

# Mutualismo, Boa-fé e Arbitragem no Âmbito da Resolução 1.956/2010 do CFM, Especialmente nos Casos Referentes a Órteses, Próteses e Materiais Especiais

Rose Marie Pimentel Martins <sup>1</sup>

Inicialmente, deve ser ressaltado que houve grande evolução do seguro saúde, salientando-se que os debates sobre *health insurance* são idênticos no Brasil e nos EUA. A evolução pode ser vislumbrada desde o ressarcimento financeiro (SES) à prestação do serviço, por meio de rede própria ou de rede preferenciada (OPS), até o consenso social a favor do controle absoluto do médico sobre o tratamento do segurado.

Diante de vários casos concretos, começaram a surgir questionamentos pelas SES e OPS acerca do julgamento médico, já que o objetivo de todos os consumidores era o incremento da tecnologia e aumento da expectativa de vida. Em razão disso, passou-se a ter maior controle de custos, já que foram necessárias significativas mudanças relacionadas ao setor de saúde.

Anteriormente, era tida como certa e suprema a decisão do médico, mas, com a evolução da tecnologia, passou-se a questionar a necessidade do atendimento e daí foi necessário dispor contratualmente sobre como aferir se, em cada caso, o tratamento recomendado pelo médico era ou não efetivamente necessário.

As perspectivas para o seguro e o segurado eram diversas. Independentemente de se considerar contratos atípicos ou variações de contrato

---

<sup>1</sup>Juíza de Direito da 1ª Vara Cível - Niterói.

de seguro, o certo é que compartilham a mesma base técnica e científica, proveniente de um órgão regulador próprio e da designação diversa. Contratos de planos de saúde e contratos de seguro partilham a mesma base econômica; ou seja, o mutualismo como desintegração econômica do risco ou sua transformação de individual e coletivo.

A obrigação é de garantia; ou seja, ter segurança de que, se ocorrer, o sinistro estará coberto – a indenização é obrigação quase assessoria, pois a obrigação primária é a assegurar, dar garantia, tranquilidade.

O mutualismo tem implicações quanto à boa-fé, na assimetria de informações e na seleção adversa de riscos – situação na qual a maior ou menor contratação do seguro é relacionada à possibilidade de sua fruição.

A situação carece de maior cautela quando se trata de órteses, próteses e materiais especiais, já que são considerados essenciais para a vida e saúde dos segurados e, ao mesmo tempo, oneram de forma imprevisível a seguradora.

Preconiza a Resolução nº. 1956/2010 do CFM, em resumo, que a indicação de OPME (Órteses, Próteses e Materiais Especiais) para ser utilizada em procedimento médico é de competência do médico assistente. Tal indicação deverá ser justificada clinicamente (art. 2º), sendo-lhe, porém, vedado exigir fornecedor ou marca comercial exclusivos (art. 3º), sendo certo que as autorizações ou negativas da operadora do plano de saúde deverão ser justificadas (art. 4º).

Ocorre que, havendo divergência entre o médico assistente que requisita o procedimento e a operadora do plano de saúde, instaurar-se-á um breve procedimento administrativo previsto, em que deverão as partes indicar, de comum acordo, um médico especialista na área, para resolver a questão, no prazo de 05 (cinco) dias, equiparando-se tal profissional a um árbitro, cabendo-lhe inclusive devida remuneração. Afirma-se, inclusive, ser cabível tal arbitragem, mesmo nos casos de emergência. (art. 6º).

Essa resolução, aliás, “determina arbitragem de especialista, quando houver conflito”, o que, por si só, indica inviabilidade de natureza técnica. É que toda e qualquer arbitragem pressupõe, necessariamente, a consensualidade como seu elemento conformador. Assim, se uma das partes não

desejar a arbitragem, não se poderá impor tal procedimento.

Porém, para além desse ponto, a Resolução CFM nº. 1.956/2010 não prevê nada mais, deixando omissos alguns pontos relevantes, já que não há pronunciamento quanto ao prazo em que as partes deverão, de comum acordo, instituir a arbitragem; não traça qualquer parâmetro para a remuneração do perito; não menciona se a arbitragem é também cabível no caso de urgência do procedimento<sup>2</sup>; qual o procedimento, no caso de não haver consenso na escolha do árbitro; não se menciona se há vinculação das partes para com a decisão arbitral. A falta desses elementos pode inviabilizar por completo a arbitragem instituída, merecendo, portanto algumas considerações, que ora se realizam.

Antes, porém há que se realizar uma crítica ao Código de Ética Médica que, através de Resolução, tenta, de forma completamente errônea, afastar a atividade do médico da relação consumerista.

Afirma o inciso XX desse Código<sup>3</sup> que “A natureza personalíssima da atuação profissional do médico não caracteriza relação de consumo”, o que deve ser afastado por completo, já que o Código de Defesa do Consumidor<sup>4</sup> afirma no seu artigo 3º que fornecedor é “toda pessoa física” que desenvolva atividade de “atividade de ... prestação de serviço”, sendo certo que no seu parágrafo único se afirma que serviço é “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração”.

Portanto, não há dúvida de que a atuação do médico perante o pa-

---

2 Há uma distinção legal entre as situações de emergência e urgência. Segundo manual da ANS/Urgências - São os casos resultantes de acidentes pessoais ou de complicações na gestação: Acidentes pessoais - eventos ocorridos em data específica provocados por agentes externos ao corpo humano, súbitos e involuntários e causadores de lesões físicas não decorrentes de problemas de saúde, como, por exemplo, acidentes de carro, quedas e inalação de gases. Complicações na gestação - alterações patológicas durante a gestação, como, por exemplo, gravidez tubária, eclampsia, parto prematuro, diabetes e abortamento. Já Emergência - São os casos que implicam risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, caracterizados pelo médico. (ANS - Carência. Doenças e Lesões Preexistentes. Urgência e Emergência.)

Disponível em [http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/guia\\_carencia\\_doenca\\_urgencia.pdf](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/guia_carencia_doenca_urgencia.pdf).

---

3 Resolução nº. 1.931/2009 do Conselho Federal de Medicina, publicada no D.O.U de 24/09/2009, Seção I, p. 90-2 e republicada no D.O.U de 13/10/2009, Seção I, p. 173.

---

4 Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990, publicada no D.O.U de 12/09/1990, Edição extra.

ciente é sempre uma relação de consumo, em que o profissional se amolda à figura do fornecedor de serviço e o paciente à do consumidor; o que, em nada retira a importância e a dignidade da atividade médica.

Também não é demais se lembrar de que esse Estatuto Consumerista é legislação que decorre de comando constitucional prescrito no artigo 5º, XXXII, da Carta Magna.

a) não se afirma o prazo em que as partes deverão de comum acordo instituir a arbitragem. Parece-nos que o prazo deve ser o mais exíguo possível, pois não haverá razão para a demora na escolha, já que essa poderá comprometer o procedimento médico e criar expectativa que causará ansiedade no paciente, em razão do dilema estabelecido entre seu médico assistente e a operadora do plano de saúde.

A título de sugestão, entende-se que tal deva ocorrer no prazo máximo de cinco dias, a fim de criar simetria entre o prazo para decisão e o prazo para estabelecimento da arbitragem, pois seria incoerente que o prazo para escolha do árbitro seja maior do que o prazo de decisão concedido a esse árbitro.

b) não se traça parâmetro para a remuneração do perito. Acredita-se que a mesma deve ser fixada de comum acordo, considerando obviamente a complexidade da matéria em exame. Como sugestão, tal deve ser suportado pela parte vencida ao fim da arbitragem, a qual deverá ser a operadora do plano de saúde ou o médico assistente, mas não o paciente. Isso porque o paciente não tem condição técnica para tal discussão e não foi ele quem fez a requisição do procedimento médico para si. Portanto, tal custo deverá ser suportado ou pelo médico assistente, que terá feito requisição de procedimento médico erroneamente, ou pela operadora de plano de saúde, que terá feito uma negativa de autorização indevida. Porém, repita-se, não caberá qualquer custo ao paciente/consumidor.

c) não se menciona se a arbitragem é cabível no caso de urgência do procedimento; Há aqui um ponto interessante que é a utilização da arbitragem no procedimento médico, decorrente de situação de urgência. A norma reguladora em questão apenas menciona a situação de emergência, sendo omissa quanto à urgência.

Como já se afirmou, a situação de emergência se caracteriza por casos que implicam risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente; já as situações de urgência são os casos resultantes de acidentes pessoais ou de complicações na gestação. Assim, não há razão lógica para se excluirmos as situações de urgência, pois há expressa inclusão para situações de emergência.

Ocorre que, na verdade, as situações de urgência e emergência não deveriam estar sujeitas ao procedimento de arbitragem instituído pela resolução em comento, pois nessas situações o *periculum in mora* pressupõe celeridade que se mostra incompatível com a possível demora no lapso existente entre o contato do médico assistente com a operadora de plano de saúde para, de comum acordo, escolher um árbitro que, então, terá cinco dias para analisar a situação e proferir sua decisão. Nesses casos, há que se respeitar a indicação imediata do médico assistente, o qual poderá ser responsabilizado por eventuais abusos.

Aliás, preceitua o Código de Ética Médica que é um direito do médico:

*“Indicar o procedimento adequado ao paciente, observadas as práticas cientificamente reconhecidas e respeitada a legislação vigente” (Inciso II, do Capítulo II, do Código de Ética Médica), sendo certo que é vedado ao médico “Causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência” (art. 1º, III), (sendo-lhe também vedado) “Deixar de assumir responsabilidade sobre procedimento médico que indicou ou do qual participou, mesmo quando vários médicos tenham assistido o paciente.” ou “Deixar de assumir a responsabilidade de qualquer ato profissional que tenha praticado ou indicado, ainda que solicitado ou consentido pelo paciente ou por seu representante legal.” (arts. 3º e 4º), sendo certo que também lhe é vedado “Praticar ou indicar atos médicos desnecessários ou proibidos pela legislação vigente no País.” (art. 14º).*

Portanto, à luz do próprio Código de Ética Médica, nas situações de urgência e emergência, deverá ser acatada a indicação do procedimento médico, salvo quando comprovado evidente erro do médico.

d) qual o procedimento, no caso de não haver consenso na escolha do árbitro? Nessa hipótese, há que se entender que tal dissenso inviabilizará por completo a arbitragem instituída, por não ser admissível a forma compulsória da arbitragem, que sempre presumirá o consenso como elemento formador desse instituto, não sendo possível que uma parte imponha o árbitro em detrimento da confiança da outra parte.

Aliás, há que se lembrar de que há um terceiro diretamente interessado na discussão, que é o paciente, o qual obviamente não tem participação direta nessa arbitragem, pois tal procedimento se estabelece entre o médico assistente e a operadora do plano de saúde, sem haver qualquer indicação da participação do paciente no dito procedimento arbitral.

e) não se menciona se há alguma vinculação das partes para com a decisão arbitral. Por fim, há que se abordar resumidamente uma das questões mais importantes que decorrem da arbitragem, pois a dita resolução não menciona se há alguma vinculação das partes para com a decisão arbitral.

Se a resposta for negativa, estar-se-á diante de um procedimento totalmente desnecessário e que só terá efeito negativo ao paciente, que terá tido de suportar demora desnecessária, aliado à situação de expectativa e ansiedade da decisão arbitral que, ao final, de nada lhe servirá.

Se a resposta for afirmativa, há que se ponderar dois pontos distintos que podem ocorrer, tendo em vista que tal decisão poderá favorecer tanto o paciente, quanto a operadora do plano de saúde.

Não haverá problema a enfrentar se a decisão for favorável ao procedimento escolhido pelo médico assistente, caso em que se verificará que a recusa da operadora do plano de saúde foi injusta. Porém, em sentido contrário, o que deverá acontecer no caso de a decisão arbitral julgar errônea a indicação do médico assistente? Nesse caso, a operadora do plano de saúde estará, então, isenta da obrigação de atender ao procedimento solicitado.

Acredita-se que, tanto em um caso, como no outro, deverá haver,



entre as partes, o respeito à decisão arbitral, o que não poderá importar vedação para que o paciente possa recorrer ao Poder Judiciário, para dirimir a questão com maior aprofundamento probatório.

Isso porque em se admitir que a decisão arbitral seja considerada definitiva, estar-se-ia impondo ao consumidor eventual vedação de acesso à justiça, num procedimento arbitral no qual o paciente não é parte direta, pois há que se lembrar de que todo o procedimento estabelecido pela Resolução 1.956 do CFM se estabelece entre o médico assistente e a operadora de plano de saúde e não para com o próprio paciente, o qual é, por óbvio, a parte hipossuficiente.

O tema de acesso à justiça é delimitado em obra referencial como sendo aquele que:

*“tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”.<sup>5</sup>*

Aliás, a hipossuficiência do paciente, nessas situações, dá-se em dois sentidos: a) fática, pois se trata de um paciente adoentado que, em tese, necessita de procedimento médico para cuidados que demandam materiais implantáveis, órteses e próteses e, por outro lado, b) a hipossuficiência técnica, já que se trata de questão afeta ao conhecimento técnico da medicina, não se tratando de matéria de conhecimento comum do homem médio.

Gize-se, ainda, que na arbitragem clássica, prevista na Lei nº. 9.307/96, essa modalidade de composição de conflitos somente é admitida

---

<sup>5</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Mauro. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 13.

nas hipóteses de direitos patrimoniais disponíveis, entre pessoas capazes.

A arbitragem poderá então servir como parâmetro entre o médico assistente e a operadora de plano de saúde e de indubitável subsídio para que o magistrado possa efetivamente deter maiores elementos para proferir a decisão liminar ou, caso já tenha concedido, realizar a revisão, em resposta a requerimento do réu.

Aliás, essa decisão arbitral deverá ser considerada, não apenas no momento da concessão da eventual medida liminar, mas também como elemento probatório para o julgamento do mérito da demanda.

Porém, repita-se, a existência de prévia arbitragem entre o médico assistente do paciente e a operadora de plano de saúde não pode ser tida como elemento que impeça o paciente de vir ao Poder Judiciário para pleitear eventual direito não apreciado, ou apreciado de forma errônea, na arbitragem realizada sem a sua participação direta.

Conclui-se que é válida a atitude do reconhecimento, por parte do Conselho Federal de Medicina, sobre a existência de conflitos na sociedade entre os médicos assistentes que requisitam procedimentos médicos com órteses, próteses, materiais especiais com as operadoras de plano de saúde. Porém, a forma apresentada pelo citado órgão, a via arbitral, há que ser aperfeiçoada, tendo em vista as várias lacunas que podem inviabilizar essa boa intenção.

Embora mereça ser prestigiada por sua intenção, a via arbitral também deve ser sempre interpretada, com vistas ao seu destinatário final, que é o paciente, o qual deve ser sempre tratado com respeito e dignidade, inclusive em obediência ao princípio da dignidade da pessoa humana, lembrando-se sempre de que:

*“a dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao*



*exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos*<sup>6</sup>. ◆

---

6 MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2005, p. 16.