

**UNIVERSIDADE CANDIDO MENDES**

**MESTRADO EM DIREITO**

**O CONTROLE JUDICIAL SOBRE AS CLÁUSULAS DE  
CARÊNCIA NOS PLANOS DE SAÚDE**

**Mestrando**

**Rodrigo Machado Ribeiro**

**Orientador**

**Marcos Juruena Villela Souto**

Rio de Janeiro

2009

# **Livros Grátis**

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

O Controle Judicial Sobre as Cláusulas de Carência nos Planos  
de Saúde

Rodrigo Machado Ribeiro

UCAM

2009

UNIVERSIDADE CANDIDO MENDES

MESTRADO EM DIREITO

**O CONTROLE JUDICIAL SOBRE AS CLÁUSULAS DE  
CARÊNCIA NOS PLANOS DE SAÚDE**

Rodrigo Machado Ribeiro

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito Econômico e Desenvolvimento,  
como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito, sob a orientação do  
Professor Doutor Marcos Juruena Villela Souto

Rio de Janeiro

2009

Ribeiro, Rodrigo Machado

Título: O Controle Judicial sobre as Cláusulas de Carência nos Planos de Saúde / Rodrigo Machado Ribeiro. Rio de Janeiro. Universidade Candido Mendes, Mestrado em Direito, 2009.  
Orientador: Professou Doutor Marcos Juruena Villela Souto. Dissertação – UCAM, Mestrado em Direito. Referências Bibliográficas. f. 104. 1. Plano de Saúde. 2. Carência. 3. Direito Econômico. 4. Direito Regulatório. 5.Boa-fé e Função Social do Contrato. 6. Ativismo Judicial. 7. Jurisprudência. 8. Discricionariedade. 9. Conceitos Jurídicos Indeterminados. 10. Reflexividade Administrativa. 11. Controle Judicial. Conclusões.

Dedico este trabalho a minha esposa Flavia

e a meus filhos Guilherme e Gustavo

## **Agradecimentos**

Quando se termina um curso de mestrado, o primeiro sentimento que vem à mente é o de agradecimento. Não posso iniciar os agradecimentos, sem fazê-lo primeiramente a Deus, por me ajudar a trilhar mais este caminho. Agradeço, profundamente à minha família, minha esposa Flavia, que me incentivou e se sacrificou para que eu pudesse chegar até aqui. Meus filhos Guilherme e Gustavo, minhas fontes primárias de inspiração e força, bastava olhar para eles que as minhas energias se renovavam, para agüentar os mais difíceis desafios. Agradeço, ainda, imensamente, a meus pais, Aurélio e Sylvia e a meus avós Aurélio e Eunice, por toda a dedicação e sacrifício que dedicaram a mim ao longo desses anos, que puderam culminar neste momento. Vocês me fizeram o que sou hoje. Fica, também, a minha homenagem póstuma a meus avós Gentil e Cristália, que aonde estiverem, certamente estarão alegres e sorridentes com esta vitória de seu neto.

Em outra esteira, não posso deixar de agradecer às minhas lideranças, Henrique Freire de Oliveira Souza, por todo o incentivo e apoio na realização deste curso, bem como a Geny Guedes de Queiroz, pela tolerância nas minhas constantes ausências, para que este trabalho pudesse ser completado. Aos meus colegas e amigos, especialmente Alexandre Boccaletti, Claudio Augusto Carneiro, Luigi Bonizzato e Airton Maciel, pelas ajudas diretas e indiretas, bem como pelos momentos de descontração, que igualmente puderam culminar na conclusão deste curso. Aos que não mencionei aqui, também sintam-se agradecidos, pois foram todos importantes, tenham certeza disso.

Por fim, mas não menos importante, agradeço ao meu orientador, Professor Doutor Marcos Juruena Villela Souto, pelo afincamento que se dedicou e por acreditar no trabalho.

A todos muito obrigado !!!

## **Resumo**

Esta Dissertação de Mestrado em Direito trata do complexo assunto dos planos de saúde. As empresas de plano de saúde, quando da celebração do contrato, exigem o cumprimento de um período de carência, ou seja, um período em que o cliente se obriga a não utilizar o plano ou assume o risco pela eventual cobertura. Essas cláusulas contratuais, em geral, representam cópia de norma regulatória. Contudo, o Poder Judiciário, em sede de controle judicial, costuma anular estas cláusulas, sob o argumento de que o texto regulatório é ilegal, interferindo, portanto, na atividade inerente ao órgão regulador competente. Assim, o objetivo deste trabalho é analisar a norma regulatória e verificar se ela resiste à análise do controle judicial, criticando estas decisões naquilo que for pertinente.

Palavras-chave: plano de saúde, carência, direito econômico, direito regulatório, jurisprudência, discricionariedade, conceitos jurídicos indeterminados, reflexividade administrativa, controle judicial.



## **Abstract**

This thesis regards about the complex theme of health companies. By the time these specific companies sign their agreements they want to respect a certain lack of time in what the client is not allowed to use the health plan or takes the risk if the event happens or not. In general that clauses reproduce the regulatory rule. Nevertheless the Judiciary makes the analysis of these clauses considering their nullity under the argument that the regulatory rule is illegal because this should be an attribute of the Regulatory Authority. Therefore the aim of this thesis is to analyse the regulatory rule and verify if it resists to the analysis of the judiciary criticizing those decisions when and in what they may be reviewed.

Key words: health plans, lack of time, economic law, regulatory law, jurisprudence,, discretionary acts, undetermined law concepts, administrative reflexivity, judicial control.

## SUMÁRIO

Introdução	11
1) A carência	14
1.1) O que é ?	14
1.2) O risco e a técnica atuarial	16
1.3) Justificação da sua existência pelo ponto de vista econômico	22
1.4) Como a carência se traduz no direito	34
1.4.1) A norma da ANS	36
1.4.2) O contrato regulado	41
1.4.3) A cláusula	43
2) O ativismo judicial e seus fundamentos	45
2.1) A função social do contrato e a boa-fé objetiva	45
2.2) O ativismo judicial	51
2.3) A jurisprudência	54
3) A crítica à intervenção judicial	69
3.1) A “equivocada” premissa do controle de ato discricionário	69
3.1.1) Ato discricionário	72
3.1.2) Conceitos jurídicos indeterminados	76

3.1.3) O controle de ato discricionário	84
3.2) Superação da discricionariedade pela regulação	90
3.2.1) O ato regulatório	100
3.2.2) O controle de ato regulatório	103
Conclusão	112
Referências Bibliográficas	117
Anexos	125

## INTRODUÇÃO

O mercado dos chamados “planos de saúde” não tinha qualquer fiscalização ou regulação até o início de 1999, quando então entrou em vigor a Lei Federal 9.656/98. Esta lei passou a ditar as regras desse setor e instituiu a fiscalização das empresas privadas operadoras de plano de saúde por meio do Conselho Nacional de Saúde Suplementar.

Porém, em 2000 foi sancionada a Lei Federal 9.961 que criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar, atribuindo-lhe a competência de órgão regulador para este setor, com todos os papéis inerentes a uma agência reguladora.

E após a entrada da ANS no mercado de planos de saúde, inúmeras empresas foram obrigadas a parar as suas operações, eis que se tornaram inviáveis economicamente, em virtude do endurecimento das normas referentes à matéria.

Atualmente, trata-se de um setor restrito e sob forte regulação, submisso ainda às regras do Código de Defesa e Proteção do Consumidor. Entretanto, apesar disso, ainda movimenta anualmente, segundo dados da própria ANS, cerca de R\$ 35 Bilhões.

Diante disso, não há que se olvidar que com um mercado fortemente controlado e com reajustes controlados, o processo de formação de preço para esses planos passou a ser altamente relevante. A formação de preço neste tipo de contrato se dá por meio da técnica atuarial, já que se assemelha aos contratos de seguro, necessitando de uma análise de risco provável e futuro. E para a formação desses cálculos, é levado em consideração o cumprimento,

pelo cliente, de um período de carência, ou seja, de um período em que o consumidor contratualmente se compromete a não utilizar o plano de saúde, estando suspensa a cobertura para determinados eventos e procedimentos.

O cumprimento do período de carência é tido como algo fundamental para a saúde financeira das empresas privadas operadoras de plano de saúde que operam neste segmento, uma vez que este período propicia à empresa a formação de uma reserva exatamente para a cobertura dos eventos futuros.

Entre as funções de um órgão regulador está a proteção ao mercado, no sentido de garantir a sua prosperidade e longevidade, com incremento de qualidade nos serviços prestados, procurando obter a melhoria dos serviços, em que pese tais funções possam ser confundidas com as funções do CADE<sup>1</sup>.

Porém, inúmeras têm sido as decisões dos Tribunais quando estão de um lado os interesses das empresas privadas operadoras de plano de saúde, no que diz respeito ao cumprimento da carência, e do outro, os interesses do consumidor, que ainda dentro deste período de carência necessita de um atendimento ou cirurgia emergencial.

Não somente o Superior Tribunal de Justiça, mas inúmeros Tribunais da Federação estão começando a firmar entendimento de que frente a eventos de natureza de urgência ou emergência, a cláusula contratual que determina a suspensão de cobertura por cumprimento de carência seria abusiva.

---

<sup>1</sup> Não trataremos aqui deste tema, que por si só merece uma dissertação. Entretanto, para melhor compreensão ver PADULA, Rafael, Concorrência no Mercado de Saúde Suplementar: a portabilidade de carência in DIREITO SOCIETÁRIO: Estudos e Pareceres (ORG. Carla Marshall), Rio de Janeiro: Qualitymark, 2009.

Vale notar que ao declarar a abusividade destas cláusulas contratuais – que usualmente representam mera cópia de ato regulatório -, os Tribunais acabam por entender pela ilegalidade do próprio ato regulatório que dá suporte a estas cláusulas.

Portanto, esta dissertação tem a intenção de analisar o teor dessas decisões, bem como analisar o instituto da carência, as suas propostas econômicas e justificção, o ato regulatório, passando pela instigante questão da discricionariedade e sua superação.

Portanto, a hipótese a ser enfrentada envolve o impacto da cláusula de carência nas relações entre o consumidor e a operadora de plano de saúde, bem como a sua interpretação e aplicação pelo Poder Judiciário.

## Capítulo 1

### A CARÊNCIA

#### 1.1 – O que é ?

Logo de início, verifica-se ser importante conhecer um pouco melhor este instituto e tentar defini-lo, de modo a ser traçada uma linha equânime de raciocínio ao longo do trabalho.

Não que haja muitas dúvidas ou dificuldades acerca da definição do tema, mas existem inúmeras variáveis que podem confundir o desenvolvimento do assunto, uma vez que existem algumas modalidades diferentes de suspensões temporais de cobertura, podendo todas serem comumente conhecidas como carência, como para nova contratação, para inclusão de novos benefícios, para contratação e inclusão de plano individual ou coletivo e doença pré-existente.

Portanto, de modo a simplificar, até porque tais distinções em nada contribuirão para o desenvolvimento do tema, pode-se generalizar a questão e tratar apenas da carência referente à nova contratação, tendo sempre em mente um contrato individual, dizendo ela respeito a uma doença pré-existente ou não.

Ora, no momento da contratação é definido pela empresa privada operadora de plano de saúde que o cliente deverá informar toda a sua vida médica pregressa e, ao mesmo tempo, permanecer um determinado período de tempo sem poder fruir de todas as coberturas do contrato. Na medida em que o tempo vai passando o cliente vai cumprindo o seu período de carência e

podendo utilizar alguns benefícios, já que existem períodos de tempo distintos para consultas, exames, internações, internações de alta complexidade – como UTI's - e cirurgias. Ao final do último prazo contratual estabelecido, terá o cliente cumprido integralmente o período sem utilizar aqueles determinados benefícios, tendo agora ampla cobertura contratual, dentro dos limites ali estabelecidos e de acordo com a legislação vigente.<sup>2</sup>

A própria Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS conceitua carência como sendo “o período em que o consumidor não tem direito a algumas coberturas após a contratação do plano”. E ainda afirma que “quando a operadora exigir cumprimento de carência, este deve estar obrigatoriamente expresso, de forma clara, no contrato”<sup>3</sup>.

Esclarece ainda a ANS que “os períodos de carência são contados a partir do início da vigência do contrato. Após cumprida a carência, o consumidor terá acesso a todos os procedimentos previstos em seu contrato e na legislação”<sup>4</sup>.

Sem muitas divergências, a professora Elida Séguin conceitua carência como “um período predeterminado no início do contrato e respaldado na legislação, durante o qual o consumidor não pode usar integralmente os

---

<sup>2</sup> A Lei 9.656/98 em conjunto com a Lei 9.961/00 atribui à Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, competência para elaborar um rol de procedimentos que deve ser observado pelas empresas privadas operadoras de plano de saúde. Este rol de procedimento significa uma lista mínima de doenças e procedimentos que estas empresas devem observar, para garantirem aos seus clientes esta cobertura mínima. Portanto, a cobertura, em tese, pode variar de empresa para empresa. Podemos, hipoteticamente, citar como exemplo o caso do transplante de coração, que atualmente não está nesta listagem, mas como se trata de mera lista referencial, ou seja, uma obrigação mínima, uma empresa pode oferecer esta cobertura e outra não. Ou seja, pode variar de contrato para contrato. Ou até mesmo uma empresa pode oferecer um contrato que não dê esta cobertura e em um outro contrato mais caro, a mesma empresa pode oferecer a cobertura para o transplante de coração.

<sup>3</sup> [www.ans.gov.br](http://www.ans.gov.br) – A ANS disponibiliza em seu site um guia referente à carência, que serve como orientação às pessoas que estão querendo contratar um plano de saúde ou que já o fizeram e estão cumprindo o prazo de carência, ou que, simplesmente, possuem dúvidas a respeito. Neste guia está esta conceituação.

<sup>4</sup> Esta conceituação se encontra no mesmo guia referido na nota anterior.



serviços contratados junto ao plano de saúde, ficando na situação de não cobertura ou de cobertura parcial”.<sup>5</sup>

Em sendo assim, definiremos a carência como um período de tempo, predeterminado contratualmente e respaldado pela legislação em vigor, no qual o cliente fica impedido de usufruir plenamente dos benefícios contratados.

## 1.2 – O risco e a técnica atuarial

É ponto importante para se entender um pouco mais sobre o conceito do que representa a carência para a empresa privada operadora de plano de saúde e o mercado da saúde suplementar, é a questão da mutualidade que deve ser foco nestes tipos de contrato e enfrentada aqui, de modo a traçarmos um raciocínio lógico sobre o assunto.

Sobre a mutualidade, vale começar pela definição do que é risco e raciocinando com o sentido da linguagem comum, podendo-se entendê-lo como a probabilidade de insucesso, de malogro de determinada coisa, em função de acontecimento eventual, incerto, cuja ocorrência não depende exclusivamente da vontade dos interessados.

No âmbito jurídico da questão, segundo o *Dicionário de Seguros*<sup>6</sup>, temos que a definição de risco “*é o evento incerto ou de data incerta que independe das vontades das partes contratantes e contra o qual é feito o seguro. O risco é a expectativa de sinistro. Sem risco não pode haver contrato de seguro. É*

---

<sup>5</sup> SÉGUIN, Élida. Plano de Saúde. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2005.

<sup>6</sup> MARTINS, João Marcos Brito. Dicionário de Seguros, Previdência Privada e Capitalização. São Paulo: Ed. Forense Universitária, 2008.

*comum a palavra ser usada, também, para significar a coisa ou pessoa sujeita ao risco”.*

E na *Ciência Atuarial* – que estuda o mercado de seguros e o impacto deste risco nas operações securitárias, como as das empresas privadas operadoras de planos de saúde - a definição de *risco* é distinta, muito embora os elementos fundamentais estejam presentes tanto na definição atuarial, quanto na definição etimológica.

Assim, podemos atuarialmente, definir risco como uma medida da variação possível de resultados econômicos. Tal medida normalmente se associa à variação entre o resultado esperado e o resultado real. Ou seja, o risco se define pela diferença entre a expectativa de perda (evidentemente antes da ocorrência do evento) e aquela efetivamente verificada na hipótese de que tenha ocorrido o evento.

E para que um risco seja segurável, ele deve ter as seguintes características: (i) *ele deve ser economicamente viável*, ou seja a utilidade de contratação do seguro<sup>7</sup> deve ser superior a da não contratação; (ii) *o valor econômico do seguro deve ser avaliável*, ou seja, o segurador<sup>8</sup> deve ser capaz de estimar, a partir da massa exposta de riscos, as indenizações que se verá obrigado a honrar; (iii) *a perda deve ser objetivamente definível*, ou seja, não susceptível de manipulação por parte do segurado, no sentido de inflar, artificialmente, seu montante; (iv) *a perda deve ser de natureza aleatória*, ou seja, a ocorrência do evento indenizável se encontra além do controle do segurado e segurador; (v) *os riscos expostos em qualquer classe de risco devem ser homogêneos*, ou seja, qualquer elemento da classe possui a mesma probabilidade de seleção ou, alternativamente, assegura-se a inexistência de

---

<sup>7</sup> O vocábulo *seguro* se utiliza em seu sentido abrangente. Uma operadora de saúde ao comercializar planos, recebendo antecipadamente as contraprestações pecuniárias, atua como uma seguradora.

<sup>8</sup> A palavra *segurador* está sendo usada em seu sentido amplo, designando a instituição que assume riscos de outrem, mediante uma contrapartida financeira.

seleção adversa nesse grupo; (vi) *os riscos expostos devem ser espacial e temporalmente independentes*, ou seja, a ocorrência de evento indenizável em um dado risco não afetará a ocorrência de sinistro em outra unidade exposta (exemplo prático dessa situação é a ocorrência de uma doença contagiosa, afetando um indivíduo de uma empresa, que passa a ser um vetor de possível contágio para seus colegas de trabalho).

E tendo em vista esta definição e os elementos de risco, a ciência atuarial desenvolveu o sistema de rateio, no qual a cada ano, todos os custos produzidos pela massa exposta, são garantidos pelo prêmio pago pelos segurados, tendo em vista os estudos atuariais, com os quais se estabelece um equilíbrio financeiro-atuarial entre a receita e a despesa.

Desta forma, esse sistema, caracteriza-se pelos seguintes aspectos: (i) os períodos de equilíbrio são sempre maiores que um ano; (ii) a receita unitária (*prêmio* ou *contraprestação pecuniária*) é constante durante o período eleito, seja em valor absoluto, seja em valor relativo; (iii) a receita em questão deverá garantir não somente as despesas de natureza atuarial, como também permitirem a formação de fundos de reserva.

Assim, a idéia central da ciência atuarial é usar esse conceito probabilístico para ratear as perdas esperadas<sup>9</sup> entre as unidades da população exposta, sabendo-se de antemão que nem todas as unidades expostas serão atingidas por sinistros.

Levando-se em consideração todo o acima exposto, tem-se que a inclusão da carência é elemento importante para garantir a aleatoriedade do risco, bem como o equilíbrio atuarial e financeiro da carteira de clientes. Portanto, pode-se rapidamente concluir que a sua retirada do contrato, impõe

---

<sup>9</sup> Conseqüentes dos riscos a que estão expostas as unidades da população.

que o risco deixaria de ser aleatório para ser certo, na medida em que isto faria com que o cliente que necessitasse de se utilizar do plano de saúde, somente o contrataria quando efetivamente estivesse precisando se consultar ou se submeter a uma cirurgia.

*A contrario sensu* a existência de um período de carência a cumprir o faz refletir e decidir pela contratação, para que na eventualidade de precisar, pode contar com a cobertura contratada, já tendo ultrapassado o período de cumprimento de carência. É a aleatoriedade do evento, ou seja, a sua ocorrência ou não, e não a certeza, ou seja, o cliente precisa, faz o plano, usa e depois o cancela. Esta, a princípio, a lógica de um contrato de seguro saúde ou plano de saúde !!!

A depender da gravidade do evento, a única variável a se questionar se refere ao montante do prejuízo, capaz de ser estimado a partir de metodologias da ciência médica. A experiência internacional recusa cobertura a eventos pré-existentes, exatamente por ferir o princípio doutrinário da aleatoriedade. E no Brasil não é diferente.

Pode-se, então, imaginar que em sendo retirada a carência do contrato, talvez o elemento probabilidade de ocorrência do evento também esteja sendo retirado, tornando o evento em um fato certo ou até mesmo consumado, ou seja, não mais uma probabilidade de ocorrer.

E a importância deste conceito foi reconhecida pelo nosso Ordenamento Jurídico, tanto pelo Conselho de Saúde Suplementar – CONSU, como pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e pelos Poderes Legislativo e Executivo, ao editar e sancionar a Lei 9.656/98, que expressamente reconhece em seus artigos 12 e 13 a importância da carência para este mercado.

Ao se fazer isso, há o reconhecimento implícito do impacto financeiro que a cobertura de doenças e lesões pré-existentes pode causar à massa de assistidos por planos de saúde, já que a empresa privada operadora de plano de saúde é um mero agente administrador dos recursos arrecadados.

Outro elemento, já rapidamente comentado, mas de fundamental importância para se entender melhor esta questão, é o referente à técnica atuarial, para a formação do correto preço do plano de saúde.

A premissa básica em que se alicerça o plano de saúde é a minimização – ou socialização – do risco individual, através da ampliação da base simultânea de contribuintes a um fundo comum destinado ao pagamento de eventuais indenizações (no caso a cobertura dos custos médicos e/ou hospitalares feitas pelos seus clientes à sua ordem), relativamente a eventos contratualmente pré-definidos.

Ou seja, verifica-se que a técnica atuarial se vale do princípio da solidariedade, para cálculo do correto preço. Só que, enquanto princípio técnico, a solidariedade significa a contribuição de certos segurados, com capacidade contributiva, em benefício dos despossuídos. Mas transpondo isto ao mundo dos seguros (e o plano de saúde é uma modalidade de seguro), se verifica que o financiamento será garantido por toda a sociedade participante.

Neste sentido, o princípio da solidariedade vem assegurar a distribuição dos encargos inerentes ao custeio do sistema entre seus participantes atuando como meio apropriado de consecução do equilíbrio atuarial e financeiro dos regimes.

Portanto, a solidariedade é técnica imposta pelo custeio e exigência do cálculo atuarial. Princiologicamente, quer dizer união de pessoas em grupos, universalmente consideradas, contribuindo para a sustentação econômica de indivíduos em sociedade que, por sua vez, em dado momento também contribuirão para a manutenção de outras pessoas, e assim sucessivamente.

A solidariedade é, então, a cooperação da maioria em prol da minoria, ou seja, da totalidade em favor da individualidade. Dinâmica a sociedade, subsiste constante alteração dessas parcelas e, portanto, em determinado momento, todos contribuem e em outro momento alguns se beneficiam da participação dessa coletividade.

O plano de saúde funciona como um seguro coletivo contra os riscos médicos. Como todo seguro, deve se sustentar com os seus próprios recursos, ou seja, as mensalidades pagas pelos clientes vertidas para o sistema. Portanto, deve ser buscado a todo momento não apenas o equilíbrio financeiro – no qual há compatibilização entre receita e despesa -, mas também o equilíbrio atuarial, no qual se dimensiona um plano de custeio compatível com o plano de benefícios oferecidos.

Além de minudente cálculo atuarial, deve a empresa operadora de plano de saúde, buscar um planejamento consistente mirando muitas décadas à frente com o objetivo de ser capaz, ao longo desse período, de cumprir com todas as obrigações devidas aos participantes do plano.

Verifica-se que o cálculo atuarial é fundado em estatísticas e técnicas matemáticas, que buscam não apenas o equilíbrio de receitas e despesas hodiernas, mas também sua conservação futura, uma vez que os contribuintes de hoje serão os beneficiários de amanhã. É, então, por isso que se impõe o equilíbrio atuarial, para garantir o direito dos beneficiários.

E a carência é elemento fundamental para a formação dos cálculos atuariais aqui mencionados, uma vez que, conforme já esclarecido, trata-se de período no qual se obriga o cliente, contratualmente, a não se utilizar do plano, durante certo lapso temporal, o que garante a formação de um fundo comum a todos os clientes, na medida em que a carteira de clientes vai se renovando mês a mês, com as novas vendas.

### **1.3) Justificação da sua existência pelo ponto de vista econômico**

Para melhor delimitação do tema, importante desde logo lembrarmos que a saúde é um direito de todos e um dever apenas do Estado. Dessa forma, o sujeito passivo daquele direito é o Estado, pois os eventuais direitos de indivíduos perante as empresas privadas operadoras de planos de saúde, que estejam atuando por livre iniciativa, não têm matriz diretamente constitucional, mas meramente contratual. Quer dizer, o contrato é a fonte dos seus direitos e é, conseqüentemente, nos seus termos que esses direitos devem ser exercidos, observadas, naturalmente, as normas de dirigismo estatal sobre ele incidentes.

Isto entendido, cumpre notar que o CONSU – Conselho Nacional de Saúde Suplementar foi criado pela Lei nº 9.656/98 tendo tido, entretanto, a sua competência modificada pela Medida Provisória nº 2.177-44, que alterando o mencionado diploma legal, deliberou em seu art. 35-A que passaria o órgão a ter competência para estabelecer e supervisionar a execução de políticas e diretrizes gerais do setor de saúde suplementar; aprovar o contrato de gestão da ANS; supervisionar e acompanhar as ações e o funcionamento da ANS; fixar diretrizes gerais para a implementação no setor de saúde suplementar sobre aspectos econômico-financeiros; parâmetros quanto ao capital e ao patrimônio líquido mínimos e quanto às formas de sua subscrição e realização,

quando se tratar de sociedade anônima; critérios de constituição de garantias de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, consistentes em bens, móveis ou imóveis, ou fundos especiais ou seguros garantidores; criação de fundo, contratação de seguro garantidor ou outros instrumentos, com o objetivo de proteger o consumidor de planos privados de assistência à saúde em caso de insolvência de empresas operadoras; e, ainda, deliberar sobre a criação de câmaras técnicas, de caráter consultivo, de forma a subsidiar suas decisões.

Esta, então, passou a ser a competência do CONSU após a entrada em cena da ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar, exercendo esta a exata função de um órgão regulador.

No entanto, ao tempo em que o CONSU exerceu esta função, editou algumas resoluções visando regular o até então conturbado mercado de planos de saúde. E foi nesse cenário que foi editada a Resolução CONSU nº 13, referente aos casos de urgência e emergência. E pela teoria de recepção da norma, a ANS mantém vigente esta resolução até a presente data.

Mas não se pode desconsiderar que até o advento da norma setorial específica, o principal diploma que regia esses contratos era o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), genérico para todas as relações de consumo, como esta.

Porém, com o advento da lei específica, a incidência do Código de Defesa do Consumidor sobre os contratos de planos de saúde passou a ser subsidiária. Vale dizer que esta assertiva já decorreria naturalmente da relação da lei geral anterior com a lei especial posterior. Mas não bastasse isso, a própria Lei nº 9.656/98, alterada pela Medida Provisória nº 2.177-44,



determinou em seu art. 35-G que a aplicação do Código de Defesa do Consumidor passaria a ser apenas subsidiária.<sup>10</sup>

Destarte, se verificará que a lei específica contribui de forma definitiva para reconduzir a questão à sua essência, ou seja, reconhecendo que existe um ordenamento setorial específico inerente à saúde suplementar, que foi construído ao longo de todo esse tempo, dentro do princípio da “tentativa e erro” próprio da regulação e que não pode, por conseguinte, ser invadido por uma invocação genérica do Código de Defesa do Consumidor. Tanto assim que, repita-se, o próprio legislador fez constar que a sua aplicação seria apenas subsidiária à regulação setorial.

Sob este aspecto, interessante revelar desde logo que não é cabível encarar os ordenamentos setoriais dentro do tradicional esquema de “norma especial *versus* norma geral”. O fato é que os ordenamentos setoriais envolvem aspectos muito mais amplos e complexos, atinentes à própria concepção e estruturação do estado e do Direito como um todo, sendo possível, inclusive, concebê-los como subsistemas integrantes do sistema jurídico total, envolvendo questões de grande importância, não apenas teórica, como prática, concernentes às interpenetrações e reenvios entre os diversos subsistemas jurídicos parciais e destes com o sistema jurídico central.

Tanto assim que podemos citar o fato de que essa dificuldade de interpretação pode ser observada na constatação de que os ordenamentos setoriais – que foram instituídos pelo Estado de modo a atender aos anseios econômicos e técnicos -, possuem uma base econômica identificável que não deve ser desconsiderada pelo intérprete.

---

<sup>10</sup> “Art. 35-G: Aplicam-se subsidiariamente aos contratos entre usuários e operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, as disposições da Lei nº 8.078, de 1990.”

Não é por outro motivo que os ordenamentos setoriais têm por função a regulação de atividades que possuem aspectos sensíveis ao interesse coletivo, podendo aqui citar transportes públicos, saúde, energia e telefonia, dentre inúmeros outros.

Portanto, é de se esperar que, dentro do leque de opções hermenêuticas juridicamente plausíveis, seja feita a opção por aquelas que combinem a proteção do consumidor com os valores juridicamente protegidos pelo ordenamento setorial da saúde suplementar, de modo a se garantir a sustentabilidade do plano de saúde, para todas as pessoas que se disponham a contratá-lo.

Com relação ao ordenamento setorial da saúde suplementar, podem ser destacadas algumas regras que visam à proteção do equilíbrio econômico-financeiro dos planos de saúde, visando a sua sustentabilidade, como é o caso da regra instituída no art. 24 da Lei 9.656/98.<sup>11</sup>

Da mesma forma, mas em sentido contrário, a legislação setorial permite que seja feita uma revisão técnica nos preços praticados pelo plano de saúde, quando for verificado que há um desequilíbrio atuarial. É o caso da Resolução Normativa, nº 19 da ANS, de 11 de dezembro de 2002.

No caso específico das normas reguladoras que tratam dos atendimentos aos clientes que ainda estão cumprindo prazos de carência, há que se analisar acerca da incidência ou não do Código de Defesa do Consumidor e se este prevalece sobre a Resolução da ANS.

---

<sup>11</sup> “Art. 24. Sempre que detectadas nas operadoras sujeitas à disciplina desta Lei insuficiência das garantias do equilíbrio financeiro, anormalidades econômico-financeiras ou administrativas graves que coloquem em risco a continuidade ou a qualidade do atendimento à saúde, a ANS poderá determinar a alienação da carteira, o regime de direção fiscal ou técnica, por prazo não superior a trezentos e sessenta e cinco dias, ou a liquidação extrajudicial, conforme a gravidade do caso.”

Porém, há uma questão que deve ser encarada, qual seja, se uma Resolução de um determinado grupo ou setor normativo advém de uma lei, será esta e não a Resolução que estará colidindo com a lei do outro grupo de normas, podendo até mesmo derogá-la se for posterior. E é este o pensamento que deve ser levado em consideração aqui, na medida em que a Resolução da ANS que trate da matéria, estará sempre amparada por expressa determinação contida na Lei 9.656/98, mais especificamente em seu art. 35-C, bem como nas disposições constantes da Lei 9.961/00, que criou a ANS. Para fazer tal afirmação, nos apoiamos nos ensinamentos dos administrativistas espanhóis José Luis Villar Palasi e José Luis Villar Ezcurra.<sup>12</sup>

Aliás, os mencionados administrativistas seguem esclarecendo que as colisões entre normas de grupos normativos diferentes podem ser reais ou simplesmente aparentes. Neste caso, para que exista uma colisão real, na visão deles, seria necessário que as normas se referissem a uma mesma hipótese fática, com conseqüências jurídicas incompatíveis e apresentando a mesma finalidade, ou seja, que fossem isofórmicas.

Por este raciocínio, então, parece que se pode admitir que o Código de Defesa do Consumidor não possui hierarquia axiológica superior às demais normas, como é o caso da Lei 9.656/98. Entretanto, apesar de o próprio Supremo Tribunal Federal, por diversas vezes, já ter reconhecido o exagero e a inconstitucionalidade de se ampliar, de forma desproporcional, a incidência do Código de Defesa do Consumidor, dando-se importância comparável ao texto

---

<sup>12</sup> PALASI, José Luis Villar e EZCURRA, José Luis Villar. *Princípios de Derecho Administrativo*. Volume I. 4ª Edição. Madrid: Servicio de Publicaciones de La Facultad de Derecho – Universidad Complutense de Madrid, 1999. Pág.. 263-266.

constitucional, quando na verdade trata-se de mera lei ordinária, trata-se de matéria ainda não decidida em seu mérito.<sup>13</sup>

Corroborando este pensamento não podemos deixar de citar Paulo Brossard, ao anotar que “a lei de defesa do consumidor, como seu nome está a dizer, objetiva a proteção da pessoa que busca a satisfação direta das suas necessidades, no que diz respeito à alimentação, vestuário, habitação, transporte, luz, água, telefone, diversão, lazer, (...) mas não tem aplicação a todos os possíveis conflitos do convívio humano, nem autoriza uma operação global sobre todas as atividades sociais, como não transforma o Ministério Público numa espécie de visitador geral do santo ofício”.<sup>14</sup>

Entendido este raciocínio, tem-se que o que leva uma pessoa a contratar um plano de saúde é exatamente o risco, que como já visto anteriormente é o elemento preponderante do contrato de plano de saúde, podendo ser traduzido como o evento futuro e incerto que não depende da vontade humana. Sem maiores digressões, podemos constatar, então, que o objetivo de se contratar um plano de saúde não é ter a sua saúde garantida, mas ter garantido, aí sim, os riscos inerentes às despesas que possam vir a ocorrer com a saúde e sua assistência médica.

Conquanto a defesa de um consumidor, individualmente considerado, seja interesse juridicamente relevante, não se deve olvidar que existem outros interesses (e outros consumidores) que igualmente devem ser considerados, isto para o equilíbrio econômico do plano de saúde, o que será revertido em benefício de todos os consumidores daquele plano específico.

---

<sup>13</sup> Neste sentido, verifique-se RE 195.056, Min. Carlos Velloso, DJU 30.05.2003; RE 206.781, Min. Marco Aurélio, DJU 29.06.2001; RE 248.191, Min. Carlos Velloso, DJU 25.10.2002; AI 382.298 – Agr, Min. Gilmar Mendes, DJU 28.05.2004.

<sup>14</sup> BROSSARD, Paulo. Defesa do consumidor – atividade do Ministério Público – Incursão em operações bancárias e quebra de sigilo – Impossibilidade de interferência. Revista dos Tribunais, ano 84, agosto de 1995, vol. 718, pág. 89.

No mesmo sentido, anota Leonardo Vizeu que “a proteção ao hipossuficiente não pode nunca ser entendida como ditadura do consumidor, uma vez que a própria Lei de Planos de Saúde cuida de zelar pelos interesses dos agentes econômicos que atuam neste mercado, bastando, para tanto, uma exegese sistêmica de suas normas, à luz das disposições dos arts. 24 e seguintes da Lei 9.656/98”.<sup>15</sup>

A saúde suplementar constitui atividade econômica em sentido estrito, já que a Constituição Federal de 1988 permite a sua prestação pela iniciativa privada, dependente de mera autorização estatal, mas não de concessão ou permissão. Ou seja, a saúde suplementar é daquelas atividades que se enquadram no campo das chamadas atividades privadas regulamentadas, sujeita a regulamentação específica, setorial e funcionalizada, como ensina Alexandre Santos de Aragão.<sup>16</sup>

A saúde suplementar é atividade que não é serviço público (estas são aquelas desempenhadas diretamente pelo Estado ou pela iniciativa privada, que o faz por delegação, em razão da impossibilidade da iniciativa privada atender aos interesses públicos pertinentes) e nem tampouco atividade econômica estritamente privada (sujeitas apenas a um controle de polícia geral ou não sujeita a controle). Ou seja, trata-se de atividade econômica privada *sui generis*, uma vez que está submetida a controle por agência reguladora específica.

O que distingue a atividade da saúde suplementar dos serviços públicos é o fato da saúde suplementar encontrar-se protegida pelo direito fundamental

---

<sup>15</sup> VIZEU, Leonardo. Curso de Direito de Saúde Suplementar. Manual jurídico de planos e seguros de saúde. São Paulo: Ed. MP, 2006. Pág. 181.

<sup>16</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo econômico. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2003. Capítulo V.

da livre iniciativa, ao passo que os serviços públicos são excluídos desse âmbito, sendo exercidos pela iniciativa privada apenas por delegação.

Entretanto, o ponto é que a Constituição protege o ato jurídico perfeito e o direito adquirido, assim como as normas setoriais resguardam o direito do plano de saúde ao equilíbrio econômico e atuarial, do que decorre necessariamente o respeito à previsibilidade e segurança jurídica das relações contratuais.

Ora, é cediço que “direitos não nascem em árvores” e que “não existem almoços grátis”<sup>17</sup>. Dessa forma, é de se imaginar que na eventualidade de não existir cláusula de carência, os valores dos contratos também seriam reajustados ou fixados a maior, de modo a equilibrar a matemática aqui apresentada.

Porém, este talvez não seja o melhor cenário, posto que isto pode gerar um outro problema e criar um círculo vicioso, na medida em que se tivermos preços forem maiores do que os que são praticados, inúmeras serão as pessoas que não terão condições de pagar por um plano de saúde. Consequentemente, maior será o número de pessoas que estarão entregues à saúde prestada pelo Estado, ou seja, o SUS – Sistema Único de Saúde. E consequentemente maior será o gasto governamental com a saúde, que hoje já se encontra falida e em estado de precário atendimento à população.

Por outro lado, as deficiências da saúde pública não podem levar à desconsideração dos direitos das empresas privadas de planos de saúde, sob pena de se estar comprometendo também o sistema suplementar privado, correndo o risco de os consumidores ficarem com um sistema público de saúde

---

<sup>17</sup> Estes termos são usados por Flavio Galdino em seu livro *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos*, da Editora Lumen Juris.

deficiente e com um sistema de saúde privado igualmente falido ou desinteressado de atuar no setor.

A teoria dos custos do direito é tema que foi bem explorado por Flavio Galdino, que em sua obra afirma:

“O escopo mediato e principal da presente “aplicação” é demonstrar que a correta compreensão dos custos dos direitos maximiza os resultados da análise jurídica e, bem assim, a tutela dos direitos fundamentais.

A retórica em torno da gratuidade dos direitos em geral é deveras prejudicial, simplesmente por ignorar ou desconsiderar – o que resulta no mesmo – os elevadíssimos custos subjacentes às prestações públicas necessárias à efetivação dos direitos fundamentais.

Com efeito, o discurso público em torno de tais direitos tidos por gratuitos obstaculiza a perfeita compreensão das escolhas públicas a eles subjacentes, pois, tendo em vista a escassez de recursos estatais, a opção pela proteção de um direito aparentemente “gratuito” significa de modo direto e imediato o desprezo por outros (em princípio, não “gratuitos”). Esta opção – fundada na desconsideração dos custos – será, só por isso, inevitavelmente trágica.

Tal fato, aliado, em um clima de insinceridade normativa, à multiplicação dos direitos, *rectius*: de promessas de direitos fundamentais irrealizáveis e das respectivas prestações públicas (igualmente irrealizáveis), conduz invariavelmente (i) à desvalorização dos direitos mesmos (já se disse que se tudo é direito, nada mais é direito), (ii) à malfadada irresponsabilidade dos indivíduos e (iii) à injustiça social.

Com efeito, remarque-se que a aludida orientação jurisprudencial insere-se à perfeição no argumento de que os direitos forma longe por demais. Ela não apenas tolera a irresponsabilidade, mas a estimula (basta ver que as decisões prestigiam a torpeza de quem deliberadamente pratica atos delituosos). Fruir sem pagar, sem sequer ter consciência do custo, estimula a irresponsabilidade no exercício dos direitos e o egoísmo.

Em última análise, e considerando que essa situação, globalmente considerada, aumenta os custos dos serviços, é possível afirmar que toda a sociedade paga para um indivíduo “gratuitamente” fruir um “direito”.<sup>18</sup>

Apesar da citação acima exposta tratar da questão inerente ao direito público, quer nos parecer que a teoria dos custos do direito também pode ser aplicada ao direito privado, mais especificamente, ao mercado dos planos de saúde.

Isto porque não se pode imaginar que ao alargar a abrangência dos contratos não haverá igualmente custos extras, na medida em que uma maior gama de direitos e, portanto, uma cobertura mais abrangente, implicará em custos maiores para uma das partes, no caso as empresas que operam esta modalidade de contrato. Ou até mesmo para os próprios consumidores, na hipótese de repasse desses custos pelas operadoras de planos de saúde aos consumidores.

Importante, então, que no tratamento desta matéria seja considerado que não é viável se tratar do interesse de um consumidor individualmente considerado, mas sim – e talvez com maior intensidade – o interesse da coletividade que se aproveita dos contratos de planos de saúde. É de se levar em consideração, portanto, a manutenção do sistema privado da saúde suplementar.

Ora, o elemento econômico deve ser fortemente considerado na interpretação jurídico, revelando o aumento da intercomunicação entre o Direito e a Economia, bem como a tomada de consciência por parte dos operadores daquele que, levando em conta as pautas desta, terão maiores chances de

---

<sup>18</sup> GALDINO, Flavio. Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2005, pág. 325-8.



realizar na prática os objetivos jurídicos, evitando, inclusive, efeitos colaterais adversos, ou como seria dito na economia, externalidades negativas.

Os resultados práticos da aplicação das normas jurídicas além de constituírem preocupação sociológica, são também elementos essenciais para, a partir de tais dados, ser verificado como devem ser interpretados.

O fato é que os empresários monetizam o risco que correm, repassando-os para o preço final como um dos custos, portanto, o aumento dos riscos em um contrato repercute no seu preço final. E como se sabe, na economia, todo risco é precificado.

Já no caso da saúde suplementar, cujo setor possui importância inegável para a sociedade, embora se trate de atividade privada regulamentada e não serviço público<sup>19</sup>, é de se destacar que o tema da deferência judicial às decisões administrativas e, até mesmo, regulatórias especificamente, cresce em importância. Isto porque é necessário combater o risco de uma excessiva ingerência do Judiciário na esfera política da questão, por tratar-se de tema delicado e tendo em vista a escassez dos recursos disponíveis para a saúde globalmente considerada, contudo isto será melhor analisado adiante.

Nesse sentido já decidiu o STJ, quando do julgamento da SLS 163-PE, em que foi relator o Ministro Presidente do STJ, Edson Vidigal, estando o acórdão do Agravo Regimental assim ementado:

SUSPENSÃO DE LIMINAR E SENTENÇA. AGRAVO INTERNO. REAJUSTE DE CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE FIRMADOS ANTERIORMENTE À LEI Nº

---

<sup>19</sup> Sobre este tema, vale referir que não há consenso na doutrina sobre esta questão.

## 9.656/98. FUNÇÃO INSTITUCIONAL DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE – ANS.

1. Considerados o alto interesse público envolvido, os efeitos prospectivos da medida, os riscos e resultados que conclusões açodadas possam ocasionar - desarmonia e desequilíbrio para o setor da saúde suplementar -, deve ser deferido o pedido para suspender a decisão que concedeu o efeito modificativo ativo ao Agravo de Instrumento.

2. Lesão à saúde e à ordem pública administrativa caracterizada, com a interferência na legítima atividade regulatória desempenhada pela ANS, respaldada em discricionariedade técnica .

3. Agravo Interno não provido.<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup> Em seu voto, o Min. Edson Vidigal assim se manifestou: *“tenho que a decisão liminar pode causar lesão grave à ordem pública administrativa, na medida em que interfere na legítima atividade regulatória desempenhada pela ANS, com respaldo na discricionariedade técnica, gerando, também, instabilidade no mercado de saúde suplementar.*

*Não se trata de ato flagrantemente ilegal e, em assim sendo, ao Judiciário não é dado adentrar no mérito das normas e procedimentos regulatórios, sob pena de estar invadindo seara alheia. Nesse sentido, mudando o que deve ser mudado, “se a prestadora de serviços deixa de ser devidamente ressarcida dos custos e despesas decorrentes de sua atividade, não há, pelo menos no contexto das economias de mercado, artifício jurídico que faça com que esses serviços permaneçam sendo fornecidos com o mesmo padrão de qualidade. O desequilíbrio, uma vez instaurado, vai refletir, diretamente, na impossibilidade prática de observância do princípio expresso no art. 22, caput, do Código de Defesa do Consumidor, que obriga a concessionária, além da prestação contínua, a fornecer serviços adequados eficientes e seguros aos usuários” (REsp 572.070, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 14.6.2004).*

*Esse o enfoque dado à matéria por Sérgio Guerra, em “Controle Judicial dos Atos Regulatórios”, anotando que: “se o julgador alterar um ato administrativo regulatório, que envolve, fundamentalmente, a eleição discricionária dos meios técnicos necessários para o alcance dos fins e interesses setoriais – despido das pressões políticas comumente sofridas pelos representantes escolhidos pelo sufrágio -, esse magistrado, na maioria das vezes, poderá, por uma só penada, afetar toda a harmonia e equilíbrio de um subsistema regulado” (2005, fls. 272/275).*

*Igualmente, não se pode adentrar em sede de suspensão na discussão sobre ter ou não, os contratos antigos, maiores vantagens e custos do que os novos, o que justificaria, ao ver da ANS, a disparidade dos índices adotados para o reajuste, questão de mérito a ser ainda apreciada pelas instâncias ordinárias.*

*Enquanto as decisões judiciais se atêm ao direito, “a Administração é livre para eleger, detentor do amplo espaço em que cada caso lhe permitem a lei e o Direito, as razões (jurídicas, econômicas, sociais, técnicas, ambientais), a curto, médio e longo prazo, que servem de suporte a suas decisões. Essas razões não podem ser utilizadas pelos Tribunais para justificar as suas, apenas de Direito” (a. op. cit., p. 275)”.*

É, então, preciso considerar que, no presente caso, o legislador já ponderou sobre os valores constitucionais e a ANS regulou, dentro do seu feixe de competências, a matéria em comento. E, conforme demonstrado, uma decisão destas poderá vir a trazer efeitos econômicos importantes sobre o equilíbrio do mercado de planos de saúde, com potenciais conseqüências sobre toda a gama de consumidores que contribuem mensalmente para o equilíbrio econômico e atuarial do plano contratado. Contudo, a questão referente especificamente ao controle judicial, será explicitada adiante.

#### **1.4) Como a carência se traduz no Direito**

Conforme já dito no início deste estudo, o instituto da carência possui relevada importância para o mercado do plano de saúde, uma vez que é este instituto que garante a formação de reservas.

Há que se ter em mente que uma empresa ao formular os seus cálculos atuariais e, portanto, definir os seus riscos e o seu grau de incerteza, para chegar ao preço que será oferecido ao mercado, o faz contando que essa previsão será correta, caso contrário, estará economicamente abalada.

Essa foi a fórmula descoberta pelas empresas que operavam nesse mercado anteriormente à regulação, cuja situação perdurou por cerca de 30 anos. Desta forma, o legislador ao decidir controlar este mercado, levou esta prática em consideração.

Da leitura dos artigos 11 e 12 da Lei 9.656/98<sup>21</sup>, verifica-se que o legislador considerou que realmente as empresas que operavam neste mercado necessitavam da formação de uma reserva antes que os novos clientes pudessem se utilizar do contrato. Isto porque esta reserva era necessária para garantir a utilização de toda uma massa que já se encontrava coberta e fruindo dos benefícios contratuais.

Não bastava apenas a formação de uma carteira, uma massa de clientes homogêneas, no sentido de que a participação dos jovens garantisse a permanência dos idosos. Esse é um cálculo que servia de base à previdência pública e que hoje não fecha, já que há um *déficit* nessa área.

Em se tratando de setor privado, a garantia deveria ser um pouco maior, na medida em que as empresas que geram renda e empregos ao país devem continuar operando, ou seja, necessitam sim de uma margem de lucro, que deve ser mantida às custas de uma operação saudável e honesta.

Portanto, a boa-fé deveria vir não apenas da empresa, mas também de seus clientes, ao declararem possuir ou não doenças previamente e assumirem o risco de um tratamento por um certo período de tempo, que posteriormente o legislador entendeu por bem em regular.

---

<sup>21</sup> Art. 11. É vedada a exclusão de cobertura às doenças e lesões preexistentes à data de contratação dos produtos de que tratam o inciso I e o § 01º do art. 1º desta Lei, após vinte e quatro meses de vigência do aludido instrumento contratual, cabendo à respectiva operadora o ônus da prova e da demonstração do conhecimento prévio do consumidor ou beneficiário.

Art. 12. São facultadas a oferta, a contratação e a vigência dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, nas segmentações previstas nos incisos I a IV deste artigo, respeitadas as respectivas amplitudes de cobertura definidas no plano-referência de que trata o art. 10, segundo as seguintes exigências mínimas:(...) V - quando fixar períodos de carência:a) prazo máximo de trezentos dias para partos a termo;b) prazo máximo de cento e oitenta dias para os demais casos;c) prazo máximo de vinte e quatro horas para a cobertura dos casos de urgência e emergência;"

Porém, o legislador também entendeu que não era de todo justo que o cliente ficasse sem qualquer tipo de amparo, e ao prestigiar o instituto da carência, também determinou que os clientes que necessitassem de atendimentos emergenciais deveriam ter o suporte das empresas de planos de saúde, e é isto que está no art. 35-C da Lei 9.656/98<sup>22</sup>.

Porém, para que não houvesse confusão com a aparente contradição entre os artigos acima mencionados, determinou o mesmo legislador que o órgão regulador faria publicar normas regulamentares definindo a questão, no parágrafo único do mesmo art. 35-C<sup>23</sup>. Entretanto, quer nos parecer que ao dizer normas regulamentares quis dizer normas reguladoras, no sentido de prestigiar a agência reguladora do setor. Essa, nos parece a *mens legis* do diploma legal.

#### **1.4.1) A norma da ANS**

Com a difusão do direito regulatório, hoje não é mais novidade alguma de que as Agências Reguladoras desenvolvem funções que transcendem o conceito convencional de autarquia, na medida em que não se limitam apenas a controlar os subsistemas, ao contrário, possuem função muito mais ampla que lhes permitem colaborar com o planejamento estatal. Trata-se do legítimo poder normativo que possui a Agência Reguladora, sem que possa ser considerado uma usurpação do Poder Legislativo. Mas isto será melhor explicitado à frente.

---

<sup>22</sup> Art. 35-C. É obrigatória a cobertura do atendimento nos casos: I – de emergência, como tal definidos os que implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, caracterizado em declaração do médico assistente; e II – de urgência, assim entendidos os resultantes de acidentes pessoais ou de complicações no processo gestacional.

<sup>23</sup> Art. 35-C. Parágrafo único. A ANS fará publicar normas regulamentares para o disposto neste artigo, observados os termos de adaptação previstos no art. 35.

É certo que não possui o Poder Legislativo condições práticas de disciplinar a respeito das necessidades mais profundas de cada subsistema regulado, razão pela qual foram criadas as Agências Reguladoras.

Portanto, ao exercer este poder normativo, expedem as Agências Reguladoras atos decisórios, provenientes das suas Diretorias Colegiadas, visando garantir o equilíbrio do mercado.

Não apenas isso e aqui cabe fazer um parêntese para se afirmar que tais atos, além de tudo, visam a busca da eficiência, justificando a opção legislativa de criação das Agências Reguladoras. Já teve a oportunidade de se manifestar a respeito Paulo Cesar Melo da Cunha, ponderando que *“toda regulação representa uma intervenção imperativa traduzida em uma restrição de liberdade dentro de uma atividade empresarial. A regulação não deve, pois, ir além do admitido no caso concreto para a solução de um problema, tendo em vista que a atividade regulatória sempre deverá ser vocacionada para explicitar conceitos jurídicos indeterminados em vários momentos. A proposta, assim, é buscar, à luz do princípio da proporcionalidade, o ponto ótimo para reduzir o impacto na interferência estatal na propriedade e atividade privadas e, ao mesmo tempo, viabilizar a admissão daqueles que têm interesse em ingressar e permanecer no mercado regulado.”*<sup>24</sup>

Nesse cenário e ponderando as questões já citadas, foi que a ANS manteve em vigência a resolução CONSU nº 13, que disciplina exatamente a

---

<sup>24</sup> CUNHA, Paulo Cesar Melo da. A Regulação Jurídica da Saúde Suplementar no Brasil. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2003. Pág. 148.

cobertura financeira para os casos de emergência ou urgência, para os clientes que ainda estejam cumprindo o período de carência<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> **Art. 1º** A cobertura dos procedimentos de emergência e urgência de que trata o art.35 - D, da Lei nº 9.656/98, que implicar em risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, incluindo os resultantes de acidentes pessoais ou de complicações no processo gestacional, deverá reger-se pela garantia da atenção e atuação no sentido da preservação da vida, órgãos e funções, variando, a partir daí, de acordo com a segmentação de cobertura a qual o contrato esteja adscrito.

**Art. 2º** O plano ambulatorial deverá garantir cobertura de urgência e emergência, limitada até as primeiras 12 (doze) horas do atendimento.

**Parágrafo único.** Quando necessária, para a continuidade do atendimento de urgência e emergência, a realização de procedimentos exclusivos da cobertura hospitalar, ainda que na mesma unidade prestadora de serviços e em tempo menor que 12 (doze) horas, a cobertura cessará, sendo que a responsabilidade financeira, a partir da necessidade de internação, passará a ser do contratante, não cabendo ônus à operadora.

**Art. 3º** Os contratos de plano hospitalar devem oferecer cobertura aos atendimentos de urgência e emergência que evoluírem para internação, desde a admissão do paciente até a sua alta ou que sejam necessários à preservação da vida, órgãos e funções.

**§1º.** No plano ou seguro do segmento hospitalar, quando o atendimento de emergência for efetuado no decorrer dos períodos de carência, este deverá abranger cobertura igualmente àquela fixada para o plano ou seguro do segmento ambulatorial, não garantindo, portanto, cobertura para internação.

**§2º.** No plano ou seguro do segmento hospitalar, o atendimento de urgência decorrente de acidente pessoal, será garantido, sem restrições, após decorridas 24 (vinte e quatro) horas da vigência do contrato.

**§3º.** Nos casos em que a atenção não venha a se caracterizar como própria do plano hospitalar, ou como de risco de vida, ou ainda, de lesões irreparáveis, não haverá a obrigatoriedade de cobertura por parte da operadora.

**Art. 4º** Os contratos de plano hospitalar, com ou sem cobertura obstétrica, deverão garantir os atendimentos de urgência e emergência quando se referirem ao processo gestacional.

**Parágrafo único.** Em caso de necessidade de assistência médica hospitalar decorrente da condição gestacional de pacientes com plano hospitalar sem cobertura obstétrica ou com cobertura obstétrica – porém ainda cumprindo período de carência – a operadora estará obrigada a cobrir o atendimento prestado nas mesmas condições previstas no art.2º para o plano ambulatorial.

**Art. 5º** O plano ou seguro referência deverá garantir a cobertura integral, ambulatorial e hospitalar para urgência e emergência.

**Art. 6º** Nos contratos de plano hospitalar e do plano e seguro referência que envolvam acordo de cobertura parcial temporária por doenças e lesões preexistentes, a cobertura do atendimento de urgência e emergência para essa doença ou lesão será igual àquela estabelecida para planos ambulatoriais no art.2º desta Resolução.

**Art. 7º** A operadora deverá garantir a cobertura de remoção, após realizados os atendimentos classificados como urgência e emergência, quando caracterizada, pelo médico assistente, a falta de

Ora, obviamente que o órgão regulador não expediu tais normas objetivando favorecer tal ou qual parte nesta relação. Porém, o fez sabendo que a todo direito corresponde um custo, ou seja, sabe que não há direitos sem que haja gastos.

Por estas razões e analisando os impactos e viabilidade de não deixar o beneficiário de plano de saúde desamparado, esta foi a alternativa a que chegou o órgão regulador, tendo ciência de que não é possível fazer mágica, ou seja, não é economicamente viável garantir ao cliente atendimento integral, extirpando o cumprimento da carência, o que certamente levaria o subsistema regulado ao colapso.

Ademais, ao ler rapidamente o mencionado ato regulatório, poderia se entender que ele simplesmente reduz ou limita um direito contido na Lei 9.656/98, mais precisamente, conjugando os artigos. 11 e 12 com o 35-C. Contudo não é isto o que ocorre, uma vez que poderíamos ter aqui uma aparente antinomia ou contradição de normas, já que um afirma o período de

---

recursos oferecidos pela unidade para continuidade de atenção ao paciente ou pela necessidade de internação para os usuários portadores de contrato de plano ambulatorial.

**§1º** Nos casos previstos neste artigo, quando não possa haver remoção por risco de vida, o contratante e o prestador do atendimento deverão negociar entre si a responsabilidade financeira da continuidade da assistência, desobrigando-se, assim, a operadora, desse ônus

**§2º** Caberá a operadora o ônus e a responsabilidade da remoção do paciente para uma unidade do SUS que disponha de serviço de emergência, visando a continuidade do atendimento.

**§3º** Na remoção, a operadora deverá disponibilizar ambulância com os recursos necessários a garantir a manutenção da vida, só cessando sua responsabilidade sobre o paciente quando efetuado o registro na unidade SUS.

**Art. 8º** Aplicam-se as disposições desta Resolução aos contratos celebrados na vigência da Lei 9656/98, de 03 de junho de 1998, e aos existentes anteriores a sua vigência, a partir das respectivas adaptações.



carência e o outro afirma que a carência para os eventos de urgência ou emergência não pode passar de 24 horas da formalização do contrato.

Contudo, não é isto que acontece, uma vez que estamos diante de conceitos que devem ser regulados, conforme previsão legal, contida no parágrafo único do mencionado artigo 35-c e, conforme, ainda, os aspectos reflexivos, dos quais trataremos adiante.

Em realidade, da leitura dos dispositivos citados, se tem a idéia de que o cliente não possuía direito à cobertura, já estava efetivamente cumprindo o prazo de carência. A norma não define qual a amplitude e qual a cobertura que deve ser dada. Parece, portanto, que não se pode dizer que haja limitação para direito que não existia.

E o que o ato regulatório faz, em realidade, é dar ao cliente direito que ele não tinha, garantindo, conforme se lê da Resolução CONSU 13, 12 (doze) horas de internação, sendo que evoluindo para cirurgia ou leito de alta complexidade, deve o cliente assumir os custos ou optar que a operadora de plano de saúde o remova para um hospital do sistema público de saúde.

Ou seja, cuida o citado ato regulatório, de garantir um mínimo de atendimento e cuidado àquele cliente que, a princípio, não possuía direito à internação.

Vale trazer aqui o pensamento exarado pelo então Desembargador Luiz Fux<sup>26</sup>, antes de compor os quadros do Superior Tribunal de Justiça, ao analisar a questão referente às inúmeras liminares que eram e são concedidas contra

---

<sup>26</sup> FUX, Luiz. Tutela de Urgência e Plano de Saúde. Rio de Janeiro: Ed. Espaço Jurídico, 2000. Pág. 60 e 61

os planos de saúde, em total desconsideração da legislação e do contrato, em prol de uma defesa do consumidor, asseverando o seguinte:

“É que subjaz sem resposta a seguinte indagação: Qual é o direito evidente da parte que pretende a internação para doença não coberta, em entidade não conveniada ou fora do prazo de carência estabelecida, havendo entidade pública própria ao atendimento esperado?”

A resposta impõe-se pela negação, máxime se não olvidarmos as restrições após riscos aleatórios assumidos no contrato de seguro à saúde e à percepção de que a saúde é um dever do Estado que dispõe de hospitais e de tratamentos tal como o pleiteado pelo cidadão, que tem ao seu alcance, repita-se, as duas vias: a pública e a particular.

(...)

Repassar o dever para o particular, mercê de desautorizado pela Carta Magna em função da necessária convivência harmônica entre a atividade estatal e a iniciativa livre e privada, rompe os princípios que norteiam o contrato de seguro e desequilibra a igualdade entre os contratantes posto desfalcar a economia das entidades em favor de um em detrimento de inúmeros outros beneficiários que pagam e cumprem religiosamente as suas limitações.

(...)

Sob esse enfoque é forçoso concluir que estatuída a responsabilidade pública quanto à saúde, a atividade subsidiária particular não é sucedâneo da ineficiência estatal, não podendo atribuir-se às entidades privadas deveres além do contrato, sob pena de gerar-se insustentável insegurança jurídica.”

#### **1.4.2) O contrato regulado**

O objeto da regulação levada à cabo pela Agência Nacional de Saúde Suplementar é o contrato de plano de saúde<sup>27</sup>. Trata-se de contrato de trato

---

<sup>27</sup> Aqui tendemos a generalizar o termo, apesar de termos contratos efetivos de plano de saúde e o seguro saúde. O primeiro se caracteriza pelo pré-pagamento de uma mensalidade, com atendimento

sucessivo, com renovação automática, nos termos do artigo 13 da Lei 9.656/98<sup>28</sup>.

Trata-se ainda de contrato tipicamente de adesão, na medida em que não possui o cliente individual condições de alterar as suas disposições. O mesmo já não ocorre com o contrato coletivo empresarial, aonde, via de regra, há negociação entre as empresas contratante e contratada.

Sobre as características do contrato de plano de saúde, vale trazer as considerações de Paulo Cesar Melo da Cunha, para quem *“diversas são as formas de classificação dos contratos. Em se tratando de contratos de planos privados de saúde, a configuração mais comum é aquela oriunda do consensualismo, em que as partes declaram sua vontade, transformando o ato final em um acordo, independentemente da forma à qual seja reduzida; por meio de adesão, haja vista não se admitir a uma das partes (no caso, o beneficiário) discutir o conteúdo redacional, bastando a concordância a todas as cláusulas; de forma típica, bilateral, aleatória e onerosa, por serem disciplinados por lei, com obrigações para ambas as partes, sem previsão de contraprestação imediata, haja vista a dependência de sinistralidade e ônus patrimonial para ambas as partes (o que, por fim, os tornam bilaterais)”*.<sup>29</sup>

---

realizado por médicos ou entidades integrantes de uma rede credenciada. Já o seguro saúde, se caracteriza pela livre-escolha do prestador pelo cliente, tendo este direito ao reembolso destas despesas. No entanto, com a evolução do mercado, estas duas vertentes tenderam a ser encontrar e se confundir, na medida em que os planos de saúde passaram a oferecer, em seus contratos mais caros, a possibilidade de reembolso, com a livre escolha do prestador e o seguro saúde passou a contar com uma rede de prestadores referenciada, cujo pagamento é realizado diretamente pela empresa ao prestador, sem a necessidade do reembolso.

<sup>28</sup> Entretanto, o inciso I do artigo 1º da Lei 9.656/98 traz a seguinte definição: “Plano Privado de Assistência à Saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor.” (redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 24 de agosto de 2001)

<sup>29</sup> CUNHA, Paulo Cesar Melo da. Regulação Jurídica da Saúde Suplementar no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. Pág. 252

Como já visto anteriormente, o segmento de planos de saúde movimenta grandes somas de dinheiro anualmente e atende a parcela significativa da população, que, em geral, por terem um plano privado de saúde, acabam por desafogar o já combalido sistema público de saúde.

Não se olvida que este mercado tem grande importância, não apenas para a parcela da população que dele se vale, como também para o governo, uma vez que impede gastos ainda maiores com a saúde pública. Além disso é um segmento que trata de matéria delicada, qual seja, a saúde, em que pese o objeto principal do contrato seja financeiro, ou seja, a cobertura de custos.

Por todos estes motivos, é que o contrato de plano de saúde mereceu especial atenção dos entes governamentais, que decidiram por submetê-lo ao crivo da regulação.

#### **1.4.3) A cláusula**

Conforme já explicitado no tópico anterior, para fins deste trabalho estamos tratando a carência como um instituto genérico, ou seja, tendo em mente apenas um período de tempo em que o cliente não possui direito à cobertura contratual. Ultrapassado este tempo, a cobertura é integral, nos limites do contrato.

Entretanto, necessário se faz aqui informar que existem alguns tipos de carência para situações diferentes, estando todas previstas em contrato e também na Lei 9.656/98, bem como nas normas regulatórias.

Assim, no momento em que o cliente entra no plano, ele possui uma carência a cumprir de 24 (vinte e quatro) horas para os eventos de urgência e/ou emergência, 180 (cento e oitenta) dias para os demais casos e 300 (trezentos) dias para partos a termo<sup>30</sup>. Além disso, na hipótese de doença e/ou lesão preexistente à assinatura do contrato, deverá o cliente cumprir uma carência de 24 (vinte e quatro) meses<sup>31</sup>.

Contudo não é só, ao migrar de um plano para outro mais abrangente, a operadora pode exigir ainda o cumprimento de um período de carência de até 6 (seis) meses, mas somente para os novos benefícios adquiridos, que podem variar de uma rede credenciada maior até inclusão de benefícios que anteriormente o cliente não possuía direito, como é o caso dos transplantes, pagando, obviamente, a contraprestação necessária.

Em estreita síntese, estes são os prazos de cumprimento de carência usualmente exigidos e que compõem as cláusulas contratuais dos planos de saúde, que vem sendo anuladas pelos Tribunais do país, conforme será possível verificar no tópico seguinte.

---

<sup>30</sup> Artigo 12 da Lei 9.656/98.

<sup>31</sup> Artigo 11 da Lei 9.656/98

## Capítulo 2

### O ATIVISMO JUDICIAL E SEUS ARGUMENTOS

#### 2.1) A função social do contrato e a boa-fé objetiva

Neste capítulo vamos procurar repassar os argumentos mais utilizados, que justificam as alegações dos consumidores e muitas vezes a própria decisão judicial, como a questão da boa-fé objetiva e a função social do contrato.

Inicialmente, cumpre esclarecer que o princípio da autonomia da vontade foi inspirado no Código Francês e sem muitas dificuldades preconiza que o contrato faz lei entre as partes. Contudo, hoje esta concepção não é mais tão clara assim posto que o liberalismo que colocou a vontade como centro de todas as avenças desapareceu. No entanto, a liberdade de contratar nunca foi ilimitada, pois sempre esbarrou nos princípios de ordem pública.

Como afirma Silvio de Salvo Venosa, “em tese a vontade contratual somente sofre limitações perante uma norma de ordem pública. Mas na prática existem imposições econômicas que dirigem essa vontade. A interferência do Estado na relação contratual privada mostra-se crescente e progressiva. Tanto assim que o art. 421 do Código Civil de 2002 dispõe que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Realçamos que a função social do contrato é algo que deve ser trazido à discussão no caso concreto”<sup>32</sup>.

Ou seja, não é demais concluir que o ordenamento procurou dar aos mais fracos uma superioridade jurídica para compensar a inferioridade econômica. Nesta seara o contrato não mais é visto pelo prisma individualista de utilidade para os contratantes, mas sim com um sentido social de utilidade para a comunidade. Entretanto, isto não é regra imutável, tanto que somente o caso concreto, as necessidades e situações sociais do momento é que definirão o que se entende por interesse social.

É da mesma opinião Antonio Jeová Santos, anotando que “dois são os tons que matizam a função social do contrato: a concretização do “homem situado” e a proteção à parte mais débil. A finalidade individualista e egoística que o direito privado gozava e privilegiava cedeu passo à sociabilidade. Agora, o intento de contratar não protege o objeto da contratação apenas ao interesse individual, mas à sociedade”<sup>33</sup>.

Como dito, o acordo de vontades faz lei entre as partes, dicção que não pode ser tomada de forma peremptória, aliás, como tudo em Direito. Sempre haverá temperamento que por vezes conflitam, ainda que aparentemente, com a segurança jurídica. Contudo, a ninguém é dado o direito de alterar unilateralmente o conteúdo de um contrato, nem mesmo o juiz, que deve ter como princípio, não intervir nesse conteúdo. Essa é a regra geral. Mas existem algumas possibilidades de atenuações legais que podem alterar em parte a substância desse princípio. A noção decorre do fato de terem as partes contratado de livre e espontânea vontade e submetido sua vontade à restrição do cumprimento contratual porque tal situação foi desejada.

---

<sup>32</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil. Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. 2ª Edição. São Paulo: Ed. Atlas, 2008. Pág. 359

<sup>33</sup> SANTOS, Antonio Jeová. Função Social do Contrato. 2ª Edição. São Paulo: Ed. Método, 2004. Pág. 143-144.

Os contratos, aos poucos, vão se transformando, tendo uma feição social como forma de diminuir as desigualdades das partes contratantes. Os sujeitos do negócio jurídico passam a estar reciprocamente vinculados, de modo que o laço que os vincula também os coloca diante da sociedade em que vivem. Quer dizer, as conseqüências jurídicas da contratação envolvem os partícipes diretos e a sociedade, por rebote.

Dessa forma, a função social do contrato, basicamente, não tem o condão de romper com os princípios da segurança e justiça, até porque segurança e justiça disputam a prioridade entre os fins do direito. Contudo, os contratos, ligados ao contexto social, passam a ser sensíveis instrumentos de convivência.

Novamente ensina Antonio Jeová Santos que “o contrato não pode ser reduzido a simples operação econômica, em que o automatismo e a rapidez – essa insustentável tirania da velocidade – impedem que na celebração de contratos haja a efetiva outorga de consentimento. A função social que consiste, basicamente, em obstar que o mais fraco, premido pelas circunstâncias, se veja obrigado a aceitar o que o mais forte lhe impõe. (...) A função social do contrato, enfim, garante a humanização dos pactos, submetendo o direito privado a novas transformações e garantindo a estabilidade das relações contratuais, sensível ao ambiente social em que foi celebrado e está sendo executado, e não, apenas a submissão às regras de um mercado perverso, abrumador e prepotente que deve se esfumar com o passar do tempo, tal como aconteceu com a decadência do liberalismo econômico”.<sup>34</sup>

---

<sup>34</sup> SANTOS, Antonio Jeová. *Função Social do Contrato*. 2ª Edição. São Paulo: Ed. Método, 2004. Pág. 146.



Já Claudia Lima Marques assinala que “a nova concepção de contrato é uma concepção social deste instrumento jurídico, para a qual não só o momento da manifestação da vontade (consenso) importa, mas onde também e principalmente os efeitos do contrato na sociedade serão levados em conta e onde a condição social e econômica das pessoas nele envolvidas ganha em importância.” E continua, para dizer que “conceitos tradicionais como os do negócio jurídico e da autonomia da vontade permanecerão, mas o espaço reservado para que os particulares auto-regulem suas relações será reduzido por normas imperativas, como as do próprio Código de Defesa do Consumidor. É uma nova concepção de contrato no Estado Social, em que a vontade perde a condição de elemento nuclear, surgindo em seu lugar elemento estranho às partes, mas básico para a sociedade como um todo: o interesse social”<sup>35</sup>.

Pode ser verificado, então, que a tendência é de que haja um intervencionismo cada vez maior do estado nas relações contratuais, de modo a relativizar ainda mais a autonomia da vontade, adequando-a às novas preocupações de ordem social, com a imposição de um novo paradigma, o princípio da boa-fé objetiva. O contrato, passa, então, a ser um instrumento à disposição dos indivíduos na sociedade de consumo, mas, assim como o direito de propriedade, agora limitado e eficazmente regulado para que alcance a sua função social.

Ademais, um dos principais argumentos utilizados pelos consumidores, objetivando benefícios contra as operadoras de Planos de Saúde se traduz na utilização do princípio da boa-fé que se estampa pelo dever das partes de agir de forma correta, eticamente aceita, antes, durante e depois do contrato, isso porque, mesmo após o cumprimento de um contrato, podem sobrar-lhes efeitos residuais.

---

<sup>35</sup> MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O Novo Regime das Relações Contratuais. 4ª Edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. Pág. 175-176.

Então, de modo a compreendê-lo um pouco melhor, importa, pois, examinar o elemento subjetivo em cada contrato, ao lado da conduta objetiva das partes. Ao juiz cabe examinar em cada caso se o descumprimento decorre de boa ou má-fé.

Não há que se olvidar que na análise da aplicação do princípio da boa-fé, devem ser examinadas as condições em que o contrato foi firmado, o nível sociocultural dos contratantes, o momento histórico e econômico de celebração do pacto de vontades.

O Código Civil de 2002 erige cláusulas gerais para os contratos, como por exemplo o já mencionado artigo 421 e agora o artigo 422, que assim está redigido: “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Anota Silvio de Salvo Venosa que “essa disposição constitui modalidade que a doutrina convencionou denominar *cláusula geral*. (...) A idéia central é no sentido de que, em princípio, contratante algum ingressa em um conteúdo contratual sem a necessária boa-fé. A má-fé inicial ou interlocutória em contrato pertence à patologia do negócio jurídico e como tal deve ser examinada e punida. Toda cláusula geral remete o intérprete para um padrão de conduta geralmente aceito no tempo e no espaço. Em cada caso o juiz deverá definir quais as situações nas quais os partícipes de um contrato se desviaram da boa-fé. Na verdade, levando-se em conta que o Direito gira em torno de tipificações ou descrições legais de conduta, a cláusula geral traduz uma tipificação aberta”<sup>36</sup>.

---

<sup>36</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil. Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. 2ª Edição. São Paulo: Ed. Atlas, 2008. Pág. 363.

O dispositivo do artigo 422 do CPC se refere à denominada boa-fé objetiva, que deve ser distinguida da boa-fé subjetiva. Nesta o contratante crê que sua conduta é correta, tendo em vista o grau de conhecimento que possui do negócio. Ou seja, há um estado de consciência ou aspecto psicológico que deve ser considerado.

Já a boa-fé objetiva, por outro lado, tem compreensão diversa, posto que o intérprete parte do padrão de conduta do homem médio em determinado caso concreto, ou seja, um padrão comum, levando em consideração os aspectos sociais envolvidos. Resumidamente, tem-se a boa-fé objetiva como uma regra de conduta, um dever de agir de acordo com determinados padrões sociais estabelecidos e reconhecidos.

Não apenas isso, o fato é que, o princípio da boa-fé objetiva na formação e na execução das obrigações passa a gerar novas expectativas, sendo vista como fonte de novos deveres especiais de conduta durante o vínculo contratual e passando a ser causa limitadora do exercício, antes lícito, hoje abusivo, dos direitos subjetivos. Isto porque boa-fé representa cooperação e respeito, ou seja conduta esperada e leal, tutelada em todas as relações sociais.

Entende Claudia Lima Marques que “a boa-fé objetiva é um *standard*, um parâmetro objetivo, genérico, que não está a depender da má-fé subjetiva do fornecedor A ou B,mas de um patamar geral de atuação, do homem médio, do bom pai de família que agiria de maneira normal e razoável naquela situação analisada. (...) Boa-fé objetiva significa, portanto, uma atuação “refletida”, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim

das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes”.<sup>37</sup>

Não se pode negar que a positivação do princípio da boa-fé objetiva, como linha teleológica de interpretação e como cláusula geral se deu com o Código de Defesa do Consumidor, estabelecendo em todo o seu corpo de normas a existência de uma série de deveres anexos às relações contratuais.

O mais conhecido dos deveres anexos é o dever de informar, que é visualizado já na fase pré-contratual, naquela fase de tratativas entre o consumidor e o fornecedor. Neste momento, as informações são fundamentais para a decisão do consumidor e não deve haver indução ao erro, dolo ou falha na informação, vez que as informações prestadas passam a integrar a relação contratual futura e deverão, destarte, ser cumpridas na fase de execução do contrato.

Com o início da renovação da teoria contratual através das tendências sociais antes mencionadas, em virtude dos postulados de um novo Estado Social e da realidade da sociedade de massas, o Estado passa a intervir nas relações obrigacionais. E aos poucos, o intervencionismo estatal evolui de modo a fomentar a edição de leis limitadoras do poder de auto-regular determinadas cláusulas e determinar o conteúdo de certos contratos, passando a ditar o conteúdo daqueles contratos em atividade imprescindíveis.

Os argumentos aqui expostos fomentaram também o mencionado ativismo judicial, que é o ponto que analisaremos a seguir.

---

<sup>37</sup> MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O Novo Regime das Relações Contratuais. 4ª Edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. Pág. 181-182.

## 2.2) O ativismo judicial

Uma questão que muito aparece atualmente é a referente ao ativismo judicial, que pode em rápidas linhas ser definido como a postura adotada pelo magistrado que o leva ao reconhecimento da sua atividade como elemento fundamental para implementação dos direitos fundamentais.

O ativismo judicial exige que os juízes sejam atuantes no sentido não apenas de fazer cumprir a lei em sentido formal, mas vai além, exige audácia na interpretação de princípios constitucionais abstratos - como dignidade da pessoa e igualdade -, reivindicando para si a competência institucional para fixar esses conceitos e implementá-los no caso concreto, julgando até mesmo os atos dos outros Poderes na interpretação desses conceitos.

Muitas vezes o ativismo judicial pode representar uma *juristocracia*, exercida sob o manto de uma atividade aparentemente técnica de interpretação normativa. O fato é que começa a ocorrer o fenômeno da judicialização das relações sociais e a questão da efetivação dos direitos fundamentais é a grande responsável por essa abordagem.

Não há que se olvidar que o Poder Executivo foi omissivo em vários pontos e que, portanto, inúmeras são as situações em que os direitos fundamentais não foram efetivados, o que faz o cidadão ir buscá-los através do Poder Judiciário.

E a partir daí inúmeras são as argumentações contrárias e a favor desse ativismo judicial, no qual o Poder Judiciário acaba por se intrometer, corretamente ou não, na implementação e até formulação de algumas políticas públicas.

De antemão, verifica-se que a separação dos poderes e o princípio majoritário são muitas vezes apresentados como um obstáculo ao conhecimento e deferimento, pelo Poder Judiciário, de prestações positivas fundamentadas em normas-princípio.

É uma questão que deve ser verificada com cuidado, de modo que não esteja o Judiciário usurpando competências do Legislativo e Executivo, rompendo o equilíbrio entre os Poderes. Ademais, apenas o Legislativo e Executivo gozariam de legitimidade democrática para fixar políticas públicas e destinar recursos para tal ou qual função. Há que se ter em mente que os recursos, tanto públicos como privados são limitados e o Judiciário, geralmente, analisa os fatos casuisticamente e não globalmente, o que pode acarretar prejuízos às partes envolvidas.

Não há que se olvidar que os direitos fundamentais de todos os indivíduos devem ser respeitados, façam eles parte da maioria ou não, sendo esta uma condição pressuposta do regime democrático. Neste sentido, leciona Ana Paula de Barcellos que “a existência de um órgão representativo ao qual, por meio da regra majoritária, cabe decidir a respeito da vida social é uma decorrência do princípio moderno da separação dos poderes, mas vai além dele. Na verdade, seu fundamento último reside no pressuposto de que todos os homens são iguais, axioma que foi sendo construído ao longo do tempo, através de um processo próprio e distinto”.<sup>38</sup>

Contudo, até que ponto o Poder Judiciário mantém essa legitimidade para, em nome da proteção a direitos fundamentais, adentrar na esfera da formulação de políticas públicas, anulando atos regulatórios?

---

<sup>38</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2002. Pág. 225.

A argumentação reside no embate entre o “mínimo existencial” e a “reserva do possível”, o que conduz a divergências teóricas sobre a atuação do Poder Judiciário.

Há que se pensar que em muitas das vezes, ao imaginarmos que estamos protegendo um direito fundamental de um indivíduo, na realidade podemos estar é prejudicando os direitos fundamentais de toda uma coletividade, levando-se em conta que os recursos são escassos e direcionados da forma mais equânime possível.

Contudo, o fato é que por mais que haja justificção para ambas as correntes, o Poder Judiciário vem anulando inúmeros atos regulatórios, como será visto a seguir.

### **2.3) A jurisprudência**

Em novembro de 2007 a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgando o Recurso Especial 466.667-SP (2002/0114103-4), relatado pelo Ministro Aldir Passarinho Junior, entendeu por declarar a abusividade de cláusula de carência frente a necessidade de tratamento de urgência ou emergência, estando ementado da seguinte forma:

*“CIVIL E PROCESSUAL. ACÓRDÃO ESTADUAL. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. PLANO DE SAÚDE. CARÊNCIA. TRATAMENTO DE URGÊNCIA. RECUSA. ABUSIVIDADE. CDC, ART. 51, I.*

*I. Não há nulidade do acórdão estadual que traz razões essenciais ao deslinde da controvérsia, apenas por conter conclusão adversa ao interesse dos autores.*

*II. Irrelevante a argumentação do especial acerca da natureza jurídica da instituição-ré, se esta circunstância não constitui fundamento da decisão.*

*III. Lídima a cláusula de carência estabelecida em contrato voluntariamente aceito por aquele que ingressa em plano de saúde, merecendo temperamento, todavia, a sua aplicação quando se revela circunstância excepcional, constituída por necessidade de tratamento de urgência decorrente de doença grave que, se não combatida a tempo, tornará inócuo o fim maior do pacto celebrado, qual seja, o de assegurar eficiente amparo à saúde e à vida.*

*IV. Recurso especial conhecido e provido em parte.”*

Vale ainda destacar que o julgado teve votação unânime, tendo os ministros que compõe a E. Quarta Turma acompanhado o voto do relator, o ministro Aldir Passarinho.

No tocante à fundamentação do acórdão, vale destacar que o ministro relator entende por válida a cláusula que fixa prazos de carência, porém, frente a eventos emergenciais, no seu entendimento, a incidência da cláusula deverá ser afastada, senão vejamos:

*“Entendo que a cláusula que fixa a carência para certos tratamentos, em si, não é abusiva, porquanto não se afigura desarrazoada a exigência de um período mínimo de contribuição e permanência no plano de saúde para que o contratante possa fruir de determinados benefícios. As condições são voluntariamente aceitas, os planos são inúmeros e oferecem variados serviços e níveis de assistência médica, tudo compatível com a contraprestação financeira acordada e de conhecimento da pessoa que neles ingressam por livre escolha, salvo algum lapso ou vício existente no contrato, aqui não detectado pela instância de origem, soberana em seu exame.*

*Todavia, a jurisprudência do STJ tem temperado a regra quando surjam casos de urgência de tratamento de doença grave, em que o valor da vida humana se sobrepuja ao relevo comercial,*



*além do que, em tais situações, a suposição é a de que quando foi aceita a submissão à carência, a parte não imaginava que poderia padecer de um mal súbito.”*

Vale aqui esclarecer que o acórdão ao qual se refere o voto do Min. Aldir Passarinho tratava de internação de emergência decorrente de acidente automobilístico<sup>39</sup>, o que no entendimento desse mestrando altera profundamente a questão, conforme se verá no decorrer desse trabalho, uma vez que se tratava de evento futuro e incerto.

Ao contrário, o caso aqui em comento diz respeito a evento certo, na medida em que se tratava de doença de longo desenvolvimento e de conhecimento prévio do cliente. Ou seja, este julgamento é o único referente à esta matéria até então, no Superior Tribunal de Justiça.

Tais esclarecimentos são pertinentes de modo a se delimitar corretamente a hipótese tratada.

Segue o Min. Aldir Passarinho, *verbis*:

“Nessas condições particulares, torna-se inaplicável a cláusula, não propriamente por ser em si abusiva, mas pela sua aplicação de forma abusiva, em contraposição ao fim maior do contrato de assistência médica, que é o de amparar a vida e a saúde, tornando verdadeiramente inócuo, na espécie.

Ante o exposto, conheço em parte do recurso especial e lhe dou provimento, para afastar a aplicação da cláusula de carência no caso, determinando a cobertura do tratamento

---

<sup>39</sup> STJ, Quarta Turma, Resp. 222.239/PB, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, unânime, DJU de 12.11.2001

descrito na exordial, respeitadas, evidentemente, as demais condições do plano de saúde contratado.”

E com esta condição, o STJ afastou a cláusula que determinava ao cliente o cumprimento de um prazo de carência, ou seja, sem utilizar o plano, para a formação de uma reserva, conforme previsto nos cálculos atuariais, inerentes ao processo de formação de preço.

Contudo, este posicionamento do Superior Tribunal de Justiça - que ainda não pode ser considerado, até este momento, posicionamento dominante, haja vista que não existem outros julgados semelhantes -, representa um espelho do que já vem ocorrendo em inúmeros outros Tribunais da Federação.

Em pesquisa realizada nos sítios dos principais Tribunais da Federação, pôde ser constatado que estes órgãos julgadores também estão proferindo decisões no mesmo sentido da acima retratada.

Em São Paulo, podemos citar o julgamento ocorrido na Apelação Cível nº 381.685.4/0-00, na 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça, em que foi relator o Desembargador Octavio Helene, estando assim ementado:

“Seguro Saúde - Prazo de Carência – Internação de Urgência - Carência que não prevalece como contratada, mas de 24 horas - Inteligência da Lei 9.656/98 - Resolução do CONSU nº 13/98 - Inaplicabilidade - Sentença mantida - Recurso principal improvido - Recurso adesivo provido, para adequação da honorária.”

No acórdão, o mencionado relator assim se pronunciou acerca da aplicabilidade da Resolução da Agência Nacional de Saúde Suplementar:

“Ocorre, que nos termos do artigo 12, inciso V, "c", da Lei Federal 9.656/98, a carência deverá ter o prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas para a cobertura dos casos de urgência e emergência, sendo, então, inaplicáveis as limitações contidas na Resolução 13/98 do CONSU. Torna-se obrigatória a cobertura do atendimento nos casos de emergência, situação referida no processo, "como tal definidos os que implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, caracterizado em declaração do médico assistente" (item I, do § 2º, do artigo 25, "c", da Lei 9.656/98). Então, o que se entende é que os planos e seguros de saúde devem responder, sem restrições, pelas despesas médico-hospitalares de conformidade com o plano contratado, em caso de urgência com risco iminente de vida do segurado.

Então, o prazo de carência para os atendimentos de urgência é de 24 (vinte e quatro) horas, a teor do artigo 12, V, 35, c, da Lei 9.656/98 modificada pela Medida Provisória nº 1.976, de 30/07/2000, sendo inaplicáveis na espécie as limitações contidas na Resolução nº 13/98, do CONSU, isso porque, a intenção do legislador foi a de assegurar a cobertura plena do atendimento de urgência ou emergência aos adquirentes de plano de saúde, ainda que durante o período de carência de seus contratos. Ora, como não se pode prever, quanto mais limitar em horas a necessidade do atendimento do segurado em situação de emergência ou de urgência, não há como prevalecer a Resolução do CONSU nº 13/98, na qual vem sustentado o recurso. Ultrapassada a situação de emergência ou urgência as despesas decorrentes da internação são do segurado. Para arremate: a carência somente pode ser entendida como aceitável para internações normais e não de emergência ou urgência.”

Também no Tribunal de Justiça de São Paulo<sup>40</sup>, podemos trazer, ainda, o julgamento ocorrido na 5ª Câmara de Direito Privado, na apelação cível nº 290.607.4/7-00, estando o julgado assim ementado:

---

<sup>40</sup> Confira-se, ainda, os seguintes julgados no Tribunal de Justiça de São Paulo: 3ª Câmara de Direito Privado. Apelação Cível nº 507.734.4/0-00. Julg. em 27 de novembro de 2007. Relator Desembargador Adilson de Andrade. – 5ª Câmara de Direito Privado. Apelação Cível nº 423.305-4/1-00. Julg. em 24 de junho de 2009. Relator Desembargador Silverio Ribeiro. – 8ª Câmara de Direito Privado. Apelação Cível nº 547.596-4/2-00. Julg. em 29 de julho de 2009. Relator Desembargador Salles Rossi. – 7ª Câmara de Direito Privado. Apelação Cível nº 473.728-4/2-00. Julg. em 13 de junho de 2007. Relator Desembargador Elcio Trujillo.

“Plano de saúde • Carência - Inadmissibilidade quando se trata de atendimento de emergência - Norma infralegal que não pode regulamentar carência excluída pela lei - Artigo 35 da lei n° 9.656/98 e Resolução n° 13/98, do CONSU”

No corpo do acórdão, assim se manifestou o julgador:

Na hierarquia do ordenamento jurídico há normas que regulamentam a lei. Regulamentar significa dispor de forma capilar sobre aquilo que a norma regulamentanda dispõe, ou seja, a norma regulamentadora é vinculada ao limite da norma regulamentanda. Dessa forma, não pode o regulamento da lei regulamentar aquilo que a lei não prevê - muito menos aquilo que a lei exclui, como é a hipótese em exame. O citado dispositivo legal excluiu, por completo, o prazo de carência do atendimento emergência! e assim a norma regulamentadora não pode amenizar a exclusão legal para restringi-la a determinado período.

Dos julgados até aqui colacionados, pode ser verificado que os argumentos em geral se repetem, no sentido de que não pode a Agência Reguladora inovar no comando regulatório, limitando ou ampliando direito concedido por legislação hierarquicamente superior.

No tocante ao Tribunal do Rio de Janeiro, podemos colacionar as seguintes ementas, representativas do entendimento do órgão<sup>41</sup>:

---

<sup>41</sup> Com relação ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, confira-se, ainda, os seguintes julgamentos ocorridos: Apelação Cível nº 2009.001.25119, 18ª Câmara Cível, Relatora Desembargadora Celia Meliga Pessoa, julgado em 22/06/2009; Apelação Cível nº 2009.001.14667, 1ª Câmara Cível, Relator Desembargador Camilo Ribeiro Ruliére, julgado em 09/06/2009; Apelação Cível nº 2009.001.15130, 5ª Câmara Cível, Relatora Desembargadora Teresa Castro Neves, julgado em 26/05/2009; Apelação Cível nº 2008.001.54665, 12ª Câmara Cível, Relator Desembargador Mario Guimarães Neto, julgado em 12/05/2009; Apelação Cível nº 2009.001.11656, 6ª Câmara Cível, Relator Desembargador Nagib Slaibi Filho, julgado em 06/05/2009; Apelação Cível nº 2009.001.14828, 12ª Câmara Cível, Relatora Desembargadora Lucia Miguel S. de Lima, julgado em 03/04/2009; Apelação Cível nº 2008.001.51699, 4ª Câmara Cível, Relatora Desembargadora Monica Tolledo de Oliveira, julgado em 04/02/2009.

Apelação Cível nº 2009.001.34395

9ª Câmara Cível

Relator Desembargador Roberto de Abreu e Silva

Julgamento: 04/08/2009

Ementa: "SEGURO SAÚDE. CAARJ. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR E DA LEI 9656/98. INCIDÊNCIA IMEDIATA DA "NOVATIO LEGIS" NOS CONTRATOS DE EXECUÇÃO DIFERIDA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 5º XXXV CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ATENDIMENTO DE URGÊNCIA PRORROGAÇÃO DA INTERNAÇÃO. RECUSA. INTELIGÊNCIA DA LEI 9656/98. ILEGALIDADE DA RESOLUÇÃO 13 DO CONSU. EXTRAPOLAÇÃO DO PODER REGULAMENTAR. VEDAÇÃO DE LIMITAÇÃO DO PRAZO DE INTERNAÇÃO E NÚMERO DE SESSÕES DE HEMODIÁLISE. SÚMULA 302 STJ. Demanda relativa à recusa da ré em autorizar a prorrogação da internação hospitalar da autora, por período além das 12 horas, bem como limitação de 03 (três) sessões de hemodiálise, quando este padecia de insuficiência renal, internada com quadro de Edema pulmonar Agudo e Edema generalizado. "Ab initio", a CAARJ é entidade securitária de direito privado que dispõe de personalidade jurídica e patrimônio próprio, na forma de seu estatuto e da lei (art. 45, p. 3º, da Lei nº 8906/94), a despeito de ser órgão da OAB. Aquela não se confunde com esta, apesar de ser parte integrante da OAB, que de fato não lhe retira sua personalidade jurídica. Possui caráter de entidade de direito privado, na medida em que permite o ingresso de outros associados, que não advogados. A solução da lide dar-se-á com base na Lei 8078/90 e na Lei 9656/98, com respaldo jurídico na Lei nº 8080/90 no artigo 2º, vez que a solução da apelante amolda-se à definição de fornecedora de serviços (art. 3º, CPDC), na medida em que a CAARJ disponibiliza, de forma habitual, serviços de saúde no mercado de consumo e o apelado os adquire, na condição de consumidor. Não se verifica violação ao ato jurídico perfeito nos contratos diferidos uma vez que a incidência imediata da lei nova atingirá os efeitos futuros do negócio, permanecendo intactos os efeitos já produzidos. Assim, o art. 6º da LICC impõe a incidência da Lei 9.656/98. Conclui-se, portanto, que nestes contratos continuados ou de execução diferida, a "novatio legis" incide imediatamente, devendo prevalecer naquilo que inovou. Apesar da legalidade da instituição de prazo de carência em contratos de seguro saúde, tal condição contratual não subsiste em casos de emergência, como o destes autos. "ut" art.35-C, da Lei 9656/98 o qual determina que é obrigatória a cobertura

nos casos de emergência, que impliquem em risco de vida. O plano de saúde contratado possuía a cobertura de internação para esta modalidade de seguro saúde e o art. 12, II, "b" e V, "c", da Lei 9656/98, veda limitação de quantidade de sessões, em cobertura de internações hospitalares em centro de terapia intensiva, ou similar, bem como determina que o prazo de carência para internações, em casos de risco de vida, é de 24 horas. A invocação da Resolução 13 do Conselho de Saúde Suplementar (CONSU), norma que regulamenta o art. 35 - C da Lei 9656/98 não prospera por ser flagrantemente ilegal, porquanto extrapola o poder regulamentar que lhe foi conferido pela Lei 9656/98 (art. 35 - C, parágrafo único). A resolução regulamentar não pode impor limite temporal de internação do paciente não previsto no art. 35 e que são expressamente vedados no art. 12 do mesmo diploma legal. Aplicação Súmula nº. 302 do Superior Tribunal de Justiça "in verbis": "É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado". Não importa se na data dos fatos o plano de saúde contratado a favor da autora estava no período de carência contratual, porquanto se infere que a lei quis excepcionar o regular atendimento médico nos casos de emergência. Não é razoável que se preveja o mesmo tratamento em caso de carência para planos de saúde de modalidades diferentes, quais sejam, ambulatorial e internação, porquanto este último, por óbvio, possui maior cobertura de riscos e também maior preço. DESPROVIMENTO DO RECURSO."

Apelação Cível nº 2009.001.22466

8ª Câmara Cível

Relator Desembargador Orlando Secco

Julgamento: 30/06/2009

Ementa: "Apelação Cível. Consumidor. Plano de saúde. Beneficiária gestante. Trabalho de parto. Complicações fetais. Indicação médica de cirurgia cesariana imediata. Situação de urgência. Carência de 24 horas. Inteligência conjunta do disposto nos Arts.12,V,"c" e 35-D, Lei 9656/98. Liminar deferida. Parto realizado. Inaplicabilidade da limitação contida na Resolução nº 13/CONSU porque de hierarquia inferior à Lei Ordinária e à própria Constituição da República, fundamento de validade originário do direito à vida pelo nascituro (Art.5º,caput,CF). Ponderação de

valores. Prazo de carência, ademais, que se encontrava em seus dias finais (16 dias), aplicando-se por analogia a Teoria do Adimplemento Substancial do Contrato em função da boa-fé objetiva e princípio da cooperação contratual. Manutenção da sentença. Improvimento do recurso.”

Apelação Cível nº 2009.001.22568

18ª Câmara Cível

Relatora Desembargadora Celia Meliga Pessoa

Julgamento: 22/06/2009

Ementa: “APELAÇÃO CÍVEL. PLANO DE SAÚDE. RECUSA A CUSTEIO DE INTERNAÇÃO HOSPITALAR. CARÊNCIA. EMERGÊNCIA. A fixação de prazos de carência em contratos de plano de saúde é expressamente autorizada pelo art.12, V, da Lei 9656/98. Desta forma, não há que se falar em ilegalidade da cláusula contratual que estabelece em 180 dias o prazo mínimo de carência para os casos de internações em geral (previsto no "Aditivo de Redução Máxima de Carência e dos Prazos para Início da Cobertura de Doenças Preexistentes - PRC PF 249" - fls. 21, verso). Ocorre que a própria lei 9695/98, em seu art. 35-C, excepcionou a regra da possibilidade de negativa de atendimento decorrente da carência contratual, ao estabelecer a obrigatoriedade de cobertura do atendimento nos casos de urgência ou emergência. E é exatamente esta a hipótese dos autos, em que a autora, com apenas 3 meses de vida, apresentou um quadro acentuado de broncolite e pneumonia, diante do qual houve solicitação médica de internação em caráter emergencial, conforme comprovado pelos atestados médicos de fls.28/31. Neste passo, a negativa manifestada pela ré ao pedido de internação da autora afigurou-se indevida, eis que violou frontalmente a obrigatoriedade de cobertura de atendimento prevista no inciso I do art. 35-C da Lei 9656/98 ("art. 35-C: é obrigatória a cobertura do atendimento nos casos: I - 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"). Artigo 12, inc. V, alínea "c", da Lei 9656/98, que determina expressamente que, em casos de urgência de emergência, o prazo máximo de carência que pode ser estabelecido pelo plano de saúde é de 24 horas. Assim, tratando-se de casos de urgência e emergência, não há que se falar em observância dos prazos de carência contratual, quando já ultrapassadas as primeiras vinte e quatro horas posteriores

à realização do contrato. Ressalte-se ainda a completa impossibilidade de se estabelecer limitação temporal para a cobertura dos atendimentos em situação de urgência ou emergência, não havendo que se falar em garantia de cobertura somente para as primeiras doze horas de atendimento. Isto porque a relação jurídica mantida entre as partes tem natureza tipicamente consumerista, estando submetida aos princípios e normas protetivas do CDC, à luz do que afigura-se flagrante a ilegalidade e a abusividade da cláusula contratual que limita a doze horas o tempo de cobertura do atendimento em casos de emergência e urgência. Incidência do art. 51, IV, do CDC. Determinações contidas na Resolução 13/98 do Conselho de Saúde de Suplementar (CONSU) - norma de caráter eminentemente administrativo -, que não podem suplantar as determinações contidas na Lei 9565/98 e no CDC, em respeito à hierarquia das normas legais, não cabendo qualquer reflexão mais aprofundada nesta seara. Negativa ao custeio de internação hospitalar, que gera aflição e angústia ante a impossibilidade de obter o tratamento indispensável à manutenção da saúde e da vida. Dano moral caracterizado. Valoração. Critérios norteadores. Repercussão do dano. Quantum fixado em R\$ 7.000,00 em consonância com a lógica do razoável e com a média dos valores aplicados em casos similares. Precedentes. Recurso em confronto com a jurisprudência dominante do STJ e deste Tribunal de Justiça. Incidência do art. 557, caput, do CPC. Negativa de seguimento.”

Do Tribunal do Distrito Federal, no mesmo sentido, podemos colher os seguintes julgados, assim ementados:

Apelação Cível nº 2004 01 1 017840-4

2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais

Relator: Iran de Lima

Registro do Acórdão Número : 236374

Data de Julgamento : 01/02/2006



DJU de 23/02/2006

“Plano hospitalar - carência de 180 dias - procedimentos de urgência. Não se mostra correta a postura da empresa de assistência de saúde que nega a realização de exames sob a alegação de que o prazo de carência do contrato ainda não se expirou, quando os procedimentos requeridos o são em razão da necessidade de se averiguar o comprometimento da coluna vertebral da vítima de acidente de trânsito. Os procedimentos de urgência não se incluem no prazo de carência do contrato, conforme determina a resolução consu nº 13. Sentença mantida.”

Apelação Cível nº 2004 01 1 099395-7

1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais

Relatora: Leila Arlanch

Registro do Acórdão Número : 218512

Data de Julgamento : 10/05/2005

DJU de 01/07/2005

Plano de saúde. Procedimento cirúrgico não autorizado pela Cassi. Alegação de não ter esgotado o prazo de carência. 1 - a doutrina e a jurisprudência mais modernas já firmaram entendimento sobre a incidência das normas previstas na lei n. 8.078/90 aos contratos de assistência médica celebrados por órgãos públicos ou particulares em favor de seus servidores ou empregados. 2 - dessa forma, o plano de assistência à saúde oferecido pela Cassi aos seus associados rege-se pelas regras consumeristas. 3 - na esteira do art. 12, inciso v, alínea "c" da lei n. 9.656/98 o prazo de carência para os casos de emergência e de urgência é de 24 (vinte e quatro) horas, não havendo limite temporal para o atendimento ambulatorial. 4 - erigida a proteção ao consumidor a comando constitucional (art. 5º, caput, inciso xxxii da constituição da república de 1.988) e considerando que uma lei somente pode ser revogada por outra lei (art. 2º, caput e parágrafos da lei de introdução ao código civil de 1.916), conclui-se que é inconstitucional a resolução n. 13 do conselho de saúde suplementar ( consu) e por conseguinte nulas as cláusulas contratuais que limitam

o prazo de atendimento em ambulatório e aquelas que fixam o prazo de 180 (cento e oitenta) dias de carência para os procedimentos cirúrgicos contidas no contrato firmado entre as partes. 5 - a nulidade das cláusulas verifica-se segundo as regras lançadas no art. 51, caput, inciso iv da lei n. 8.078/90, posto que estabelecem obrigações consideradas iníquas, abusivas e colocam o consumidor em desvantagem exagerada e são incompatíveis com a boa-fé e com a equidade. 6 - dessa forma, ressai o direito do consumidor à restituição do valor desembolsado para cobrir as despesas com a operação a qual foi submetido e não autorizada pela cassi, mormente porque ele trouxe aos autos provas suficientes da realização do procedimento de emergência e os recibos dos referidos gastos. 7 - recurso conhecido e improvido. Sentença mantida.

Já no Tribunal do Rio Grande do Sul, podem ser colhidas as seguintes ementas:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. PLANO DE SAÚDE. INTERNAÇÃO. ABORTO ESPONTÂNEO. DESPESAS. COBERTURA NEGADA. PRAZO DE CARÊNCIA. URGÊNCIA E EMERGÊNCIA. Não se aplica ao caso o prazo prescricional anual, porquanto não se trata de seguro, mas sim de plano de saúde. Em se tratando de despesas decorrentes de internação de urgência/emergência, fica afastado o prazo de carência estipulado no contrato, devendo a ré cobrir os gastos do segurado. Inteligência do artigo 13 do CONSU e artigo 12 da Lei 9.656/98, alterada pela Medida Provisória 2.177-44/01. Danos morais configurados ante o agir abusivo da requerida. Ademais, considerando o momento de fragilidade da autora quando necessitou da assistência da empresa. Quantum minorado, para atender aos pressupostos basilares da responsabilidade civil. Preliminar rejeitada. Apelo provido, em parte. (Apelação Cível Nº 70024799322, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Umberto Guaspari Sudbrack, Julgado em 22/07/2009)

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. SEGURO. PLANO DE SAÚDE. ATENDIMENTO REALIZADO EM CARÁTER

EMERGENCIAL. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. 1. Os planos ou seguros de saúde estão submetidos às disposições do Código de Defesa do Consumidor, enquanto relação de consumo atinente ao mercado de prestação de serviços médicos, razão pela qual se aplica o disposto no art. 35 da Lei 9.656/98 ao caso em tela, decorrente de interpretação literal e mais benéfica a parte autora. 2. Verificado o caráter emergencial exigido no momento da internação da autora, como amplamente demonstrado no processo, não há como prevalecer o prazo de carência pactuado. Inteligência dos artigos 12 e 35-C da Lei 9.656 de 1998. 4. Inaplicável ao caso em tela a Resolução nº. 13 do Conselho da Saúde Suplementar (CONSU), que estabelece que quando o atendimento ocorrer no período de carência, este deverá abranger a cobertura fixada para o segmento ambulatorial, não garantido a cobertura para internação. Isso se deve ao fato de que não é permitido à Agência fiscalizadora estabelecer restrições não previstas em lei e em detrimento do consumidor. Negado provimento ao recurso. (Apelação Cível Nº 70023603517, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 25/06/2008)

Por fim, temos os seguintes julgados no Tribunal de Minas Gerais, que estão assim ementados<sup>42</sup>:

PLANO DE SAÚDE. EMERGÊNCIA. CLÁUSULA LIMITATIVA. RESOLUÇÃO N. 13 DO CONSU. DANOS MORAIS. 1. A interpretação sistêmica e teleológica da Lei 9.656/98 não permite outra conclusão senão a de que, em casos de emergência, é obrigatória a cobertura do atendimento, possibilitada a exigência de carência de 24 (vinte e quatro) horas, no máximo, sem qualquer limitação de prazo, valor máximo ou quantidade das internações hospitalares. 2. Tratando-se de plano hospitalar, a vedação imposta pelo contrato para as patologias que demandem internações hospitalares em

---

<sup>42</sup> Em Minas Gerais confira-se também os seguintes julgados: Apelação Cível nº 2.0000.00.496307-3/000(1), Relator Desembargador Viçoso Rodrigues, publicado no DO de 17/08/2006; Apelação Cível nº 2.0000.00515629-8/000(1), Relator Desembargador Fernando Caldeira Brant, publicado no DO de 19/11/2005; Apelação Cível nº 2.0000.00406899-9/000(1), Relator Desembargador Pedro Bernardes, publicado no DO de 20/12/2003.

caso de emergência restringe direitos fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar o seu objeto, sendo, portanto, presumivelmente abusiva, nos termos do art. 51, §1º, inc. II, do CDC. 3. Não pode a resolução nº 13 do CONSU, limitar os direitos conferidos pela Lei 9.656/98 aos usuários, pois não se admite que o ato regulamentador afronte a lei de regência, sob pena de violação ao princípio da legalidade, insculpido no art. 5º, inc. II, da Constituição Federal. Ademais, a própria norma-princípio prevista no artigo 1º da aludida resolução desautoriza a negativa de atendimento em casos de urgência e emergência, pois é enfática ao priorizar a ""garantia da atenção e atuação no sentido da preservação da vida, órgãos e funções"", valor também garantido pela Constituição da República de 1988. 4. O objetivo da multa cominatória é a de compelir o devedor ao cumprimento de uma obrigação, não incidindo se não houver protelação na efetivação da ordem judicial. 5. O mero descumprimento contratual não enseja, em regra, indenização por danos morais. No entanto, a depender das peculiaridades do caso, a aflição psicológica e a angústia provocadas podem causar danos indenizáveis. 6. A fixação do quantum indenizatório tem como parâmetros a capacidade financeira das partes, o grau de culpabilidade do agente e a gravidade do dano. (processo nº 1.0024.06.932370-7/001(1), Relator Desembargador Wagner Wilson, Publicado no DO de 21/05/2008)

AÇÃO DE REVISÃO CONTRATUAL COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. PLANO DE SAÚDE. SITUAÇÃO DE EMERGÊNCIA. LEI 9.656/98. PRAZO DE CARÊNCIA DE 24 HORAS. COBERTURA AMPLA E IRRESTRITA. RESOLUÇÃO 13 DO CONSU. EXCLUSÃO DE COBERTURA NO CASO DE INTERNAÇÃO. LIMITAÇÃO INEXISTENTE NA LEI. INAPLICABILIDADE DA RESOLUÇÃO. - A Lei 9.656/98 estabelece que, em situações de emergência, o prazo máximo de carência será de 24 (vinte e quatro) horas. Assim, não prevendo a lei outros requisitos ou limitações para a cobertura na hipótese, não pode uma resolução administrativa fazê-lo, devendo ser ampla a cobertura. - Não tem aplicação a Resolução 13 da CONSU, a qual exclui a cobertura, se houver necessidade de internação, em situações de

emergência ocorridas durante o prazo de carência previsto para determinados tipos de tratamento. (Processo nº 1.0024.06.282413-1/001(1), Relator Desembargador Domingos Coelho, Publicado no DO de 25/08/2007)

Obviamente que os julgados acima colacionados são meramente exemplificativos do que vem sendo decidido pelos Tribunais. Pesquisando, é possível encontrar algumas poucas decisões em sentido contrário, contudo estas não são representativas, posto que em número muito baixo se compararmos com as decisões que anulam as cláusulas contratuais e declaram ilegal ou inaplicável o ato regulatório da Agência Nacional de Saúde Suplementar.

O fato é que estas decisões são indicativas de que os Tribunais estão se encaminhando para pacificar que o mencionado ato regulatório é ilegal e que não pode haver exigência ao cliente de cumprimento de período de carência, quando se tratar de caso emergencial ou de urgência, devendo as empresas privadas operadoras de plano de saúde darem cobertura integral à estes eventos.

## Capítulo 3

### A CRÍTICA A INTERVENÇÃO JUDICIAL

#### 3.1) A “equivocada” premissa do controle de ato discricionário

Definido nos tópicos anteriores que a forma de aplicação da carência pelas empresas operadoras de planos de saúde é uma questão técnica, e como tal, deve ser regulada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, imperioso se faz aprofundar o estudo, de modo a concluirmos a natureza do ato regulatório, bem como as conseqüências disso relativamente ao controle judicial.

Desde já, deve ficar esclarecido que o tema relativo à discricionariedade é um tema altamente controverso e polêmico até os dias de hoje, principalmente naquilo que concerne aos seus limites jurídicos e o alcance do controle judicial. Ou seja, até onde o Poder Judiciário pode controlar a discricionariedade de um ato administrativo ? Na presente hipótese, até onde o Poder Judiciário pode controlar a discricionariedade de um ato regulatório ? Se é que o ato regulatório é dotado de discricionariedade !!!

De acordo com Sergio Guerra, na atualidade, vemos uma mudança de pensamento, quase filosófica, no ordenamento jurídico - tanto brasileiro quanto de outros países -, na qual o jusnaturalismo liberal e o intervencionismo social deram lugar à uma maior intervenção estatal na ordem econômica e social

através de princípios normativos e regulatórios, objetivando alcançar a efetiva aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana.<sup>43</sup>

E exatamente esta mudança filosófica insuflou ainda mais os questionamentos sobre a questão da discricionariedade, na medida em que o ordenamento jurídico hoje deve responder com velocidade às questões que lhe são postas à prova, não podendo ficar engessado por processos lentos e burocráticos de formações de leis.

A criação das Agências Reguladoras veio justamente como resposta a este impasse, na medida em que fica a critério do órgão regulador definir e tratar de temas técnicos e complexos, relativos à tecnologia telefônica ou de exploração de gás e petróleo, isso sem mencionar os avanços da medicina. Portanto, tem o órgão regulador a responsabilidade de tratar com eficiência e agilidade de todos estes temas atuais e conturbados, dando, assim, tranqüilidade a estes mercados, garantindo a sua continuidade e a segurança dos consumidores.

Sobre esta questão, importante trazer os ensinamentos de Carlos Roberto Siqueira Castro, em uma defesa da função normativa regulatória, afirmando “em que pese o princípio da legalidade haver sido enunciado em nossa tradição constitucional com efusiva ortodoxia e erigido pela Constituição à categoria de direito fundamental do indivíduo, e em que pese não existir previsão constitucional para a edição de regulamentos que não seja para fins

---

<sup>43</sup> Afirma Sergio Guerra que “o Brasil adotou um amplo processo de desestatização, transferindo para a iniciativa privada não só diversas atividades econômicas em sentido estrito, mas, também, o uso de bens públicos e a prestação de serviços públicos. Nesse novo cenário, e após profundas alterações na matriz constitucional, o Estado criou uma série de Agências Reguladoras para regular esses interesses públicos. Considerando a proliferação dessas entidades com funções executivas, normativas e judicantes, e tendo em vista que as mesmas foram idealizadas para exercerem uma competência técnico-científica, divorciada de critérios e paixões político-partidárias, impõe-se investigar se as funções dessas entidades se inserem na denominada discricionariedade técnica, incluída no contexto geral da teoria da discricionariedade administrativa pura.” GUERRA, Sérgio. Controle Judicial dos Atos Regulatórios. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2005. Pág. 162.

de fiel execução das leis, é certo que as exigências do governo contemporâneo acabaram por consagrar entre nós a prática dos regulamentos autônomos e independentes da lei, infelizmente nem sempre acompanhada da devida teorização constitucional e democrática. A tendência que se firmou, portanto, em sintonia com a tônica do constitucionalismo contemporâneo e dos reclamos da administração governamental nestes tempos, é no sentido de se permitir o exercício do poder regulamentar autônomo, desde que, segundo esclarece com propriedade Diógenes Gasparini, calcada numa expressa disposição da Lei Maior ou no costume constitucional ou, ainda, na construção do próprio texto”.<sup>44</sup>

E segue o renomado mestre afirmando mais, “por estar o Poder Legislativo destituído de meios legiferantes dotados da indispensável celeridade para enfrentar a tempo e a hora as complexidades da era contemporânea e, particularmente nos cenários geopolíticos de terceiro mundo, para fazer frente aos extraordinários desafios do subdesenvolvimento, tudo isto numa época atormentada pela internacionalização da competição econômica e tecnológica, tem se afirmado ultimamente o modelo de regulação econômica instrumentalizado pelas agências reguladoras”.<sup>45</sup>

Porém, juridicamente, o tema é um pouco mais complexo do que efetivamente parece, isto porque as normas regulatórias, em grande parte, são dotadas de conceitos jurídicos indeterminados, que carecem de integração pelo agente regulador.

Controverte o tema, relativamente à doutrina, pois parte dela entende que haveria apenas uma interpretação para esses conceitos indeterminados,

---

<sup>44</sup> GASPARINI, Diógenes. Função normativa regulatória e o novo princípio da legalidade, *in* O poder normativo das agências reguladoras. Coordenação de Alexandre Santos de Aragão. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2006. Pág. 60-61.

<sup>45</sup> GASPARINI, Diógenes. Função normativa regulatória e o novo princípio da legalidade, *in* O poder normativo das agências reguladoras. Coordenação de Alexandre Santos de Aragão. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2006. Pág. 70.



ou seja, uma única solução justa para cada caso concreto. Nessa linha de argumentação, pode-se concluir que não insere o conceito jurídico indeterminado no âmbito da discricionariedade e, portanto, poderia ser exercido profundamente o controle judicial desse ato.

De outro lado, outra parte da doutrina entende de forma diametralmente oposta, afirmando que os conceitos jurídicos indeterminados estão sim, contaminados pela discricionariedade, na medida em que seria absurdo admitir que existe apenas uma solução justa para cada caso concreto. Esta linha de raciocínio sustenta a existência de mais de uma solução justa para cada caso e, assim, passaria a ter aqui um juízo de oportunidade e conveniência, que faria integrar a norma. Nessa hipótese, temos que é vedado o controle judicial, já que se estaria tratando de ato discricionário.

### **3.1.1) Ato discricionário**

Como visto, a questão não é assim tão tranqüila, contudo, em sede de um direito administrativo moderno, podem ser estabelecidos novos paradigmas neste tema, para torná-los ainda mais intrigante e instigante, contribuindo para o debate.

Para tanto, inicialmente cumpre trazeremos definição de ato administrativo, que pode, de maneira simplória, ser considerado todo ato emanado de quem esteja na função administrativa.<sup>46</sup>

---

<sup>46</sup> Em definição mais completa, a professora Lucia Valle Figueiredo conceitua ato administrativo como “a norma concreta posta pelo Estado, ou por quem esteja no exercício da função administrativa, cujo objetivo é criar, modificar, extinguir ou declarar relações jurídicas entre este (Estado) e o administrado, suscetível de ser contrastada pelo Poder Judiciário”. FIGUEIREDO, Lucia Valle. Curso de Direito Administrativo. 2ª Edição. São Paulo: Ed. Malheiros, 1995. Pág. 119.

O ato administrativo é composto de cinco elementos básicos, quais sejam: sujeito, objeto, forma, motivo e finalidade, podendo ser vinculado ou discricionário.<sup>47</sup> Será vinculado quando a norma a ser cumprida determinar especificamente a conduta do administrador, frente a uma situação fática definida. Ou seja, a norma indica a única conduta que pode o administrador tomar quando de determinada situação fática. Não há espaço para juízos de oportunidade e conveniência, na medida em que somente pode o administrador público obedecer a legislação.<sup>48</sup>

Diz Lucia Valle Figueiredo que “os atos vinculados são praticados quando esteja o administrador diante de conceitos unissignificativos, de conceitos teóricos, como os denomina Queiró, ou de conceitos determinados, como os designa Enterría, enfim, diante de conceitos que admitem solução única”.<sup>49</sup>

Já o ato discricionário confere ao administrador uma certa dose de liberdade de escolha, podendo aí sim ser exercido um juízo de oportunidade e conveniência para a escolha da melhor solução para a efetivação do fim público.

---

<sup>47</sup> Com relação aos elementos, esclarece Maria Sylvia Zanella Di Pietro que com relação ao sujeito, será sempre o ato vinculado, pois somente pode ser praticado por quem tem competência legal para tanto. Com relação ao objeto, poderá tanto ser vinculado quanto discricionário, sendo este quando houver vários objetos possíveis para atingir o mesmo fim (caso de penalidade que pode ser implementada por suspensão ou multa) e aquele quando somente houver um objeto possível. No tocante à forma, para a Autora, em geral são vinculados, porque usualmente a lei a define (ex: decretos, resolução, portaria). No tocante à finalidade, este elemento também é vinculado, posto que corresponde ao interesse público a ser perseguido, ou seja, em sentido restrito, corresponde ao resultado específico buscado. Por fim, quanto ao motivo, esclarece Di Pietro que tanto pode ser vinculado quanto discricionário, dependendo, basicamente, da noção utilizada pelo conceito jurídico, que pode ser determinado ou indeterminado”. PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 20ª Edição. São Paulo: Ed. Atlas, 2007. Pág. 199-201.

<sup>48</sup> Sergio Guerra, citando Odete Medauar, afirma que “no ato vinculado o fim legal é de uma objetividade incondicional. O comportamento da Administração, além de ser demandado, é exatamente determinado, haja vista que o “traço original do poder vinculado é o automatismo, pois a autoridade administrativa não necessita procurar qual a melhor solução, em determinada circunstância, pois só há uma solução, aquela previamente determinada pela lei”. GUERRA, Sérgio. *Controle dos Atos Regulatórios*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2005. Pág. 164.

<sup>49</sup> FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 2ª Edição. São Paulo: Ed. Malheiros, 1995. Pág. 120.

O fato é que o próprio conceito de discricionariedade é conturbado. E tanto é assim, que há quem sustente que o exercício de um ato discricionário comporta elemento subjetivo para a integração da norma ao caso concreto, sem que possa ser considerada uma faculdade ilegal do administrador, por ser proveniente do poder originário da administração. E há quem sustente, relativamente à discricionariedade, que se trata de uma atribuição estabelecida pela própria lei, exatamente com esse caráter, não sendo, portanto, uma liberdade, ao contrário, é uma submissão legal da Administração em face da norma.<sup>50</sup>

De fato, quedamos a concordar com o Prof. Afonso Rodrigues Queiró, quando o mesmo afirma que “o poder discricionário aparece, assim, como necessário elemento na gradual formação do direito ou das normas jurídicas; é ele que as torna sucessivamente mais concretas”.<sup>51</sup>

No mesmo sentido, temos o pensamento de José dos Santos Carvalho Filho, dizendo que “o exercício do poder discricionário há de ser exercido com comedimento, equilíbrio e razoabilidade”. E completa afirmando que “a discricionariedade constitui aspecto que não pode ser dissociado da função de administrar: esta não significa apenas *executar*, mas sim *gerir* interesses, e nela há necessidade não só de execução como também de criação”.<sup>52</sup>

---

<sup>50</sup> Afirma Lucia Valle Figueiredo que são discricionários “os atos em que o administrador tem opções indiferentes, pois, se qualquer delas for escolhida, haverá cumprimento da norma legal”. Mais à frente, a professora esmiúça o conceito para dizer que a discricionariedade “consiste na competência-dever de o administrador, no caso concreto, após a interpretação, valorar, dentro de critério de razoabilidade e afastado de seus próprios *standards* ou ideologias – portanto, dentro de critério da razoabilidade geral – dos princípios e valores do ordenamento, qual a melhor maneira de concretizar a utilidade pública postulada pela norma”. FIGUEIREDO, Lucia Valle. Curso de Direito Administrativo. 2ª Edição. São Paulo: Ed. Malheiros, 1995. Pág. 120 e 127.

<sup>51</sup> QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A Teoria do “Desvio de Poder” em Direito Administrativo. Revista de Direito Administrativo. nº 6. pág. 44. Rio de Janeiro, 1946.

<sup>52</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. A Discricionariedade: Análise de seu Delineamento Jurídico. In Discricionariedade Administrativa. Coordenação de Emerson Garcia. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2005. Pág. 21.

A discricionariedade vem da vontade do Poder Legislativo em permitir ao Administrador uma contribuição no processo de determinação do interesse geral, a partir do exame e ponderação de elementos e convicções particulares e coletivas, sendo, portanto, a manifestação concreta e unilateral da sua vontade.

Para o Professor José dos Santos Carvalho Filho, a lei é o suporte do poder discricionário, asseverando que não há discricionariedade além dos limites da lei. Para uma conduta administrativa fora dos limites legais, representa arbitrariedade e não pode ser convalidada sob nenhum fundamento, quanto mais o de atender ao interesse público, que deve ser o alvo final da atividade administrativa.<sup>53</sup>

Vale trazer aqui a conceituação de Sergio Guerra, para quem discricionariedade é “uma margem de liberdade da Administração que surge quando a sua atividade não está plenamente definida em lei”.<sup>54</sup> Na visão de Odete Medauar, “a discricionariedade tradicionalmente vem conceituada como o poder conferido à autoridade de se orientar livremente quanto à oportunidade e conveniência de suas decisões; ou, ainda: a faculdade de escolher uma solução entre muitas; ou a escolha entre agir e não agir ou a escolha do momento de agir”.<sup>55</sup>

Outrossim, importante notar que há diferença entre discricionariedade administrativa e judicial, em que pese, existam as duas no entendimento de Lucia Valle Figueiredo, senão vejamos: “coloca-se, também, o problema da

---

<sup>53</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. A Discricionariedade: Análise de seu Delineamento Jurídico. *In* Discricionariedade Administrativa. Coordenação de Emerson Garcia. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2005. Pág. 22.

<sup>54</sup> GUERRA, Sérgio. Controle dos Atos Regulatórios. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2005. Pág. 167

<sup>55</sup> MEDAUAR, Odete. Parâmetros de Controle da Discricionariedade. *In* Discricionariedade Administrativa. (coordenação de Emerson Garcia) Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2005. Pág. 80.

distinção entre discricionariedade administrativa e judicial, pois afirma-se, corriqueiramente, que ao administrador cabem opções, enquanto ao Estado-Juiz cabe, pura e simplesmente, subsunção. Todavia, para Satta, juiz e administrador não desempenham atividade diversa, como sói dizer-se. Se o primeiro desempenha atividade *subsuntiva* de adequar o fato à norma, também o segundo procede da mesma maneira. A diferença essencial – consoante, ainda, seu pensamento – é que o juiz se moverá dentro dos limites da lide proposta, enquanto que o administrador pode ir, com mais liberdade, em busca dos fatos. Entretanto, determinado o fato a Administração Pública, como o juiz, aplica a este a norma, reduzindo-a a provimento, e, assim, executa a valoração que a lei lhe confia. Reduzida, no âmbito de um fato determinado, esta se desenvolve, de um ponto de vista lógico, nos mesmos termos em que se desenvolve o juízo do juiz”.<sup>56</sup>

Sobre o assunto, já esclarecia Karl Engisch que “o princípio da legalidade da actividade jurisdicional e administrativa, em si, permanece intocado. As leis, porém, são hoje, em todos os domínios jurídicos, elaboradas por tal forma que os juízes e os funcionários da administração não descobrem e fundamentam as suas decisões tão-somente através da subsunção a conceitos jurídicos fixos, a conceitos cujo conteúdo seja explicitado com segurança através da interpretação, mas antes são chamados a valorar autonomamente e, por vezes, a decidir e a agir de um modo semelhante ao do legislador. E assim continuará a ser no futuro. Será sempre questão apenas duma maior ou menor vinculação à lei”.<sup>57</sup>

### **3.1.2) Conceitos jurídicos indeterminados**

---

<sup>56</sup> FIGUEIREDO, Lucia Valle. Curso de Direito Administrativo. 2ª Edição. São Paulo: Ed. Malheiros, 1995. Pág. 125.

<sup>57</sup> ENGISCH, Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. Tradução de João Baptista Machado. 8ª Edição. Lisboa: Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. Pág. 207.

Conforme poderemos ver, existe uma corrente de pensamento que sustenta que os conceitos jurídicos indeterminados, quando presentes na norma, podem conferir discricionariedade ao ato administrativo.

Fato é que os conceitos insertos nas normas jurídicas podem tanto ser determinados quanto indeterminados. Em estreita síntese, os conceitos determinados cuidam de delimitar o âmbito da realidade tratada pela norma, como quando define a “maioridade penal”, a “idade para dirigir”, “limites de velocidades”. Esses são conceitos objetivos e as normas que o trazem não dão margem a dúvidas.

Em sentido oposto, pode a norma se utilizar de conceitos indeterminados, não qual a regra não aparece bem delimitada para aplicação ao caso concreto, em que pese devam ser aplicados. É o caso, por exemplo, de expressões como “urgência”, “notório saber jurídico” ou “boa-fé”. Ou seja, a norma não determina o sentido exato e preciso do conceito, já que se trata de expressões subjetivas, nas quais não há uma rigorosa quantificação ou limitação. É necessária a avaliação perante o caso concreto.

Na visão de Karl Engisch, conceito indeterminado é “um conceito cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos. Os conceitos absolutamente determinados são muito raros no Direito. Em todo o caso devemos considerar como tais os conceitos numéricos (especialmente em combinação com os conceitos de medida e os valores monetários: 50km, prazo de 24 horas, 100 marcos). Os conceitos jurídicos são predominantemente indeterminados, pelo menos em parte”. Esclarece o Autor que “podemos distinguir nos conceitos jurídicos indeterminados um núcleo conceitual e um halo conceitual. Sempre que temos uma noção clara do conteúdo e da

extensão dum conceito, estamos no domínio do núcleo conceitual. Onde as dúvidas começam, começa o halo do conceito”.<sup>58</sup>

Seguindo, faz-se imperioso destacar que interpretação e discricionariedade não são sinônimos, posto que a interpretação admite somente uma única solução correta, ao passo que a discricionariedade é um dever de escolha entre as opções que possui o Administrador, optando por aquela que entender que melhor efetivará o fim público da norma, fundamentando a sua escolha, já que todas as opções poderiam ser viáveis. Este dever de escolha mostra-se nos dias de hoje, como de curial importância, para garantir à Administração Pública adaptar-se às exigências da atualidade, na medida em que a sociedade e suas ciências se desenvolvem rapidamente. Porém, é necessária a ponderação sobre o seu alcance, uma vez que uma Administração dotada de discricionariedade ilimitada traria insegurança aos administradores e investidores estrangeiros.<sup>59</sup>

Feito este esclarecimento, desde logo surgem dois pontos de vista diferentes, quais sejam, ao se adotar a tese de que os conceitos jurídicos indeterminados devem integrar a norma ao caso concreto, por meio do método interpretativo - admitindo-se, então, uma única solução justa -, temos que não há neste ato discricionariedade, o que por si só autorizaria uma maior rigidez no controle judicial.

---

<sup>58</sup> ENGISCH, Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. Tradução de João Baptista Machado. 8ª Edição. Lisboa: Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. Pág. 208-209.

<sup>59</sup> Sobre isto, Karl Engisch asseverou que “muitos dos conceitos indeterminados são conceitos normativos. (...) De modo algum se poderá dizer, portanto, que todos os conceitos indeterminados sejam ao mesmo tempo normativos. Todavia os conceitos normativos são frequentemente indeterminados num grau particularmente elevado e oferecem, por isso, muitos exemplos ilustrativos da indeterminação, e ao mesmo tempo, portanto, da insegurança e relativa desvinculação na aplicação da lei”. ENGISCH, Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. Tradução de João Baptista Machado. 8ª Edição. Lisboa: Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. Pág. 210.

Em outro passo, se for considerado que os conceitos jurídicos indeterminados se inserem no contexto da discricionariedade, o mérito desse ato não deve ser revisto positivamente pelo Poder Judiciário.<sup>60</sup>

Entretanto, assevera Jellinek<sup>61</sup> que assim como o conceito determinado, o conceito indeterminado também tem limites, dos quais ressalta que o conceito jurídico indeterminado permite realizar juízos de valor seguros. Porém, entre o juízo positivo e o negativo existe um terreno limítrofe de mera possibilidade, ou seja, existem fenômenos que sem dúvida estão compreendidos dentro do conceito e outros que seguramente não estão compreendidos no mesmo. Isto é, a certeza do juízo positivo e do negativo, surgindo daí a dúvida possível.<sup>62</sup>

Já para José dos Santos Carvalho Filho “a questão da indeterminação dos conceitos se situa normalmente na imprecisão das palavras sob o aspecto lingüístico, mas não se pode afastar a contextualidade da linguagem. Resulta daí que pode haver a indeterminação decorrente da incerteza condicionada pela imprecisão da linguagem e a oriunda da incerteza de avaliação da situação concreta”. Termina o autor afirmando que “os conceitos jurídicos indeterminados são plurissignificativos, admitindo, em conseqüência,

---

<sup>60</sup> Sobre a polêmica esclarece Maria Sylvania Zanella Di Pietro que “no que diz respeito aos conceitos jurídicos indeterminados, ainda há muita polêmica, podendo-se falar de duas grandes correntes: a dos que entendem que eles não conferem discricionariedade à Administração, porque, diante deles, a Administração tem que fazer um trabalho de interpretação que leve à única solução válida possível; e a dos que entendem, que eles podem conferir discricionariedade à Administração, desde que se trate de conceitos de valor, que impliquem a possibilidade de apreciação do interesse público, em cada caso concreto, afastada a discricionariedade diante de certos conceitos de experiência ou de conceitos técnicos, que não admitem soluções alternativas”. PIETRO, Maria Sylvania Zanella Di. Direito Administrativo. 20ª Edição. São Paulo: Ed. Atlas, 2007. Pág. 200.

<sup>61</sup> GUERRA, Sérgio. Controle Judicial dos Atos Regulatórios. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2005. Pág. 173.

<sup>62</sup> Para Lucia Valle Figueiredo, “se a matéria estiver perante a Administração Pública, e esta tiver de concretizar a norma, terá de interpretar o conceito e fazer o que Enterría afirma, de maneira tão satisfatória, trazê-lo à zona da certeza”. FIGUEIREDO, Lucia Valle. Curso de Direito Administrativo. 2ª Edição. São Paulo: Ed. Malheiros, 1995. Pág. 126.



valorações de diferentes graus por parte daquele que procura a intelecção da norma”.<sup>63</sup>

Sobre os juízos de valor, importante trazer também a noção dada por Karl Engisch que esclarecia que a valoração será feita quanto maior a elevação da indeterminação do conceito, porém, a autonomia da valoração pessoal passa, para o Autor, a ser considerada como uma característica específica de uma classe de conceitos, que são os conceitos discricionários.<sup>64</sup>

Em sentido oposto, cita Sergio Guerra, que a doutrina alemã criou a teoria de que para cada conceito jurídico indeterminado, existe apenas uma única solução justa, determinável em um processo cognitivo.<sup>65</sup>

Mas, em sendo assim, não haveria de se falar em discricionariedade nos conceitos jurídicos indeterminados, na medida em que esta usualmente pressupõe mais de uma única solução justa, conforme esclarece o próprio Sergio Guerra.<sup>66</sup>

---

<sup>63</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 17ª Edição. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2004. Pág. 27.

<sup>64</sup> Entretanto, esclarecia Karl Engisch que “o conceito de discricionariedade é um dos conceitos mais plurissignificativos e mais difíceis da teoria do Direito. Trata-se da importante questão de saber se as decisões discricionárias das autoridades administrativas podem ser revistas e corrigidas pelos tribunais e se as decisões discricionárias dos tribunais podem ser revistas e reformadas por tribunais superiores”. ENGISCH, Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. Tradução de João Baptista Machado. 8ª Edição. Lisboa: Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. Pág. 214.

<sup>65</sup> GUERRA, Sérgio. Controle Judicial dos Atos Regulatórios. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2005. Pág. 174.

<sup>66</sup> “Em se considerando somente uma solução justa para determinado conceito jurídico indeterminado, não haveria, portanto, de se cogitar a existência de discricionariedade. Isto porque, se o primeiro só admite uma única solução justa, o segundo, se fundamentando normalmente em critérios metajurídicos de conveniência e oportunidade, permite optar entre diversas alternativas que são igualmente justas à luz do Direito.” Continua Sergio Guerra esclarecendo que “sendo a aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados um caso de aplicação e interpretação da lei que utilizou tal conceito, o juiz pode controlar tal aplicação valorando se a solução a que com ela se chegou é a única solução justa que a lei permite.” GUERRA, Sérgio. Controle Judicial dos Atos Regulatórios. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2005. Pág. 177-178

Já o pensamento de Karl Engisch é no sentido de que “de diversas formas e em diferente medida, o órgão aplicador do Direito, através do Direito equitativo, através do *jus aequum*, que se prende com os conceitos indeterminados e com os conceitos normativos, com as cláusulas de discricionariedade e as cláusulas gerais, é chamado a descobrir o Direito do caso concreto, não simplesmente através da interpretação e da subsunção, mas também através de valorações e decisões de vontade”.<sup>67</sup> Esclarecia mais o Autor, “a discricionariedade implica não apenas livre escolha dos fins, mas também, em dadas circunstâncias, livre escolha dos meios, embora não seja possível negar uma certa relatividade desta distinção”.<sup>68</sup>

Enquanto isso, José dos Santos Carvalho Filho entende que é difícil de se admitir uma única solução justa, pela falta de elementos precisos para a avaliação do conceito indeterminado, posto que até a idéia de solução justa é gerada através de um juízo de valor, com certo grau de subjetividade.<sup>69</sup>

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro a discricionariedade “implica liberdade de atuação nos limites traçados pela lei; se a Administração ultrapassa esses limites, a sua decisão passa a ser arbitrária, ou seja, contrária à lei”. Completando o raciocínio, continua a Autora dizendo que “a atuação é discricionária quando a Administração, diante do caso concreto, tem a possibilidade de apreciá-lo segundo critérios de oportunidade e conveniência e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas para o direito”.<sup>70</sup>

---

<sup>67</sup> ENGISCH, Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. Tradução de João Baptista Machado. 8ª Edição. Lisboa: Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. Pág. 248.

<sup>68</sup> ENGISCH, Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. Tradução de João Baptista Machado. 8ª Edição. Lisboa: Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. Pág. 243.

<sup>69</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 17ª Edição. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2004. Pág. 30.

<sup>70</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito Administrativo. 20ª Edição. São Paulo: Ed. Atlas, 2007. Pá. 197-198.

Aliás, Di Pietro aprofunda o tema, para examinar os momentos em que a discricionariedade existe e conclui que os momentos são os seguintes: “a) quando a lei expressamente confere à Administração, como ocorre no caso da norma que permite a remoção *ex officio* do funcionário, a critério da Administração, para atender á conveniência do serviço; b) quando a lei é omissa, porque não lhe é possível prever todas as situações supervenientes ao momento de sua promulgação, hipótese em que a autoridade deverá decidir de acordo com princípios extraídos do ordenamento jurídico; c) quando a lei prevê determinada competência, mas não estabelece a conduta a ser adotada; exemplos dessa hipótese encontram-se em matéria de poder de polícia, em que é impossível à lei traçar todas as condutas possíveis diante de lesão ou ameaça de lesão à vida, à segurança pública, à saúde”.<sup>71</sup> Vale apenas ressaltar, com relação ao momento de existência da discricionariedade, que com relação à sua aplicação, esta fica ao encargo do Administrador, escolhendo o que lhe pareça mais adequado para atingir determinado fim.

Ainda sobre o tema, vale trazer o pensamento diametralmente oposto de Miguel Sánchez Morón, estabelecendo diferenças entre os conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade. Para ele, o fato é que nem sempre é possível verificar se realmente há uma única solução justa para cada aplicação da norma e integração do conceito ao caso concreto<sup>72</sup>, pois que prevalecendo a teoria de uma única solução justa, esta idéia teria que ser apoiada em um conceito transcendental de Justiça e de verdade, no qual não haveria problemas em os juízes resolverem essas dúvidas sob os seus próprios discernimentos e crenças, na medida em que deveria haver uma unicidade universal a respeito dos conceitos indeterminados. Entretanto, admite Sánchez Móron a possibilidade de a Administração escolher entre diversas interpretações lícitas, excluindo a tese de uma única solução justa.<sup>73</sup>

---

<sup>71</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito Administrativo. 20ª Edição. São Paulo: Ed. Atlas, 2007. Pá. 197-198.

<sup>72</sup> SÁNCHEZ MÓRON, Miguel. Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial. Madrid: Ed. Tecnos, 1994.

<sup>73</sup> No mesmo sentido parece-nos o pensamento de Karl Engisch, segundo o qual “discricionariedade, note-se, neste sentido: no sentido de que, no domínio da administração ou no da jurisdição, a convicção

Como se verifica, o assunto acima realmente causa debates, tanto na doutrina estrangeira como na doutrina pátria. Podemos citar, por exemplo, Eros Roberto Grau, para quem só existem atos discricionários se a norma jurídica conceder ao Administrador juízos de oportunidade e conveniência, sem o que os conceitos jurídicos indeterminados obrigatoriamente deverão ser submetidos a um processo interpretativo, no qual somente haverá uma única solução.<sup>74</sup>

Contudo, pode ocorrer de o conceito ser fluido, admitindo sim juízos diferentes, sem que um deles tenha efetivamente de ser tido como incorreto. Podem ser igualmente razoáveis. Tanto que admite Celso Antonio Bandeira de Mello que os efeitos de direito são ou podem ser idênticos, na medida em que no momento em que o administrador vá aplicar a regra ao caso concreto, apreenda o significado do conceito indeterminado dentro da significação contextual que a comporte ou decida conforme juízos de oportunidade e conveniência – desde que devidamente fundamentado -.<sup>75</sup> Para este autor, nenhuma diferença existe entre estas análises, na medida em que o Administrador teria agido dentro de esfera legítima que a lei lhe permite, seja por julgar que tal ou qual comportamento era o mais conveniente ou por, simplesmente, ter se mantido dentro dos limites da razoabilidade.<sup>76</sup>

---

pessoal (particularmente, a valoração) de quem quer que seja chamado a decidir, é elemento decisivo para determinar qual das várias alternativas que se oferecem como possíveis dentro de certo espaço de jogo será havida como sendo a melhor e a justa. É problema da hermenêutica jurídica indagar onde e com que latitude tal discricionariedade existe. E no plano terminológico, assim como metodologicamente, convém reconhecer uma posição particular, em confronto com os conceitos indeterminados e com os conceitos normativos, a um conceito de discricionariedade assim entendido". ENGISCH, Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. Tradução de João Baptista Machado. 8ª Edição. Lisboa: Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. Pág. 228.

<sup>74</sup> GRAU, Eros Roberto. O Direito Posto e o Direito Pressuposto. São Paulo: Ed. Malheiros, 2002. Pág. 202-204.

<sup>75</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Discricionariedade e Controle Jurisdicional. 2ª Edição. 5ª Tiragem. São Paulo: Ed. Malheiros, 2005. Pág. 23.

<sup>76</sup> Sobre o assunto, não se pode deixar de anotar o pensamento de José dos Santos Carvalho Filho, afirmando que "nunca se considerou que a Administração pudesse mesmo manifestar sua vontade livremente diante de conceitos indeterminados, daí resultando o aparecimento de institutos que têm por objetivo enfrentar tal tipo de comportamento administrativo, do que são exemplos o desvio de finalidade e o princípio da razoabilidade. Da mesma forma, não parece oferecer contorno de precisão a conclusão segundo a qual os conceitos indeterminados só admitem duas formas de interpretação (*tertium non datur*): ou há boa-fé, ou não há: ou há utilidade pública, ou não há. Realmente,

Neste diapasão, novamente somos obrigados a concordar com Sérgio Guerra, quando o mesmo afirma que “parece ser acertada a corrente doutrinária que admite mais de uma solução justa na integração dos conceitos jurídicos indeterminados. Isto porque a solução justa somente poderá existir num plano da filosofia pura, não se sustentando diante de todos os casos concretos. Assim sendo, se apóia o pensamento de que os conceitos jurídicos indeterminados se inserem no conceito da teoria da discricionariedade administrativa”.<sup>77</sup>

### 3.1.3) O controle de ato discricionário

Passada a questão de que os conceitos jurídicos indeterminados se inserem na teoria da discricionariedade, passa a ser importante analisar o mérito do ato administrativo, de modo a se perquirir sobre a possibilidade do controle judicial sobre ele.

Sobre o tema, desde logo impende verificar o pensamento de Lucia Valle Figueiredo, para quem “a discricionariedade como foi descrita, deve provir da valoração do intérprete dentro de critérios de razoabilidade e da principiologia do ordenamento. E pode ser controlada pelo Judiciário. Admitimos o amplo controle, como se verá no tópico seguinte. Aliás, doutrina e jurisprudência o estão a admitir, esbarrando, entretanto, no chamado *mérito* do ato administrativo. Esta é a palavra da qual nos afastamos, pois *mérito*, como vinha sendo entendido, como tinha trânsito normal, e ainda parcialmente tem,

---

ultrapassado todo o processo de interpretação para o fim de aplicação do conceito, só se poderá chegar a uma dessas duas conclusões antagônicas. O problema não é a conclusão final, mas sim o processo de interpretação que conduz à conclusão final. Nele terá o intérprete que valer-se, ainda que de modo mais limitado do que teria na discricionariedade, de algum juízo valorativo para saber se a realidade concreta se subsume, ou não, na zona de incerteza do conceito”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 17ª Edição. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2004. Pág. 31.

<sup>77</sup> GUERRA, Sérgio. Controle Judicial dos Atos Regulatórios. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2005. Pág. 184.

constitui-se na conveniência e oportunidade do ato, porém, consideradas insuscetíveis de controle, de aferição, pelo Poder Judiciário”.<sup>78</sup>

Em que pese o pensamento exposto acima, temos que seguir analisando esta questão do mérito do ato administrativo, que em geral se relaciona somente com os atos administrativos discricionários, já que nos atos vinculados fica o administrador limitado a proceder exatamente de acordo com a norma jurídica.

De início, não se pode deixar de trazer os ensinamentos de Miguel Seabra Fagundes, para quem o mérito do ato está diretamente ligado ao sentido político do ato executivo, pois é o seu sentido que atende ao interesse público e o ajusta aos interesses privados, que não pode ser relegado<sup>79</sup>.

Concluindo, Seabra Fagundes afirma que tendo o mérito um sentido político, é de atribuição exclusiva do Poder Executivo e que penetrando nele o Judiciário estaria violando o princípio da separação dos poderes e a independência entre eles.

Acerca do posicionamento de Seabra Fagundes, quer nos parecer que tal idéia pode ser complementada, na medida em que a concepção do mérito acabaria por identificar não apenas o seu sentido político, mas revelando mais, ou seja, a noção de oportunidade e conveniência, através da sua motivação e fundamentação, desde que não extrapole os limites da legalidade.<sup>80</sup>

---

<sup>78</sup> FIGUEIREDO, Lucia Valle. Curso de Direito Administrativo. 2ª Edição. São Paulo: Ed. Malheiros, 1995. Pág. 128.

<sup>79</sup> FAGUNDES, Miguel Seabra. O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário. 7ª Edição. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2006. Pág. 180.

<sup>80</sup> Ainda que não concorde com a palavra mérito, parece que também a professora Lucia Valle Figueiredo concorda com o pensamento de Seabra Fagundes, tanto que chega a afirmar “é claro que não irá o Judiciário verificar, por exemplo, se a estrada X deverá passar pelo traçado *a* ou *b*. Entretanto, poderá dizer o Judiciário – isto, sim – se aquela declaração de utilidade pública está nos termos da lei e

Já José dos Santos Carvalho Filho conceitua mérito administrativo da seguinte forma: “pode-se, então, considerar mérito administrativo a avaliação da conveniência e da oportunidade relativas ao motivo e ao objeto, inspiradoras da prática do ato administrativo”.<sup>81</sup>

E Odete Medauar esclarece que “o mérito expressa o juízo de conveniência e oportunidade de um ato ou decisão da autoridade administrativa à qual se atribuiu competência discricionária; o contraponto entre os aspectos de legalidade e mérito dos atos e decisões administrativas aparece, sobretudo, no tema do controle jurisdicional da Administração, ao se discutir o alcance deste controle”.<sup>82</sup>

Importante registrar, ainda, a observação de Maria Sylvania Zanella Di Pietro, elucidando que “o ato discricionário deve ser analisado sob o aspecto da legalidade e do mérito: o primeiro diz respeito à conformidade do ato com a lei e o segundo diz respeito à oportunidade e conveniência diante do interesse público a atingir”. E conclui afirmando que “o mérito é o aspecto do ato administrativo relativo à conveniência e oportunidade; só existe nos atos discricionários”.<sup>83</sup>

---

se não há manifesta irrazoabilidade.” FIGUEIREDO, Lucia Valle. Curso de Direito Administrativo. 2ª Edição. São Paulo: Ed. Malheiros, 1995. Pág. 129.

<sup>81</sup> Anota ainda o renomado Professor que “realmente é assim que se passa no poder discricionário. Em sua valoração dos elementos mobilizadores de sua decisão, o administrador poderá entender que certo ato seria conveniente, mas inoportuno por não ser o momento apropriado para sua prática. De outro lado, poderá concluir que o ato seria oportuno, mas inconveniente em virtude dos efeitos que dele poderiam advir. Desse modo, não andam sempre juntas a conveniência e a oportunidade. Mas para que a opção feita pelo administrador seja realmente a melhor será necessário que ambos os fatores estejam presentes ao momento da definição do caminho. Essa valoração é que constitui o que muitos especialistas denominam de mérito administrativo por traduzir certa carga de subjetividade do administrador no processo de escolha. A expressão é clássica e tem conteúdo de linhas claras, embora se possa perceber ultimamente alguma deformação em seu sentido”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 17ª Edição. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2004. Pág. 23.

<sup>82</sup> MEDAUAR, Odete. Parâmetros de Controle da Discricionariedade. *In* Discricionariedade Administrativa. (coordenação de Emerson Garcia) Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2005. Pág. 80.

<sup>83</sup> PIETRO, Maria Sylvania Zanella Di. Direito Administrativo. 20ª Edição. São Paulo: Ed. Atlas, 2007. Pág. 201-202.

Pelas linhas de raciocínio colacionadas, podemos verificar que mérito administrativo é indissociável da competência discricionária, pois para haver discricionariedade pressupõe-se a existência de um mérito administrativo.

Conforme já explanado anteriormente, é impossível ao legislador prever todas as situações que possam vir a ocorrer, sendo, portanto, impossível utilizar em todas as normas, conceitos precisos que possibilitem uma única interpretação para cada caso concreto.

Tanto que se cada vez que a Administração precisasse tomar uma decisão tivesse que ficar, ponto por ponto, vinculada aos termos legais, ficaria o administrador extremamente engessado de tal sorte que não poderia agir no momento exato e adequado.

Porém, deve a função discricionária se pautar nos limites da norma jurídica, estando a sua margem de liberdade discricionária delineada pela lei, caso contrário, estaríamos falando de arbitrariedade, o que não se admite em sede de um Estado Democrático de Direito.

Vale notar que a política nacional atualmente, em virtude de todos os avanços tecnológicos, sociais e afins, se põe em prática mediante a edição de normas de caráter geral, o que acaba por atribuir ao Administrador uma função discricionária.

Sobre esta maleabilidade do Direito Administrativo Econômico, Sérgio Guerra traz à lume os ensinamentos de André de Laubadère no qual “assevera que este se manifesta, justamente, na relativa imprecisão das suas regras e,



por conseqüência, na extensão da liberdade de apreciação que consente à administração. Vale dizer, na extensão daquilo que se chama em Direito Administrativo o poder discricionário desta última. Para o Autor, esta imprecisão voluntária explica-se facilmente pela dificuldade que o Direito experimenta em apreender os fenômenos econômicos e dominá-los, fato este que não impede que a regulamentação econômica seja abundante em todas as matérias”.<sup>84</sup>

Mas esta ação discricionária não está ligada apenas à obediência ao princípio da legalidade, existindo outros limites importantes a serem demonstrados.

A ação discricionária deve obedecer também aos demais princípios de direito público e, especialmente, aos princípios relativos ao direito administrativo, tais como igualdade jurídica, boa-fé, proporcionalidade, moralidade administrativa, eficiência, motivação idônea, dentre tantos outros.

Ou seja, o interesse público que é o fim maior do ato administrativo, deve estar plenamente satisfeito para que o motivo, que integra os fatos ao direito, possa ser valorado. Desta forma, discricionariedade e conveniência podem ser consideradas apenas requisitos mínimos do ato discricionário.

Forçoso é concluir que se o administrador não atende à finalidade do ato administrativo no uso do seu poder discricionário, ou seja, não busca atender ao interesse público, ele está exorbitando do poder que a lei lhe conferiu

---

<sup>84</sup> GUERRA, Sérgio. Controle Judicial dos Atos Regulatórios. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2005. Pág. 215-216.

Porém, nos deparamos aqui com um problema, qual seja, conceitos como interesse público, finalidade, moralidade, razoabilidade e proporcionalidade são conceitos indeterminados. Desta forma, o exercício da discricionariedade deve se dar de forma ponderada, em estrita observância aos limites aqui impostos, para que o Administrador possa sempre optar pela melhor maneira de satisfazer ao interesse público.

A título de exemplificação, há de mencionar que Odete Medauar assevera que “o princípio da moralidade, sem dúvida, representa uma redução na esfera livre do poder discricionário”<sup>85</sup>, trazendo, portanto, mais uma limitação ao agir discricionário.

Também José dos Santos Carvalho Filho entende que a discricionariedade deve conter limites, para não esbarrarmos em arbitrariedade. Vejamos: “quanto aos limites do poder discricionário em si, não é errôneo assinalar que é a lei que os contém. Algumas vezes a lei apontará limites expressos, indicando as opções que o administrador não pode fazer. Em outras ocasiões, a lei não menciona expressamente, mas nela sempre haverá limites implícitos, ou seja, aqueles que não podem ser descumpridos pelo administrador a pretexto de estar exercendo sua competência discricionária”.<sup>86</sup>

E continua o autor: “um dos aspectos mais importante no que tange à identificação dos limites da discricionariedade reside na aplicação do princípio da razoabilidade. Por meio desse princípio é que se pode verificar a congruência entre as razões (ou justificativas) e os fins dos atos administrativos. A incongruência entre ambos indica que ou aquelas ou estes

---

<sup>85</sup> MEDAUAR, Odete. Parâmetros de Controle da Discricionariedade. *In* Discricionariedade Administrativa. (coordenação de Emerson Garcia) Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2005. Pág. 84.

<sup>86</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 17ª Edição. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2004. Pág. 25.

contêm equívoco administrativo, hipótese que caracterizará abuso do poder discricionário, sujeito a controle administrativo ou judicial”.<sup>87</sup>

Lucia Valle Figueiredo afirma que “é por meio da motivação que será possível verificar-se a razoabilidade, congruência lógica entre o ato emanado e seu motivo (pressuposto de fato), a boa-fé da Administração etc”.<sup>88</sup>

Destarte, uma vez ultrapassados os limites acima elencados ou as funções que foram outorgadas ao Administrador, pode-se concluir que haverá aí vício de finalidade. E havendo vício de finalidade, demonstrado através de prova irrefutável, fica permitido o controle judicial do ato viciado, devendo ser decretada a sua anulação, uma vez que eivado de vício de morte.

As normas que conferem poder discricionário ao administrador público o fazem para que este busque sempre a satisfação do interesse público. Portanto, se há distorção da discricionariedade de que é detentor o agente, haverá vício de finalidade, uma vez que agiu o administrador com base em interesse próprio e não em busca do interesse público.<sup>89</sup>

Destarte, de tudo o que foi exposto e das decisões judiciais colacionadas, o que se verifica é que o ato discricionário possui limites sim e os Tribunais vêm controlando a discricionariedade, através de argumento como adequação aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

---

<sup>87</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 17ª Edição. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2004. Pág. 25.

<sup>88</sup> FIGUEIREDO, Lucia Valle. Curso de Direito Administrativo. 2ª Edição. São Paulo: Ed. Malheiros, 1995. Pág. 136.

<sup>89</sup> Sobre este assunto, bem verifica Sergio Guerra que “o que vicia o ato, inquinando-o de desvio de poder, é o fim privado, isto é, a vontade distorcida do agente público que deixa de ser administrador para tornar-se *dominus*, praticando ato com finalidade absolutamente incompatível com o espírito de objetividade e imparcialidade que deve nortear os atos do agente público”. GUERRA, Sérgio. Controle Judicial dos Atos Regulatórios. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2005. Pág. 231.

### 3.2) Superação da discricionariedade pela regulação

Do tópico anterior, verificou-se ser possível o controle do ato discricionário, em que pese alguns entendimentos no sentido de que não pode o Poder Judiciário rever o mérito do ato discricionário. O fato, como visto, é que o Judiciário efetivamente controla o ato discricionário. Dessa forma, o ponto principal aqui é verificarmos se pode o Poder Judiciário efetuar o mesmo controle com relação aos atos regulatórios e a sua diferença para os atos discricionários, passando pela questão da existência ou não de discricionariedade técnica e se isto já está superado.

É fato que uma das principais características da atividade reguladora é a grande quantidade de normas técnicas, que usualmente se referem a conceitos eminentemente científicos e, por vezes, até indeterminados. No entanto, no exercício desta atividade podem as Agências Reguladoras esbarrar em situações que possam exigir a adoção de medidas urgentes que podem ser fundamentadas em critérios técnicos mas, também, contemplar uma margem de liberdade, oportunidade e conveniência. Tanto que alguns autores acreditam haver discricionariedade técnica nestes atos regulatórios, pois teriam estes atos de integrar termos fluidos e técnicos previstos nas normas que estão vinculados.<sup>90</sup>

---

<sup>90</sup> Sobre o tema, já teve o Professor José dos Santos Carvalho Filho a oportunidade de se manifestar da seguinte forma: “Nessa função de administrar, de tão significativa carga de densidade, alojam-se atividades de perfil eminentemente técnico – aquelas que dependem de conhecimentos especiais para seu desempenho e de profissionais com real aptidão para desenvolvê-las. O problema que surge nesse aspecto envolve a disciplina jurídica que deve regular a atividade técnica, pois que, decerto, se a função administrativa tem por alvo o exercício de atividade eminentemente técnica, necessário será que se implante um conjunto de normas jurídicas que tenham o escopo de regular tal atividade. Com o grande desenvolvimento do setor tecnológico, algumas atividades técnicas atingiram alto grau de complexidade, tornando cada vez mais difícil membros do Poder Legislativo instituir as normas reguladoras de semelhantes atividades. A dificuldade, aliás, não se cinge apenas à tarefa de criação normativa, mas, ao contrário, alcança a própria necessidade de acompanhar as alterações exigidas pela normatização já instituída, alterações essas que frequentemente se sucedem com incrível celeridade. O dilema surgido desses aspectos próprios da modernidade exigiu que o Estado tivesse que escolher a melhor estratégia para enfrentar o problema das atividades técnicas: ou continuaria exclusivamente o

Outra questão que surge é se contaria a discricionariedade técnica com o elemento oportunidade, na medida em que deveria ser limitada esta discricionariedade àqueles atos em que a aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados requeressem um juízo de um fato concreto, na medida e intensidade que este ocorresse. Ou seja, a discricionariedade técnica outorgaria ao Administrador um poder relativamente diverso daquele outorgado pela discricionariedade administrativa pura, não havendo, neste caso, apreciação de interesse público concreto. Admitindo isso, não seria demais pensar que o agente regulador não deve pensar em interesse público, valorando apenas uma questão técnica em contraponto a outra.

Ou poderia, ainda, se pensar que esta discricionariedade técnica se insere na teoria já mencionada dos conceitos jurídicos indeterminados, que precisam ser interpretados e integrados de acordo com critérios técnicos.

Sob este enfoque, teríamos uma distinção entre discricionariedade técnica e administrativa pura, pois esta elegeria uma alternativa dentre várias para atender ao interesse público, enquanto a outra se utilizaria de critérios técnicos para integrar um conceito jurídico indeterminado. Ou seja, a discricionariedade administrativa comportaria juízos de valor e vontade, enquanto a discricionariedade técnica comportaria apenas juízos de valor. Quer

---

Legislativo com a tarefa de disciplinar tais atividades, ou seria imperioso delegar à Administração alguma parcela da função normativa, a ser executada em nível de complementariedade. Entre o vácuo normativo e a normatização com carga de complementação e especificação ficou o Estado com esta última alternativa. Como a função normativa sempre permite àquele que a exerce certo grau de liberdade quanto às normas a serem introduzidas no direito positivo, o que usualmente envolve a opção por uma dentre várias estratégias legítimas, e em virtude de ser aquela função desempenhada pelo administrador, em caráter de complementariedade, tem sido tal tipo de atuação administrativa denominada de discricionariedade técnica, ressaltada mormente pela doutrina italiana". Ob.cit. pág. 33-34. Apenas para complementar, importante se faz registrar que o autor admite completamente a existência da discricionariedade técnica, ao afirmar que "em virtude do aspecto técnico de que se reveste a atividade do ente regulador, haverá atividade não vinculada com suporte na natureza técnica da função. Inafastável, pois, o processo de escolha deferido ao ente administrativo". CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 17ª Edição. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2004. Pág. 36.

dizer, não haveria aqui margem para liberdade de escolha, já que a decisão seria vinculada a regras e critérios, graduando qual critério se aplica melhor ao caso concreto. Não sairia da seara da tecnicidade, razão pela qual não há juízo de vontade, ou seja, oportunidade.

Por este pensamento, pode ser verificado que realmente não há discricionariedade técnica em um ato regulatório, na medida em que não se pode falar de juízo de oportunidade e conveniência, essenciais aos atos discricionários. O fato, é que entendemos que esta é uma questão que merece ser superada.

Estas possibilidades de pensamentos foram mostradas, apenas para demonstrar a dificuldade da doutrina em chegar a um consenso sobre a questão, coisa que ainda não ocorreu e parece que não irá ocorrer tão cedo. Parece também ter sido essa a conclusão a que chegou Sergio Guerra ao aceitar que o tema admite uma série de ilações e pensamentos.<sup>91</sup>

Isto demonstra ainda mais a necessidade de superar esta questão, até porque se classificar o ato regulatório como discricionário ou não, em nada auxilia na questão referente ao controle judicial.

---

<sup>91</sup> Afirma este autor que “não restou detectada na presente investigação uma uniformidade de linhas de pensamento acerca do tema em comento, entre nós e alhures. Constatam-se entendimentos no sentido de haver discricionariedade técnica em determinados atos administrativos, haja vista a existência de uma margem de discricção e subjetividade na eleição de uma solução para o caso concreto, dentre outras auferidas segundo critérios técnicos. De acordo com essa concepção, existe discricionariedade técnica quando os critérios técnicos são suficientes para alcançar a única solução correta para o caso. Essa linha de pensamento está em consonância com a tese que enquadra a questão da discricionariedade técnica na teoria dos conceitos jurídicos indeterminados, e que considera que a aplicação dos conceitos que remetem a critérios de experiência técnica não admite, como qualquer outro conceito jurídico indeterminado, mais de uma solução justa diante do caso concreto. Verifica-se, ainda, que há entendimentos de que a discricionariedade técnica está vinculada aos interesses públicos, enquanto outros vislumbram essa espécie de discricionariedade apenas nos atos com repercussões administrativas internas. Sob outro ponto de vista, a teoria da discricionariedade técnica não deve ser admitida, sustentando-se a existência de uma discricionariedade intermediária entre a pura e a técnica. Ademais, constata-se posições no sentido de que há uma diferença entre discricionariedade técnica própria e imprópria sem uma precisa identificação dessa antinomia.” GUERRA, Sérgio. Controle Judicial dos Atos Regulatórios. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2005. Pág. 206-207.

É necessário dar um passo adiante nesta questão, pois há algum tempo já se vem notando que o mundo está mudando, e o ordenamento jurídico deve mudar juntamente com ele. Hoje vivemos em mundo plural, relativizado, multicultural. É absolutamente inviável pensar-se em sistemas fechados de valores, para quaisquer dos ramos da sociedade. A democracia se expande velozmente e com ela a complexidade dos fatos sociais. Não é por outro motivo que o ordenamento jurídico reclama normas voltadas para estas sociedades, plurais e multiculturais. O Direito precisa interagir com os outros ramos da sociedade, principalmente com a Economia. É o que se pode denominar de pós-modernidade.

É nesse cenário que se apresenta o desafio do Direito Administrativo Moderno, posto que a mutação social geradora de fatos sociais mais complexos em virtude dos rápidos avanços tecnológicos e técnicos em todas as áreas, conduz a uma conclusão simples, a de que o Direito deve dar respostas rápidas à estes eventos.

Desta forma, dada a tecnicidade que é apresentada à sociedade brasileira, impõe-se uma crítica acerca dos institutos que revelam as escolhas administrativas, porque notaremos que houve uma transformação radical da atividade administrativa, que se distancia do domínio da discricionariedade para se aproximar do universo da técnica. Esta crítica, pode-se afirmar, tem o condão inclusive de conter os excessos cometidos contra os direitos fundamentais. Não se quer defender aqui o surgimento de uma tecnocracia, ao contrário, mas estimular o estudo de uma metodologia própria para manter as garantias advindas do Estado Democrático de Direito. Trata-se de legitimar a incursão do Poder Executivo nas escolhas regulatórias, haja vista que o Poder Legislativo não possui, hoje, condições de dar respostas efetivas aos reclamos da sociedade, levando-se em consideração a necessidade de velocidade no campo da elaboração normativa.

O Brasil adotou um modelo de intervenção reguladora menos abrangente, optando por um estado de equilíbrio e de regularidade no funcionamento dos subsistemas regulados, mediante a adoção de normas elaboradas com alto grau de tecnicidade e complexidade, a serem observadas em determinado comportamento ou situação, de modo a afetar minimamente os direitos fundamentais dos cidadãos. Ultrapassa-se aqui da questão voltada unicamente à eficiência. A regulação possui um postulado próprio, alcançar a maior satisfação do interesse público com o menor sacrifício de outros interesses constitucionalmente protegidos, visando, ainda, o menor dispêndio de recursos públicos.

A escolha regulatória fundamenta-se, portanto, na atuação do Estado sobre decisões e atuações empresariais de forma adequada, necessária e proporcional, com fundamentos técnicos e científicos. Ou seja, visa a regulação ao atendimento do interesse público, sopesando, no entanto, o impacto dessas decisões no subsistema regulado com os interesses do segmento da sociedade, considerando, ainda, até mesmo eventuais interesses individuais.

Pode-se aferir daqui alguns princípios norteadores da atuação regulatória: (i) a concepção da tecnicidade na escolhas regulatórias, sem que isto represente a incursão de uma tecnocracia no ordenamento; (ii) a especialização dos ramos do direito em subsistemas com pluralidade de fontes, verificando-se onde começa e termina cada uma delas à luz do princípio da separação dos poderes; (iii) a ambivalência que aspira o sopesamento de valores e princípios.

Verifica-se que há uma incompatibilidade instalada na atualidade, entre a discricionariedade e a atuação estatal, haja vista que um determinado aspecto do conjunto social tende a produzir reflexo em outro segmento. Temos



que a escolha regulatória descentralizada, hoje, tem mais condições de enfrentar os desafios da reflexividade na vida social. As práticas sociais, empresariais e afins, são constantemente modificadas por informações novas que continuam a surgir, as alterando. Exatamente por isto, deve o Estado conter os excessos que podem ser perpetrados por agentes que detêm o poder econômico, fazendo valer os princípios constitucionais.

O fato é que se hoje estamos em busca de credibilidade e estabilidade, parece ser a escolha regulatória descentralizada o melhor meio de obtê-las, isto porque passa-se a vinculação de capacidade decisória sobre critérios técnicos a entidades descentralizadas, mostrando que a regulação deixa de ser assunto de Governo para ser tratada como prioridade de Estado.<sup>92</sup>

O atual modelo de Estado é propício à escolha regulatória e deve buscar um planejamento preventivo, já que não mais se aceita a idéia de que o Poder Legislativo domine todas as informações indispensáveis sobre as variáveis mercadológicas a serem normatizadas. É importante também o fomento das atividades reguladas, para que persigam bases sólidas, que levem, inclusive, à proteção dos próprios subsistemas, diante das pressões dos interesses sociais e empresariais. Portanto, conclusivo é que a regulação está mais próximo de oferecer segurança aos direitos fundamentais, ponderando-os com outros interesses que igualmente devem ser protegidos, visando a longevidade dos subsistema regulado, bem como a melhoria dos serviços prestados.

O breve raciocínio introdutório foi feito para demonstrar que mais uma vez deve o direito administrativo dar respostas a questões que a ele são submetidas, com a rapidez e eficiência que dele se espera. Tais pensamentos

---

<sup>92</sup> Refere Sergio Guerra que “a importância da escolha regulatória foi detectada na conformação da garantia de equilíbrio de um subsistema, por meio de mecanismos para sua efetividade com vistas ao ajuste das oscilações econômicas, ainda que possam parecer surpreendentes por suas características inovadoras em relação ao passado”. GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade e Reflexividade, uma Nova Teoria sobre as Escolhas Administrativas*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2008. Pág. 120.

apenas demonstram que está na hora de ir adiante e largar velhos dogmas que não mais conseguem dar respaldo à complexidade fática social. Não cabe mais o pensamento lacônico sobre a existência de uma discricionariedade técnica, apenas para tentarmos limitar a atuação do Poder Judiciário sobre determinados atos, sabendo que o Judiciário de fato o faz sob o manto de princípios como razoabilidade e proporcionalidade. Necessário demonstrar que não mais estamos diante de conceitos fluidos e de questões de conveniência e oportunidade. O mundo mudou e o direito precisa mudar com ele.

Por tais razões é que impende colacionar aqui a proposição trazida recentemente por Sérgio Guerra, no seguinte sentido: “com efeito, e após examinar a doutrina local e alienígena, pode-se verificar que, em linhas gerais, não existem correntes doutrinárias que polarizem a denominada *discricionariedade técnica*; vale dizer, não restou detectada uma uniformidade de linha de pensamento acerca do tema em comento. Constatam-se entendimentos no sentido de haver *discricionariedade técnica* em determinados atos administrativos, haja vista a existência de uma margem de discricionariedade e subjetividade na eleição de uma solução para o caso concreto, dentre outras auferidas segundo critérios técnicos. De acordo com essa concepção, existe *discricionariedade técnica* quando os critérios técnicos são suficientes para alcançar a única solução correta para o caso. Verifica-se, ainda, que há entendimentos de que a *discricionariedade técnica* está vinculada aos interesses públicos, enquanto outros vislumbram essa espécie de discricionariedade apenas nos atos com repercussões administrativas internas. Sob outro ponto de vista, sustenta-se a idéia de que a teoria da *discricionariedade técnica* não deve ser admitida, sustentando-se a existência de uma discricionariedade intermediária entre a pura e a técnica. Ademais, constatam-se posições no sentido de que há uma diferença entre *discricionariedade técnica* própria e imprópria sem uma precisa identificação dessa antinomia. Como se vê, o tema admite uma série de digressões, entretanto, tem-se que a natureza e a dimensão da denominada *discricionariedade técnica* variam de país para país, e, mesmo naqueles que a adotam, ela permanece obscura. Para uns, trata-se de um poder livre, para

outros, de um poder vinculado, mas que não é suscetível de ser controlado pelos tribunais administrativos; para outros, trata-se de um poder vinculado que deve ser, ainda que não integralmente, controlado judicialmente, para outros ainda, sua natureza varia de caso para caso. Conclui-se que o termo *discricionari edade técnica* visa apenas a uma tentativa de limitação do controle jurisdicional, no sentido de evitar que as escolhas técnicas da administração não sejam substituídas pelas opções técnicas realizadas pelo juiz. A crítica, portanto, à tentativa de solucionar a *crise* da discricionari edade administrativa por meio da *discricionari edade técnica* começa na ausência, no atual ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, de qualquer instituto juridicamente aplicável à segunda como uma pseudo-espécie da discricionari edade administrativa que possa atender a uma fórmula que isole valores e questões políticas dos aspectos técnicos, supostamente despersonalizados e, portanto, mais legítimos que os outros. O Poder Executivo não goza de uma função discricionária estritamente técnica na expedição de seus atos, e sim, nos casos em que se aplica, uma discricionari edade administrativa pura”.<sup>93</sup>

Apesar de longa a citação acima, ela se justifica para demonstrar que não cabe mais falar em discricionari edade técnica com relação aos atos regulatórios. É preciso modificar este pensamento e tentar dar um passo seguinte, repensando a questão. O que hoje nos mostra o direito é que é necessário trazer novas propostas que dêem solução à questão. E uma delas pode ser a “reflexividade administrativa”<sup>94</sup>, que não se limita a rebatizar a discricionari edade, ao contrário, trata-se de uma nova denominação que pretende deslocar a discricionari edade administrativa do eixo de atuação do regulador público.

---

<sup>93</sup> GUERRA, Sérgio. *Discricionari edade e Reflexividade, uma Nova Teoria sobre as Escolhas Administrativas*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2008. Pág. 173-175.

<sup>94</sup> Trata-se da tese de doutorado de Sergio Guerra, publicada sob o título “Discricionari edade e reflexividade, uma nova teoria sobre as escolhas administrativas”, pela Ed. Fórum.

Não se trata de mera reflexão a ser feita pelo regulador, não é isso !!! Trata-se de nova fórmula que pretende viabilizar a escolha regulatória, conformando a capacidade de o administrador público pensar a situação concreta para estabilizar o subsistema e minimizar a insegurança.

Por meio de uma “clausura auto-referencial” deve o regulador deixar de fazer suas escolhas com base naquilo que entendia ser conveniente e oportuno, para fazê-las de acordo com critérios técnicos e científicos, por meio de interpretação analítica e empírica. Mas o que se põe à prova realmente aqui, é o fato de que para ter eficácia, os atos regulatórios devem buscar permear a fronteira do sistema jurídico e econômico, posto que o agente econômico age de modo a alcançar os objetivos do subsistema social econômico não pelos ditames legais, ou seja, o cumprimento ou não de normas jurídicas se enquadram apenas na relação custo-benefício. Portanto, podem existir atos contrários ao Direito que sejam admitidos e até mesmo se imponham em determinado caso concreto. Pode haver, então, uma contradição entre o que se afigura verdadeiro sob o ponto de vista jurídico e a realidade efetiva, segundo critérios econômicos, que justifiquem adequadamente tal ou qual decisão.

O que se deve ter em mente é que, de fato, a hipercomplexidade da sociedade contemporânea a impede de ser regulada apenas por critérios normativos tradicionais. O direito administrativo econômico deve perseguir uma atuação pública por meio da escolha regulatória reflexiva.

Esta nova fórmula pretende controlar melhor e tornar possível a prevenção de riscos e a mediação de interesses visando a um planejamento dos limites entre os subsistemas. Importante que a prevenção seja base da *reflexividade administrativa* para contenção dos riscos a que está submetida a

sociedade. Igualmente, a mediação deve ser a outra ponta da estrutura da *reflexividade administrativa*.<sup>95</sup>

Outrossim, tem-se que a tecnicização das escolhas regulatórias reduz o âmbito da discricionariedade, produzindo maior regularidade e previsibilidade nos subsistemas regulados.

Por meio desse mecanismo de estruturação das escolhas regulatórias, resta mais evidente que se pode buscar um ambiente de maior segurança jurídica plural, com demonstração de maturidade política e respeitabilidade, tanto interna quanto externa, o que acabará por gerar, inclusive, uma maior procura dos investidores nacionais e estrangeiros.

### 3.2.1) O ato regulatório

---

<sup>95</sup> Sergio Guerra estrutura a *reflexividade administrativa* nos seguintes termos:

“ (i) a *reflexividade* corresponde à fórmula que dá base à atuação das entidades descentralizadas e independentes da Administração Pública na regulação de atividades econômicas (escolha regulatória), que surge quando sua atividade está autorizada, de forma geral e abstrata, em lei;

(ii) a *reflexividade* não se sustenta na oportunidade e conveniência de agir do administrador público – deve-se basear na situação concreta, em si mesma, de forma cíclica, para estabilizar o subsistema e minimizar a insegurança jurídica;

(iii) por meio de *reflexividade* deve-se buscar a prevenção de riscos sistêmicos que possam comprometer os direitos dos envolvidos e, prospectivamente, o equilíbrio do subsistema regulado;

(iv) a fórmula da *reflexividade administrativa* deve servir de base para a busca e concretização da mediação dos interesses ambivalentes identificados pela Administração Pública, por agentes regulados (e seus representantes) e pela sociedade em geral, priorizando-se a participação dos interessados na decisão final;

(v) mediante a *reflexividade administrativa* as experiências técnicas e científicas, as práticas inovadoras e pesquisas, os dados empíricos e estudos que trabalhem com custos e benefícios devem ser permanentemente acompanhados, avaliados, apropriados, renovados e disponibilizados pela Administração Pública com vistas ao estabelecimento de uma certa “previsibilidade do curso dos acontecimentos”;

(vi) o regulador, sempre que comprovada a necessidade de reequilíbrio do subsistema regulado com as informações colhidas, disponibilizadas e debatidas com a sociedade e, notadamente, com os afetados pela escolha – por meio da permeabilização das fronteiras dos sistemas jurídico e econômico -, deverá promover os ajustamentos devidos, correspondendo esta conformação ao mérito da escolha regulatória.” GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade e Reflexividade, uma Nova Teoria sobre as Escolhas Administrativas*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2008. Pág. 236-237.

Antes de passarmos à discussão do controle do ato regulatório, importante uma breve análise. O ato regulatório é um ato administrativo típico e deve observar os mesmos requisitos para sua expedição, quais sejam: competência, forma, finalidade, motivo e conteúdo; conforme já mencionado em capítulo anterior.

O ato regulatório, como todo ato administrativo, pode adquirir, transferir, resguardar, modificar ou extinguir direitos. Ele se inicia com um processo regulatório, que passará pela participação popular, mediante consulta pública, para manifestação de todos os interesses envolvidos (consumidor, Poder Público e fornecedor). Este processo finaliza com uma decisão colegiada, que se traduzirá em um ato regulatório, geralmente uma resolução.

Um dos pontos mais importante neste processo, é o referente à motivação que acaba por justificar a medida do ato regulatório. É o primeiro critério de diferenciação entre a reflexividade e a arbitrariedade, posto que o que não é motivado, pode ser considerado arbitrário.

Ademais, o ato regulatório deve ser resultado de uma interpretação prospectiva, ou seja, para o futuro, ponderando custos, benefício e impactos de sua adoção no subsistema afetado.

Uma motivação idônea do ato regulatório deve interceder com os interesses plurais da sociedade, podendo ser destacado aí os interesses e garantias fundamentais.

Vale notar que as Agências Reguladoras estão assentadas em três pilares fundamentais, quais sejam: a função reguladora, a independência e o princípio da participação.

A função normativa, da qual nasce o ato regulatório, não se confunde com a tradicional função regulamentar inerente à Administração Pública, pois à esta incumbe a fiel execução da lei, sendo vedado inovar no ordenamento jurídico, posto que não podem criar obrigações ou impor comportamentos aos administrados, além dos que já tenham sido previstos por lei. O ato regulatório se distingue do ato regulamento, na medida em que é essencialmente técnico e atende a interesses setoriais, ao passo que o outro é político e atende a interesses gerais. Além disso, a regulação é um conceito eminentemente econômico, que se expressa no princípio do planejamento.

Outrossim, trata-se de uma delegação legítima do Poder Legislativo, posto que pautada em motivação técnica e científica, que torna a escolha a mais adequada ou a única adequada à situação concreta.

A função normativa conferida à Agência Reguladora é o que lhe torna peculiar, distinguindo-a dos demais órgãos da Administração Pública. Retirar isto das Agências Reguladoras seria o mesmo que retirar a sua essência.

Sobre a função normativa das Agências Reguladoras, vale trazer os ensinamentos de Alexandra da Silva Amaral, para quem “a função normativa da agência reguladora é apenas técnica e direcionada ao setor regulado, o que implica na edição de normas por agentes especializados. Mas, primordialmente, a edição de tais normas deverá observar a necessária participação de toda a sociedade e do próprio setor regulado. Com isso, o que se quer evitar é a instauração de um sistema puramente tecnocrático, que a pretexto de atingir a máxima racionalização, acabaria por anular o próprio homem e seus direitos de liberdade, idéia incompatível com o novo estágio evolutivo do Direito Administrativo, que acompanhando os avanços

metodológicos, possui um caráter valorativo, o que implica na necessidade de justificação das decisões públicas, reveladora dos valores que a inspiram.”<sup>96</sup>

Vale explicitar que o princípio da participação insere-se na metodologia jurídica contemporânea, que inaugura um novo estágio evolutivo, pautado na necessidade de motivação, revelando a preocupação com os valores jurídicos reinantes. E mais, os princípios assumem função primordial no ordenamento jurídico pátrio, permitindo maior fluidez, que não mais se adéqua a um modelo estático e hermético.

### **3.2.2) O controle de ato regulatório**

Por fim, resta então perquirirmos acerca do controle judicial aos atos regulatórios e o seu alcance, verificando se o ato regulatório que define a forma de aplicação da carência nos casos de urgência e/ou emergência deve ou não sofrer o alcance do controle judicial.

Logo de início, cabe trazer os esclarecimentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, para quem “com relação aos atos vinculados, não existe restrição, pois, sendo todos os elementos definidos em lei, caberá ao Judiciário examinar, em todos os seus aspectos, a conformidade do ato com a lei, para decretar a sua nulidade se reconhecer que essa conformidade inexistiu. Com relação aos atos discricionários, o controle judicial é possível, mas terá que respeitar a discricionariedade administrativa nos limites em que ela é assegurada à Administração Pública pela lei”.<sup>97</sup>

---

<sup>96</sup> AMARAL, Alexandra da Silva. Princípios estruturantes das agências reguladoras e os mecanismos de controle. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2008. Pág. 45.

<sup>97</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito Administrativo. 20ª Edição. São Paulo: Ed. Atlas, 2007. Pág. 202.



Em contraponto ao pensamento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, não podemos deixar de registrar o pensamento de Karl Engisch, por toda a sua contribuição à ciência do Direito. Dizia o Autor que “na realidade das coisas, dado como pressuposto que existe um poder discricionário, seremos forçados a aceitar que aquilo que em todo o caso tem de ser reconhecido como defensável, deve valer como caindo no espaço de manobra do poder discricionário e, nessa medida, deve valer como correcto (e - permita-se-me o atrevimento de mais este excuro: - não deve ficar sujeito a reexame por outra instância, pelo menos quando esta não esteja em contacto tão estreito com o caso concreto e não seja essencialmente mais perita na matéria que a instância detentora do poder discricionário, mas apenas, na melhor das hipóteses, se julgue mais sabia que esta)”.<sup>98</sup>

Em que pese o pensamento exposto acima e o fato de termos superado esta questão da discricionariedade, mesmo na seara dos atos regulatórios pode o Judiciário verificar os aspectos inerentes à legalidade e, ainda, se a Administração não ultrapassou os limites deixados pela lei e invadiu o campo da legalidade.

Entretanto, desde logo cabe repetir a afirmação feita no capítulo anterior, de que não cabe ao magistrado substituir os valores morais do administrador pelos seus valores. Nesta hipótese, haveria uma distorção do instituto, pois um controle que visa coibir arbitrariedade, estaria sendo usado exatamente para cometer outra arbitrariedade.<sup>99</sup>

---

<sup>98</sup> ENGISCH, Karl. Introdução do Pensamento Jurídico. Tradução de João Baptista Machado. 8ª Edição. Lisboa: Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. Pág. 251.

<sup>99</sup> Leia-se o pensamento de Di Pietro, “essa tendência que se observa na doutrina, de ampliar o alcance da apreciação do Poder Judiciário, não implica invasão na discricionariedade administrativa; o que se procura é colocar essa discricionariedade em seus devidos limites, para distingui-la da interpretação (apreciação que leva a uma única solução, sem interferência da vontade do intérprete) e impedir as arbitrariedades que a Administração Pública pratica sob o pretexto de agir discricionariamente”. PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito Administrativo. 20ª Edição. São Paulo: Ed. Atlas, 2007. Pág. 204.

Também dessa forma se manifestou José dos Santos Carvalho Filho, ao assinalar que “a função da lei – e, pois, do princípio da legalidade – é tão relevante que a inexistência nela de determinados parâmetros ou a sua inobservância pelo administrador acarreta indiscutível arbitrariedade, situação de todo propícia à ofensa de direitos e garantias dos administrados. Seria a ausência de mecanismos de proteção para os administrados contra ilegalidades administrativas”.<sup>100101</sup>

Sobre o alcance do controle judicial, Odete Medauar fez publicar artigo lapidar, ensinando que “os fatores acima apontados, que não exaurem todo o cenário, vão acarretar conseqüências na modelagem clássica do controle jurisdicional sobre a Administração Pública, para, sobretudo, alargar a esfera deste controle, estreitando as fronteiras da discricionariedade. Mas a questão do alcance do controle jurisdicional suscita vivas controvérsias, expostas nesta sede de modo sintético. Há uma tendência favorável ao alcance restrito do controle jurisdicional da Administração, para que se limite somente à legalidade, entendida esta de maneira estrita, no sentido de atuação pautada na Constituição e na lei. Alguns argumentos justificam, de regra, tal orientação. A separação de poderes vem invocada para de afirmar a impossibilidade de ingerência jurisdicional em atividade típica do Poder Executivo; ao Judiciário caberia o âmbito da legalidade estrita. Menciona-se também que os integrantes dos órgãos jurisdicionais não detêm mandato eletivo, daí faltar-lhes legitimidade para apreciar aspectos relativos ao interesse público. Assim, no controle jurisdicional da Administração Pública seriam apreciados somente os aspectos relativos à competência, forma, e licitude do objeto. Tratando-se de ato de governo, escaparia ao controle”.

---

<sup>100</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 17ª Edição. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2004. Pág. 25.

<sup>101</sup> Por fim, cumpre assinalar que também este autor defende a existência de um controle sobre os atos discricionários, senão vejamos: “o controle judicial de legalidade exercido pelo Poder Judiciário tem revelado que, em alguns casos, é inteiramente possível arregimentar elementos que, analisados de forma conjunta, possam levar à convicção de uso indevido da discricionariedade. Esta, como enseja juízo subjetivo com certo grau de densidade, deverá ser investigada na forma e no conteúdo, até porque a solécia de alguns agentes indicam que o vício está no próprio conteúdo ideológico da lei e, portanto, não é visível de imediato. Se tal ocorrer, a nulidade deve ser decretada”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 17ª Edição. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2004. Pág. 42

E segue a autora, esclarecendo que "outra vertente defende um controle amplo. Este se justifica, em primeiro lugar, na própria separação de poderes: se o poder deve deter o poder, é da lógica desta divisão o controle da Administração, sem que se possa cogitar de ingerência indevida. Para isso os ordenamentos, seja no sistema de jurisdição uma, seja no sistema de jurisdição dupla, garantem a independência dos juízes".

Ao final de sua exposição, conclui Odete Medauar que: "no Brasil, se antes da Constituição de 1988 se notava clara tendência na doutrina e na jurisprudência no sentido da ampliação do controle jurisdicional da Administração, essa tendência vem se acentuando ao longo da sua aplicação. E não poderia ser diferente, pois o Texto de 1988 está impregnado de um espírito geral de priorização de direitos e garantias ante o Poder Público. Uma das decorrências desse espírito encontra-se na indicação de mais parâmetros para a atividade, mesmo discricionária, da Administração, tais como os princípios da moralidade, da impessoalidade, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa". Portanto, "o controle jurisdicional não pode realizar-se alheio a estes fatores e alheio a desmandos dos agentes públicos".<sup>102</sup>

Verificado, então, que é imposto a qualquer órgão ou ente público o controle de todas as suas atividades e atos, com o uso de instrumentos tradicionalmente empregados para conter os excessos perpetrados pelos Poderes Executivo e Legislativo. Porém, fica a indagação, esses controles tradicionais se aplicam, da mesma forma e intensidade, às Agências Reguladoras ?

---

<sup>102</sup> MEDAUAR, Odete. Parâmetros de Controle da Discricionariedade. *In* Discricionariedade Administrativa. (coordenação de Emerson Garcia) Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2005. Pág. 85-89.

Na verdade, a motivação do questionamento reside no fato de que as Agências Reguladoras são dotadas de independência, que se traduz pela autonomia, em razão do mandato conferido aos seus dirigentes e pela possibilidade de obtenção própria de recursos financeiros.

Releva notar que a Agência Reguladora, apesar de seu regime autárquico especial, está vinculada a um Ministério, portanto, cumpre esclarecer, desde logo, que não é a Agência Reguladora um ente soberano, afastado do controle pertinente.

Não apenas isso, imperioso verificar que não existe limitação formal ao controle externo.<sup>103</sup>

Ainda, com relação ao controle judicial, a Constituição Federal de 1988 determina que nenhuma questão foge à apreciação do Poder Judiciário. Entretanto, pode o Judiciário rever ou modificar atos regulatórios, como os definidos no tópico anterior e alterar políticas públicas?

---

<sup>103</sup> Sobre o assunto, interessante trazer o exemplo citado por Lucia Valle Figueiredo: “diante da Lei da Ação Popular (Lei 4.717, de 29.6.65), verifica-se, claramente, que a afirmação de impossibilidade de controle residia muito mais em arraigado preconceito do que em decorrência de qualquer imposição normativa. Deveras, o art. 1º da mencionada lei afirma: *Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal...* Por seu turno, o art. 2º, ainda daquela lei, texto legal a conceituar os denominados elementos do ato administrativo, declara serem nulos os atos praticados com vício de competência, de forma, ilegalidade do objeto, inexistência de motivos e desvio de finalidade. Ademais, o art. 3º, também da mesma lei, afirma, peremptoriamente: *Os atos lesivos ao patrimônio das pessoas de direito público ou privado, ou das entidades mencionadas no art. 1º, cujos vícios não se compreendam nas especificações do artigo anterior, serão anuláveis, segundo as prescrições legais, enquanto compatíveis com a natureza deles.* Ora, o conceito de lesividade, conceito pragmático ou indeterminado, só poderá ser aferível, no caso concreto, mediante exame amplo do ato emanado, envolvendo também o comumente denominado de mérito. Se o Judiciário deve conhecer qualquer lesão a direito, *ipso facto*, é o Judiciário titulado a dizer quando a conduta administrativa quedou-se dentro da moldura legal, não a desbordando.” FIGUEIREDO, Lucia Valle. Curso de Direito Administrativo. 2ª Edição. São Paulo: Ed. Malheiros, 1995. Pág. 133.

A resposta nos parece deve passar pela negação, uma vez que não incumbe ao Poder Judiciário fazer políticas públicas. Ademais, atos discricionários que envolvam matéria técnica do âmbito das Agências Reguladoras também não poderiam ser revistos.

Várias são as situações que ressaltam a alta complexidade e tecnicidade, que dependem de criteriosa análise econômica dos custos e benefícios dos interesses envolvidos, que são normatizadas por atos regulatórios. Desde logo, já se pode afirmar que para estes atos, o controle judicial dessas escolhas regulatórias – sob a fórmula da *reflexividade administrativa* - não pode seguir as mesmas premissas adotadas para o controle das escolhas discricionárias.

Se por um lado o controle judicial não pode inviabilizar o serviço regulado – que acaba por prejudicar a todos -, por outro não pode deixar desprotegidos os indivíduos e a sociedade em geral. Isto por si só já demonstra a complexidade da questão, bem como a sua importância.

É lúdica a preocupação e o incentivo para que haja uma maior participação do Judiciário na sindicância das escolhas administrativas, de modo a evitar excessos e arbitrariedade que possam ser cometidas pelo administrador, principalmente sob o manto da discricionariedade. Entretanto, também há a preocupação do exercício desse controle judicial levar ao risco de o magistrado acabar por usurpar competência que não lhe pertence, principalmente em questões que digam respeito a situações técnicas, que levaram em conta a mediação de interesses e ponderação de dados econômicos e relação custo-benefício, em verdadeiro processo *reflexivo*.

Ao modificar uma escolha administrativa de caráter geral, vinculada ou discricionária, para apreciar suposto direito individual ou coletivo, esta decisão,

via de regra, afetará apenas aos indivíduos envolvidos na questão, não passando os seus efeitos a serem sentidos pela sociedade. Contudo, ao realizar tal modificação em uma escolha regulatória reflexiva, esta decisão tenderá a produzir impactos em mais de um segmento, regulado ou não, afetando direitos individuais, posto que alterou escolha que levava em consideração determinados critérios técnicos necessários ao atingimento do objetivo ou interesse de um setor regulado, que visava a implantação de medida com o menor impacto setorial e aplicada da forma mais eficiente possível. Uma decisão deste cunho, pode danificar a harmonia do subsistema regulado.<sup>104</sup>

O que se verifica é que os parâmetros de controle judicial para as escolhas discricionárias são insuficientes para avaliar a ponderação de valores e interesses envolvidos, que se dá por meio de critérios técnicos, através do processo reflexivo.

Ao exercer o controle judicial, deve o magistrado se utilizar do princípio da deferência, para respeitar e aceitar a escolha feita pelo administrador, principalmente quando se está em sede de regulação, que usa de critérios técnicos e reflexivos para resolução da situação. O Judiciário deve acatar tais atos, exercendo o controle somente quando houver erro manifesto exteriorizado no ato controlado, posto que o regulador goza de liberdade técnica de escolha que, no entanto, não é absoluta. Portanto, deverá o magistrado invalidar o ato quando demonstrado que ele não resiste aos critérios de razoabilidade, moralidade e eficiência.

Sobre o tema, assim se manifestou Sergio Guerra: "nas escolhas regulatórias, não mais baseadas em oportunidade e conveniência, em que

---

<sup>104</sup> Asseverou Sergio Guerra que "a confrontação de razões do regulador com as razões do Tribunais não se desenvolve em um plano de igualdade; isto é, não é simétrica". GUERRA, Sérgio. Discricionariedade e Reflexividade, uma Nova Teoria sobre as Escolhas Administrativas. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2008. Pág. 243.

suscitem dúvidas acerca da decisão ideal adotada, sempre comportará análise dos precedentes regulatórios de acordo com mecanismos que tragam previsibilidade técnica; contudo, desde que cumprida corretamente toda a procedimentalização necessária, notadamente a apresentação da motivação regulatória, a escolha técnica não deve ser alterada pelo Poder Judiciário. A escolha regulatória corresponderá a um encaminhamento decorrente das próprias condições originárias do subsistema regulado, confrontado pelo regulador. Em outras palavras, espelhará uma ponderação de interesses diretamente vinculados à circularidade ocorrida na clausura auto-referencial do subsistema, mediante análise de custos e benefícios a serem alocados, de forma prospectiva, na sociedade.”<sup>105</sup>

Outro ponto que se verifica importante, é o fato de que ao anular um ato regulatório, não deve o Judiciário simplesmente decidir como será resolvida a questão, ou seja, substituir o ato pelos seus pensamentos e ideais, ao contrário. Deve deixar a questão em branco, devolvendo-a ao órgão regulador para que, segundo critérios de razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, eficiência e reflexividade, faça nova escolha, devidamente motivada.

Diante desse quadro apresentado, verifica-se que o Poder Judiciário precisa compreender e conviver com a nova realidade regulatória, compreendendo a proposta da reflexividade e entendendo os seus efeitos prospectivos no subsistema regulado.

Quer nos parecer que não apenas o Superior Tribunal de Justiça mas também os demais Tribunais ao proferirem as decisões mencionadas no capítulo anterior, acabaram por interferir em ato regulatório, na medida em que invalidaram cláusulas contratuais que determinavam o cumprimento de período de carência, na forma estipulada pelo órgão regulador.

---

<sup>105</sup> GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade e Reflexividade, uma Nova Teoria sobre as Escolhas Administrativas*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2008. Pág. 247-248.

Em realidade, muitas das vezes, estas cláusulas contratuais representam mera cópia do texto legal e, ainda, dos textos infra-legais, quais sejam, as resoluções dos órgãos reguladores.

Ora, se o cumprimento de carência está legalmente previsto e a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS por meio de Resolução entende que deve, ela sim, temperar a forma de aplicação do cumprimento deste período de carência, atendendo à disposição legal – qual seja, o parágrafo único do art. 35-C da Lei 9.656/98 – não cabe ao Judiciário interferir em ato regulatório do órgão regulador.



## CONCLUSÃO

À guisa de conclusão, se verifica que a carência se traduz em elemento essencial à formação do contrato de plano de saúde, principalmente naquilo que diz respeito ao equilíbrio econômico-atuarial do mesmo. Ora, o risco é inerente à atividade securitária, como tal a de plano de saúde, tendo em vista que visa custear despesas médicas e/ou hospitalares ocorridas com eventos futuros e incertos.

Dessa forma, os cálculos atuariais são elaborados levando sempre em consideração a formação de uma reserva entre todos os clientes da operadora de plano de saúde, que seja suficiente para garantir os riscos futuros. Nesta visão, a carência se mostra fundamental para formação desta reserva.

A carência é elemento que, como visto, se justifica economicamente e foi neste cenário que o regulador adotou um temperamento à norma, editando, dentro de sua competência, ato regulatório que de forma alguma limita direitos do consumidor. Em realidade, tal ato apenas esclarece a forma de cobertura, para garantir ao cliente um atendimento do qual ele não tinha direito.

No caso específico das normas reguladoras que tratam dos atendimentos aos clientes que ainda estão cumprindo prazos de carência, temos que ainda que não houvesse regra expressa sobre a matéria, ainda

assim o Código de Defesa do Consumidor não poderia prevalecer sobre a Resolução da ANS.

Explica-se: o que ocorre em tais situações é, na verdade, que se uma Resolução de um determinado grupo ou setor normativo advém de uma lei, será esta e não a Resolução que estará colidindo com a lei do outro grupo de normas, podendo até mesmo derogá-la se for posterior. E é este o pensamento que deve ser levado em consideração aqui, na medida em que a Resolução da ANS que trate da matéria, estará sempre amparada por expressa determinação contida na Lei 9.656/98, mais especificamente em seu art. 35-C, bem como nas disposições constantes da Lei 9.961/00, que criou a ANS. Sob esse prisma, verifica-se que sequer pode ser admitido que o Código de Defesa do Consumidor possua hierarquia axiológica superior às demais normas, como é o caso da Lei 9.656/98.

Vale lembrar que o Código de Defesa do Consumidor, como lei ordinária que é, possui hierarquia de lei ordinária, por mais relevante que seja a matéria nele tratada. Neste diapasão, basta lembrarmos de institutos jurídicos tão relevantes quanto, como por exemplo o mandado de segurança e o habeas corpus, ambos instituídos por leis ordinárias.

Ademais, se o plano de saúde soubesse que não poderia fazer cumprir períodos de carências para os clientes novos, provavelmente teria estabelecido um valor básico da mensalidade maior do que os que efetivamente são comercializados.

Porém, isto geraria um novo problema e criaria um círculo vicioso, posto que se os preços forem maiores do que os que são praticados, inúmeras serão as pessoas que não terão condições de pagar por um plano de saúde. Consequentemente, maior será o número de pessoas que estarão entregues à

saúde prestada pelo Estado, ou seja, o SUS – Sistema Único de Saúde. E consequentemente maior será o gasto governamental com a saúde, que hoje já se encontra falida e em estado de precário atendimento à população.

Importante, também, ter a noção de que no tratamento desta matéria fique claro que não é viável se tratar do interesse de um consumidor individualmente considerado, mas sim – e talvez com maior intensidade – o interesse da coletividade que se aproveita dos contratos de planos de saúde. É de se levar em consideração, portanto, a manutenção do sistema privado da saúde suplementar, assim como o direito fundamental da livre iniciativa privada, de propriedade e de proteção ao ato jurídico perfeito.

Note-se, ainda, que diante de uma legislação setorial específica, não pode o Judiciário optar por outra espécie de ponderação, contrária à já feita com razoabilidade e decidida pelo legislador, ainda mais desconsiderando ou menosprezando os demais valores envolvidos, quanto menos poderá fazê-lo com base em um conceito indeterminado de abusividade constante de uma lei geral, como o Código de Defesa do Consumidor.

Deve, portanto, o julgador respeitar as decisões tomadas pela autoridade reguladora competente. É o chamado “princípio da deferência” do Judiciário aos atos da Administração Pública. Ou seja, o Judiciário ao receber demandas em que sejam questionados atos emanados das agências reguladoras, tem ele um dever de deferência de fazer respeitar o ato administrativo praticado pela autoridade reguladora competente para tanto, desde que praticado no legítimo exercício de suas competências e em obediência aos princípios regedores da Administração Pública.

Então, de acordo com este “princípio da deferência” só há sindicabilidade pelo Judiciário diante de opções ou interpretações desprovidas

de razoabilidade. Entre várias opções ou interpretações razoáveis, plausíveis, deverá ser respeitada a dada pela Administração Pública, posto que a ela foi quem a lei conferiu primariamente a competência para decisão.

O fato é que a instabilidade das relações econômicas, a complexidade dos interesses envolvidos e a tecnicidade da matéria justificam a ampla discricionariedade da Administração Pública, principalmente reguladora, na seara econômica. Além disso, o órgão administrativo regulador certamente está melhor preparado e instruído tecnicamente para enfrentar a questão.

Mas, em que pese o ato regulatório e toda esta questão econômica, a jurisprudência vem entendendo pelo controle efetivo deste ato, declarando-o, em algumas oportunidades, ilegal, para anular a cláusula contratual que estipula prazos de carência, mesmo para eventos de natureza emergencial, em estrita obediência ao ato regulatório.

No entanto, o ato regulatório não pode ser revisto da forma que vem sendo, sendo esta a crítica que se faz a atuação do Judiciário nesta questão, pois que não se trata de mero ato discricionário, ao contrário.

O ato regulatório não é ato discricionário, pois que não adota providências de oportunidade e conveniência, ao contrário, é técnico, resultado de ponderação e mediação de interesses. Não é ato singular, é derivado de um colegiado e decorre de um processo regulatório, com a participação da sociedade, mediando interesses dos consumidores, fornecedores e até do Poder Público.

Tudo isto é levado para o contrato, fazendo com que a intervenção judicial seja descabida, pois repita-se, o contrato se baseia em ato não

discricionário e decorrente de um processo regulatório, com metodologia própria.

Como visto, em geral os contratos representam mera cópia dos atos regulatórios. Não se nega aqui que os contratos devem respeitar a sua função social, bem como devem ser providos de boa-fé objetiva por parte das operadoras de planos de saúde. Contudo, em sendo cópia dos atos regulatórios e obedecendo aos ditames do Código de Defesa do Consumidor, no que diz respeito ao destaque das cláusulas limitativas de direito, não podem estas cláusulas ser anuladas pelo Poder Judiciário.

Também o juiz não pode se substituir ao regulador, às partes, ao contrato e, principalmente, ao processo regulatório, de cunho reflexivo, para formar regra nova, regra essa que reflete a economia contratual e a norma regulatória.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Alexandra da Silva. **Princípios Estruturantes das Agências Reguladoras e os Mecanismos de Controle**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O Princípio da Eficiência**. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 4, nov/dez 2005, jan 2006. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: maio de 2007.

\_\_\_\_\_. *Coordenação*. **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

\_\_\_\_\_. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_ **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **A Nova Interpretação Constitucional, Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_ **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** Tradução de Regina Lyra. 3ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BROSSARD, Paulo. **Defesa do Consumidor – Atividade do Ministério Público – Incursão em Operações Bancárias e Quebra de Sigilo – Impossibilidade de Interferência.** Revista dos Tribunais, ano 84, agosto de 1995, vol. 718, pág. 89.

CANARIUS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito.** Tradução de Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. **O Poder Normativo das Agências Reguladoras.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 17ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. **Processo Administrativo e Controle da Atividade Regulatória**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

CUÉLLAR, Leila. **As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo**. São Paulo: Dialética, 2001.

CUNHA, Paulo Cesar Melo da. **Regulação Jurídica da Saúde Suplementar no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CURY, Leda Tatiana. **Direito Fundamental à Saúde**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Tradução de João Baptista Machado. 8ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

FUX, Luiz. **Tutela de Urgência e Plano de Saúde**. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2000.



GALDINO, Flavio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005

GARCIA, Emerson (coordenador). **Discricionariedade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_ **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 11<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GUERRA, Sérgio. **Controle Judicial dos Atos Regulatórios**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005

\_\_\_\_\_ **Introdução ao Direito das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

\_\_\_\_\_ **Discricionariedade e Reflexividade: Uma Nova Teoria Sobre as Escolhas Administrativas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. Tradução de Armindo Ribeiro Mendes. 3<sup>a</sup> ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da Filosofia do Direito**. Tradução de Orlando Vitorino. 1ª ed. 3ª Tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

KATAOKA, Eduardo Takemi. **A Coligação Contratual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luis Carlos Borges. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_ **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. 5ª Tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução de José Lamego. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINS, João Marcos Brito. **Dicionário de Seguros, Previdência Privada e Capitalização**. São Paulo: Forense Universitária, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_ **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2ª ed. 5ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_ **Elementos de Direito Administrativo**. 2ª ed. 2ª Tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MODESTO, Paulo. **Notas para um Debate sobre o Princípio Constitucional da Eficiência**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº 2, maio, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: maio de 2007.

MONCADA, Luís S. Cabral de. **Direito Económico**. Coimbra: Coimbra Editora. 1986.

MONTONE, Januário. **Planos de Saúde: Passado e Futuro**. Rio de Janeiro: Medbook, 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

\_\_\_\_\_. **Direito Regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: o Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2007.

PALASÍ, José Luis Villar e EZCURRA, José Luis Villar. **Princípios de Derecho Administrativo**. Volume I. 4ª ed. Madrid: Servicio de Publicaciones de La Facultad de Derecho – Universidad Complutense de Madrid, 1999.

PESSOA, Robertônio Santos. **Princípio da Eficiência e Controle dos Atos Discricionários**. Jus Navigandi, Teresina, ano 3, nº 35, out. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=342>>. Acesso em 22 de agosto de 2007.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. **A Teoria do “Desvio de Poder” em Direito Administrativo**. Revista de Direito Administrativo. Nº 6. Pág. 41-78. Rio de Janeiro, 1946.

RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1981.

SANTOS, Antonio Jeová. **Função Social do Contrato**. 2ª ed. São Paulo: Método, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_ **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SÉGUIN, Elida. **Plano de Saúde**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, Joseane Suzart Lopes da. **Planos de Saúde e Boa-Fé Objetiva**. Salvador: Jus Podivm, 2008.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

VIZEU, Leonardo. **Curso de Direito de Saúde Suplementar: Manual Jurídico de Planos e Seguros de Saúde**. São Paulo: MP, 2006.

WILLEMANN, Flavio de Araújo. **Responsabilidade Civil das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

## **ANEXOS**

**LEI Nº 9.656, DE 03 DE JUNHO DE 1998.**

**MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.177- 44, DE 24 DE AGOSTO DE 2001.**

Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde.

**O PRESIDENTE DA REPÚBLICA** Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Submetem-se às disposições desta Lei as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade, adotando-se, para fins de aplicação das normas aqui estabelecidas, as seguintes definições:

I – Plano Privado de Assistência à Saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência

à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor;

II – Operadora de Plano de Assistência à Saúde: pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de que trata o inciso I deste artigo;

III – Carteira: o conjunto de contratos de cobertura de custos assistenciais ou de serviços de assistência à saúde em qualquer das modalidades de que tratam o inciso I e o § 1º deste artigo, com todos os direitos e obrigações nele contidos.

§ 1º Está subordinada às normas e à fiscalização da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS qualquer modalidade de produto, serviço e contrato que apresente, além da garantia de cobertura financeira de riscos de assistência médica, hospitalar e odontológica, outras características que o diferencie de atividade exclusivamente financeira, tais como:

- a) custeio de despesas;
- b) oferecimento de rede credenciada ou referenciada;
- c) reembolso de despesas;
- d) mecanismos de regulação;
- e) qualquer restrição contratual, técnica ou operacional para a cobertura de procedimentos solicitados por prestador escolhido pelo consumidor; e
- f) vinculação de cobertura financeira à aplicação de conceitos ou critérios médico-assistenciais.

§ 2º Incluem-se na abrangência desta Lei as cooperativas que operem os produtos de que tratam o inciso I e o § 1º deste artigo, bem assim as entidades ou empresas que mantêm sistemas de assistência à saúde, pela modalidade de autogestão ou de administração.

§ 3º As pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no exterior podem constituir ou participar do capital, ou do aumento do capital, de pessoas jurídicas de direito privado constituídas sob as leis brasileiras para operar planos de assistência à saúde.

§ 4º É vedada às pessoas físicas a operação dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º deste artigo.

**Art. 2º. Revogado**

**Art. 3º. Revogado**

**Art. 4º. Revogado**

**Art. 5º. Revogado**

**Art. 6º. Revogado**

**Art. 7º. Revogado**

Art. 8º Para obter a autorização de funcionamento, as operadoras de planos privados de assistência à saúde devem satisfazer os seguintes requisitos, independentemente de outros que venham a ser determinados pela ANS:

I – registro nos Conselhos Regionais de Medicina e Odontologia, conforme o caso, em cumprimento ao disposto no art. 1º da Lei nº 6.839, de 30 de outubro de 1980;

II – descrição pormenorizada dos serviços de saúde próprios oferecidos e daqueles a serem prestados por terceiros;

III – descrição de suas instalações e equipamentos destinados a prestação de serviços;



IV – especificação dos recursos humanos qualificados e habilitados, com responsabilidade técnica de acordo com as leis que regem a matéria;

V – demonstração da capacidade de atendimento em razão dos serviços a serem prestados;

VI – demonstração da viabilidade econômico-financeira dos planos privados de assistência à saúde oferecidos, respeitadas as peculiaridades operacionais de cada uma das respectivas operadoras;

VII – especificação da área geográfica coberta pelo plano privado de assistência à saúde.

§ 1º São dispensadas do cumprimento das condições estabelecidas nos incisos VI e VII deste artigo as entidades ou empresas que mantêm sistemas de assistência privada à saúde na modalidade de autogestão, citadas no § 2º do art. 1º.

§ 2º A autorização de funcionamento será cancelada caso a operadora não comercialize os produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, no prazo máximo de cento e oitenta dias a contar do seu registro na ANS.

§ 3º As operadoras privadas de assistência à saúde poderão voluntariamente requerer autorização para encerramento de suas atividades, observando os seguintes requisitos, independentemente de outros que venham a ser determinados pela ANS:

a) comprovação da transferência da carteira sem prejuízo para o consumidor, ou a inexistência de beneficiários sob sua responsabilidade;

b) garantia da continuidade da prestação de serviços dos beneficiários internados ou em tratamento;

c) comprovação da quitação de suas obrigações com os prestadores de serviço no âmbito da operação de planos privados de assistência à saúde;

d) informação prévia à ANS, aos beneficiários e aos prestadores de serviço contratados, credenciados ou referenciados, na forma e nos prazos a serem definidos pela ANS.

Art. 9º Após decorridos cento e vinte dias de vigência desta Lei, para as operadoras, e duzentos e quarenta dias, para as administradoras de planos de assistência à saúde, e até que sejam definidas pela ANS, as normas gerais de registro, as pessoas jurídicas que operam os produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, e observado o que dispõe o art. 19, só poderão comercializar estes produtos se:

I - as operadoras e administradoras estiverem provisoriamente cadastradas na ANS; e

II - os produtos a serem comercializados estiverem registrados na ANS.

§ 1º O descumprimento das formalidades previstas neste artigo, além de configurar infração, constitui agravante na aplicação de penalidades por infração das demais normas previstas nesta Lei.

§ 2º A ANS poderá solicitar informações, determinar alterações e promover a suspensão do todo ou de parte das condições dos planos apresentados.

§ 3º A autorização de comercialização será cancelada caso a operadora não comercialize os planos ou os produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, no prazo máximo de cento e oitenta dias a contar do seu registro na ANS.

§ 4º A ANS poderá determinar a suspensão temporária da comercialização de plano ou produto caso identifique qualquer irregularidade contratual, econômico-financeira ou assistencial.

Art. 10. É instituído o plano-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermagem, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação

hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei, exceto:

I - tratamento clínico ou cirúrgico experimental;

II - procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, bem como órteses e próteses para o mesmo fim;

III - inseminação artificial;

IV - tratamento de rejuvenescimento ou de emagrecimento com finalidade estética;

V - fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados;

VI - fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar;

VII - fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico;

#### **VIII – Revogado**

IX - tratamentos ilícitos ou antiéticos, assim definidos sob o aspecto médico, ou não reconhecidos pelas autoridades competentes;

X - casos de cataclismos, guerras e comoções internas, quando declarados pela autoridade competente.

§ 1º As exceções constantes dos incisos deste artigo serão objeto de regulamentação pela ANS.

§ 2º As pessoas jurídicas que comercializam produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei oferecerão, obrigatoriamente, a partir de 3 de dezembro de 1999, o plano-referência de que trata este artigo a todos os seus atuais e futuros consumidores.

§ 3º Excluem-se da obrigatoriedade a que se refere o § 2º deste artigo as pessoas jurídicas que mantêm sistemas de assistência à saúde pela modalidade de autogestão e as pessoas jurídicas que operem exclusivamente planos odontológicos.

§ 4º A amplitude das coberturas, inclusive de transplantes e de procedimentos de alta complexidade, será definida por normas editadas pela ANS.

Art. 10-A. Cabe às operadoras definidas nos incisos I e II do § 1º do art. 1º desta Lei, por meio de sua rede de unidades conveniadas, prestar serviço de cirurgia plástica reconstrutiva de mama, utilizando-se de todos os meios e técnicas necessárias, para o tratamento de mutilação decorrente de utilização de técnica de tratamento de câncer. (Artigo incluído pela Lei nº 10.223, de 15.5.2001)

Art. 11. É vedada a exclusão de cobertura às doenças e lesões preexistentes à data de contratação dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei após vinte e quatro meses de vigência do aludido instrumento contratual, cabendo à respectiva operadora o ônus da prova e da demonstração do conhecimento prévio do consumidor ou beneficiário.

Parágrafo único. É vedada a suspensão da assistência à saúde do consumidor ou beneficiário, titular ou dependente, até a prova de que trata o **caput**, na forma da regulamentação a ser editada pela ANS.

Art. 12. São facultadas a oferta, a contratação e a vigência dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, nas segmentações previstas nos incisos I a IV deste artigo, respeitadas as respectivas amplitudes de cobertura definidas no plano-referência de que trata o art. 10, segundo as seguintes exigências mínimas:

I - quando incluir atendimento ambulatorial:

a) cobertura de consultas médicas, em número ilimitado, em clínicas básicas e especializadas, reconhecidas pelo Conselho Federal de Medicina;

b) cobertura de serviços de apoio diagnóstico, tratamentos e demais procedimentos ambulatoriais, solicitados pelo médico assistente;

II - quando incluir internação hospitalar:

a) cobertura de internações hospitalares, vedada a limitação de prazo, valor máximo e quantidade, em clínicas básicas e especializadas, reconhecidas pelo Conselho Federal de Medicina, admitindo-se a exclusão dos procedimentos obstétricos;

b) cobertura de internações hospitalares em centro de terapia intensiva, ou similar, vedada a limitação de prazo, valor máximo e quantidade, a critério do médico assistente;

c) cobertura de despesas referentes a honorários médicos, serviços gerais de enfermagem e alimentação;

d) cobertura de exames complementares indispensáveis para o controle da evolução da doença e elucidação diagnóstica, fornecimento de medicamentos, anestésicos, gases medicinais, transfusões e sessões de quimioterapia e radioterapia, conforme prescrição do médico assistente, realizados ou ministrados durante o período de internação hospitalar;

e) cobertura de toda e qualquer taxa, incluindo materiais utilizados, assim como da remoção do paciente, comprovadamente necessária, para outro estabelecimento hospitalar, dentro dos limites de abrangência geográfica previstos no contrato, em território brasileiro; e

f) cobertura de despesas de acompanhante, no caso de pacientes menores de dezoito anos;

III - quando incluir atendimento obstétrico:

a) cobertura assistencial ao recém-nascido, filho natural ou adotivo do consumidor, ou de seu dependente, durante os primeiros trinta dias após o parto;

b) inscrição assegurada ao recém-nascido, filho natural ou adotivo do consumidor, como dependente, isento do cumprimento dos períodos de carência, desde que a inscrição ocorra no prazo máximo de trinta dias do nascimento ou da adoção;

IV - quando incluir atendimento odontológico:

a) cobertura de consultas e exames auxiliares ou complementares, solicitados pelo odontólogo assistente;

b) cobertura de procedimentos preventivos, de dentística e endodontia;

c) cobertura de cirurgias orais menores, assim consideradas as realizadas em ambiente ambulatorial e sem anestesia geral;

V - quando fixar períodos de carência:

a) prazo máximo de trezentos dias para partos a termo;

b) prazo máximo de cento e oitenta dias para os demais casos;

c) prazo máximo de vinte e quatro horas para a cobertura dos casos de urgência e emergência;

VI - reembolso, em todos os tipos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, nos limites das obrigações contratuais, das despesas efetuadas pelo beneficiário com assistência à saúde, em casos de urgência ou emergência, quando não for possível a utilização dos serviços próprios, contratados, credenciados ou referenciados pelas operadoras, de acordo com a relação de preços de serviços médicos e hospitalares praticados pelo respectivo produto, pagáveis no prazo máximo de trinta dias após a entrega da documentação adequada;

VII - inscrição de filho adotivo, menor de doze anos de idade, aproveitando os períodos de carência já cumpridos pelo consumidor adotante.

§ 1º Após cento e vinte dias da vigência desta Lei, fica proibido o oferecimento de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei fora das segmentações de que trata este artigo, observadas suas respectivas condições de abrangência e contratação.

§ 2º A partir de 3 de dezembro de 1999, da documentação relativa à contratação de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, nas segmentações de que trata este artigo, deverá constar declaração em separado do consumidor, de que tem conhecimento da existência e disponibilidade do plano referência, e de que este lhe foi oferecido.

### § 3º **Revogado**

Art. 13. Os contratos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei têm renovação automática a partir do vencimento do prazo inicial de vigência, não cabendo a cobrança de taxas ou qualquer outro valor no ato da renovação.

Parágrafo único. Os produtos de que trata o **caput**, contratados individualmente, terão vigência mínima de um ano, sendo vedadas:

I - a recontagem de carências;

II - a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato, salvo por fraude ou não-pagamento da mensalidade por período superior a sessenta dias, consecutivos ou não, nos últimos doze meses de vigência do contrato, desde que o consumidor seja comprovadamente notificado até o quinquagésimo dia de inadimplência; e

III - a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato, em qualquer hipótese, durante a ocorrência de internação do titular.

Art. 14. Em razão da idade do consumidor, ou da condição de pessoa portadora de deficiência, ninguém pode ser impedido de participar de planos privados de assistência à saúde.

Art. 15. A variação das contraprestações pecuniárias estabelecidas nos contratos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, em razão da idade do consumidor, somente poderá ocorrer caso estejam previstas no contrato inicial as faixas etárias e os percentuais de reajustes incidentes em cada uma delas, conforme normas expedidas pela ANS, ressalvado o disposto no art. 35-E.

Parágrafo único. É vedada a variação a que alude o **caput** para consumidores com mais de sessenta anos de idade, que participarem dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º, ou sucessores, há mais de dez anos.

Art. 16. Dos contratos, regulamentos ou condições gerais dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei devem constar dispositivos que indiquem com clareza:

I - as condições de admissão;

II - o início da vigência;

III - os períodos de carência para consultas, internações, procedimentos e exames;

IV - as faixas etárias e os percentuais a que alude o *caput* do art. 15;

V - as condições de perda da qualidade de beneficiário;

VI - os eventos cobertos e excluídos;

VII - o regime, ou tipo de contratação:

a) individual ou familiar;

b) coletivo empresarial; ou

c) coletivo por adesão;



VIII - a franquia, os limites financeiros ou o percentual de co-participação do consumidor ou beneficiário, contratualmente previstos nas despesas com assistência médica, hospitalar e odontológica;

IX - os bônus, os descontos ou os agravamentos da contraprestação pecuniária;

X - a área geográfica de abrangência;

XI - os critérios de reajuste e revisão das contraprestações pecuniárias.

XII - número de registro na ANS.

Parágrafo único. A todo consumidor titular de plano individual ou familiar será obrigatoriamente entregue, quando de sua inscrição, cópia do contrato, do regulamento ou das condições gerais dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º, além de material explicativo que descreva, em linguagem simples e precisa, todas as suas características, direitos e obrigações.

#### § 2º **Revogado**

Art. 17. A inclusão como contratados, referenciados ou credenciados dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, de qualquer entidade hospitalar, implica compromisso para com os consumidores quanto à sua manutenção ao longo da vigência dos contratos.

§ 1º É facultada a substituição de entidade hospitalar, a que se refere o **caput** deste artigo, desde que por outro equivalente e mediante comunicação aos consumidores e à ANS com trinta dias de antecedência, ressalvados desse prazo mínimo os casos decorrentes de rescisão por fraude ou infração das normas sanitárias e fiscais em vigor.

§ 2º Na hipótese de a substituição do estabelecimento hospitalar a que se refere o § 1º ocorrer por vontade da operadora durante período de internação do consumidor, o estabelecimento obriga-se a manter a internação e a operadora, a pagar as despesas até a alta hospitalar, a critério médico, na forma do contrato.

§ 3º Excetuam-se do previsto no § 2º os casos de substituição do estabelecimento hospitalar por infração às normas sanitárias em vigor, durante período de internação, quando a operadora arcará com a responsabilidade pela transferência imediata para outro estabelecimento equivalente, garantindo a continuação da assistência, sem ônus adicional para o consumidor.

§ 4º Em caso de redimensionamento da rede hospitalar por redução, as empresas deverão solicitar à ANS autorização expressa para tanto, informando:

I - nome da entidade a ser excluída;

II - capacidade operacional a ser reduzida com a exclusão;

III - impacto sobre a massa assistida, a partir de parâmetros definidos pela ANS, correlacionando a necessidade de leitos e a capacidade operacional restante; e

IV - justificativa para a decisão, observando a obrigatoriedade de manter cobertura com padrões de qualidade equivalente e sem ônus adicional para o consumidor.

Art. 18. A aceitação, por parte de qualquer prestador de serviço ou profissional de saúde, da condição de contratado, credenciado ou cooperado de uma operadora de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, implicará as seguintes obrigações e direitos:

I - o consumidor de determinada operadora, em nenhuma hipótese e sob nenhum pretexto ou alegação, pode ser discriminado ou atendido de forma distinta daquela dispensada aos clientes vinculados a outra operadora ou plano;

II - a marcação de consultas, exames e quaisquer outros procedimentos deve ser feita de forma a atender às necessidades dos consumidores, privilegiando os casos de emergência ou urgência, assim como as pessoas com mais de

sessenta e cinco anos de idade, as gestantes, lactantes, lactentes e crianças até cinco anos;

III - a manutenção de relacionamento de contratação, credenciamento ou referenciamento com número ilimitado de operadoras, sendo expressamente vedado às operadoras, independente de sua natureza jurídica constitutiva, impor contratos de exclusividade ou de restrição à atividade profissional.

Parágrafo único. A partir de 3 de dezembro de 1999, os prestadores de serviço ou profissionais de saúde não poderão manter contrato, credenciamento ou referenciamento com operadoras que não tiverem registros para funcionamento e comercialização conforme previsto nesta Lei, sob pena de responsabilidade por atividade irregular.

Art. 19. Para requerer a autorização definitiva de funcionamento, as pessoas jurídicas que já atuavam como operadoras ou administradoras dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, terão prazo de cento e oitenta dias, a partir da publicação da regulamentação específica pela ANS.

§ 1º Até que sejam expedidas as normas de registro, serão mantidos registros provisórios das pessoas jurídicas e dos produtos na ANS, com a finalidade de autorizar a comercialização ou operação dos produtos a que alude o **caput**, a partir de 2 de janeiro de 1999.

§ 2º Para o registro provisório, as operadoras ou administradoras dos produtos a que alude o **caput** deverão apresentar à ANS as informações requeridas e os seguintes documentos, independentemente de outros que venham a ser exigidos:

I - registro do instrumento de constituição da pessoa jurídica;

II - nome fantasia;

III - CNPJ;

IV - endereço;

V - telefone, fax e *e-mail*; e

VI - principais dirigentes da pessoa jurídica e nome dos cargos que ocupam.

§ 3º Para registro provisório dos produtos a serem comercializados, deverão ser apresentados à ANS os seguintes dados:

I - razão social da operadora ou da administradora;

II - CNPJ da operadora ou da administradora;

III - nome do produto;

IV - segmentação da assistência (ambulatorial, hospitalar com obstetrícia, hospitalar sem obstetrícia, odontológica e referência);

V - tipo de contratação (individual/familiar, coletivo empresarial e coletivo por adesão);

VI - âmbito geográfico de cobertura;

VII - faixas etárias e respectivos preços;

VIII - rede hospitalar própria por Município (para segmentações hospitalar e referência);

IX - rede hospitalar contratada ou referenciada por Município (para segmentações hospitalar e referência); e

X - outros documentos e informações que venham a ser solicitados pela ANS.

§ 4º Os procedimentos administrativos para registro provisório dos produtos serão tratados em norma específica da ANS.

§ 5º Independentemente do cumprimento, por parte da operadora, das formalidades do registro provisório, ou da conformidade dos textos das condições gerais ou dos instrumentos contratuais, ficam garantidos, a todos os usuários de produtos a que alude o **caput**, contratados a partir de 2 de janeiro

de 1999, todos os benefícios de acesso e cobertura previstos nesta Lei e em seus regulamentos, para cada segmentação definida no art. 12.

§ 6º O não-cumprimento do disposto neste artigo implica o pagamento de multa diária no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) aplicada às operadoras dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º.

§ 7º As pessoas jurídicas que forem iniciar operação de comercialização de planos privados de assistência à saúde, a partir de 8 de dezembro de 1998, estão sujeitas aos registros de que trata o § 1º deste artigo.

Art. 20. As operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei são obrigadas a fornecer, periodicamente, à ANS todas as informações e estatísticas relativas as suas atividades, incluídas as de natureza cadastral, especialmente aquelas que permitam a identificação dos consumidores e de seus dependentes, incluindo seus nomes, inscrições no Cadastro de Pessoas Físicas dos titulares e Municípios onde residem, para fins do disposto no art. 32.

§ 1º Os agentes, especialmente designados pela ANS, para o exercício das atividades de fiscalização e nos limites por ela estabelecidos, têm livre acesso às operadoras, podendo requisitar e apreender processos, contratos, manuais de rotina operacional e demais documentos, relativos aos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei.

§ 2º Caracteriza-se como embaraço à fiscalização, sujeito às penas previstas na lei, a imposição de qualquer dificuldade à consecução dos objetivos da fiscalização, de que trata o § 1º deste artigo.

Art. 21. É vedado às operadoras de planos privados de assistência à saúde realizar quaisquer operações financeiras:

I - com seus diretores e membros dos conselhos administrativos, consultivos, fiscais ou assemelhados, bem como com os respectivos cônjuges e parentes até o segundo grau, inclusive;

II - com empresa de que participem as pessoas a que se refere o inciso I, desde que estas sejam, em conjunto ou isoladamente, consideradas como controladoras da empresa.

Art. 22. As operadoras de planos privados de assistência à saúde submeterão suas contas a auditores independentes, registrados no respectivo Conselho Regional de Contabilidade e na Comissão de Valores Mobiliários - CVM, publicando, anualmente, o parecer respectivo, juntamente com as demonstrações financeiras determinadas pela Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

§ 1º A auditoria independente também poderá ser exigida quanto aos cálculos atuariais, elaborados segundo diretrizes gerais definidas pelo CONSU.

§ 2º As operadoras com número de beneficiários inferior a vinte mil usuários ficam dispensadas da publicação do parecer do auditor e das demonstrações financeiras, devendo, a ANS, dar-lhes publicidade.

Art. 23. As operadoras de planos privados de assistência à saúde não podem requerer concordata e não estão sujeitas a falência ou insolvência civil, mas tão-somente ao regime de liquidação extrajudicial.

§ 1º As operadoras sujeitar-se-ão ao regime de falência ou insolvência civil quando, no curso da liquidação extrajudicial, forem verificadas uma das seguintes hipóteses:

I - o ativo da massa liquidanda não for suficiente para o pagamento de pelo menos a metade dos créditos quirografários;

II - o ativo realizável da massa liquidanda não for suficiente, sequer, para o pagamento das despesas administrativas e operacionais inerentes ao regular processamento da liquidação extrajudicial; ou

III - nas hipóteses de fundados indícios de condutas previstas nos arts. 186 a 189 do Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945.

§ 2º Para efeito desta Lei, define-se ativo realizável como sendo todo ativo que possa ser convertido em moeda corrente em prazo compatível para o pagamento das despesas administrativas e operacionais da massa liquidanda.

§ 3º À vista do relatório do liquidante extrajudicial, e em se verificando qualquer uma das hipóteses previstas nos incisos I, II ou III do § 1º deste artigo, a ANS poderá autorizá-lo a requerer a falência ou insolvência civil da operadora.

§ 4º A distribuição do requerimento produzirá imediatamente os seguintes efeitos:

I - a manutenção da suspensão dos prazos judiciais em relação à massa liquidanda;

II - a suspensão dos procedimentos administrativos de liquidação extrajudicial, salvo os relativos à guarda e à proteção dos bens e imóveis da massa;

III - a manutenção da indisponibilidade dos bens dos administradores, gerentes, conselheiros e assemelhados, até posterior determinação judicial; e

IV - prevenção do juízo que emitir o primeiro despacho em relação ao pedido de conversão do regime.

§ 5º A ANS, no caso previsto no inciso II do § 1º deste artigo, poderá, no período compreendido entre a distribuição do requerimento e a decretação da falência ou insolvência civil, apoiar a proteção dos bens móveis e imóveis da massa liquidanda.

§ 6º O liquidante enviará ao juízo prevento o rol das ações judiciais em curso cujo andamento ficará suspenso até que o juiz competente nomeie o síndico da massa falida ou o liquidante da massa insolvente.

Art. 24. Sempre que detectadas nas operadoras sujeitas à disciplina desta Lei insuficiência das garantias do equilíbrio financeiro, anormalidades econômico-financeiras ou administrativas graves que coloquem em risco a continuidade ou a qualidade do atendimento à saúde, a ANS poderá determinar a alienação da carteira, o regime de direção fiscal ou técnica, por prazo não superior a

trezentos e sessenta e cinco dias, ou a liquidação extrajudicial, conforme a gravidade do caso.

§ 1º O descumprimento das determinações do diretor-fiscal ou técnico, e do liquidante, por dirigentes, administradores, conselheiros ou empregados da operadora de planos privados de assistência à saúde acarretará o imediato afastamento do infrator, por decisão da ANS, sem prejuízo das sanções penais cabíveis, assegurado o direito ao contraditório, sem que isto implique efeito suspensivo da decisão administrativa que determinou o afastamento.

§ 2º A ANS, **ex officio** ou por recomendação do diretor técnico ou fiscal ou do liquidante, poderá, em ato administrativo devidamente motivado, determinar o afastamento dos diretores, administradores, gerentes e membros do conselho fiscal da operadora sob regime de direção ou em liquidação.

§ 3º No prazo que lhe for designado, o diretor-fiscal ou técnico procederá à análise da organização administrativa e da situação econômico-financeira da operadora, bem assim da qualidade do atendimento aos consumidores, e proporá à ANS as medidas cabíveis.

§ 4º O diretor-fiscal ou técnico poderá propor a transformação do regime de direção em liquidação extrajudicial.

§ 5º A ANS promoverá, no prazo máximo de noventa dias, a alienação da carteira das operadoras de planos privados de assistência à saúde, no caso de não surtirem efeito as medidas por ela determinadas para sanar as irregularidades ou nas situações que impliquem risco para os consumidores participantes da carteira.

Art. 24-A. Os administradores das operadoras de planos privados de assistência à saúde em regime de direção fiscal ou liquidação extrajudicial, independentemente da natureza jurídica da operadora, ficarão com todos os seus bens indisponíveis, não podendo, por qualquer forma, direta ou indireta, aliená-los ou onerá-los, até apuração e liquidação final de suas responsabilidades.



§ 1º A indisponibilidade prevista neste artigo decorre do ato que decretar a direção fiscal ou a liquidação extrajudicial e atinge a todos aqueles que tenham estado no exercício das funções nos doze meses anteriores ao mesmo ato.

§ 2º Na hipótese de regime de direção fiscal, a indisponibilidade de bens a que se refere o **caput** deste artigo poderá não alcançar os bens dos administradores, por deliberação expressa da Diretoria Colegiada da ANS.

§ 3º A ANS, **ex officio** ou por recomendação do diretor fiscal ou do liquidante, poderá estender a indisponibilidade prevista neste artigo:

I - aos bens de gerentes, conselheiros e aos de todos aqueles que tenham concorrido, no período previsto no § 1º, para a decretação da direção fiscal ou da liquidação extrajudicial;

II - aos bens adquiridos, a qualquer título, por terceiros, no período previsto no § 1º, das pessoas referidas no inciso I, desde que configurada fraude na transferência.

§ 4º Não se incluem nas disposições deste artigo os bens considerados inalienáveis ou impenhoráveis pela legislação em vigor.

§ 5º A indisponibilidade também não alcança os bens objeto de contrato de alienação, de promessa de compra e venda, de cessão ou promessa de cessão de direitos, desde que os respectivos instrumentos tenham sido levados ao competente registro público, anteriormente à data da decretação da direção fiscal ou da liquidação extrajudicial.

§ 6º Os administradores das operadoras de planos privados de assistência à saúde respondem solidariamente pelas obrigações por eles assumidas durante sua gestão até o montante dos prejuízos causados, independentemente do nexo de causalidade.

Art. 24-B. A Diretoria Colegiada definirá as atribuições e competências do diretor técnico, diretor fiscal e do responsável pela alienação de carteira, podendo ampliá-las, se necessário.

Art. 24-C. Os créditos decorrentes da prestação de serviços de assistência privada à saúde preferem a todos os demais, exceto os de natureza trabalhista e tributários.

Art. 24-D. Aplica-se à liquidação extrajudicial das operadoras de planos privados de assistência à saúde e ao disposto nos arts. 24-A e 35-I, no que couber com os preceitos desta Lei, o disposto na Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974, no Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, no Decreto-Lei nº 41, de 18 de novembro de 1966, e no Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, conforme o que dispuser a ANS.

Art. 25. As infrações dos dispositivos desta Lei e de seus regulamentos, bem como aos dispositivos dos contratos firmados, a qualquer tempo, entre operadoras e usuários de planos privados de assistência à saúde, sujeitam a operadora dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, seus administradores, membros de conselhos administrativos, deliberativos, consultivos, fiscais e assemelhados às seguintes penalidades, sem prejuízo de outras estabelecidas na legislação vigente:

I - advertência;

II - multa pecuniária;

III - suspensão do exercício do cargo;

IV - inabilitação temporária para exercício de cargos em operadoras de planos de assistência à saúde;

V - inabilitação permanente para exercício de cargos de direção ou em conselhos das operadoras a que se refere esta Lei, bem como em entidades de previdência privada, sociedades seguradoras, corretoras de seguros e instituições financeiras.

VI - cancelamento da autorização de funcionamento e alienação da carteira da operadora.

Art. 26. Os administradores e membros dos conselhos administrativos, deliberativos, consultivos, fiscais e assemelhados das operadoras de que trata esta Lei respondem solidariamente pelos prejuízos causados a terceiros, inclusive aos acionistas, cotistas, cooperados e consumidores de planos privados de assistência à saúde, conforme o caso, em consequência do descumprimento de leis, normas e instruções referentes às operações previstas na legislação e, em especial, pela falta de constituição e cobertura das garantias obrigatórias.

Art. 27. A multa de que trata o art. 25 será fixada e aplicada pela ANS no âmbito de suas atribuições, com valor não inferior a R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) e não superior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) de acordo com o porte econômico da operadora ou prestadora de serviço e a gravidade da infração, ressalvado o disposto no § 6º do art. 19.

Parágrafo único. **Revogado**

Art. 28. **Revogado**

Art. 29. As infrações serão apuradas mediante processo administrativo que tenha por base o auto de infração, a representação ou a denúncia positiva dos fatos irregulares, cabendo à ANS dispor sobre normas para instauração, recursos e seus efeitos, instâncias e prazos.

§ 1º O processo administrativo, antes de aplicada a penalidade, poderá, a título excepcional, ser suspenso, pela ANS, se a operadora ou prestadora de serviço assinar termo de compromisso de ajuste de conduta, perante a diretoria colegiada, que terá eficácia de título executivo extrajudicial, obrigando-se a:

I - cessar a prática de atividades ou atos objetos da apuração; e

II - corrigir as irregularidades, inclusive indenizando os prejuízos delas decorrentes.

§ 2º O termo de compromisso de ajuste de conduta conterá, necessariamente, as seguintes cláusulas:

I - obrigações do compromissário de fazer cessar a prática objeto da apuração, no prazo estabelecido;

II - valor da multa a ser imposta no caso de descumprimento, não inferior a R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) e não superior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) de acordo com o porte econômico da operadora ou da prestadora de serviço.

§ 3º A assinatura do termo de compromisso de ajuste de conduta não importa confissão do compromissário quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta em apuração.

§ 4º O descumprimento do termo de compromisso de ajuste de conduta, sem prejuízo da aplicação da multa a que se refere o inciso II do § 2º, acarreta a revogação da suspensão do processo.

§ 5º Cumpridas as obrigações assumidas no termo de compromisso de ajuste de conduta, será extinto o processo.

§ 6º Suspende-se a prescrição durante a vigência do termo de compromisso de ajuste de conduta.

§ 7º Não poderá ser firmado termo de compromisso de ajuste de conduta quando tiver havido descumprimento de outro termo de compromisso de ajuste de conduta nos termos desta Lei, dentro do prazo de dois anos.

§ 8º O termo de compromisso de ajuste de conduta deverá ser publicado no Diário Oficial da União.

§ 9º A ANS regulamentará a aplicação do disposto nos §§ 1º a 7º deste artigo.

Art. 29-A. A ANS poderá celebrar com as operadoras termo de compromisso, quando houver interesse na implementação de práticas que consistam em vantagens para os consumidores, com vistas a assegurar a manutenção da qualidade dos serviços de assistência à saúde.

§ 1º O termo de compromisso referido no **caput** não poderá implicar restrição de direitos do usuário.

§ 2º Na definição do termo de que trata este artigo serão considerados os critérios de aferição e controle da qualidade dos serviços a serem oferecidos pelas operadoras.

§ 3º O descumprimento injustificado do termo de compromisso poderá importar na aplicação da penalidade de multa a que se refere o inciso II, § 2º, do art. 29 desta Lei.

Art. 30. Ao consumidor que contribuir para produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, em decorrência de vínculo empregatício, no caso de rescisão ou exoneração do contrato de trabalho sem justa causa, é assegurado o direito de manter sua condição de beneficiário, nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma o seu pagamento integral.

§ 1º O período de manutenção da condição de beneficiário a que se refere o **caput** será de um terço do tempo de permanência nos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º, ou sucessores, com um mínimo assegurado de seis meses e um máximo de vinte e quatro meses.

§ 2º A manutenção de que trata este artigo é extensiva, obrigatoriamente, a todo o grupo familiar inscrito quando da vigência do contrato de trabalho.

§ 3º Em caso de morte do titular, o direito de permanência é assegurado aos dependentes cobertos pelo plano ou seguro privado coletivo de assistência à saúde, nos termos do disposto neste artigo.

§ 4º O direito assegurado neste artigo não exclui vantagens obtidas pelos empregados decorrentes de negociações coletivas de trabalho.

§ 5º A condição prevista no **caput** deste artigo deixará de existir quando da admissão do consumidor titular em novo emprego.

§ 6º Nos planos coletivos custeados integralmente pela empresa, não é considerada contribuição a co-participação do consumidor, única e exclusivamente, em procedimentos, como fator de moderação, na utilização dos serviços de assistência médica ou hospitalar.

Art. 31. Ao aposentado que contribuir para produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, em decorrência de vínculo empregatício, pelo prazo mínimo de dez anos, é assegurado o direito de manutenção como beneficiário, nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma o seu pagamento integral.

§ 1º Ao aposentado que contribuir para planos coletivos de assistência à saúde por período inferior ao estabelecido no **caput** é assegurado o direito de manutenção como beneficiário, à razão de um ano para cada ano de contribuição, desde que assuma o pagamento integral do mesmo.

§ 2º Para gozo do direito assegurado neste artigo, observar-se-ão as mesmas condições estabelecidas nos §§ 2º, 3º, 4º, 5º e 6º do art. 30.

Art. 32. Serão ressarcidos pelas operadoras dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, de acordo com normas a serem definidas pela ANS, os serviços de atendimento à saúde previstos nos respectivos contratos, prestados a seus consumidores e respectivos dependentes, em instituições públicas ou privadas, conveniadas ou contratadas, integrantes do Sistema Único de Saúde - SUS.

§ 1º O ressarcimento a que se refere o **caput** será efetuado pelas operadoras à entidade prestadora de serviços, quando esta possuir personalidade jurídica própria, e ao SUS, mediante tabela de procedimentos a ser aprovada pela ANS.

§ 2º Para a efetivação do ressarcimento, a ANS disponibilizará às operadoras a discriminação dos procedimentos realizados para cada consumidor.

§ 3º A operadora efetuará o ressarcimento até o décimo quinto dia após a apresentação da cobrança pela ANS, creditando os valores correspondentes à entidade prestadora ou ao respectivo fundo de saúde, conforme o caso.

§ 4º O ressarcimento não efetuado no prazo previsto no § 3º será cobrado com os seguintes acréscimos:

I - juros de mora contados do mês seguinte ao do vencimento, à razão de um por cento ao mês ou fração;

II - multa de mora de dez por cento.

§ 5º Os valores não recolhidos no prazo previsto no § 3º serão inscritos em dívida ativa da ANS, a qual compete a cobrança judicial dos respectivos créditos.

§ 6º O produto da arrecadação dos juros e da multa de mora serão revertidos ao Fundo Nacional de Saúde.

§ 7º A ANS fixará normas aplicáveis ao processo de glosa ou impugnação dos procedimentos encaminhados, conforme previsto no § 2º deste artigo.

§ 8º Os valores a serem ressarcidos não serão inferiores aos praticados pelo SUS e nem superiores aos praticados pelas operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei.

Art. 33. Havendo indisponibilidade de leito hospitalar nos estabelecimentos próprios ou credenciados pelo plano, é garantido ao consumidor o acesso à acomodação, em nível superior, sem ônus adicional.

Art. 34. As pessoas jurídicas que executam outras atividades além das abrangidas por esta Lei deverão, na forma e no prazo definidos pela ANS, constituir pessoas jurídicas independentes, com ou sem fins lucrativos, especificamente para operar planos privados de assistência à saúde, na forma da legislação em vigor e em especial desta Lei e de seus regulamentos.

Art. 35. Aplicam-se as disposições desta Lei a todos os contratos celebrados a partir de sua vigência, assegurada aos consumidores com contratos anteriores, bem como àqueles com contratos celebrados entre 2 de setembro de 1998 e 1º de janeiro de 1999, a possibilidade de optar pela adaptação ao sistema previsto nesta Lei.

§ 1º Sem prejuízo do disposto no art. 35-E, a adaptação dos contratos de que trata este artigo deverá ser formalizada em termo próprio, assinado pelos contratantes, de acordo com as normas a serem definidas pela ANS.

§ 2º Quando a adaptação dos contratos incluir aumento de contraprestação pecuniária, a composição da base de cálculo deverá ficar restrita aos itens correspondentes ao aumento de cobertura, e ficará disponível para verificação pela ANS, que poderá determinar sua alteração quando o novo valor não estiver devidamente justificado.

§ 3º A adaptação dos contratos não implica nova contagem dos períodos de carência e dos prazos de aquisição dos benefícios previstos nos arts. 30 e 31 desta Lei, observados, quanto aos últimos, os limites de cobertura previstos no contrato original.

§ 4º Nenhum contrato poderá ser adaptado por decisão unilateral da empresa operadora.

§ 5º A manutenção dos contratos originais pelos consumidores não-optantes tem caráter personalíssimo, devendo ser garantida somente ao titular e a seus dependentes já inscritos, permitida inclusão apenas de novo cônjuge e filhos, e vedada a transferência da sua titularidade, sob qualquer pretexto, a terceiros.

§ 6º Os produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, contratados até 1º de janeiro de 1999, deverão permanecer em operação, por tempo indeterminado, apenas para os consumidores que não optarem pela adaptação às novas regras, sendo considerados extintos para fim de comercialização.



§ 7º Às pessoas jurídicas contratantes de planos coletivos, não-optantes pela adaptação prevista neste artigo, fica assegurada a manutenção dos contratos originais, nas coberturas assistenciais neles pactuadas.

§ 8º A ANS definirá em norma própria os procedimentos formais que deverão ser adotados pelas empresas para a adaptação dos contratos de que trata este artigo.

Art. 35-A. Fica criado o Conselho de Saúde Suplementar - CONSU, órgão colegiado integrante da estrutura regimental do Ministério da Saúde, com competência para:

I - estabelecer e supervisionar a execução de políticas e diretrizes gerais do setor de saúde suplementar;

II - aprovar o contrato de gestão da ANS;

III - supervisionar e acompanhar as ações e o funcionamento da ANS;

IV - fixar diretrizes gerais para implementação no setor de saúde suplementar sobre:

a) aspectos econômico-financeiros;

b) normas de contabilidade, atuariais e estatísticas;

c) parâmetros quanto ao capital e ao patrimônio líquido mínimos, bem assim quanto às formas de sua subscrição e realização quando se tratar de sociedade anônima;

d) critérios de constituição de garantias de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, consistentes em bens, móveis ou imóveis, ou fundos especiais ou seguros garantidores;

e) criação de fundo, contratação de seguro garantidor ou outros instrumentos que julgar adequados, com o objetivo de proteger o consumidor de planos

privados de assistência à saúde em caso de insolvência de empresas operadoras;

V - deliberar sobre a criação de câmaras técnicas, de caráter consultivo, de forma a subsidiar suas decisões.

Parágrafo único. A ANS fixará as normas sobre as matérias previstas no inciso IV deste artigo, devendo adequá-las, se necessário, quando houver diretrizes gerais estabelecidas pelo CONSU.

Art. 35-B. O CONSU será integrado pelos seguintes Ministros de Estado: (Redação dada pelo Decreto nº 4.044, de 6.12.2001)

I - da Justiça, que o presidirá;

II - da Saúde;

III - da Fazenda; e

IV - do Planejamento, Orçamento e Gestão.

§ 1º O Conselho deliberará mediante resoluções, por maioria de votos, cabendo ao Presidente a prerrogativa de deliberar nos casos de urgência e relevante interesse, **ad referendum** dos demais membros.

§ 2º Quando deliberar **ad referendum** do Conselho, o Presidente submeterá a decisão ao Colegiado na primeira reunião que se seguir àquela deliberação.

§ 3º O Presidente do Conselho poderá convidar Ministros de Estado, bem assim outros representantes de órgãos públicos, para participar das reuniões, não lhes sendo permitido o direito de voto.

§ 4º O Conselho reunir-se-á sempre que for convocado por seu Presidente.

§ 5º O regimento interno do CONSU será aprovado por decreto do Presidente da República.

§ 6º As atividades de apoio administrativo ao CONSU serão prestadas pela ANS.

§ 7º O Presidente da ANS participará, na qualidade de Secretário, das reuniões do CONSU.

Art. 35-C. É obrigatória a cobertura do atendimento nos casos:

I - de emergência, como tal definidos os que implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, caracterizado em declaração do médico assistente; e

II - de urgência, assim entendidos os resultantes de acidentes pessoais ou de complicações no processo gestacional.

Parágrafo único. A ANS fará publicar normas regulamentares para o disposto neste artigo, observados os termos de adaptação previstos no art. 35.

Art. 35-D. As multas a serem aplicadas pela ANS em decorrência da competência fiscalizadora e normativa estabelecida nesta Lei e em seus regulamentos serão recolhidas à conta daquela Agência, até o limite de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) por infração, ressalvado o disposto no § 6º do art. 19 desta Lei.

Art. 35-E. A partir de 5 de junho de 1998, fica estabelecido para os contratos celebrados anteriormente à data de vigência desta Lei que:

I - qualquer variação na contraprestação pecuniária para consumidores com mais de sessenta anos de idade estará sujeita à autorização prévia da ANS;

II - a alegação de doença ou lesão preexistente estará sujeita à prévia regulamentação da matéria pela ANS;

III - é vedada a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato individual ou familiar de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei por parte da operadora, salvo o disposto no inciso II do parágrafo único do art. 13 desta Lei;

IV - é vedada a interrupção de internação hospitalar em leito clínico, cirúrgico ou em centro de terapia intensiva ou similar, salvo a critério do médico assistente.

§ 1º Os contratos anteriores à vigência desta Lei, que estabeleçam reajuste por mudança de faixa etária com idade inicial em sessenta anos ou mais, deverão ser adaptados, até 31 de outubro de 1999, para repactuação da cláusula de reajuste, observadas as seguintes disposições:

I - a repactuação será garantida aos consumidores de que trata o parágrafo único do art. 15, para as mudanças de faixa etária ocorridas após a vigência desta Lei, e limitar-se-á à diluição da aplicação do reajuste anteriormente previsto, em reajustes parciais anuais, com adoção de percentual fixo que, aplicado a cada ano, permita atingir o reajuste integral no início do último ano da faixa etária considerada;

II - para aplicação da fórmula de diluição, consideram-se de dez anos as faixas etárias que tenham sido estipuladas sem limite superior;

III - a nova cláusula, contendo a fórmula de aplicação do reajuste, deverá ser encaminhada aos consumidores, juntamente com o boleto ou título de cobrança, com a demonstração do valor originalmente contratado, do valor repactuado e do percentual de reajuste anual fixo, esclarecendo, ainda, que o seu pagamento formalizará esta repactuação;

IV - a cláusula original de reajuste deverá ter sido previamente submetida à ANS;

V - na falta de aprovação prévia, a operadora, para que possa aplicar reajuste por faixa etária a consumidores com sessenta anos ou mais de idade e dez anos ou mais de contrato, deverá submeter à ANS as condições contratuais acompanhadas de nota técnica, para, uma vez aprovada a cláusula e o percentual de reajuste, adotar a diluição prevista neste parágrafo.

§ 2º Nos contratos individuais de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, independentemente da data de sua celebração, a aplicação

de cláusula de reajuste das contraprestações pecuniárias dependerá de prévia aprovação da ANS.

§ 3º O disposto no art. 35 desta Lei aplica-se sem prejuízo do estabelecido neste artigo.

Art. 35-F. A assistência a que alude o art. 1º desta Lei compreende todas as ações necessárias à prevenção da doença e à recuperação, manutenção e reabilitação da saúde, observados os termos desta Lei e do contrato firmado entre as partes.

Art. 35-G. Aplicam-se subsidiariamente aos contratos entre usuários e operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei as disposições da Lei nº 8.078, de 1990.

Art. 35-H. Os expedientes que até esta data foram protocolizados na SUSEP pelas operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei e que forem encaminhados à ANS em consequência desta Lei, deverão estar acompanhados de parecer conclusivo daquela Autarquia.

Art. 35-I. Responderão subsidiariamente pelos direitos contratuais e legais dos consumidores, prestadores de serviço e fornecedores, além dos débitos fiscais e trabalhistas, os bens pessoais dos diretores, administradores, gerentes e membros de conselhos da operadora de plano privado de assistência à saúde, independentemente da sua natureza jurídica.

Art. 35-J. O diretor técnico ou fiscal ou o liquidante são obrigados a manter sigilo relativo às informações da operadora às quais tiverem acesso em razão do exercício do encargo, sob pena de incorrer em improbidade administrativa, sem prejuízo das responsabilidades civis e penais.

Art. 35-L. Os bens garantidores das provisões técnicas, fundos e provisões deverão ser registrados na ANS e não poderão ser alienados, prometidos a alienar ou, de qualquer forma, gravados sem prévia e expressa autorização, sendo nulas, de pleno direito, as alienações realizadas ou os gravames constituídos com violação deste artigo.

Parágrafo único. Quando a garantia recair em bem imóvel, será obrigatoriamente inscrita no competente Cartório do Registro Geral de Imóveis, mediante requerimento firmado pela operadora de plano de assistência à saúde e pela ANS.

Art. 35-M. As operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei poderão celebrar contratos de resseguro junto às empresas devidamente autorizadas a operar em tal atividade, conforme estabelecido na Lei nº 9.932, de 20 de dezembro de 1999, e regulamentações posteriores.

Art. 36. Esta Lei entra em vigor noventa dias após a data de sua publicação.

Brasília, 3 de junho de 1998; 177º da Independência e 110º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

*Renan Calheiros*

*Pedro Malan*

*José Serra*

**Resolução CONSU n.º 13**

**(publicada no DO nº 211 - quarta feira - 04.11.98)**

*Dispõe sobre a cobertura do atendimento nos casos de urgência e emergência.*

O **Presidente do Conselho de Saúde Suplementar - CONSU**, instituído pela Lei n.º 9.656, de 03 de junho de 1998, no uso de suas atribuições legais e regimentais e de acordo com a competência normativa que lhe foi conferida para dispor sobre regulamentação do regime de contratação e prestação de serviços de saúde suplementar e,

## **RESOLVE:**

**Art. 1º** A cobertura dos procedimentos de emergência e urgência de que trata o art.35D, da Lei nº 9.656/98, que implicar em risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, incluindo os resultantes de acidentes pessoais ou de complicações no processo gestacional, deverá reger-se pela garantia da atenção e atuação no sentido da preservação da vida, órgãos e funções, variando, a partir daí, de acordo com a segmentação de cobertura a qual o contrato esteja adscrito.

**Art. 2º** O plano ambulatorial deverá garantir cobertura de urgência e emergência, limitada até as primeiras 12 (doze) horas do atendimento.

**Parágrafo único.** Quando necessária, para a continuidade do atendimento de urgência e emergência, a realização de procedimentos exclusivos da cobertura hospitalar, ainda que na mesma unidade prestadora de serviços e em tempo menor que 12 (doze) horas, a cobertura cessará, sendo que a responsabilidade financeira, a partir da necessidade de internação, passará a ser do contratante, não cabendo ônus à operadora.

**Art. 3º** Os contratos de plano hospitalar devem oferecer cobertura aos atendimentos de urgência e emergência que evoluírem para internação, desde a admissão do paciente até a sua alta ou que sejam necessários à preservação da vida, órgãos e funções.

**§1º.** No plano ou seguro do segmento hospitalar, quando o atendimento de emergência for efetuado no decorrer dos períodos de carência, este deverá abranger cobertura igualmente àquela fixada para o plano ou seguro do segmento ambulatorial, não garantindo, portanto, cobertura para internação.

**§2º.** No plano ou seguro do segmento hospitalar, o atendimento de urgência decorrente de acidente pessoal, será garantido, sem restrições, após decorridas 24 (vinte e quatro) horas da vigência do contrato.

**§3º.** Nos casos em que a atenção não venha a se caracterizar como própria do plano hospitalar, ou como de risco de vida, ou ainda, de lesões irreparáveis, não haverá a obrigatoriedade de cobertura por parte da operadora.

**Art. 4º** Os contratos de plano hospitalar, com ou sem cobertura obstétrica, deverão garantir os atendimentos de urgência e emergência quando se referirem ao processo gestacional.

**Parágrafo único.** Em caso de necessidade de assistência médica hospitalar decorrente da condição gestacional de pacientes com plano hospitalar sem cobertura obstétrica ou com cobertura obstétrica – porém ainda cumprindo período de carência – a operadora estará obrigada a cobrir o atendimento prestado nas mesmas condições previstas no art.2º para o plano ambulatorial.

**Art. 5º** O plano ou seguro referência deverá garantir a cobertura integral, ambulatorial e hospitalar para urgência e emergência.

**Art. 6º** Nos contratos de plano hospitalar e do plano e seguro referência que envolvam acordo de cobertura parcial temporária por doenças e lesões preexistentes, a cobertura do atendimento de urgência e emergência para essa doença ou lesão será igual àquela estabelecida para planos ambulatoriais no art.2º desta Resolução.

**Art. 7º** A operadora deverá garantir a cobertura de remoção, após realizados os atendimentos classificados como urgência e emergência, quando caracterizada, pelo médico assistente, a falta de recursos oferecidos pela unidade para continuidade de atenção ao paciente ou pela necessidade de internação para os usuários portadores de contrato de plano ambulatorial.

**§1º** Nos casos previstos neste artigo, quando não possa haver remoção por risco de vida, o contratante e o prestador do atendimento deverão negociar entre si a responsabilidade financeira da continuidade da assistência, desobrigando-se, assim, a operadora, desse ônus



**§2°** Caberá a operadora o ônus e a responsabilidade da remoção do paciente para uma unidade do SUS que disponha de serviço de emergência, visando a continuidade do atendimento.

**§3°** Na remoção, a operadora deverá disponibilizar ambulância com os recursos necessários a garantir a manutenção da vida, só cessando sua responsabilidade sobre o paciente quando efetuado o registro na unidade SUS.

**Art. 8°** Aplicam-se as disposições desta Resolução aos contratos celebrados na vigência da Lei 9656/98, de 03 de junho de 1998, e aos existentes anteriores a sua vigência, a partir das respectivas adaptações.

**Art. 9°** Esta Resolução entra em vigor na data da sua publicação, revogando as disposições em contrário.

**JOSÉ SERRA**

# Livros Grátis

( <http://www.livrosgratis.com.br> )

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)  
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)  
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)  
[Baixar livros de Matemática](#)  
[Baixar livros de Medicina](#)  
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)  
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)  
[Baixar livros de Meteorologia](#)  
[Baixar Monografias e TCC](#)  
[Baixar livros Multidisciplinar](#)  
[Baixar livros de Música](#)  
[Baixar livros de Psicologia](#)  
[Baixar livros de Química](#)  
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)  
[Baixar livros de Serviço Social](#)  
[Baixar livros de Sociologia](#)  
[Baixar livros de Teologia](#)  
[Baixar livros de Trabalho](#)  
[Baixar livros de Turismo](#)