

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

**FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE
CONFLITOS**

ADRIANA GOULART DE SENA ORSINI

ADRIANA SILVA MAILLART

NIVALDO DOS SANTOS

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

F723

Formas consensuais de solução de conflitos [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/
UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Adriana Goulart de Sena Orsini, Adriana Silva Maillart, Nivaldo Dos Santos
– Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-131-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Solução de conflitos. I.
Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo
Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Apresentação

APRESENTAÇÃO

É com imensa satisfação que apresentamos a presente obra coletiva, composta por artigos defendidos de forma brilhante, após rigorosa e disputada seleção pelo sistema "duplo cego", no Grupo de Trabalho intitulado Formas Consensuais de Solução de Conflitos, durante o XXIV Congresso Nacional do CONPEDI, ocorrido entre 11 e 14 de novembro de 2015, em Belo Horizonte/MG, sobre o tema Direito e Política: da vulnerabilidade à sustentabilidade.

Referidos trabalhos, de extrema relevância para a pesquisa em direito no Brasil, demonstram notável rigor técnico, sensibilidade e originalidade, encaminhados em uma perspectiva abrangente e contemporânea: a solução de conflitos por meio de formas judiciais e extrajudiciais.

De fato, a teoria e a aplicação dos métodos complementares de solução de conflitos, especialmente os que são orientados pela busca por soluções dialogadas e não impositivas, fortalecem o desenvolvimento da cultura voltada à paz social e do tratamento adequado dos conflitos, bem como da efetivação dos direitos fundamentais, em especial, o acesso à Justiça.

Entre os temas especificamente tratados nesta obra, merecem menção, as soluções consensuais e o acesso à Justiça; a visão da fraternidade e a solução de conflitos; a conciliação trabalhista: perspectivas e possibilidades; a mediação em suas mais diversas possibilidades e potencialidades, inclusive aquela alicerçada na ética da alteridade; a Justiça Restaurativa, no Poder Judiciário, como também na Escola; o Tribunal Multiportas e a Resolução 125 do CNJ, dentre outros.

A presente obra coletiva demonstra uma visão lúcida e questionadora sobre as formas de solução de conflitos, suas problemáticas e sutilezas, sua importância para o exercício da cidadania e para a defesa de uma sociedade plural, pelo que certamente será de excelente aceitação junto à comunidade acadêmica.

Por fim, gostaríamos de agradecer e parabenizar a todos os autores pela excelência dos artigos apresentados neste Congresso e desejamos que você leitor, como nós, tenha a

oportunidade de aprender e refletir a partir das abordagens expostas nos interessantes artigos que integram esta obra, animando-se a somar forças aos que empreendem grandes esforços para aprimorar as formas consensuais de solução de controvérsias no Brasil.

Boa leitura!

JUSTIÇA RESTAURATIVA E SAÚDE PRIVADA: UMA ALTERNATIVA À JUDICIALIZAÇÃO?

RESTORATIVE JUSTICE AND PRIVATE HEALTHCARE DELIVERY: AN ALTERNATIVE TO JUDICIALIZATION?

**Eduardo Rocha Dias
Beatriz Randal Pompeu Mota**

Resumo

O direito à saúde abrange não apenas o acesso a prestações no âmbito do Sistema Único de Saúde SUS, como também a saúde privada, ou suplementar. O reconhecimento da saúde como direito fundamental conduziu a um aumento da judicialização, entendida como crescente intervenção do Judiciário no fornecimento de medicamentos e tratamentos, tanto no campo da saúde pública, como no da saúde privada. O presente trabalho pretende examinar como tal intervenção pode levar a problemas de equidade e à concessão de medicamentos e tratamentos sem a devida comprovação científica de sua eficácia, e, no campo da saúde suplementar, ao desequilíbrio financeiro dos planos. Pretende-se examinar em que medida a ideia de Justiça Restaurativa pode conduzir à pacificação dos conflitos nesta área, servindo como alternativa à judicialização. Examinar-se-ão propostas de mediação no campo da saúde suplementar, no caso a atuação da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, disciplinada pela Resolução Normativa 343/2013, e a criação de um Núcleo de Apoio Técnico e Mediação no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Palavras-chave: Direito à saúde, Judicialização, Planos e seguros de saúde, Justiça restaurativa, Mediação

Abstract/Resumen/Résumé

Right to healthcare in Brazil encompasses not only the delivery of services and procedures within the framework of the Unified Health System, but also private or supplementary healthcare. The status of fundamental right recognized in healthcare has led to an increase in the degree of judicialization, understood as the growing intervention of judges in the delivery of treatments and medication, both in public and in private health subsystems. The present study try to assess how such intervention can lead to problems of equity and also to the delivery of treatments and medication whose efficacy has not been proved. When it comes to supplementary healthcare, it can also affect the financial balance of plans and insurance contracts. This study tries to determine to what extent the idea of Restorative Justice may be applied to resolving conflicts in this area, functioning as an alternative to litigation and judicialization. In order to achieve this goal, it will focus on two forms of mediation of disputes in the field of supplementary healthcare, one carried out by Supplementary Healthcare Agency, and regulated by Normative Resolution 343/2013, and the other

implemented by São Paulo State Court through the creation of the Nucleus of Technical Support and Mediation.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Right to healthcare, Judicialization, Private health plans and insurance, Restorative justice, Mediation

1 Delineamento do tema

Consagrado como direito fundamental na Constituição de 1988, conforme previsões de seus arts. 6º e 196 e seguintes, o acesso à saúde é estudado, sobretudo, como tarefa imposta ao Estado, ou seja, como dever que lhe incumbe, o que enseja relações jurídicas bilaterais nas quais o indivíduo pode vir a ser credor de prestações do poder público. A discussão em torno da judicialização envolve, sob a perspectiva da saúde pública, os temas da “reserva do possível”, ante as restrições orçamentárias, e da definição dos limites para intervenção do Judiciário, diante da separação de poderes e da competência do Executivo.

A Constituição prevê também, no *caput* de seu art. 199, que a assistência à saúde é livre à iniciativa privada, podendo instituições particulares integrar de forma complementar o serviço público de saúde, bem como atuar de forma suplementar a este, oferecendo prestações a serem adquiridas pelos indivíduos com seus próprios recursos.

A prestação privada de serviços de saúde tem relevância pública, na forma do art. 197 da Constituição, atuando o Estado como regulador e fiscalizador. Neste caso, mostra-se evidente o estabelecimento de relações triangulares, em que, além do Estado e dos indivíduos que buscarão serviços e prestações na área de saúde, comparecem sujeitos privados que prestam os mencionados serviços, também detentores de direitos fundamentais, decorrentes da livre iniciativa.

É sob a perspectiva da prestação privada de serviços de saúde que se pretende abordar, neste estudo, o tema da intervenção judicial, e uma possível alternativa a ela, representada pela ideia de Justiça Restaurativa, materializada na busca de mediação visando evitar o recurso ao Poder Judiciário. Inicialmente, se tratará do tema do direito à saúde na perspectiva privada. Em seguida, se tratará da Justiça Restaurativa, pensada originariamente para resolver conflitos no âmbito do direito penal e dos atos infracionais cometidos por crianças e adolescentes, mas que pode ser também aplicada nos conflitos decorrentes do direito à saúde. Por fim, examinar-se-ão a atuação mediadora da ANS, decorrente da Resolução Normativa 343/2013, e a criação, no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, de um Núcleo de Apoio Técnico e Mediação, visando encaminhar demandas referentes à saúde suplementar. Buscar-se-á definir os limites de tal atuação e

as condições para que possa contribuir para um mais efetivo acesso à saúde.

2 O direito à saúde na ordem jurídico-privada

A partir da previsão do art. 199, *caput*, da Constituição, tem-se que a iniciativa privada pode, por meio de convênio ou contrato, participar do sistema público de saúde (SUS), falando-se, nesse caso, de saúde complementar. Pressupõe-se nesse caso a insuficiência da rede pública de saúde, cabendo à rede privada, de forma subsidiária, suprir tal insuficiência (MARQUES NETO, 2005, p. 112). Ou pode explorar, segundo regras de direito privado, e por meio de pagamento efetuado pelos usuários, com seus próprios recursos, serviços de saúde. Trata-se da saúde suplementar.

Organizada com a preocupação de preservar os agentes econômicos que nele atuam, defendendo o mercado (FIGUEIREDO, 2012, p. 19), a saúde suplementar integra o campo das atividades econômicas em sentido estrito, o que impõe uma regulamentação que busque preservar a atratividade do seu desempenho por particulares e margens de lucro compatíveis, sob pena de afastar os agentes privados de tal setor, trazendo prejuízos para os consumidores, que seriam privados da oportunidade de optar por ela, não tendo outra alternativa, a não ser a rede pública. Mas não se encontra totalmente entregue às leis do mercado. Nesse sentido, cumpre referir a posição do Supremo Tribunal Federal, manifestada em decisão proferida na ADI 1931-MC ED¹, no sentido de que na relação jurídica mantida entre operadoras de planos de saúde e de seguros privados de saúde e os indivíduos que a eles aderem incidirem normas destinadas “a proteger a parte hipossuficiente da relação jurídica”. Essas normas são a Lei 9.656/1998 e, para os contratos a ela anteriores, o Código de Defesa do Consumidor e, antes mesmo deste, também os princípios gerais de direito, como a boa fé, a proteção da parte hipossuficiente da relação jurídica e a vedação ao abuso de direito, “descabendo falar em direito adquirido à atuação em mercado ausente de fiscalização do poder público” (trechos transcritos do voto do Ministro Marco Aurélio). Ou seja, mesmo quando prestada por particulares, com intuito lucrativo, há incidência de normas de proteção à parte mais frágil da relação.

1 DJe nº 228, de 19 de novembro de 2014.

Destaque-se que a afirmação de um setor privado na saúde, no Brasil, se deu de forma complexa e com uma interface às vezes contraditória com o setor público (PAIM et alii, 2011, p. 1778), o que torna necessário examinar, ainda que brevemente, essas relações.

Durante os anos 1930, na era Vargas, se pavimentou o caminho para o modelo atual, baseado na intervenção do Estado, que na época se dava por meio da prestação de serviços de saúde, com graus variáveis de cobertura, ofertada aos empregados de determinadas categorias profissionais por meio de seus institutos de aposentadorias e pensões (PAIM et alii, 2011, p. 1781). Com o Regime Militar, a partir de 1964, há, por um lado, uma expansão da proteção social pública, por meio da incorporação dos trabalhadores rurais ao sistema, e, por outro, a expansão de serviços privados de saúde, muitas vezes custeada por recursos públicos, a exemplo da reforma e construção de hospitais privados com recursos do orçamento, o que levou à expansão dos planos privados de saúde (PAIM et alii, 2011, p. 1783). Nos anos 1980, a recessão econômica, que conduziu a problemas de financiamento no campo da proteção social, aliada à gradual abertura política, levaram ao surgimento do Movimento Sanitário Brasileiro, integrado por professores da área de Saúde Pública, membros da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência e por profissionais da saúde, com ligações variadas com sindicatos e movimentos sociais, e à afirmação da necessidade de reformar o sistema de saúde. Esta passou a ser vista não mais como apenas um problema biológico, resolvido pelo oferecimento de serviços médicos, mas como uma questão política e social (PAIM et alii, 2011, p. 1784). O marco de tal movimento foi a 8ª Conferência Nacional de Saúde, realizada em 1986, em que se aprovou o entendimento de que a saúde é um direito do indivíduo, se lançaram as bases do futuro Sistema Único de Saúde – SUS e se desenvolveram as estratégias de cooperação entre as unidades federadas, que hoje marcam o sistema (PAIM et alii, 2011, p. 1785). Tais pontos de vista foram adotados pela Assembleia Nacional Constituinte e se materializaram na Constituição de 1988, não sem resistência de um cada vez mais organizado setor privado, o qual também experimentou crescimento e realizou investimentos mirando nos novos potenciais clientes. A Constituição foi promulgada em uma época de instabilidade econômica e de mudanças políticas, com o enfraquecimento dos movimentos sociais e do ideário estatizante e o

avanço do chamado neoliberalismo.

O sistema de saúde brasileiro se mostra atualmente como um “mix” público-privado, em que se identificam: a) o SUS, financiado pelo Estado nos planos municipal, estadual e federal, incluindo os serviços militares; b) o setor privado, lucrativo e não lucrativo, financiado por uma diversidade de fontes, públicas (pense-se nos planos de saúde contratados por entidades estatais para atender seus servidores) e privadas; c) o setor de seguros de saúde, com diferenciados tipos de planos, prêmios e subsídios fiscais (PAIM et alii, 2011, p. 1785). O subsistema privado mantém pontos de contato com o sistema público. Fornece serviços ao próprio SUS, por meio de contratos. Muitos hospitais privados atendem pacientes pelo SUS e também a pessoas que têm planos e seguros de saúde. Inúmeros profissionais de saúde trabalham para o SUS e também atendem de forma particular ou a planos e seguros (VICTORA et alii, 2011, p. 2045). Serviços privados de saúde que atendem também pelo SUS recebem do Estado por esse atendimento. Pessoas que possuem planos de saúde podem também ser atendidas pelo SUS e o próprio Estado acaba subsidiando o sistema privado na medida em que permite a dedução da base de cálculo do imposto de renda dos valores pagos a prestadores privados. Isso gera constantes reclamações dos defensores do sistema público de saúde, que demandam mais recursos para o SUS e que se busque limitar o espaço do setor privado.

Existem no Brasil pouco mais de mil operadoras de planos de saúde², a maioria de pequeno porte e com atuação local. O mercado é concentrado, já que apenas oito operadoras – 8,2% do total – fornecem serviços para 80,3% dos clientes. Na região sudeste do Brasil se concentram 61,5% das operadoras e 65,5% de todos os contratos mantidos (PAIM et alii, 2011, p. 1786). Entre 2002 e 2008 mais de seis milhões de brasileiros ingressaram no sistema privado de saúde, sendo que a proporção da população coberta por tal sistema tem se mantido constante em torno de 25% (VICTORA et alii, 2011, p. 2045). Ou seja, alcança por volta de cinquenta milhões de brasileiros.

A necessidade de submeter a saúde privada à regulação pública se justifica ante os seguintes fundamentos, adaptados a partir de estudo de Amadeu Carvalhaes Ribeiro acerca da atividade seguradora (2006, p. 137): a) manutenção da higidez econômico-

2 São 1017 conforme dados de 2010 indicados por PAIM et alii (2011, p. 1786).

financeira das operadoras; b) proteção à livre concorrência e à livre iniciativa; c) proteção do consumidor. No caso das operadoras de planos de saúde e de seguros de saúde a regulação é exercida pelo Conselho Nacional de Saúde Suplementar e a fiscalização pela Agência Nacional de Saúde Suplementar.

Deve-se levar em conta que os contratos dos chamados planos de saúde são elaborados com base em cálculos atuariais e a intervenção em seus termos, especialmente na equação que inclui custos e serviços cobertos pode fragilizar a garantia da oferta de “atendimento eficiente e eficaz” (FIGUEIREDO, 2012, p. 20). Exemplos de inadequada intervenção judicial, apontados por José Augusto Dias de Castro (2008, p. 157), são a condenação de planos de saúde a prestar serviços não previstos contratualmente ou a fornecer medicamentos não constantes de seus catálogos. No RESP 668.216/SP, por exemplo, o STJ, aplicando o Código de Defesa do Consumidor, considerou abusiva cláusula que não prevê método ou terapia mais moderno para tratamento de uma doença. No caso, se entendeu que se a patologia (câncer) está coberta, mas não se menciona uma determinada terapia (tratamento ambulatorial e quimioterapia), o seguro-saúde deve ofertar o tratamento mais moderno. A decisão recorrida havia considerado a cláusula contratual limitativa legal e não abusiva. Já o STJ, sem desconsiderar que, além de se proteger o consumidor, deve haver uma preocupação com a viabilidade dos planos de saúde, entendeu que se deve distinguir entre a patologia e as terapias. Se o plano cobre a patologia, não pode excluir os possíveis tratamentos, pois se assim o fizesse estaria substituindo a decisão do especialista médico, que é a que deve prevalecer, sob pena de por em risco a vida do consumidor.

A referida decisão não considerou o custo acrescido, para o plano e para os demais participantes, que a inclusão ilimitada de novas terapias pode acarretar. E, apesar de aludir à decisão do especialista médico, não fixou como parâmetro a comprovação da eficácia terapêutica da medida buscada judicialmente.

No campo da saúde privada, portanto, o aumento da judicialização pode conduzir ao desequilíbrio econômico do plano, que trará prejuízos aos demais participantes, já que os custos acrescidos em razão da decisão judicial terão de ser repartidos entre os demais usuários. No campo da saúde pública, a judicialização leva a problemas de equidade, posto que autores de ações judiciais tendem a comprometer cada vez mais o orçamento

público com o cumprimento das decisões. O gasto do Ministério da Saúde com medicamentos cuja dispensação foi determinada por ordem judicial passou de R\$ 2,5 milhões em 2005 para aproximadamente R\$ 266 milhões em 2011. No mesmo período, o número de medicamentos fornecidos judicialmente pela Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo subiu de 799 para 14.563, um crescimento de 1.722,65% em cinco anos (WANG et alii, 2014, p. 1191).

Visando encaminhar a discussão do tema, o Supremo Tribunal Federal realizou audiência pública entre abril e maio de 2009 na qual se ouviram especialistas das mais diversas áreas visando obter subsídios para a atuação da Corte e do Judiciário em geral em ações envolvendo o acesso a prestações na área de saúde. Em decorrência da mencionada audiência pública, o Conselho Nacional de Justiça - CNJ, órgão de controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, editou a Recomendação 31, de 30 de março de 2010, exortando Tribunais de Justiça Estaduais e Tribunais Regionais Federais a celebrar convênios que objetivem disponibilizar apoio técnico composto por médicos e farmacêuticos para auxiliar os magistrados na formação de um juízo de valor quanto à apreciação das questões clínicas apresentadas pelas partes das ações relativas à saúde, observadas as peculiaridades regionais. Também se pediu aos tribunais, por meio das respectivas corregedorias, que orientem os magistrados, dentre outras providências, a procurar instruir as ações em que atuem, tanto quanto possível, com relatórios médicos, com descrição da doença, inclusive CID, contendo prescrição de medicamentos, com denominação genérica ou princípio ativo, produtos, órteses, próteses e insumos em geral, com posologia exata, evitem autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela ANVISA, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei, e ouçam, quando possível, preferencialmente por meio eletrônico, os gestores, antes da apreciação de medidas de urgência.

Ainda dentre as medidas adotadas pelo CNJ, houve a instituição do Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à Saúde – Fórum da Saúde, por meio da sua Resolução 107, de 6 de abril de 2010. O referido Fórum ampliou posteriormente sua área de atuação para incluir a saúde suplementar e as ações judiciais envolvendo relações de consumo. Posteriormente, foi editada a Recomendação 36, de 12 de julho de 2011, específica para as demandas

judiciais envolvendo a saúde suplementar. Nesta última, também se recomenda aos Tribunais de Justiça e aos Tribunais Regionais Federais a celebração de convênios que objetivem disponibilizar apoio técnico sem ônus para os Tribunais, composto por médicos e farmacêuticos, que auxiliem os magistrados “na formação de um juízo de valor quanto à apreciação das questões clínicas apresentadas pelas partes”.

Verifica-se, portanto, que há recomendações, não vinculantes é verdade, mas que se dirigem ao Judiciário nas ações envolvendo o direito à saúde, no sentido de se buscar apoio técnico, ouvir os gestores e evitar a concessão de medicamentos e tratamentos experimentais ou sem a devida comprovação de eficácia. Muitas decisões são proferidas, inclusive em sede antecipatória ou cautelar, sem considerar tais aspectos. Houve já hipótese de decisão proferida unicamente com base em notícia jornalística, determinando o fornecimento de medicamento ainda em fase de testes³. O próprio STF chegou a reconhecer o direito ao tratamento no exterior para a retinose pigmentar a despeito da inexistência de comprovação científica da eficácia da terapia buscada⁴.

Como alternativa à busca do Judiciário, no tocante a questões envolvendo a saúde, cumpre examinar a possibilidade de adotar mecanismos de mediação de conflitos, assemelhados à abordagem da Justiça Restaurativa.

3 A Justiça Restaurativa e a mediação decorrente da Resolução Normativa 343/2013, da ANS, e da atuação do Núcleo de Apoio Técnico e Mediação do TJ/SP

Foi a partir da década de 1970, nos Estados Unidos, que surgiram as primeiras ideias para o desenvolvimento de uma Justiça Restaurativa, a qual é posta como método alternativo à justiça retributiva para solucionar os litígios, buscando a resolução dos conflitos por meio de reuniões com a presença de todas as partes envolvidas. Intenta-se estabelecer um diálogo entre os litigantes, a fim de se restabelecer os danos sofridos pela vítima e reintegrar o ofensor à comunidade. Dar-se-á lugar à identificação e satisfação

3 Referida por José Augusto Dias de Castro (2008, p 155) No caso, era o ENBREL, que custava quatro mil reais a caixa. Portaria do Ministério da Saúde recomendava a utilização de outro medicamento, o Infleximab, cuja eficácia era melhor demonstrada. O caso chegou ao STF, no Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 271.286, que, no entanto, não levou em consideração os aspectos técnicos, mas apenas reconheceu o dever do Estado fornecer medicamentos a pessoa destituída de recursos ante a vinculação do direito à saúde ao direito à vida.

4 RE 368564/DF, Relator Ministro Marco Aurélio, 1ª Turma, julgado em 13/04/2011.

das necessidades do ofensor, já que este terá o direito de, também, expor os seus pontos de vista. Infere-se, assim, que na Justiça Restaurativa a decisão é obtida através do consenso entre as partes em conflito (SCHULER; MATOS, 2014, p. 1230).

Além da resolução do conflito, a Justiça Restaurativa, como o próprio nome já induz, propõe o regaste da ordem social, vez que se busca entender e resolver o litígio a partir das falas dos envolvidos. A justiça, nessa ótica, afasta-se da seara prioritariamente tecnicista, burocratizada e descompromissada com a verdade real. Observa-se que o processamento mecanizado e atrelado ao silêncio das partes, pode vir a acarretar a destruição da vida de muitos indivíduos, submetidos, principalmente, ao sistema penal. É nesse sentido que se faz imperiosa a oitiva da fala dos envolvidos, como expõem Salm e Leal (2012, p. 197):

Nessa linha, a professora Branda Morrison teoriza a Justiça Restaurativa a partir de um pressuposto teórico que é pedra angular para um novo paradigma de sociabilidade e, conseqüentemente, de Justiça; o ato de fala, que, partindo de Kay Pranis, fala de diálogo, de contato, de (re)empoderar os indivíduos da capacidade discursiva reconhecida, da produção de saberes, de contar seus saberes; de sentidos comuns, literários e científicos. Os indivíduos são imbuídos da premissa principal que interessa à Justiça Restaurativa, são profundos conhecedores da própria vida, da comunidade em que se inserem e, seus conhecimentos são, portanto, relevantes; e devem ser assim reconhecidos e trazidos para a arena decisória compartilhada da coprodução de sociabilidade, de histórias e de justiça.

A escuta da vítima e do ofensor proporciona melhor compreensão do conflito, o que, por conseguinte, gera soluções mais sensatas. Importante destacar, também, que como na Justiça Restaurativa as partes são vistas como protagonistas e, se almeja uma decisão que atenda tanto o sofrimento da vítima quanto a reintegração do infrator, não resta dúvida que a prestação jurisdicional se dará de forma mais efetiva, tendo em vista a participação ativa dos envolvidos. Portanto, infere-se que não há, na Justiça Restaurativa, a imposição de uma resposta por um terceiro, mas sim a busca por uma solução ideal para todos.

No Brasil, a prática da Justiça Restaurativa já tem cerca de 10 anos, atuando, prioritariamente, nos litígios envolvendo crimes de menor potencial ofensivo ou atos

infracionais praticados por crianças e adolescentes⁵. O procedimento utilizado na Justiça Restaurativa está pautado no consenso entre as partes, em que tanto a vítima quanto o ofensor e, até mesmo, outros indivíduos ou membros da coletividade quando afetados pelo crime, participam conjuntamente na busca e na construção da solução mais adequada para os danos causados pelo delito. É nesse sentido que Porto, Cassol e Terra se referem ao novo paradigma instituído pela Justiça Restaurativa (2007, p. 5468-5469):

A Justiça Restaurativa ou reparadora é apresentada por seus defensores como um novo paradigma, que discorre sobre uma alternativa ao modelo tradicional de justiça retributiva e ao modelo, supostamente fracassado da justiça reabilitadora. O paradigma restaurativo do dano, sem valer-se do castigo como censura ao delito. Nesse sentido, reforça a ideia, ainda que, muitos especialistas da área entendem que os atos punitivos com caráter exclusivo de castigo não atendem de maneira satisfatória às expectativas de efetivamente resolver-se o conflito. Portanto, os atores envolvidos no processo são corresponsáveis para que a efetivação e a consolidação de acordos mútuos demandem a diminuição dos traumas ocasionados pelos atos violentos, assim como ofensor responsa pelos seus atos ilegais e de maneira proporcional [...]

No ordenamento jurídico pátrio, por meio da influência das concepções modernas de Justiça e Direitos Humanos, a Justiça Restaurativa encontra previsão no artigo 126 no Estatuto da Criança e do Adolescente, oportunizando a suspensão, a extinção ou a exclusão do processo, desde já seja realizada, de forma livre e consensual, a composição do conflito. Não se pode olvidar a ausência de qualquer impedimento para a utilização deste método de resolução dos litígios, deve-se levar em consideração que tal técnica é capaz de encontrar a solução mais apropriada para o caso concreto, tendo em vista a participação ativa dos envolvidos (COLET; COITINHO, 2008, p. 1644).

Posteriormente à previsão da Justiça Restaurativa no Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei 9.099/1995, que versa sobre os juizados especiais cíveis e criminais, também expressou em seu texto legal a possibilidade da composição do litígio mediante a técnica da Justiça Restaurativa. Observa-se no artigo 89 do referido diploma legal, o membro do Ministério Público ao oferecer a denúncia pode propor a suspensão do processo, desde que se trate de crime de menor potencial ofensivo e que o acusado não esteja sendo processado ou tenha sido condenado da prática de outro crime. Em seguida o parágrafo 1º expõe que no momento em que tanto o ofensor e a vítima aceitam a proposta

⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça Restaurativa: o que é e como funciona. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62272-justica-restaurativa-o-que-e-e-como-funciona>. Acesso em 13/08/2015.

perante o Juiz, este recebe a denúncia, suspende o processo e submete o acusado a penas alternativas (CRUZ, 2013, p. 80).

Além da função de aproximação das partes na resolução efetiva do litígio, a Justiça Restaurativa também deve ser vista como uma solução para desafogar o Judiciário Brasileiro que, atualmente, encontra-se em situação crítica devida ao elevado número de processos. É nesse sentido que não se pode deixar de referir a possibilidade de utilização dessa técnica nas ações envolvendo planos e seguros de saúde e seus usuários, no que se refere à saúde complementar, e até mesmo em instâncias do SUS, em que cidadãos interessados, no campo da saúde pública, possam previamente ao ajuizamento de uma ação judicial, tentar pela via da mediação uma solução aceitável para o conflito.

Cumpra, portanto, referir duas experiências no tocante à resolução extrajudicial de conflitos na área da saúde. São restritas à saúde suplementar, mas podem apontar caminhos a trilhar também no tocante à saúde pública.

A primeira delas diz respeito à possibilidade de mediação no âmbito da Agência Nacional de Saúde Suplementar. A Resolução Normativa nº 226, de 5 de agosto de 2010, criou uma alternativa junto ao consumidor e às operadoras para a resolução de divergências. Com a criação da Notificação de Intermediação Preliminar (NIP) possibilitou-se a resolução de problemas relacionados a coberturas de planos em tempo estimado de 10 dias. Referido ato normativo foi substituído pela Resolução Normativa 343, de 17 de dezembro de 2013, que trouxe alguns contornos especiais, como a ampliação das matérias que podem ser discutidas e a publicização de todos os atos via *internet*. Com esta nova resolução visa-se o diálogo entre operadoras e clientes como fase auxiliar e pré-processual, diminuindo assim o confronto pela via judicial.

A NIP ocorre a partir de uma frustrada procura de diálogo entre as partes, na qual o cliente não logra êxito na solução de uma negativa de cobertura por parte do plano ou seguro ou em assuntos não necessariamente assistenciais. Conforme a Resolução Normativa 343/2013, após a frustrada tentativa de contato bilateral, entre cliente e o prestador de serviço, cabe ao primeiro, com o número do protocolo da ligação, ou sem ele, caso torne-se impossível obtê-lo, cadastrar-se pelo site da ANS e relatar a problemática (Art. 4º, §1º e §2º). O cadastro marca o início do procedimento no qual os

prazos estipulados são de 5 dias para as notificações de cobertura e até 10 dias para as que não tratem sobre este assunto. Este último prazo, de dez dias, acaba sendo novidade no procedimento em consequência da nova previsão decorrente da Resolução Normativa 343/3013 de que compete à ANS mediar casos que vão além de questões referentes a negativa de cobertura.

Após tomar conhecimento da NIP, cabe à operadora resolver ou justificar para a Agência o motivo de não solucionar o problema dentro do prazo de 10 dias. O cliente se manifestará sobre a resolução do problema, podendo a operadora também fazê-lo. Em caso de omissão por parte do cliente após este período (10 dias), a Resolução pressupõe que o conflito estará resolvido. Em havendo omissão da prestadora em atender ao procedimento, cabe à ANS passar para a próxima etapa do procedimento, a fase fiscalizatória, na qual irá avaliar possível documentação enviada pela operadora. No caso de não comprovação do cumprimento do contrato ou em caso de omissão, cabe à ANS, em fase sancionatória, aplicar punição conforme a gravidade do fato. Por fim, a Resolução 343/2013 apresenta a figura da reparação voluntária e eficaz, na qual dá à operadora, em tempo hábil (prazo para emitir resposta), oportunidade de cumprir com a obrigação, tendo, conseqüentemente, a seu favor, o encerramento da NIP, conforme apresenta o Art. 12, § 1º, o que de forma indireta estimula a resolução do conflito por parte dos planos de saúde. Com a nova redação sobre a matéria notam-se algumas interessantes modificações entre o texto adotado em 2010 e o atual. A possibilidade de discutir questões que vão além das negativas de cobertura, com prazos próprios e que são classificadas como NIP não assistenciais, tratam de assuntos diversos que demonstrem algum dano a direito do consumidor que não seja a negativa de cobertura.

A ampliação de objetos a serem discutidos é a melhor expressão para confirmar que a ANS tem por intuito produzir um diálogo frutífero entre as partes, o qual pode potencializar a melhoria da qualidade do atendimento no mercado da saúde suplementar. Dados informados pela própria ANS apontam para o sucesso do procedimento administrativo de mediação, uma vez que, no ano de 2013, o percentual de casos resolvidos por meio de NIP chegou a 85,5%⁶. Ou seja, trata-se do número de casos

⁶ Informação divulgada no sítio da ANS em <http://www.ans.gov.br/a-ans/sala-de-noticias-ans/consumidor/2427-mediacao-de-conflito-para-queixas-nao-assistenciais-entra-em-vigor-na-semana-do-consumidor>, acesso em

resolvidos apenas com a NIP, sem necessidade de abertura de processo administrativo. Nos anos de 2012, 2011 e 2010, os percentuais respectivos foram de 78,4%, 68,8% e 65%, respectivamente (BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR, 2014).

A segunda iniciativa foi a criação, pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, de um Núcleo de Apoio Técnico e de Mediação – NAT⁷ – que atua previamente à apreciação de liminares e tutelas de urgência em ações movidas contra planos e seguros de saúde, visando, inicialmente, obter uma composição amigável e, não sendo possível, subsidiar os magistrados com informações técnicas necessárias ao melhor julgamento do processo. Instalado com a participação do mencionado tribunal, da ANS, da Associação Brasileira de Medicina de Grupo – ABRAMGE e da Federação Nacional de Saúde Suplementar – FENASAÚDE, o Núcleo atuará inicialmente por meio da oferta, em até vinte e quatro horas, de uma proposta de composição amigável para o processo. Não se alcançando tal composição, o Núcleo encaminhará informações técnicas para os juízes. Assim, além da possibilidade de resolução de conflitos de forma célere e fora do Judiciário, se possibilita, na eventualidade de não se chegar a um acordo, a oferta de elementos técnicos que permitirão decisões melhor fundamentadas. Possibilita-se, assim, que os magistrados tenham acesso a dados técnicos sobre os fatos da causa, o que se encaminha no sentido das recomendações oriundas do CNJ sobre o assunto.

Observa-se que o NAT implantado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo tentar conciliar a satisfação dos envolvidos com a redução do número de ações versando sobre direito à saúde. Por conseguinte, tal núcleo também combate a judicialização da saúde, uma vez que o conflito passa ser solucionado não mais pelo magistrado, mas sim pelos litigantes. Apesar da implantação recente, muitas entidades, como a Associação Paulista de Medicina e o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, já se manifestaram contrárias ao referido núcleo, sob o fundamento de que pode prejudicar o direito à vida e à saúde do consumidor, bem como afronta ao direito de inafastabilidade da jurisdição. Não parecem proceder tais críticas, já que o recurso ao Judiciário continua sendo

12/06/2015.

⁷Notícia divulgada no sítio do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em <http://www.tjsp.jus.br/institucional/canaiscomunicacao/noticias/Noticia.aspx?Id=26272>, acesso em 12/06/2015.

possível, na hipótese de não se chegar a uma mediação.

Independentemente das críticas ao Núcleo de Apoio Técnico e de Mediação, trata-se de medida que permite utilizar a Justiça Restaurativa como uma forma para solucionar os conflitos decorrentes da saúde, inicialmente, os que envolvem planos de saúde. A participação de mediadores ou servidores do Judiciário, e de médicos não vinculados aos planos de saúde, pode conduzir a decisões mais imparciais e mais bem aceitas pela coletividade. Como a iniciativa é bem recente, merece ser acompanhada e avaliada quanto a seus resultados. Pode-se pensar em aplicar a iniciativa no âmbito da saúde pública por meio de núcleos de mediação similares, com a participação de profissionais de secretarias municipais ou estaduais de saúde, que pudessem igualmente encaminhar propostas de solução dos litígios antes de submeter o caso ao Judiciário, fornecendo os subsídios técnicos referentes ao caso, na hipótese de não se conseguir evitar ou mediar o conflito, de forma a propiciar uma decisão mais bem fundamentada.

4 Considerações finais

A judicialização da saúde é problema de todos. A intervenção do Judiciário, seja na aplicação de recursos públicos, seja na equação financeira de planos e seguros privados de saúde, acaba onerando a sociedade e os demais participantes dos planos privados. Visando superar tal problemática, o Conselho Nacional de Justiça editou recomendações no sentido de se buscar o devido apoio técnico na solução de litígios envolvendo o direito à saúde, nesse sentido, observa-se que a instalação de núcleos de mediação, como o NAT no âmbito do TJSP, pode servir também para essa finalidade, além de poderem também viabilizar a obtenção de uma solução guiada pelo consenso entre as partes.

Não há soluções mágicas para o problema da judicialização, mas com o devido aprimoramento, núcleos como este podem se revelar uma alternativa interessante, inclusive no campo da saúde pública. A participação de profissionais de saúde com maior imparcialidade, não vinculados aos planos de saúde ou ao Estado, por exemplo, podem levar ao reforço da legitimidade de tais iniciativas. A experiência da ANS no tocante à NIP também parece se revelar exitosa na solução de conflitos entre as partes, muito

embora nem todos os casos sejam levados perante a agência. Também não se pode determinar em que medida a instituição de tal procedimento contribuiu para uma efetiva diminuição das ações judiciais.

Há, porém, potencial para se alcançar tal finalidade. Talvez a conjugação de iniciativas, por parte do Executivo, como é o caso da NIP no âmbito da ANS, e do Judiciário, possa auxiliar no desenvolvimento de uma cultura de menor litigiosidade, sem descurar da tutela do direito à saúde e da observância da melhor técnica quanto às soluções a serem adotadas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. **Resolução extrajudicial de conflitos entre consumidores e operadoras de planos de saúde.** 2014. Disponível em <http://repositorio.enap.gov.br/bitstream/handle/1/2141/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20extrajudicial%20de%20conflitos%20entre%20consumidores%20e%20operadoras%20de%20planos%20de%20sa%C3%BAde.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 21 ago. 2015.

COLET, Charlise Paula ; COITINHO, Viviane T. D. . A abordagem da Justiça Restaurativa no exercício da cidadania pelo adolescente em conflito com a lei: da estigmatização à inclusão social. In: **XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional**, 2008, Salvador/BA. XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional, 2008.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça Restaurativa: o que é e como funciona.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62272-justica-restaurativa-o-que-e-e-como-funciona>. Acesso em 13 ago. 2015.

CRUZ, Rafaela Alban. Justiça restaurativa: um novo modelo de justiça criminal. **Tribuna Virtual**, São Paulo, v. 2, n. 1, p.71-83, mar. 2013. Quinzenal. Disponível em: <http://www.tribunavirtualibccrim.org.br/pdf/Edicao02_Rafaela.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2015.

DIAS DE CASTRO, José Augusto. A questão do direito fundamental à saúde sob a ótica da análise econômica do direito. In **Revista de Direito Público da Economia**, ano 6, n. 21, p. 149-158, jan./mar. 2008.

FIGUEIREDO, Leonardo Viseu. **Curso de Direito de Saúde Suplementar – Manual Jurídico de Planos e Seguros de Saúde.** 2ª Edição. Gen/Forense: Rio de Janeiro, 2012.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Público e Privado no Setor de Saúde. In **Revista de Direito Público da Economia**, ano 3, n. 9, p. 105-154, jan./mar. 2005.

PAIM, Jairnilson; TRAVASSOS, Claudia; ALMEIDA, Célia; BAHIA, Lígia; MACINKO, James. The Brazilian health system: history, advances, and challenges. **The Lancet**, London, v. 377, n. 9779, p. 1778-1797, 2011.

PORTO, Rosane T.; TERRA, Rosane; CASSOL, Sabrina Vezentini . Justiça restaurativa, capital social e comunidade: do conflito à cooperação uma perspectiva no espaço local.. In: **XVI Congresso Nacional do Conpedi - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação Em Direito**, 2007, Minas Gerais. XVI Congresso Nacional do Conpedi, 2007.

SALM, J. B. ; LEAL, J. S. . A Justiça Restaurativa: multidimensionalidade humana e seu convidado de honra. **Sequencia**, v. 33, p. 195-226, 2012. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2012v33n64p195>>. Acesso em: 21 ago. 2015.

SCHULER, BETINA ; MATOS, Sônia Regina da Luz . Pedagogia da Inclusão e a Justiça Restaurativa: escapes com Kafka. **Educação e Realidade**, v. 39, p. 1229-1248, 2014. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/edreal/v39n4/15.pdf> > Acesso em: 21 ago. 2015.

VICTORA, Cesar; BARRETO, Maurício; LEAL, Maria do Carmo; MONTEIRO, Carlos; SCHMIDT Maria Inês; PAIM, Jairnilson; BASTOS, Francisco; ALMEIDA, Célia; BAHIA, Lígia; TRAVASSOS, Claudia; REICHENHEIM, Michael; BARROS, Fernando; THE LANCET BRASIL SERIES WORKING GROUP. Health in Brazil 6 – Health conditions and health-policy innovations in Brazil: the way forward. **The Lancet** , London, v. 377, n. 9779, p. 2042-2053, 2011.

WANG, Daniel Wei; VASCONCELOS, Natália Pires; OLIVEIRA, Vanessa Elias; TERRAZAS, Fernanda Vargas. Os impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo: gasto público e organização federativa. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 48, n. 5, p. 1191-1206, 2014.