

ARBITRAGEM E DIREITO À SAÚDE: Possibilidade e eficácia de uso do método arbitral para garantir o direito constitucional à saúde.

Lissandra Christine Botteon (BOTTEON, L.C.)¹

RESUMO

A arbitragem é modo de solução alternativa de conflitos que ainda luta por maior adesão dos operadores do Direito quando estes têm que decidir qual é o meio mais eficaz de se efetivar a justiça, pois a prioridade é dada, em regra, ao convencional processo judicial. A arbitragem está prevista na lei federal 9.307/96 e pelo ano de sua publicação é possível perceber que não se trata de sistema novo, em que pese a sua ainda pouca utilização em vista do número de ajuizamento de ações frente à máquina judiciária.

O artigo tem como escopo demonstrar a pertinência, o cabimento e a extensão da aplicação do procedimento arbitral na solução específica de conflitos que assegurem o direito constitucional à saúde já que o sistema processual tem esgotado o Poder Judiciário com uma avalanche de demandas em grande parte fruto do fenômeno da judicialização da saúde.

Para alcançar o objetivo proposto, analisar-se-á a legislação arbitral vigente e a doutrina pátria, buscando compreender quais são os tipos de litígios que podem ser submetidos ao sistema da arbitragem. Uma vez delimitado o objeto aceito como passível de ser solucionado via instituto arbitral, verificar-se-á se quais as contendas envolvendo direitos atinentes à saúde que podem ser a ele submetidos e em quais casos e condições, buscando sopesar vantagens e desvantagens da escolha deste tipo de procedimento para a defesa de tão importante direito.

Palavras-chave: Direito à saúde; Proteção; Arbitragem; Possibilidade.

¹ Mestranda em Direito pela Universidade FUMEC (linha de pesquisa: Direito e Saúde). Advogada. Pós-graduada em Direito Médico e da Saúde pela PUCMINAS. Membro da Comissão de Bioética e Biodireito da OAB/MG.

ARBITRATION AND RIGHT TO HEALTH: Possibility and effectiveness of arbitration use to ensure the constitutional right to health.

ABSTRACT

Arbitration is an alternative dispute resolution that still struggle for greater compliance by the law operators because when they have to decide what is the most effective tool to realize justice, in generally they continue choosing the conventional judicial process. The arbitration is established in federal law 9.307/96 and observing the year of its publication is possible to see that this is not a new system, despite its still limited use on the other hand of the number of prosecution actions in Courts.

The article has the scope to demonstrate the relevance, appropriateness and extension of the application of arbitration as a solution for specific conflicts to ensure the constitutional right to health once the procedural system has exhausted the Courts with an avalanche of action, largely coming from the phenomenon of the 'judicialization' of health.

To achieve the proposed objective, it will analyze the current arbitration law and doctrine homeland, trying to understand what are the types of disputes that may be submitted to the arbitration system. Once delimited the object that can be resolved by arbitration institute, will check which type of disputes that involves the right of health may be brought to arbitration solution and in what cases and conditions it is possible, seeking the advantages and disadvantages of choosing arbitration procedure in protection of this important right.

Keywords: Right to health; Protection; Arbitration; Possibility.

1 INTRODUÇÃO

A utilização exacerbada nos dias atuais da máquina judiciária para a resolução de conflitos não consiste em novidade. Controvérsias de todas as ordens são submetidas aos

tribunais pátrios diuturnamente, superlotando as estantes das secretarias de processos, sobrecarregando julgadores e funcionários públicos e, conseqüentemente, exigindo muito mais tempo para a análise e solução dos litígios, o que acaba por desgastar também advogados e partes envolvidas.

O processualismo tradicional como meio de resolução de conflitos está saturado e é preciso que os profissionais do Direito, principalmente advogados, iniciem a busca pelo estudo e prática dos meios alternativos existentes.

Alternativa pouco utilizada, quiçá conhecida pelos patronos, é a arbitragem, uma vez que as faculdades insistem no ensino do sistema processual comum e pouco incentivam e raramente se aprofundam em opções diversas de solução dos litígios.

A arbitragem está prevista na lei federal 9.307/96 e pelo ano de sua publicação é possível perceber que não se trata de sistema novo, em que pese a sua ainda pouca utilização em vista do número de ajuizamento de ações frente à máquina judiciária. Consiste, em apertada síntese, em procedimento extrajudicial privado à disposição das partes pelo qual estas elegem um ou mais árbitros para decidirem como se colocará fim ao litígio.

Se a arbitragem é assunto pouco conhecido, apesar de crescente, verifica-se, de outro lado, o notório conhecimento da proliferação de demandas na área da saúde, criando-se, inclusive, denominação própria ao fenômeno, qual seja, o da “judicialização da saúde”.

A sobrecarga do Poder Judiciário com questões que perpassam pela garantia do direito à saúde e a disponibilização da arbitragem como meio alternativo de solução de conflitos traz a pergunta sobre o cabimento da arbitragem para solucioná-los. Não obstante, remete também ao questionamento do quanto os profissionais do Direito tem utilizado da arbitragem para assegurar os direitos relativos que envolvem a saúde. E, ainda, suscita a reflexão sobre quais seriam as benesses e desvantagens do uso do procedimento arbitral nesses casos.

Dada a relevância da proteção ao direito à saúde, analisar-se-á o cabimento e a utilização da arbitragem nesse âmbito. Para tanto, iniciar-se-á discorrendo sobre a arbitragem especificamente, perpassando por comentários históricos. Em seguida, adentrar-se-á na verificação do procedimento arbitral para assegurar os direitos à saúde, delimitando qual é a classe de direitos que tem permissão da legislação e que podem ser assegurados por esse

meio, verificando o alcance dos direitos relativos à saúde. Por fim, levantar-se-ão alguns aspectos positivos e negativos de sua utilização.

O direito constitucional à saúde é direito fundamental que, se não assegurado, traz a derrocada da própria sociedade. E enquanto as medidas de políticas públicas na área da saúde forem insuficientes e ineficazes para atender dignamente a população brasileira, bem como estiver sobrecarregado o Judiciário, existirão demandas a se multiplicar no tempo pedindo o auxílio dos meios disponíveis de resolução de conflitos e dentre eles a arbitragem.

2 A ARBITRAGEM COMO MEIO ALTERNATIVO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

A lei federal 9.307/96 é a norma que legitimou a arbitragem como alternativa ao Poder Judiciário para a solução de conflitos e que vem regular todo o procedimento arbitral. A referida lei não traz a definição direta e precisa do instituto. Pode-se constatar, entretanto, através do artigo terceiro e novo da lei, que se trata de forma alternativa para dirimir conflitos:

Art. 3º As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. (grifo nosso)

Art. 9º O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.

Francisco Maia Neto, (2002, p.23) conceitua a arbitragem da seguinte forma:

Mecanismo pelo qual a resolução de conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis é feita sem a intervenção do Poder Judiciário, sendo solucionada por árbitros escolhidos entre pessoas da confiança das partes, usualmente com conhecimento na matéria objeto da controvérsia, com sigilo, rapidez e eficiência.

Luiz Antonio Scavone Junior, (2002, p.19) elabora o seguinte conceito:

A arbitragem pode ser definida como o meio privado e alternativo de solução de conflitos referentes aos direitos patrimoniais e disponíveis através do árbitro, normalmente um especialista na matéria controvertida, que apresentará uma sentença arbitral.

E ainda Silvio de Salvo Venosa (p.565):

Pelo instituto, pessoas plenamente capazes podem atribuir a decisão de suas pendências e controvérsias à decisão de árbitros por elas escolhidos, furtando-se assim de recorrer diretamente ao Poder Judiciário.

A arbitragem é, portanto, meio outro que não o judicial, caracterizado pelo sigilo, duração apazada, rapidez, especialização técnica, economia e cunho privado, disponibilizado por lei às partes envolvidas em um conflito, dando-lhes a opção de escolher o julgador ou julgadores (árbitros) que ficarão responsáveis por dirimir a controvérsia a eles submetida.

2.1 CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS

Em que pese ser de origem muito anterior ao uso dos mecanismos judiciais, o que se vê presentemente, entretanto, é o uso maciço da máquina judiciária, marginalizando a arbitragem no decorrer da história e sendo enfatizado o processualismo comum no ensino jurídico. Na Antiguidade, até mesmo Aristóteles se inclinava ao uso preponderante da arbitragem: “O filósofo estagirita Aristóteles afirma que é melhor preferir uma arbitragem que uma lide no tribunal; de fato o árbitro guarda a equidade, o juiz a lei; e a arbitragem foi inventada exatamente por isso, para dar força à equidade”. (ZAPPALA, 2011, p.106).

A anterioridade da arbitragem à forma estatal foi pesquisa do mencionado autor:

A arbitragem é, cronologicamente, anterior às formas estatais de administração judiciária. Submeter o conflito a outra pessoa aceitando, antecipada e obrigatoriamente, o veredicto foi uma prática anterior à organização judiciária estatal. Em seguida, o aperfeiçoamento do Judiciário, entendido como atividade essencial para distribuir a justiça mediante um sistema permanente de origem pública como se conhece na atualidade.

A arbitragem teria surgido antes da vinda de Cristo, iniciada na Grécia e utilizada para resolver os problemas das tribos locais daquele tempo.

A fórmula da arbitragem surgiu na antiga cultura grega por volta de 1520 a.C. nos conselhos da liga dos povos e cidades vizinhas a Atenas,

denominado "arbitragem de anfizionia, entre cujos objetivos se encontrava o de resolver os conflitos entre os diversos grupos étnicos da parte de doze anciões representantes das diversas tribos. (ZAPPALA, 2011, p.106)

Após um grande desenvolvimento a partir do Direito Romano e a partir daí sendo de utilização cada vez mais habitual, culminou por ter seu ápice após a segunda metade do século XX e início do século XXI porquanto o renascimento econômico pós-guerra e o industrialismo estimularam as relações entre os povos.

A atipicidade cada vez mais frequente dos contratos, a globalização e a propensão de uma integração internacional do direito foram elementos preponderantes para a proliferação do uso da arbitragem, principalmente no âmbito internacional (ZAPPALA, 2011, p.125) cuja prática atualmente, para dirimir controvérsias empresariais derivadas de contratos vultosos tem sido usada em larga escala pelo mundo.

3 A ARBITRAGEM COMO ESTRATÉGIA JURÍDICA

Em um momento histórico, onde mais do que nunca, se vê o inchaço da máquina judiciária e litígios de todas as ordens, é preciso valorizar os meios extrajudiciais de solução de conflitos como verdadeira estratégia jurídica.

Ante o caos judicial, demandando esforços sobre-humanos dos operadores do Direito envolvidos, o que se ressalte, não se confunde com falta de justiça, mas sim a um desgaste físico e psíquico profundo de todos, mister buscar alternativas que acabam por ser verdadeiras estratégias que possibilitem a fuga do embaraço judicial hodierno e tragam proposições mais eficazes.

A busca de uma estratégia pede reflexão, exige pesquisa dos meios e recursos existentes, análise dos benefícios e eventuais prejuízos e riscos inerentes à medida estudada para que assim, após se juntar essas ferramentas, com planejamento se possa escolher a mais precisa e adequada.

Nesse sentido a definição atual da palavra estratégia dada pelo lexicógrafo Antônio Houaiss (2001, p.1.261), onde aquela consistiria na "Arte de aplicar com eficácia os recursos

de que se dispõe ou de explorar as condições favoráveis de que porventura se desfrute visando ao alcance de determinados objetivos” (grifo nosso).

O ordenamento jurídico brasileiro disponibiliza recursos extrajudiciais excelentes ao operador do Direito, dentre os quais se pode citar a mediação, a conciliação e a arbitragem, mas que, entretanto, são pouquíssimo utilizados em que se pese reconhecer a ascendência do uso no decorrer do tempo.

Repensar a forma de resolução de conflitos via processo judicial é a palavra de ordem do momento, buscando dar novo panorama a esse quadro. Enfatizando esse atraso do sistema de Direito vigente, assevera Frederico de Andrade Gabrich (2010, p.10) que “No Brasil, com raríssimas exceções, o Direito continua sendo encarado, compreendido, utilizado e ensinado da mesma forma como ocorria no século XIX”.

E sobre a estagnação também no ensino jurídico, continua no mesmo sentido: “Muito pouco, quase nada, se fala ou se ensina (inclusive nos cursos de pós-graduação) a respeito da razão de ser do Direito, da felicidade da maioria, dos meios extrajudiciais de mediação, da arbitragem e de solução de conflitos.” (GABRICH, 2010, p.10)

A arbitragem é meio legítimo de pacificação social e sua utilização guarda benefícios ímpares aos litigantes. Utilizar-se da arbitragem é se valer de um pensamento estratégico, priorizando formas menos custosas, burocráticas e “arrastadas” de efetivação da justiça. Multinacionais e grandes empresas já se servem, atualmente, da cláusula arbitral em seus contratos e a tendência é que isto cresça cada vez mais, uma vez que já são bem mais numerosas as instituições arbitrais espalhas pelo Brasil e podem ser escolhidas através do site do CONIMA – Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem (www.conima.org.br).

O ensino conservador da utilização do processo judicial como principal solução para dirimir as controvérsias deve ser repensado. Se outrora a regular Teoria Geral do Processo prezava que “O processo é indispensável à *função jurisdicional* exercida com vistas ao objetivo de eliminar conflitos e fazer justiça mediante a atuação da vontade concreta da lei,” (CINTRA, ; GRINOVER, ; E DINAMARCO, 2001, p.277) verifica-se que a citada ‘indispensabilidade’ resta hoje relativizada ante o surgimento dos meios extrajudiciais de resolução de conflitos.

O instrumento processual comum passa a ser visto como ferramenta em um segundo plano, mesmo porque este sistema visa remediar algo que já deu errado. E que assim contrasta com a finalidade do Direito que é a busca da preservação da felicidade de forma a mantê-la, preservá-la e não a resgatá-la.

Dentre as mudanças necessárias no Direito para que o pensamento estratégico prevaleça:

[...] é fundamental reconhecer o caráter supletivo, subsidiário e verdadeiramente instrumental das disciplinas processuais e do processo (especialmente o judicial), para se atribuir a devida e fundamental importância especialmente aos mecanismos de solução extrajudicial dos conflitos, tais como a mediação e a arbitragem. (GABRICH, 2010, p.17) (grifo nosso)

O remodelamento do pensar convencional para o pensar estratégico também é objeto da chamada Teoria Jurídica Crítica ou Pensamento crítico, doutrina que busca uma visão jurídica mais pluralista, democrática e anti-dogmática do Direito. Os adeptos também pregam o não-conservadorismo processual-judicial: (WOLKMER, 2009, p. XV e XVI):

[...] as expressões “teoria jurídica crítica”, “crítica jurídica” ou “pensamento crítico” no Direito, usadas indistintamente ao longo da obra, deverão ser entendidas como o profundo exercício reflexivo de questionar o que está normatizado e oficialmente consagrado (no plano do conhecimento, do discurso e do comportamento) em uma dada formação social, e a possibilidade de conceber outras formas não alienantes, diferenciadas e pluralistas de prática jurídica.

A adoção desse pensamento tendente a buscar formas diferenciadas de resolução de conflitos e de pensar o Direito equivale a um processo de estratégia e nesse sentido é mencionado por esses teóricos:

[...] o “pensamento jurídico crítico” pretende repensar, dessacralizar e romper com a dogmática lógico-formal imperante numa época ou num determinado momento da cultura jurídica de um país, propiciando as condições e os pressupostos necessários para o amplo processo estratégico/pedagógico de “esclarecimento”, “auto-consciência”, “emancipação” e “transformação” da realidade social. (WOLKMER, 2009, p. XVII)

Com os respaldos mencionados é que se levanta que o instituto arbitral não é mais uma simples alternativa ao Poder Judiciário na solução de conflitos, mas muito além disso, instrumento estratégico de satisfação aos jurisdicionados.

4 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E ARBITRAGEM

A garantia dos direitos constitucionais básicos, dentre eles o direito à saúde é que permite e amplia as possibilidades de realização do ser humano. Dificilmente o Direito estará contribuindo para a felicidade dos homens se não observá-los.

Com esse fito é que a Constituição da República reverencia o direito à saúde em seu artigo 196², incluindo este como fator de sustentabilidade do equilíbrio da sociedade, inserindo-o no título VIII da Carta Magna e, portanto, como determinante da ordem social.

A relevância pública da saúde está expressa no artigo 197³ e seguintes da Lei Maior onde o Estado assume ser o assegurado primário desse bem, relegando tal proteção, secundariamente, a terceiros da ordem privada.

Cumprir, porém, para analisar o cabimento da arbitragem na proteção do direito à saúde, entender o alcance da palavra. É um direito fundamental, não há dúvidas. Mas o próprio termo saúde deve ser esclarecido. Deve ser percebido com ampliação de consciência, compreendendo-a, pois, de forma holística, integral.

E nesse sentido é que o artigo 196 deve ser complementado, podendo ser a saúde melhor expressa como o conjunto de valores protegidos na integração dos caputs dos artigos 5º e 6º da CF/88. Saúde é então, por assim dizer, o somatório contido nesses dispositivos, ou seja: ter assegurado o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à propriedade, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade, à infância e a assistência nos momentos de desamparo.

Desequilíbrios em quaisquer dos direitos mencionados acima desorganizam mais ou menos o sistema emocional dos indivíduos que expurgam esses sentimentos através de

² Constituição Federal de 1988. Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

³ Constituição Federal de 1988. Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

somatizações que acabam por se manifestar, ora ou outra, no corpo físico. É a saúde holisticamente compreendida.

Trabalhar as infinitas possibilidades de conflitos perturbadores do direito à saúde, advindas de uma concepção integral da mesma, ultrapassa os objetivos do trabalho. Até mesmo porque o Direito se especializa em ramos diferentes para que os problemas do cotidiano humano nas diversas áreas (e que influenciam e prejudicam a saúde) possam ter seus “remédios” e doutrinas específicos. Por isto os diferentes ramos jurídicos: Direito Civil, Direito Penal, Direito Tributário, etc.

Definir os problemas que guardam relação com o ‘direito à saúde’ pressupõe o entendimento do que está compreendido na especialidade jurídica e expressão ‘Direito à Saúde’. E a doutrina traz a extensão desta, demonstrando o quão é ampla e variada, alcançando matérias de Direito Público e ora de Direito Privado, mas demonstrando sempre que há um ponto tangencial com a saúde e que, portanto, merece proteção por este ramo especializado do Direito.

O direito à saúde é um direito particular que se relaciona, por vezes, ao indivíduo naquilo que ele tem de mais pessoal e, por outras, à organização social no que ela tem mais essencial.⁴ Abrange diversos tipos de problemas pois envolve não somente a específica reivindicação do direito idealizado de estar em boa saúde, mas também a questões como a do desenvolvimento de ameaças ao meio ambiente, a tentação ao eugenismo científico, aos quadros econômicos, a tudo, enfim, que tem impacto na saúde. O direito à saúde, assim, é cada vez mais difícil de identificar e limitar.⁵

Como se vê, os problemas possíveis de surgirem quando o assunto envolve o direito à saúde podem ser de diversas ordens, podendo ter conteúdo puramente econômico quando se discute, por exemplo, o valor do reajuste de uma mensalidade paga a uma empresa operadora de planos de saúde, bem como de ordem ética como a tomada de decisões terapêuticas por médicos e pacientes.

Um desses prismas relacionados à saúde é o da ‘bioética social’ e que tem conteúdo próprio:

⁴ LAUDE, Anne ; TABUTEAU, Didier ; MATHIEU, Bertrand. *Droit de la Santé*. 1a Ed. Paris : Presses Universitaires de France, 2007. P.2 (Le droit à la santé est un droit particulier qui se rapporte à la fois à l’individu en ce qu’il a de plus personnel et à l’organisation sociale en ce qu’elle a de plus essentiel).

⁵ Id., 2007, p. 2 (Entre la revendication d’un droit rêvé à être en bonne santé, le développement des menaces environnementales, la tentation d’un eugénisme scientifique, les enjeux économiques... le droit à la santé est de plus en plus difficilement identifiable).

A responsabilidade estatal pelas questões sociais, as políticas de saúde, a organização dos sistemas de saúde, a priorização, alocação e redistribuição de recursos humanos, materiais e financeiros, assim como a acessibilidade a serviços de saúde, os direitos dos pacientes, a participação popular e o controle social são questões éticas fundamentadas pelo princípio da justiça distributiva e inseridas na seara da *bioética social*. (DINIZ, 2006, p.172)

Como se percebe, proteger o direito à saúde pode significar prevenir e remediar controvérsias inúmeras mas que, de alguma forma, tocam esse direito e, portanto, merecem a atenção dessa área jurídica.

O fato é que a lei 9.307/96 delimita a natureza dos direitos passíveis de serem assegurados e questionados via instituto arbitral e, portanto, conclui-se que não são todas as controvérsias que envolvem o direito à saúde que se tornam passíveis de serem submetidas a esse sistema, merecendo elucidação.

5 DIREITOS POSSÍVEIS DE SEREM ASSEGURADOS ATRAVÉS DA ARBITRAGEM

A Constituição da República dispõe em seu artigo 5º, inciso XXXV acerca do direito do cidadão em ter amplo acesso à justiça, preconizando que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. E respaldado no mesmo dispositivo está o instituto arbitral, permitindo uma alternativa de solução de conflitos e garantindo a acessibilidade à justiça como direito fundamental.

Entretanto, se por um lado constata-se que a arbitragem vem instrumentalizar o acesso à justiça, por outro se verifica que a lei que a institui e a regula, restringe o seu objeto, permitindo o uso da arbitragem apenas na discussão de direitos específicos, quais sejam, aqueles que envolvem somente direitos patrimoniais disponíveis.⁶ O que seriam esses direitos? Os direitos relativos à saúde se encaixariam nessa proposta?

⁶ Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996. Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Bem patrimonial, na lexicografia “é designação de caráter genérico dada a toda sorte de direito que assegure o gozo ou fruição de um bem patrimonial, ou seja, uma riqueza ou qualquer bem, apreciável monetariamente.” (SILVA, 2004, p.474)

E sobre o conceito de disponibilidade, discorre:

Na linguagem jurídica, *disponível*, de dispor (latim *disponere*), quer exprimir tudo de que se *possa dispor livremente*. E, a rigor da técnica jurídica, quer então significar alienados, porque se encontrem livres e desembaraçados e porque pode o alienante dispor deles a seu bel-prazer, visto ter capacidade jurídica e estar na livre administração dos mesmos bens. (SILVA, 2004, p.481)

A Comissão de Arbitragem da OAB/MG, formulando em 2010 uma cartilha informativa onde esclarece quais os problemas passíveis de serem solucionados através da arbitragem, assim explanou sobre esses direitos:

Podem ser resolvidas, por arbitragem, quaisquer disputas envolvendo direitos patrimoniais disponíveis, ou seja, direitos que tenham valor econômico e que possam ser comercializados ou transacionados livremente por seus titulares. Esse conceito abrange uma ampla gama de questões, desde a violação de contratos dos mais variados tipos, passando por disputas entre sócios de empresas, até conflitos entre vizinhos. (grifo nosso)

Não podem ser solucionados por arbitragem litígios relativos a Direito Tributário, Direito Criminal, Direito de Família e Sucessão (salvo matérias de natureza exclusivamente patrimonial e disponível). (COMISSÃO DE ARBITRAGEM DA OAB/MG, 2010, p.06)

Scavone Junior reafirma sobre os direitos patrimoniais indisponíveis:

Entre os direitos de cunho patrimonial, encontramos as relações jurídicas de direito obrigacional, ou seja, aquelas que encontram sua origem nos contratos, nos atos ilícitos e nas declarações unilaterais de vontade. Os direitos não patrimoniais, por seu turno, são aqueles ligados aos direitos da personalidade, como o direito à vida, à honra, à imagem, ao nome e ao estado das pessoas, como, por exemplo, a capacidade, a filiação e o poder familiar, entre outros com a mesma natureza. [...] A disponibilidade dos direitos se liga, conforme pensamos, à possibilidade de alienação e, demais

disso e principalmente, àqueles direitos que são passíveis de transação. (SCAVONE JUNIOR, 2008, p.24) (grifo nosso)

Esclarecidos os termos, pergunta-se: estariam os direitos relativos à saúde enquadrados na categoria dos direitos patrimoniais disponíveis? Somente buscando esta resposta é que se poderá constatar se é possível ou não a utilização da arbitragem para garantir esses direitos.

6 ALCANCE DO USO DA ARBITRAGEM PARA GARANTIR DIREITOS À SAÚDE

A saúde, a princípio, não é um bem apreciável monetariamente. Somente sabe mensurar e realmente dar valor à saúde aquele que se vê privado dela por algum tempo. E quando a percebe fragilizada, constata o quanto é um bem impossível de se precificar. A saúde, assim, não é um bem patrimonial, bem como também não se afigura como disponível. Com isto, em um primeiro momento, se diria que a arbitragem não tem cabimento para a sua defesa, o que não é verdade.

O cunho não patrimonial definido pela lei de arbitragem é reforçado pelo artigo 852 do Código Civil que assim estabelece:

Art. 852. É vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal, de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial.

Em que pese a saúde ser um bem de caráter não-patrimonial, defender o direito à mesma pode envolver primeiramente direitos patrimoniais e a saúde apenas aparecer como causa profunda do conflito. Assegura-se o direito à saúde por vezes defendendo-a diretamente. Em outros casos, entretanto, defender a saúde implica defesa indireta, especificamente quando a relação principal em discussão é obrigacional e contratual, diga-se econômica.

A pura análise dos conceitos de bem patrimonial e indisponibilidade de um bem jurídico já não bastam para se verificar o cabimento da arbitragem. A saúde é indiscutivelmente bem não-patrimonial e indisponível, porém as relações contratuais entre médicos e pacientes, entre planos de saúde e beneficiários, entre hospitais e usuários, dentre outras, estabelecem contraprestação ao serviço de saúde e esta relação contratual-obrigacional se traduz pecuniariamente.

Assim é que não se poderá discutir em arbitragem a transação do direito à saúde propriamente dito, não sendo possível discutir, por exemplo, a extensão da autonomia de um paciente em decidir sua terapia, mas se permitirá, entretanto, a discussão da não cobertura de algum procedimento médico por parte das operadoras suplementares de saúde haja vista o conteúdo econômico aí explícito. Em ambos os casos se resguarda o direito à saúde: no primeiro caso de forma imediata e no segundo de forma mediata.

Sob outro prisma cite-se também que submeter à arbitragem a verificação da adequação da técnica médica empregada pelos profissionais da saúde e analisar o ato médico praticado é matéria além do permissivo dado pela legislação arbitral pois a declaração da regularidade do ato não tem cunho patrimonial. Entretanto, se constatada a ilicitude do procedimento médico aplicado, o que gera o dever de indenizar, pode o pedido de reparação ser aviado nas instituições arbitrais já que o pedido será de caráter patrimonial. Nesse sentido:

Ninguém pode transacionar, abrindo mão do seu direito à honra, que é um direito da personalidade. Todavia, a afronta à honra da pessoa gera o direito de receber indenização por danos morais. Assim, diante da afronta ao seu direito, nada obsta que, através de compromisso arbitral com o ofensor, o valor da reparação seja arbitrado nos termos da Lei 9.307/96. Nesse contexto, o árbitro não pode decidir se a pessoa tem ou não o direito à honra, vez que este direito é indisponível. Todavia, nada obsta que decida acerca do fato que enseja a afronta ao direito à honra e quanto à liquidação dessa afronta. (SCAVONE JUNIOR, 2008, p.28 e 29).

Como se vê, dentre os conflitos que envolvem o direito à saúde, pode se dizer que, na linha de raciocínio do doutrinador supracitado, aqueles revezes que discutem diretamente a saúde, de um modo geral encontram proibição na Lei 9.307/96 enquanto aqueles litígios que tem como foco secundário a saúde, gozam da possibilidade de resolução pela arbitragem.

Envolvem decisão direta sobre a saúde conflitos que envolvam a decisão sobre transfusão de sangue em pacientes adeptos da religião testemunha de Jeová, decisões sobre

abortos de anencéfalos, decisões sobre a autonomia do paciente, procedimentos decisivos no fim da vida como a ortotanásia e a distanásia, bem como a discussão sobre o direito de acesso aos dados do prontuário. Tais questões envolvem decisões personalíssimas com impacto direto sobre a saúde física e psicológica dos envolvidos e, muitas vezes sobre o direito à própria vida. Como direitos pessoais que são e investidos do caráter da indisponibilidade, não podem ser solucionados por meio da arbitragem.

Em contrapartida, litígios que envolvam a discussão indireta do direito à saúde e tenham pedidos de natureza indenizatória e, portanto de cunho patrimonial, podem ser submetidos à arbitragem. É assim que conflitos originados de contratos entre operadoras de saúde e usuários tais como aqueles em que há negativa de cobertura de procedimento médico ou discussão sobre reajuste de mensalidade em razão de alteração de faixa etária podem ser submetidos ao procedimento arbitral. Assim também com relação aos conflitos em que se aponta erro médico ou ausência do direito de informação com franco prejuízo para o paciente e conseqüente surgimento de direito e pedido de reparação.

É de grande importância delimitar de que forma a saúde está em jogo porquanto o objeto da arbitragem fixado em lei admite somente, como já foi dito, a análise de direitos patrimoniais disponíveis. Nada impede que um conflito de natureza patrimonial disponível seja aberto na instância arbitral e durante o processo surja controvérsia de ordem não patrimonial. Quando isto ocorrer o processo deve ser suspenso e remetidas as partes ao Poder Judiciário para somente após decisão judicial se retomar o andamento da arbitragem.⁷

Relevante registrar que a maioria dos contratos de prestação de serviços de saúde são contratos de adesão e contratos de relação de consumo. E a lei consumerista estabelece a nulidade da cláusula que institua compulsoriamente a arbitragem. Portanto não pode se estipular cláusula arbitral na imensa generalidade dos contratos que cuidam da saúde, sendo lícito somente firmar o compromisso pós conflito.⁸

É possível que a arbitragem seja utilizada para solucionar conflitos oriundos desses contratos mas se impõe que a decisão sobre o uso desse meio seja convencionado através de

⁷ Lei 9.306/96. Art. 25. Sobrevindo no curso da arbitragem controvérsia acerca de direitos indisponíveis e verificando-se que de sua existência, ou não, dependerá o julgamento, o árbitro ou o tribunal arbitral remeterá as partes à autoridade competente do Poder Judiciário, suspendendo o procedimento arbitral. Parágrafo único. Resolvida a questão prejudicial e juntada aos autos a sentença ou acórdão transitados em julgado, terá normal seguimento a arbitragem.

⁸ Lei 8.078/90. Código de Defesa do Consumidor. Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) VII – determinem a utilização compulsória de arbitragem.

compromisso arbitral, ou seja, que se faça formalmente essa convenção após o surgimento da controvérsia e não no documento contratual.

Scavone Junior, nesse sentido é explícito ao destacar quais os requisitos de admissão da arbitragem em se tratando de contratos de adesão:

Com efeito, a Lei 9.307/1996 determina que, nos contratos de adesão, a arbitragem somente é admitida se:

- a) Tratar-se de compromisso arbitral (aquela convenção de arbitragem que surge depois de instaurado o conflito entre as partes)
- b) Tratando-se de cláusula arbitral (contemporânea ao contrato ou em ato posterior, mas anterior à existência de qualquer conflito entre as partes, mediante a qual se obrigam a submeter futuros conflitos à solução arbitral), se
 - b.1) **não se tratar de contrato de consumo – vez que neste é nula, como visto, a cláusula contratual.** (SCAVONE JUNIOR, 2008, p. 37) (grifo nosso).

Como se pode constatar, a arbitragem não alcança dirimir toda e qualquer controvérsia que envolva os direitos relativos à saúde, ficando nítido que os conflitos eminentemente bioéticos acabam por afastar a utilização do método arbitral.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proteção do direito à saúde é de interesse coletivo e sustenta a própria sociedade. Consiste em dever do Estado insculpido na Constituição mas em contrapartida é notória a insuficiência das medidas públicas que tem sido adotadas para o implemento eficaz da saúde da população. Como consequência a judicialização da saúde cresce exponencialmente.

Diante disso e somando-se à crise do sistema atual que movimentou o Poder Judiciário, cuja característica é a morosidade e a burocracia advindos de um sistema processual tradicional, torna-se imperioso o uso de meios alternativos de solução de conflitos como o é o da arbitragem pelo que sua adoção torna-se verdadeira estratégia jurídica. Estratégia que privilegia a rapidez, a eficácia, a equidade, a economia, o sigilo, a especialização no assunto e a eficácia da justiça.

A lei 9.307/96 apresenta aos advogados e cidadãos uma maneira diversa e eficiente de solucionar conflitos que, conseqüentemente, contribui para desafogar o Poder Judiciário. Contribui para uma decisão mais especializada já que os árbitros, em geral, são profissionais afeitos à matéria e não têm que decidir diversos processos de uma só vez.

A arbitragem é cabível na defesa dos direitos relativos à saúde. Importante, entretanto, verificar caso a caso de que modo esse direito está sendo prejudicado. A lei de arbitragem permite que se discuta nesse âmbito apenas direitos patrimoniais disponíveis. E como nem sempre os assuntos que se referem à saúde se identificam com esse objeto, mister se analisar individualmente a pertinência e cabimento do instituto arbitral.

A defesa direta da saúde, de um modo geral, não permite a solução através da arbitragem pois na grande maioria das vezes envolve um direito pessoal e indisponível e de fundo bioético. De outro lado, a defesa indireta da saúde, onde o pedido principal se resume a um pedido de indenização ou a pedidos de caráter econômico, se abre a possibilidade para o encaixe do instituto.

A efetividade da saúde merece maior atenção de todos e a arbitragem merece ser mais divulgada entre aprendizes e implementada entre profissionais. Certamente com o crescimento da utilização do instituto, os direitos fundamentais à saúde, à dignidade e à própria vida estarão sendo cada vez mais valorizados e assegurados e assim sendo verdadeiramente velados os direitos defendidos pela Constituição.

REFERÊNCIAS

BERTHIAU, Denis. **Droit de la Santé**. Paris : Gualino éditeur, 2007. 273p.

BRASIL. Constituição da República (1988). In: obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia. **Vade Mecum Saraiva**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.7-71.

BRASIL. Código Civil. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. In: obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia

Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia. **Vade Mecum Saraiva**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 167-324.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990. In: obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia. **Vade Mecum Saraiva**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.807-817.

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei 5.869 de 11 de janeiro de 1973. In: obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia. **Vade Mecum Saraiva**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 401-486.

BRASIL. Lei n.9.307 de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. **Cartilha de arbitragem**. Belo Horizonte: Comissão de Mediação e Arbitragem da OAB/MG, 2010.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução 1.931 de 24 de setembro de 2009. Institui o Código de Ética Médica. **Impresso do Conselho Regional de Medicina de Minas Gerais**, Belo Horizonte, 2011, 104p.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 17.ed. São Paulo: Malheiros, 2001. 359p.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2006. 966p.

GABRICH, Frederico de Andrade. (Coordenador) **Análise Estratégica do Direito**. Belo Horizonte: Universidade FUMEC – Faculdade de Ciências Humanas, 2010, 254p.

HOUAISS, Antônio ; VILLAR, Mauro de Salles ; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. 1.ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. 2922p.

LAUDE, Anne; MATHIEU, Bertrand; TABUTEAU, Didier. **Droit de la Santé**. 1.ed. Paris : Presses Universitaires de France, 2007. 686p.

MAIA NETO, Francisco. **Arbitragem, a justiça alternativa**. Belo Horizonte: F.Maia Neto, 2002, 107p.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Manual de Arbitragem**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, 317p.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho – Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004. 1501p.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2006. 616p.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ZAPPALÁ, Francesco. Memória Histórica da Arbitragem. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v.6 – n.1, p.101-132, - jan./jun. 2011