

A FORÇA DA ARBITRAGEM NAS RELAÇÕES DE CONSUMO DE MASSA

Benedito Marcos Duarte Barbosa*

1. INTRODUÇÃO

Trata o presente trabalho da possibilidade de utilização e aplicação do mecanismo de Arbitragem como via alternativa para solução de conflitos, especificamente nas relações de consumo havidas entre consumidores e operadores de planos de saúde.

Nas linhas seguintes, abordaremos o tema a partir da origem dos conflitos existentes entre consumidores e operadores de planos de saúde, suas causas e a quantificação das demandas com base em números do Poder Judiciário. Na sequência, falaremos propriamente sobre o mecanismo da Arbitragem, indicando, por conseguinte, suas vantagens como meio adequado de solução dos muitos conflitos na área de saúde suplementar e forma de contratação mediante a introdução de cláusula contratual.

Ao final, apresentaremos nossas conclusões sobre a certeza de que a Arbitragem poderá, em virtude de suas vantagens, servir com segurança ao propósito de pacificar as relações de consumo entre usuários e planos de saúde.

Historicamente, as relações de consumo sempre foram marcadas pelo desequilíbrio das forças envolvidas: fornecedores e consumidores.

De um lado, estão os fornecedores que invariavelmente se encontram em uma melhor condição para a celebração do negócio jurídico, seja pela condição de poder determinar o preço final a ser pago, seja pelo estabelecimento da qualidade do produto ou serviço que entrega, seja pelo cumprimento dos prazos na entrega ou na conclusão de serviços contratados e, ainda, pela possibilidade de manipulação das demais condições naturais do negócio.

De outro lado, estão os consumidores que, na condição de hipossuficientes se habituaram, de longa data, a aceitar as condições impostas pelos fornecedores, desde que, apenas, lhes fosse entregue o produto ou prestado o serviço almejado.

Não havia a quem reclamar quando essa relação se desequilibrava.

Diante dessa realidade e do clamor social, o legislador ordinário viu-se obrigado a estabelecer um marco legal que disciplinasse e regulasse a relação jurídica de consumo de massa, nascendo daí a edição da Lei nº 8.078/1990, conhecida como Código de Defesa do Consumidor.

A partir de então, os consumidores brasileiros despertaram para a possibilidade de que a relação de consumo poderia alçar um novo nível de relacionamento com os fornecedores de produtos ou serviços, no qual poderia haver um melhor reconhecimento e respeito dos seus direitos de consumidor final.

Todavia, a medida que esse cenário foi se tornando realidade, a sociedade civil começou a perceber que as relações jurídicas entre consumidores e fornecedores, ao contrário da pretensão legislativa, ainda estavam longe de serem harmoniosas. Havia muita tensão a exigir disciplinas legais mais efetivas.

As políticas públicas passaram então a contemplar a existência de órgãos reguladores estatais e de leis específicas, por setor da economia, tentando harmonizar as relações de consumo de massa que se mostraram desequilibradas.

Na área de saúde suplementar, assim como em outros segmentos da atividade econômica, o tema foi regulamentado pela Lei nº 8.078/1990, conhecida como Lei dos Planos de Saúde.

2. A ORIGEM DAS DEMANDAS JUDICIAIS ENTRE CONSUMIDORES E PLANOS DE SAÚDE

Com a incapacidade do poder público para atender à população, na área de saúde, patenteada pela inegável falência do sistema público de saúde, aqueles consumidores que possuíam e possuem melhores condições financeiras passaram a contratar diretamente serviços de assistência à saúde através de empresas privadas, chamadas de “operadoras de planos de saúde” que se proliferaram em todo o país, assumindo diferentes tipos e naturezas jurídicas, tais como: cooperativas médicas, empresas de medicina de grupo, autogestão e empresas de seguro-saúde.

Infelizmente, esse modelo, com o tempo, revelou suas fragilidades, e não tardou muito para surgirem conflitos entre os consumidores de planos de saúde e as operadoras desse tipo de negócio, que, ante o desequilíbrio na relação jurídico-contratual, foram canalizados ao Poder Judiciário.

Os processos judiciais, deste modo, experimentaram um crescimento exponencial nos últimos quinze anos, elevando a sobrecarga do Poder Judiciário, já assoberbado, que também não conseguiu resolvê-los de forma satisfatória, rápida e, muito menos, de equacionar a sempre crescente disputa entre as partes envolvidas.

Com efeito, diante do enorme e crescente volume de demandas direcionadas ao Poder Judiciário, em todo o país, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Recomendação nº 31/2010, recomendando aos tribunais a *“adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde”*.

Consoante divulgação publicada no site <http://www.cnj.jus.br>, em 2015, o CNJ justificou que a referida Recomendação teve como objetivo orientar os tribunais na adoção de medidas que subsidiem os magistrados para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde pública.

Ainda, segundo o CNJ, a exposição de motivos da citada Recomendação indicou as razões para sua edição, quais sejam: (1) o grande número de demandas envolvendo a assistência à saúde em tramitação no Judiciário e o representativo dispêndio de recursos públicos decorrente desses processos judiciais e (2) a carência de informações clínicas prestadas aos magistrados a respeito dos problemas de saúde enfrentados pelos autores dessas demandas.

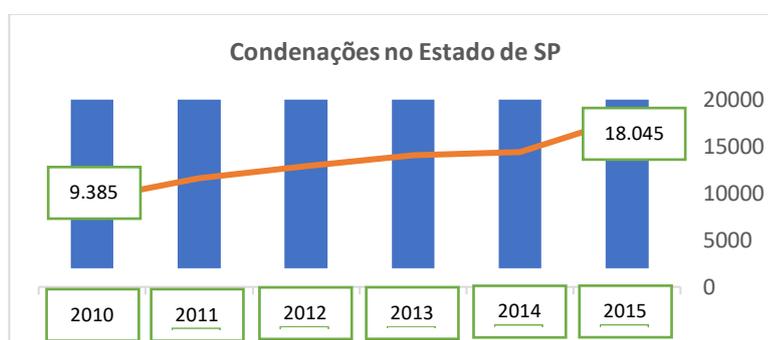
Essa situação, na verdade, deu ensejo à percepção de que haveria uma maior insegurança jurídica nas relações de consumo de massa, sobretudo na área de saúde suplementar, em virtude das inúmeras divergências verificadas nas fundamentações das decisões judiciais, tanto em primeira instância quanto em instâncias superiores, e a inexplicável demora na prestação da tutela jurisdicional.

Esses fatores aliados ao elevado e crescente custo que envolve uma demanda judicial impuseram a todos os envolvidos a imperiosa necessidade de buscar outras vias ou solução alternativa que tentasse harmonizar os conflitos e buscasse a necessária pacificação das desavenças existentes entre fornecedores e consumidores de serviços de saúde suplementar.

A via alternativa que se mostrou ideal, portanto, foi a da conciliação por meio da mediação e da arbitragem que, por certo, produziriam melhores resultados se comparadas à atuação do Poder Judiciário.

Em pesquisa sobre esse tema, encontramos as considerações feitas por Marlus Keller Riani, em seu Trabalho de Conclusão de Curso para obtenção do título de Mestrado, na Faculdade de Direito Milton Campos, em Nova Lima/MG, intitulado “*Planos de Saúde: a harmonização dos interesses na relação de consumo*”, que, já em 2010, observou que o próprio CNJ, àquela época, havia apontado a existência de mais de 112 mil processos judiciais em andamento, perante 20 tribunais de justiça estaduais.

Em recente pesquisa, verifica-se que os números mais atualizados desse cenário confirmam essa dramática situação e sua tendência de agravamento, conforme se pode ver no gráfico abaixo:



Crescimento de mais de 92%

Fonte: Secretaria Estadual de Saúde de SP

Apenas para registro, em 2011 haviam 240.980 processos judiciais envolvendo a área de saúde. Em 2014, o total era de 392.921 processos judiciais, conforme notícia veiculada pelo Conselho Nacional de Justiça no documento intitulado *Relatórios de Cumprimento da Resolução CNJ nº 107*.

Diante desse quadro de inegável impotência do Poder Judiciário para neutralizar o crescimento das demandas da área de saúde e harmonizar ou, ao menos, minimizar o número de demandas acerca das relações de consumo havidas entre usuários de planos de saúde e operadores de saúde suplementar, restou que a utilização de mecanismos alternativos para composição de conflitos, tais como a arbitragem, poderia representar a única via capaz de equacionar o problema e desafogar os tribunais e juizados envolvidos, resgatando assim o equilíbrio nas relações jurídicas já abaladas pela ineficiência estatal.

3. ARBITRAGEM: UMA VIA PARA HARMONIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Conceitualmente, a Arbitragem é compreendida como sendo um “mecanismo privado de solução de litígios; a arbitragem é meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou de mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada” (Carmona, 2009).

Não há como negar que a adoção da arbitragem representa um mecanismo ideal para o apaziguamento dos conflitos decorrentes da relação de consumo entre usuários (consumidores) e operadores de plano de saúde (fornecedores), posto que tais conflitos envolvem puramente interesses privados e direitos patrimoniais disponíveis.

Se, de um lado, a empresa operadora de plano de saúde tem o direito patrimonial de dispor como pretende prestar seus serviços de assistência à saúde, de outro lado, o consumidor tem o direito patrimonial de escolher o nível de qualidade e a forma como pretende ser atendido.

Superada a questão da legalidade de aplicação da arbitragem para composição de conflitos em matéria de direito consumerista, restaria avaliar os demais aspectos que viabilizam essa solução.

Em primeiro turno, cumpre esclarecer que a arbitragem caracteriza-se como sendo um procedimento por meio do qual as partes contratantes podem solucionar determinado litígio sem recorrer ao Poder Judiciário. Ensina Figueira Júnior (1999, p. 159) que “a arbitragem como jurisdição privada opcional decorre da manifestação livre de vontade das partes contratantes, do que advém sua natureza contratual jurisdicionalizante.”.

Nessa esteira, em matéria de relações de consumo, observa-se que o art. 4º, inciso V, do Código de Defesa do Consumidor, determinou como um de seus princípios o incentivo aos mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo. Compreende-se, assim, que o sistema consumerista bem acomoda a mediação, a conciliação e, por conseguinte, a arbitragem, todas como forma não usuais de se proceder ao deslinde de problemas entre os dois atores presentes em uma relação de consumo.

Aliás, no Brasil, algumas experiências nesse sentido podem ser consideradas bem sucedidas, como por exemplo, a que ocorre no Estado de Goiás.

Conforme defendido pelo Desembargador Vítor Barboza Lenza, do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, em seu artigo intitulado “CORTES ARBITRAIS”, divulgado no Painel “Solução alternativa de conflitos e os Juizados Especiais”, (R. CEJ, Brasília, nº 17, abr./jun. 2002), tais mecanismos revelam-se eficazes, vez que, *verbis*:

Constitui objetivo geral das Cortes de Conciliação e Arbitragem a solução de quaisquer pendências judiciais, passíveis de transação, sem limite de alçada, via mediação, conciliação e arbitragem, nas dependências da entidade conveniada, sem necessidade de protocolização da controvérsia no fórum local. A arbitragem na CCA é adotada como uma alternativa para a solução simplificada dos conflitos, de maneira célere, quase informal, discreta, de baixo custo, sigilosa, com grande flexibilidade de forma de procedimento, retirando muitas contendas da Justiça estatal.

Ressalta ainda o ilustre juiz que “A arbitragem é uma forma extrajudicial para a rápida solução dos conflitos, de maneira célere, já que não está sujeita à publicidade, objetivando adequar a boa solução das questões dos cidadãos e dos empresários, retirando muitas contendas da Justiça estatal, permitindo o desafogo do Judiciário”.

É certo que a arbitragem, por força das disposições da Lei nº 9.307/1996, Lei de Arbitragem, revela-se adequado para fins de equacionamento dessa situação, vez que, como dito antes, envolvem direitos patrimoniais disponíveis que decorrem de uma relação jurídica contratual.

A primeira consideração que se impõe refere-se à aplicação da arbitragem nas relações de consumo de massa, estabelecidas entre consumidores e operadores de planos de saúde, considerando que tais contratos são classificados como “contratos de adesão”, nos quais a participação do consumidor se limita à simples aceitação das cláusulas e condições neles predefinidas.

Todavia, a Lei de Arbitragem prevê que, mesmos nos contratos de adesão, seja possível a adoção de uma cláusula compromissória, cujo nome se dá à convenção feita pelas partes num determinado contrato para que litígios derivados dessa relação jurídica possam ser solucionados por meio da arbitragem.

Para o Professor Carlos Alberto Carmona (Carmona, 2009, pp. 35-36), a adoção dessa cláusula é importante, pois: “Uma barreira às cláusulas arbitrais foi estabelecida quanto aos contratos de adesão: o objetivo foi evitar sua banalização, através da inclusão da cláusula, indiscriminadamente, em condições gerais de negócios, normalmente impressas e às quais o contratante adere em bloco”.

Embora vários autores discorram no sentido de que o emprego da arbitragem, mesmo previsto em uma cláusula compromissória, poderia significar prejuízo ao consumidor, há que considerar, como ensina o Prof. Carmona (Carmona, 2009, p. 107), que o importante de fato é que se faça justiça, ou seja, que uma parte não se sobreponha a outra por força de seu poder econômico ou pelas garantias que a lei lhe reserva.

O razoável nessa discussão, conclui Carmona, é que em um contrato de adesão se considere a hipótese do aderente rejeitar a arbitragem inserida maliciosamente pelo fornecedor, na qual o consumidor não deve estar obrigado a aceitá-la, pois o vínculo ao procedimento arbitral não dispensaria a opção pela via judicial ou então poderia de uma vez por todas conferir ao juízo arbitral a competência para apreciar a lide.

4. A FORÇA DA ARBITRAGEM ADVINDA DAS SUAS VANTAGENS

Como visto, a solução ou, pelo menos, a tentativa de equacionamento do problema que se coloca, qual seja, a busca pela pacificação dos conflitos entre usuários (consumidores) de planos de saúde e fornecedores (operadores) de saúde suplementar, poderá ser encontrada na aplicação da arbitragem como mecanismo de solução eficiente e eficaz dos conflitos existentes nessa área, sobretudo porque poderiam servir ao propósito de desafogamento do Poder Judiciário, tão sobrecarregado pela judicialização da relação de consumo de massa.

As vantagens do processo de arbitragem são claras e indiscutíveis: celeridade, flexibilidade, informalidade, economia e liberdade. Antes delas, há que se ressaltar que a Arbitragem apresenta uma vantagem inicial relativamente à forma de adoção ou contratação desse meio de solução de conflitos, qual seja, através da inclusão simples de uma cláusula contratual no contrato firmado entre o consumidor e a operadora de plano de saúde, já que se trata de um contrato privado.

Impende ressaltar que ainda que o contrato de plano de saúde seja firmado no modelo de “contrato de adesão”, a cláusula de Arbitragem é plenamente viável e eficaz, desde que evidentemente não decorra de imposição do fornecedor e que o consumidor anua com ela, ratificando-a no momento de eventual litígio. Nesse sentido, a 4ª. Turma do C. STJ decidiu por unanimidade nesse sentido, nos termos do voto do Ministro Relator Luis Felipe Salomão, REsp 1.189.050.

Quanto à celeridade, essa vantagem já se encontra prevista na própria Lei de Arbitragem que, no art. 23, estabelece o prazo limítrofe de 6 meses após a nomeação do árbitro para definição da questão. Flexibilidade e informalidade serão livremente definidas pelas partes que poderão facilmente fixar prazos, realização de audiências e eventuais

provas. Com relação à economia, é certo que as partes poderão ter, com segurança, a previsibilidade das despesas que incorrerão, especialmente pelo menor tempo do processo. Por fim, quanto à liberdade, é igualmente certo que, na arbitragem, as partes poderão usar da sua autonomia de vontades para decidir pela escolha do árbitro e das regras a serem aplicadas, baseadas no Direito, usos e costumes e equidade.

Ainda com relação ao emprego da arbitragem, especificamente no caso dos litígios entre consumidores de planos de saúde e seus operadores, cabe asseverar que essa forma de solução é perfeitamente adequada, vez que os cinco principais motivos da judicialização são:

- 1 – Cobertura para medicamentos, com 25,56%;
- 2 – Órteses, Próteses e Materiais Especiais (OPME), com 22,00%;
- 3 – Tratamentos não listados no rol de procedimentos da ANS, com 20,16%;
- 4 – Reajustes de mensalidade do plano de saúde, com 11,46%;
- 5 – Problemas com a rede credenciada, com 4,22% do total.

Fonte: <http://brasileiros.com.br/2016/12/cinco-maiores-causas-de-reclamacoes-contra-planos-de-saude/>

Ao observarmos esse aspecto, verifica-se que os casos mais numerosos, quase 84%, envolvem simplesmente as obrigações de fazer ou dar, como nos casos do fornecimento de medicamentos e OPMEs, realização de tratamentos e exames, retirar reajustes e oferecer cobertura. Assim sendo, a arbitragem dispensaria a necessidade de árbitros especializados ou com formação médica, sendo, entretanto, recomendado que o árbitro conheça os mecanismos dessa relação de consumo e tenha tido experiência na área.

5. CONCLUSÃO

Em virtude do exposto, chega-se facilmente à conclusão de que a adoção e a intensificação de uso do processo de arbitragem nas relações de consumo de massa na área da saúde suplementar será indubitavelmente a melhor alternativa para a solução e pacificação dos conflitos existentes entre consumidores e operadores de planos de saúde, senão pelas vantagens antes explanadas, que são inconteste, mas porque esse mecanismo representa uma evolução social no tratamento das desigualdades que solapam o convívio social.

***Benedito Marcos Duarte Barbosa** é advogado formado pela Universidade Federal do Pará. Pós-Graduado em Direito Empresarial pelo Instituto de Economia da UNICAMP/SP. Componente do corpo de árbitros do TASP – Centro de Mediação e Arbitragem de São Paulo.

REFERÊNCIAS:

- CARMONA, Carlos Alberto – Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96. São Paulo. Atlas, 2009.
- FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Arbitragem, jurisdição e execução. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- R. CEJ, Brasília, nº 17, abr./jun. 2002

CITAÇÃO DE SITES:

- <http://www.cnj.jus.br>
- <http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/demandasnoTRIBUNAIS.FORUMSaude.pdf>
- <http://revista.fasf.edu.br/index.php/conecta/article/view/11>
- <http://brasileiros.com.br/2016/12/cinco-maiores-causas-de-reclamacoes-contra-planos-de-saude/>