação normativa da agência reguladora (devem ser matérias de índole técnica), fixar diretrizes bem definidas a serem observadas na elaboração do regulamento autorizado (não se admite a denominada delegação ou autorização “em branco”) e impor explicitamente limites a essa atuação;
- d) toda atuação normativa das agências reguladoras está sujeita a permanente controle legislativo (CF, art. 49, V e X) e, sempre que provocado, ao controle judicial.[...]⁴

³ Disponível em <<http://www.ans.gov.br/aans/quem-somos>>. Acesso em: 21 abr. 2014.

⁴ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 175.

Na mesma linha, segue excerto da ementa do Recurso Especial n. 1.068.612/SC, de relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, julgado pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, DJe 17/04/13⁵, *verbis*:

[...] 5. Cumpre observar que, ainda que seja impossível a análise do conteúdo de resoluções e atos infralegais na via recursal eleita (categoria na qual se integra a referida Resolução nº 131/03), não me afigura ser possível que, por meio da edição de tais atos possa o Poder Público - aqui entendido em acepção ampla, abrangendo não só os órgãos públicos, mas também as demais pessoas jurídicas que integram o conceito de Fazenda Pública - se eximir da obrigação que lhe é legalmente imposta. Entendimento em sentido diverso implicaria no desvirtuamento das características do próprio poder regulamentar que assiste à Administração Pública no exercício de suas atribuições, dentre as quais a sua subordinação ao comando normativo legal que lhe deu ensejo. 6. Destaco, outrossim, que este Sodalício possui jurisprudência no sentido da inadmissibilidade dos regulamentos autônomos no ordenamento jurídico brasileiro, fora das hipóteses constitucionalmente admitidas, por subverter a própria estrutura hierárquico normativa que rege a ordem jurídica nacional. Precedentes.[...].

Esclarecedor, ainda, trecho da ementa do Recurso Especial n. 1.101.040/PR, de relatoria da Ministra Denise Arruda, julgado pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, DJe 05/08/09⁶:

5. [...] Ao contrário do que alguns advogam, trata-se do exercício de função administrativa, e não legislativa, ainda que seja genérica sua carga de aplicabilidade. Não há total inovação na ordem jurídica com a edição dos atos regulatórios das agências. Na verdade, foram as próprias leis disciplinadoras da regulação que, como visto, transferiram alguns vetores, de ordem técnica, para normatização pelas entidades especiais. [...].

Como já explicitado, a Resolução n. 13 do CONSU foi criada para delimitar o atendimento de emergência e urgência, previsto pela Lei n. 9.656/98, visando à garantia do equilíbrio atuarial no setor de saúde suplementar, o que se faz através das segmentações dos planos, dos prazos de carência e das previsões de coberturas obrigatórias.

Ocorre que referida lei é expressa ao dispor, no art. 35-C, sobre a obrigatoriedade do atendimento nos casos de emergência, urgência e planejamento familiar, o que pressupõe não haver quaisquer limitações e condicionamentos (art. 12, incisos II, alínea "a" e V, alínea "c"),

⁵ Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=poder+normativo+e+ag%Eancia+reguladora&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em 21 abr. 2014.

⁶ Ibid.

sob pena de restar fragilizada a *mens legis*, claramente voltada à tutela dos pacientes em momento no qual sua saúde está mais vulnerável.

Outrossim, o desempenho da competência normativa pelo Poder Executivo volta-se à edição de normas de natureza estritamente técnica, sob pena de delegação inconstitucional de função propriamente legislativa⁷, ao passo que a resolução em estudo se destina ao atendimento de necessidades comerciais das operadoras de plano de saúde, distanciando-se, pois, do exercício da discricionariedade técnica.

É de se ressaltar, ainda, que a limitação do atendimento de emergência e urgência ao período de 12 horas e em ambiente ambulatorial, sem se questionar o possível comprometimento da saúde do paciente, que poderá decorrer do deslocamento a um hospital público, afasta-se da visão institucional da autarquia regulatória, a qual tem por finalidade a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País (art. 3º, da Lei n. 9.961/00).

Destarte, uma vez que a Resolução n. 13 do CONSU não se pautou nos objetivos definidos em lei para serem implementados no setor regulado, extrapola o Poder Normativo das Agências Reguladoras e contraria a Lei n. 9.656/98, constituindo-se verdadeira delegação em branco inconstitucional.

3. A INCONSTITUCIONALIDADE DA RESOLUÇÃO

A Resolução, ao extrapolar os limites da lei e gerar crise de legalidade, implica em flagrante desrespeito à norma constitucional⁸.

⁷ ALEXANDRINO; PAULO; op.cit., p. 176.

⁸ Id. *Direito Constitucional Descomplicado*. 7. ed. São Paulo: Método, 2011, p. 775

Inicialmente, verifica-se a inobservância do art. 49, inciso V, da CF/88, cuja inteligência indica que os atos normativos do Poder Executivo não podem exorbitar do poder regulamentar. Trata-se, portanto, de um vício formal, explicitado no tópico anterior deste artigo.

De forma ainda mais patente, há vício material, porquanto violado o direito fundamental à saúde, previsto expressamente nos artigos 196 a 200 da CF/88, o qual é consequência do direito à vida, previsto no art. 5º, *caput*, da Carta Magna, e da vida digna, na forma do art. 1º, inciso III, da mesma Lei Fundamental.

As normas infraconstitucionais devem ser criadas e aplicadas com base nos princípios constitucionais. Assim, se o equilíbrio econômico dos contratos é valor constitucional tutelável, este não é o valor máximo, em especial quanto se trata de prestação de serviços relativos à saúde.

Por isso, o caso concreto deve ser analisado à luz da função social e da boa-fé contratual, inclusive no que concerne ao dever de cooperação inerente aos contratos cativos de longa duração nas relações de consumo⁹.

A aplicação da Resolução, nos moldes do previsto pelo CONSU, inverte a ordem jurídica, uma vez que deve a lei civil ser interpretada à luz constitucional, e não o contrário.

Na visão clássica do Direito, o Código Civil era a constituição do homem comum, restando à Constituição da República lançar seus preceitos sobre as relações de Direito Público. Porém, a escola da constitucionalização do direito mudou o perfil civilista, de modo que, de acordo com a nova hermenêutica jurídica, a Lei Civil somente pode ser aplicada à luz da Constituição Federal.

⁹ Trecho adaptado da inicial da ação coletiva de nº 0179883-79.2012.8.19.0001, ajuizada pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro em 9 mai. 2012 e que tramitou na 4ª Vara Empresarial da comarca da Capital do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Em razão desta nova forma de enxergar o Direito, que eleva a Constituição Federal à fonte suprema, novos postulados passaram a orientar todo o ordenamento: a relativização da divisão entre direitos público e privado, a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, a despatrimonialização e repersonalização do Direito, e a primazia das situações subjetivas existenciais.

Em outros termos, o patrimônio, bem assim todas as relações patrimoniais, deixaram de ser fins em si mesmas, porquanto devem voltar-se à consecução da dignidade da pessoa humana.

Consoante doutrina do Direito Civil Constitucional, não se deixa de aplicar o brocardo do *pacta sunt servanda*, o qual afirma a força obrigatória dos contratos, com o fito de preservar a autonomia da vontade, a liberdade de contratar e a segurança jurídica de que os instrumentos previstos no nosso ordenamento são confiáveis.

Nada obstante, este corolário deve ser coadunado com o *rebus sic stantibus*, que é a possibilidade de que um pacto seja alterado, a despeito da obrigatoriedade, sempre que as circunstâncias que envolveram a sua formação não forem as mesmas no momento da execução, imprevisível e inimputavelmente, de modo a prejudicar uma parte em benefício da outra.¹⁰

Ora, as situações de urgência/emergência são imprevisíveis e não podem ser imputadas ao paciente, motivo por que inovam na relação jurídica contratual e permitem a flexibilização da obrigatoriedade de suas cláusulas. Do contrário, o contrato de prestação de saúde complementar restaria completamente contrário à sua função social.

¹⁰ ZUNINO NETO, Nelson. *Pacta sunt servanda x rebus sic stantibus*: uma breve abordagem. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 31, 1 maio 1999. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/641>>. Acesso em: 17 set. 2014.

4. A ILEGALIDADE EM FACE DA LEI N. 9.656/98 E AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

A aplicação da Resolução n. 13 do CONSU autoriza as operadoras de plano de saúde a afastar o cumprimento efetivo do artigo 12, incisos II, alínea “a”, e V, alínea “c”, bem como do artigo 35-C da Lei 9.656/98.

A alínea “a”, do inciso II, do art. 12, da lei dos planos de saúde, refere-se literalmente aos planos de segmentação hospitalar, e veda a limitação de tempo de internação. A *ratio* desse dispositivo é garantir a função social do contrato e tutelar a boa-fé do paciente, que ao contratar a prestação do serviço, espera ter sua saúde resguardada, o que na maioria das vezes é incompatível com a limitação do tempo do tratamento.

A melhor hermenêutica jurídica não é a literal, a qual é completamente dissociada do contexto e dos fins buscados pelo legislador. No caso, a interpretação que garante a máxima efetividade da lei é a teleológica, que estende a proibição da limitação temporal da internação a todas as segmentações, inclusive a ambulatorial, sob pena de se tornar desfuncionalizado o contrato.

Percebe-se, dessarte, que a letra da lei não corresponde à norma, a qual é o resultado da interpretação e da aplicação do texto ao caso concreto, devendo corresponder aos objetivos reais do legislador que, em última instância, representa a vontade da sociedade.

Assim, é correto afirmar que, nos planos ambulatoriais, o atendimento hospitalar, em regra, é excluído, ressalvados os casos de emergência/ urgência, nos quais o atendimento não deve ser limitado temporalmente, mas sim à efetiva estabilização da situação clínica do paciente. Só então este deve ser transferido, com segurança, à rede pública de saúde, ou compelido a arcar com os custos do tratamento, caso permaneça na unidade hospitalar privada.

De outro giro, o art. 12, inciso V, alínea “c”, da mesma lei, dispõe ser ilegal, nos casos de urgência/emergência, a fixação de prazo de carência superior a 24 horas da contratação. Mais uma vez, a percepção de que a norma jurídica não se confunde com o simples texto legal permite concluir ser ilegal a submissão do paciente a perícias outras que não o diagnóstico do médico competente.

Essas perícias realizadas por juntas médicas ou por profissionais das prestadoras de serviço, além de presumirem a má-fé do consumidor e do médico credenciado que atesta a gravidade do caso, invertem a presunção de boa-fé e a teoria da confiança.

Acabam, na prática, por ampliar o prazo de carência: o atendimento deixa de se submeter tão somente às 24 horas contatadas da contratação do serviço, para se submeter ao tempo necessário ao agendamento da perícia, o que pode custar não apenas a diminuição da eficácia do tratamento, mas a própria vida humana.

Por fim, de forma ainda mais clara, a Resolução n. 13 do CONSU viola o art. 35-C da lei em comento, que não limita, seja qual for o plano contratado, a obrigatoriedade de cobertura em casos de emergência, enquanto a aludida Resolução, visando à regulamentação do sistema e excedendo os limites legais, limita essa mesma obrigação a 12 horas, em ambiente ambulatorial.

Desse modo, ainda que o atendimento ao paciente seja admitido, reconhecendo-se verídico o laudo médico que atesta a necessidade do atendimento de emergência, a operadora de saúde passa a cobrir o tratamento somente nas 12 primeiras horas, independente de estar efetivamente afastada a situação de perigo para o paciente.

O paciente passa essas críticas 12 horas em um ambiente ambulatorial, de enfermaria, quando não raro a estabilização de sua saúde dependeria de uma internação em

unidade de terapia intensiva ou demandaria algum procedimento cirúrgico. Não há como não perceber, portanto, a flagrante violação ao escopo legal.¹¹

De outro turno, não se deve olvidar tratar-se de relação de consumo, uma vez que os pacientes são destinatários finais dos serviços prestados pelas operadoras de saúde suplementar (art. 2.º, da Lei n.º 8.078/90), e estas se caracterizam como fornecedoras na intermediação dos serviços de saúde privada (art. 3.º, da Lei n.º 8.078/90).

Desse modo, deve o contratante, consumidor, ser protegido contra cláusulas abusivas inseridas nos contratos de adesão, conforme art. 170, inciso V, da CF/88, e da Lei 8.078/90 (CDC).

Dispõe o art. 51, §1º, inciso II, do CDC, que são nulas as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de serviços que restringem direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual¹².

Esse dispositivo reconhece a maior vulnerabilidade do consumidor nos contratos adesivos, nos quais as cláusulas contratuais não são discutidas pelas partes, mas sim elaboradas unilateralmente pelo fornecedor do serviço e aceitas obrigatoriamente pelo consumidor que deseja contratar.

Insta observar que, no contrato de assistência médico-hospitalar, a vulnerabilidade se acentua, porquanto há uma especial dependência do consumidor, que necessita da manutenção da relação contratual, a fim de não se ver desprovido de seu bem maior, ou seja, da sua vida.

Dessarte, a indigitada Resolução, ao permitir a limitação do atendimento de emergência/urgência nos planos ambulatoriais, além de se afigurar ilegal perante a Lei

¹¹ Trecho adaptado da inicial da ação coletiva de n. 0179883-79.2012.8.19.0001, ajuizada pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro em 9 mai. 2012 e que tramitou na 4ª Vara Empresarial da comarca da Capital do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

¹² GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do Consumidor: dicas para realização de provas de concursos* artigo por artigo. 5.ed. V.1. Bahia: Jus Podium, 2011, p. 214.

9.656/98, fere o CDC, uma vez que autoriza o estabelecimento de cláusulas nulas e olvida ser dever do fornecedor, em razão da boa-fé objetiva e da própria natureza do contrato, autorizar o tratamento necessário à manutenção da saúde, fim para o qual se destina, sobretudo tendo em vista o quadro de urgência em que se o contratante se encontra.

Em outros termos, o dever de cooperação, anexo ao princípio da boa-fé objetiva, impõe ao fornecedor a facilitação do adimplemento da obrigação, e não pode uma Resolução dispor o contrário.

Apesar de não haver pronunciamento judicial definitivo declaratório da ilegalidade da Resolução, verifica-se que a jurisprudência tem se inclinado pela desconsideração da regra administrativa, em prol da proteção à saúde, à vida digna, e à função social dos contratos.

A Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, por intermédio do Núcleo de Defesa do Consumidor, conseguiu o deferimento de tutela antecipada na ação civil pública nº 0179883-79.2012.8.19.0001, proferida em 27/6/2012, pelo Juízo da 4ª Vara Empresarial da comarca da Capital do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro¹³.

Afirmou o magistrado que “[...] a relação jurídica (...) é de índole consumerista, encontrando-se, por conseguinte, submetida aos ditames da Lei n. 8.078/90, sendo certo que as operadoras de planos de saúde se amoldam ao conceito de fornecedoras”.

Prosseguindo, expôs que “[...] na presente hipótese, a jurisprudência se faz mansa e remansa no sentido pretendido. As operadoras de plano de saúde (...) se mantêm recalcitrantes no atendimento dos pleitos dos consumidores, ensejando tal fato uma avalanche de processos [...]”.

¹³ Tutela antecipada deferida pelo juiz Mauro Pereira Martins, da 4ª Vara Empresarial da comarca da capital do estado do Rio de Janeiro, na Ação Civil Pública n. 0179883-79.2012.8.19.0001. Disponível em: <www.tjrj.jus.br>, *link* consultas, processo judicial, por número. Acesso em: 17 set. 2014.

Na sequência, aduziu que as hipóteses de urgência experimentadas por usuários de planos de saúde não se submetem a prazos de carência, sendo devido o cumprimento da obrigação decorridas as 24 horas da assinatura do contrato, e que não pode o serviço ser postergado, a pretexto da realização de perícia ou análise por junta médica.

Ademais, reconheceu que, em se tratando de relação jurídica consumerista, há que se presumir a boa-fé dos contratantes, sendo os usuários de planos de saúde hipossuficientes perante aos fornecedores do serviço.

Em outros termos, afirmou que a fraude não pode ser presumida, de modo a prevalecer o documento firmado pelo médico assistente, atestando a urgência/emergência da situação.

Com base em tais fundamentos, o juízo determinou às rés da ação que autorizem, decorridas as 24 horas da assinatura do contrato, todos os tratamentos, exames, internações e possíveis intervenções cirúrgicas que se afigurarem necessárias, com a liberação dos materiais solicitados, em casos de urgência/emergência, caracterizados por declaração, atestado ou laudo médico, emitido pelo médico assistente, independentemente de perícia ou análise de junta médica.

Determinou, ainda, a abstenção de limite do tratamento de urgência/emergência a 12 horas e a tratamento ao ambiente ambulatorial, sob pena de multa de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por ato que implicar descumprimento aos termos da decisão.

Essa decisão acompanhou a tendência dos julgados, e a solução proposta é similar a inúmeras outras decisões, que seguem na esteira do verbete nº 302 da súmula do Superior Tribunal de Justiça: “É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado”.

A questão foi enfrentada de forma similar, por exemplo, nos seguintes julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: 0042759-88.2011.8.19.0001 (apelação cível

- Des. Camilo Ribeiro Ruliere - Julgamento: 17/04/2012 - Primeira Câmara Cível), 0020587-81.2009.8.19.0209 (apelação cível - Des. Mário Assis Gonçalves - Julgamento: 11/04/2012 - Terceira Câmara Cível), 0015865-04.2009.8.19.0209 (apelação cível – Des. Maria Inês Gaspar - Julgamento: 14/03/2012 - Décima Sétima Câmara Cível)¹⁴.

Nada obstante, verifica-se que a jurisprudência, a despeito de afastar a Resolução no caso concreto, ainda é temerosa em declarar sua ilegalidade, apesar de ser plenamente possível tal conteúdo deontológico.

Uma decisão neste sentido deve ser buscada, de fato, em sede de ação civil pública, cuja extensão da eficácia da coisa julgada, porquanto se tratam de direitos individuais homogêneos, definidos no art. 81, parágrafo único, inciso III, do CDC, como os que advêm de uma origem comum (contratual, por exemplo), em caso de procedência do pedido, atinge todos os consumidores, quer seja no limite territorial do órgão prolator da decisão, nos moldes do art. 16, da Lei 9494/97, quer seja em âmbito nacional, como defendem os órgãos de proteção e defesa do consumidor¹⁵.

CONCLUSÃO

Diante de todos os valores violados pela Resolução 13 do CONSU, não ficam dúvidas a respeito da ilegalidade da atual regulamentação dos atendimentos de urgência/emergência em planos de saúde de segmentação ambulatorial.

Verifica-se que, na realidade, o próprio ordenamento, por intermédio dos artigos 196 a 200, 5º, *caput*, e 1º, inciso III Constituição Federal, dos artigos 12, incisos II, alínea “a”, e

¹⁴ Julgados citados na petição inicial da ação civil pública n. 0179883-79.2012.8.19.0001, ajuizada pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro.

¹⁵ ZANETI JR., Hermes e GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direitos Difusos e Coletivos: dicas para realização de provas de concurso artigo por artigo*. 2.ed. V.28. Bahia: Jus Podium, 2011, p.236.

V, alínea “c”, e 35-C, da Lei 9.656/98, e do artigo 51, §1º, inciso II, do CDC, já trata suficientemente da questão, sem qualquer necessidade de regulamentações paralelas.

Ao invés de tornar a aplicação legal mais clara, a Resolução combatida confunde e dificulta a relação jurídica entre pacientes e operadoras de saúde. Assim, os consumidores, que contratam os planos de saúde na ânsia de maior segurança e tranquilidade, acabam enfrentando verdadeira *via crucis* para obter o tratamento médico de que necessitam.

As confusões geradas, por sua vez, tornam a máquina judiciária muito pouco efetiva. Embora haja decisões, nem sempre proferidas com a celeridade necessária, que afastam a Resolução, essas acabam se restringindo ao caso concreto específico, deixando ainda desprotegidos milhares de outros consumidores que, diariamente, enfrentam o mesmo problema.

Ainda quando em sede de tutela coletiva, a interminável discussão doutrinária e jurisprudencial a respeito da eficácia territorial da coisa julgada *secundum eventum litis*, se nacional ou territorial, dificulta a adequada proteção dos consumidores, além de que outras operadoras de plano de saúde, não alocados no polo passivo da demanda coletiva, poderão iniciar a discussão acerca de sua submissão ou não ao declarado na sentença.

Entende-se que todas essas questões sequer deveriam ser levadas ao Judiciário, porquanto o poder administrativo, com base na autotutela, deve revogar a indigitada Resolução, reconhecendo que a lei, no que toca aos atendimentos de urgência/emergência, é suficiente e não comporta quaisquer restrições, sob pena de violação ao ordenamento jurídico como um todo.

Essa postura firme, que se deve esperar e exigir da ANS, certamente será mais efetiva do que qualquer pronunciamento judicial sobre o tema, mas exige que não se ceda às pressões dos grupos econômicos que as operadoras de saúde suplementar representam.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 19. ed. São Paulo: Forense, 2011.

_____. *Direito Constitucional Descomplicado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Método, 2011.

ATA DA AUDIÊNCIA PÚBLICA, coordenada pelo Núcleo de Defesa do Consumidor, na sede da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, realizada em 17 de novembro de 2011.

BRASIL. Constituição da República Federativa, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 30 mar. 2014.

_____. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm>. Acesso em: 30 mar. 2014.

_____. Lei 9.656, de 3 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19656.htm>. Acesso em: 17 set. de 2014.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Ação Civil Pública n. 0179883-79.2012.8.19.0001. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&FLAGNOME=&back=1&tipoConsulta=publica&numProcesso=2012.001.157024-2>>. Acesso em: 30 mar.2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do Consumidor: dicas para realização de provas de concursos artigo por artigo*. 5.ed. V.1. Bahia: Jus Podium, 2011.

GARCIA, Leonardo de Medeiros; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Direitos Difusos e Coletivos: dicas para realização de provas de concursos artigo por artigo*. 2. ed. V.28. Bahia: Jus Podium, 2011.

PETIÇÃO INICIAL da ação Civil Pública ajuizada pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, nº 0179883-79.2012.8.19.0001.

ZUNINO NETO, Nelson. *Pacta sunt servanda x rebus sic stantibus: uma breve abordagem*. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 31, 1 maio 1999. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/641>>. Acesso em: 17 set. 2014.