

A práxis jurídica brasileira: Soluções alternativas em conflitos entre consumidores e os planos de saúde

Cristina Danielle Pinto Lobato¹

Resumo

Este artigo tem como objetivo descrever as práticas extrajudiciais desenvolvidas pelos advogados que atuam no campo dos Planos de Saúde e na Defesa do Consumidor. Isto porque, os meios alternativos de solução de conflitos configuram práticas não adversariais inseridas numa cultura diferenciada de pacificação social, através de tentativas cooperativas entre as partes através do diálogo.

Palavras-chave: Advocacia. Plano de Saúde. Consumidor. Direito à Saúde. Práticas Extrajudiciais.

Abstract

This article aims to describe the extrajudicial practices performed by lawyers who work under the Health Insurance and Consumer Protection. This is because, the alternative ways of solution of conflicts configure non-adversarial practical inserted in a differentiated culture of social pacification, through cooperative efforts among the parties through dialogue.

Keywords: Advocacy. Health Insurance. Consumer. Right to Health. Extrajudicial Practices.

INTRODUÇÃO

Este artigo tem como objetivo compreender as práticas extrajudiciais utilizadas no cotidiano das instituições investigadas, com vistas a estudar os meios alternativos de solução de conflitos. A compreensão de cotidiano utilizada baseia-se em Milton Santos, na medida em que: “no cotidiano, a razão, isto é, a razão de viver é buscada por meio do que,

¹ Acadêmica da Graduação em Direito da UERJ e membro do LAPPIS/IMS/UERJ – Laboratório de Pesquisa sobre Práticas de Integralidade em Saúde.

face a esse racionalidade hegemônica, é considerado como ‘irracionalidade’, quando na realidade o que se dá são outras formas de ser racional”².

No que tange a noção de conflito, foi necessário delimitar as práticas envolvendo demandas dos consumidores, sob a ótica da relação de consumo estabelecida através do contrato de adesão ao plano de saúde.

O tema saúde suplementar merece destaque tendo em vista o expressivo número de consumidores que recorrem a este serviço, assim como, diante do alargamento das obrigações contratuais dos Planos de Saúde, em face da transferência pelo Estado de responsabilidades dos entes públicos aos entes particulares através da regulamentação da ANS.

A base deste artigo apoiou-se em pesquisa qualitativa de caráter exploratório, cujo cotidiano dos atores foi considerado cenário privilegiado para compreensão de suas concepções acerca do tema do direito e saúde suplementar. Para tanto, foram realizadas 11 entrevistas no município do Rio de Janeiro com os seguintes atores: Advogados de Operadoras de Planos de Saúde, Advogados de Associações de Defesa do Consumidor, Advogados de Comissões Parlamentares de Defesa do Consumidor e Advogados Públicos da ANS.

O SUPORTE JURÍDICO DA SAÚDE PRIVADA

O direito à saúde é um bem jurídico ao qual incumbe ao Estado a realização de políticas públicas que possibilitem o acesso universal e igualitário, nos moldes do art. 196 da Constituição de 1988. Sob estes pilares, instaurou-se o Sistema Único de Saúde (SUS), cujo escopo é a prestação de um serviço de relevância pública.

Com vistas a efetivar esses preceitos, o arranjo institucional do SUS disciplinado na Constituição abarca os serviços de saúde disponibilizados pela rede pública e pela rede privada. Assim, cumpre ao Poder Público executar as ações e serviços de saúde diretamente

² SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal**. 5 ed. Rio de Janeiro: Record, 2004. p. 126.

ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado, segundo o artigo 197 da Constituição de 1988.

A assistência prestada pelos particulares difere da promovida pelos entes públicos diante da orientação segundo os princípios da livre iniciativa e concorrência, também resguardados na Constituição, a partir da combinação entre os artigos 170 e 199 da Constituição de 88.

Portanto, para contornar a possível mercantilização da saúde, o Poder Público resguardou para si a competência para regulamentar, fiscalizar e controlar este setor. Dessa forma:

na linguagem econômica, a saúde é um bem público que gera externalidades positivas. Aqui o mercado é imperfeito e o Estado tem que intervir, seja para garantir o acesso aos serviços para população de baixa renda, seja para impor limites à 'sede de lucro' das empresas³.

A regulação da saúde privada nos moldes atuais tem como marco a criação da Lei nº 9.656 de 1998, que disciplina sobre planos privados de assistência à saúde. Esta lei é fruto de disputas políticas, que desembocaram nas sucessivas alterações sofridas no texto original.

No contexto de redução da intervenção direta do Estado nas atividades econômicas no final dos anos 90, há a criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), com vistas à regulação pública do setor privado e efetivação da lei dos planos de saúde. A ANS foi instituída pela Lei nº 9.961 de 2000, com a finalidade de defender tanto o mercado, quanto os consumidores, tendo como base a técnica dos atos praticados. Com vistas a cumprir seu fim, a ANS dispõe de poder normativo para regular o setor.

A lei 9.656 limita sua aplicabilidade às pessoas jurídicas que se adequam ao artigo 1º, inciso II, abrangendo as operadoras de plano de assistência à saúde que se revestem nas modalidades de: autogestão, cooperativa médica, filantropia, medicina de grupo, seguradora especializada em saúde, cooperativa odontológica, odontologia de grupo e administradora. Deste modo, independentemente da configuração jurídica, é a atividade desenvolvida que define os planos de saúde.

³ CINTRA, Guilherme. Saúde: direito ou mercadoria? In: COSTA, Alexandre Bernardino *et al.* (Org.). **O Direito Achado na Rua: introdução crítica ao direito à saúde**. Brasília: CEAD/UNB, 2008. p.437.

A importância deste dispositivo legal é limitar quais pessoas jurídicas poderão prestar os serviços de saúde privada e devem, conseqüentemente, ser submetidas ao registro junto a ANS. O Sistema de Cadastro de Operadoras (CADOP) é responsável pelo cadastramento e controle dos registros, contendo dados sobre as operadoras, tais como: registro, CNPJ, endereço, natureza, classificação, modalidade, representantes, administradores, composição de capital e tipos de taxas. Através de consulta no site da ANS⁴, é possível verificar que somente na região sudeste há mais de mil operadoras registradas em atividade e mais de vinte e sete mil beneficiários de assistência médica.

Ademais, esta norma específica visa a constituir alicerces mínimos a serem proporcionados pelos planos privados, disciplinado sobre a natureza de prestação continuada da atividade, cujo prazo é indeterminado, com o fim de assegurar a assistência à saúde sem limite financeiro (art. 1º, inc. I da Lei 9656/98).

No que tange aos prazos de carência, foram definidos três limites temporais máximos para a cobertura completa dos planos de saúde: a) prazo de vinte e quatro horas para a cobertura dos casos de urgência e emergência; b) cento e oitenta dias para os demais casos; c) trezentos dias para partos.

A Lei dos Planos de Saúde também trata do reajuste de mensalidades, pois as mudanças nas contraprestações pecuniárias em razão da idade do consumidor somente poderão 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 (art. 15, Lei 9656/98). De forma a preencher a lacuna deixada deste artigo, a ANS foi compelida a editar a Resolução nº 6/98 do CONSU para regular os reajustes das mensalidades e tratar das faixas etárias.

A despeito da subsidiariedade que a Lei 5696/98 estabelece à aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC), nos moldes do artigo 35-G, é pacífico o entendimento jurisprudência e doutrinário de que esses contratos envolvem relação consumerista.

O CDC, Lei nº 8.078/90, é norma geral, fruto da intervenção do Poder Público na ordem econômica para equilibrar as relações de consumo, diante da contraposição de dois

⁴ Disponível em: < <http://www.ans.gov.br>>. Acesso em: 20 set. 2009.

atores: fornecedor e consumidor. De acordo com o artigo 3º deste diploma legal, equiparam-se a fornecedor os prestadores de serviços, compreendendo tanto as atividades securitárias, quanto as atividades típicas dos planos privados de saúde.

Há ainda a influência de outros diplomas legais nas atividades dos planos de saúde, como o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº8069/90) e o Estatuto de Idoso (Lei nº10741/03).

A ADESÃO DA SOCIEDADE AOS PLANOS DE SAÚDE PRIVADOS

Os contratos configuram negócios jurídicos advindos do concurso de vontades que geram efeitos obrigacionais às partes. Segundo Orlando Gomes, há uma dicotomia entre conteúdo e eficácia, na medida em que o contrato é o vínculo de uma relação jurídica da qual emanam efeitos a serem observados pelas as partes⁵.

No cenário atual, a intervenção do Estado na economia exerceu dupla influência nos contratos, para primeiramente mitigar a autonomia privada e para conseqüentemente representar interesses antagônicos, como nos casos dos produtores e consumidores.

Para tanto, há princípios que orientam os contratos, quais sejam: o equilíbrio econômico, a função social e a boa-fé.

O equilíbrio econômico exerce influência do âmbito da revisão dos contratos, mostrando-se um instrumento para contrapor a rigidez e obrigatoriedade dos contratos. O Poder Judiciário é muitas vezes compelido a decidir sobre questões que envolvem aspectos técnicos, econômicos e sociais.

A função social dos contratos introduzida pelo artigo 421 do Código Civil brasileiro de 2002 orienta as celebrações desses negócios jurídicos segundo interesses sociais, para além de objetivos individuais, com vistas a efetivar preceitos coletivos.

O princípio da boa-fé incorpora valores éticos aos contratos, permitindo a interpretação destes segundo a ótica da lealdade entre as partes e a confiança recíproca.

⁵ GOMES, Orlando. Contratos. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. pp. 3-5.

Dessa forma: “a boa-fé é sentida como a concretização do princípio da dignidade no campo das obrigações”⁶.

No contexto dos contratos dos planos de saúde privados, apesar de nem todos estarem sob o formato de seguro, Sergio Cavaliere conclui que: “dele se aproximam, pois tem em comum uma contraprestação pecuniária preestabelecida para cobrir os riscos de eventual doença”⁷.

A principal semelhança a ser ressaltada refere-se ao formato de contrato de adesão, o qual apresenta um conteúdo pré-definido, não permitindo ao contratante alteração substancial das cláusulas. Assim, as condições gerais do contrato configuram o conteúdo a ser apresentado uniformemente a pessoas indeterminadas em que o consentimento manifesta-se como simples adesão a conteúdo preestabelecido da relação jurídica.

Outro aspecto similar é quanto à responsabilidade civil, a qual se apresenta como contratual e objetiva, tendo em vista que esses contratos são regidos pelos princípios da mutualidade, adesão e boa-fé.

Dessa forma, as operadoras de plano de saúde privados assumem os riscos inerentes à atividade econômica desempenhada, vindo a responder por erro médico e falha na prestação do serviço cometido por profissionais ou hospitais conveniados.

Esses contratos envolvem riscos, que são suportados tanto pelo beneficiário que assume o compromisso de pagar, utilizando ou não os serviços médicos, quanto pelas as empresas em que mesmo tendo aumentado os seus custos, assume o ônus de manter inalterada a prestação do serviço.

São também contratos de consumo, e, portanto devem ser lidos segundo disciplina o Código de Defesa do Consumidor. O prestador de serviço é equiparado a fornecedor pela lei, abarcando a rede prestadora de serviços de saúde suplementar.

O consumidor, na outra ponta da relação jurídica, tem reconhecida a sua vulnerabilidade diante dos interesses econômicos dos fornecedores e assegurada a sua proteção mediante intervenção do Poder Público no mercado de consumo.

⁶ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Obrigações*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. pp. 61-21.

⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008. pp. 425-426.

A formação dos contratos de adesão desenvolve-se através da oferta ao público de proposta que é aperfeiçoada com a aceitação do consumidor. Esta proposta apresenta traços característicos, quais sejam: uniformidade, predeterminação e rigidez.

A uniformidade reflete as necessidades econômicas e sociais da atividade desenvolvida pelos planos privados, com vistas a racionalizar a oferta e a conseqüente aceitação aos contratos de massa. Bem como, a regulamentação deste setor pela ANS fortalece a existência de cláusulas pré-constituídas, para assegurar o cumprimento da legislação vigente e resguardar os direitos conquistados.

No que tange a predeterminação, essa traduz a modalidade de contrato de adesão, pois representa o interesse unilateral do contratante de atingir o maior número de adesões por meio de serviços e custos definidos previamente sem ser dada a possibilidade de negociação. Atrelada a esta característica, descreve-se também o aspecto formal quanto à rigidez desses negócios jurídicos, pois há um conteúdo específico que pela tecnicidade da regulação sobre o tema não é passível de alteração.

A ADVOCACIA E AS PRÁTICAS EXTRAJUDICIAIS

O advogado, assim como o Ministério Público e a Defensoria Pública, exerce função essencial à justiça, “composta por todas aquelas atividades profissionais públicas ou privadas, sem as quais o Poder Judiciário não pode funcionar ou funcionará muito mal”⁸, disciplinadas na Constituição nos artigos 127 a 135. Advocacia divide-se em pública e privada.

A Defensoria Pública promove a advocacia pública e é incumbida da orientação jurídica e defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do artigo 5º, inciso LXXIV da Constituição de 88. Em 1994 foi editada a Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública (Lei Complementar nº 80/94), que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e prescreve normas gerais para a organização das Defensorias Estaduais.

A atuação da Defensoria também ocorre extrajudicialmente, no sentido de há uma função de esclarecimento dos direitos aos cidadãos que buscam orientação jurídica.

⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27 ed. São Paulo: Malheiros. p. 594

Com a alteração realizada pela Lei Complementar nº132 de 2009, houve ainda reforço ao incentivo a práticas não judiciais na solução dos litígios, visando à composição entre as pessoas em conflito de interesses, por meio de mediação, conciliação, arbitragem e demais técnicas de composição e administração de conflitos

O advogado, por outro lado, desenvolve a advocacia privada e da combinação do disposto no Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) com o Código de Ética profissional do Advogado, presta serviço público e exerce função social. Tem, ainda, como dever estimular a conciliação, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios, bem como aconselhar o cliente a não ingressar em aventura judicial e pugnar pela solução dos problemas da cidadania e pela efetivação dos seus direitos individuais, coletivos e difusos, no âmbito da comunidade.

Sendo assim, conceito pouco explorado na doutrina refere-se à juridicização das questões atinentes à saúde, na medida em que se reconhece outras esferas legítimas de solução de conflitos que não o Judiciário. Assim, prestigiam-se formas não adversárias de composição, resguardando a função social do advogado, conforme a Constituição disciplina no artigo. 133, diante da sua indispensabilidade e essencialidade à administração da justiça.

Conclui-se, portanto, que o papel do advogado não está adstrito à postulação em juízo, sendo incentivada pela própria legislação brasileira uma atuação instrumentalizada por meio de práticas colaborativas.

Nesse sentido, a negociação, mediação e a conciliação são métodos não adversariais de solução de conflitos, inseridos numa cultura diferenciada de pacificação social, através de tentativas cooperativas entre as partes.

No que tange a distinção conceitual, a negociação, ato personalíssimo em face de atuação direta entre as partes, preserva a autoria e autenticidade dos negociadores na solução de seus próprios conflitos, viabilizando uma solução autonegociada. Diferentemente, a mediação e a conciliação aproveitam a participação de terceiros, facilitadores, que auxiliam as partes a atingir o estágio produtivo das negociações e a chegarem a um acordo. Segundo Garcez:

no Brasil a expressão conciliação tem sido vinculada principalmente ao procedimento judicial, sendo exercida por juízes, togados ou leigos, ou por conciliadores bacharéis em direito, e representa, em realidade, um degrau a mais

em relação à mediação, isto significando que o conciliador não se limita apenas a auxiliar as partes a chegarem, por elas próprias, a um acordo, mas também pode aconselhar e tentar induzir as mesmas a que cheguem a este resultado, fazendo-as dividir seus direitos, para que possam decidir mais rapidamente⁹.

Para Humberto Dalla, entretanto, a mediação deve ser preferencialmente utilizada diante de controvérsias que envolva pessoas físicas que mantêm um vínculo a ser preservado além do procedimento não judicial. Por isso, a mediação deve ser conduzida por profissionais habilitados que estabeleçam uma relação de confiança e postura ética com as partes para remover possíveis obstáculos que obstem o acordo¹⁰.

Dessa forma, o advogado por desempenhar papel fundamental na orientação e defesa dos direitos dos consumidores, com vistas a cumprir sua função social deve verificar no caso concreto a viabilidade de formas não litigiosas na resolução dos conflitos.

A PRÁXIS JURÍDICA E OS PLANOS DE SAÚDE

A MEDIAÇÃO ATIVA E A ANS

A Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) tem por finalidade institucional promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regular as operadoras setoriais - inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores - e contribuir para o desenvolvimento das ações de saúde no País.

A estrutura da ANS é composta por uma diretoria colegiada com até cinco diretores com mandatos não coincidentes. Os diretores desempenham um mandato de três anos, com possibilidade de prorrogação por mais três anos. No ano de 2009, quando foi realizada a pesquisa, havia diretorias especializadas nos seguintes eixos: Normas e Habilitação de Produtos, Normas e Habilitação de Operadoras, Gestão, Desenvolvimento Setorial e Fiscalização.

⁹ GARCEZ, Jose Maria Rossani. **Negociação, ADRS, Mediação, Conciliação e Arbitragem**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p.54

¹⁰ PINHO, Humberto Dalla Bernadina de (Coord.). **Teoria Geral da Mediação à Luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. pp. 227-229.

A Diretoria de Fiscalização atua através de procedimento administrativo diante de demandas de consumidores formalizadas em denúncias sobre as operadoras de plano de saúde, para que a partir disso sejam apuradas eventuais irregularidades e sejam aplicadas as multas pertinentes.

No que tange a atuação extrajudicial, a Diretoria de Fiscalização da ANS descreveu práticas inovadoras, tendo em vista que esta orienta suas atividades a partir de demandas dos próprios usuários de planos de saúde. Isto somente é possível em face dos diversos canais denúncias existentes que se comunicam com a Diretoria, através do serviço de discagem gratuita disponibilizado pelo número “0800” na ANS, mediante e-mail e também pessoalmente, por meio de visitas a um dos 12 núcleos regionais de fiscalização. Ademais, há diversos parceiros institucionais pelo Brasil, como as centrais sindicais, os órgãos de defesa do consumidor e CADE.

Após o recebimento da denúncia, formaliza-se a Notificação de Investigação Preliminar (NIP), que é descrito pelo entrevistado como um procedimento célere e rápido na tentativa da resolução dos conflitos com a mediação ativa, ou seja, através da consensualidade em substituição ao processo administrativo, pois neste último “o consumidor que teve o direito violado, o processo ta lá, mas a prestação não foi adquirida” (Informação verbal)¹¹.

De acordo com os dados coletados na pesquisa, a NIP é um modo rápido de resolução de conflitos e a média tem sido de três dias para a satisfação da demanda. Caso não haja consensualidade após tentativa da NIP, há aplicação de multa e a instauração de processo administrativo, com possibilidade da operadora de plano de saúde emendar sua conduta antes da lavratura do auto de infração ou realizar a reparação voluntária e eficaz, se ainda houver utilidade dessa prestação para o consumidor.

A utilização da mediação ativa e da consensualidade no processo como forma de evitar a judicialização representa uma opção da diretoria colegiada que desempenhava suas atividades no ano em que a pesquisa foi realizada, refletindo uma forma de compreensão

¹¹ Trecho da transcrição de entrevista realizada com Advogado Público da ANS (ANS_3).

sobre a regulação do setor, cuja base das práticas é fundamentada nas teses de juristas como Alexandre dos Santos de Aragão e Marcus Juruena Villela.

Outra derivação deste instrumento consensual é a Mediação Ativa de Conflitos Regionais de Operadora (MACRO), na qual há reunião de todas as demandas de uma operadora e a partir desse levantamento negocia-se sobre as multas pertinentes, apresenta-se o impacto financeiro na contabilidade da operadora e é proposta uma tentativa de resolver os conflitos reduzindo a dificuldade de comunicação com a operadora. Para isto, a ANS convoca a operadora não como Estado e regulado ou Estado e administrado, mas como se fosse uma Agência Gerencial, na tentativa de que a operadora emende a conduta ou firme um Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta (TCAC), se ainda houver possibilidade.

O enfoque da fiscalização está na mediação dos conflitos do mercado, que promove celeridade e eficiência no âmbito do processo de fiscalização por meio de ação punitiva de práticas de mercado e protagonismo do consumidor. Para isto, a equipe congrega várias especialidades, é inter e multidisciplinar, pois há médicos, advogados, especialistas em regulação de saúde suplementar, atuárias e economia.

Os instrumentos da mediação de conflitos são: a) Reparação Voluntária e Eficaz – RVE; b) Notificação de Investigação Preliminar – NIP; c) Ações de Fiscalização Indutora; d) Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta - TCAC.

A NIP possibilita ao consumidor uma resposta mais rápida sobre seu problema, ao passo que a operadora poderá equacionar problemas decorrentes de situações particulares e permite a diminuição do número de processos junto a ANS, o que reflete maior eficiência e celeridade desta forma de resolução extrajudicial do conflito. Portanto, a proposta da NIP é ser um instrumento que permita a realização da conduta sem posterior sanção. Destarte, além de pedagógico, é preventivo e também reparador, eficaz e voluntário.

ASSOCIAÇÃO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: INFORMAÇÃO E INTERMEDIÇÃO

Inicialmente, cumpre esclarecer a dificuldade enfrentada durante a pesquisa para agendar entrevista com os advogados que realizam suas atividades nas dezenas de associações de defesa do consumidor no Rio de Janeiro. Através de consulta nos *sites* disponíveis nas ferramentas de busca pela *internet*, foi possível inferir que muitas associações desenvolvem uma atuação mais judicial do que extrajudicial, como prestadoras, essencialmente, de serviços de advocacia privada.

Diante deste contexto, foram entrevistados com êxito apenas dois advogados de uma mesma associação, com atuação em todo território nacional, que possui mais de 200 mil associados. Esta é uma entidade civil sem fins lucrativos, apartidária, independente de governos e de empresas, e tem como objetivo a defesa do consumidor no Brasil.

Para atingir este fim, a associação auxilia o consumidor a fortalecer seu poder de compra e a conhecer seus direitos com os testes comparativos e outros artigos publicados em suas revistas; orienta o associado sobre os direitos do consumidor em seu serviço de orientação; intermedeia, se preciso, as pendências que o associado tem com fornecedores que se recusam a atendê-lo; e encaminha a empresas e governos as reivindicações e propostas pertinentes. Portanto, a atuação visa a subsidiar ao consumidor para conhecer e exercer seus direitos com orientação e informação em suas publicações, em seu *site* e na mídia.

Há o Serviço de Orientação ao Associado, meio que permite ao associado realizar consultas sobre questões jurídicas para prevenção de problemas atinentes à relação de consumo e, diante de conflitos com algum fornecedor, saberá como proceder visando à proteção de seus direitos.

Para tanto, o associado dispõe de quatro canais de contato com a equipe da Orientação ao Associado: telefone, fax, e-mail e carta. Após receber a dúvida de consumo, a equipe avalia e propõe solução do caso com fundamento no Código de Defesa do Consumidor e demais normas aplicáveis aos temas específicos. Ademais, há um *call-center* específico para orientação e dúvidas jurídicas. De acordo com os dados coletados, destacou-se que já foram intermediados conflitos e esclarecidas dúvidas sobre problemas de relações de consumo em mais de 150 mil atendimentos.

A intermediação é um procedimento com base na proposta de harmonização das relações de consumo, no qual a Orientação ao Associado envia uma carta e notifica o fornecedor reclamado, dando-lhe um prazo para que solucione, de forma rápida, a questão. Segundo informado pelos entrevistados, na maioria dos casos, após a intervenção, a demanda é solucionada positivamente, satisfazendo o consumidor.

O instrumento chamado de intermediação tem como escopo a mediação dos problemas dos consumidores com o fornecedor, através do envio de ofício extrajudicial relatando o problema, via notificação. Diante da prática dos entrevistados, foi explicitado que a grande parte das operadoras tem um contato muito próximo com a associação para solucionar os problemas, estabelecendo canais de comunicação direta por e-mail, fax, telefone ou pessoalmente através de representante institucional.

A resolutividade positiva dessa atuação extrajudicial é justificada pelos advogados entrevistados em função do bom *know-how* da equipe em relação aos temas de consumo e também da representatividade da instituição. O Departamento Institucional representa a associação e o consumidor em câmaras técnicas junto ao Procon/SP, à Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) e à Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), bem com, participa de consultas públicas e audiências públicas nas Comissões de Defesa do Consumidor da Câmara dos Deputados e das Assembléias Legislativas (SP e RJ).

Diante da análise dos atendimentos realizados pelo Serviço de Orientação, a associação consegue mapear os principais problemas de consumo enfrentados pelos brasileiros, o que possibilita o controle e a atuação imediata, seja junto aos órgãos públicos competentes, seja junto aos fornecedores e até mesmo, junto ao Ministério Público.

No âmbito dos planos de saúde, as principais demandas elencadas nos discursos foram a negativa de cobertura e o reajuste das mensalidades, bem como foi destacado o desconhecimento por grande parte dos consumidores sobre as diferenças entre os planos particulares e os planos coletivos. A partir desses temas recorrentes é possível inferir que os consumidores não compreendem seus contratos, nem possuem a exata noção dos seus direitos, por isso, a orientação jurídica torna-se tão relevante e enaltece o exercício da função social do advogado.

A proposta primária da associação é dar subsídios para o consumidor conseguir dirimir seus eventuais problemas somente com as orientações prestadas, mas caso isto não seja alcançado, o Departamento Jurídico poderá intermediar os conflitos e até ajuizar ações judiciais coletivas. Este departamento prepara a maioria dos procedimentos de intermediação (notificação extrajudicial) apresentados aos fornecedores em favor dos associados, na busca de uma solução amigável para suas reclamações fundamentadas.

CONCILIAÇÃO E AS COMISSÕES PARLAMENTARES

A Comissão de Defesa do Consumidor da Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro (ALERJ) tem competência para acolher e investigar denúncias e receber colaboração de entidades e associações relacionadas à defesa do consumidor, bem como, para opinar sobre matéria referente à economia popular; composição, qualidade, apresentação, publicidade e distribuição de bens e serviços, relações de consumo e medidas de defesa do consumidor.

A proposta da Comissão é ser um órgão de conciliação. Com vistas a cumprir esse fim, o trabalho é desenvolvido por uma equipe de triagem, atividade desempenhada por funcionários conciliadores, alguns são estudantes de Direito, e por sete advogados que realizam atendimento na sede Comissão e também promovem acolhimento de demandas através do atendimento móvel, um ônibus que circula por bairros da cidade e alguns municípios do Rio de Janeiro que necessitam de orientação jurídica.

Tendo em vista o escopo conciliatório, o consumidor ao procurar a Comissão apresenta sua reclamação para uma equipe de triagem que analisa e posteriormente transforma esta demanda em uma notificação. No primeiro momento não há juízo de valor sobre o direito material pretendido, a equipe apenas notifica o fornecedor acerca da situação alegada pelo consumidor, para, dessa forma, estimular uma solução amigável acerca da questão.

Caso a tentativa reste frustrada, a reclamação do consumidor é encaminhada aos advogados para ser analisada sob o ponto de vista jurídico. Após o eventual esclarecimento das informações prestadas e obtenção dos documentos essenciais sobre a questão, os

advogados emitem um parecer elucidando o consumidor sobre seus direitos, fundamentando o pedido para uma tentativa de conciliação.

Esse itinerário pôde ser compreendido através dos detalhamentos prestados, como o a seguir:

“A gente entra em contato para tentar resolver a questão, quer dizer, tentar chegar a um meio-termo ou solucionar isso de alguma forma, nem que seja o consumidor cedendo um pouco. Então essa equipe entra em contato com o fornecedor, entra em contato com o consumidor, apresenta propostas de um para o outro pra tentar resolver a questão com o consumidor sem que isso precise ir pro Judiciário. Eventualmente, os fornecedores mandam representantes que vão a todas as reuniões. (...) Então a questão da Comissão é de justamente colocar aquela resposta que também tem seus fundamentos e o porquê que aquela determinada coisa funciona dessa ou daquela maneira, então assim, essa integração consumidor- comissão- fornecedor isso acontece e muito por intermédio desses conciliadores, a gente fala que o papel é de intermediadores, que é de ligar pra um, ligar pra outro, aconteceu isso, aceita ou não aceita, até chegar a um consenso, ou até chegar numa solução por telefone. Então além da reclamação vir por correspondência, você tem essa atuação por telefone com os conciliadores”. (Informação verbal)¹²

No que tange às demandas no âmbito dos planos de saúde, os advogados entrevistados ressaltaram uma especificidade: as tutelas de urgência envolvendo o direito à vida. Foram exemplificados casos de negativa de fornecimento de determinado material para cirurgia já marcada e previamente autorizada, com fundamento na alegação de que existe restrição no contrato. Diante desses casos, os meios conciliatórios não são adequados, então os advogados prestam serviços advocatícios iniciais, através da propositura de uma ação com pedido liminar, por exemplo. Após a prática desses atos, o consumidor é orientado a procurar um advogado particular ou a Defensoria Pública.

Outra demanda recorrente é quanto à aplicação do Estatuto do Idoso e a consequente limitação do reajuste de faixa etária dos planos das pessoas que tem mais de sessenta anos, que na prática muitas vezes não é respeitada. Para os advogados, um dos maiores desafios no seu cotidiano é uma unidade de entendimento sobre os temas de plano de saúde, pois apesar das normas da ANS terem esse papel, ainda há controvérsias acerca dos contratos celebrados antes da Lei nº 9.656. Nesses casos, a Comissão prioriza as Ações

¹² Trecho da transcrição de entrevista realizada com Advogado de Comissão Parlamentar de Defesa do Consumidor (CP_1).

Civis Públicas como meio de unificar o procedimento e abarcar um número maior de consumidores beneficiados.

Sob outra perspectiva, a Comissão Municipal de Defesa do Consumidor é uma das Comissões Permanentes da Câmara Municipal do Rio de Janeiro, órgão técnico destinado a proceder estudos, realizar investigações e representar a Câmara Municipal. A atuação da Comissão possui duas vertentes: uma atrelada ao processo legislativo propriamente dito e outra ao atendimento à população. No que tange esta última vertente de atuação, a Comissão presta orientação aos consumidores através de diversos canais de atendimento: telefone, *site*, *e-mail* ou pessoalmente. Tendo em vista o melhor interesse do consumidor, a Comissão prioriza as orientações por telefone e *e-mail*, como forma de dispensar o deslocamento dos interessados até a sede do órgão.

A Comissão recebe as reclamações dos consumidores, as quais são deduzidas pela equipe técnica, composta por apenas um funcionário com formação em Direito, para que seja estabelecido contato com o fornecedor apresentando os dados alegados no atendimento. Caso este contato inicial não suscite o resultado desejado, seja para o esclarecimento dos fatos ou eventuais soluções aos problemas, a equipe inicia o procedimento de formalização da reclamação.

Para ser formalizada, a reclamação é reduzida a termo e o consumidor assina aquele relato, dando início ao procedimento administrativo. Posteriormente, a reclamação é encaminhada através de um ofício por carta registrada ao fornecedor, dando início ao prazo de resposta. Somente depois de esgotadas as formas administrativas de soluções de conflitos é que ocorre o encaminhamento do consumidor à Defensoria Pública ou ao Juizado Especial Civil, pois a Comissão não oferece assistência judiciária.

Conclui-se, assim, que a Comissão desempenha a função de orientar os consumidores, prestando informações sobre como os cidadãos devem atuar diante de seus conflitos e disponibilizando o acesso às legislações específicas, como o Código de Defesa do Consumidor distribuído gratuitamente. Quando se indagou o papel da Comissão, nos foi esclarecido que:

“É entrar em contato para poder buscar uma solução. Porque sabe o que acontece às vezes? A grande finalidade do órgão é o aprimoramento das relações de

consumo. Eu digo assim: quando você entra em contato com uma empresa, denunciando algumas falhas, ela tem que fazer todo o possível para retificar aquilo ali. Há aquela retificação. Para o consumidor é melhor também, eu digo até em termos de economia no todo, de todos os serviços e materiais também, pode surtir um grande efeito benéfico nesse ponto.” (Informação verbal)¹³

Complementando essa função informativa, a Comissão elabora boletins que são enviados pelo correio eletrônico com temas relevantes, polêmicos ou diante da necessidade de esclarecimento, por exemplo, quanto à questão da portabilidade dos planos de saúde. Segundo um dos entrevistados, “é mais uma educação para o consumo” (informação verbal).¹⁴

PLANOS DE SAÚDE: ENTRE O CUMPRIMENTO DO CONTRATO E OS DIRETOS DO CONSUMIDOR

Atuar na advocacia privada exige do profissional do Direito a utilização das ferramentas jurídicas adequadas na defesa dos interesses dos seus patrocinados, sem que isso contrarie os valores socialmente reconhecidos no ordenamento constitucional. Diante desse cenário, os advogados das empresas operadoras de plano de saúde orientam sua prática segundo princípio da boa-fé e da garantia de cumprimento dos contratos.

Foi reforçado pela maioria dos advogados entrevistados que sua atuação não visa a restringir o acesso à saúde, mas sim, gerenciar a prestação dos serviços de forma a adequar a execução os contratos celebrados às inovações normativas e jurisprudenciais que alargam a cobertura de serviços a serem prestados pelos planos privados. Nesse sentido, seguem as seguintes transcrições:

“Se você tem uma operadora o papel básico do básico do básico é garantir que aquelas obrigações que estão no contrato sejam efetivamente cumpridas. Para defender a empresa operadora basta isso. Você não pode de qualquer forma não cumprir suas obrigações básicas, algumas obrigações outras, paralelas, você vai discutir” (Informação verbal)¹⁵

¹³ Trecho da transcrição de entrevista realizada com Advogado de Comissão Parlamentar de Defesa do Consumidor (CP_3).

¹⁴ Trecho da transcrição de entrevista realizada com Advogado de Comissão Parlamentar de Defesa do Consumidor (CP_3).

¹⁵ Trecho da transcrição de entrevista realizada com Advogado de Operadora de Plano de Saúde (ADV_1).

Tendo em vista a tecnicidade dos temas atinentes à saúde, algumas operadoras possuem equipes multidisciplinares para análise das demandas recebidas, como forma de estabelecer os limites clínicos e jurídicos de cada caso.

De acordo como um dos advogados de empresa operadora de plano de saúde, quando chega ao Departamento Jurídico uma demanda qualquer relacionada à saúde especificamente, não sobre contrato, mas que envolva discussão de saúde, discussão de atendimento, de hospital, até mesmo a necessidade cobertura ou não naquela situação, o primeiro procedimento é encaminhar ao médico que atua junto ao departamento, que presta esse suporte. Esse médico, portanto, irá esclarecer os fatos sob o posto de vista clínico, se houve de fato problema e de acordo com a natureza do problema é que os advogados irão tomar um ou outro caminho. Segundo o entrevistado, se for constatado que o problema é da empresa, esta tentará solucionar logo o caso. Caso contrário, então serão verificadas as demais questões jurídicas pertinentes.

Foi descrito por outro advogado a importância de estabelecer relações internas na própria empresa e também externas. No âmbito interno, em certos casos é necessário consultar o suporte das áreas técnicas, como por exemplo, o setor responsável pela emissão do boleto e assim de acordo com a matéria que está sendo discutida. No âmbito externo, a Agência Nacional de Saúde Suplementar foi citada pela prática de agendar consultas com os advogados e disponibilizar pareceres de processos administrativos que servem de base para apoiar o trabalho do Departamento Jurídico.

Segundo os relatos dos entrevistados, priorizam-se as soluções administrativas e extrajudiciais sempre que possível, mediante o uso da conciliação nos Juizados Especiais ou da busca direta do advogado da parte, para que seja oferecida uma proposta da empresa.

Outra forma de conter ações no Judiciário descrita por um dos advogados é a análise das demandas de grupos de consumidores. Essa análise ocorre de duas formas: a) através de reuniões com grupo de consumidores sorteados pelo suporte da área de marketing junto com a área de atendimento para serem ouvidas as preocupações dos selecionados; b) através da quantificação e qualificação das demandas recebidas na área de atendimento, possibilitando a compreensão das reclamações recorrentes.

É destacada a importância das relações das operadoras de plano de saúde com os clientes, por isso, a criação de ouvidorias é uma prática adotada com o fim de permitir ao consumidor denunciar, elogiar e também buscar orientação diante de dúvidas. Citou-se a existência de cadastros com o histórico de reclamações dos clientes, para possibilitar que seja acompanhado o caso deste consumidor através de advocacia preventiva e explorar alternativas de acordos. Segundo discurso dos advogados, não é interessante para a empresa o risco judicial, então há uma preocupação com políticas para melhorar o procedimento administrativo interno, que em última análise gera um custo menor.

Descreveu-se, ainda, por um dos advogados, a existência de um setor de consultoria jurídica, que atua de forma preventiva, o qual é mais procurado pelos clientes, mas possui atribuição para enviar respostas aos órgãos extrajudiciais, fora do âmbito judiciário e para prestar aconselhamentos às superintendências, que podem ou não seguir essas recomendações, pois que cada superintendente possui discricionariedade na prática de seus atos. Há, contudo, limites financeiros, limites de decisão, há uma alçada para decidir.

Um dos questionamentos apontados por um dos advogados foi a utilização do termo saúde suplementar, o qual na sua opinião é inadequado, na medida em que o tipo de cobertura disponibilizada pelos planos de saúde que é diferenciada da prestada na rede pública, não concretizando a idéia de complementariedade. Primeiramente, pelo mecanismo essencialmente financeiro que permite o acesso à parcela da população ao serviço de saúde privada. E em segundo lugar, pela atividade estatal não deixar de ser única e integral. Haveria, portanto, uma clara diferença entre os objetivos, o tipo de cobertura e o desempenho da atividade.

CONCLUSÃO

As práticas descritas pelos advogados entrevistados revelam as diferentes alternativas dos atores do campo jurídico em se adequarem à realidade atual dos conflitos, o que coaduna com o conceito moderno de jurisdição descrito por Humberto Dalla como “o espaço adequado para que o Estado possa, em cada caso concreto, aplicar os princípios

constitucionais”¹⁶, evidenciando a noção de processo justo e não adstrito às fronteiras do Poder Judiciário.

Para além dos limites jurisdicionais clássicos, os métodos alternativos de solução de conflitos são hoje uma política de Estado. Através da assinatura do II Pacto Republicano de Estado em 13 de março de 2009, cujo tema é “Por um Sistema de Justiça mais Acessível, Ágil e Efetivo”, os representantes dos três Poderes da República brasileira assumiram o compromisso de “fortalecer a mediação e a conciliação, estimulando a resolução de conflitos por meios autocompositivos, voltados à maior pacificação social e menor judicialização”¹⁷.

A doutrina brasileira adota certa rigidez na diferenciação quanto aos MASCs – Métodos Alternativos de Solução de Conflitos, mas constatou-se que no cotidiano ocorre uma combinação desses meios. Foi possível compreender a partir dos discursos dos advogados que as ferramentas utilizadas e a ponderação dos instrumentos legais disponíveis constroem práticas cotidianas de filtragem de conflitos a serem submetidos ao Judiciário, independentemente da nomenclatura utilizada. Evidencia-se que são ultrapassadas as limitações estabelecidas pela classificação doutrinária, o que permitir certa fluidez na aplicabilidade desses métodos e viabiliza resultados mais satisfatórios ao caso concreto.

Segundo as demandas abordadas como recorrentes pelos advogados, os conflitos envolvem duas perspectivas: os direitos dos consumidores amparados pelo CDC e regulamentação da ANS de um lado, e a limitação dos serviços inseridos no contrato de adesão ao plano de saúde de outro. O advogado, diante deste cenário, desempenha papel fundamental na orientação e efetivação dos direitos dos consumidores. Portanto, com vistas a cumprir sua função social, faz-se necessário verificar no caso concreto a viabilidade de formas não litigiosas na resolução de altercações.

Foi possível constatar que para os advogados dos planos de saúde evitar demandas judiciais representa uma forma de agregar resolutividade à reclamação e satisfação do cliente, viabilizando, assim, contabilizar os custos dessas soluções. As

¹⁶ PINHO, Humberto Dalla Bernadina de (Coord.). **Teoria Geral da Mediação à Luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 1

¹⁷ BRASIL. II Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais Acessível, Ágil e Efetivo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Outros/IIpacto.htm>. Acesso em: 16 jun. 2010.

demandas judiciais são duplamente mais custosas para as empresas: pelo dispêndio de tempo e pela incerteza do *quantum* indenizatório.

Por outro lado, apesar dos advogados que atuam na defesa do consumidor constatarem construção jurisprudencial de entendimentos favoráveis aos consumidores, a adoção de práticas não judiciais revela-se mais célere e permite o esclarecimento sobre os direitos do indivíduo que busca acesso à Justiça, representando alargamento do exercício da cidadania. Seja através da conciliação desenvolvida nas Comissões Parlamentares, seja através da intermediação praticada na Associação de Defesa do Consumidor, há participação efetiva das partes diante da compreensão do conflito.

Os advogados públicos da ANS ao utilizarem a mediação ativa interferem no conflito oferecendo soluções, sugestões e introduzem os valores regulatórios defendidos pela agência. Com esta prática, resguardam-se os princípios específicos dos direito de saúde suplementar, quais sejam: defesa do mercado, defesa do consumidor e efetiva tutela da saúde¹⁸.

Dessa forma, os meios alternativos de solução de conflitos configuram práticas não adversariais inseridas numa cultura diferenciada de pacificação social, através de tentativas cooperativas entre as partes. Valoriza-se a ampliação do diálogo, de modo a gerar ações efetivas no encaminhamento e resolução dos conflitos. Segundo Olinto Pegoraro, não há diálogo se não houver ética, a qual surge da reciprocidade entre as pessoas¹⁹.

Referências:

BRASIL. II Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais Acessível, Ágil e Efetivo. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Outros/IIpacto.htm>. Acesso em: 16 jun. 2010.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

¹⁸ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de Direito de Saúde Suplementar : Manual Jurídico de Planos e Seguros de Saúde**. São Paulo: MP, 2006. p. 37.

¹⁹ PEGORARO, Olinto A. **Ética e Bioética: da Subsistência à Existência**. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 112.

CINTRA, Guilherme. Saúde: direito ou mercadoria? In: COSTA, Alexandre Bernardino et al. (Org.). **O Direito Achado na Rua: introdução crítica ao direito à saúde**. Brasília: CEAD/UNB, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Obrigações**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

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

GARCEZ, Jose Maria Rossani. **Negociação, ADRS, Mediação, Conciliação e Arbitragem**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PEGORARO, Olinto A. **Ética e Bioética: da Subsistência à Existência**. Petrópolis: Vozes, 2002.

PINHO, Humberto Dalla Bernadina de (Coord.). **Teoria Geral da Mediação à Luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal**. 5 ed. Rio de Janeiro: Record, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27 ed. São Paulo: Malheiros.